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

BOE

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

COLECCIÓN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL 27

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

Páginas

9. *Acerca de la responsabilidad penal de las empresas matrices en relación con la actuación de sus filiales.* Juan José González López 391
10. *La criminología de la guerra y la política criminal de la Unión Europea en torno a las sanciones comerciales.* Luis Arroyo Zapatero 419

II. **Cumplimiento normativo en derechos humanos** 441

11. *Principios básicos del cumplimiento normativo en derechos humanos.* Luis Miguel Vioque Galiana 443
12. *La acción colectiva: Una herramienta eficaz en la lucha contra la corrupción y la protección de los derechos fundamentales.* Scarlet Wannenwetsch y Oscar Solorzano 481
13. *La naturaleza jurídica de las obligaciones de diligencia debida frente a los clientes y socios de negocio.* Anna Carolina Oliveira . 503
14. *El deber de vigilancia de las empresas matrices: a propósito de la ley francesa de 27 de marzo de 2017.* Maite Álvarez Vizcaya 533
15. *La Ley alemana de diligencia debida en las cadenas de suministro.* Katharina Beckemper 551
16. *Una aproximación desde el Derecho internacional y el Derecho comparado a la regulación de las cadenas de suministro y las formas contemporáneas de esclavitud.* Tania García Sedano 567
17. *Información sobre sostenibilidad y Greenwashing.* Alberto Muñoz Arenas, Montserrat Núñez Chicharro, Inmaculada Alonso Carrillo y Elena Merino Madrid 585
18. *Responsabilidad penal de la persona jurídica y programas de cumplimiento: de la gestión de la legalidad a la legitimidad.* Adán Nieto Martín 607

INTRODUCCIÓN

Adán Nieto Martín
Marta Muñoz de Morales Romero
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. *La emergencia de la diligencia debida en sostenibilidad y sus retos.*–II. *Tipología de los conflictos entre empresas y derechos humanos.*–III. *La diligencia debida en derechos humanos o en materia de sostenibilidad.* 1. La sostenibilidad como objetivo y la gobernanza global como marco. 2. Las obligaciones de transparencia e información. 3. La tipología de las obligaciones de diligencia debida. 4. El cumplimiento normativo en derechos humanos. 4.1 Principios. 4.2 Elementos. 4.3 Naturaleza jurídica.–IV. *Las actuales limitaciones del Derecho penal internacional y de los Derechos penales nacionales.* 1. La *Aliens Tort Claims Act.* 2. El Derecho penal internacional. 2.1 Señas de identidad del Derecho penal internacional clásico. 2.2 Hacia un Derecho penal internacional empresarial. a) La necesidad de nuevos *core crime* y de una cláusula umbral. b) La responsabilidad penal de las personas jurídicas. c) La responsabilidad individual y las zonas de gobernanza débil. 3. Los derechos penales nacionales. 3.1 Diligencia debida, participación y posición de garantía. 3.2 Responsabilidad de la matriz por delitos cometidos en las filiales. 3.3 Jurisdicción y responsabilidad penal de la persona jurídica.–V. *El Derecho penal de la sostenibilidad.* 1. El delito de fallo de organización para prevenir violaciones de derechos humanos y medioambientales. 2. La prohibición de comercialización en el mercado de la UE o de exportación de productos obtenidos mediante violaciones de derechos humanos o medioambientales. 3. La violación de medidas restrictivas o la prestación de servicios o suministro de bienes. 4. La receptación de productos provenientes de violaciones de derechos humanos o del medio ambiente. 5. La falsedad en los informes de sostenibilidad, el *Greenwashing* y la responsabilidad de auditores y certificadoras. 6. ¿Un Derecho penal económico europeo de los derechos humanos o de la sostenibilidad?–VI. *Justicia restaurativa empresarial.* 1. Hacia una diligencia debida basada en criterios restaurativos. 2. Una respuesta penal inspirada en principios restaurativos.–VII. *Conclusiones.*

I. LA EMERGENCIA DE LA DILIGENCIA DEBIDA EN SOSTENIBILIDAD Y SUS RETOS

El 4 de diciembre de 1972 Salvador Allende pronunciaba un discurso histórico ante la Asamblea General de la Naciones Unidas, en él denunciaba el poder de las empresas multinacionales y la ausencia de cualquier tipo de responsabilidad o lo que hoy llamaríamos *accontability* [1]. El asunto no era desde luego nuevo. Tras la IIGM y los juicios de *Nüremberg* quedó patente la contribución de muchas empresas a violaciones de derechos humanos [2]. Incluso el debate puede y debe retrotraerse a la época del colonialismo [3].

Este histórico debate representa uno de los aspectos más complejos del Derecho internacional como es la relación existente entre las empresas y los Derechos humanos. Tras décadas de discusión, los dos extremos del debate puede sintetizarse del siguiente modo: la de aquellos que pretenden establecer a través de una convención internacional obligaciones vinculantes para las empresas, similares a la de los Estados, y la de aquellos que consideran que esta materia debe incluirse en la responsabilidad social corporativa y que, por tanto, resultan

---

[1] El discurso transcrito está disponible en el Centro de documentación de la Fundación Salvador Allende (https://archivochile.com/S_Allende_UP/doc_de_sallende/SAde0015.pdf, último acceso 12/07/2024).

[2] Nuremberg propició el enjuiciamiento a título individual de los dirigentes de muchas empresas por su participación en los crímenes nazis. Así, por ejemplo, en casos como *IG Farben* más de veinte empresarios fueron condenados por la compra y utilización de los judíos de los campos de concentración como mano de obra forzada. Se reconocía así el carácter instrumental de las empresas en la comisión de los delitos si bien las organizaciones no podían estar bajo la acusación de haber cometido un crimen internacional ni, por tanto, ser objeto de enjuiciamiento. *Vid. Caso EE. UU. c. Carl Krauch y otros*. Juicios de Nuremberg, 14 de agosto de 1947-29 de julio de 1948, Judgment, vol. X; *casos Friedrich Flick y Zyklon B.* (*EE. UU. c. Friedrich Flick*, Juicios de Nuremberg núm. 10, at 11 (1952); *Alfried Krupp* (*EE. UU. c. Krupp*, Juicios de Nuremberg núm. 10 (1950)). En la doctrina, *vid.* Lippman, M.: «War Crimes Trials of German Industrialist: The «Other Schildlers»», en *Temp. International Law and Compliance Law Journal* (Issue 9), 1995, pp. 173-199; Jessberger, F.: «Criminal Responsibility under International Law for Business Activity. IG Farben on Trial», en *Journal of International Criminal Justice*, (Issue 8), 2010, pp. 783-802. Más ampliamente, Priemel, K. C.: «Mehr Exempel als Modell. Die Nürnberger Prozesse gegen deutsche Industrielle und die ursprünge des Wirtschaftsvölkerstrafrechts», en Jessberger, F./Kaleck, W./Singelnsteing, T. (Hrsg.): *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, Ed. Nomos, 2015, pp. 25-60; Adam, J.: *Die Sfrafbarkeit juristischer Personen im Völkerstrafrecht*, Ed. Nomos, 2014. En español, puede consultarse el comentario de Martín Ortega, O.: *Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional*, Ed. Bosch-Internacional, 2007, pp. 243-251.

[3] Comack, E.: «Corporate Colonialism and the «Crimes of the Powerful» Committed Against the Indigenous Peoples of Canada», en *Crit Crim* 26, 2018, pp. 455-471; Crook, M./Short, D./South, N.: *Ecocide, genocide, capitalism and colonialism: Consequences for indigenous peoples and glocal ecosystems environments*, en *Theoretical Criminology*, 2018, *22*(3), pp. 298-317; Renton, D./Seddon, D./Zeilig, L.: *The Congo: Plunder and Resistance*, 2007, New York, Zed Books, Tandeter, E.: *Trabajo forzado y trabajo libre en el Potosí colonial tardío*, 1980, Estudios Cedes; Cabrita Mateus, D.: «El trabajo forzado en las colonias portuguesas», en *Historia, trabajo y Sociedad*, 2013, núm. 4, pp. 63-88.

voluntarias[4]. Los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas y Derechos humanos[5] suponen un compromiso entre estos dos extremos dentro del cual las obligaciones de diligencia debida suponen un elemento central.

Después habrá tiempo para desarrollar el contenido de las obligaciones de diligencia debida, por ahora basta la definición que ofrece la OCDE: el proceso a través del cual las empresas deben identificar, prevenir, mitigar e informar sobre cómo enfrentan sus impactos negativos reales y potenciales sobre los derechos humanos. De acuerdo con esta definición, la diligencia debida constituye una suerte de cumplimiento normativo en derechos humanos, que se extiende, de manera proporcional al riesgo, a lo largo de la cadena de suministro y a las filiales de la entidad. La sociedad matriz o la sociedad que está en la cabecera de la cadena de suministro debe procurar que las empresas filiales y los proveedores sobre los que tiene una capacidad de influencia realicen su actividad sin causar daños a los derechos humanos.

No obstante, la diligencia debida tal como se desprende de la definición anterior exige algo más que prevención y detección de las violaciones de derechos humanos, exige también transparencia y reparación. Las empresas deben informar al mercado de las medidas que adoptan y de los riesgos que tienen. Además, cuando se produce un daño, se exige también una reparación o mitigación inmediata. Estos dos nuevos requisitos representan un aporte importante –hay otros– en relación con el modelo usual de programas de cumplimiento. Podría por ello hablarse que la diligencia debida en derechos humanos supone un cumplimiento normativo 2.0.

La regulación de las obligaciones de diligencia debida debe situarse en lo que se ha venido a denominar Derecho global o gobernanza multinivel post estatal. Se trata de una forma de regulación en red, en la que participan diversos actores y diversos tipos de normas. El contenido final de las obligaciones de diligencia debida se produce a través de la interrelación entre la autorregulación empresarial, la estandarización, las recomendaciones, las normas de *soft law*, los contratos tipos pertenecientes a la *lex mercatoria* y en algunos países la ley. En lo relativo a los actores, en su regulación intervienen diversas organizaciones internacionales, aquí destacadamente Naciones Unidas y

[4] Sobre las distintas formas de responsabilidad corporativa y su complementariedad, *vid.* BERNAZ, N.: *Business and human rights. History, law and policy – Bridging the accountability gap*, Ed. Routlege, 2017. Más recientemente, de la misma autora «Conceptualizing corporate accountability in international law: Models for a business and human rights treaty», en *Human rights review*, 2021, vol. *22,* Issue 1, pp. 45-64.

[5] Pueden consultarse en https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf (último acceso 25/04/2024). Sobre su implementación en España, en general, *vid.* MÁRQUEZ CARRASCO, C. (ed.), *España y la implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos*, Ed. Huygens, 2014.

la OCDE, la UE, los Estados, diversas ONGs, las empresas líderes que generan nuevas prácticas. No es además infrecuente que diversos actores ante problemas concretos o en diversas partes del mundo generen acciones colectivas, verdaderos equipos conjuntos de regulación y de *enforcement* [6].

La UE es en estos momentos la impulsora principal de las obligaciones de diligencia debida, destacando además el papel que han jugado los dos Estados miembros más importantes: Francia a través de su *Ley de vigilancia empresarial* [7] y Alemania con su *Ley de diligencia debida en la cadena de suministro* (en adelante LkSG por sus siglas en alemán) [8]. La UE a través de su *Directiva en materia de información no financiera* [9], la *Directiva sobre diligencia debida* [10] y un número ya relativamente considerable de reglamentos y directivas sectoriales está liderando mundialmente la implantación de este tipo de obligaciones. En el lenguaje político y jurídico europeo el término clave es el concepto de sostenibilidad, mediante el que las obligaciones de diligencia debida amplían su espectro a la protección del medio ambiente, la lucha contra el cambio climático o la corrupción. La idea de sostenibilidad remite incluso a un cambio de modelo de Estado: el Estado democrático, social, de derecho y de la sostenibilidad.

La juridificación de las obligaciones de diligencia debida a la que estamos asistiendo principalmente en la UE comporta importantes retos tanto para las empresas obligadas como para el legislador. Tradicionalmente las empresas han afrontado en el marco de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) [11] el respeto a los derechos humanos en sus cadenas de suministro o en sus filiales situadas en el extranjero. Se trata de un cumplimiento voluntario, cuyos contenidos los determina cada entidad mediante la autorregulación voluntaria. La fuerza

---

[6] Sobre el Derecho global, sus normas y sus actores Nieto Martín, A., *Global Criminal Law. Postnational Criminal Justice in the Twenty-First Century*, Palgrave, 2022.

[7] *Loi núm. 2017-399, du 27 mars 2017, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.* El texto íntegro puede verse aquí: LOI núm. 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1) - Légifrance (legifrance.gouv.fr) (último acceso 11/07/2024). Para un análisis de la misma, véase en esta obra Alvarez Vizcaya, M.: «El deber de vigilancia de las empresas matrices. A propósito de la Ley francesa de 27 de marzo de 2017», p. X.

[8] *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*. El texto íntegro puede consultarse aquí https://www.gesetze-im-internet.de/lksg/index.html (último acceso 11/07/2024). Véase en esta obra Beckemper, K.: «La Ley alemana de obligaciones de abastecimiento en la cadena de suministro», p. X.

[9] *Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos* (DO L 330, 15.11.2014).

[10] *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937*.

[11] Para una evolución del concepto, *vid.* López-Francos De Busturia, A. A.: *Derechos humanos, empresas transnacionales y responsabilidad social empresarial, Biblioteca de Derechos Humanos*, Berg Institute, 2015, pp. 113-153.

reguladora de los mercados a través de la información y la transparencia constituye el principal estímulo para la adopción de estos compromisos. Se presume que los consumidores e inversores premian a las empresas que más se esfuerzan por establecer controles que garanticen el respeto a los derechos humanos a lo largo de su cadena de valor. Los informes sobre responsabilidad social corporativa, hasta hace pocos días, constituían el principal medio utilizado por las empresas para transmitir al mercado sus logros en la consecución de estos objetivos.

Tal como se ha señalado, la normativa sobre diligencia debida supone para las empresas pasar de lo voluntario a lo obligatorio tanto en lo relativo al cómo y cuándo debe informarse, como a los contenidos que debe tener la diligencia debida en derechos humanos. En relación con la información, desde el 2014 la UE impone a las empresas de grandes dimensiones y desde 2022 a las sociedades de interés público y a las cotizadas incluir en sus cuentas anuales la información en materia de sostenibilidad. En una nueva vuelta de tuerca, el proyecto de Directiva sobre *Greenwashing* [12] prohíbe igualmente realizar declaraciones publicitarias incorrectas relativas al compromiso de la empresa con los derechos humanos o el medio ambiente.

Los avances son también importantes en lo que atañe a la regulación de los contenidos de la diligencia debida. Ya mencionamos la ley francesa del 2017 y la ley alemana que aparece un lustro después, pero la UE no ha ido a la zaga en densidad regulatoria. La diligencia comenzó a germinar en diversa normativa sectorial (minerales, madera, trabajos forzados e infantil), para desde allí enraizarse con fuerza, abonada por la legislación estatal francesa y alemana, en la Directiva sobre diligencia en materia de sostenibilidad, que generaliza estas obligaciones para grandes empresas.

El cumplimiento de ambos retos, tanto el de implantar las medidas de diligencia debida como el de cumplir con las obligaciones de transparencia, es bien complejo, aunque en muchos casos solo afecte a entidades de grandes dimensiones. Empezando por esto último, a diferencia de lo que ocurre con la información contable, no existe en esta materia un modelo de *reporting* que garantice la exactitud y la comparabilidad de esta información. Y ello pese a la implantación que tienen determinados modelos de información como el GRI [13]. Muy recientemente la UE ha elaborado sus propias normas sobre «contabili-

[12] *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la justificación y comunicación de alegaciones medioambientales explícitas.* Véase en esta obra Muñoz Arenas, A.*, et al.:* «Información no financiera y greenwashing», p. X.

[13] Según los estudios, el GRI es el modelo de *reporting* más utilizado. *Vid.* Luque-Vílchez, M./ Larrinaga, C.: «Actualidad sobre la Directiva 2014/95/UE de información no financiera en España», en *Revista Contable*, 2017, núm. 56, pp. 102-109.

dad en sostenibilidad»: las Normas Europeas de Información en Sostenibilidad (NEIS), a través del Reglamento delegado (UE) 2023/2772 de la Comisión. Pero también hay grandes dudas en relación con los contenidos materiales de la diligencia debida, tanto en su extensión objetiva –¿cuál es el perímetro de los derechos humanos?, ¿incluye también al medio ambiente y en su caso qué normativa?, ¿se incluye también la corrupción o el control de emisiones para luchar contra el cambio climático–, como subjetiva –¿afecta igual a proveedores directos que indirectos?–. Los tambores de reforma que se empiezan a oír en esta materia a través del proyecto de Directiva Omnibus no hacen sino confirmar estas incertidumbres, en buena parte provocadas por el cambio de contexto que ha provocado el reciente cambio de presidencia en los EEUU, que no oculta su animadversión a la idea de sostenibilidad.

Los desafíos también son considerables para el legislador, quién tanto en el marco del derecho de la UE como en el nacional, se muestra indeciso a la hora de establecer qué tipo de responsabilidad, ya sea civil, administrativa o penal, debe generar la violación de esta normativa. Empezando por la responsabilidad civil, enmarcada dentro del Derecho internacional privado, las dudas se proyectan sobre aspectos esenciales: el fundamento para establecer la jurisdicción sobre los daños causados por las filiales y más aún los proveedores o la naturaleza jurídica de las obligaciones de diligencia debida, pues mientras que unos las consideran obligaciones de resultado y, por tanto, con gran relevancia en el derecho de daños, para otros se trata de obligaciones de comportamiento (obligaciones de medios) y no alteran el régimen de responsabilidad civil. Tampoco está claro en qué medida el sacrosanto principio de la personalidad jurídica independiente de la persona jurídica filial debe exceptuarse, con el fin de responsabilizar a la matriz, y ello pese a que las normas de diligencia debida tanto en lo que atañe a la transparencia como a sus contenidos se dirigen a la entidad matriz.

En el terreno de la responsabilidad sancionadora, ya sea administrativa y/o penal, los dilemas también son grandes. Tanto es así que el primer reglamento de la UE que positivizaba estas obligaciones, el Reglamento sobre minerales procedentes de zonas de conflicto [14], imponía obligaciones de diligencia debida sin contener sanción alguna en caso de incumplimiento. La Directiva sobre diligencia debida la UE se decanta por la utilización de sanciones administrativas, siguiendo la senda del legislador alemán. No obstante, en otros ordenamientos como el holandés, la sombra del Derecho penal comienza a aparecer (aunque

[14] *Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo* (OJ L 130, 19.5.2017).

hasta ahora se trate de una sombra muy pálida), como lo hacía en el primer proyecto de diligencia debida presentado por el Parlamento Europeo.

Además de la discusión relativa a la naturaleza de las sanciones, existe también una incipiente discusión concerniente a la tipología de las infracciones. En primer término, parece que las falsedades que afecten a las obligaciones de transparencia o los casos más graves de *Greenwashing* deben sancionarse de manera diferente a las que atañen a la implantación de las de diligencia debida. En el primer caso, se trata de reflexionar en profundidad sobre los intereses protegidos en los delitos de falsedad en la información societaria y en el delito publicitario. En lo que se refiere a la falta de implantación o implantación defectuosa de las obligaciones de diligencia debida existen varias opciones. Cabría pensar, en primer lugar, en una suerte de delito similar a la receptación o al blanqueo de capitales, que castigase a aquellas empresas que incorporan a sus cadenas de producción bienes que han sido obtenidos mediante el trabajo infantil o a través de graves violaciones medioambientales. En la UE el Reglamento sobre la madera [15] o el relativo al trabajo infantil y esclavo [16] apunta en esta dirección. Otra posibilidad, sería la construcción de una infracción basada en el defecto de organización, que sancionara como tal el incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida. Esta es, en definitiva, la solución por la que optan tanto la Directiva sobre diligencia debida como la LkSG alemana [17], aunque se trata de sanciones administrativas.

A estos interrogantes, que conciernen a un futuro Derecho penal económico europeo de los derechos humanos [18] o de un Derecho penal europeo de la sostenibilidad, se unen otros que atañen al Derecho penal internacional y a los derechos penales nacionales. En el primer caso, se trata de reflexionar sobre si es preciso realizar modificaciones en el Derecho penal internacional, como el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o la creación de nuevas infracciones que tutelaran los derechos económicos y sociales, como el medio ambiente. En este punto destaca sobre todo el debate sobre la tipificación del ecocidio, que actualmente se plantea tanto en el plano doctrinal como en el legislativo. Dentro del Derecho penal nacional, debe atenderse a en

---

[15] *Reglamento (UE) 2023/1115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal* (DO L 150, 9.6.2023).

[16] *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso*.

[17] Para un comentario de esta ley, *vid.* Hembach, H.: *Praxisleitfaden Lieferkettensorgfalts-pflichtengesetz,* R&W Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2022.

[18] Nieto Martín, A.: «Hacia un derecho penal económico europeo de los derechos humanos», en *InDret*, 2020.

qué medida las obligaciones de diligencia debida generan deberes de garantía que afectan a la responsabilidad individual. También en este punto resulta importante reflexionar acerca de si es necesario alterar las normas de aplicación de la ley penal en el espacio, con el fin de que sea posible juzgar a los responsables de las violaciones en el ordenamiento en el que está situada la empresa matriz.

Los retos también se extienden a la reparación y al acceso a la justicia. La reparación en materia de derechos humanos, tal como dejan ya entrever los Principios Rectores, va más allá de la reparación *ex delicto* o, en definitiva, la responsabilidad por daños de carácter extracontractual. Las normas de Naciones Unidas sobre reparación de violaciones a derechos humanos apuntan al papel que en este terreno deben jugar planteamientos conectados a la justicia restaurativa y en la misma línea apuntan ya las más recientes investigaciones sobre victimología corporativa, como la dirigida por Gabrio Forti [19] en la Universidad Católica de Milán o la realizada por Eduardo Saad-Diniz [20]. La tarea es alumbrar una justicia restaurativa empresarial que ofrezca respuestas a las múltiples aristas que contienen los casos de violaciones de derechos humanos o catástrofes medioambientales.

Pero no se trata solo de atender a la disyuntiva entre reparar o restaurar, sino también de garantizar el acceso a la justicia [21]. De nada sirve establecer en la UE una legislación modélica que proteja a los niños explotados en una mina ilegal de África, si no se establecen mecanismos que puedan ser utilizados por los afectados. Nadie puede esperar que víctimas especialmente vulnerables sean capaces sin más de presentar una demanda ante los tribunales franceses conforme a la Ley de Vigilancia Empresarial. El acceso a la justicia debe comenzar por la protección de activistas que, como es conocido, a veces pagan con su vida la denuncia de este tipo de violaciones, pero también de los periodistas e investigadores. En este sentido, la Directiva anti *slapps* [22] tiene una gran transcendencia.

Presentados sintéticamente los retos que genera la aparición de la diligencia debida, las siguientes páginas abordan con más detenimiento la mayoría,

[19] Forti, G., *et al.*: *Victims and Corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, Ed. Wolters Kluwer, Cedam, 2018.

[20] En detalle, véase en esta obra, Saad, E.: «Justicia de transición corporativa: la nueva generación de estudios transicionales», p. X.

[21] Véase en esta obra Gimeno Beviá, J.: «Acceso a la justicia para las víctimas de violaciones de derechos humanos causadas por multinacionales: de la teoría a la práctica y una apuesta por las vías extrajudiciales de reparación», p. X.

[22] Directiva (UE) 2024/1069 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección de las personas que se implican en la participación pública frente a pretensiones manifiestamente infundadas o acciones judiciales abusivas («demandas estratégicas contra la participación pública»).

aunque desde luego no todas [23], de las cuestiones que acaban de ser esbozadas. Para ello, en primer lugar (II), se elaborará una tipología de las violaciones de derechos humanos protagonizada por las empresas. La discusión que existe en el Derecho internacional público acerca de si las obligaciones de respeto a los derechos humanos afectan directamente a las empresas deben tomar buena nota de las aportaciones que ha realizado la criminología, mostrando cómo las empresas son las principales protagonistas de muchas violaciones de derechos humanos. El papel de actor principal que hoy desempeñan las empresas en muchas de estas violaciones debe conducir a replantearse el modelo del *aiding and abetting*, es decir, de la complicidad empresarial en el hecho cometido por un agente estatal, que es el predominante en el Derecho penal internacional.

La segunda parte del trabajo expone los resultados principales de nuestra investigación, donde se ha diseñado una estrategia construida sobre tres pilares. El primero de ellos es la presentación de un modelo de diligencia debida que se construye y se integra dentro de los programas de cumplimiento normativo (III). Como indica Geoffrey Miller [24], el cumplimiento normativo no es todavía una ciencia, sino solo un arte, pero constituye una *lex artis* más evolucionada que la diligencia debida. Por esta razón integrar y aplicar a la diligencia debida la metodología y estructura del cumplimiento normativo la refuerza. Mas lo curioso es que se trata de una relación de simbiosis, porque el cumplimiento normativo también se enriquece de su acercamiento a la diligencia debida, hasta el punto de que, como hemos ya indicado, podría hablarse de un nuevo modelo de cumplimiento normativo 2.0, que supera el paradigma actual plasmado en el artículo 31 *bis* del Código Penal.

Seguidamente, se examinan las vías de responsabilidad actualmente existente, tanto en el terreno del Derecho civil, como en el penal internacional, como en el penal nacional (IV). Se constatará en este punto la fuerte interrelación que existe entre la norma que hasta ahora ha tenido mayor protagonismo en el terreno del *torts law*, la *Alien Torts Claims Act*, y el *statu quo* del Derecho penal internacional. Será también este un buen momento para empezar a constatar las dificultades prácticas y teóricas que existen para una sanción efectiva de las violaciones de derechos humanos, ampliando la jurisdicción nacional.

---

[23] Por ejemplo, no se abordan minuciosamente las obligaciones de transparencia en materia de sostenibilidad más allá de una evolución legislativa sobre las mismas (II.2) y su incumplimiento como posible generador de responsabilidad penal. Sobre las obligaciones de transparencia, *vid.* Muñoz De Morales Romero, M./Núñez Chicharro, M. (dir.)/Muñoz Arenas, A./Vioque Galiana, L. M. (coords.): *Información sobre sostenibilidad y diligencia debida en derechos humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, 2024.

[24] Miller, G.: *Law of Governance, Risk Management and Compliance*, 3.rd Edition, 2019, p. 60.

Una parte fundamental de nuestra propuesta es un nuevo catálogo de infracciones, que ubicamos en una nueva parcela del Derecho penal económico, el Derecho penal económico de los derechos humanos o de la sostenibilidad (V). Esta nueva rama se construye de manera accesoria a la regulación administrativa y societaria que está generando la UE. Por esta razón debe ser una parte del Derecho penal europeo. Estas infracciones operarían como tipos de recogida, de manera subsidiaria, tanto de los delitos nucleares del Derecho penal internacional, como en otras ocasiones de delitos comunes como el homicidio, las detenciones ilegales, torturas, etc., que desde luego pueden utilizarse para sancionar las violaciones de derechos humanos.

El nuevo modelo de cumplimiento normativo que se propone en este trabajo como esta nueva tipología de infracciones pertenecientes al Derecho penal económico entroncan con el paradigma de ESG (*Environmental, Social and Governance*) que hoy inspira la regulación empresarial europea basada en la sostenibilidad.

A estos dos ejes, debe unirse un tercero: el eje de la justicia restaurativa empresarial (VI). Castigar conforme a los parámetros retributivos no resulta útil. El diseño de una estrategia de política criminal en materia de violaciones de derechos humanos debe poner los intereses de las víctimas en el centro. La sanción de los dirigentes o directivos o de personas jurídicas es importante, pero no resulta suficiente si no respeta el derecho de las víctimas a una reparación integral, que atienda tanto a los daños materiales, como a los inmateriales, y les ofrezca una garantía de no repetición. La justicia restaurativa empresarial, tal como se ha conforma en nuestra propuesta, puede transcurrir en paralelo al proceso penal, administrativo o civil, pero también puede existir una relación de complementariedad a través de mecanismos de *diversión* o incluso conformando un sistema de penas restaurativas [25].

II. TIPOLOGÍA DE LOS CONFLICTOS ENTRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

Aunque las violaciones a derechos humanos por parte sobre todo de grandes empresas conforman una lista desgraciadamente inabarcable [26], la doctrina

[25] Un mayor desarrollo de nuestra propuesta en este punto puede verse en los trabajos de Nieto Martín y Calvo Soler contenidos en esta obra e igualmente en Nieto Martín, A./Calvo Soler, R., Manual de Justicia Restaurativa Empresarial, Reus, 2024.

[26] Una cartografía de los casos más recientes puede consultarse en la web *Business Human Rights* (https://www.business-humanrights.org/en/corporate-legal-accountability/case-profiles/complete-list-of-cases-profiled).

ha sido capaz de sistematizar y construir una sólida taxonomía de estas violaciones [27]. La forma tradicional de presentar las violaciones de derechos humanos se muestra sobre la base de dos ejes diversos –abscisas y coordenadas–, en los cuales se representa la aportación de los Estados y la de las corporaciones.

El primero de estos ejes sería el de la responsabilidad por el hecho o la violación concreta [28]. Lo importante es quién han sido sus protagonistas, o en términos penales sus autores y cómplices. En la visión más clásica, la empresa desempeña tradicionalmente un papel marginal, de cómplice. El segundo eje tiene un carácter material y más que del hecho en concreto se preocupa del escenario en el que la violación se ha producido. El concepto clave en este punto es el del crimen corporativo-estatal, que formulado por Kramer y Michlowski considera que más allá de la actividad lesiva en concreto, debe atenderse al contexto, a las interacciones existentes entre el Estado y las corporaciones [29]. El Estado, a través de sus leyes o *de facto*, a través de la actividad de sus agencias (policías, jueces, servicios de inspección…) [30], puede generar situaciones de permisividad, de tolerancia que facilitan a las corporaciones actuar sin ningún tipo de barreras o bien, en el extremo más radical, conformar una política pública criminal en la que participan las empresas. Conforme a estos criterios se distingue entre *state initiated* y *state facilitated corporate crime*. En el primer caso, el Estado implica a las compañías en la persecución de una determinada finalidad (por ejemplo, la deforestación de la Amazonía, el exterminio de una etnia, la represión de movimientos de protesta, etc.); en el segundo el Estado tolera o favorece intereses empresariales.

Aunque esta forma de representación sigue siendo válida para explicar un buen número de casos, descuida el marco en el que se producen muchas de las

---

[27] Zerk, J.: «Corporate liability for gross human rights abuses: Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies», Report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, 2014, pp. 6 ss., disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StuyDomesticeLawRemedies.pdf (último acceso 12/07/2023). También Marx, A., *et al.*: «Corporate Accountability Mechanisms in EU Member States for Human Rights Abuses in Third Countries», en *European Yearbook of Human Rights*, Intersentia, 2018, p. 5. Algunos de los ejemplos se han extraído de Ambos, K.: *Derecho penal internacional económico*, Cuadernos Civitas, 2018, pp. 126 ss. No obstante, se han añadido otros que van más allá de los clásicos crímenes de guerra o contra la humanidad (por ejemplo, medio ambiente, derechos laborales, etc.). *Vid.* Manacorda, S./Marletta, A./Vanacore, G.: «Individual Liability for Business Involvement in International Crimes», en *RIPP*, 2017, vol. 88, Issue 1, pp. 1375.

[28] *Vid. Report of the ICJ Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes: Corporate Complicity & Legal Accountability*, vol. 2: Criminal Law and International Crimes, 2008.

[29] Kramer, R. C./Michalowski, R. J./Kauzlarich, D.: «The Origins and Development of the Concept and Theory of State-Corporate Crime», en *Crime & Delinquency*, 2002, vol. 48, issue 2, pp. 263-282.

[30] Sobre la permisividad del Estado, por no ejercer sus deberes de control y coerción, *vid.* especialmente Whyte, D.: Regime of permisión and state corporate crime, *State Crime Journal,* vol. 3, no. 2, Autumn 2014, pp. 237-246.

violaciones en la actualidad: la cadena global de suministro, en la que además los grandes grupos empresariales participan a través de filiales en una estructura descentralizada. En la tipología más actual de violaciones de derechos humanos, aquellas que se producen en las cadenas de suministro, el componente estatal resulta más débil. Es más, lo que en cierto modo motiva las violaciones es la ausencia de presencia estatal o de capacidad regulatoria como consecuencia de la globalización económica o el modelo neoliberal de capitalismo.

Conforme a las coordenadas que acabamos de establecer, el grupo de casos más clásico de violaciones de derechos humanos es aquel en el que la empresa tiene un rol subordinado, de complicidad, en cuanto que favorece una política pública criminal (*state initiated crimen*). Se trata de supuestos en que se suministran bienes, tecnología o servicios a los gobiernos o a las autoridades estatales, que posteriormente utilizan de manera abusiva.

Dentro de este bloque podría realizarse la siguiente diferenciación. En primer lugar, habría que situar los casos en que la ayuda que presta la empresa a la política pública violadora de derechos humanos no entra dentro de su actividad y es una contribución que tiene un claro carácter delictivo. Los casos que se sustanciaron en relación con las dictaduras argentina y chilena obedecen a este patrón. En Argentina la facilitación de los nombres y lugares de residencia de trabajadores y sindicalistas contrarios a la dictadura por parte de Volkswagen o la cesión de sus locales para la realización de torturas por parte de Ford-Müller [31]; en el caso de Chile, las donaciones en dinero para la financiación de las actividades de represión de la DINA chilena o la cesión de buques por una compañía naviera para la tortura [32]. A lo sumo, con relación a estos supuestos, y tal como se discutió ya en *Nüremberg*, podría plantearse si no existe alguna causa de justificación para las empresas, en cuanto que no suministrar este tipo de ayuda, podría también situarlas en el blanco represor de las dictaduras [33].

Conviene a efectos analíticos diferenciar estos casos de aquellos en los que la colaboración que presta la empresa es un servicio o producto propio de su actividad. Los regímenes totalitarios nos brindan nuevamente multitud de

---

[31] Véase en este volumen VILLALBA LÓPEZ, N.: «Responsabilidad penal del directivo empresarial por complicidad en violaciones de derechos humanos: el caso «Ford-Müller» en Argentina», p. X.

[32] Sobre estas violaciones durante la dictadura chilena, véase en esta obra MATUS, P./RAMÍREZ, C.: «Empresas durante la dictadura. El caso chileno 1973-1989», vol. II, y DELGADO, J. P.: «Los procesos penales abiertos en Chile», vol. II, p. X.

[33] No obstante, desde el principio, el presupuesto del estado de necesidad, que establece que el mal causado no sea mayor que el mal que se pretende evitar, es muy discutible que se cumpla. Asimismo, la exigencia de que no exista otra forma alternativa de enfrentar la situación de conflicto también es objeto de controversia.

ejemplos, desde la venta de gas Zyklon por Degesh al gobierno nazi [34] a la venta de productos al gobierno del Apartheid en Sudáfrica [35] o el apoyo financiero a la dictadura chilena [36]. Los ejemplos más actuales están relacionados con las libertades de expresión y/o información, baste pensar en la colaboración presuntamente prestada por *Netsweeper*, empresa canadiense dedicada al sistema de filtrado de Internet, a la censura realizada por algunos Estados [37]. La tecnología fabricada por esta empresa [38] parece utilizarse para bloquear contenidos de sitios web críticos, medios de comunicación independientes y contenido religioso. En particular, el *software* es capaz de bloquear en las búsquedas de cada país diversas noticias y contenidos relacionados con la violencia hacia las minorías religiosas, la migración, los refugiados, la Organización Mundial de la Salud, contenidos relacionado con el colectivo LGTB, etc.

Desde el punto de vista jurídico penal, el debate principal en relación con este grupo de supuestos es el relativo a si la aportación de la empresa tiene

---

[34] Para una visión histórica de la contribución de Degesh a la Alemania nazi, *vid.* Hayes, P.*: From Cooperation to Complicity. Degussa in the Third Reich*, Ed. Cambridge, 2007, pp. 272-300.

La actuación de Degesh, sin embargo, no tuvo consecuencias penales, pues no se logró demostrar el dolo sobre su uso final. Véase Tribunal War Crimes (TWC), vol. VIII, p. 1169: «Ha quedado suficientemente probado que Degesch suministró grandes cantidades de Cyclon-B a las SS, gas que se utilizó en el exterminio masivo de prisioneros de los campos de concentración, incluido Auschwitz. Sin embargo, ni el volumen de producción ni el hecho de que los envíos se destinaran a los campos de concentración bastarían por sí solos para llegar a la conclusión de que [los dirigentes de la empresa tenían] conocimiento de los fines delictivos a los que se destinaba esta sustancia».

[35] *Informe del Comité Especial contra el Apartheid*. Asamblea General. Documentos Oficiales: Cuadragésimo Segundo Periodo de Sesiones, Suplemento núm. 22 (A/42/22), 1987.

[36] Sobre estas violaciones durante la dictadura chilena y argentina, véase en esta obra Matus, P./ Ramírez, C.: «Empresas durante la dictadura. El caso chileno 1973-1989», p. X; Bailone, M.: «Sobre empresas y tumbas: Informe sobre empresarios genocidas en el caso argentino», p. X, y Delgado, J. P.: «El rol criminal de las empresas en las dictaduras chilena y argentina: Algunas consideraciones jurídico-penales para su persecución», p. X.

[37] Dalek, J., *et al.*: *Planet Netsweeper Report*, 2018, disponible en: https://citizenlab.ca/2018/04/planet-netsweeper/ (último acceso 27/06/2023) y Dalek, J., *et al.*: «Information Controls during Military Operations. The case of Yemen during the 2015 Political and Armed Conflict», disponible en https://citizenlab.ca/wpcontent/uploads/2015/10/information-controls-yemen.pdf (último acceso 27/06/2024). Sobre los problemas de derechos humanos en el caso de las empresas militares y de seguridad privada, véase en esta obra López Lorca, B.: «Empresas militares y de seguridad privada. La autorregulación como estrategia frente a los abusos y violaciones de derechos humanos», p. X.

[38] En su defensa *Netsweeper* ha alegado que los fabricantes de equipos informáticos que utilizan las plataformas fijas y móviles de Internet tienen interfaces que los países introducen manualmente en los sitios web de acuerdo con sus leyes, culturas y valores. Por tanto, las grandes empresas multinacionales del sector no pueden controlar cuando un operador del sistema anula manualmente las herramientas que se le proporcionan. Y compara además su situación con la de las empresas fabricantes de coches preguntándose a este respecto si los grandes fabricantes de automóviles deberían dejar de vender coches y camiones porque se utilizan manualmente para actos de terrorismo, como atropellar a la gente o hacer estallar dichos vehículos. Así, *Netsweeper's response reallegations that use of its products and services have significant adverse impacts on the freedom of expression of LGBTQ persons and their access to information*, 7.12.2018. Disponible en: https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Netsweeper%20response_7%20Dec%202018.pdf [último acceso 26/06/2024).

carácter delictivo. Se trata de la doctrina de los denominados comportamientos neutrales [39], que viene siendo discutida desde *Nüremberg* [40]. Las normas de diligencia debida, como después examinaremos, constituyen un nuevo elemento, que ilumina y ayuda a centrar esta discusión.

Si en este primer gran grupo las empresas no son protagonistas de las violaciones y, por tanto, su comportamiento es de complicidad, en el segundo grupo, las empresas son las que realizan la violación. Pese a ello también puede decirse que su comportamiento se enmarca en el contexto de un *state initiated crime*. Sería el caso, del trabajo esclavo en la época colonial del que se beneficiaron las industrias extractivas en El Congo [41] y en gran parte de Latinoamérica [42] o la utilización de mano de obra esclava durante el régimen Nazi [43]. Como puede apreciarse, existe una discordancia entre la perspectiva puramente penal y la que atiende a la creación del contexto. El problema principal desde el punto de vista jurídico en estos casos es que pueden existir leyes nacionales o autorizaciones que justifiquen la violación de los derechos humanos o el deterioro medioambiental. Es lo que ocurriría, si un país decidiera deforestar una zona de gran importancia para el planeta y autorizara a empresas para su explotación. Ello obliga a debatir si las leyes o actos administrativos contrarios a los derechos humanos, a las normas de trabajo decente o a los estándares básicos de protección de los ecosistemas, hábitats o biodiversidad, pueden justificar el comportamiento de las empresas en los Estados en los que tienen su sede social o principal centro de negocios. Esta discusión resulta de vital importancia, por ejemplo, a la hora de tipificar un futuro delito de ecocidio como crimen internacional o de perseguir a una empresa por un delito medioambiental que no llega a ser ecocidio. La acción que provoca el ecocidio o el eco-crimen necesariamente debiera ser *unlawful* cuando se ampara en una normativa medioambiental incompatible con los estándares de la comunidad internacional. Obviamente, lo que está por ver es si estos estándares verdaderamente existen.

---

[39] Sobre esta cuestión, véase en esta obra DE LA CUERDA, M.: «Los comportamientos neutrales: La necesaria revisión del *business as usual*», p. X.

[40] *Vid.* AMBOS, K.: *Derecho penal internacional económico*, *op., cit.,* pp. 108 ss.

[41] RENTON, D., *et al.*: *Congo: Plunder and Resistance*, New York, Zed Books, 2015, pp. 94 ss.

[42] TANDETER, E.: *Trabajo forzado y trabajo libre en el Potosí colonial tardío*, Estudios Cedes, 1980; CABRITA, M. D.: «El trabajo forzado en las colonias portuguesas», en *Historia, trabajo y sociedad* (núm. 4), 2013, pp. 63-88.

[43] En Camboya, *Human Rights Watch, Work Faster or Get Out: Labour Rights Abuses in Cambodia's Garment Industry*, 18 de marzo de 2015, p. 58.

Una constelación ulterior –la tercera– es la que ejemplifican las violaciones de derechos humanos protagonizados por empresas extractivas [44]. Casos paradigmáticos serían la muerte por parte de agentes estatales de activistas con medios o información procedentes de las empresas, como ocurrió en los casos Unocal [45] y Nestlé [46]. Aparentemente en estos supuestos las empresas tan sólo colaboran con acciones represivas, tal como vimos que ocurría en supuestos anteriores, pero en realidad la represión realizada por los agentes estatales en este escenario tiene como principal objetivo proteger intereses empresariales. Es decir, se trata en realidad de *state facilitated corporate crime.*

Al lado de estos supuestos donde la contribución estatal –en cualquiera de sus dos formas es evidente–, en la actualidad existen también otras violaciones donde el componente estatal pierde importancia. No en toda violación de derechos humanos hay una presencia significativa de un Estado. Podríamos distinguir, de un lado, entre los casos de estados fallidos o en la terminología de la OCDE, zonas de gobernanza débil y, de otro, casos en que la colaboración del Estado puede considerarse neutral o débil. Un caso paradigmático de violación de derechos humanos sin presencia del Estado es el caso *Lafarge*,

---

[44] La literatura sobre las industrias extractivas y su impacto en los derechos humanos, especialmente en los derechos de los pueblos indígenas y en el medio ambiente, es muy amplia. Sobre la minería ilegal en Perú y Venezuela, véase en esta obra Aguilar Castro, V./Rodríguez Mejías, F.: «Derechos indígenas y ambientales bajo amenaza en contextos extractivos: el caso del Arco Minero del Orinoco de Venezuela», p. X, y García Cavero, P.: «Minería ilegal y derechos humanos en el Perú», p. X. También en Perú, Quispe Remón, F.: «Los principios rectores de las NNUU y el Perú: Especial referencia a las empresas mineras», en Fernández Liesa, C. R./López-Jacoiste Díaz, E. (dirs.): *Empresas y Derechos humanos*, Ed. Aranzadi, 2018, pp. 305-323. En Colombia, *vid.* Suelt Cock, V.: «Las violaciones de DDHH por parte de empresas del sector extractivo en Colombia. Retos para el Estado del posconflicto», en Ambos, K./Böhm, M. L. (eds.): *Empresas transnacionales y graves violaciones de derechos humanos en América Latina*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, pp. 335-370. En Brasil, *vid.* Demtrio, A.: «Las represas de minería y los derechos socioambientales: ¿Cuánto vale los derechos en conflicto con la minería en Brasil?», en Ovejero Puente, A. M.: *Derechos humanos y empresa: Balance y situación actual sobre el cumplimiento de los tres pilares*, Ed. Tirant lo Blanch, 2021, p. 333-356. En África, *vid.* Frynas, J. G.: «The Oik Industry in Nigeria: Conflict between Oil Companies and Local People» y, en Oceanía, *vid.* Kirsh, S.: «Mining and Environmental Human Rights in Papua», ambos en Fryunas, J. G./Pegg, S. (eds.): *Transnational Corporations and Human Rights*, Ed. Palgrave, 2003. En el Ártico, *vid.* Lorna Johnstone, R./Merrild Hansen, A. (eds.): *Regulation of extractive industries. Community engagement in the Artic*, Ed. Routledge, 2020. En general, *vid.* Caro Coria, D. C.: «Derechos humanos, *compliance* e industrias extractivas en América Latina», en Ambos, K./Böhm, M. L. (eds.): *Empresas transnacionales y graves violaciones de derechos humanos…*, *op., cit.,* pp. 115-141 y Chimisso Dos Santos, D./Seck, S. L.: «Human rights due diligence and extractive industries», en Deva, S./Birchall, D. (eds.): *Research Handbook on Human Rights and Business*, Ed. Elgar, 2020, pp. 151-175.

[45] *Vid.* https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/unocal-lawsuit-re-myanmar/, en *Business and Human Rights Resource Centre*. Sobre este caso y otros desarrollos, *vid.* Joseph, S.: *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Ed. Hart Publishing, 2004, pp. 67 ss.

[46] En Suiza, se sobreseyó la causa que investigaba la muerte de un sindicalista a manos de grupos paramilitares con colaboración supuestamente de una filial del gigante suizo.

que actualmente está siendo juzgado por los tribunales franceses [47]. La multinacional francesa está procesada por un delito de financiación del terrorismo por firmar contratos con empresas vinculadas al ISIS, con el fin de que le garanticen protección y pueda realizar su actividad con relativa normalidad [48]. También responden a esta tipología de ausencia de Estado los conocidos casos de los diamantes de sangre, donde grupos insurgentes financiaban su actividad mediante la venta de diamantes [49] o de los minerales procedentes de zonas de conflicto, que son después comprados por diversos tipos de empresas [50]. La conformación de las normas y procedimientos internos de diligencia debida deben tomar buena nota de estas situaciones, donde las empresas son los únicos actores que pueden garantizar el respeto a los derechos humanos.

Los supuestos de explotación laboral en las cadenas de suministro se insertan también dentro de esta tipología, donde no puede hablarse siempre ni de una política pública criminal, ni de un favorecimiento estatal –criminal– de intereses empresariales. Desde luego, hay supuestos en los que es posible encontrar una política estatal, como sería el caso de la explotación del pueblo uigur por parte del gobierno chino, que ha dado lugar a denuncias contra empresas textiles europeas [51]. Pero no en todos los casos de violaciones de los derechos vinculados al trabajo decente en las cadenas de suministros podemos hablar de una tolerancia consciente y sistemática por parte de las agencias estatales. Sería el caso de las «maquilas» en Argentina o de otros países latinoamericanos [52], o

[47] Véase en este volumen, Coteño Muñoz, A.: «La complicidad en crímenes internacionales a propósito del caso Lafarge», p. X.

[48] Similar también el caso *Chiquita*, empresa condenada por realizar pagos ilegales a grupos paramilitares colombianos. *Vid.* «Un juez de Florida condena a Chiquita Brands a indemnizar a ocho víctimas de los paramilitares», Fuente: *El País*, disponible en https://elpais.com/america-colombia/2024-06-10/un-juez-de-florida-condena-a-chiquita-brands-a-indemnizar-a-ocho-victimas-de-los-paramilitares.html (último acceso 13/07/2024).

[49] Sobre los diamantes de sangre y el proceso Kimberly, *vid.* Nadakavukaren Schfer, K.: «Stopping Trade in Conflict Diamond: Exploring the Trade and Human Rights Interface with the WTO Waiver for the Kimberly Process», en Cottier, T.*, et al.* (eds.): *Human Rights and International Trade*, Ed. Oxford, 2005, pp. 391-450.

[50] *Reglamento (UE) 2017/821 del PE y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo* (DO L 130, 19/05/2017); *Guía de debida diligencia de la OCDE para cadenas de suministro responsables de minerales en áreas de conflicto*.

[51] France: «NGOs file new lawsuit against Fast Retailing, Inditex and Skechers on alleged involvement in human rights abuses in Xinjiang», en *Business & Human Rights Resource Centre*, https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/france-ngos-file-new-complaint-at-tribunal-court-of-paris-against-fast-retailing-inditex-and-skechers-on-alleged-involvement-in-human-rights-abuses-in-xinjiang/ (último acceso 11/07/2024).

[52] Véase en esta obra García Sedano, T.: «Una aproximación desde el Derecho internacional y el Derecho comparado a la regulación de las cadenas de suministro y las formas contemporáneas de esclavitud», vol. I.

el caso de las «fresas» procedentes de Huelva [53]. La responsabilidad recae más en el lado de las empresas, que no se aprovechan tanto de un Estado tolerante, sino de un Estado débil, sin capacidad suficiente de *enforcement*, o de la desidia o incompetencia de un determinado grupo de funcionarios o agencias públicas.

Igualmente, tampoco encajan dentro de nuestros ejes de coordenadas, los supuestos en los que la participación del Estado como regulador de una actividad puede ser calificada de neutral. Es el caso de los supuestos de trabajo infantil que se producen como consecuencia de ciertos contratos entre grandes cadenas de supermercados y agricultores. Las condiciones contractuales pueden ser tan duras que los pequeños agricultores se ven abocados al empleo de menores o la explotación laboral. También podría situarse en este lugar el caso de la publicidad para que las mujeres se inclinen por la leche artificial y dejen de lado la lactancia natural [54] o los supuestos de manipulación de índices bursátiles basados en materias primas [55]. No puede decirse que la no prohibición de lactancia mediante leche artificial o la no regulación expresa de estos casos, no constituya un caso de contribución reprochable a una violación de derechos humanos por parte de los Estados [56].

En realidad, como muestran estos últimos casos, lo que ocurre es que las clasificaciones y estudios tradicionales sobre la criminología de la complicidad empresarial no han tomado suficientemente en cuenta la importancia

---

[53] «Europa critica la inacción ante la explotación laboral en la fresa de Huelva», Fuente: *Efe*, 2023, disponible en https://efe.com/andalucia/2023-06-12/europa-critica-la-inaccion-ante-la-explotacion-laboral-en-la-fresa-de-huelva/ (último acceso 11/07/2024).

[54] Según *Save the Children*, las principales compañías de leche de fórmula gastan 5.600 millones de euros al año en publicidad, en detrimento de la lactancia materna lo que en países en vías de desarrollo provoca problemas de corrupción, por ejemplo, en Bangladesh se ha denunciado que los médicos privados reciben visitas mensuales, casi siempre de representantes de Nestlé, con ofrecimiento de regalos); problemas de publicidad engañosa saltándose el código internacional al ofrecer muestras de leche para bebés de menos de 12 meses lanzando sutilmente el mensaje de que es igual que la leche materna) y, lo peor de todo, problemas para la salud, pues existen estudios que estiban que los bebé que no son amamantados tienen nueve veces más probabilidades de morir por neumonía que los que sí lo son. Disponible en: https://www.savethechildren.es/notasprensa/las-principales-companias-de-leche-de-formula-gastan-5600-millones-de-euros-al-ano-en [visitado el 20.05.2023].

[55] La manipulación de los precios de las semillas, de insecticidas o de otros productos químicos es todavía más grave si se tiene en cuenta que su producción se deja en manos de muy pocas empresas. Así, las semillas que un agricultor planta para producir algodón proceden con un 75 % de posibilidades de Monsanto (ahora ya Bayer); el insecticida que usa un agricultor latinoamericano para sus granos de soja transgénica es muy probable que se lo haya vendido la empresa farmacéutica alemana Bayer o la estadounidense Dupont y los productos químicos utilizados en un campo de maíz por un granjero africano proceden casi seguro de la empresa suiza Syngenta. Fuente: *The Guardian*, 26.09.2016. Disponible en: https://www.theguardian.com/global-development/2016/sep/26/farming-mega-mergers-threaten-food-security-say-campaigners [visitado el 16.05.2023].

[56] Sobre estas cuestiones, *vid.* Nieto Martín, A.: «La responsabilidad penal de las empresas multinacionales y la seguridad alimentaria», en: Demetrio Crespo, E./Nieto Martín, A. (dirs.): *Derecho penal económico y Derechos humanos,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 285.

transcendental que hoy tiene la cadena de suministro global dentro de empresas transnacionales para explicar las violaciones a derechos humanos [57]. No es que el eje de coordinadas del «contexto estatal» en estos casos se aproxime a cero, es que precisamente el factor criminógeno que explica la violación de derechos humanos dentro de las cadenas globales es que estas se aprovechan de los espacios vacíos que dejan unas regulaciones estatales articuladas sobre el principio de territorialidad. En este sentido, las cadenas de valor actúan en el terreno de la interlegalidad y del vacío de poder. De un lado, a través de diversas técnicas contractuales, de estandarización o certificación las empresas gobiernan y regulan las cadenas de valor. Las empresas que se sitúan a la cabeza de la cadena imponen de este modo, por ejemplo, las condiciones de calidad o técnicas que deben tener los productos. Pero, de otro, en lo tocante a regulaciones sociolaborales o medio ambientales, las empresas buscan el cobijo de las regulaciones estatales más permisivas o con mejores capacidades de ejecución. La explicación actual de las violaciones empresariales de derechos humanos pasa por entender las paradojas que se producen entre el gobierno y la regulación de la cadena de valor.

Ahora bien, a la hora de comprender el gobierno de la cadena de valor, debe dejarse de lado la idea de la existencia de una estructura jerárquica. La imagen piramidal de la empresa con un único centro de decisiones resulta un mito. La empresa multinacional se organiza hoy en red y de manera descentralizada, la toma de decisiones se realiza con gran independencia en las diferentes filiales. Los problemas de atribución de responsabilidad y las construcciones teóricas que a lo largo de estas últimas décadas se han ido construyendo estaban y están pensando en lo que podríamos denominar la empresa «fordista», aquella que fabrica sus productos, en fábricas que geográficamente se sitúan en territorios de manera estática y que se dirige de manera centralizada. La nueva empresa multinacional, que ha nacido al amparo del proceso de globalización económica del presente siglo, deslocaliza su producción en una red de filiales o proveedores, pero también sus centros de toma de decisiones. En esta nueva tipología de empresas, lo que algunos llaman el «modelo Nike», la aplicación de construcciones teóricas tradicionales como la delegación de poderes o el deber de garantía construido sobre el poder de dirección y organización –jerárquico– tienen escaso rendimiento. No es que en la era post fordista no exista ningún tipo de organización, sino que esta ha mutado. Los deberes y el poder de organización en la empresa post fordista se fundamentaban en la propiedad por

[57] En lo que sigue, ampliamente Vioque Galiana, L. M., *Diligencia debida en Derechos Humanos y Responsabilidad Penal de las Empresas Multinacionales,* Tesis Doctoral. Ciudad Real. 2024. pp. 193 ss.

parte del empresario sobre los factores de producción y en el derecho laboral. En la «empresa Nike» el poder de organización se basa, en cambio, en la capacidad de influencia de una organización sobre organizaciones ajenas. La capacidad de influencia es muy diferente al poder de dirección derivado del derecho de propiedad o laboral. Si este es un poder de dirección que se ejerce dentro de un marco jurídico, la capacidad de influencia puede imponer reglas de producción y de organización, pero carece de los límites y obligaciones que tiene el poder de dirección. Es además la empresa que tiene la capacidad de influencia la que establece, mediante una regulación privada (*private law*) el «marco jurídico» de la organización a través de estándares, contratos, certificados, códigos de buenas prácticas etc. Por esta razón, «la capacidad de influencia» constituye hoy el elemento central a la hora de fundamentar las responsabilidades dentro de esta forma de producción descentralizada o en red[58].

En suma, frente a las tradicionales categorías de violaciones de derechos humanos, provenientes del modelo de la complicidad empresarial, se trata de comprender que la nueva tipología de violaciones de derechos humanos no tiene que ver con la presencia del Estado, sino probablemente con su ausencia o con la pérdida de poder regulatorio generada por la actual globalización. Los vacíos de poder que deja la globalización económica generan un nuevo tipo de impunidad donde las grandes empresas imponen su ley a través del *private law* y regulan los aspectos relacionados con la calidad de la producción o de los servicios que les interesan comercialmente. En este sentido, les da igual la capacidad reguladora de los Estados porque han sido capaces de generar una regulación privada supranacional eficaz, si bien, por otro lado, aprovechan la ausencia del Estado para reducir los costes de producción eligiendo territorios a su conveniencia.

En base a todo cuanto se lleva dicho, la taxonomía actual de las violaciones de derechos humanos podría obedecer a la siguiente clasificación, donde contaríamos con seis supuestos diferentes:

1. Ejecución principal corporativa en un *state initiated crime.*
2. Contribución neutral o conforme a la actividad empresarial en un *state initiated crime*.

---

[58] También se habla de «esfera económica de influencia», criterio que parte de la riqueza de la empresa, lo que le utilizar cualquier medio para alcanzar sus propios objetivos o imponer su voluntad a su entorno. Sobre el concepto de esfera de influencia, ampliamente Vioque Galiana, L. M., *Diligencia debida en Derechos Humanos y Responsabilidad Penal de las Empresas Multinacionales,* Tesis Doctoral. Ciudad Real. 2024. pp. 216 ss; *vid.* además Kristen, F./Emaus, J.: «From "too big to be governed" to "not too big to be responsible"?», en Enneking, L., *et al.* (eds.): *Accountability, International Business Operations, and the Law. Providing Justice for Corporate Human Rights Violations in Global Value Chains*, Ed. Routledge, 2020, pp. 159 ss.

3. Contribución no neutral, ni conforme a la actividad de las empresas en un *stated iniciated crime*.

4. Ejecución principal estatal y complicidad empresarial en un *stated facilitated crime*.

5. Ejecución principal corporativa en estados fallidos, de gobernanza débil o aprovechando deficiencias/incompetencias en las agencias estatales.

6. Ejecución principal corporativa, que se deriva de la conformación y el sistema de gobierno de la cadena de valor y del modelo de empresa post-fordista.

Dentro de esta tipología, los cuatro primeros grupos representan el modelo tradicional. El grupo 5 sería un modelo intermedio o novedoso que se caracteriza por una ausencia patológica de Estado, mientras que el sexto vendría a representar la «nueva normalidad» en la que es precisamente la pérdida del poder regulatorio estatal y la cadena de suministro global la que explica el contexto y la etiología de las violaciones de derechos humanos. Las obligaciones de diligencia debida que después estudiaremos se extienden desde luego a todas estas situaciones, pero es respecto a la última de ellas donde deben hacerse más esfuerzos a la hora de establecer un nuevo Derecho penal de la empresa –nacional o internacional– que sea capaz de proteger los bienes jurídicos en juego y atribuir de manera justa responsabilidades.

III. LA DILIGENCIA DEBIDA EN DERECHOS HUMANOS O EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD

Las obligaciones de diligencia debida constituyen, junto con la reparación del daño, los pilares básicos de los *Principios Rectores* y por consiguiente de la mayor parte de las normas nacionales o supranacionales que han sido aprobadas posteriormente. Estas normas han sido clasificadas en dos grandes grupos. De un lado, aquellas que imponen obligaciones de transparencia relativas a las medidas de diligencia debida adoptadas por cada organización. De otro lado, las que establecen directamente medidas de diligencia debida, pero dejando a las empresas un gran margen de maniobra para que las completen a través de la autorregulación.

Mientras que la primera estrategia regulatoria es indirecta, se busca que la transparencia determine a las empresas a implementar medidas de diligencia debida de manera voluntaria, la segunda es directa. Transparencia y autorregulación son dos herramientas básicas del *regulatory state* que surge con el cambio de si-

glo [59], por lo que la legislación sobre diligencia se corresponde con el signo de los tiempos. Exigir transparencia sobre determinados aspectos de una organización, ya sean financieros, productivos o de gobierno corporativo constituye una forma de regular que confía en que tanto los *shareholders* como los s*takeholders* impulsen a la empresa a ser eficiente a la hora de autorregularse u organizarse internamente. La transparencia consigue además que las prácticas más exitosas se conviertan a su vez en estándares que inspirarán al resto. Al menos teóricamente, la transparencia mezclada con la autorregulación incita a la innovación y evolución constante. Pero también, la transparencia funciona como una forma de control social que incrementa la *accountability*, ya sea ante las instituciones públicas, ya sea ante los accionistas y desde luego los diversos grupos de interés [60].

La consecución de la innovación y control social se apoya con frecuencia a través de la creación de agencias independientes, que pueden cooperar con las organizaciones obligadas en el desarrollo de los mejores estándares y a la vez ejercen funciones de supervisor. En la UE la Directiva sobre diligencia debida promueve una agencia de estas características, pero también existen agencias similares en el Reino Unido y en la práctica totalidad de países que han adoptado normas de diligencia debida.

Tradicionalmente la transparencia y la autorregulación también han sido herramientas utilizadas por las empresas en el marco de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC). Antes de convertirse en obligaciones, de manera voluntaria muchas organizaciones habían implantado ya medidas de diligencia debida en sus cadenas de suministro, que después se publicaban en sus informes de responsabilidad social. Entre la nueva generación de normas, alumbradas siguiendo la estela de los Principios Rectores, y la RSC existe una línea de continuidad. Es más, en aquellos países donde aún no han aparecido estas obligaciones, como es el caso de Latinoamérica, la voluntariedad sigue siendo la nota característica.

1. **La sostenibilidad como objetivo y la gobernanza global como marco**

Conviene antes de empezar a examinar estas normas advertir de la ampliación progresiva de su objetivo. La diligencia debida tiene como objetivo en

---

[59] *Vid.*, por todos, Majone, G.: *Regulating Europe*, Ed. London: Routledge, 1996. Sobre las interrelaciones entre el Estado regulador y el Derecho penal económico, Nieto Martín, A., Tema 1, en De la Mata N./Dopico J./Lascurain J.A./Nieto A., *Derecho penal económico y de la empresa.* Dykinson, 2.ª ed., 2024, pp. 57 ss. .

[60] Loge, M.: «Accountability and Transparency in Regulation: critiques, doctrines and instruments», en Jordana, J./Levi-Faur, D.: *Politics of Regulation*, CRC Series on Competition, Regulation and Development. Elgar, Cheltenham, 2004, pp. 124-144.

los Principios Rectores de Naciones Unidas los derechos humanos, cuyo perímetro se establece en el punto 12 a través de una referencia a los contenidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos y a los principales instrumentos en que se ha codificado: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos. A este grupo de derechos se sumarían los derechos fundamentales contenidos en los ocho convenios básicos de la OIT, conforme a la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Este marco, en los países anglosajones se ha restringido notablemente. Las normas que siguen la estrategia de la transparencia a la hora de establecer obligaciones de diligencia debida se han limitado a garantizar la implantación de estas obligaciones a los trabajos forzados y al trabajo infantil, estas normas contienen además definiciones autónomas de estos conceptos. La Ley Francesa de vigilancia empresarial fue, en cambio, la primera que extendió la obligación a la totalidad del conjunto de derechos humanos, en el sentido exigido por los Principios Rectores. El resultado fue la inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley que establecían sanciones administrativas a las empresas que no implementaran las medidas de diligencia debida. El Consejo de Estado consideró que una infracción –aunque fuese de naturaleza administrativa– no podía tener un referente tan indeterminado como el conjunto de los Derecho Humanos. Por esta razón la consideró contraria al principio de determinación [61].

La *Ley alemana de diligencia debida en las cadenas de suministro* en 2022 solventó técnicamente este problema enumerando detalladamente el conjunto de convenios internacionales, que especifican el contenido de los derechos humanos. El texto alemán tuvo la novedad de añadir las principales convenciones en materia de medio ambiente. La *Directiva europea en diligencia debida* ha optado por una solución técnica similar: detallar las normas de referencia en un Anexo; en lo relativo a los contenidos ha incluido las obligaciones de compensación de emisiones procedentes del cambio climático, e igualmente se han añadido las convenciones en materia de corrupción. Esta ampliación, encuentra su explicación en las indudables implicaciones que ambos fenómenos tienen sobre los derechos humanos.

Más en realidad en la normativa europea la palabra de referencia es la sostenibilidad, tanto en su normativa sobre diligencia debida como en la relativa a las obligaciones de transparencia. Con ello avanza hacia un cambio de

[61] *Vid. Décision núm. 2017-750 DC du 23 mars 2017, Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, disponible en https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017750DC.htm (último acceso 11/07/2024).

paradigma que tiene incluso raíces constitucionales: la sostenibilidad, como rasgo de la Unión y de los Estados miembros, que se uniría a la triada de Estado Social Democrático y Derecho (y ahora diríamos sostenible). Tanto en Alemania como en Italia existe en la actualidad una cierta discusión en torno al significado constitucional de este concepto, con proyectos de reforma constitucional. El paralelismo intencionado que el denominado *Green Deal* europeo guarda con el *Green Deal* de *Roosevelt* viene a anunciarnos un cambio en el modelo de Estado, en el que el desarrollo económico debe respetar los derechos humanos y el clima [62] en una dimensión global e intergeneracional. De este modo, las normas europeas que a continuación van a comentarse se enmarcan en un proyecto de renovación constitucional mucho más ambicioso que está siendo uno de los motores legislativos, construido sobre las técnicas de intervención del *regulatory state* [63].

La pretensión de este nuevo programa legislativo de proteger bienes globales –clima, derechos humanos, integridad– le sitúa también en el marco de la gobernanza global o del Derecho global. Se trata de un nuevo derecho de naturaleza post-estatal, construido a través de la acción conjunta de diversos actores –estados, organizaciones internacionales, empresas– y normas, estándares, convenios internacionales leyes, recomendaciones y otros documentos de *soft law*; es decir, una regulación en red. Veremos así, por ejemplo, como las normas relativas a la transparencia se cumplen mayoritariamente a través de unos estándares privados, el GRI, o como algunas normas europeas se remiten directamente desde su articulado a las recomendaciones de la OCDE. No puede además dejarse de lado que, en realidad mediante la diligencia debida, los Estados más poderosos a través de la *longa manu* de las empresas multinacionales se atribuyen una capacidad regulatoria extraterritorial. Las políticas de diligencia debida de las empresas impuestas contractualmente a proveedores de todo el globo exigen estándares de trabajo digno o medioambientales, a la vez que contienen un eficaz sistema de ejecución: se valen de auditorías para inspeccionar *in situ* los locales de las empresas proveedoras situadas en diversas partes del mundo y comprobar si cumplen con las condiciones laborales y medioambientales a las que se han comprometido en sus contratos de suministro y que figuran en los códigos éticos para proveedores. Previamente, entidades certificadoras habrán dado el visto bueno y habrán comprobado *ex ante,* si el proveedor cumple con los estándares necesarios

[62] Sobre el Derecho penal del clima, véase en esta obra Nieto Martín, A.: «No mires arriba: Las respuestas del Derecho penal a la crisis climática», p. X.

[63] Chiti, E.: «Managing the ecological transition of the EU: the European Green Deal as a regulatory process», en *Common market law review*, vol. 59, núm. 1, 2022, pp. 19-48.

para poder serlo. Todo ello obliga a las empresas a adoptar las exigencias normativas impuestas por las grandes empresas a través de sus códigos, lo que a su vez se traduce en el cumplimiento de la legislación estatal del país de la empresa. Como podrá comprobarse se trata de un ejemplo de legislación a distancia característica del Derecho global. Aunque en teoría la legislación de diligencia debida se aplica a cualquier proveedor, ya se sitúe en Suecia o en Angola, lo que está claro es que en la práctica la legislación a distancia tiene sentido en relación con los Estados más débiles, donde las normas de diligencia debida y sostenibilidad de los países de la UE se imponen de este modo como estándares regulatorios.

2. **Obligaciones de transparencia e información**

Dentro de las normas que adoptan como mecanismo regulador la transparencia [64] existen, a su vez, dos familias diversas: la anglosajona (EE. UU., Reino Unido, Australia y Canadá) y la formada por los países de la UE. Los Estados Unidos, a través de la *Dodd Act* (sección 1502) y sobre todo mediante la ley californiana (*California Transparency in Supply Chains Act* 2010) [65] fueron pioneros dentro de los países del *common law*. Pero dentro de este espectro interesa atender a las *Modern Slavery Act* en el Reino Unido y a la reciente ley canadiense, la cual, al introducir sanciones penales, sale al paso como veremos de las principales críticas que había generado el enfoque basado en la transparencia [66].

---

[64] Las obligaciones de transparencia también están en los Principios Rectores (principio núm. 29). Para una crítica a la transparencia como forma de conseguir una efectiva regulación en este sector, *vid. Research Brief: Assessing Legislation on Human Rights in Supply Chains: Varied Designs but Limited Compliance,* June 2019, NYU Stern Center for Business and Human Rights, p. 7, disponible en https://issuu.com/nyusterncenterforbusinessandhumanri/docs/nyu_jaco_research_brief_june14_fina?fr=xKAE9_zU1NQ (último acceso 10/06/2024).

[65] Para un comentario a estas primeras leyes de transparencia corporativa, *vid.* Muñoz Fernández, A./Salés Pallarés, L.: «Leyes internas sobre transparencia de multinacionales: los particulares como agentes de la lucha contra las nuevas formas de esclavitud», en Zamora, F. J., *et al.* (eds.): *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos, Cuadernos de Democracia y Derechos humanos*, 2013, pp. 109-134. Más recientemente, haciendo alusión a la ley californiana y al *caso Nestlé* (*Barber v. Nestle USA*, Inc., 154 F. Supp. 3d 954 (C. D. Cal.), de 9.12.2015) como ejemplo paradójico, *vid.* Salés Pallarés, L./Marullo, M. C.: «Las iniciativas estatales y regionales sobre el control de las cadenas de suministro globales: la solución californiana», en Díaz Barrado, C. M., *et al.* (dirs.): *Las empresas transnacionales en el Derecho internacional contemporáneo. Derechos humanos y objetivos de desarrollo sostenible*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, p. 272 ss. En este caso, los demandantes alegaron que la empresa debía comunicar al público que sus latas de comida para gatos contenían pescado capturado en Indonesia y Tailandia donde se daban situaciones de trabajos forzados. El tribunal norteamericano desestimó la demanda entendiendo que la ley de transparencia solo obliga a hacer públicos los esfuerzos que hace la empresa para eliminar la trata de personas en su cadena de proveedores, pero no obliga a publicar las violaciones que se estén produciendo o hayan producido en su cadena de suministro ni tampoco a hacer esfuerzos en este sentido.

[66] Las obligaciones de transparencia también están en los *Principios Rectores* (principio núm. 29).

La *Modern Slavery Act* de 2015 del Reino Unido se adoptó con el concreto propósito de erradicar la denominada como «esclavitud moderna». Para ello estableció nuevos delitos en materia de derechos de los trabajadores y tráfico de personas, etc [67], sin embargo, la parte que nos interesa son las obligaciones de información (*reporting/disclosure*) por parte de las empresas con un volumen de negocios anual superior a 36 millones de libras esterlinas (*Part.6 Tranparency in Supply Chains, 54*). Estas empresas deben informar en un lugar bien visible dentro de su página web de las medidas que adopten para prevenir que en sus cadenas de suministro la explotación laboral, la esclavitud y la trata de personas.

Pese a sus innovaciones, este texto tiene carencias importantes, así, por ejemplo, no exige directamente la implantación de medidas de prevención, detección o reparación de posibles violaciones a las normas sobre trabajo decente, solo obliga a informar, pero en este punto no da indicaciones precisas acerca de cómo han de hacerlo. Por ello, las empresas no quedan obligadas a incluir en sus informes aspectos que resultan esenciales como en qué sectores de su actividad existe más riesgo, de si han formado a sus empleados o realizan auditorías independientes sobre sus proveedores, etc.

Los primeros informes sobre su implementación [68] evidenciaron cómo muy pocas empresas cumplieron con esta obligación de transparencia, poco más de 6.000 empresas habían redactado y publicado el informe [69]. A los problemas cuantitativos se unen los cualitativos y también de *enforcement*. La calidad de la información era, como indicábamos, pobre, en su mayoría «cosmética», pues hace referencia a actividades filantrópicas o mecenazgos que tradicionalmente han formado parte de la RSC. La posibilidad de informar opcionalmente sobre los aspectos más relevantes y concretos, como el riesgo de explotación en los proveedores, no se había seguido prácticamente por ninguna entidad [70]. La doctrina también criticó muy pronto la falta de estándares a la hora de informar que permitieran la comparabilidad de la información, o la falta de supervisión, no existe ninguna agencia especializada y el control se

---

[67] Mantouvalou, V.: «The UK Modern Slavery Act 2015 Three Years on», en *Modern Law Review* (vol. 81, issue 6), 2018, pp. 1022 ss.

[68] Bloomfield, M./Lebaron, G.: «The UK Modern Slavery Act: Transparency through disclosure in Global Governance», en *E-International Relations*, 2018, disponible en https://www.e-ir.info/pdf/75729, pp. 2-3.

[69] Otros informes reflejan una cifra incluso menor (1.700). Así, Bloomer, P.: «A Year After the UK Modern Slavery Act, Time for a Global Modern Slavery Agreement?», 2017, disponible en http://news.trust.org/item/20170331091619-akvgh.

[70] Bloomfield, M./Lebaron, G.: «The UK Modern Slavery Act…», *op., cit.*, p. 3.

dejaba en manos de la sociedad civil (ONGs), y desde luego la ausencia de sanciones en caso de incumplimiento [71].

A los cuatro años de su entrada en vigor, un Informe oficial publicado en 2019 [72], sugería ya la necesidad de imponer la obligatoriedad de informar acerca de los aspectos más relevantes de las obligaciones de diligencia debida y, más importante aún, abogaba por convertir en obligatorias su implantación. En mayo del 2022 respondiendo a estas críticas se publicó un proyecto de ley [73] que establece la obligación de informar de las empresas cotizadas y sanciones administrativas en caso de falsedades en la declaración, cuando se omitan datos relevantes o inexactos. Significativamente este comportamiento puede realizarse por imprudencia. Aparece también la propuesta de sancionar la adquisición de bienes procedentes del trabajo esclavo e infantil, lo que como veremos puede ser una de las estrategias más interesantes para sancionar el incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida. Esta conducta se articulaba como un delito de desobediencia: seguir comprando productos a proveedores directos e indirectos que no cumplan con unas reglas mínimas de transparencia tras una advertencia formal del Comité Independiente de Lucha contra la Esclavitud [74].

La normativa inglesa, y su discusión, ha inspirado al legislador australiano que en 2018 aprobó su *Modern Slavery Act* [75], con entrada en vigor un año más tarde. Aunque su ámbito de aplicación es más reducido, solo empresas con un volumen de negocio anual superior a 100 millones de dólares australianos (unos 62 millones de euros), los deberes de *reporting* son más intensos al exigirse información sobre la estructura, operaciones y cadena de suministro, exposición al riesgo y eficacia de las medidas adoptadas para abordar el riesgo. La ley también crea un registro (en el Reino Unido no existe) gestionado por el Estado que permitirá a los consumidores, inversores y autoridades reguladoras valorar el grado de cumplimiento de la empresa con los derechos humanos. «Su Talón de Aquiles» continúa siendo, la inexistencia de sanciones en caso de

---

[71] Momsen, C./Scwarze, M.: «The changing face of corporate liability – New hard law and the increasing influence of soft law», en *Criminal Law Forum* (vol. 29), 2018, p. 575.

[72] En total son cuatro informes disponibles en https://www.independentmsareview.co.uk/ (visitado el 08.05.2024).

[73] *Modern Slavery (Amendment) Bill*, disponible en https://bills.parliament.uk/bills/2892#timeline (último acceso 7/6/2023).

[74] Sobre los nuevos delitos, *vide infra* IV. El Derecho penal de la sostenibilidad. 5. La falsedad en los informes de sostenibilidad, el *Greenwashing* y la responsabilidad de auditores y certificadoras.

[75] Sobre esta norma, Sinclair, A.: «Human rights: Tackling modern slavery now a matter of legal compliance», en *Law Society of NSW Journal* (Issue 53), 2019, pp. 86-87; Ford, J.: «Defining 'Supply Chain' for Reporting Under a Modern Slavery Act for Australia», ANU College of Law Research Paper (No. 18-4), 2018, pp. 1-21, disponible en https://ssrn.com/abstract=3187089; Mcgregor, A./Smit, J.: «Modern slavery risk reporting: What are businesses required to do?», en *Governance Directions* (vol. 70, Issue 7), 2018, pp. 407-413.

incumplimiento. No parece suficiente la facultad que se le otorga al gobierno para que envíe una solicitud por escrito a las entidades incumplidoras solicitando una explicación y/o la adopción de medidas reactivas [76]. Al igual que su homóloga británica está siendo objeto de revisión [77]. Las recomendaciones también apuntan a la introducción de sanciones, si bien en este caso parecen ser de naturaleza administrativa, cuando no se presente la declaración sobre esclavitud moderna, cuando se presente una declaración falsa o no se disponga de un sistema de diligencia debida.

Por todas estas razones, representa un cierto cambio de tendencia dentro de este modelo legislativo, la reciente ley canadiense, *Fighting Against Forced Labour and Child Labour in Supply Chains Act* [78] de 2023. Su ámbito de aplicación se extiende a cualquier cotizada, nacional o extranjera, limitando su aplicación a los sectores donde con más facilidad pueden aparecer prácticas contrarias al trabajo decente, pero también quedan obligadas empresas extranjeras, de gran tamaño, que realicen operaciones en este mercado. La ley establece obligaciones de transparencia similares a las que contiene la norma australiana [79] y obliga además a que el informe de transparencia sea aprobado por el órgano de administración. Además de publicarse en la web, el informe debe ser remitido a todos los accionistas junto con las cuentas anuales. La *Fighting Against Forced Labour and Child Labour in Supply Chains Act* establece un sistema de inspección administrativa muy incisivo y la posibilidad de que se prohíba la importación de bienes, producidos en todo o en parte, mediante trabajos forzados o infantiles. Pero lo más significativo es la introducción de

[76] Por esta razón está siendo objeto de revisión, *Report of the statutory review of the Modern Slavery Act 2018 (Cth). The first three years* (A report by Professor John McMillan, AO), disponible en https://www.ag.gov.au/sites/default/files/2023-05/Report%20-%20Statutory%20Review%20of%20the%20Modern%20Slavery%20Act%202018. PDF (último acceso 13/07/2023). Las recomendaciones también apuntan a la introducción de sanciones, si bien en este caso parecen ser de naturaleza administrativa, cuando no se presente la declaración sobre esclavitud moderna, cuando se presente una declaración falsa o no se disponga de un sistema de diligencia debida.

[77] *Report of the statutory review of the Modern Slavery Act 2018 (Cth). The first three years* (A report by Professor John McMillan, AO), disponible en https://www.ag.gov.au/sites/default/files/2023-05/Report%20-%20Statutory%20Review%20of%20the%20Modern%20Slavery%20Act%202018.PDF (úlitmo acceso 13/07/2023).

[78] *Fighting against Forced Labour and Child Labour in Supply Chains Act*, SC 2023, c. 9.

[79] En concreto estos son los aspectos que las empresas deben incluir obligatoriamente en el informe: estructura, actividades y cadenas de suministro; políticas y procesos de diligencia debida en relación con el trabajo forzoso y el trabajo infantil; las partes de sus actividades y cadenas de suministro que conllevan un riesgo de utilización de trabajo forzoso o trabajo infantil y las medidas que ha adoptado para evaluar y gestionar dicho riesgo; cualquier medida adoptada para remediar cualquier trabajo forzoso o trabajo infantil; cualquier medida adoptada para remediar la pérdida de ingresos de las familias más vulnerables, la formación impartida a los empleados sobre trabajo forzoso y trabajo infantil; y cómo evalúa la entidad su eficacia a la hora de garantizar que no se recurre al trabajo forzoso ni al trabajo infantil en sus actividades y cadenas de suministro.

sanciones penales, multas de hasta 250.000 $, tanto para personas físicas como jurídicas que infrinjan las obligaciones de reporte o que lo publiquen de manera incorrecta incluyendo datos falsos o engañosos. No hace falta indicar que aunque la aparición del término penal resulta significativa, la sanción que se prevé resulta ridícula.

La normativa europea sobre transparencia en diligencia debida da una vuelta de tuerca al modelo anglosajón que acabamos de ver. Por lo pronto, la iniciativa de la UE camina en tres direcciones diversas: la información sobre sostenibilidad, la lucha contra el *Greenwashing* [80] y la que afecta a los servicios financieros [81]. La que más nos interesa en este lugar es el primer tipo de norma, la información sobre sostenibilidad, que fue objeto de una primera regulación a través de la *Directiva 2014/95* [82] y que con relativa celeridad ha perfeccionado la *Directiva de 2022/2464* [83]. Tras esta reforma, a diferencia de lo que ocurre en los países anglosajones, la información sobre sostenibilidad se eleva al máximo nivel: debe formar obligatoriamente parte de las cuentas anuales, concretamente debe aparecer en el informe de gestión. A ella quedan obligadas todas las sociedades cotizadas y las denominadas empresas de interés público. Su objeto es mucho más amplio además que el de las normas de diligencia debida en materia de trabajo decente. Su marco de referencia es lo que hoy se denomina como ESG, esto es, el sistema de gobernanza de la entidad, las medidas relativas a la legislación medioambiental y muy especialmente las relativas a la reducción de emisiones de CO_2 con el fin de conseguir los objetivos climáticos [84], y finalmente las medidas de diligencia debida relativas a los Derechos humanos y la lucha contra la corrupción.

---

[80] *Directiva (UE) 2024/825 del PE y del Consejo 28 de febrero de 2024 por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información* (DOUE L 825, de 6.3.2024).

[81] *Reglamento (UE) 2019/2088 del PE y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019 sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros*. Para un análisis de esta norma, véase HOOGHIEMSTRA, S. N.: «The ESG Disclosure Regulation – New Duties for Financial Market Participants & Financial Advisers», 2020, disponible en: SSRN: https://ssrn.com/abstract=3558868, pp. 1-13.

[82] *Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos* (DO L 330 de 15.11.2014).

[83] *Directiva (UE) 2022/2464 del PE y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas* (OJ L 322, 16.12.2022).

[84] Sobre los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, *vid.* Molina Hernández, C.: *El registro y el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero*, Ed. Tirant lo Blanch, 2019 y Solaeche Gómez, J.: «El mercado de comercio de emisiones de carbono», en Giner Alegría, C. A.

La estrategia europea, a diferencia de la anglosajona, establece además un tándem inseparable entre la regulación substantiva de las obligaciones de diligencia debida y la información que las empresas deben proporcionar sobre las mismas. Los países del *common law* confían principalmente en medidas de transparencia, como las que acabamos de indicar, para que las empresas creen sus propias normas de diligencia debida, mientras que en la UE la estrategia legislativa es más incisiva: las normas sobre transparencia tienen como correlato toda una batería legislativa que desarrolla los contenidos de la diligencia debida.

La legislación europea, no obstante, hasta el momento, guarda silencio acerca de si las irregularidades y falsedades que afectan a la información sobre sostenibilidad debe ser sancionada penalmente. No obstante, y dejando por ahora de lado las cuestiones relativas al merecimiento y necesidad de pena de estos comportamientos, lo importante es si la sanción de estas irregularidades sería factible. La virtualidad práctica de los delitos de falsedad en los balances descansa en que, de un lado, existen reglas precisas acerca de cómo se ha de presentar esta información. La normativa contable y el Derecho de sociedades regulan el modo en que han de valorarse los activos y la forma de presentación. Además, existe posteriormente un sistema de auditoría que valida la información y que permite descubrir las irregularidades.

La información en materia de sostenibilidad se encuentra en una situación menos desarrollada que la información financiera. En la mayor parte de los países, es decir fuera de la UE, la información no financiera o de sostenibilidad sigue formando parte de los informes de RSC. En los países anglosajones, como acabamos de ver, se sitúa a medio camino. Es una información que debe publicarse en las páginas webs corporativas. Aunque la información que se proporciona a través de la web, sobre todo en el caso de las empresas cotizadas, cada vez está alcanzando una mayor relevancia jurídica, obviamente no tiene aún el mismo estatus que las cuentas anuales [85].

Pero incluso en el marco de la UE la calidad de la información en sostenibilidad no es similar a la de la información financiera. El principal problema de la «información en materia de sostenibilidad» es su comparabilidad y fiabilidad [86]. De poco sirve que cada empresa informe sobre estos aspectos, si se

(dir.)/García Mercader, E. J.: *Los nuevos escenarios en las relaciones internacionales; retos, amenazas y oportunidades*, Ed. Thomson Reurters Aranzadi, 2019, pp. 469-491.

[85] *Vid.* Matarredona, J. B.: «La página web corporativa de las sociedades cotizadas», en AA. VV.: *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, vol. 1, 2019, pp. 641-682.

[86] *Vid. Informe de la Comisión al PE, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre las cláusulas de revisión de las Directivas 2013/34/UE, 2014/95/UE y 2013/50/EU*, p. 18 [Bruselas, 21.4.2021 COM(2021) 199 final].

utilizan criterios o indicadores diversos que dificultan cuando no impiden por completo comparar dicha información con la proporcionada por otra empresa. Para facilitar la comparación de la información en materia de sostenibilidad se han de utilizar estándares internacionales de indicadores no financieros [87]. El más conocido de ellos es el Global *Raporting Initiative* (en adelante «GRI») [88]. El GRI aglutina una serie de indicadores que las empresas siguen como modelo de reporte en distintos temas (derechos humanos en general pero también en particular cuestiones de trabajo infantil, explotación laboral, anticorrupción, derechos de los pueblos indígenas, etc.). Pero, incluso dentro de este marco, la falta de homogeneidad sigue siendo evidente, pues la información se presenta siguiendo el orden y la narrativa que las empresas estiman oportuno y no siempre utilizan todos los indicadores establecidos en las GRI o lo hacen en distinto orden o sin aportar ejemplos concretos, etc [89]. La reciente Directiva 2022/2646 [90] intenta atajar este problema, autorizando a la Comisión a que establezca sus propios modelos de reporte. Asimismo, son importantes sus avances en lo que concierne a la auditoría. La Directiva 2014/95 establecía un sistema permisivo, en el que el auditor se limitaba a comprobar la presencia

[87] En concreto, la exposición de motivos de la *Ley 11/2018* indica lo siguiente: «Al facilitar esta información, las empresas obligadas deben basarse en marcos nacionales, marcos de la Unión Europea, pudiendo utilizarse el Sistema de Gestión y Auditoría Medioambientales (EMAS) adaptado a nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto 239/2013, de 5 de abril, o en marcos internacionales tales como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, el Acuerdo de París sobre cambio climático, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos que ponen en práctica el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar», las Líneas Directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales, la norma (ISO) 26000 de la Organización Internacional de Normalización, la norma (SA) 8000 de la Responsabilidad Social Internacional, la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la Organización Internacional del Trabajo, la Iniciativa Mundial de Presentación de Informes de Sostenibilidad del GRI (*Sustainability Reporting Standards*), u otros marcos internacionales reconocidos».

[88] Este último parece ser el más utilizado. Según Luque-Vílchez, M./Larrinaga, C.: «Actualidad sobre la Directiva 2014/95/UE…», *op., cit.*, p. 106, la ratio de divulgación de memorias elaboradas en España siguiendo el GRI ha ido *in crescendo* en el periodo analizado (1993-2015).

[89] Así ocurre, por ejemplo, en el *Informe de Gestión Integrado de Repsol*. Año 2019, disponible en https://www.repsol.com/imagenes/global/es/informe-gestion-integrado-informe-verificacion-estado-informacion-no-financiera-2018_tcm13-147660.pdf [visitado el 30/11/2020]. Repsol está muy bien valorada según el *Corporate Human Rights Benchmark (CHRB)*. Según este ranking, la compañía fue en 2019 la empresa del sector del gas y petróleo mejor valorada y la 7.º en el ranking global, de las 195 empresas analizadas. El ranking mide varias cosas, entre ellas, cómo informa la empresa de sus políticas en materia de derechos humanos. Repsol obtiene 70 puntos sobre 100. En materia de transparencia alcanza 7,4 puntos sobre 10. Se le critica, no obstante, que no siempre ponga ejemplos concretos de las prácticas. El *Corporate Human Rights Benchmark* puede consultarse en https://www.corporatebenchmark.org/ [último acceso 30/11/2020].

[90] *Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas* (DOUE 322, de 16/12/2022).

del informe sobre sostenibilidad dentro de las cuentas anuales. Por el contrario, la Directiva 2022/2464 requiere una mayor labor de comprobación del auditor con el fin de verificar la veracidad de la información. Este sistema más riguroso, que concierne tanto a los contenidos de la información en materia de sostenibilidad como a su comprobación, es un paso previo para comenzar a reflexionar acerca de la tutela penal de este tipo de información.

3. **La tipología de las obligaciones de diligencia debida**

Las normas más características de la UE y de sus Estados miembros más representativos son, sin embargo, las normas materiales que exigen de las empresas la introducción de políticas de diligencia debida.

El concepto de diligencia debida es complejo de definir y probablemente se preste a equívocos. Desde luego, no se trata de la diligencia debida procedente del Derecho romano vinculada a la negligencia, sino un concepto de diligencia debida más cercano al que tradicionalmente se ha utilizado en el Derecho internacional público, pero que también coincide a grandes rasgos con el que encontramos hoy en otros ámbitos como el blanqueo de capitales, a través de principios como el de «conozca a su cliente» [91].

El rasgo principal de la diligencia debida en materia de Derechos humanos es que se proyecta fuera de la organización. Se trata de controlar el comportamiento de terceros, ya sean filiales de una empresa o proveedores de servicios, con el fin de que cumplan con la legalidad. En los casos de finanzas sostenibles, la diligencia debida también se extiende «aguas arriba» y existe el deber de controlar a los que reciben un servicio. No obstante, y por razones lógicas, la diligencia debida «aguas arriba» es más compleja de exigir e implementar. La supervisión del comportamiento de terceros ajenos supone una capacidad de influencia que normalmente solo cabe cuando se produce una situación de dependencia, lo que en el marco de las cadenas de proveedores es más fácil que aparezca en relación con filiales o proveedores que clientes.

Aunque hasta ahora venimos hablando de normas de diligencia debida que imponen un contenido material –en contraposición a las obligaciones de transparencia– en realidad su taxonomía es algo más compleja: de un lado, encontramos normas de diligencia debida genéricas y sectoriales y, de otro, normas que exigen

[91] Así, en esta obra, Oliveira, A. C.: «La naturaleza jurídica de las obligaciones de diligencia debida frente a los clientes y socios de negocio», p. X.

una diligencia debida blanda o impropia y otras que requieren una diligencia debida estricta o de auténtico cumplimiento normativo en derechos humanos.

Las normas genéricas son, por orden de aparición, la *Ley francesa de vigilancia debida del 2017*, la *Ley alemana de 2022* y la Directiva europea sobre diligencia debida, Directiva 2024/1760. Son genéricas porque se refieren a la totalidad de Derechos humanos e incluso como ya hemos visto su finalidad se ha ido ampliando sucesivamente: corrupción, medio ambiente y cambio climático. Todas estas normas establecen un modelo de diligencia debida fuerte o de diligencia debida en sentido estricto, en cuanto que obligan a las empresas a adoptar medidas que inciden no solo en la selección, sino también en la organización de sus proveedores, con un sistema de supervisión más intenso. Es a este tipo de diligencia debida a la que llamaremos propiamente «cumplimiento normativo en derechos humanos».

Las normas sectoriales proceden de la UE. Son sectoriales porque se remiten a productos o actividades concretas donde los ataques a los derechos humanos o al medio ambiente son bien conocidos o a derechos humanos concretos como el trabajo infantil. La norma pionera fue el Reglamento europeo sobre minerales procedentes de zona de conflicto [92], que contaba ya con alguna normativa precedente similar, a la que le siguió el Reglamento sobre la madera procedente de zonas de deforestación [93] y el Reglamento por que se prohíbe la introducción en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso [94].

La mayoría de estas normas, con excepción del *Reglamento sobre minerales procedentes de zonas de conflicto*, adoptan una diligencia debida blanda, que consiste en asegurarse que los productos que se importan en la UE o determinados servicios que reciben estén libres de estas prácticas. No exigen un sistema de supervisión tan intenso sobre los proveedores como en el caso de la diligencia debida dura. En el caso de la diligencia debida dura se exige a las empresas que se aseguren que el proveedor en su organización respeta los derechos humanos, mientras que aquí se trata de implementar más una supervisión

---

[92] *Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo* (DO L 130, de 19.5.2017).

[93] *Reglamento (UE) 2023/1115 del PE y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, y por el que se deroga el Reglamento (UE) núm. 995/2010* (DO L 150, de 9/6/2023).

[94] Reglamento (UE) 2024/3015 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2024, por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso y se modifica la Directiva (UE) 2019/1937..

que se basa en la certificación del proveedor y en garantizar la trazabilidad del producto. Se trata de supervisar la cadena de suministro, pero a los solos efectos de prohibir la entrada en el mercado europeo de estos productos y de este modo, más indirecto, inducir a que los proveedores situados en diversas partes del mundo implementen los estándares deseados por la normativa europea.

La distinta intensidad de las obligaciones de diligencia debida puede deberse a varios factores, pero sin duda el fundamental es el tamaño de la empresa. La diligencia debida dura se impone a grandes empresas, con gran capacidad de influencia sobre sus proveedores, mientras que la diligencia blanda, relativa a sectores específicos, se impone a cualquier empresa importadora de productos. La UE de manera razonable no ha querido aumentar la carga regulatoria ni imponer obligaciones prácticamente imposibles de cumplir a pequeñas y medianas empresas. No obstante, después veremos como la Directiva 2024/1760 sobre diligencia debida introduce en este punto alguna excepción.

4. **El cumplimiento normativo en derechos humanos**

4.1 Principios

Como acaba de indicarse, el cumplimiento normativo de derechos humanos es un tipo de diligencia debida, cuyos rasgos genéticos tienen una doble procedencia. Por un lado, es indudable la influencia que la RSC [95] ha tenido tanto en los *Principios Rectores de Naciones Unidas* como en su progenie (la *ley francesa* o la Directiva europea). La diligencia debida dura introduce rasgos propios de la RSC como una mayor participación de los *stakeholders* o las obligaciones de transparencia o *reporting* a las que antes se hacía referencia. Por otro lado, muchas de sus técnicas, como el análisis de riesgos, los códigos éticos, la adopción de políticas proceden de los programas de cumplimiento normativo que se ha implantado en los últimos años en buena parte de las organizaciones empresariales. La mezcla de elementos conjuntos ha generado una suerte de cumplimiento normativo 2.0 que supone un modelo más avanzado, más robusto, que el que hasta ahora se condensa en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sería farragoso e inútil exponer en este lugar con detalle cada una de las obligaciones de diligencia debida, tanto nacionales como europeas. Por el con-

[95] Antes ya incluso sobre las oportunidades y limitaciones de la RSC en materia de derechos humanos, *vid.* Zerk, J. A.: *Multinationals and Corporate Social Responsability. Limitations and Opportunities in International Law*, Ed. Cambridge, 2011.

trario, resulta mucho más útil una visión de conjunto. La diligencia debida que se ha positivizado tiene un origen común en distintos textos de *soft law* o estándares que existían con antelación. Antes de que apareciera la Ley de Vigilancia empresarial francesa, la OCDE había ido ya concretando en diversas vías sus distintos aspectos y la metodología de la diligencia debida. Además, las normas positivas se van construyendo a partir de un diálogo entre legisladores, con influencias claras. Lo hemos visto, por ejemplo, en los países anglosajones, donde puede hablarse del modelo *Modern slavery act*. Pero aquí ocurre algo similar. En realidad, la LkSG no se entiende sin la Ley francesa. En lo que atañe a las obligaciones de diligencia debida, el texto alemán, bien pudiera ser el «reglamento» de la ley francesa. A su vez el influjo de la Ley alemana en la Directiva europea, en este punto concreto es indudable. Se trata pues de una construcción global, que obedece al fenómeno de la «fertilización cruzada», y basada como ya se ha señalado en la autorregulación regulada. El Derecho positivo ofrece esencialmente metanormas a través de las cuales las organizaciones adoptan sus propios modelos, para los que cuentan además con estándares como los producidos por la OCDE y otras organizaciones internacionales. Esta visión global, por otro lado, no sólo es propia del legislador, sino que se debe a la metodología que adopten las empresas. La diligencia debida afecta a grandes organizaciones que actúan en diversas partes del mundo y, por tanto, sujetas a diversos ordenamientos jurídicos, por esta razón sus medidas de diligencia debida se diseñen con el fin de cumplir con todas sus obligaciones jurídicas.

Puesto que estamos ante un modelo común acometeremos a continuación la descripción de sus rasgos principales, comenzando por sus principios o fundamentos. La diligencia debida como ya se habrá advertido es fundamentalmente un cumplimiento normativo de terceros ajenos a la organización. Desde luego, que la empresa debe velar porque sus directivos y empleados, en su ámbito de actividad interno, no lesionen Derechos humanos. Pero su aspecto más característico es exigir de terceros, filiales y proveedores, la implantación de medidas que prevengan, detecten, mitiguen o reparen los impactos negativos. Este carácter *ad extra* es el rasgo que tradicionalmente conceptualiza la diligencia debida en el Derecho internacional público, en el que la expresión se refiere a medidas de supervisión del Estado sobre terceros cuya actuación puede generarle responsabilidad.

Esta dimensión externa en el ámbito del cumplimiento normativo tradicional es bien conocida en la prevención de la corrupción en las transacciones económicas internacionales. El término de diligencia debida se emplea aquí para designar una parte concreta del cumplimiento normativo: la que tiene

como objetivo que diversos compañeros de viaje de una empresa –consultoras que prestan servicios o *joint ventures*– no realicen pagos ilícitos con el fin, por ejemplo, de obtener una licitación pública. Su contexto es la realización de negocios en el extranjero, donde la empresa necesita de socios y proveedores para realizar su actividad. Este tipo de cumplimiento normativo tiene muchos rasgos en común con la diligencia debida, por ejemplo, utiliza la vía contractual para asegurar que sus proveedores se comprometan como parte de su prestación de servicios a adoptar determinadas medidas de prevención y asumir determinadas reglas de comportamiento. No obstante, aun siendo estructuralmente similar, existen también diferencias, pues en el caso de la corrupción, la diligencia debida no solo se refiere a grandes empresas y es independiente de la capacidad de influencia.

El cumplimiento normativo en derechos humanos afecta, en efecto, principalmente a grandes empresas [96]. Ya lo hemos visto con las normas basadas en la transparencia, pero este rasgo se ha enfatizado aún más en las normas materiales de diligencia debida. La Ley francesa limitó su aplicación a empresas que globalmente tuvieran más de cinco mil trabajadores empleados, ya sea directamente o a través de sus filiales, en el caso de empresas extranjeras que realizaban actividades en Francia este número se elevaba a 10.000. Este umbral llevó en la práctica a que solo unas pocas empresas francesas –entre 200 y 3000– se vieran afectadas. Tanto la normativa alemana, como la *Directiva europea* lo han rebajado notablemente, a 500 trabajadores o una cifra de negocios de 150 millones de euros en el último año, pero aun así es un cumplimiento que afecta a grandes grupos empresariales. En el proceso de negociación de

[96] Una excepción era la norma holandesa de trabajo infantil, que no contenía ningún tipo de restricción respecto a su ámbito de aplicación. Aprobada en junio de 2019, esta norma obligaba a todas las empresas, tanto holandesas como extranjeras, que vendieran bienes o servicios a consumidores holandeses al menos dos veces al año, incluyendo así tanto a grandes corporaciones como pequeñas y medianas empresas. Las empresas debían presentar una declaración sobre las medidas de debida diligencia adoptadas en relación con el trabajo infantil en todas sus cadenas de suministro. La ley no obligaba a ofrecer garantías de que no se producía trabajo infantil en sus cadenas de suministro, sino a hacer lo que cabe razonadamente es esperable para evitarlo. En el caso de no informar o no establecer un plan de diligencia debida se establecían sanciones administrativas y penales de carácter simbólico (multas penales de unos 4.000 euros). Para saber más sobre esta nueva ley, Mvo platform, «Update: Frequently Asked Questions about the new Dutch Child Labour Due Diligence Law», disponible en https://www.mvoplatform.nl/en/frequently-asked-questions-about-the-new-dutch-child-labour-due-diligence-law/ (visitado el 10/06/2024). La aplicación de la ley quedó suspendida por múltiples motivos, entre ellos, la futura adopción de una directiva de diligencia debida en la UE con la finalidad de realizar una implementación adecuada conforme a la misma.

De todos modos, debe tenerse en cuenta que las empresas pequeñas que actúen en sectores peligrosos al final acaban estando sometidas a las obligaciones de diligencia debida, porque así les obligará la empresa que esté en la cima de la cadena de suministro. Esto en realidad descarga el *enforcement* de la ley, pues el Estado traspasa sus obligaciones de vigilancia a las empresas. El único peligro es cuando las empresas pequeñas, en sectores peligrosos, se sitúen en la cabeza de la cadena de valor, pues en este caso quedan fueran, con carácter general, del ámbito de aplicación de las normas de diligencia debida.

la de la Directiva europea se ha discutido si medianas empresas –250 trabajadores– deben quedar obligadas cuando actúan en sectores de riesgo, como el textil, el agrícola o los minerales, si bien finalmente se ha rechazado esta opción.

La diligencia debida dura, tal como se ha explicado, requiere que una empresa obligue a sus filiales y proveedores a implementar determinadas medidas organizativas de prevención y además a supervisarlas. Y esto solo es posible cuando tiene capacidad de influencia, para determinar el comportamiento económico de sus proveedores o de las filiales en las que su posición no resulta mayoritaria, imponiéndoles determinadas medias de organización y la aceptación de medidas de supervisión. El concepto de capacidad de influencia, clave para entender el funcionamiento y el gobierno de las cadenas de valor, determina el perímetro de la diligencia debida fuerte, pues donde no existe capacidad de influir esta obligación carece de sentido: *ad impossibilia nemo tenetur*[97]. Por esta razón, como ya se apuntó, resulta conveniente en estos casos establecer obligaciones de diligencia debida débiles, que cualquier empresa puede cumplir, y fuertes.

La capacidad de influencia no es el único fundamento/límite de la diligencia debida. El cumplimiento normativo en derechos humanos es proporcional al riesgo[98]. La empresa debe implementar medidas no sólo donde tenga capacidad de influir, sino donde además el riesgo de violaciones sea relevante, es decir, alto. No se exige, por tanto, una asignación irracional de recursos, sino una orientada a la importancia del riesgo. La importancia del riesgo se determina a partir de tres criterios. Uno objetivo: debe tratarse de un «efecto adverso grave», lo que hace referencia a la entidad del daño para el medio ambiente o los derechos humanos, teniendo en cuenta la extensión, el número de personas a las que afecte o a la posibilidad de remediarlo. El segundo criterio es subjetivo: la relación entre el riesgo y la empresa, no se trata sólo de la posibilidad de eliminar el riesgo a través de la capacidad de influencia, sino también de su contribución al riesgo. Por esta razón no hay obligación de controlar a la totalidad de proveedores, sino solo aquellos que suministren productos y servicios esenciales para la empresa o como indica la Ley francesa, donde exista una relación estable. E igualmente la intensidad de la diligencia debida sube cuando la empresa además aumenta el riesgo. Así, por ejemplo, si una multinacional de la alimentación exige a sus proveedores de productos

[97] Ampliamente Vioque Galiana, L.M, *Diligencia debida en Derechos humanos y responsabilidad penal de las empresas multinacionales,* Ciudad Real, 2024, Tesis, pp. 216 ss. .

[98] *Vid*. art. 4 de la Directiva 2024/1760 ya art. 3 LkSG.

primarios unas condiciones exigentes y difíciles de cumplir, es probable que con ello incremente el riesgo de que se utilice trabajo infantil.

La proporcionalidad de la diligencia debida al riesgo requiere finalmente un proceso de valoración de riesgos, es decir, de priorización. Se trata de una exigencia que conecta con los planteamientos de los programas de cumplimiento normativo, donde los riesgos han de jerarquizarse, con el fin de priorizar las medidas de prevención que deben ser adoptadas con mayor urgencia.

En relación con estas dos cuestiones, una discusión importante acerca de los límites es la relativa a si la diligencia debida debe extenderse sólo a los proveedores directos o a los que se sitúan a lo largo de la cadena. La LkSG se centra en los proveedores directos y establece un control «a distancia» de los indirectos, cuando se ha detectado en ellos algún tipo de irregularidad, por lo que es esencial que el canal de quejas se extienda a ellos (parg. 9). Igualmente las medidas de control se extienden a los proveedores indirectos cuando se constata que se ha operado en fraude de ley, creando artificialmente un proveedor directo.

La Directiva europea, al igual que hace la Ley francesa, no establece esta distinción. Lo importante no es tanto el carácter directo o indirecto del proveedor, sino si existe capacidad de influencia sobre el mismo. Sería el caso, por ejemplo, de una empresa textil o agrícola que tiene un único proveedor que en realidad no produce, sino que se limita a adquirir los productos de pequeños talleres. En este caso no se entiende muy bien por qué la diligencia debida ha de limitarse al contratista directo, cuando los riesgos principales se encuentran probablemente diseminados en la multitud de pequeños proveedores. La *Directiva europea* prevé por ello medidas para incidir sobre el comportamiento de los proveedores indirectos. La herramienta principal del cumplimiento normativo en Derechos humanos es como después veremos la contratación. Aunque aparentemente la posibilidad de incidir en los proveedores indirectos sea baja, en realidad en situaciones como la descritas, el proveedor directo es un gestor para la empresa principal de pequeñas empresas con situaciones homogéneas, a las que al igual que puede exigirles y comprobar determinados estándares de calidad del producto, puede requerirles una organización del trabajo y técnicas de producción compatibles con los derechos humanos y el medio ambiente.

En definitiva, lo importante es que desde un punto de vista regulatorio el incremento de las obligaciones de diligencia debida tiene el efecto beneficioso de que incita a reducir la longitud de la cadena de suministro. Los casos de violaciones graves de derechos humanos o medioambientales suelen producirse muchas veces en las profundidades de la cadena. Lo que viene a mostrar la

discusión relativa al perímetro de la diligencia debida es, en realidad, un debate en torno al concepto de empresa. Las obligaciones de diligencia debida son una respuesta a un nuevo modelo de empresa globalizada. El modelo de empresa tradicional era la empresa fordista que aunaba producción y comercialización bajo un mismo techo (o varios) físicos en el seno de una organización normalmente jerarquizada. La nueva empresa global disgrega normalmente su producción de la comercialización. La deslocalización permite que los productos se realicen en terceros países, por empresas independientes aprovechando las oportunidades que brinda el que existan menores costes, provocados por legislaciones más laxas o por cualquier otra razón (cercanía de materias primas). Es lo que algunos han llamado el modelo de empresa Nike. La diligencia debida en realidad significa que el cumplimiento de determinadas obligaciones básicas, como es el respeto a los derechos humanos, tiene como sujeto obligado este nuevo tipo de empresa, cuando se dan las condiciones que señalábamos anteriormente (capacidad de influencia, incremento de los riesgos, esencialidad del producto, etc.).

El sistema de gobernanza o institucionalización de la diligencia debida tiene rasgos singulares si se comparan con los del cumplimiento normativo clásico. Estos rasgos particulares incrementan su legitimidad. No en todos los ordenamientos la responsabilidad por el cumplimiento normativo, es decir, del diseño, implantación y supervisión de los programas de cumplimiento se coloca al máximo nivel jerárquico, en el órgano de dirección. Esta exigencia es casi privativa de España e Italia (art. 31 bis.2.1.º CP, art. 6.1 a) D. Legs. 231), pero en la mayoría de los ordenamientos la responsabilidad por la implementación, diseño y supervisión recae en un alto directivo que, eso sí, debe tener comunicación directa con el órgano de administración. Frente a este modelo generalizado, en materia de derechos humanos se establece con claridad que es el órgano de gobierno quien debe aprobar la política de diligencia debida, que debe hacerlo anualmente y que además debe emitir un informe indicando cuáles son los logros alcanzados y los que se esperan alcanzar (especialmente LkSG parg. 4.3 y 2; parg. 6.2). Esta asignación de responsabilidades es coherente con la existente previamente en materia de RSC –he aquí un aspecto más de continuidad–. El Código de Buen Gobierno de 2015 exigía al órgano de gobierno la adopción de la política, en la que debía señalar con claridad los compromisos que adquiría.

La responsabilidad del órgano de gobierno se garantiza exigiendo además que sea informado directamente del resultado del análisis de riesgos. No es por ello legítima la alegación de «ceguera ante los hechos» y de cualquier daño relevante que haya podido suceder, lo que implica un *management by*

exception: la necesidad de que los dirigentes tomen las riendas de la situación cuando se ha constatado una violación grave de derechos humanos. La diligencia debida exige por ello contar con canales de comunicación que mantengan bien informados a los dirigentes de los riegos más graves y de su administración.

Pero la alteración que la diligencia debida supone para la organización de la empresa es de mayor calado. En realidad, lo que se propone es un cambio de paradigma. Como ya advertimos la diligencia debida en el marco de la UE se enmarca en un escenario más amplio y ambicioso, el de la sostenibilidad y la denominada ESG, cuya «*G*» está ocasionando importantes reflexiones en el marco de la totalidad del sistema del gobierno corporativo. De hecho, la Directiva de diligencia debida formaba parte de un proyecto más ambicioso de reforma del gobierno corporativo que atienda al objetivo de la sostenibilidad.

De nuevo aquí entroncamos con el debate relativo a la RSC. La escisión entre accionistas y portadores de interés, *shareholders* y *stakeholders,* siempre ha sido radical. Los órganos de gobierno de una sociedad –su «*G*»– están orientados a garantizar su representación y a defender sus intereses. La defensa de los portadores de interés quedaba en cambio en manos de la RSC como algo marginal y accesorio en el seno de la entidad. La diligencia debida forma parte de una nueva visión de la *Governance*, para la cual la actual y tajante división entre *shareholders* y *stakeholders* debe ser superada a la hora de conformar tanto el interés social, como los órganos de gobierno corporativo. Se trata por una u otra vía de institucionalizar y tener en cuenta los intereses de los portadores de interés, abandonando con ello la idea tradicional de la RSC como algo que queda extramuros, del núcleo duro de la gestión y del gobierno social [99]. El camino, en efecto, puede ser doble. Una primera vía sería alterar el concepto de interés social, incluyendo en él los objetivos de la sostenibilidad. El ejemplo más importante nos lo proporciona la reforma del artículo 1833 del Código Civil francés, donde a la previsión tradicional de que «toda empresa debe tener un objeto lícito y estar constituida en el interés de los socios», se añadió la previsión de que «la sociedad se gestiona conforme a su interés social, teniendo en cuenta los aspectos sociales y medioambientales de su actividad». Igualmente, se han dado otros pasos en este sentido como los denominados *Consituencies Statutes* que permiten incluir en los pactos sociales la

[99] Dejamos aquí de lado la discusión relativa a la creación de las denominadas sociedades en beneficio común. *Vid.* González Sánchez, S.: «La sociedad de beneficio e interés común en la Ley 18/2022 y su regulación en el Derecho comparado», en *Revista de derecho de sociedades*, núm. 66, 2022. Sobre todo esto, véase en esta obra Nieto Martín, A., *Responsabilidad penal de la persona jurídica y programas de cumplimiento normativo: De la gestión de la legalidad a la legitimidad,* p. 607.

consecución de intereses colectivos o la creación de *benefict corporations*, que serían sociedades con una orientación expresa a la preservación de los intereses de los *stakeholders*. El Proyecto de Directiva europea sobre diligencia debida presentado por la Comisión, aunque de una manera no frontal, caminaba por esta senda al establecer una regulación específica del deber de diligencia de los administradores, con el fin de que este abarcara «las consecuencias para los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente». De este modo, y al igual que ocurre hoy en Francia, los administradores pasarían a tener responsabilidad no solo, y como es natural, frente a los accionistas, sino también frente a los *stakehoders*.

La vía de incluir los intereses de los *stakeholders* en el gobierno corporativo mediante la creación de nuevos órganos o puestos en la sociedad que representen sus intereses se ha discutido mucho más. No obstante, en algunas empresas han aparecido ya «consejos sociales» donde están representados diversos portadores de interés o, más aún, con comisiones de sostenibilidad dentro del consejo de administración. El Código de Buen Gobierno Corporativo Español de 2015 establece en este punto la creación de una comisión auxiliar de responsabilidad social corporativa, cuya función era revisar en qué medida en la gestión de la sociedad se toman en consideración los intereses ajenos a los de los socios.

En este tipo de órganos bien pudiera sentarse el modelo de consejeros independientes diseñado por Stone en los años 70 [100]: los consejeros independientes representantes de intereses públicos, que velan por los intereses afectados por la actividad de la empresa. La estrategia que proponía Stone es insertar en los órganos de decisión de la sociedad o en sus procesos de toma de decisión la toma en consideración de los intereses sociales, mediante el nombramiento de este tipo de representantes. No se trata de modificar el fin social, pero sí de contar dentro del sistema de un *check and balances* en la sociedad con personas que hagan oír su voz y que representen sus intereses.

En el marco de este tipo de propuestas es dónde cabe imaginar una evolución del órgano de vigilancia, al que se refiere el artículo 31 bis 2.2.º del CP. En este propuesta el órgano de vigilancia sería el embrión de un nuevo órgano de gobierno corporativo cuya función sería supervisar la gestión de la entidad en materia de cumplimiento normativo y sostenibilidad velando porque los intereses de los terceros tengan peso en la toma de decisiones de la entidad, compuestos por una nueva tipología de consejeros representantes de intereses

[100] Al respecto en esta obra, Nieto Martín, A., *Responsabilidad penal de la persona jurídica y programas de cumplimiento normativo: De la gestión de la legalidad a la legitimidad,* p. 607.

públicos, que garantiza una supervisión más independiente y eficaz de las medidas de cumplimiento, que la efectuada por consejeros no ejecutivos o independientes, cuya actuación se inscribe en la lógica de pesos y contrapesos destinada a la protección del accionista.

Desde luego, ni la Directiva europea, ni la Ley alemana exigen dar pasos tan significativos, pero sí que requieren una mayor presencia orgánica, institucional, de los *stakeholders* en el diseño de las medidas de diligencia debida. Deben ser oídos junto a los expertos a la hora de evaluar los riesgos, constituye una *best practice* su presencia en la evaluación de la eficacia de las medidas y también sería conveniente que las obligaciones de transparencia, que ya hemos visto acompañan a la diligencia debida, fueran más intensas en relación con los grupos de interés. La empresa debería adoptar, sea cual sea el momento y el grado de participación, criterios y procedimientos con el fin de garantizar además que los *stakeholders* estuvieran representados en función de la afectación por parte de la empresa al interés que representan.

De todo cuanto se lleva dicho, debiera desprenderse un altamente aconsejable efecto contagio por parte del cumplimiento normativo en derechos humanos en el resto del cumplimiento normativo. Este contagio implicaría una mutación de todo su sentido. Del modelo tradicional de programas de cumplimiento vinculados al control interno y a la gestión de riesgos legales, se debe transitar a un modelo de cumplimiento que asume los fines de la RSC y que, por tanto, represente una herramienta que busca incrementar la gestión de la legitimidad de la empresa en su entorno. Esta contaminación incrementará adicionalmente credibilidad y eficacia al cumplimiento normativo tradicional. El incremento del papel del órgano de administración, la importancia de la transparencia, la participación de los *stakeholders*, resultan el mejor remedio contra el reproche de cosmética [101] que siempre ha acompañado a los programas de cumplimiento. Esta transformación de la totalidad del cumplimiento normativo podría entenderse como una consecuencia más de la implantación paulatina de la sostenibilidad, como criterio rector de la regulación y las relaciones económicas.

En suma, como puede apreciarse, esta mutación vinculada al desarrollo de los valores e ideas que se encuentran tras la noción de sostenibilidad y diligencia debida tiene una carga de profundidad notable. No se trata únicamente de una nueva tecnología o una obligación más para las empresas. Se trata de implantar un nuevo modelo de desarrollo económico, que afecta a las grandes

[101] Nieto Martín, A.: «Cosmetic use and lack of precision in compliance programs: Any solution», en *Eurocrim, The Criminal Law Associations' Forum*, 2012, vol. 3, pp. 124-127.

empresas, a las que en el mundo anglosajón se las llama significativamente empresas públicas en cuanto que su incidencia desborda los intereses económicos de sus propietarios. Con ello se asume una visión de la empresa diametralmente opuesta a la que la concibe como una red de contratos.

4.2 Elementos

Dejando el terreno de los fundamentos y principios, pasemos ahora a analizar los diversos elementos que componen los programas de cumplimiento normativo en derechos humanos. En primer término, resulta esencial el análisis de riesgos, al que ya se referían expresamente los Principios Rectores. La metodología para realizar este análisis de riesgos resulta similar a la empleada en el marco de cumplimiento normativo: debe adoptarse un enfoque por actividades. No obstante, el problema del análisis de riegos es su enorme amplitud. Se trata de una tarea inmensa, pues el número de cadenas de suministros que tiene una gran empresa es inabarcable. Por esta razón la entidad debe realizar previamente una suerte de inventario de sus diversas cadenas de suministro y a partir de aquí decidir que ámbitos van a ser examinados en profundidad [102]. En esta decisión un criterio razonable es reducirse a las actividades más importantes o esenciales de la entidad y priorizar aquellas cadenas de suministro en las que ejerce capacidad de influencia. Igualmente tiene sentido que el análisis se realice sobre aquellas actividades donde los proveedores resultan estables.

Al igual que ocurre en el cumplimiento normativo, también aquí el análisis de riesgos resulta clave para evaluar la previsibilidad del daño. Cuando el análisis de riesgos se hace de manera correcta, desde el punto de vista metodológico, los jueces deben partir de que los riesgos no detectados caen fuera del perímetro de la diligencia debida, por lo que la empresa no tiene por qué adoptar medidas de prevención con relación a los mismos [103]. En la corrección de este análisis debe tenerse en cuenta en qué medida han participado expertos externos a la entidad. La complejidad del análisis de riesgos requiere conocimientos específicos sobre empresas que tienen lugar en diversos países, con entornos políticos, sociales o regulatorios muy diversos, e igualmente como

[102] Extensamente Balke, LkSG, parg. 5 y Vioque Galiana, L.M., *Diligencia debida en Derechos Humanos y responsabilidad penal de las empresas multinacionales,* Tesis, Ciudad Real, 2024, pp. 391 ss.

[103] La Directiva reconoce este aspecto no solo a la hora de establecer la responsabilidad civil, sino también al definir qué debe entenderse como un efecto adverso en derechos humanos, donde se exige que «la empresa pudiera haber detectado razonablemente ese abuso».

señalamos la participación de los *stakeholders* a la hora de evaluar el riesgo y los efectos lesivos resulta esencial [104].

El análisis de riesgos genérico no debe confundirse con el análisis del riesgo de cada proveedor o filial que es un elemento básico de la diligencia debida. Antes de la firma con un proveedor concreto y de que comience a prestar servicios o a suministrar productos, debe conocerse cuál es su nivel de riesgos, esto es, las infracciones normativas dentro del espectro de la sostenibilidad que pueden resultar más frecuentes. Establecer el nivel de riesgos –previo a la contratación– es imprescindible para decidir, en primer lugar, si se contrata. Ante dos proveedores similares lo lógico sería contratar con aquel que tiene un nivel menor. Igualmente se debería rechazar a aquellos proveedores que tienen un nivel de riesgo inaceptable. La fórmula más habitual para realizar esta comprobación previa por parte de las empresas obligadas será utilizar certificadoras que comprueben si el proveedor cumple con diversos estándares. La política de diligencia debida debiera contener previsiones relativas al modo en que estas certificadoras se eligen y garantizar su profesionalidad [105].

Los Principios Rectores, las normas nacionales y la Directiva 2025/1760 requieren la existencia de una política. Generalmente, dentro del cumplimiento normativo. La política es un documento de «arranque» del sistema, en el que el órgano de administración esboza sus rasgos principales, sin mucha concreción. En el marco de la diligencia debida la política es en cambio la hoja de ruta en la que el consejo debe concretar sus metas. Por esta razón la política debe tener carácter anual [106], estableciendo objetivos mucho más concretos y, por tanto, evaluables. No es, en definitiva, un documento programático, sino ejecutivo, donde se debe dar cuenta de los riesgos principales y las medidas concretas que se proponen para abordar cada uno de ellos. Distintos de la política son los planes de acción preventiva que la organización debe elaborar para mitigar riesgos concretos en situaciones especialmente complejas.

El código de conducta de proveedores es otro de los elementos clave de un programa de cumplimiento en sostenibilidad [107]. Debe expresar las reglas

---

[104] Artículo 6.4. Art. 13 Directiva 2024/1760.

[105] Sobre las certificadoras, véase en esta obra Montaner Fernández, R.: «La posible responsabilidad penal de las certificadoras y auditoras por violaciones graves de derechos humanos. Una aproximación desde el *compliance* penal y a propósito de la Directiva europea sobre debida diligencia empresarial», p. X.

[106] Artículo 6.2 *Directiva europea.* Art. 7.3 Directiva 2024/1760: «los Estados miembros velarán por que las empresas actualicen su política de diligencia debida sin demora siempre que se produzca un cambio importante, pero al menos cada 24 meses».

[107] Artículo 6.1 bis *Directiva europea.* Art. 7.2 b) Directiva 2024/1760: «un Código de conducta en el que se describan las normas y principios a los que deben ajustarse los empleados y las filiales de la empresa, así como sus socios comerciales directos o indirectos…».

que todos los proveedores deben respetar con independencia de la situación existente en cada ordenamiento. Su cometido es esencial a la hora de fijar las obligaciones que estos asumen. Es obviamente un instrumento que comunica externamente cuál es la posición de la empresa, pero también tiene una utilidad mucho más operativa, pues se trata de un elemento de referencia en los contratos que firma la empresa con sus proveedores para fijar cuáles son sus compromisos en esta materia. De esta manera, se convierte en una cláusula contractual que permite a la entidad gestionar de manera homogénea sus cadenas de suministro, por lo que debe estar presente en los contratos con proveedores, como requisito mínimo de diligencia debida, sea cual sea su nivel de riesgo.

Los contratos con los proveedores, como a esta altura se habrá ya advertido, resultan un elemento esencial del cumplimiento normativo en derechos humanos. La tipología de estos contratos forma parte de la *lex mercatoria*, una herramienta más de gobernanza global. La influencia de la organización a través de la contratación se manifiesta de dos formas diversas, dependiendo de si se trata de proveedores directos o indirectos.

Los contratos con los proveedores directos deben adaptarse al tipo de riesgo que tenga cada uno de ellos. Antes señalábamos que previamente a la realización del contrato se debe hacer una comprobación *ex-ante* de su nivel de riesgo y en función de ello establecer las cláusulas contractuales pertinentes. Su contenido es doble. De un lado, las cláusulas deben obligar al proveedor a poner remedio a las deficiencias que se hayan observado en sus sistemas de cumplimiento, de prevención de riesgos laborales, de formación de empleados, etc. De otro, resulta preciso establecer un sistema de flujos de información y de supervisión que permita a la empresa obligada conocer el grado de implementación de estas medidas, así como cualquier tipo de incidencia. Contractualmente debería también incidirse en las características que debe tener el responsable de cumplimiento del proveedor. En los proveedores con un nivel de riesgo más alto sería conveniente que la empresa obligada tuviera capacidad para elegir un responsable de diligencia debida que fuera de su confianza.

Entre el contenido obligatorio de los flujos de información, se encuentra la necesidad de que la empresa proveedora indique cuáles son sus proveedores. En realidad, al hacer la evaluación previa de cada proveedor antes de la firma del contrato, debiera conocerse ya cuales son los proveedores indirectos. El nivel de riesgo del proveedor directo no solo viene determinado por los riesgos propios sino por los riesgos que puedan tener sus diversos proveedores. Una de las condiciones previas a la contratación puede ser, por ejemplo, que prescinda

de determinados proveedores o que asegure que los mismos han implementado medidas de prevención de violaciones de derechos humanos.

La diligencia debida exige trazabilidad como elemento básico de prevención. De manera similar al *know your costumer* del blanqueo de capitales, aquí se trata de conocer al proveedor, pero también a través del proveedor directo a los proveedores indirectos. Una vez implantadas las obligaciones de diligencia debida gestionar una larga cadena de aprovisionamiento implica notables costes, sobre todo en los sectores de alto riesgo en los que los controles se han de extremar. Por ello, es de esperar que un efecto de esta regulación sea, como ya se ha indicado, la reducción de las largas cadenas de aprovisionamiento a las que ha dado lugar la globalización económica. El mensaje debiera ser que en ámbitos de riesgos los sujetos obligados no pueden tener proveedores directos o indirectos cuya integridad no se pueda gestionar de modo razonable.

Respecto a los proveedores indirectos, la forma de control de riesgos a través de la contratación puede ser doble. Tal como plantea el art. 10. 4 Directiva 2024/1760, puede optarse por hacer contratos específicos con los proveedores indirectos «con vistas a lograr el cumplimiento del código de conducta de la empresa o la ejecución de un plan de acción preventiva». Esta posibilidad se dará allí donde la empresa obligada tenga la suficiente capacidad de influencia para poder exigir a un proveedor indirecto este tipo de medidas. En otros casos puede recurrirse a la «cascada de contratos»: se exigirá a sus proveedores directos a través del contrato que se firme con ellos que: a) evalúen los riesgos de sus proveedores, b) les impongan condiciones de incumplimiento que mitiguen los riesgos de daños severos y c) les otorguen la posibilidad de supervisión [108].

Sería ilusorio que en determinadas zonas del mundo los proveedores estuvieran por sí solos en condiciones de implementar las medidas destinadas a cumplir con las obligaciones que asumen a través de sus códigos de conducta. Máxime cuando estén situados en países en los que estas obligaciones no sean requeridas por la legislación vigente o sean «papel mojado». Para garantizar la efectividad de la diligencia debida las empresas están obligadas a prestar apoyo técnico e incluso económico. La Directiva exige expresamente «proporcionar un apoyo proporcionado» cuando las exigencias que se derivan de la contratación en materia de sostenibilidad supongan una carga excesiva, sobre todo en el caso de pymes (art. 10.5).

Una forma de actuar en estos casos puede ser la realización de acciones colectivas –iniciativas del sector–. Las acciones colectivas son un instrumento

[108] Artículo 7.3 *Directiva europea*.

que se ha experimentado ya sobradamente en áreas como la corrupción [109], pero también en materia de derechos humanos donde son conocidas, por ejemplo, en el sector textil [110]. En ellas pueden asociarse tantos gobiernos nacionales, organismos internacionales, *stakeholders*, empresas y proveedores para mejorar las condiciones de un determinado sector en zonas con problemas similares. Tradicionalmente, las acciones colectivas se han concebido como parte de la RSC, pero en el marco de la diligencia debida conforman también una eficaz herramienta de prevención y en su caso mitigación del daño. La Directiva en su art. 11. 3 g) apuesta expresamente por la realización de acciones colectivas.

La negociación colectiva también puede ser una herramienta de promover medidas de cumplimiento normativo en derechos humanos comunes en un determinado sector y establecer mecanismos de ayuda a las empresas con mayores dificultades. La herramienta son los acuerdos marcos globales en los que una gran empresa negocia un convenio colectivo «global» con sindicatos globales, estableciendo, por ejemplo, condiciones de trabajo homogéneas. La homogeneización de estas condiciones en un sector mitiga además el *dumping* social. Pero sobre todo es interesante porque dota de una coercitividad adicional a las medidas de diligencia debida a las que la empresa está obligada. La inclusión de los códigos de conducta y de determinadas medidas de prevención o reparación en un acuerdo marco colectivo las introduce en el mundo del Derecho dado el valor jurídico que tienen los convenios colectivos, de este modo se suplen las carencias que pueda tener un determinado ordenamiento, por ejemplo, en materia de seguridad e higiene u otros derechos laborales. Igualmente, la acción sindical se suma a los mecanismos de supervisión que hemos visto que deben incluirse contractualmente. Los acuerdos marcos globales pueden obligar además a que las empresas contratistas directas incluyan sus contenidos en los contratos que tienen que firmar con los proveedores [111].

Las medidas de apoyo a los proveedores que una empresa por sí sola, a través de acciones colectivas o acuerdos marcos globales, puede implementar muestran como las obligaciones de diligencia debida transcienden de las que

[109] Pieth, M.: «Collective Action and Corruption», en Manacorda, S./Centonze, F./Forti, G. (eds): *Preventing Corporate Corruption*. Springer, 2014, pp. 93-108. También, Asimismo, Pieth, M. (ed.): *Collective Action: Innovative Strategies to Prevent Corruption*, Ed. Dike, 2012.

[110] Véase en esta obra, Wannenwetsch, S./Solorzano, O.: «La acción colectiva: Una herramienta eficaz en la lucha contra la corrupción y la protección de los derechos fundamentales, p. X.

[111] Correa Carrasco, M.: «Principios rectores y estándares laborales: el papel de los acuerdos marco internacionales en la protección de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores», en Fernández Liesa, C. R. (dir.): *Empresas y derechos humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 162.

se adoptan en derecho privado a partir del principio de *neminem laedere*. No se trata solo de «no lesionar», sino de promocionar el cumplimiento del derecho. Por eso acerca el papel de las empresas a la posición que tienen los Estados respecto a los derechos humanos, donde no se trata solo de respetar, sino de fomentar su vigencia a través de prestaciones positivas.

Las cláusulas contractuales en materia de diligencia debida, como antes señalábamos, no solo exigen el respeto al código de conducta o la introducción de medidas de prevención, sino que es fundamental que contemplen medidas de supervisión. Entre ellas las más importantes son las auditorías e inspecciones. Quizás la supervisión sea la parte más costosa y difícil de ejecutar de la diligencia debida. Por eso puede recurrirse a lo que la Directiva denomina «comprobaciones independientes de terceros» (art. 8.3 y 20.5). Es posible contratar esta función con empresas especializadas, estableciendo un proceso de selección que garantice su independencia respecto a las empresas que supervisa y que no existan conflictos de intereses. En realidad a las empresas certificadoras se les equipara progresivamente en lo que concierne a su independencia y ausencia de conflictos de interés con las auditorías de cuenta, lo cual tendría que tener como reflejo que en la sociedad su contratación se decidiera en la comisión de auditoría. Es importante además que contractualmente se fijen las situaciones en que puede existir una inspección y además las capacidades que tienen los inspectores: acceso a locales, documentos, posibilidad de realizar entrevistas a los responsables de las sociedades con las que suministran productos... Pero, sobre todo, es importante garantizar que puedan existir inspecciones sin preaviso. Con ello se trata de remediar las deficiencias que tradicionalmente ha tenido la auditoría social, con un carácter más cosmético que efectivo.

Otro aspecto esencial en la práctica contractual relativa a la diligencia debida es el relativo a la resolución del contrato. Las normas de diligencia debida son exigentes *ex-ante* en materia de contratación, en el sentido que no debe contratarse a proveedores que generen un riesgo grave de violación de derechos humanos. Ahora bien, una vez que se produce la contratación, la constatación de una infracción no es motivo para dar por terminada la relación, sino que la resolución del contrato se establece como último recurso (art. 10.6 Directiva 2022/1760).

La cesación del contrato como último recurso se desprende de la naturaleza de las obligaciones de diligencia debida que contiene la Directiva 2024/2760. Estas transcienden a la no causación del daño y requieren de acciones positivas de transformación y mejora de la situación. Por esta razón las empresas obligadas no pueden desentenderse de una situación desfavorable para los derechos humanos, sino que tienen un compromiso tendente a su mejora. Igualmente,

esto explica que estos planes transcienden a lo meramente indemnizatorio, aunque desde luego lo comprenden. Se trata de medidas mucho más ambiciosas, que en la medida de lo posible deben estar destinadas a actuar sobre las causas estructurales que ocasionan los problemas de derechos humanos. Por esta razón requerirán nuevamente de inversiones y ayudas por parte de las empresas e igualmente las acciones colectivas resultan una herramienta imprescindible. Posteriormente nos ocuparemos con mayor profundidad de esta cuestión en el epígrafe dedicado a la justicia restaurativa empresarial.

Existen ulteriores aspectos del cumplimiento normativo en derechos humanos que necesitan de un mayor desarrollo, como el papel que juegan los canales de alertas [112] y sobre todo la necesidad de que las empresas tutelen también a activistas o periodistas que saquen a la luz pública violaciones que pueden afectarlas [113]. En la fenomenología de las violaciones de derechos humanos la represión, e incluso la muerte, de estas personas es frecuente. Por este motivo, es de gran importancia que no solo existan procedimientos de reclamación que permitan a las partes interesadas poner de manifiesto sus inquietudes legítimas acerca de violaciones reales o potenciales, tal como exige el artículo 14 de la Directiva 2024/1760, sino que se prevean una serie de mecanismos de protección de estas personas, que deben ir más allá de los que normalmente existen en el caso de los *whistleblowers*. En los casos usuales de alertas, las represiones suelen venir de la propia entidad, en los casos de violaciones de derechos humanos pueden verse implicados grupos paramilitares e incluso agentes estatales. Por esta razón, lo importante no solo es que existan procedimientos de alertas sino formas de proteger la protesta contra las acciones de la propia empresa. La Directiva señala claramente la necesidad de tomar medidas razonables para evitar cualquier tipo de represalias.

Sin duda alguna, esto último, es una muestra más de que las obligaciones de diligencia debida son obligaciones positivas, que van más allá como venimos indicando de la no afectación y que requieren de medidas que entrañan un compromiso con los derechos humanos y desde luego también el medio ambiente exigiendo su protección.

---

[112] Sobre esta cuestión, en general, *vid.* García-Moreno García De La Galana, B.: *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020.

[113] Directiva 2024/1069 relativa a la protección de las personas que se implican en la participación pública frente a pretensiones manifiestamente infundadas o acciones judiciales abusivas («demandas estratégicas contra la participación pública»). *Vid.* en esta obra de Pablo Serrano, A.: «SLAPPS *(strategic lawsuits against public participation)*: la soga de las empresas contra la libertad de expresión. La propuesta de Directiva europea», p. X.

4.3 Naturaleza jurídica

En conexión con lo que acaba de indicarse, uno de los aspectos más debatidos es el que atañe a la naturaleza de las obligaciones de diligencia debida, lo que es de gran importancia para determinar el régimen de responsabilidad civil, pero también tiene implicaciones lógicamente en el marco penal, a la hora como veremos de fundamentar o no obligaciones de garantía.

Las divergencias entre los dos ordenamientos europeos más significativos, el francés y el alemán, son notables. En Francia las obligaciones de diligencia debida son obligaciones de resultado y por ello su violación da lugar a responsabilidad civil. La Ley de vigilancia empresarial es sobre todo y en este sentido una norma perteneciente al Derecho internacional privado de daños, que permite plantear ante los tribunales franceses reclamaciones por violación de derechos humanos. Por el contrario, el legislador alemán ha optado expresamente por considerar que las obligaciones de diligencia debida suponen una obligación de medios y que su infracción carece de significado para la responsabilidad civil, que sigue sujeta a las reglas generales del derecho de daños generales establecidas en el § 823 del Código civil alemán.

La discusión debe orientarse de distinto modo según se trate de las obligaciones de diligencia debida duras y blandas (*vid*. III.3). En este último caso, su carácter es muy similar a las que existen, por ejemplo, en materia de blanqueo de capitales. De hecho, las obligaciones de diligencia debida blanda implican una obligación de conocer el proveedor, que es estructuralmente similar a la conocida regla de conozca al cliente del blanqueo de capitales. Desde el punto de vista civil, constituyen claramente obligaciones de medios y, en el marco penal, pueden ser consideradas obligaciones positivas, derivadas de un deber de solidaridad general y de colaboración con el Estado [114], cuya infracción no debiera dar lugar a la atribución de ningún tipo de responsabilidad por el resultado.

El debate afecta sobre todo a lo que se han denominado obligaciones de diligencia debida dura. Desde luego, como muestra la distinta consideración que tienen en Francia o Alemania, cada legislador puede atribuirles en el derecho interno la naturaleza que estime más apropiada. No obstante, de cuanto se lleva dicho se desprende que el análisis de la naturaleza jurídica de estas obligaciones no puede examinarse solo a la luz del Derecho civil, sino

[114] Así, *vid.* Oliveira, A. C.: «La naturaleza jurídica de las obligaciones de diligencia debida frente a los clientes y socios de negocio», p. X.

que también tiene algo que decir en este debate el Derecho internacional de los derechos humanos y la idea de sostenibilidad. De ambos fundamentos se deriva que tienen una naturaleza diversa al *neminen laedere* y que, por supuesto, van más allá de obligaciones positivas similares a las del blanqueo de capitales.

IV. LAS ACTUALES LIMITACIONES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y DE LOS DERECHOS PENALES NACIONALES

Las obligaciones de diligencia debida implican necesariamente replantearse la situación de la responsabilidad penal de directivos y empresas en el Derecho penal nacional y el Derecho internacional penal. Resultaría difícil de entender que una «revolución» del calibre de la que estamos viviendo no moviera a reflexionar acerca de su influencia en las doctrinas tradicionales acerca de la responsabilidad penal por violaciones a Derechos humanos. En este epígrafe acometeremos esta tarea. No obstante, y dado que el debate en el marco penal no ha sido hasta la fecha relevante ha sido hasta la fecha limitado, resulta ilustrativo analizar previamente la experiencia de los Estados Unidos en el marco de la *Aliens Tort Claims Act*. Muchos de los problemas que allí se han planteado, especialmente la extraterritorialidad, nos ilustran muy bien acerca de lo complejo que va a resultar superar el estado actual.

1. **La *Aliens Tort Claims Act***

La vía del Derecho civil siempre se ha presentado como una oportunidad de protección real y efectiva para las víctimas graves de violaciones de derechos humanos cometidas por empresas. De hecho, acabamos de ver cómo es aquí donde se ha centrado el debate en Francia y Alemania tras la aprobación de las leyes de diligencia debida, lo que ha transcendido también a la Directiva europea. En algunos países se ha producido un tímido activismo judicial con el fin de reinterpretar las normas existentes , con el fin de extender la responsabilidad de las empresas matrices por comportamientos de sus filiales realizados en el extranjero De este modo, últimamente existen algunos casos que contienen planteamientos novedosos en algunos ordenamientos europeos o en Canadá donde queda claro el deber de las matrices de controlar a sus filiales si no quieren asumir responsabilidad por las activida-

des de estas últimas [115]. En muchos de estos supuestos, no llega a producirse ninguna decisión judicial. Las partes suelen alcanzan acuerdos, a veces secretos, de indemnización de las víctimas, sin que ello suponga un reconocimiento oficial de responsabilidad [116].

El balance en la jurisdicción que aporta una mayor experiencia en la materia, Estados Unidos, presenta actualmente más sombras que luces. Las esperanzas puestas a principios del siglo XXI en una antiquísima ley norteamericana, la *Alien Tort Claims Act* (ATCA) de 1789, se esfumaron pronto. No obstante, el

[115] Hasta la fecha, los jueces ingleses han dejado claro que una matriz puede tener un deber de diligencia hacia los empleados o personas afectadas por las actividades de sus filiales en el extranjero. Para ello se ha de probar un deber de cuidado en base a criterios de previsibilidad, proximidad y razonabilidad. Sobre estas cuestiones, SANGER, A.: «Parent Company Duty of Care to Third Parties Harmed by Overseas Subsidiaries», en *The Cambridge Law Journal*, 2019, vol. 78, no 3, pp. 486-490 y «Transnational corporate responsibility in domestic courts: Still out of reach?», en *AJIL Unbound* (vol. 113), pp. 4-9. En *Vedanta Resources PLC and Another (Appellants) v Lungowe and Others (Respondents) [2019] UKSC 20 (Vedanta n 1)*, se discutía si *Vedanta*, sociedad matriz, tenía responsabilidad por los daños sufridos por ciudadanos de Zambia que supuestamente habían sufrido lesiones personales, daños a la propiedad y pérdida de ingresos, servicios y disfrute de la tierra debido a la contaminación y los daños ambientales causados por una de sus filiales por las descargas tóxicas de la mina de cobre de Nchanga. El deber de cuidado se fundamenta en la concurrencia de ciertos indicios: 1) el objeto social de la empresa matriz y filial son idénticos o similares; 2) la empresa matriz tiene o debería tener una mayor experiencia comparada con la de la filial; 3) la empresa matriz tiene conocimiento del trabajo de la filial; y 4) la empresa matriz debería haber previsto que su filial actuaba en base a la experiencia que esta le proporcionaba. El tribunal británico determinó que se daban los cuatro indicios en este caso y, lo que es más importante, extendió el deber de cuidado de la compañía matriz no solo a los empleados de su filial sino también a terceros. Sobre este caso, BLANCO, E.: «Vendanta, a long-awaited landmark in extraterritorial tort litigation against parent companies: Reflections on jurisdiction», en Notre Dame Journal of International and Comparative Law, 2019, vol. 6. En cambio, antes en *Okpabi v. Royal Dutch Shell*, desestimaron que Royal Dutch Shell (RDS) tuviera un deber de diligencia con respecto a la contaminación y los daños ambientales causados por los derrames de hidrocarburos procedentes de los oleoductos y la infraestructura explotada por su filial nigeriana, Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd (SPDC). Finalmente, en *AAA v. Unilever*, se confirmó que Unilever no tenía la obligación de adoptar medidas efectivas para evitar actos violentos durante la celebración de las elecciones presidenciales de 2007 en Kenia. En la doctrina más reciente, NOVOGRODSKY, N. B.: «From the United States to Canada: The Search for Transitional Justice Moves North», en Latin American Legal Studies (vol. 1), 2017, pp. 220-222.

También en Canadá, el caso *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*. Aquí tres eritreos demandaron a la empresa matriz por trabajar en condiciones de esclavitud en una de sus filiales en Eritrea. La Corte Suprema Canadiense reconoció el deber de las empresas respecto a los derechos humanos y en octubre de 2020 se alcanzó un acuerdo que, pese a ser secreto, obligó a la matriz a indemnizar a las víctimas. Sobre estos casos, véase ZAMORA CABOT, F. J./MARULLO, M. C.: «Empresas multinacionales y DD. HH.: ¿Hacia el fin de la impunidad? Apuntes a la decisión del Tribunal Supremo canadiense en Nevsun Resources ltd. v. Araya», en *Papeles El Tiempo de los derechos*, núm. 20, 2020; ZAMORA CABOT, F. J.: «Acceso a la justicia y empresas y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el Caso Vedanta v. Lungowe», en Cuadernos europeos de Deusto, núm. 63, 2020, pp. 33-56. Véase además en esta obra VIOQUE GALIANA, L. M.: «Principios básicos del cumplimiento normativo en derechos humanos», p. x.

[116] Así, por ejemplo, la declaración conjunta del 18 de enero de 2021 en el que se indica que «Sin admitir responsabilidad alguna, Vedanta Resources Limited y Konkola Copper Mines Plc confirman que han acordado, para beneficio de las comunidades locales, la conciliación de todos los reclamos presentados por peticionantes de Zambia representados por el bufete inglés Leigh Day».

estudio de esta normativa es tremendamente interesante desde el punto de vista penal, porque aun siendo una norma civil, exactamente perteneciente al *torts law*, ha mantenido un diálogo muy fructífero con el Derecho penal internacional, en relación con cuestiones como la responsabilidad penal de la empresa o los límites de la complicidad [117]. Igualmente, son muy ilustrativos sus problemas de aplicación extraterritorial y las cuestiones de soberanía que de ello se derivan. Aunque el Derecho internacional privado es menos sensible en principio a argumentos de soberanía que el penal, los argumentos de la jurisprudencia norteamericana sirven de termómetro para medir las reticencias a una aplicación extraterritorial.

La ATCA, recordemos de finales del s. XVIII e hija directa de la ideología ilustrada que subyacía a la revolución americana, no se adoptó evidentemente para responsabilizar a las matrices por los actos de sus filiales en el extranjero, sino para resarcir a los embajadores por los daños causados por agresiones ilícitas y aquellos agraviados por actos de piratería marítima [118]. No obstante, al establecer la jurisdicción de los tribunales de distrito norteamericanos para conocer de las acciones civiles presentadas por un extranjero por agravios cometidos en violación de las «leyes de las naciones o de un tratado vinculante para los EE. UU.» (sección 1350), esta norma fue la vía predilecta a partir de la década de los ochenta para exigir responsabilidad en materia de derechos humanos. Y es que, tras el nacimiento de los Derechos humanos y el Derecho penal internacional, estas normas forman parte de las normas del *ius cogens* cuya infracción permite la invocación de la ATCA. Es en el proceso de determinación de este contenido esencial, en el que se ha producido la discusión de aspectos nucleares del Derecho penal internacional, como los límites de la complicidad empresarial o la responsabilidad penal de la empresa.

El despertar de la ACTA, tras una larga siesta, vino de la mano del caso *Filartiga v. Pena-Irala* (1980) [119], la familia de un ciudadano paraguayo víctima de tortura consiguió una indemnización por daños y perjuicios por parte de un policía paraguayo residente en los EE. UU. Era cuestión de tiempo explorar el mismo

---

[117] Así, KALECK, W.: «Die Verantwortung von Unternehmen und Unterhehmern für Völkerrechtsverbrechen – die Entwicklung seit den Nürnberger Prozessen», en JESSBERGER, F./KALECK, W./SINGELNSTEING, T. (Hrsg.): *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, *op., cit.,* pp. 87 ss.

[118] Véase en esta obra GIMENO BEVIÁ, J.: «Acceso a la justicia para las víctimas de violaciones de derechos humanos causadas por multinacionales: de la teoría a la práctica y una apuesta por las vías extrajudiciales de reparación», p. X.

[119] Sobre este caso concreto y su evolución, *vid.* STEPHENS, B.: «Corporate Accountability: International Human Rights Litigation Against Corporations in US Courts», en KAMMINGA, M./ZIA-ZARIFI, S. (eds.): *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Ed. Brill, 2000, pp. 209 ss.; WETZEL, J. R. M.: *Human Rights in Transnational Business*, Ed. Springer, 2015, pp. 19-70.

camino demandando no ya a personas físicas, sino también a jurídicas por violaciones de derechos humanos. No obstante, en estos casos, la doctrina del *forum non conveniens* se presentó, salvo pequeñas excepciones, como un gran obstáculo procesal para admitir las demandas contra las grandes multinacionales. Esta doctrina [120] permite al tribunal desestimar un caso cuando existe otra jurisdicción alternativa apropiada. Para determinar qué foro es el más apropiado se tienen en cuenta parámetros de naturaleza procesal (por ejemplo, la conveniencia del foro para los testigos, la práctica de pruebas, las costas del proceso), de efectividad del proceso (por ejemplo, ejecución de la sentencia), y de interés público respecto a la jurisdicción elegida (carga de trabajo del tribunal competente para conocer el caso).

No es difícil imaginarse cómo las empresas demandadas vieron en dicha doctrina una oportunidad como estrategia de defensa, para limitar la aplicación de la ATCA [121]. El caso *Bophal*, uno de los más graves de todos los tiempos [*In Re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster (1986)]* [122], es el mejor ejemplo para ver las limitaciones derivadas del *forum non conveniens*. Los jueces americanos desestimaron una demanda interpuesta por el gobierno indio y las víctimas. El tribunal determinó que la India era el foro apropiado para conocer del caso, entre otras razones, por considerar que un tribunal extranjero no es el más apropiado para determinar una violación de las normas medioambientales indias, ni para juzgar la suficiencia de dichas normas para evitar daños a personas. Además, se determinó que el sistema judicial de la India era independiente y estaba suficientemente desarrollado. Otra razón que colocaba a los tribunales indios en una posición más apropiada para conocer del litigio era que todas las víctimas eran indias, no había ningún trabajador americano en la planta, los testigos eran hindúes y la mayoría no hablaban inglés, y que sería más fácil obtener las pruebas en dicho país. Dicho de otro modo: no existía ninguna conexión con los EE. UU. más allá de albergar en este país la sede de la matriz que, a su vez, disponía del 50,9 % de las acciones de la filial.

---

[120] Para una revisión histórica de esta doctrina hasta el *caso Bhopal*, véase Zamora, F. J.: «Accidentes en masa y 'forum non conveniens': el caso Bhopal», en Jiménez Piernas, C. (ed.): *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado*, XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1990, pp. 533-564. *Vid.* también Vázquez, C. M.: «Sosa v. Alvarez-Machain and Human Rights Claims against Corporations under the Alien Tort Statue», en Cottier, T., *et al.* (eds.): *Human Rights International Trade*, Ed. Oxford, 2005, pp. 137-147.

[121] Rogge, M.: «Towards Transnational Corporate Accountability in the Global Economy: Challenging the Doctrine of Forum Non Conveniens in In Re: Union Carbide, Alfaro, Sequihua, and Aguinda», en *Texas International Law Journal* (vol. 36), 2001, p. 299; Duncan Mnyongani, F.: *Accountability of Multinational Corporations for Human Rights Violations under International Law* (Doctoral Thesis, University of South Africa), 2016, p. 69.

[122] *634 F. Supp. 842 (S. D. N. Y. 1986),* Galanter, M.: «Legal torpor: Why so little has happened in India after the Bhopal tragedy», en *Texas International Law Journal (Issue 20),* 1985, pp. 273-294.

De la doctrina *forum non conveniens* logró escaparse un caso del que se pensó que marcaría un «antes» y «después» en la materia, aunque al final no fue así. Se trata de *Doe v. Unocal Corp.* (2002). Las víctimas alegaron que la empresa *Unocal*, directa o indirectamente, había sometido a los demandantes a trabajos forzados, asesinatos, violaciones y torturas cuando trabajaban en la construcción de un gasoducto en Birmania (Myanmar). En realidad, las víctimas señalaron como autores directos de las violaciones al ejército quien los había desalojado forzosamente y había cometido las violaciones. La responsabilidad de la corporación se fundamentaba en que había favorecido la comisión de tales violaciones de derechos humanos contra la población civil. En primera instancia el tribunal desestimó la demanda alegando que el ATCA solo se aplica cuando la violación se realiza por parte del Estado o sus agentes. Sin embargo, en segunda instancia el tribunal sostuvo que no era necesario que la violación de los derechos humanos se hubiera producido a través de la acción de un Estado siempre y cuando se trate de delitos cuya autoría no necesariamente tiene que atribuirse a un agente estatal tal y como es el caso de los delitos de lesa humanidad, el genocidio o la esclavitud. El tribunal determinó que el trabajo forzoso era una forma moderna de esclavitud, por lo que era posible establecer mediante la ATCA la responsabilidad de actores privados ya sean personas físicas o jurídicas (corporaciones). Los jueces llegaron a esta conclusión aplicando la doctrina del *aiding and abetting* en la interpretación, más amplia que de esta figura, que habían realizado los tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda. Dado que *Unocal* gestionaba el proyecto sobre la construcción del oleoducto por parte del gobierno militar, debía conocer los planes del gobierno consistentes en la explotación laboral y represión de la población disidente. El epicentro de esta discusión sobre la que después volveremos es si la complicidad en el Derecho penal internacional no solo exige la facilitación del comportamiento delictivo, sino un elemento subjetivo ulterior, consistente en querer expresamente contribuir a los planes del autor [123].

Unocal supuso un importante revulsivo a la hora de estudiar los límites de la complicidad empresarial y la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal internacional. Multitud de demandas se presentaron ante tribunales norteamericanos aprovechando las posibilidades que habría esta doc-

[123] Para un comentario de este caso con especial énfasis en la doctrina del *aiding and abetting*, DE SCHUTTER, O.: «Les affaires Total et Unocal: Complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme», en *Annuaire Français de Droit International*, 2006, pp. 55-101.

trina [124]. No obstante, ni *Unocal*, ni la mayoría de estas demandas fueron determinantes para desarrollar una jurisprudencia sólida. La mayor parte de los casos, como el propio *Unocal*, acabaron con acuerdos entre víctimas y empresa. En cierto modo *Unocal* fue un «espejismo». Los jueces americanos en vez de consolidar la senda abierta por esta decisión empezaron a delimitar la aplicación extraterritorial de la ATCA [125].

Una primera e importante limitación fue la interpretación restrictiva en lo que concierne a los derechos humanos susceptibles de dar derecho a una indemnización en base a la ATCA. Se estableció que el ATCA excluye prácticamente a todos los derechos económicos, sociales y culturales: derecho a la salud, educación, vivienda y muy especialmente el medio ambiente, etc. Con ello, se excluyen los derechos que normalmente son más propensos a vulnerarse por parte de las empresas [126]. Pronto, además, pese a que la doctrina se había mostrado mayoritariamente favorable a ello [127], los tribunales americanos negaron que la responsabilidad penal de la persona jurídica formara parte del *ius cogens* internacional. Esto ocurrió en *Kiobel contra Royal Dutch Petroleum Co* [128] en la que el tribunal de primera instancia, citando expresamente los juicios de Nüremberg, inadmitió la demanda señalando que las empresas no eran responsables, ni civil ni penalmente, conforme al derecho internacional. En

---

[124] Entre otros, *In re South African Apartheid Litigation* (2004); *Sarei v. Rio Tinto* (2008); y *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energ y, Inc.* (2009).

[125] Kinley D., *et al.*: «The emergence of human rights responsibilities for corporations at international law», en *Virginia Journal of International Law* (vol. 44), 2004, pp. 940-941; Stephens, B.: «The rise and fall of the Alien Tort Statue», en Deva, S./Birchall, D. (eds.): *Research Handbook on Human Rights and Business*, Ed. Elgar, 2020, pp. 46-62; Wilson, A. J.: «Beyond Unocal: Conceptual Problems in Using International Norms to Hold Transnational Corporations Liable under the Alien Tort Claims Act», en de Schutter, O. (ed.): *Transnational Corporations and Human Rights*, Studies in International Law, Ed. Hart Publishing, 2006, pp. 43-72. Recientemente Di Vetta G., *La responsabilitá da reato degli nella dimensione transnazionale*, 2023.

[126] Kinley, D./Tadaki, J.: «The emergence of human rights responsibilities for corporations at international law», en *Virginia Journal of International Law* (vol. 44), 2004, p. 941.

[127] Así, Clapham, A.: «The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court», en Kamminga, M./Zia-Zarifi, S. (eds.): *Liability of Multinational Corporations under International Law* (Kluwer Law International The Hague), 2000, p. 189; Ramasastry, A.: «Corporate complicity: From Nuremberg to Rangoon – An examination of forced labour cases and their impact on the liability of multinational corporations», en *Berkeley Journal of International Law* (vol. 20), 2002, p. 96; Stehens, B.: «The Amorality of Profit: Transnational Corporations and Human Rights», en *Berkeley Journal of International Law* (vol. 45), 2002, pp. 71-72.

[128] Para un comentario de este caso, véase Stewart, D. P./Wuerth, I.: «Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.: The Supreme Court and the Alien Tort Statute», en *American Journal of International Law*, 2013, vol. 107, Issue 3, pp. 601-621. En español, *vid.* Zamora Cabot, F. J.: «Kiobel y la cuestión de la extraterritorialidad», en Zamora, F. J., *et al.* (eds.): *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos, op., cit.,* pp. 135-165; Guamán Hernández, A./Moreno González, G.: *Empresas transnacionales y Derechos humanos. La necesidad de un Instrumento Vinculante*, Ed. Bomarzo, 2018, pp. 139 ss.

este caso fueron demandadas tres empresas: *Royal Dutch Petroleum Company*, con sede en los Países Bajos, *Shell Transport and Trading Company p.l.c.*, con sede en el Reino Unido y su filial *Shell Petroleum Development Company of Nigeria, Ltd (SPD)*, con sede en Nigeria. Los demandantes eran ciudadanos nigerianos que habían huido a EE. UU. como solicitantes de asilo político. El objeto de la demanda era la violación del Derecho internacional por parte de estas tres empresas al haber ayudado e instigado al gobierno nigeriano para realizar ejecuciones extrajudiciales, crímenes de lesa humanidad, actos de tortura y tratos crueles e inhumanos, detenciones ilegales, violaciones del derecho a la vida, la libertad, la seguridad, del derecho de asociación, etc. Según los demandantes las tres empresas habían proporcionado a las fuerzas nigerianas «alimentos, transporte y financiación económica y les habían permitido utilizar sus dependencias y establecimientos para la realización de los ataques.

El TS inadmitió finalmente el caso, no tanto a partir del argumento de la no responsabilidad de las personas jurídicas conforme al Derecho penal internacional, sino de las condiciones que deben darse para que un tribunal extranjero pueda conocer demandas por daños causados por violaciones al *ius cogens* internacional ocurridas en el territorio de Estados soberanos distintos a los EE. UU. El TS advirtió que, aun cuando existiese algún vínculo territorial con EE. UU., este tiene que ser de gran intensidad. Si lo que se pretende es aplicar la ley extraterritorialmente, dice también el TS, es al legislador a quien compete incluir una disposición que así lo indique. Tal como habían manifestado los demandados, cuyos argumentos son ampliamente recogidos por el TS, la aplicación extraterritorial genera problemas diplomáticos y de política exterior.

Existen lecturas de *Kiobel* pesimistas y optimistas. Para las primeras, la sentencia fue un duro golpe para la persecución de violaciones de derechos humanos. Para las segundas, *Kiobel,* por el contrario, viene a reconocer que el principio de territorialidad es un concepto más normativo que fáctico. No se trata de todo o nada, sino de encontrar una conexión territorial significativa entre el comportamiento y el territorio, lo que obedece a un juicio de valor. En el caso de las personas jurídicas esta conexión territorial significativa que necesita el principio de territorialidad está aún en buena medida por descubrir.

El siguiente caso *Jesner v. Arab Bank* [129] abunda en los mismos argumentos. Se discutía si la transferencia de fondos a grupos terroristas por parte de un banco y los posteriores ataques terroristas daban derecho a indemnización. El TS indicó que la única conexión territorial que existía en este caso con los EE. UU. era demasiado débil: el banco árabe había utilizado su sucursal de

[129] *Jesner v. Arab Bank*, 584 U. S., 18-26 (2018).

Nueva York para compensar las transacciones y no había quedado probado que la acción de transferir fondos violase una «norma específica, universal y obligatoria» de Derecho internacional.

2. **El Derecho penal internacional**

2.1 Señas de identidad del Derecho penal internacional clásico

La aplicación de la ATCA nos ha servido para evidenciar las tensiones que puede generar el desarrollo de un Derecho penal internacional económico que vaya más allá del *statu quo* actual, al que podríamos denominar como el «modelo Nüremberg». Lo que aquí denominamos como «modelo Nüremberg» tiene cinco grandes características que explican sus limitaciones a la hora de sancionar con eficacia las violaciones de derechos humanos realizadas por empresas, pero también la complejidad existente para acuñar un nuevo modelo, que no desdibuje sus señas de identidad [130].

La primera de ellas es que, de alguna manera, en el Derecho penal internacional actual sigue enraizada la idea de que su campo natural de aplicación son conflictos bélicos o armados. Por ello, la mayor parte de las conductas que en él se tipifican tienen carácter violento y por esta razón tiene dificultades para captar el comportamiento de empresas en tiempos de paz o comportamientos como el ecocidio, que no se asemejan a esta tipología. De hecho, el único delito de ecocidio actualmente existente en el Derecho penal internacional es el que está vinculado con modos de hacer la guerra que generan daños ecológicos desproporcionados (art. 8 2 b iv, Estatuto de Roma). Es cierto, que a diferencia de los tribunales de *Nüremberg* u otros tribunales especiales, la Corte Penal Internacional (CPI) tiene jurisdicción fuera de estos contextos excepcionales. Sin embargo, la práctica de la Corte sigue estando condicionada por la carga genética que origina el Derecho penal internacional y ha dejado de lado los crímenes realizados en tiempos de paz [131].

Incluso, en conexión con lo anterior, puede decirse que precisamente el paso adelante de Nüremberg fue desvincularse de los crímenes de guerra, que

---

[130] Fronza, E.: «Verso un nuovo diritto penale economico internazionale? L'esempio dell'ecocidio», en de Vicente Martínez, R., *et al.* (dirs.): *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista*, vol. II, Ed. BOE, 2022, pp. 1396 ss.

[131] Citeroni, N.: «International economic crimes in the Rome Statute? Reflections on multilevel enforcement of international criminal law», en *Studies on Enforcement in Multilevel Regulatory Systems*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2022. p. 250.

hasta ese momento habían sido el objetivo del Derecho penal internacional. La lesa humanidad y el genocidio protegen a la población civil, con independencia de si son combatientes o son nacionales del Estado agresor. Sin embargo, estos delitos tienen como contexto un ataque masivo y violento a derechos humanos de primera generación, es decir, derechos civiles y políticos. Los derechos económicos y sociales, el medio ambiente o las condiciones de trabajo decente, no han entrado aún en el radio de protección del Derecho penal internacional, lo que habría de hacerse ampliando el delito de lesa humanidad, como se propone en relación con la figura del ecocidio o desarrollando figuras como el «patrimonicidio» u otros delitos internacionales de nueva generación [132].

La tercera seña de identidad es que el Derecho penal internacional va estrechamente ligado a la criminalidad estatal o para-estatal. Se trata de dar respuesta a una violencia institucionalizada que proviene de una organización que, aunque no sea propiamente un Estado, controla al menos un territorio y es capaz de ejercer la violencia a gran escala sobre las personas que en él se sitúan. La responsabilidad de las empresas o de sus dirigentes responde en este esquema clásico a la idea de complicidad empresarial, por lo que dentro de este planteamiento resulta difícil introducir la responsabilidad de las empresas desvinculada de una política ilícita del Estado. Es decir, retomando la tipología que construimos anteriormente, se trataría de los casos de abusos en las cadenas de suministro en un *state facilitated crime:* no sería posible incluir los casos de violaciones que ocurren en las cadenas de suministros favorecidos por una política estatal *(state facilitated crime).*

A esta limitación, se une como cuarta característica el que solo las personas físicas y no las jurídicas son responsables en el Derecho penal internacional. La narrativa oficial del Derecho penal internacional nos cuenta que uno de sus objetivos principales fue subrayar la responsabilidad del individuo frente a la organización estatal, se trataba de impedir que los responsables individuales pudieran esconder su responsabilidad, camuflados en la responsabilidad del Estado que hasta ese momento había sido el protagonista exclusivo del Derecho internacional. Declarar la responsabilidad de las personas jurídicas contradice este discurso.

---

[132] Poniendo como ejemplo la corrupción especialmente cuando culmina en hambruna, enfermedad y falta de atención médica que conducen a la muerte de los miembros de una población, *vid.* Bantekas, I.: «Corruption as an-International Crime and Crime against Humanity. An Outline of Supplementary Criminal Justice Policies», en *Journal of International Criminal Justice*, 2006, vol. 4, Issue, 3, pp. 466-484. Fundamental Marquez Carrasco, C., *El proceso de codificación y desarrollo progresivo de los crímenes contra la humanidad,* 2008; Arenal Lora, l., *Crímenes económicos en Derecho penal internacional: propuesto de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad,* 2019.

En quinto lugar, a la hora de considerar la responsabilidad, ya sea de empresas, ya sea de dirigentes empresariales, tiene gran importancia la doctrina de los comportamientos neutrales (*business as usual*), que limitan enormemente la posibilidad de incriminar actos de complicidad [133]. Esta doctrina proviene de la acusación en el Tribunal Internacional de *Nüremberg* contra *Rasche*, miembro del órgano de dirección del Dresdener Bank, por su financiación a los campos de concentración. Cooperar mediante la prestación de los bienes o servicios que constituyen la actividad habitual de una empresa, a una actividad delictiva realizada por agentes estatales no genera responsabilidad penal. Es una cuestión de ética empresarial, pero carece de relevancia jurídica. Esta doctrina ha determinado durante décadas que las empresas puedan entablar relaciones comerciales, suministrando bienes, servicios o financiación a gobiernos que violan derechos humanos.

La doctrina de los actos neutrales forma parte del núcleo duro de la teoría de la complicidad empresarial. Más para entender los límites tradicionales de la complicidad empresarial, a esta teoría debe sumársele la doctrina, si no imperante, sí extendida, que exige en el tipo subjetivo de la complicidad, un cierto grado de adhesión interno a los fines que pretende el autor. La aplicación conjunta de ambas doctrinas genera para las empresas una zona de seguridad jurídica en sus relaciones comerciales, pero también obviamente grandes zonas de impunidad. Uno de los retos que a continuación debe resolverse es precisamente cómo generar un nuevo escenario de no impunidad, pero que a su vez por las razones que se explicarán, permita a las empresas entablar relaciones comerciales con zonas de gobernanza débil o Estados autoritarios.

Como podrá adivinarse, a partir de este estado de cosas, los procesos penales contra directivos empresariales abiertos recientemente en diversos países han sido escasos y en su mayor parte no han tenido resultados satisfactorios. En el caso de crímenes internacionales, los casos supuestos se limitan a Van Anraat [134] y Guus Kouwenhoven [135], ambos en los Países Bajos [136]. En Bél-

---

[133] Sobre esta cuestión, véase en esta obra DE LA CUERDA, M.: «Los comportamientos neutrales: La necesaria revisión del *business as usual*», p. X.

[134] CA The Hague, 9 de mayo 2007, ECLI: NL: GHSGR:2007: BA6734.

[135] También en Holanda Guus Kouwenhoven fue condenado a 19 años de cárcel a título de cómplice, entre otros hechos, por financiación ilegal del conflicto en Liberia y Sierra Leona. *Vid.* CA The Hague, 10 de marzo de 2008, ECLI: NL: GHSGR:2008: BC7373; Tribunal Supremo (SC) 20 de abril de 2010, ECLI: NL: HR: 2010: BK8132, NJ 2011, 576.

[136] Sobre ambos casos y los problemas de imputación tanto en sede objetiva como subjetiva, *vid.* CUPIDO, M./HORNMAN, M./HUISMAN, W.: «Holding businessmen criminally liable for international crimes. Lesson from the Netherlands on how to address remote involvement», en ENNEKING, L., *et al.* (eds.): *Accountability, International Business Operations, and the Law. Providing Justice for Corporate Human Rights Violations in Global Value Chains*, Ed. Routledge, 2020, pp. 170-191.

gica han tenido lugar procesos como el de la petrolera *Total* por genocidio, que acabó en sobreseimiento, o el del empresario *Desaedeleer* acusado por crímenes de guerra y delito contra la humanidad por comercializar con el régimen de Charles Taylor, pero que murió mientras se encontraba en prisión provisional [137]. Esto no quiere decir, que no hayan existido más supuestos en que se hayan juzgado actividades empresariales, pero como veremos en el siguiente epígrafe, no se han utilizado los *core crimen* del Derecho penal internacional, sino otras figuras delictivas comunes.

En lo que se refiere a la CPI, Corte Penal Internacional, durante algún tiempo se pensó que esta tendencia podría cambiar gracias al Documento de selección y priorización de casos de la Oficina del Fiscal de 2016. Este texto establece como criterios para medir la gravedad del caso los daños sociales, económicos y ambientales infligidos a las comunidades afectadas y menciona además las categorías específicas de delitos que suelen darse en la práctica como aquellos que se cometen por medio de la destrucción del medio ambiente, la explotación ilegal de los recursos naturales o el despojo ilegal de tierras. Este documento ha tenido un gran efecto simbólico: ha desembocado en la proliferación de Comunicaciones vía artículo 15 ante la Corte Penal Internacional. Así, por ejemplo, la Comunicación relativa a la ocupación de tierras en Camboya y la participación de empresas en delitos contra solicitantes de asilo en los centros de detención de Nauru e Isla Manus [138] o la Comunicación en el caso *Chiquita Brands*. El hecho de que aparezca el nombre de una empresa en este tipo de declaraciones les puede acarrear un gran daño reputacional [139]. Ahora bien, más de un lustro después de la publicación del mencionado documento la situación sigue siendo la misma: ningún caso de complicidad empresarial se ha investigado. Las características genéticas del Derecho penal internacional descritas en este apartado han determinado la asfixia de la iniciativa de la Oficina del Fiscal [140].

---

[137] *Trial International*, disponible en https://trialinternational.org/latest-post/michel-desaedeleer/ (visitado el 11/10/2023).

[138] *Communiqué to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Under Article 15 of the Rome Statute on the Situation in Nauru and Manus Island: Liability for crimes against humanity in the detention of refugees and asylum seekers*, 14.2.2017, disponible en https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2017/02/Communiqu%C3%A9-to-Office-Prosecutor-IntlCrimCt-Art15RomeStat-14Feb2017.pdf (visitado el 03/05/2023).

[139] Bernaz, N.: «An Analysis of the ICC Office of the Prosecutor's Policy Paper on Case Selection and Prioritization from the Perspective of Business and Human Rights», en *Journal of International Criminal Justice*, 2017, vol. 15, Issue 3, p. 527; Stahn, C. «Liberals vs. Romantics: Challenges of an Emerging Corporate International Criminal Law», en Case Western Reserve Journal of International Law, 2018, Issue 50, p. 125.

[140] Citeroni, N.: «International economic crimes in the Rome Statute? Reflections on multilevel enforcement of international criminal law», en *Studies on Enforcement in Multilevel Regulatory Systems*,

2.2 Hacia un Derecho penal internacional empresarial

Los magros resultados que han obtenido estos procesos, pese a las loables pretensiones de grupos activistas que los han impulsado y de la propia Fiscalía de la Corte, aparte de los problemas probatorios, ponen de manifiesto que el Derecho penal internacional necesita evolucionar para ser más eficaz en la sanción de los comportamientos delictivos empresariales, si bien esta evolución debe ser coherente con su esencia y razón de ser. En lo que sigue, nos ocuparemos de los tres puntos donde debe plantearse la evolución: la construcción de nuevas infracciones (*core crimes*), la responsabilidad de personas jurídicas y la responsabilidad individual.

a) *La necesidad de nuevos* core crime *y de una cláusula umbral*

En la actualidad, aunque casi el único debate existente gira en torno a la construcción del delito de ecocidio [141], los ejes de la discusión muestran ya los aspectos claves: se trata de un delito que protege el medio ambiente, lo que implica que no pertenece al *corpus* de los derechos humanos tradicionales; que además pondría en el foco tanto la actuación de los Estados como de la de empresas y que incluso serviría para desvincular totalmente el Derecho penal internacional de conflictos bélicos y criminalidad violenta. El ecocidio sería un delito para los tiempos de paz, a diferencia de la figura ya hoy existente que se encuentra entre los crímenes de guerra [142]. En el debate doctrinal sobre la

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2022. p. 253, quien señala que existe una «discriminación» por parte de la Corte a la hora de dejar fuera la persecución de delitos económicos internacionales, en cuanto que la Corte admite interpretaciones más amplias. También apunta la falta de recursos y de *expertise* de la Corte como otra de las posibles causas y la carga política de muchos crímenes económicos, en cuanto que sus responsables a menudo son dirigentes estatales.

[141] *Vid.* sobre la formulación de un delito de ecocidio *vid*. por todos, De Vicente Martínez, R., «Hacia un Derecho penal internacional ambiental», en Nieto Martín, A./Demetrio Creso, E., *Derecho penal económico y Derechos Humanos,* 2018; Arenal Lora L, «El crimen internacional de ecocidio: respuesta normativa al problema global del cambio climático», en Zamora Cabot/Sales Pallares/Chiara Marullo, *La lucha en clave judicial contra el cambio climático*, 2022; Berdugo Gómez de la Torre, I., «Sobre la protección penal del medio ambiente: especial referencia al ecocidio», *Revista Penal*, 2024; Fernández Hernández, A., «El delito de ecocidio en el ámbito internacional: ¿un debate desenfocado?», *Revista Electrónica de Criminología*, 2024. .

[142] El artículo 8.2 b iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) tipifica como crimen de guerra «lanzar un ataque intencionado a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea». En este sentido, es un crimen internacional el uso de armas de destrucción masiva, bacteriológicas o químicas o los intentos de provocar desastres naturales (erupciones volcánicas, terremotos, etc.) siempre y cuando dichos ataques se cometan en tiempos de guerra.

creación de esta figura se ha especulado incluso con la modalidad imprudente, una novedad en el Derecho penal internacional que sigue castigando exclusivamente comportamientos intencionales, aunque se abre, más teóricamente que en la práctica [143], al dolo eventual.

Mas el punto central de la discusión es si el delito de ecocidio debe incorporar una cláusula umbral o *chapeau*. La característica principal de los tipos penales pertenecientes al Derecho penal internacional es que deben tener un grado de injusto tan elevado que justifique la ruptura de la soberanía estatal a la hora de juzgar hechos ocurridos en el interior de su territorio, realizados por sus nacionales e incluso sus dirigentes, y que justifique igualmente su imprescriptibilidad, la aplicación del principio de justicia universal o la competencia de tribunales internacionales. En definitiva, como expresamente señala el Estatuto de la Corte, al Derecho penal internacional pertenecen exclusivamente «*the most serious crimes of concern to the international community as a whole*» (párrafo 4.º). Hasta el momento, el elemento que marca este «umbral» o «*chapeau*» es precisamente que los comportamientos delictivos singulares que conforman los delitos de genocidio o lesa humanidad son expresión y se ejecutan de manera sistemática como parte de una política que pertenece a una organización, que produce una violación masiva de derechos humanos [144]. La exigencia de una *policy* como parte de la construcción del delito de ecocidio, y de futuros crímenes internacionales económicos, debe ser precisamente el elemento que marca la continuidad con los *core crimes* actuales, mientras que lo nuevo sería la ampliación de los crímenes internacionales a violaciones de derechos económicos y sociales y su atribución a las personas jurídicas.

b) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*

Sentado este hecho, el segundo jalón del camino consiste en admitir que la política que genera los diversos ataques al bien jurídico puede proceder de Estados, pero también de empresas. La superación del *societas delinquere non potest*, aunque obviamente ligado a este hecho, constituye un debate independiente. Es perfectamente posible –otra cosa es que sea útil– pensar en un Derecho penal internacional económico sin responsabilidad penal de personas

[143] *Vid.* Resolución núm. 4 de la AIDP y Manacora, S.: «An Introduction to Individual Liability for Business Involvement in International Crimes», ambos en *RIDP*, vol. 91, Issue 2, 2020.

[144] Citeroni, N.: «International economic crimes in the Rome Statute? Reflections on multilevel enforcement of international criminal law», en *Studies on Enforcement in Multilevel Regulatory Systems*, 2022. p. 251.

jurídicas. Siguiendo la línea tradicional del Derecho penal internacional, cabría mantener que las personas físicas –los dirigentes, ejecutivos, empleados– siguen siendo los únicos responsables, sin reconocer la responsabilidad penal de personas jurídicas. Sin embargo, esta opción no parece razonable. Primero, porque como acabamos de indicar, el núcleo de la tipicidad de los crímenes que pertenecen al Derecho penal internacional, ya sean los actuales delitos de genocidio o lesa humanidad, debe ser la existencia de una política de una organización. Por esta razón, tiene sentido centrarse en la propia organización empresarial, con el fin de garantizar la no repetición de los hechos. En el caso de las personas jurídicas, este hecho es totalmente distinto a la sanción penal de un Estado o una organización que lógicamente es un asunto mucho más complicado. Segundo, porque el Derecho penal internacional corporativo debe estar fuertemente orientado a la reparación [145]. El inmenso esfuerzo reparador que exigen las violaciones de derechos humanos no puede ser realizado con éxito por individuos, se necesita la intervención de la organización, pongamos por caso la multinacional, que ha causado los daños. Tercero, porque la superación del *societas delinquere non potest* es un hecho en prácticamente todo el globo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye uno de los ejes centrales de la política criminal global impulsada por la OCDE, la UE o las propias Naciones Unidas por lo que no tiene sentido dejarla fuera del Derecho penal internacional.

La situación hoy es muy distinta a la época en que se negociaba el Tratado de Roma donde la responsabilidad penal de las personas jurídicas era más una excepción que una regla [146]. La principal razón que entonces se ofreció para aceptar la responsabilidad de los colectivos, es que resultaba incoherente con el principio de complementariedad [147]. No se podía decir al mismo tiempo que la Corte penal tenía capacidad para castigar a personas jurídicas y que su jurisdicción era complementaria, subsidiaria, de la de los Estados donde no existía este tipo de

---

[145] Véase *infra* V. Justicia restaurativa empresarial.

[146] En concreto, sobre la CPI y la evolución de las propuestas para incluir a las personas jurídicas en el ámbito de aplicación de la CPI y, por tanto, también de considerarlas sujetos de Derecho internacional, *vid.* Clapham, A.: «The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Personas», en Kamminga, M. T./Zia-Zarifi, S. (eds.): *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Ed. Brill, 2000, pp. 139-195, Nollkaemper, A./Van Der Wilt, H., *System Criminality in International Law*, 2009. Sobre el debate de la responsabilidad penal en el juicio de Nuremberg es de gran interés Bush, J., *The prehistory of corporations ands conspiracy in international ccriminal law: what Nuremberg really said,* Columbia Law Review, 2010, 1094 ss.

[147] Véase Ambos, K.: «Article 25 individual criminal responsibility», en *Commentary on the Rome Statue of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 2016, p. 986; Kyriakakis, J.: «Corporations and the International Criminal Court: The Complementarity Objection Stripped Bare», en *Criminal Law Forum*, 2008, Issue 19, pp. 115-151.

posibilidad [148]. Hoy este argumento ha dejado de ser cierto [149]. Por otro lado, incluso si se va a la raíz del *societas delinquere non potest* en los juicios de *Nüremberg,* recientes trabajos históricos han mostrado como la posibilidad de acusar a las personas jurídicas directamente se tomó muy en serio por los fiscales norteamericanos que preparaban los escritos de acusación contra las empresas. No utilizarla fue más una cuestión de estrategia procesal de la Fiscalía, que de principios.

El principal avance en el ámbito de las cortes internacionales en el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas son las decisiones del Tribunal Especial para el Líbano (TEL) y los esfuerzos realizados por la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) [150]. El TEL, que pertenece a la tipología de los tribunales híbridos [151], fue creado para la in-

[148] Ya entonces en contra de no incluir a las personas jurídicas, Donini, M.: *Il volto attuale dell'illecito penal. La democracia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 175.

[149] Sobre la necesidad de que revise el Estatuto de la CPI para tener en cuenta la complicidad de las empresas multinacionales, Chella, C.: *The Complicity of Multinational Corporations in International Crimes: An Examination of Principles*, Scholars Press, 2014 y Chiomenti, C.: «Corporations and the International Criminal Court», de Schutter, O. (ed.): *Transnational Corporations and Human Rights*, Studies in International Law, Ed. Hart Publishing, 2006, pp. 287-312.

Más en general, Barak, G.: *Unchecked Corporate Power*, Ed. Routledge, 2017, p. 181.

[150] En 2014 se aprobó el Protocolo Malabo en virtud del cual se modifica el Estatuto de dicha Corte reconociendo su competencia *ratione personae* sobre las personas jurídicas privadas por la comisión no solo de crímenes internacionales tradicionales sino también delitos económicos relacionados como la corrupción, la explotación ilícita de recursos naturales o el blanqueo de capitales. Se trata del primer texto legal que, de entrar en vigor, establecería el primer tribunal penal supranacional con competencia sobre las corporaciones. Para un comentario sobre el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo del Protocolo, así como sobre el modelo de imputación, Kyriakakis, J.: «'Article 46C: Corporate Criminal Liability at the African Criminal Court», en Jalloh, C., *et al.* (eds.): *The African Court of Justice and Human and People's Rights. Development and Challenges*, Cambridge University Press, 2019, pp. 61-64, y Olasolo, H./Freydell, F.: «La Sección Especializada en derecho internacional penal establecida por el Protocolo de Malabo en la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos», en *Respuestas a la corrupción transnacional desde el Derecho internacional penal*, ANIDIP, vol. 11, 2023, pp. 271 ss. Si bien su futuro es todavía muy incierto al no haber sido ratificado todavía por ningún Estado. El Protocolo necesita para entrar en vigor la ratificación de 15 Estados parte y hasta la fecha solo ha sido firmado, que no ratificado, por Benín, Chad, Comoras, Congo (Brazzaville), Guinea Ecuatorial, Ghana, Guinea-Bissau, Guinea, Kenia, Mozambique, Mauritania, Sierra Leona, São Tomé y Príncipe, Togo y Uganda.

[151] Los tribunales híbridos, internacionalizados o mixtos surgen como respuesta a la necesidad de determinar la responsabilidad en el caso de crímenes graves cuando el establecimiento de una jurisdicción completamente internacional no es conveniente bien por su elevado coste, problemas de jurisdicción o falta de legitimidad. Estos tribunales se establecen generalmente para lidiar con situaciones donde el sistema judicial nacional no es capaz de manejar adecuadamente los crímenes debido a falta de capacidad, imparcialidad, o debido a una situación de conflicto o post-conflicto. Como su nombre indica son una mezcla de Derecho internacional y derecho interno lo cual tiene reflejo tanto en su composición (jueces, fiscales tantos nacionales como internacionales), su ámbito de actuación (normalmente crímenes internacionales pero también a veces delitos nacionales), como en el derecho aplicable (a nivel de procedimiento suelen implementar prácticas o normas del Derecho penal internacional) y sus fuentes de financiación (al menos parcialmente se financian con fondos internacionales. Sobre los tribunales híbridos, Dickinson, L. A.: «The promise of hybrid courts», en *American Journal of International Law*, 2003, vol. 97, núm. 2, pp. 295-310. En España, Liñán Lafuente, A.: «Los tribunales penales híbridos e internacionalizados», en Gil Gil, A. (dir.): *Derecho penal internacional*, 2019, pp. 115-144.

vestigación y procesamiento de los responsables de los hechos terroristas de 2004 [152] que acabaron con la vida, entre otros, del primer ministro libanés, Rafiq Hariri. Dentro de los diversos procesos abiertos, el caso que aquí interesa versaba sobre la publicación en una cadena de televisión, Al Jadeed TV, y en un periódico, Al Akhabar, de los nombres de las personas citadas como testigos ante los procesos sustanciados ante el TEL. Se les imputaba un delito de obstrucción a la justicia. En primera instancia se desestimaron los cargos contra dichas empresas al considerar que el TEL se aplica solo y exclusivamente a las personas físicas de conformidad con la Regla 60 *bis* del Estatuto TEL en virtud de la cual «el Tribunal (…) podrá imputar por desacato a quienes con conocimiento y voluntad interfieran en la administración de justicia (…)» [153]. Sin embargo, la fiscalía recurrió y el Tribunal de Apelación le dio la razón indicando que el ámbito de aplicación subjetivo del TEL debía interpretarse en interés de la justicia y, por tanto, la Regla 60 bis «engloba efectivamente a las personas jurídicas» [154], pues «quienes» puede englobar a «cualquier persona, física o jurídica».

Para hacer una interpretación en interés de la justicia, el TEL recurrió al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en virtud del cual, «un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin». En base a lo anterior, el TEL recurre a la evolución de la discusión sobre la posibilidad de hacer responsables a las personas jurídicas por violaciones graves de derechos humanos citando a los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos de 2011. Además, para la Sala de Apelación, el reconocimiento de la responsabilidad penal de las corporaciones no puede hacerse depender de la inexistencia de ningún otro precedente en los tribunales internacionales, ni de la exclusión de su ámbito de aplicación de la CPI, pues ello no se debe ciertamente a una imposibilidad real, sino más bien a una decisión de naturaleza política e incluso al azar. De hecho, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se reconoce en una gran mayoría de ordenamientos jurídicos. Los

---

[152] Naciones Unidas, Resolución del Consejo de Seguridad No 1664, 29 de marzo de 2006. Para un comentario a esta jurisdicción, Fraschina, A.: «Una nueva jurisdicción penal de carácter internacional: el Tribunal Especial para el Líbano», en Revista electrónica de Estudios Internacionales, 2008, núm. 16, pp. 1-18, y Liñán Lafuente, A.: «Los tribunales penales híbridos e internacionalizados», en Gil Gil, A./ Maculan, E. (dirs.), *Derecho penal internacional*, Ed. Dykinson, 2019, pp. 115-144.

[153] TEL, *Caso New TV S. A. L, Redacted version of decision in proceedings for contempt with orders in lieu of an indictment*, STL-14-05/1/CJ, 31 de enero de 2014.

[154] TEL, *Caso Akhbar Beirut S. A. L. e Ibrahim Mohamed Al-Amin*, decisión interlocutoria de apelación sobre la competente subjetiva en los procesos de desacato, STL-14-06/PT/AP/AR126.1, Sala de Apelaciones, 23 de enero de 2015, p. 71.

nuevos desarrollos sobre la cuestión llevan, a juicio del TEL, a considerar que la responsabilidad penal de las empresas está a punto de alcanzar el estatus de principio general de Derecho internacional [155]. Con estas resoluciones se reconoció por primera vez la jurisdicción de un tribunal internacional para juzgar a las personas jurídicas, aunque también es verdad que el desacato no es precisamente un delito que implique *per se* una violación de derechos humanos [156]. Además, el delito está desvinculado de los factores socioeconómicos de los conflictos y el TEL tiene una jurisdicción territorial y material muy limitada. Sin embargo, no por ello dejan de tener importancia por su efecto simbólico: ambas decisiones podrán ser invocadas en el futuro como precedentes jurisprudenciales [157].

Muestra de que la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas podría comenzar a abrirse paso en el Derecho penal internacional es que son bastantes ya los países que contemplan este tipo de responsabilidad respecto a los *core crimen* del Derecho internacional, por ejemplo, todos aquellos que tienen un sistema de *numerus apertus* en relación con los delitos que dan origen a su responsabilidad. En Italia, recientemente, el proyecto legislativo para crear un código penal internacional [158], al estilo del que por ejemplo existe en Alemania, prevé la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo hace además siguiendo el sistema previsto en el *D. Leg. 231* que, como es conocido, prevé la posibilidad de que la empresa quede exenta de pena si ha diseñado e implementado correctamente un programa de cumplimiento. El proyecto italiano, por primera vez plantea, más allá del sí, el cómo ha de llevarse a cabo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal internacional. Uno de los aspectos más polémicos del Proyecto es que excluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando actúen de acuerdo con una política estatal. La discusión relativa a este elemento pone sobre la mesa otro de los problemas esenciales, que no es otro que la relación entre la soberanía estatal y el Derecho penal internacional. El Derecho penal internacional significa expresamente que la soberanía estatal cede ante los comportamientos que resultan intolerables desde el punto de

[155] TEL, *Caso New TV S. A. L.y Khayat*, Sala de Apelación, 67.

[156] Ambos, K.: «Responsabilidad penal internacional de las empresas: una aproximación desde la perspectiva de la praxis jurídica», en Ambos, K./Böhm, M. L. (eds.): *Empresas transnacionales y graves violaciones de derechos humanos en América Latina*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, p. 100.

[157] Bernaz, N.: «Corporate Criminal Liability under International Law», en *Journal of International Criminal Justice*, 2015, vol. 13, Issue 2, p. 325.

[158] El texto puede consultarse en la web de la Commissione Palazzo e Pocar - Commissione Crimini internazionali (22 marzo 2022), disponible en https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_36_0.page?contentId=COS372730# (último acceso 15/07/2024).

vista de los derechos humanos. Por esta razón, la causa de justificación que crea el Proyecto italiano, y que afecta exclusivamente a las personas jurídicas, carece de sentido desde la esencia misma del Derecho penal internacional y es muestra de las reticencias aún existentes.

Más allá de algunas aportaciones doctrinales no existe, sin embargo, debate alguno a la hora de cómo configurar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal internacional. De nuevo aquí podría tener lugar la polémica entre partidarios de un modelo de autorresponsabilidad y otro de heterorresponsabilidad. De hecho, puede ya decirse que, por ejemplo, el Código penal francés o el belga cuando castigan a las personas por genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra lo hacen a partir de un modelo vicarial y que, por el contrario, como acaba de indicarse, el Proyecto italiano lo hace sobre las bases del defecto de organización.

El modelo de la culpabilidad propia de la empresa o por defecto de organización tiene sentido con relación a comportamientos delictivos puntuales de las personas jurídicas, cuyos agentes realizan actos de complicidad con políticas estatales o de organizaciones para-estatales, que constituyen, por ejemplo, un delito de lesa humanidad. Por poner un ejemplo, tendría sentido reflexionar desde el punto de vista del cumplimiento normativo, cuando un departamento de una gran multinacional, de manera aislada, ha vendido armas o productos de doble uso a un dictador o –por trasladarnos a otros casos arquetípicos– el dirigente de una filial ha financiado e incitado al ejército nacional a que termine «al precio que sea» con las protestas de la población indígena por el modo en que se realiza una explotación petrolera. En un apartado anterior se analizó precisamente en qué consiste el cumplimiento normativo o la diligencia debida en derechos humanos, cuyo objetivo sería precisamente impedir este tipo de comportamientos.

Ahora bien, el modelo de la culpabilidad por defecto de organización y la función que dentro del mismo cumplen los planes de cumplimiento, no nos sirven cuando lo que queremos castigar es a la persona jurídica, a la gran multinacional, que es la autora de la política que genera los ataques sistemáticos contra los derechos humanos. Como antes indicábamos, los tipos penales del Derecho penal internacional tanto los actuales, como los futuros delitos que conformen el Derecho penal económico internacional no constituyen actos aislados, sino que forman parte de una política implementada por una organización. En el caso de la persona jurídica creadora de la *policy* no tiene sentido abogar por un modelo de responsabilidad basado en la culpa de organización, al contrario, el núcleo del injusto y de la responsabilidad del ente debe ser precisamente el haber generado esta política que ha generado agresiones sistemáticas contra derechos humanos. Se trata por ello de un delito corporativo cualitativamente distinto al que

da lugar a la responsabilidad de la persona jurídica de acuerdo con el artículo 31 *bis* del CP o al artículo 6 del D. leg. 231. La dificultad que encontramos en este punto no es nueva. El modelo de la culpa de organización que pivota sobre los programas de cumplimiento tampoco se adapta a las empresas criminales, pertenecientes a la criminalidad organizada. En ambos casos se constata una cultura orientada hacia la comisión de hechos delictivos que, no es una parte marginal, sino un aspecto esencial dentro de la organización. De este modo, el Derecho penal internacional empresarial o económico exige construir un nuevo modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica, donde el injusto consiste en algo substancialmente distinto a un defecto de organización. Lo que ha de constatarse es que la dirección de la empresa ha generado una política que permite la violación de Derechos humanos de una manera sistemática y generalizada. Lo que resulta sin duda paradójico es que en el sector del Derecho penal donde la existencia de una política procedente de una organización constituye el epicentro de la tipicidad, no se haya generado un modelo de responsabilidad de las personas jurídicas que precisamente recoja la creación de este elemento típico, difícilmente atribuible a un responsable individual concreto.

Una de las principales consecuencias, sino la principal, de esta nueva forma de responsabilidad de la persona jurídica consistente en crear una política de empresa que genera violaciones sistemáticas de derechos humanos es que deben buscarse penas apropiadas que, desde luego, deben ir más allá de una pena de multa. En este punto dos debieran ser los objetivos. El primero es la rehabilitación de la empresa. Para ello sería en primer lugar necesario intervenir en su dirección, con el fin de asentar un modelo de organización diametralmente opuesto al existente. No se trata de corregir un defecto de organización puntual, sino de regenerar una organización que durante años ha mantenido una política que ha permitido la vulneración a gran escala de Derechos humanos o atentados contra el medio ambiente. El segundo objetivo es la reparación del daño y la atención a las víctimas. Un castigo retributivo –una multa millonaria– carece de sentido para las víctimas. En un epígrafe posterior de este trabajo se expondrán los mimbres de un futuro Derecho empresarial restaurativo, como propuesta de intervención político criminal para atajar estos supuestos de criminalidad empresarial [159].

[159] Aparte de estos dos grandes apartados –imputación y consecuencias jurídicas– quedan lógicamente otras muchas cuestiones que discutir. Por ejemplo, la responsabilidad de las empresas matrices por los actos relacionados por las filiales. Si el elemento clave de la responsabilidad es la existencia de una política, con continuidad en el tiempo, en muchos casos será posible afirmar la responsabilidad de la empresa matriz, que será normalmente quien la haya implantado. Sobre esta cuestión, véase en esta obra González López, J. J.: «Acerca de la responsabilidad de las empresas matrices en relación con la actuación de sus filiales», p. X.

c) *La responsabilidad individual y las zonas de gobernanza débil*

El futuro Derecho penal internacional económico no solo tiene ante sí los dos grandes retos que acaban de comentarse –la ampliación del número de delitos y la responsabilidad de las personas jurídicas– también tiene que afrontar importantes problemas que afectan a la responsabilidad individual: el elemento subjetivo en la participación y la superación de la doctrina de los actos neutrales [160]. Como podrá apreciarse, estos retos tienen que ver más con la idea clásica de la complicidad empresarial, que con la nueva dirección del Derecho penal internacional económico donde la empresa sería la protagonista [161]. Como se trata de dos elementos fundamentales dentro del tipo de complicidad y que han sido ya discutidos profundamente por la doctrina [162], en lo que sigue, se abordarán exclusivamente aquellos supuestos que deben ser reinterpretados siguiendo las nuevas obligaciones de diligencia debida.

Más allá de la cuestión técnica que todo ello implica, marcar los límites de la cooperación tiene una enorme transcendencia político criminal que debe explicitarse desde el primer momento [163]. En realidad, de lo que se trata es de establecer una regla de comportamiento clave en el comercio internacional que determine en qué medida las empresas pueden realizar negocios con gobiernos o en partes del mundo donde se producen violaciones de derechos humanos, abunda el trabajo infantil o el trabajo esclavo, no existe respeto a normas

[160] El Derecho penal internacional, a diferencia del Derecho penal de la empresa nacional, está conformado desde sus inicios para sancionar como autores a aquellos que tienen el control, adicionalmente a aquellos que realizan los comportamientos típicos. Por esta razón, son menores en su seno, los característicos problemas de imputación que tienen lugar en los delitos económicos, debido a la bipartición entre poder/ideación del plan y realización de los hechos concretos. En el Derecho penal internacional estaría claro, por ejemplo, que los dirigentes empresariales que han establecido una política de empresa donde se admite el trabajo infantil o la realización de atentados graves al medio ambiente serían responsables como autores, con independencia de que también lo sean los ejecutores. Como indica Schabas, el Derecho penal internacional está conformado sobre la base del «over crime control paradigma», …*op. cit.,* p. 235. *Vid.* para más detalles en este punto Ambos, K.: *Derecho penal internacional económico*, *op., cit.*, pp. 104 ss.

[161] Aunque el foco en la empresa es indiscutible. Así, Ambos, K.: *Derecho penal internacional económico*, *op., cit.,* p. 76.

[162] Así, Ambos, K.: *Derecho penal internacional económico*, *op., cit.,* pp. 103 ss.; Burchard, C.: «Regulating Business with Bad Actors: Aiding and Abetting and Beyond», en *Texas International Law Journal, The Forum*, 2015, vol. 50, pp. 1-8; Michalowski, S.: «No complicity liability for funding gross human rights violations», en *Berkely Journal of International Law*, 2012, vol. 30, issue 2, pp. 451 ss. y del mismo autor «Doing Business with a Bad Actor: How to Draw the Line Between Legitimate Commercial Activities and Those that Trigger Corporate Complicity Liability», en *Texas International Law Journal*, 2015, vol. 50, pp. 403-464.

[163] En este punto *vid.* los diversos trabajos publicados en el número monográfico de la *Revue Européen du Droit*, Issue 5, 2023, donde se analizan conjuntamente tanto el régimen de embargos, como de diligencia debida desde el punto de vista de la política jurídica.

medioambientales básicas, etc. En este punto, las normas sobre diligencia debida representan una clara opción de política legislativa: el comercio con estas partes del mundo o estos gobiernos resulta admitido jurídicamente siempre que se establezcan una serie de controles internos que minimicen estos riesgos o los reparen con prontitud una vez detectados. Al establecer estas normas el legislador seguramente considera que, desde el punto de una política global de derechos humanos, resulta mejor que las empresas virtuosas negocien en lo que la OCDE denomina zonas de gobernanza débil, que dejar estos mercados en manos de países y empresas que no cuentan con una política global de derechos humanos, como demuestra que en sus propios territorios las violaciones tienen lugar con frecuencia. Si este es el punto de partida que ha adoptado la UE y han hecho suyo ya países como Alemania o Francia, lo que está claro es que la construcción de la categoría de la complicidad empresarial debe hacerse de tal modo que proporcione seguridad jurídica a las empresas que actúan en estos mercados.

En esta tarea a las normas sobre diligencia debida debe sumársele, también en la UE, la apuesta firme por imponer medidas restrictivas (embargos) con la finalidad de proteger los derechos humanos. En este punto la UE dispone actualmente de más de una cuarentena de medidas restrictivas y una norma general al respecto, el Reglamento (UE) 2020/1998 del Consejo de 7 de diciembre de 2020 relativo a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos [164]. Estas medidas no sólo implican embargos de fondos o restricciones de viaje, sino también la prohibición de hacerles llegar cualquier tipo de fondos o recursos, por lo que de hecho implica una prohibición de realizar actividades comerciales [165]. Ambas normativas, la de diligencia debida y la de embargos, resultan complementarias. Las obligaciones de diligencia debida se orientan «aguas abajo». Su foco principal es garantizar el respeto a los derechos humanos por proveedores o filiales de la empresa, mientras que el régimen de medidas restrictivas opera además «aguas arriba», en relación con los clientes. Un lugar destacado en ambos regímenes lo ocupa el sector bancario, que está afectado lógicamente por la normativa de embargos, por ejemplo, obligándole a no financiar o hacer llegar fondos a los sujetos incluidos.

Trasladándonos ahora al ámbito penal, la empresa que viola un embargo –u otras disposiciones como las existentes en materia de armas o productos

[164] DO L 410I de 7.12.2020.

[165] Sobre las medidas restrictivas y su sanción en caso de infracción, *vide* en esta obra Arroyo Zapatero, L.: «La criminología de la guerra y la política criminal de la UE en torno a las sanciones comerciales», p. X.

de doble uso– o no cumple adecuadamente sus obligaciones de diligencia debida generaría un riesgo no permitido que sería relevante a los efectos de la teoría de la imputación objetiva del resultado. De demostrarse que efectivamente el bien o servicio proporcionado tuvo relevancia causal en la realización de un comportamiento delictivo no existirían prácticamente problemas para establecer la imputación objetiva, en cuanto que claramente la evitación de este tipo de comportamientos constituye el fin de prohibición de la norma. En el caso de que la violación de derechos humanos, constitutiva de delito, sea realizada por los proveedores, puede también decirse que cuanto menos la adquisición de sus productos constituye un supuesto de complicidad, en cuanto que favorece la explotación laboral, el trabajo infantil, etc.

Para el Derecho penal internacional la normativa sobre medidas restrictivas –embargos y diligencia debida– harían hoy inconcebibles las palabras del Tribunal de Nüremberg que antes reproducíamos en el caso del Dresdener Bank por la financiación de Auschtwitz. La juridificación de las obligaciones de diligencia debida y la extensión de los embargos permite afirmar hoy que se trata de comportamientos relevantes para el Derecho, incluido el penal, y que no pertenecen en exclusiva al ámbito de la moral.

Desde el punto de vista de la configuración del tipo objetivo de la complicidad, debe igualmente tenerse presente que la normativa sobre diligencia debida y embargos convierte a los bienes o servicios prestados o la adquisición de mercancías en contribuciones de mayor valor. Probablemente no podría llegar a decirse en la mayoría de los casos que se trata de «bienes escasos» [166], pero sí que su aporte facilita de manera considerable la realización del comportamiento.

Dejando de lado los problemas probatorios, que constituyen el «talón de Aquiles» de este tipo la complicidad empresarial –no siempre es posible demostrar que se utilizaron los bienes o servicios concretamente suministrados en un comportamiento delictivo [167]– los problemas más importantes vienen de la

[166] Tradicionalmente, cuanto más neutral pueda refutarse la contribución, más difícil sería considerar como sustancial el acto del cumplido. De hecho, se ha llegado a mantener que los bienes que se suministraron a los nazis (equipos informáticos, gases, etc.,) no tendrían relevancia penal, dado que no eran necesariamente bienes escasos, en el sentido de que podían haber sido proporcionados por otros sujetos, no cumpliéndose así la teoría de los bienes escasos. Véase en esta obra a De la Cuerda Martín, M.: «Los comportamientos neutrales: La necesaria revisión del *business as usual*», p. X, y Saad-Diniz, E.: «Justicia de transición corporativa: La nueva generación de estudios transicionales», p. X.

[167] Así, por ejemplo, resulta complicado demostrar que las armas suministradas se utilizaron en los ataques contra la población civil o que los *softwares* vendidos se han usado para bloquear contenidos, etc. Sobre el comercio exterior de las armas, véase en esta obra Garrocho Salcedo, A. M.: «El comercio exterior de armas convencionales y la protección de los derechos humanos: Un reto normativo del mundo globalizado», p. X.

mano del tipo subjetivo. Como es bien conocido, en el Estatuto de Roma el tipo subjetivo de la complicidad se construyó de una manera particularmente estricta, al requerir que el cómplice actuara «con el propósito» de facilitar [art. 35. 3 c) ECPI] o contribuir de algún modo «con el propósito» o «a sabiendas» [art. 35. 3 d) ECPI] [168]. La conformación tan estricta del tipo subjetivo podría tener algún sentido en el momento en que se elaboró el Estatuto de la Corte [169]. Su función, criticable o no, consistía en proporcionar seguridad a las empresas por complicidad, limitando su responsabilidad a los casos de conocimiento seguro de que su contribución iba a ser aprovechada en la comisión de un delito. Esta opción, en buena medida, vinculada con el fuerte componente subjetivo de Roxin, resolvía los casos relevantes de comportamientos neutrales. Para Roxin, los comportamientos que consisten, por ejemplo, en la prestación de un bien o servicio sólo serían actos de complicidad cuando se prestan con la certeza de que van a ser utilizados en un comportamiento delito.

Una vez implementadas las obligaciones de diligencia debida y la normativa sobre medidas restrictivas, al menos en este marco, la seguridad jurídica se garantiza ya en el tipo objetivo, por lo que la jurisprudencia podría abrirse a la consideración del dolo eventual. Tener por posible la comisión de hechos delictivos y no haber realizado correctamente la diligencia debida o incumplir una medida de embargo debiera ser ya suficiente para la afirmación de la complicidad. La diligencia debida conlleva precisamente una obligación de conocer, tanto al inicio de una relación comercial, como a lo largo de la misma, donde se requiere del obligado, por ejemplo, la realización de inspecciones *in situ* a los centros de producción. La infracción consciente de esta obligación de conocer, acompañada del conocimiento de que existe un alto riesgo de favorecer el comportamiento delictivo (vgr. la explotación laboral, una contaminación masiva…) debería bastar para satisfacer las exigencias del tipo subjetivo de la complicidad.

---

[168] Véase en esta obra la explicación sobre el test del conocimiento y del propósito, y todas las referencias bibliográficas en Coteño, A.: «La complicidad en crímenes internacionales a propósito del Caso Lafarge», p. X.

[169] Actualmente existe acuerdo en que este algo grado de conocimiento no exige en ningún caso que el autor comparta los fines delictivos del autor y que quiera colaborar con ello, basta con que conozca la comisión del delito. Así, Jessberger, F./Werle, G.: *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3.ª Ed., Tirant lo Blanch, 2017, p. 323. Este enfoque más cognitivo tiene sentido dado que una empresa no suele perseguir el objetivo delictivo del autor, sino únicamente tener un beneficio económico. De hecho, sin aplicar el test del conocimiento, difícilmente se hubiese podido condenar en Alemania a van Anraat por la venta del gas mostaza a Saddam Husseim, ya que a este empresario le era indiferente para qué se utilizaba dicho gas. Sobre esta cuestión, *vid.* Ambos, K.: «Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas», en *Zeitschrift für Interantionale Strafrechtsdogmaitik*, núm. 12, 2018, en p. 602. Más recientemente, Ambos, K.: *Derecho penal internacional económico. Fundamentos de la responsabilidad internacional de las empresas*, Ed. Thomson Reuters, 2018, pp. 122 ss.

3. **Los Derechos penales nacionales**

En el apartado anterior nos hemos ocupado de determinar la responsabilidad, ya la apliquen los Estados ya los tribunales internacionales, sobre la base del Derecho penal internacional y de sus tipos penales. En este apartado, abordaremos la posibilidad de utilizar el Derecho penal nacional sobre la base de tipos penales comunes. En países como Suiza, Alemania o Francia, y gracias a la actividad de ONGs como, Sherpa o el Centro Internacional de Derechos Humanos de Berlín, cada vez más se denuncian casos de violaciones empresariales de derechos humanos a partir de la aplicación extraterritorial de tipos penales como el homicidio o las lesiones. Los casos más conocidos son el caso Nestlé, en Suiza, donde se investigaba la muerte de un sindicalista a manos de grupos paramilitares con colaboración supuestamente de una filial del gigante suizo; la causa fue sobreseída. En los Países Bajos destaca el caso Van Anraat, que acabó con la condena de este empresario por la venta de armas a Sadam Husein, por infracción de los tipos penales previstos en la ley de comercio exterior. Posteriormente, destacan los casos Danzer, Lahmeyer y Mercedes Benz, por actos de colaboración en la dictadura argentina. En Francia, puede suponer un «antes y un después» el caso *Lafarge*, empresa cementera europea imputada ante los tribunales franceses [170] por financiación de grupos terroristas, al haber celebrado contratos con empresas vinculadas al ISIS, con el fin de poder seguir actuando en la zona con relativa tranquilidad [171]. Destacan también en Francia, las denuncias contra algunas empresas textiles como *Inditex*, por aprovechamiento de productos (algodón) procedente del trabajo forzado de los uigures.

Lo destacable de todos estos procesos, pertenecientes a lo que se conoce como litigación estratégica, es que prácticamente en ninguno de ellos se ha llegado a condena alguna. No obstante, lo que si cabe constatar es cómo tipos penales pertenecientes al Derecho penal nacional, pueden resultar de aplicación –más allá de los *core crim*e– para sancionar violaciones a Derechos humanos. El catálogo de estos posibles delitos no se circunscribe al homicidio, lesiones, medio ambiente, torturas, etc. En realidad, puede pensarse en tipos penales muy diversos. Los casos de publicidad falsa sobre la

[170] Por cierto, que Lafarge ya ha sido condenada en EE. UU. por financiación del terrorismo. En un acuerdo con la fiscalía, se declaró culpable y aceptó la pena de multa y decomiso por valor total de algo más de 777 millones de dólares. Fuente: Office of Public Affairs. US Department of Justice https://www.justice.gov/opa/pr/lafarge-pleads-guilty-conspiring-provide-material-support-foreign-terrorist-organizations (último acceso 3/7/2023).

[171] Véase en esta obra, Coteño, A.: *La complicidad en crímenes internacionales a propósito del caso Lafarge*», p. X.

leche artificial como sustitutivo de la lactancia materna, a los que se hacia referencia en el apartado II, podían ser abarcados por el delito publicitario. Igualmente, se ha constado también como el delito de manipulación de mercado puede ser utilizado para sancionar casos de manipulaciones sobre índices basados en productos básicos como el maíz, que pueden llevar a alteración de precios que afecten a la seguridad alimentaria [172].

La actuación eficaz del Derecho penal nacional ante este tipo de supuestos plantea problemas tanto materiales, como procesales. Los primeros afectan tanto a la responsabilidad penal individual (¿puede extraerse de las obligaciones de diligencia debida un deber de garantía que incida en la responsabilidad de los dirigentes por las lesiones laborales o incluso muertes sufridas por los empleados de sus proveedores?) (3.1), como a la de las personas jurídicas (¿en qué medida cabe la responsabilidad de la empresa matriz por los hechos de sus filiales?) (3.2.). Las segundas son de carácter procesal y se plantean en materia de jurisdicción, cooperación judicial y otros principios básicos como el *ne bis in idem* (3.3.).

3.1 Diligencia debida, participación y posición de garantía

La aparición y desarrollo de las obligaciones de diligencia debida, como en parte ya se ha analizado al estudiar el Derecho penal internacional, requiere plantearse en qué medida afectan a la responsabilidad individual. Como ya anteriormente se mostró, entendemos que puede resultar pacífico que la infracción de estas obligaciones, al igual que las relativas a la normativa de embargos o medidas restrictivas, amplían el ámbito de la complicidad al generar conforme a la teoría de la imputación objetiva, un incremento del riesgo no permitido. La aparición de la diligencia debida, altera, por tanto, los límites en que hasta ahora se había producido la discusión en torno a los comportamientos neutrales o *business as usual*, donde no se discutía tanto la presencia de una relación de causalidad, como la relevancia jurídico penal del comportamiento, por considerarse que no generaba un riesgo no permitido.

Más allá de la cuestión relativa a la complicidad por el comportamiento activo de adquirir los productos, suministrarlos o prestar ayuda financiera, el debate es si las obligaciones de diligencia debida tanto «aguas arriba», como

[172] Con más detalle, Nieto Martín, A.: «La responsabilidad penal de las empresas multinacionales y la seguridad alimentaria», en Demetrio Crespo, E./Nieto Martín, A. (dirs.): *Derecho penal económico y Derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 279 ss.

«aguas abajo» [173] pueden constituir por sí solas el fundamento de un deber de garantía en las empresas. La respuesta a esta pregunta exige, en primer lugar, conocer la naturaleza y la tipología de los deberes de diligencia, una vez realizada esta primera aproximación, el segundo paso será analizar si los riesgos delictivos que se generan en las cadenas de suministro o en la prestación de servicios, especialmente de financiación (finanzas sostenibles), pueden considerarse riesgos que la empresa debe evitar. En este punto, debe adelantarse ya que el principal reto con el que nos encontramos es que estos riesgos tienen lugar fuera de las instalaciones de la empresa y no son riesgos además que atañen a sus empleados. En definitiva, se trata de riesgos que, a primera vista, caen fuera de lo que tradicionalmente ha constituido la «esfera de organización» de la entidad.

En primer lugar, la intensidad de estas obligaciones depende de dos factores que, como ya se ha analizado, son de gran relevancia para un análisis jurídico penal. De un lado, la capacidad de influencia de la entidad en las empresas que conforman la cadena de suministro y, de otro, el nivel de riesgo, donde debe tenerse en cuenta en qué medida su comportamiento –la compra de productos, la financiación– supone un incremento del mismo [174]. Seguidamente, dos cuestiones más deben tenerse presentes. La primera es que las obligaciones de diligencia debida no obligan, como ya se ha analizado, a suspender las relaciones comerciales cuando se descubre, por ejemplo, que un proveedor tiene trabajo infantil o que viola cualquier otro derecho humano. La suspensión de las relaciones con el proveedor se establece como un último recurso, cuando otras medidas reparadoras y correctoras no han tenido éxito. La suspensión de la relación como *ultima ratio* responde a los objetivos de política jurídica en la que descansan las obligaciones de diligencia debida. Lo que se desea es mejorar la situación de los derechos humanos, implicando sobre todo a las grandes empre-

[173] En realidad, las cadenas productivas globales están compuestas por tres grandes eslabones, derivados de la forma de organización de las industrias extractivas: *upstream, midstream y downstream*. El término *upstream* (aguas arriba) se refiere a los procesos de obtención de materias primas y otros recursos básicos necesarios para la producción. Esta etapa inicial de la cadena productiva abarca la exploración y producción, incluyendo actividades como la búsqueda de materias primas, perforación de yacimientos, extracción de recursos naturales y cultivo de tierras. *Midstream* describe las tareas de comercialización mayorista de las materias primas y su transformación en productos procesados (por ejemplo, transporte y almacenamiento temporal hasta su procesamiento y refinado. En otras industrias, la etapa *midstream* puede referirse a las actividades logísticas y de distribución necesarias para trasladar los productos en bruto hasta los puntos de manufactura. Finalmente, *downstream* (aguas abajo) se refiere a la fase de distribución de los productos derivados de la materia prima hasta los consumidores finales, abarcando actividades relacionadas con la venta al por menor y el marketing de los productos finales. Sobre esta cuestión, *vide,* por todos, Vioque Galiana, L. M.: *Diligencia debida en derechos humanos y responsabilidad penal de las empresas multinacionales*, Tesis doctorales, 2024.

[174] Por esta razón, la *Ley de Vigilancia* en Francia limita las obligaciones de diligencia debida a los proveedores constantes y significativos, ya que es en estos casos donde observa el nivel de riesgo.

sas occidentales, para que contribuyan a su mejora. Una opción maximalista –«no actúe en territorios de gobernanza débil», «no compre en zonas del mundo donde prolifera el trabajo infantil»– no haría, como antes se mencionaba, sino empeorar la situación de los derechos humanos.

Resulta también necesario tener en cuenta que existen dos grandes tipos de obligaciones de diligencia debida. De un lado, las que tienen naturaleza preventiva, la diligencia debida blanda. Tomando prestada la terminología del blanqueo de capitales, se trata de conocer al cliente previamente evaluando su nivel de riesgo. Las segundas son de carácter reactivo o, mejor transformativo, una vez conocida la existencia de violaciones, se trata de articular planes de contingencia que reparen y eviten futuras repeticiones. Hay que subrayar, que este tipo de medidas reparadoras son desconocidas en otros sectores donde han aparecido las obligaciones de diligencia debida como son significativamente el blanqueo de capitales o la corrupción.

El debate relativo a la naturaleza jurídica de las obligaciones de diligencia debida resulta asimismo relevante para posteriormente plantearse los límites y el fundamento de la existencia de un deber de garantía. La cuestión, como ya se ha analizado, ha sido especialmente debatida en Alemania donde la LkSG señala expresamente que los deberes de diligencia debida no fundamentan el régimen de responsabilidad civil por daños. Se trata, por tanto, de una obligación de medios por parte de la empresa, pero no de resultado. Lo que implica que el desconocimiento de los deberes de diligencia debida, por sí solo, no puede ser esgrimido como fundamento a la hora de plantear una responsabilidad extracontractual a la empresa de acuerdo con las reglas del Código civil. No son, pues, normas de protección derivadas del *neminem laedere*. En sentido inverso, se indica igualmente que cumplir con estas obligaciones no implica necesariamente que desaparezca una posible obligación civil por daños. No constituyen ningún «puerto seguro». La posición alemana lógicamente estuvo bien presente en los debates para la adopción de la Directiva europea, aunque al final la Comisión y el Parlamento Europeo han hecho prevalecer su posición fundamentando la responsabilidad civil en la infracción de las obligaciones de diligencia debida. No obstante, el texto finalmente adoptado (art. 29) añade al incumplimiento la culpabilidad de la empresa (incumplimiento deliberado o negligente) y el criterio del fin de protección de la norma de diligencia debida incumplida (la prohibición o la obligación ha de tener por objeto proteger a la persona física o jurídica).

En la escasa doctrina penal que hasta ahora se ha pronunciado al respecto se considera que las obligaciones de diligencia debida, al igual que las existentes en materia de blanqueo de capitales, no responden al principio de

neminem laedere, sino que serían deberes positivos impuestos por el Estado a las empresas por razones de solidaridad o más concretamente, deberes positivos que derivados de una política legislativa existente en otros sectores, según la cual los ciudadanos y concretamente las empresas son llamados a asumir el ejercicio de determinadas tareas públicas con el fin de cooperar con los Estados [175].

A la vista del debate existente, resulta dudoso que conforme al artículo 11 del CP español puede hablarse de un deber de garantía en relación a la que hemos denominado diligencia debida blanda o preventiva. La interpretación más usual de este precepto es aquella que mantiene la necesidad de doble filtro, de acuerdo con el cual la afirmación de garantía requiere, en primer lugar, conforme a la teoría formal que exista un deber extrapenal basado en un contrato, actuar precedente peligroso o una obligación legal y, en segundo lugar, que este deber extrapenal pueda ser convalidado conforme a los criterios que se derivan de las teorías materiales del deber de garantía. El debate existente en el ámbito extrapenal respecto a la naturaleza jurídica de la diligencia debida pone de manifiesto, al menos hoy, que de ellas no se deriva directamente un deber de evitar resultados. Una situación diversa, probablemente, existirá si finalmente se aprueba el denominado «instrumento vinculante» [176], a tenor del cual las empresas tendrían una obligación directa hacia los derechos humanos y no derivada de la obligación estatal [177].

No obstante, en las obligaciones de diligencia debida fuerte o transformativa, a la organización se le exigen fuertes medidas de supervisión, control y corrección de las empresas sobre sus socios comerciales como es, por ejemplo, la supervisión de que se está cumpliendo el código de conducta y lo que es más importante la corrección de dichos incumplimientos para evitar como se ha indica el cese de la relación comercial [178]. En relación a este segundo tipo de obligaciones, podría plantearse sí existiendo este deber ex-

---

[175] Véase en esta obra Oliveira, A. C.: «La naturaleza jurídica de las obligaciones de diligencia debida frente a los clientes y socios de negocio», p. X.

[176] Para más información, véase las rondas de discusión que se siguen todos los años en el Grupo de Trabajo de NN. UU.: https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc (último acceso 29/05/2024).

[177] Su futuro sigue siendo muy incierto ante la falta de voluntad política en la comunidad internacional. De hecho, la doctrina se inclina porque no prospere. Así, con referencias, Pérez Cepeda, A.: «Hacia el final de la impunidad de las empresas transnacionales por violación de Derechos Humanos», en *Revista Penal* (núm. 44), 2019, p. 136 ss. Sobre la falta de consenso y otras cuestiones, *vid.* en esta obra Márquez Tejón, A.: «Francia vs España: Empresas transnacionales y falta de acceso a la justicia. Breve aproximación comparativa a las respuestas a las violaciones de derechos humanos por parte de empresas en el extranjero», p. x.

[178] *Vid.* Arts. 10 y 11 de la Directiva 2024/1760.

tralegal se cumplirían los presupuestos materiales para hablar de un deber de garantía. Partiendo igualmente en este punto de la posición más común en la doctrina [179], habría que examinar en qué medida los dirigentes empresariales pueden considerarse garantes de protección en relación con las víctimas de Derechos humanos, que trabajan en las cadenas de suministro y que están sometidos a un poder de dirección autónomo que tiene un contenido fáctico similar al que ejerce el empresario sobre sus empleados y que en buena medida, ya sea en relación a los trabajadores de filiales o de las empresas que componen la cadena de suministro, sustituye o se superpone en aspectos esenciales al del empresario directo. En determinadas cadenas de suministro podemos encontramos ante situaciones en las que la empresa final adquiriente de los productos tiene capacidad para ordenar los factores de producción de sus proveedores. Las condiciones que impone de calidad, de plazos, de costes de producción o de precios pueden limitar, o incluso llegar a anular, la capacidad de organización que empresario final tiene sobre su propia empresa. Aunque formalmente pueda considerarse un empresario el dueño de la empresa proveedora o de la filial sea el empresario, materialmente podría decirse que en realidad es un encargado, debido a la existencia de un *dominio sobre una organización ajena* o en realidad a constar que existe una única organización, lo que se dará con frecuencia en relación a empresas filiales. Puede objetarse que aun en estos casos el proveedor tiene autonomía para no aceptar la relación comercial y, por tanto, efectivamente se trata de «esferas separadas de responsabilidad y competencia» y que la relación es más bien horizontal. Sin embargo, esa «horizontalidad» puede ser formal pero no material porque dependiendo del sector son muy comunes los supuestos en los que el único cliente del proveedor es una gran empresa multinacional reduciendo, cuando no eliminando, su autonomía a la hora de gestionarse, ya que no hacerlo como le dice su empresa multinacional puede implicar su «muerte» comercial [180]. Por lo demás, la imputación puede ha-

[179] *Vid*. Lascurain Sánchez, J.A, en De la Mata/Dopico/Lascurain/Nieto, *Derecho penal económico y de la empresa,* 2023, pp. 122 ss..

[180] Así, Dopico en esta obra para quien una relación comercial continuada a sabiendas de que el suministro se obtiene sistemáticamente mediante trabajo forzoso o esclavo, explotación extrema, etc. en el extranjero puede llegar a considerarse una participación en el delito cometido en territorio de otro Estado sobre todo cuando «la empresa importadora es el *principal cliente* y, por ello, la principal vía de financiación de la actividad empresarial delictiva, o si tiene capacidad de intervención en las decisiones de gestión de la empresa explotadora o esclavista» y es que desde el momento en que la importación o comercialización del producto ilícita (por usa trabajo esclavo, por no estar libre de deforestación, etc. en el sentido de la nueva normativa en ciernes de la UE) «no cabría hablar de conductas neutras». *Vid.* Dopico Gómez-Aller, J.: «El blanqueo del producto de la violación empresarial de derechos humanos: prohibición y criminalización», p. X.

cerse, dependiendo del grado de dominio sobre la organización ajena tanto a título de autor, como de cómplice.

La compra consciente de productos realizados con trabajo infantil o esclavo o la financiación por parte de una de una entidad financiera de una infraestructura que tiene impactos devastadores sobre el ambiente, podría ser considerada como un acto de complicidad si además se prueban el resto de los elementos objetivos y subjetivos necesarios. La posibilidad de apreciar un comportamiento de cooperación se ve apoyada por el hecho de que actualmente la doctrina mayoritaria no exige que el autor del delito sea consciente de la ayuda del partícipe. Así en el ejemplo de una empresa en el Congo que extrae litio con explotación laboral, resulta indiferente que dicha empresa desconozca quienes son los compradores finales de sus productos. Igualmente juega a favor de la apreciación de la complicidad el que a la hora de apreciar la relación de causalidad en la aparición del resultado no influyen los denominados «cursos causales de reserva». El hecho de que en ausencia del comprador final de la batería otros hubieran comprado el producto, no resulta un argumento relevante para negar la existencia de causalidad. No obstante, en este punto, debe tenerse en cuenta que la complicidad requiere algo más que un favorecimiento genérico del comportamiento, pues resulta necesario probar –además del incremento del riesgo que supone el comportamiento –una efectiva relación de causalidad. Abierta la puerta a castigar estos comportamientos por la vía de la participación, otra cuestión es, como después se analizarán, los problemas procesales, de prueba y de jurisdicción existentes.

Probablemente, la globalización y la aparición de cadenas de suministros globales nos obligan a replantearnos el tipo de empresa con la que hasta ahora ha operado el Derecho penal. Las categorías del Derecho penal de la empresa se han construido a partir del modelo de empresa fordista, donde la producción de bienes o la prestación de servicios se hacía en su totalidad en sus locales. La existencia de deberes de garantía y los efectos de la delegación de funciones se han elaborado desde hace décadas pensando en exclusiva en este tipo de empresas. La organización empresarial ha variado profundamente con la globalización y la aparición de cadenas de suministro globales. Estudiarlas en profundidad y de manera detallada, conociendo sus diversas tipologías, resulta esencial a la hora de constatar cuales son los elementos a partir de los cuales puede construirse la categoría del dominio de una organización ajena –o una única unidad empresarial–.

3.2 Responsabilidad de la matriz por delitos cometidos en las filiales

Las reflexiones que hasta ahora se han realizado se han referido principalmente a los problemas de imputación que se producen en la cadena de suministro respecto a los proveedores. La situación es distinta con las filiales, donde pueden encontrarse ya ordenamientos jurídicos que sancionan a la persona jurídica matriz, por los comportamientos ilícitos realizados en la filial. En este punto todo depende de si partimos del término empresa o persona jurídica.

A la hora de atribuir responsabilidades individuales el centro de imputación siempre ha sido la empresa como unidad productiva o de organización. En efecto, la división de las personas jurídicas entre matrices y filiales no ha desempeñado papel alguno en la atribución de responsabilidad individual. Lo importante era el reparto de poder y de funciones dentro de un concepto material y no jurídico, como es el de la empresa. Las cosas son diferentes en el marco de la responsabilidad penal de la persona jurídica donde la mayoría de las legislaciones han adoptado como sujeto de imputación la persona jurídica. La elección de la persona jurídica responde sin duda a razones de seguridad jurídica, pero resulta incoherente con la tendencia que existe hoy en muchos sectores del Derecho de imponer obligaciones a la sociedad matriz, como ocurre en el caso de las cuentas consolidadas. En el caso del cumplimiento normativo la existencia de un programa de cumplimiento dirigido y diseñado como política corporativa desde la matriz es un hecho frecuente. Aunque también se encuentran excepciones en el otro sentido, donde pueden existir programas de cumplimiento normativo diferentes en distintas partes del negocio. En cualquier caso, y a partir de nuestro derecho positivo, el análisis del defecto de organización que exige el artículo 31 *bis* CP debe realizarse en la concreta persona jurídica o personas jurídicas imputadas, a partir del comportamiento individual realizado por uno de sus agentes. La atribución de responsabilidad a la persona jurídica matriz, depende de que alguna persona natural perteneciente a la misma se haya visto implicada en los hechos como autor o partícipe.

No obstante, y aun en el contexto de esta regulación, es posible imaginar supuestos en los que la persona jurídica matriz puede ser sancionada junto a la filial. Así, por ejemplo, cuando la persona física que ha cometido el delito materialmente está bajo las órdenes y supervisión de personas físicas que pertenecen a la matriz, en realidad su comportamiento puede ser imputado a esta. El artículo 31 *bis* 1 b) del CP, significativamente, no exige que la persona física que actúa esté encuadrada formalmente, por ejemplo, como trabajador en la

persona jurídica que va a ser sancionada. Por el contrario, utiliza un criterio material de persona subordinada lo que abre la puerta a imputar a la persona jurídica matriz cuando materialmente existe un control sobre los empleados de la filial. Las vías de imputación también pueden encontrarse en el artículo 31 *bis* 1 a). Mayoritariamente se admite que entre los apicales se encuentran también los administradores de hecho. De este modo, si un directivo de la matriz es a su vez el administrador de hecho de la filial, puede plantearse también la responsabilidad de la persona jurídica cabecera de grupo.

En la organización de los grupos de las empresas multinacionales, la alta dirección se reserva un control estratégico y no interviene en la dirección cotidiana de la filial (*day to day control*). Por el contrario, los cuadros medios sí que tienen una intervención más directa. Los directores regionales pertenecientes a la matriz están muy presentes en el día a día de las filiales [181] hasta el punto de que muchas veces podrán ser considerados administradores de hecho. En definitiva, todo depende del grado de centralización y de en qué medida el control se centra en supervisar el cumplimiento de los objetivos estratégicos. Son muchos los grupos multinacionales donde las filiales obran con un alto grado de independencia, acometiendo actividades y objetivos muy específicos. Imaginemos una filial que ha estado contaminando durante décadas en un territorio extranjero con el beneplácito de la matriz. La responsabilidad penal en estos supuestos no podría justificarse por el mero hecho de que la matriz sepa lo que está haciendo su filial [182], pues sería necesario previamente probar la imputación objetiva en la mala gestión de los riesgos propios. El riesgo podría entrar en la órbita de la matriz y podría justificarse su responsabilidad por lo acontecido en la filial cuando, por ejemplo, existan instrucciones operativas procedentes de divisiones de la matriz hacia la filial y los directivos de la filial tengan el deber de informar periódicamente a la matriz acerca del desarrollo de su trabajo y de las incidencias, máxime cuando en el manual de operaciones de la matriz figure expresamente dicha obligación en el caso de que se produzcan vertidos. La imputación subjetiva se podría fundamentar si desconociendo ese deber de información el personal de la filial no reporta nada y la persona delegante en la matriz no se pone en contacto con las personas al cargo en la filial (imprudencia) o si, pese a saberlo porque, por ejemplo, un director general de la matriz visita con frecuencia la filial o recibe emails acerca de la situación, no hace nada al respecto (dolo).

---

[181] KUNTZ, M.: *Conceptualising Transnational Corporate Groups for International Criminal Law*, Ed. Nomos, 2017, pp. 259 y 275.

[182] Véase en esta obra, OLIVEIRA, A. C.: «La naturaleza jurídica de las obligaciones de diligencia debida frente a los clientes y socios de negocio», p. X.

Con todo, en el marco de la protección de los Derechos humanos, la pregunta de política criminal que surge en este punto es si la responsabilidad penal debe seguir pivotando sobre la persona jurídica o conviene adoptar un concepto de empresa, que permita responsabilizar directamente a la matriz por los hechos realizados por su filial. Esta opción lógicamente se vería avalada por razones de eficacia. La sanción a la persona jurídica matriz incrementaría la prevención general, en cuanto, que las multas debieran calcularse a partir de su potencial económico y no el de la filial, tal como hace la LkSG (parg. 24.3) y en su estela la Directiva 2024/1760 (art. 24.4). Esta forma de calcular la multa facilita el *enforcement* o la ejecución de las posibles sanciones, tanto si el procedimiento tiene lugar en el país donde territorialmente se han cometido los hechos, como si va a tener lugar en la jurisdicción de la empresa matriz.

La opción de considerar que existe una única empresa y sancionar también a la persona jurídica matriz por los hechos cometidos por la filial es la que se sigue desde hace décadas, por ejemplo, en el derecho sancionador de la competencia de la UE. Gracias a ella, y con notable éxito, la Comisión ha logrado imponer sanciones a las personas jurídicas matrices por los hechos cometidos por las filiales en el interior de la UE, cuando se considera que existe una unidad económica y la empresa matriz ejerce un dominio efectivo sobre la filial. En el Reino Unido, la *Criminal Finances Act* establece la posibilidad de imputar directamente a la matriz por los hechos cometidos por un sujeto activo que obra en el ámbito de organización de la filial. En Estados Unidos, aunque se parte de la responsabilidad de la persona jurídica, también bajo ciertas condiciones puede admitirse que existe una única corporación, lo que genera que los tribunales americanos sean competentes para pronunciarse sobre la responsabilidad de la matriz. Para ello ha de demostrarse que en realidad la subsidiaria no es sino una «agencia» de la matriz mediante el denominado *agency test* [183].

Consagrar un concepto de empresa que permitiera responsabilizar a la matriz debería considerarse al menos en los casos de imputaciones derivadas de violaciones de Derechos humanos. Aparte de los argumentos de eficiencia que anteriormente señalábamos, debe tenerse presente que las normas hasta ahora existentes en materia de diligencia debida, la Ley de Vigilancia Empresarial, la LkSG alemana y la Directiva de la UE, consideran que la obligación de implementar medidas de diligencia debida en las personas jurídicas filiales recae sobre las personas jurídicas matrices, lo cual no ocurre en otros sectores

[183] KUNTZ, M.: *Conceptualising Transnational Corporate Groups for International Criminal Law*, Ed. Nomos, 2017, pp. 222 ss.

del cumplimiento normativo, donde existe libertad de configuración [184]. En consecuencia, en materia de Derechos humanos el cumplimiento normativo representa una política de grupo, cuyos responsables últimos son los miembros del órgano de dirección de la empresa matriz.

De manera congruente con este presupuesto, el § 24(3) de la LkSG señala que en caso de incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida el monto de la sanción administrativa debe calcularse atendiendo al porcentaje anual de negocios de la persona jurídica matriz, siempre que exista una unidad económica. Ello supone que, por primera vez, el legislador alemán acoge el mismo criterio que el que viene utilizando desde hace décadas el derecho sancionador de la competencia de la UE. La responsabilidad de la empresa matriz, a partir del concepto de unidad económica, no es una responsabilidad derivada o subsidiaria de la filial. En ningún caso se trata de una responsabilidad por hechos ajenos, sino de una responsabilidad propia, cuyo sujeto son las distintas personas jurídicas que conforman la unidad económica.

Es cierto, que la responsabilidad que establece la LkSG no es una responsabilidad por los delitos que se hayan podido cometer en la filial, sino por no haber adoptado las medidas de diligencia debida a la que obliga la ley. No obstante, no existen razones de peso para entender que, al menos en lo relativo a la responsabilidad por delitos que son consecuencia de una vulneración de derechos humanos y por los *core crimens* del Derecho penal internacional, podría establecerse como responsable la unidad económica, transcendiendo de las singulares personas jurídicas.

La unidad económica no exige demostrar que ningún miembro de la persona jurídica matriz estuvo implicado en los hechos, ni tampoco la existencia de una supervisión. Lo decisivo es que exista un control efectivo para cuya afirmación la Comisión y el TJUE han ido estableciendo una serie de criterios, que abarcan desde situaciones en las que existe un control en la actividad diaria a otras en las que solo se constata una dirección estratégica. Aunque normalmente cuando existe un control total sobre el capital, se presume que existe una unidad económica, es posible mostrar la independencia en la gestión de la filial.

En conclusión, la responsabilidad penal de la matriz por delitos en sus filiales a través del concepto de unidad económica refleja una respuesta norma-

[184] En relación a los problemas que plantea, tomar como referencia de la multa un tanto por ciento del volumen de negocios, ya sea de una persona jurídica concreta o del grupo, *vid*. Caeiro, P., «Broadly Unknown, but Deservedly Unloved ? Turnover-based Fines and their Transplant from Competition Law to EU Criminal Law», en Grossio/Montaldo/Mitsilegas, *Proportionality of Criminal Penalties in EU Law,* 2025. Manacorda/Centonze (eds.), *Corporate Compliance on a Global Scale: Legitimicy and Efecctiviness*, 2022.

tiva a la realidad de las estructuras empresariales modernas, donde la supervisión y el control efectivo de las matrices justifican su imputación directa, contribuyendo a una mayor eficiencia y justicia en la persecución de delitos corporativos. No obstante, todavía se hace necesaria una mayor reflexión sobre la cuestión evitando respuestas unitarias tajantes, pues las formas de organización y gestión de las multinacionales son variadas. Cuando se trate de una multinacional organizada de forma muy jerárquica la atribución de responsabilidad a la matriz dependerá de si una persona física de la misma se ha visto implicada en los hechos de la filial como autor o partícipe. Cuando, por el contrario, exista una fuerte dirección estratégica, el concepto de unidad económica utilizado por la UE en el Derecho de la competencia puede ser la solución. En el resto de los casos, la situación se aproxima a la de la responsabilidad de las empresas por hechos cometidos por sus proveedores. Aquí lo más conveniente será la creación de un delito de organización como el que se propondrá en la última parte de este trabajo [185].

3.3 Jurisdicción y responsabilidad penal de la persona jurídica [186]

En las últimas décadas se han empezado a oír voces si no cuestionando si cuanto menos relativizando la importancia del territorio como eje de la jurisdicción. Estos autores señalan que la noción de territorio es más normativa que natural y que, por tanto, se trata de una construcción interesada, fruto de la época de los descubrimientos y el colonialismo. Su artificialidad no proviene tanto de su lado físico o geográfico, sino por la forma en que se regula el contacto entre el comportamiento típico y el territorio. En los últimos años no podemos decir que hemos asistido a una revolución copernicana en estos ámbitos, pero sí hemos visto como la vinculación entre el comportamiento típico y el territorio se diluye enormemente en algunos supuestos. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos mientras que, en el Derecho civil de daños, al que ya nos hemos referido, el caso *Kiobel* supone una apuesta por intensificar el contacto entre los elementos de la infracción o sus autores y el territorio, en el ámbito de la *Foreign Corruption Practices* Act (FCPA) la jurisprudencia se ha conformado con que una ínfima parte del comportamiento típico –una

[185] Sobre esta vía, véase en esta obra González López, J. J.: «Acerca de la responsabilidad de las empresas matrices en relación con la actuación de sus filiales», p. X. Es imprescindible en esta materia Di Vetta, G., *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transnazionale,* 2023.

[186] Véase en esta obra, Lascuraín Sánchez, J. A./Valverde Cano, A. B.: «Ámbito de jurisdicción: ¿Cuándo son perseguibles en España los delitos de las personas jurídicas?», p. X.

transacción comercial, una llamada telefónica– pudiera situarse dentro del espacio geográfico que conforma el territorio. Establecer la jurisdicción, aunque sea sobre la base del principio de territorialidad, aparentemente más natural de todos, es un ejercicio valorativo sujeto a variaciones que dependen de la entidad de los intereses a proteger y de los juegos de poder entre los distintos soberanos. El carácter maleable del principio de territorialidad implica además que la distinción entre lo territorial no es de tipo binario, negro o blanco, y que una concepción amplia de la territorialidad deja sin mucho sentido los principios que tradicionalmente se han utilizado para extender la jurisdicción. En realidad, estos principios no son sino buenos argumentos comúnmente aceptados. De acuerdo con este punto de partida, lo decisivo a la hora de discutir la extensión del principio de territorialidad o, si se prefiere de la jurisdicción en materia de violaciones de derechos humanos, es encontrar una conexión territorial significativa –en definitiva, buenas razones–, cuyos contenidos pueden verse alterados en atención a la importancia de los valores tutelados y la necesidad de protegerlos eficazmente.

En principio, juzgar las violaciones de derechos humanos, como ocurre con cualquier otro delito, en el lugar que se producen los daños, conforme a un criterio de territorialidad que exija una conexión fuerte o estrecha entre el comportamiento y el territorio, resulta siempre la opción –teóricamente– más idónea. Ello es así desde varios ángulos. Desde el punto de vista de los autores, el que los hechos se juzguen por la jurisdicción donde más contactos existen con el hecho típico es la que mayor seguridad jurídica proporciona. La aplicación extraterritorial del Derecho penal tiene siempre un coste en términos de previsibilidad. Por otro lado, exigir un nexo de vinculación fuerte con el territorio resulta también lo más apropiado para que la pena cumpla sus funciones de estabilización normativa e intimidación. En el terreno procesal –también siempre teóricamente–, la conexión fuerte supone el que los hechos se juzgan dónde están la mayor parte de las pruebas y especialmente los testigos [187]. Finalmente, no cabe duda de que desde la perspectiva de la víctima también resulta la jurisdicción más apropiada. Un principio de territorialidad fuerte evita que se produzcan situaciones de discriminación como las que se observan en la aplicación de la FCPA. Los tribunales norteamericanos han intensificado la

[187] Véase en esta obra, Da Silva Barbosa, R.: *Everyone's problem is no one's problem: can extraterritoriality tackle impunity in seriour human rights violations committed by multinational companies?,* p. X. Como indican estos autores, cuando se trata de perseguir a empresas extranjeras aparecen los problemas de soberanía entendiendo que el ordenamiento donde se han cometidos los hechos está mejor preparado para juzgarlos, pues todo el material probatorio es más fácil de obtenerlo allí (doctrina del *fórum non conviniens*) y/o que juzgar hechos acaecidos en otros Estados puede acarrear conflictos diplomáticos.

persecución de empresas extranjeras, en detrimento de las nacionales. Con ello la FCPA se ha transformado en una especie de «impuesto empresarial estadounidense» para las empresas extranjeras [188]. Las altas multas que se imponen pasan a formar parte de su erario en lugar del país que tiene una vinculación más estrecha con los hechos.

La aplicación extraterritorial desmesurada de las leyes puede favorecer también la desigualdad entre Estados. Tal como se ha puesto de manifiesto con la aplicación de la FCPA, la jurisdicción puede ser utilizada de manera torticera para favorecer a las empresas nacionales y perseguir de una manera desproporcionada e injustificada a las extranjeras; el sistema judicial del país con mayor conexión territorial con los hechos no mejora; las cuantiosas multas que pueden imponerse engrosan la Hacienda Pública de la jurisdicción que se declara competente etc. [189]. Esta crítica, se esgrime con frecuencia frente al sistema de listas negras del Banco Mundial, también en materia de corrupción, que deja también de lado el sistema judicial de los países en vías de desarrollo. En el terreno político, la aplicación extraterritorial, aquella que va diluyendo los vínculos entre el comportamiento típico y el territorio, genera además múltiples conflictos.

Sin embargo, cuando se juzgan los hechos en el país donde han tenido lugar, proliferan problemas de eficacia. Los países donde se sitúan las violaciones no tienen sistemas penales robustos, lo que se traduce en una gran asimetría entre los medios con los que cuentan sus sistemas judiciales y los que puede emplear en su defensa la persona jurídica. Estas asimetrías de poder se utilizan además previamente, en el ámbito civil, para a través de acuerdos de inversión [190] establecer como vía preferente de solución de conflictos el arbitra-

---

[188] Véase en esta obra, MONGILLO, V.: «Delincuencia empresarial transfronteriza y jurisdicción penal «sin límites»: El difícil equilibrio entre eficacia y garantías», p. X.

[189] Véase en esta obra, OTERO GONZÁLEZ, P.: «Ineficacia del tipo de corrupción de empresas multinacionales. Hacia un nuevo bien jurídico protegido», p. X.

[190] Véase en esta obra, AGUILAR, V./RODRÍGUEZ, F.: «Derechos indígenas y ambientales bajo amenaza en contextos extractivos: el caso del Arco Minero del Orinoco de Venezuela», p. x. Tal y como señalan estos autores en relación con la actividad extractiva en Venezuela, el panorama legislativo de las empresas norteamericanas y europeas «les es absolutamente favorable» ya que «en aras de atraer la inversión extranjera, los gobiernos llevan a cabo profundos procesos de desregularización, por los que se suavizan o eliminan leyes de protección laboral, social y medioambiental». En estos casos, lo normal es recurrir a tratados bilaterales de inversión (TBI) entre el Estado que recibe la inversión y el Estado de la empresa inversora. A veces estos tratados sí que estipulan expresamente el respeto de los derechos humanos en general y, en particular, que se utilicen tecnologías de extracción segura de desechos en el caso de las industrias extractivas. Pero lo cierto es que no se cumplen estos extremos. En el mismo sentido respecto a los recursos hídricos, *vid.* ESTACIO FERRO, J.: «Las empresas y los Tratados Bilaterales de Inversión: especial consideración de los recursos hídricos», en DÍAZ BARRADO, C. M., *et al.* (dirs.): *Las empresas transnacionales en el Derecho internacional contemporáneo. Derechos humanos y objetivos de desarrollo sostenible*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, p. 133.

je internacional [191]. Este recurso masivo se evitaría si se utilizaran con frecuencia la doctrina de las «manos limpias», en virtud de la cual las partes no pueden iniciar un procedimiento arbitral cuando se han cometido actos ilícitos relacionados con la propia reclamación. Pero la realidad es otra bien distinta y el proceso arbitral llega y no suele tener muy en cuenta los derechos de las víctimas que a lo sumo intervienen como *amicus curiae* sin que su opinión sea finalmente relevante [192]. El caso *Chevron-Texaco*, que ha sido objeto de numerosos estudios [193], constituye el ejemplo paradigmático de los problemas con que se encuentran las jurisdicciones más cercanas a los hechos.

En el caso específico del Derecho penal los procesos terminan, si es que terminan, con penas bajas que se imponen a directivos o técnicos locales. En este punto el *caso Bophal*, que también ha sido profusamente estudiado, puede servir de ejemplo y mostrar como la organización de la empresa desplaza a los dirigentes de las filiales nacionales o a sus técnicos el riesgo penal que se deriva de los daños para la población, los trabajadores o el medio ambiente. Cuando el proceso penal se produce para enjuiciar hechos que tienen lugar en una cadena de suministro, suele ocurrir, en una estrategia paralela a la anterior, que la investigación se centra en el explotador directo, sin indagar a las empresas que se encuentran en los eslabones superiores. Se aprecia muy bien este hecho en el caso de la industria textil [194], donde como ocurre, por ejemplo, en Argentina los procesos penales se ceban en los talleristas o explotadores directos,

---

[191] *Vid.* Raskovsky, R. M.: «Técnicas de neutralización y arbitraje internacional de inversiones», en Ambos, K./Böhm, M. L. (eds.): *Empresas transnacionales y graves violaciones de derechos humanos…*, *op., cit.,* pp. 143 ss., Pérez Cepeda, A., «Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos humanos en el marco del Derecho penal internacional», *Revista Penal México*, 2018.

[192] Véase en esta obra Gimeno Beviá, J.: «Acceso a la justicia para las víctimas de violaciones de derechos humanos causadas por multinacionales: de la teoría a la práctica y una apuesta por las vías extrajudiciales de reparación», p. X. Sobre la necesidad de mejorar algunos aspectos procesales en el arbitraje internacional cuando se trate de disputas relacionadas con los derechos humanos, *vid.* Yiannibas, K.: «The effectiveness of international arbitration to provide remedy for business-related human rights abuses», en Enneking, L., *et al.* (eds.): *Accountability, International Business Operations, and the Law. Providing Justice for Corporate Human Rights Violations in Global Value Chains*, Ed. Routledge, 2020, p. 99.

[193] Zamora Cabot, F. J.: «La responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos: práctica reciente», en *Papeles El tiempo en el Derecho*, 2012; Pigrau, A.: «The Texaco-Chevron Case in Ecuador, Law and Justice in the Age of Globalization», en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2014, vol. 5, Issue 1, pp. 1-43; Moltó, J. E. E.: «La estrecha interdependencia entre la criminalidad de las empresas transnacionales y las violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente: Lecciones del caso Bhopal», en *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2016, vol. 32, núm. 1; Guamán, A.: «Derechos humanos y empresas transnacionales: las debilidades del tercer pilar derivadas de las normas de promoción de inversiones. El caso Chevron como paradigma de la necesidad del Binding Treaty», en Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, 2019, vol. 39, pp. 113-135.

[194] Véase en esta obra, Gallo, P.: «La responsabilidad penal de las «grandes marcas» por la explotación laboral en los talleres textiles clandestinos de Argentina», p. X.

pero no en la empresa marca. Las empresas más poderosas de la industria de la moda se las ingenian para no dejar rastro en el taller que subcontratan. Cuando tienen lugar los registros domiciliarios no se incautan pruebas que puedan sustentar la responsabilidad de la empresa marca, que es la que muchas veces suministra al tallerista los cortes de tela, botones, cremalleras, etc. La «regla de oro» es que las etiquetas con el nombre de la marca no lleguen al taller [195].

La situación descrita –a la que habría que unir los debates que se han producido en torno a la ATCA y que concluyeron en *Kiobel*– muestran que tanto una apuesta exagerada por la extraterritorialidad a partir de principios como el de personalidad activa o el de justicia universal, como una conformación fuerte del principio de territorialidad exigiendo un estrecho vínculo entre el comportamiento y el territorio son disfuncionales, por tener costes excesivos. La tarea de encontrar un punto de equilibrio a la hora de abordar la jurisdicción, incluso limitada a las violaciones de derechos humanos, desborda con creces los límites de este trabajo. Por esta razón, nos centraremos en una tarea más modesta, la de esbozar una propuesta de jurisdicción en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas por violaciones de Derechos humanos. Esta propuesta, junto con la posibilidad de establecer en algunas ocasiones responsabilidad dentro de un grupo de empresas, incrementaría la capacidad de los Estados donde las matrices tienen su sede para juzgar hechos delictivos, sin incurrir en una jurisdicción extraterritorial excesiva.

La reflexión en torno a la atribución de la jurisdicción sobre la persona jurídica por delitos cometidos en un territorio diferente a aquel en que tiene su sede social o principal centro de decisiones debe partir de las siguientes consideraciones. La primera es que hasta ahora la cuestión ha pasado prácticamente desapercibida para el legislador. Los convenios internacionales sobre delitos transnacionales (corrupción, tráfico de drogas, crimen organizado) o las directivas de la UE no se han ocupado de esta problemática. El entendimiento generalizado en este terreno es que la jurisdicción de la persona jurídica deriva de la del responsable individual del delito o que, en cualquier caso, se trata de una cuestión que debe quedar en manos de los Estados. Pese a esta última afirmación, los legisladores nacionales, tampoco se han ocupado demasiado de este aspecto. Algunos Estados, muy pocos, han abordado este tema de manera general. Este es el caso del artículo 4 del *d. leg. 231* italiano donde se señala que las personas jurídicas con sede principal en Italia podrán

[195] *Ibidem*, p. X. También destaca GALLO como estrategia de la empresa marca para desvincularse del proceso productivo la utilización de intermediarios a modo de «fábricas pantalla» lo que les permite alegar desconocimiento de las prácticas ilícitas de los talleristas.

ser juzgadas por una serie delitos que, en líneas generales, protegen intereses del Estado (principio real o de protección de intereses) o en relación con los cuales existe una obligación internacional. Algo parecido ocurre en España. En el artículo 23.4 de la LOPJ y al hilo de una serie de delitos específicos, vinculados al principio de justicia universal o a obligaciones procedentes de convenciones internacionales, establece la jurisdicción sobre las personas jurídicas, agrupaciones o empresas que tengan su sede o domicilio social en España. En los países del *common law* la conexión entre la persona jurídica y el territorio se dibuja de una forma más laxa en algunas leyes especiales. Los ejemplos son conocidos: en los Estados Unidos la FCPA se aplica a todas aquellas empresas que cotizan sus bolsas, en el Reino Unido la *Bribery Act* fija la jurisdicción a partir de la realización de actividad comercial relevante en el Reino Unido.

Estos últimos ejemplos nos conducen a un segundo tipo de consideraciones. La atribución de jurisdicción no depende de la jurisdicción sobre la persona física que actúa en el extranjero. No es en ningún caso un correlato del principio de personalidad activa de la persona física, ni tampoco con otros principios como el de protección de intereses o de justicia universal. Los escasos ejemplos que acaban de citarse muestran que es posible un proceso penal en exclusiva contra la persona jurídica. La atribución de jurisdicción tiene por ello un significado político criminal autónomo en relación con la persona física, pues es algo que decide el legislador delito a delito, sin que criterios tradicionales como la protección de intereses o la justicia universal sean determinantes. De hecho, es más que dudoso que estos criterios de jurisdicción tengan demasiado sentido en lo que concierne a las personas jurídicas.

Cuando se pone en conexión la necesidad de atribución de jurisdicción con el fundamento de política criminal que justifica la responsabilidad penal de la persona jurídica –el desarrollo de una organización virtuosa que prevenga y en su caso detecte delitos cometidos por sus agentes– aparece con claridad el criterio principal que debe guiar al legislador en este punto: ¿En qué medida es razonable que el ordenamiento estatal imponga a determinadas personas jurídicas que tienen un vínculo estable con su territorio el deber de establecer medidas de prevención y detección de delitos sobre estos comportamientos? Dicho de otro modo, ¿cuándo interesa al Estado que los programas de comportamiento o modelos de organización prevengan delitos en el extranjero?

La respuesta a estas preguntas en el caso que nos ocupa, las violaciones de derechos humanos, es clara. Los Estados no solo tienen un interés, sino que tienen la obligación de acuerdo con el Derecho internacional público de pro-

teger los derechos humanos por violaciones que realizan empresas sobre las que el Estado tiene una capacidad de influencia, tal como se puso de relieve en los denominados *Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights* o se deriva de la jurisprudencia del TEDH. De acuerdo con el Derecho internacional, el criterio para establecer la jurisdicción en materia de derechos humanos no es el territorio donde se ha cometido la infracción, sino la capacidad de influencia sobre el actor que realiza la violación de derechos humanos, para evitar violaciones allí dónde actúe [196]. Esta obligación de proteger extraterritorialmente no tiene que trasladarse automáticamente en una obligación penal, pero es cierto que en los últimos años las cortes internacionales de Derechos humanos han establecido obligaciones positivas de tutela penal efectiva y que los *Principios Rectores* también hacen un claro llamamiento a la utilización del *ius puniendi*.

Llegados a esta conclusión, el siguiente tipo de consideraciones es cómo conformar técnicamente esta jurisdicción sobre hechos delictivos que ocurren fuera del territorio. Pues bien, es en este punto donde la estrategia de sancionar a las personas jurídicas con independencia de las físicas abre la posibilidad –en lo que parece una paradoja– de establecer una jurisdicción por delitos cometidos por hechos delictivos realizados fuera del territorio sobre la base del principio de territorialidad. Es lo que se ha dado en llamar la «territorialización de lo extraterritorial» [197].

La conexión territorial significativa, que como decíamos es el criterio básico para invocar este principio, se puede articular sobre los siguientes elementos. De un lado, el defecto de organización (la no prevención eficaz y la no detección del ilícito), deben situarse en el territorio donde va a establecerse la jurisdicción. Si, tal como señalábamos, la razón de política criminal detrás de la atribución de jurisdicción por hechos que ocurren fuera del territorio es motivar a las empresas a que diseñen, implanten y supervisen correctamente medidas de organización, estas actividades no tienen por qué coincidir necesaria-

[196] De Schutter, O., *et al*: «Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights», en *Human Rights Quarterly*, 2012, Volume 34, núm. 4, pp. 1170 y 1192; Augenstein, D./Kinley, D.: «When Human Rights «Responsibilities» become Duties: The Extra-Territorial Obligations of States», en *Legal Studies Research Paper*, 2012, 7/21. *Vid.* además ya sobre el particular Nieto Martín, A.: «La responsabilidad penal de las empresas multinacionales y la seguridad alimentaria», en Demetrio Crespo, E./Nieto Martín, A. (dirs.): *Derecho penal económico y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 294.

[197] La expresión es de Ryngaert, C.: «Enforcement Jurisdiction in A-territorial Spaces: Addressing Crime on the High Seas and in Cyberspace», en Floinn, M. O., *et al.* (eds.): *Transformations in Criminal Jurisdiction. Extraterritoriality and Enforcement*, Bloombusry, 2023.

mente con el lugar donde físicamente se ha producido el comportamiento individual.

Estas funciones, normalmente y, de otro lado, tienen lugar en el centro donde la persona jurídica tiene sus centros de decisión y de gobierno, lo que coincide con el lugar donde tiene el domicilio social. La relación de la persona jurídica con un territorio resulta mucho más líquida que la de la persona física. Las grandes empresas realizan negocios en multitud de territorios, cotizan en varias bolsas, tienen abiertos establecimientos y oficinas por el mundo, por lo que cualquiera de estos elementos podría en principio bastar, tal como hemos visto que ocurre en la *Bribery Act* o en la FCPA. Sin embargo, esta sola circunstancia no resulta suficiente para establecer una vinculación territorial significativa. La opción que aquí se mantiene pasa por entender que la afirmación de la jurisdicción requiere constatar dos elementos: el que los centros de decisión se encuentran en el territorio y que sea allí precisamente donde, en concreto, se organiza el sistema de prevención y detección.

La unión entre centros de decisión o de poder y sistema de organización preventiva en algunos casos puede no coincidir. Las personas que organizan los aspectos estratégicos y las grandes líneas de actuación de la persona jurídica pueden en algunos casos estar desligadas de la implementación de los sistemas de prevención y detección de hechos delictivos. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, los delitos que suponen violaciones de derecho humanos, las normas sobre diligencia debida de la Directiva 2024/1760 y de la LkSG obligan precisamente a que el órgano de gobierno tome en sus manos el diseño, la implementación y la supervisión de estas medidas.

Tras esta primera cuestión, existe un segundo aspecto también de índole técnico que debe abordarse. Se trata de aclarar qué entendemos por «delitos que impliquen una violación de derechos humanos». La responsabilidad de las personas jurídicas de acuerdo con los criterios indicados debe establecerse expresamente por el legislador en relación con aquellos delitos directamente vinculados con la protección de derechos humanos como las torturas, los delitos de lesa humanidad, el genocidio, esclavitud (art. 600 CP italiano), ecocidio. Pero más allá de estas pocas infracciones, lo cierto es que no puede hablarse de genuinos delitos contra los derechos humanos. Tal como hemos visto al analizar la respuesta de los derechos nacionales, los «delitos comunes» como el homicidio, la publicidad engañosa o la manipulación de mercado pueden cometerse en un contexto que supongan una violación de derechos humanos. Una posibilidad para dar respuesta a estos casos es incorporar una cláusula general que establezca la jurisdicción por cualquier infracción que por su dimensión o circunstancias en que se ha realizado suponga una grave vulnera-

ción de determinados derechos humanos. La opción de una cláusula general plantea dudas respecto al principio de determinación, si bien debe tenerse en cuenta que la falta de taxatividad no afecta a la descripción del tipo penal, sino al establecimiento de la jurisdicción. Al igual que tradicionalmente se ha admitido que el principio de determinación plantea diversas exigencias en la parte especial, al describir conductas típicas, y en la parte general, también debería ser la intensidad de dichas exigencias diferente cuando de lo que se trata es de determinar la jurisdicción, máxime cuando en estos casos resulta admisible la utilización de cláusulas generales.

Una solución adicional o alternativa sería establecer la extraterritorialidad en relación a nuevas figuras delictivas, como las que van a abordarse en un apartado siguiente, específicamente construidas para sancionar violaciones de derechos humanos. Serían infracciones que ya existen en otros ordenamientos como la esclavitud, la imposición de condiciones de trabajo contrarias a lo que la OIT denomina «trabajo decente», la causación de daños medioambientales de extraordinaria gravedad, etc.

La articulación de responsabilidad de la persona jurídica por delitos cometidos en el exterior debe igualmente enfrentarse con problemas como el *ne bis in idem*, los conflictos de jurisdicción o la cooperación judicial [198]. En este último punto debe tenerse en cuenta la importancia que tienen las investigaciones internas como alternativa a la cooperación judicial [199]. Al igual que ocurre en los procesos por delitos cometidos en el interior, un sistema bien diseñado de responsabilidad penal *ex delicto* incita a la persona jurídica a la colaboración con el proceso, lo que evita utilizar la cooperación judicial que puede ser tremendamente ineficaz con determinados ordenamientos jurídicos. El *caso Airbus* en un país tan cercano como Francia [200] muestra bien la utilidad de las investigaciones internas como alternativa a la cooperación y como la cooperación judicial entre diversos sistemas puede articularse a través de acuerdos de cooperación. La empresa quedó sometida al control de la Agencia anticorrupción francesa obligándola a establecer medidas de *compliance* y a colaborar con la Administración con la entrega de documentos vitales para

[198] Sobre las oportunidades y límites de la cooperación judicial en casos de violaciones graves de derechos humanos, *vid.* Zerk, J.: «Justice without borders. Models of cross-border legal cooperation and what they can teach us», en Enneking, L. *et al.* (eds.): *Accountability, International Business Operations, and the Law. Providing Justice for Corporate Human Rights Violations in Global Value Chains*, Ed. Routledge, 2020, pp. 105-125.

[199] Véase Nieto Martín, A.: «Responsabilidad penal de empresas transnacionales por violaciones a los derechos humanos», en: Nieto Martín, A./García Moreno García De La Galana, B. (eds.): *Ius puniendi y Global Law. Hacia un Derecho penal sin Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 24 ss.

[200] Para un comentario de este caso, *vid.* Baudesson, T./Boeringer, C. H.: « Entretien: les enseignements de l'affaire Airbus », en *Revue Européenne de Droit*, 01, 2020, pp. 45-48.

la investigación de los hechos: desde listas de todos los intermediarios comerciales de todas sus divisiones pasadas, con particular énfasis en aquellos que estaban sometidos a control o habían sido advertidos, hasta los organigramas de todos los departamentos afectados, los correos electrónicos y contratos pertinentes, copias de facturas y pagos efectuados a terceros, cuentas bancarias desde las que se realizaron los pagos a los intermediarios (lo que facilitó y mucho la emisión de comisiones rogatorias). Y es más la colaboración no solo se limitó a la entrega de documentos, sino que además facilitó recursos humanos (contables internos y consultores externos) para ayudar a la Oficina Anticorrupción francesa a analizar las cuentas y los flujos financieros pertinentes. La investigación interna ayudó a la empresa a rebajar a la mitad su sanción.

V. EL DERECHO PENAL DE LA SOSTENIBILIDAD

Las reformas hasta ahora planteadas representarían, en caso de realizarse, pasos decisivos para la protección de los derechos humanos. Sin embargo, el signo de los tiempos obliga a plantearse un proyecto político criminal más ambicioso, al que podríamos denominar Derecho penal económico de los derechos humanos o Derecho penal de la sostenibilidad. Aunque esta propuesta puede ser acogida a nivel nacional, su ubicación más idónea sería la del Derecho de la Unión, de hecho, en la Unión existen ya indicios que apuntan a una nueva generación de tipos penales. Igualmente, y aunque no cobijadas bajo este nombre, en distintos ordenamientos existen ya tipos penales que sancionan comportamientos empresariales relacionados con los derechos humanos. En realidad, los *Principios Rectores* ya recomendaban la utilización del Derecho penal y, con posterioridad, el Consejo de Europa (COE) en su recomendación de 2016 [201] apostaba por el mismo enfoque.

El *Instrumento vinculante* en sus últimas versiones [202] no contiene una llamada explícita al Derecho penal, pero solicita de los Estados que establezcan la responsabilidad de persona físicas o jurídica por no impedir que se ocasionen daños a terceros en el transcurso de una actividad de otra persona jurí-

[201] *Recomendación CM/Rec (2016) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los Derechos Humanos y las empresas*, disponible en https://proyectotranslab.usal.es/wp-content/uploads/sites/83/2021/04/2016-Recomendacion-sobre-los-Derechos-Humanos-y-las-empresas.pdf (último acceso 10/07/2023).

[202] Para un comentario del borrador, *vid.* Mares, R.: «The United Nations Draft Treaty on Business and Human Rights: an analysis of its emergence, development and potential», en Marx, A., *et al.* (eds.): *Research Handbook on Global Governance, Business and Human Rights*, E. Elgar, 2022, pp. 22-44.

dica o física que controlaba o debía supervisar o no prever riesgos de violaciones o abusos a los Derechos humanos con independencia del lugar donde se lleve a cabo la actividad.

En lo que sigue se expondrán los mimbres de lo que podía ser un futuro Derecho penal de la sostenibilidad. En él desde luego, en el sentido que apuntaba el Instrumento vinculante, desempeña un papel destacado un tipo penal que sancione el «fallo de organización en el cese, mitigación o prevención de violaciones de derechos humanos», que parte de la infracción de las obligaciones de diligencia debida. Pero también, forman parte de esta nueva rama del Derecho penal económico, otras infracciones que toman como punto de partida diversas regulaciones económicas de carácter extrapenal, que el Derecho de la UE está adoptando con el fin de proteger los derechos humanos, el medio ambiente o luchar contra el cambio climático. El Derecho penal de la sostenibilidad es, al igual que el Derecho penal económico, un Derecho penal accesorio, cuyas conductas típicas parten de la violación de obligaciones impuestas por la normativa extrapenal. La accesoriedad se manifiesta también por la importancia que tienen en algunos casos las autorizaciones administrativas o por el hecho de que en algunas propuestas el núcleo del injusto es desobedecer una orden de la administración que ordena a un determinado operador, por ejemplo, la prohibición de importar bienes procedentes de violaciones de Derechos humanos.

Igualmente está construido a partir de la protección de bienes jurídicos intermedios, como la transparencia de la información financiera. Aquí se encuentra uno de los aspectos que lo distinguen de los tipos penales del Derecho penal internacional, como el genocidio, la lesa humanidad o las torturas donde se incriminan violaciones directas de Derechos humanos o de la aplicación de los delitos comunes, como el homicidio, lesiones o delitos contra el medio ambiente. El desarrollo de un Derecho penal de la sostenibilidad no cierra, ni mucho menos invalida, la aplicación de estas figuras más graves. Las nuevas figuras delictivas que ahora se proponen actúan en la mayoría de los casos como tipos penales de recogida, es decir, de una manera subsidiaria, pero a la vez necesaria para garantizar una efectiva protección de los Derechos humanos en el marco de la actividad empresarial. Con ello en buena medida se trata de desarrollar estrategias de punición indirectas, que salven los obstáculos que existen para demostrar y sancionar conductas de autoría y participación en supuestos de criminalidad transnacional.

La importancia de esta estrategia de protección indirecta, subsidiaria y basada en la protección de bienes jurídicos intermedios, no debe cerrar la reflexión sobre la creación de nuevas figuras delictivas que tutelen directamente bienes jurídicos individuales. Estas propuestas están especialmente avanzadas

en el marco de los trabajos forzados y el trabajo infantil, relacionadas especialmente con la trata de seres humanos. El *Anteproyecto español de Ley orgánica integral contra la trata* contienen una figura delictiva consistente en el uso de los servicios de personas sometidas a prácticas contrarias al trabajo decente y el trabajo infantil. En países como Italia existen figuras de gran interés en este punto como el *caporalato* (art. 603 bis Codice Penale), destinado a sancionar la explotación laboral que conlleva además un ataque a la integridad moral. Desde luego, resulta evidente que el actual Derecho penal del trabajo, al menos en España, no da respuesta suficiente a estas formas extremas de explotación laboral. Aunque estas se manifiestan también dentro del territorio, no puede desconocerse que estos tipos penales deben tener vocación de aplicación extraterritorial, mediante el impulso de un Derecho penal internacional del trabajo.

1. El delito de fallo de organización para prevenir violaciones de derechos humanos y medioambientales

La pionera Ley de vigilancia empresarial francesa contenía una sanción administrativa que sancionaba a las empresas obligadas que no habían implantado o lo habían realizado de manera defectuosa un plan de vigilancia. El Consejo Constitucional francés consideró que esta previsión resultaba contraría al principio de determinación penal, pues no solo eran más o menos vagos los contenidos del deber de vigilancia, sino también el objeto de protección, «los derechos humanos». La LkSG solventó de un modo técnicamente correcto ambos obstáculos, como ya sabemos, especificó los contenidos de la diligencia debida y estableció con exactitud en el § 2 de la *LSKG* los concretos convenios internacionales a los que había que referirse bajo la expresión de grave violación de derechos humanos.

Este avance en la concreción de los deberes y obligaciones le permitió en su § 24 establecer una infracción administrativa (*Ordnungswidrigkeiten*) en la que sancionaba tanto a las personas físicas, como a las jurídicas que hayan incumplido sus obligaciones de diligencia debida. Tal como ha señalado la mayoría de la doctrina, el precepto cumple con las exigencias constitucionales del principio de determinación. Con menos detalle, este modelo ha sido acogido por el art. 27 de la Directiva 2024/1760, lo que supondrá la europeización de esta infracción.

La sanción de infracción de obligaciones de organización interna no es algo nuevo. Por ejemplo, y sin salirnos de ámbitos vinculados con el Derecho

europeo, es algo que se puede apreciar en el cuadro de infracciones existentes en materia de blanqueo de capitales, donde constituye una infracción administrativa, la no aprobación y no implantación de la política y los mecanismos de control interno correspondientes (art. 52.1 m), no establecer los órganos de control interno y no dotarle de medios (art. 52.1 ñ) o no formar adecuadamente a los empleados (art. 52.1r). Igualmente, en la Ley de protección de datos personales (art. 73), pueden encontrarse sanciones que castigan el incumplimiento de deberes de autorregulación, de organización interna, impuestos por el legislador.

Lo que denominamos infracción por defecto de organización supone ir un paso más allá, pues su contenido de injusto es mayor, al incrementarse el desvalor del resultado. Las infracciones por defecto de organización sancionan la no implementación o implementación defectuosa de medidas de organización interna en un contexto en el que existe un riesgo inminente de que se produzca un daño o este se ha producido ya y existe un deber de mitigación o cesación.

El defecto de organización, como base del injusto, ha cobrado gran protagonismo en el debate de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero su importancia en el debate actual transciende de este contexto. La responsabilidad por un defecto de organización puede imputarse tanto a la persona física como a la jurídica y además en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, va unida a la realización de un delito que beneficie a la persona jurídica. En las infracciones por defecto de organización el daño que se trata de prevenir no tiene por qué tener necesariamente de carácter delictivo, aunque sí debe ser antijurídico.

En las infracciones de defecto de organización, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad penal de las personas jurídicas basada en un defecto de organización, no se imputa a la persona responsable el daño. Se reprocha únicamente el defecto de organización en un contexto singular, que lo hace especialmente reprochable. En este sentido, podría decirse que mientras que el defecto de organización en el marco del artículo 31 bis, es similar a la omisión impropia, en cuanto que se imputa el resultado, en las infracciones de defecto de organización, existe cierto paralelismo con la omisión propia [203].

Una característica ulterior de las infracciones por defecto de organización es que en ellas se equiparan los deberes de organización preventivos y reacti-

[203] Aunque no es nuestro objetivo el desarrollo general de una teoría de las infracciones por defecto de organización podrían distinguirse en este sentido entre infracciones por defecto de organización propias e impropias. En lo que sigue resulta esencial Vioque Galiana, L.M., *Diligencia debida en Derechos humanos y responsabilidad penal de empresas multinacionales,* Tesis doctoral, Ciudad Real, 2024, pp. 499 ss.

vos, es decir, aquellos que tienen como objeto la prevención de daños inminentes y aquellos que tienen como finalidad la mitigación del daño o su cese. Si se quiere, y trazando de nuevo paralelismos con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la culpabilidad reactiva tiene una importancia notable en la configuración del injusto. Esta equiparación tiene tanto un fundamento fáctico como normativo. Como muestran las obligaciones de diligencia debida en Derechos humanos, las relativas a la prevención y la mitigación son líneas continuas. El cumplimiento normativo en Derechos humanos es un cumplimiento preventivo y reparador en igual medida. Esta línea continua se explica si atendemos a la fenomenología de las violaciones: estas suelen prolongarse en el tiempo, por lo que no siempre es fácil distinguir ambos aspectos. Lo que caracteriza a una violación de Derechos humanos es su carácter sistemático y generalizado, se trata normalmente de una progresión que va *in crescendo*. La empresa, además, por grande que sea su capacidad de influencia, no tiene siempre en su mano el cese de la infracción, y debe contentarse con políticas de mitigación del daño, lo que compagina aspectos preventivos y reparadores.

Las infracciones por defecto de organización, aunque hasta el momento no han sido conceptuadas doctrinalmente, no son en absoluto desconocidas. En realidad, el malogrado artículo 286 seis del Anteproyecto de Código penal de 2015 constituía un delito por defecto de organización puro, en cuanto que no imputaba a los administradores de la entidad el delito que aparece en el transcurso de la actividad de la persona jurídica como consecuencia de la no adopción de las medidas de organización, sino únicamente la no adopción de dichas medidas. Pero el ejemplo más conocido de este tipo de infracción es el *failure to comercial organisations to prevent bribery,* previsto en la Sección 7 de la *Bribery Act.* El pago de un soborno es en esta infracción el hecho detonante –la condición objetiva de punibilidad en términos dogmáticos– a partir de la cual se imputa a la empresa el no haber establecido medidas de organización eficaces para prevenirlo. Nuevamente, como ocurre en las infracciones de defecto de organización propias o puras, a la entidad no se le imputa la corrupción, sino la no implantación de medidas. En el Reino Unido y siguiendo este modelo se ha propuesto crear un precepto penal semejante para la infracción de las obligaciones de diligencia debida en derechos humanos: un *failure to prevent mechanism for Corporate Human Rights Harms* [204]. El detonante que permitiría el castigo del defecto de organización sería en este caso para los

[204] Sobre esta propuesta véase https://www.biicl.org/publications/a-uk-failure-to-prevent-mechanism-for-corporate-human-rights-harms (último acceso 17/07/2024).

autores de la propuesta, la aparición de una violación grave en materia de derechos humanos.

Al lado de esta propuesta, y de *lega lata* el principal ejemplo de infracción por defecto de organización relativo a las obligaciones de diligencia debida es el que proporciona el § 24. (3) LkSG. La Ley contiene en su § 24 dos tipos de infracciones. De un lado, aquellas semejantes a las que, según hemos visto, existen en la legislación de blanqueo de capitales o protección de datos donde se sanciona la no adopción de medidas de organización, sin más. En este caso la gravedad de la sanción depende de la importancia que le otorga el legislador al debe de organización. Así, por ejemplo, se sanciona la no realización del análisis de riesgos, la no adopción de medidas de prevención ante los riesgos detectados, la no revisión del sistema o el no nombramiento de un encargado, etc. De estas infracciones, dependiendo de su gravedad son responsables tanto las personas físicas, como las jurídicas. La infracción de las personas físicas es según los casos de 800.000 o 500.000 €, conforme a las disposiciones del derecho de contravenciones alemán, la multa a las personas jurídicas puede ser diez veces mayor que la correspondiente a la persona física.

Al lado de estas infracciones, y tal como señalaba, el § 24. (3) LkSG contiene una infracción por defecto de organización propio. La construcción de esta infracción contiene elementos novedosos que la hacen de gran interés. Primero, sus responsables son exclusivamente las personas jurídicas, pero no las personas físicas. Esto muestra una característica importante de los delitos de organización y es que, de un lado, el legislador puede elegir si imputar a la persona física o jurídica; lo que no puede hacer es imputar a ambos a la vez, pues entonces podría existir una violación del principio de *ne bis in idem* –el injusto es el mismo –o bien del principio de proporcionalidad– no es necesario una doble pena, para motivar a un mismo hecho dentro de una organización. Además, el legislador ha decidido que solo serán sancionadas las personas jurídicas de gran tamaño: aquellas que tienen un volumen de negocios superior a 400 millones de euros.

Un segundo rasgo de interés es la configuración de la sanción a la persona jurídica. Por primera vez el legislador alemán ha seguido el modelo que desde los años sesenta del pasado siglo se utiliza en el derecho sancionador de la competencia de la UE, de tal modo que la multa se calcula a través del dos por ciento del volumen de negocios de los tres años anteriores a la infracción y, lo que es igualmente importante, en los casos en que exista una unidad económica este volumen de negocios se utiliza el criterio de unidad económica, lo que permite incrementar la prevención general.

Igualmente, resulta importante para entender el sentido de las infracciones de organización, que el hecho detonante de la misma ya constituya un delito, una infracción administrativa o un estado de cosas antijurídico no tiene por qué haber sido cometido por un miembro de la organización. Esta es una característica que aparecía ya en la sección 7 de la *Bribery Act*, en la que se eligió el término de «*associated person*» y no de empleado de la empresa, precisamente para abarcar a los casos de sobornos realizados por personas que prestan servicios a la organización, pero no pertenecen a la misma [205].

En una infracción consistente en un «defecto de organización» no es imprescindible que el delito lo cometa una persona que pertenece a la organización, también lo puede cometer un tercero. Lo importante es que la empresa esté obligada a prevenir también comportamientos irregulares de terceros. Es lo que ocurre en la *Bribery Act* en materia de corrupción donde se hace también responsable a la empresa, cuando el tercero que paga el soborno sea un intermediario, por ejemplo, un consultor que contrató la empresa. Desde luego, en nuestro ámbito, este sería el caso en el que la infracción de Derechos humanos haya sido protagonizada por un proveedor (por ejemplo, a través de la utilización de trabajo infantil en sus fábricas), dentro de la cadena de valor, cuyos riesgos en materia de derechos humanos deben ser controlados.

Mas probablemente el aspecto más interesante de esta infracción es que el defecto de organización por el que se sanciona no tiene carácter preventivo sino reactivo. En efecto, el § 24. (3) sanciona exclusivamente la ausencia de medidas de organización, o su no implantación en tiempo oportuno (*rechtzeitig*), destinadas a terminar con la violación (*Abhilfemassnahme*) o a mitigar sus efectos (*Konzept*), cuando se está produciendo una violación de derechos humanos o su producción resulta inminente, ya sea en su propio ámbito de negocios, en el de sus proveedores directos o indirectos. Con ello, el defecto de organización más que a los afectos preventivos, atiende a los reactivos. La elección de elegir medidas de organización de carácter reactivo como núcleo del injusto conecta con el concepto de culpabilidad reactiva que en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas propusieron Fisse y Braithwaite [206]. Esta elección incrementa tanto el merecimiento y la necesidad de sanción, como la seguridad jurídica. La definición de la corrección de las

[205] *Bribery Act 2010 Guidance*, p. 16, disponible en https://www.gov.uk/government/publications/bribery-act-2010-guidance (último acceo 17/07/2024).

[206] Fisse, B./Braithwaite, J.: *Corporations, crime and accountability*, Ed. Cambridge University Press, 1993.

obligaciones de diligencia debida que tiene carácter preventivo resulta una materia más compleja, que el constatar las medidas de reparación, de cesación o mitigación del daño. Siempre puede ser dudoso en qué medida hay una correlación entre la violación de derechos humanos y, por ejemplo, no haber desarrollado el correspondiente análisis de riesgos en relación con un determinado proveedor. Por el contrario, la no implementación de medidas de corrección, tras la constatación de una violación, resulta un hecho mucho más relevante y determinado.

Un aspecto común a la infracción propuesta en el Reino Unido y a la contenida en la LkSG es que el detonante de este tipo de infracciones no tiene por qué ser un hecho delictivo, puede ser también cualquier otro evento no deseado. Lo relevante es, en cualquier caso, que este elemento detonante forma parte del tipo y que, por tanto, debe demostrarse que la persona física o la persona jurídica a través de sus órganos o el encargado de diligencia debida es consciente de la situación. En el caso de que este conocimiento no exista, es posible la imprudencia tal como se establece en el § 17.2 de la *Ley de contravenciones alemana* (OWiG).

Resulta igualmente de interés constatar como para las infracciones de defecto de organización el evento o efecto detonante de su aplicación no tiene por qué ser desvalorado o antijurídico en el lugar de ejecución. Como se indica en el § 7 (2) LkSG, para constatar la existencia de una violación de derechos humanos o el medio ambiente resulta irrelevante el que los hechos sean considerados antijurídicos en el país en el que tienen lugar. Existe una violación, aunque ese Estado no haya ratificado los acuerdos internacionales en que la *ley alemana* fundamenta la existencia.

Este último aspecto enlaza con otra de las grandes ventajas de las infracciones de organización, cuando se aplican en contextos internacionales, esto es, cuando atienden a la prevención de hechos o estados desvalorados con independencia del lugar, lo relevante para la fijación de la competencia jurisdiccional es el lugar en que debía haberse aprobado y dado las instrucciones necesarias para la implementación de la medida. Podría señalarse, en sentido contrario, que la implementación final de la medida se realiza en el territorio del Estado donde ha ocurrido la violación. No obstante, y como ya se ha señalado al analizar en qué consiste el principio de territorialidad en la actualidad, lo importante es tener una conexión territorial normativamente significativa y a estos efectos resulta suficiente atender al lugar de aprobación y de diseño o de disposición de fondos de la medida de organización y no, necesariamente, al lugar de implantación.

Lo anterior muestra como una infracción por defecto de organización podría constituir el sistema de cierre de los deberes de diligencia debida. Tal como ha hecho la LkSG y en realidad establecía ya la Ley de vigilancia empresarial francesa, sería conveniente en primer lugar establecer sanciones administrativas en las que se castigara la no implantación de específicas obligaciones de diligencia debida, con independencia del contexto. La infracción por defecto de organización se situaría en un segundo lugar y debiera tener carácter penal. El construirla sobre un injusto de naturaleza reactiva –una vez que el daño ya existe o es inminente– dota a estas medidas del merecimiento y necesidad de pena suficientes.

Una cuestión ulterior, que aquí se dejará abierta, es si debe configurarse una infracción general, al estilo de la prevista en el § 24 LkSG o por el contrario sería más conveniente desde el punto de vista del principio de determinación tipificar delitos específicos que atiendan a determinados ámbitos: trabajo infantil y explotación laboral; infracciones contra el medio ambiente, etc.«

2. La prohibición de comercialización en el mercado de la UE o de exportación de productos obtenidos mediante violaciones de derechos humanos o medioambientales [207]

Recientemente la UE ha aprobado el Reglamento relativo a la prohibición de importación de productos elaborados con trabajo forzoso. El núcleo de este reglamento es la prohibición contenida en su artículo 3: «Los operadores económicos no introducirán ni comercializarán en el mercado de la Unión productos realizados con trabajo forzoso, ni tampoco exportarán dichos productos».

Para alcanzar este fin el Reglamento establece un régimen de inspección administrativa sobre los operadores económicos que corre a cargo de las autoridades competentes de cada Estado. La existencia de medidas de diligencia debida en los operadores económicos tiene importancia únicamente en la fase preliminar de las investigaciones, a la hora de decidir si se abre o no un proceso de inspección. Se trata de un factor más, que la autoridad administrativa debe tener en cuenta para tomar esta decisión. Cuando la investigación declare probado que un operador económico ha importado o exportado productos rea-

[207] Sobre esta propuesta, véase en esta obra Dopico Gómez-Aller, J.: «El blanqueo del producto de la violación empresarial de derechos humanos: prohibición y criminalización», p. X.

lizados con trabajo forzoso, la autoridad competente debe emitir una orden (art. 6.4) cuyo contenido puede ser (a) la prohibición de introducir o comercializar en el mercado de la Unión dichos productos y de exportarlos; (b) la orden de retirada de los productos del mercado de la Unión o (c) de deshacerse de los mismos.

El reglamento, no podía ser de otro modo, no contiene ningún tipo penal, pero obliga a los Estados miembros a establecer sanciones disuasivas, eficaces y desproporcionadas contra quienes infrinjan lo establecido en las decisiones adoptadas conforme al artículo 6.4. Cuando los Estados miembros den traslado a esta normativa, tendremos un ejemplo de una infracción penal que castiga la comercialización de productos obtenidos con violaciones de derechos humanos.

No será, sin embargo, el primer ejemplo. El Reglamento 2023/1115 sobre deforestación [208] sigue una estrategia similar, que esta vez sí se ha visto coronada por una nueva figura delictiva incluida en la reciente Directiva relativa a la protección penal del ambiente [209]. La finalidad es similar: impedir que en la UE se introduzcan productos fruto de la deforestación, lo que abarca no solo madera, sino también por ejemplo piensos para el ganado que han sido elaborados con materias cultivadas en zonas deforestadas ilegalmente o carnes o productos cárnicos que vienen de animales que han sido pastoreados en dichas zonas. La deforestación tiene una importancia enorme desde el punto de vista climático, medio ambiental y Derechos humanos, como muy especialmente los derechos de los pueblos indígenas, por lo que sin duda esta normativa, entra de lleno en la política legislativa sobre sostenibilidad y la diligencia debida. Nuevamente, en este caso las obligaciones de cumplimiento normativo se extienden a operadores económicos, que pueden ser de pequeñas dimensiones y además de sectores como la agricultura o la ganadería que no pueden ser sometidos a grandes presiones regulatorias.

El Reglamento de deforestación, al igual que el de trabajo forzoso, parte de una norma de prohibición taxativa: «No se introducirán en el mercado, comercializarán ni exportarán materias primas pertinentes y productos pertinentes, excepto si se cumplen todas las condiciones siguientes: a) que estén libres de deforestación; b) que hayan sido producidos de conformidad con la legisla-

[208] *Reglamento (UE) 2023/1115 del PE y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, y por el que se deroga el Reglamento (UE) no. 995/2010* (DO L 150, 9.6.2023).

[209] *Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y por la que se sustituyen las Directivas 2008/99/CE y 2009/123/CE* (DO L 1203, 30.04.2024).

ción pertinente del país de producción, y c) que estén amparados por una declaración de diligencia debida» [210]. Conforme a esta última condición los operadores antes de introducir en el mercado alguno de estos productos, deben presentar ante las autoridades una declaración de diligencia debida. Su contenido, pese a su nombre, es mucho más reducido que la diligencia debida en sentido estricto: se compone de una evaluación del riesgo y de reducción del mismo. Para simplificar, puede decirse que lo esencial es «conocer al proveedor», de modo similar a cómo en la normativa de blanqueo de capitales es «conocer al cliente».

Como ya se ha indicado, lo relevante en este caso es que la reciente Directiva sobre protección penal del ambiente ha introducido una nueva figura consistente precisamente en incumplir la prohibición categórica del artículo 3 del reglamento. El artículo 3.2 p) de la Directiva señala que debe considerarse una infracción penal «la introducción o comercialización en el mercado de la Unión o la exportación desde él de materias primas o productos pertinentes, incumpliendo la prohibición establecida en el artículo 3 del Reglamento (UE) 2023/1115 sobre deforestación, excepto en los casos en que dicha conducta afecte a una cantidad insignificante». Dado que el artículo 3 del Reglamento exige para la entrada o exportación lícita que se cumplan cumulativamente («todas las condiciones siguientes») tres condiciones diversas, entre las que se encuentra la diligencia debida, esta tiene un papel esencial para la responsabilidad penal. Ahora bien, el cumplimiento por parte de la empresa de este tipo de obligaciones no excluye de manera automática la responsabilidad.

Si comparamos ambas normativas, la relativa a la deforestación y la de trabajo forzoso, vemos que, aunque la prohibición subyacente es la misma, la prohibición de comercialización, la técnica elegida difiere. En el caso de los trabajos forzados se ha construido una infracción de desobediencia. El injusto reside en el desconocimiento de la orden de la autoridad competente de no introducir, no comercializar, retirar o distribuir los productos. En el caso de la deforestación, la estructura de la infracción es similar a las infracciones de contrabando españolas o los delitos aduaneros de otros Estados: la introducción de los productos o su posterior exportación.

Lo que sí tienen ambas en común son los contenidos y el peso que la diligencia debida. Conforme a lo que indicábamos en un epígrafe anterior, la diligencia debida relativa a la deforestación y a los trabajos forzados es

[210] En concreto, el reglamento se refiere a una serie de productos elaborados en el Anexo I, que han sido elaborados a través de materias primas pertinentes: ganado bovino, cacao, café, palma aceitera, caucho soja y madera.

una diligencia debida débil, a diferencia de la que tiene lugar en la Directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad. En realidad, lo que se viene a establecer en estos casos es una suerte de cooperación público-privada con el fin de evitar el trabajo forzado o la deforestación. Por esta razón, porque no es una diligencia debida plena, no tiene un peso determinante como hemos visto en la construcción de la infracción. En unos casos es un dato a tener en cuenta, al inicio de la investigación; en otros es un requisito más del tipo penal. La existencia en ambos casos de una diligencia debida, al igual que ocurre en blanqueo de capitales, no equivale necesariamente a la norma de comportamiento sobre la que se fundamenta el tipo penal. La realización de la diligencia debida, en los términos que exige el Reglamento de deforestación, no permite afirmar que la introducción del producto en el mercado de la UE o su exportación resulta ya suficiente. Ahora bien, el papel que juega en ambos casos la diligencia debida debe examinarse a partir de del principio de culpabilidad. Si a la vista del caso concreto, lo que implica muy especialmente atender al tamaño y las posibilidades del operador, la diligencia debida se corresponde con el deber de diligencia adecuado, en realidad habrá que negar la existencia de un injusto típico.

Más allá de estas cuestiones técnicas, lo que está claro es que este tipo de infracciones relativas a la importación, exportación o comercialización de productos, son parte integrante del Derecho penal de la sostenibilidad o de lo que también se ha denominado Derecho penal económico de los derechos humanos. Con idéntica estructura, solamente que «aguas abajo», la Ley de contrabando desde hace años castiga penalmente la exportación de productos que pueden ser utilizados para la ejecución de la pena de muerte eludiendo los controles previstos en el Reglamento (CE) 1236/2005 sobre comercio de determinados productos que puedan utilizarse penal para aplicar la pena de muerte o infligir tortura y otros tratos inhumanos o penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 2 c) 2.º) [211]. El núcleo de la infracción descansa en no haber obtenido la preceptiva autorización. El régimen es también similar a la exportación del material de defensa y doble uso. En todos estos casos el importador se compromete a un dominio sobre la cadena de suministro a través de las denominados «documentos de control», que incluyen las cláusulas de no reexportación, cuya finalidad es precisamente impedir que el primer comprador, pueda derivar los productos a un segundo mucho menos fiable desde el punto de vista del respeto a los derechos humanos.

[211] DOUE núm. 200, de 30/07/2005.

3. La violación de medidas restrictivas y la prestación de servicios o suministro de bienes

A la prohibición de introducir, comercializar o exportar al territorio o desde el territorio de la UE productos procedentes de violaciones de Derechos humanos y medioambientales, deben sumárseles el conjunto de prohibiciones procedentes de las denominadas medidas restrictivas, que en su mayoría suponen la prohibición de tener relaciones económicas o comerciales con determinadas personas, empresas involucradas como autoras o colaboradoras en violaciones de derechos humanos. La inclusión de una persona física o jurídica en un régimen de medidas restrictivas conlleva una suerte de muerte económica, en cuanto que queda prohibido cualquier tipo de contacto con ella, salvo que excepcionalmente pueda estar justificado por tener fines humanitarios. Un nuevo tipo penal, existente tanto en los EE. UU. como en la UE, sanciona penalmente a quienes violen esta declaración de «muerte económica».

La naturaleza jurídica –y aún la legitimidad– de las medidas restrictivas sigue siendo objeto de una gran discusión. Las medidas restrictivas constituyen sanciones internacionales *sui generis*, calificativo que atiende a varios motivos. En teoría, el Derecho internacional que surge tras la IIGM, solo el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas tiene capacidad para adoptar sanciones internacionales –por ejemplo, embargos económicos– con el fin de proteger la paz y la seguridad en el planeta. De acuerdo con la lógica del Derecho internacional, que regula las relaciones entre Estados, no parece posible que un Estado, dentro de una relación horizontal, sancione a otro. En principio, además, y según la concepción del Derecho internacional como un Derecho entre Estados, estas sanciones solo podían ser aplicadas a Estados. No obstante, a partir de los años noventa del pasado siglo, y sobre todo tras los atentados del 11 de Septiembre, estas sanciones experimentaron una mutación genética. Convertidas en *smart sanctions* se empezaron a aplicar a personas físicas, primero dirigentes políticos y altos funcionarios y, después, a organizaciones y particulares.

Además de esta primera mutación, lo que nos interesa ahora poner de relieve es que paulatinamente, y fuera del marco de Naciones Unidas, determinados Estados empiezan a hacer uso de estas sanciones y aplicarlas a supuestos de violaciones de Derechos humanos. El paso decisivo lo da Estados Unidos en 2009 con la denominada *Ley Magnitski*. Su origen fue el asesinato de Serguei Magnitski que, tras denunciar una trama de corrupción en Rusia, fue encarcelado y sufrió serias violaciones de Derechos humanos durante su encarcelamiento. Mediante una ley aplicable primero a este caso, y posteriormente extendida en 2012 –*Global Magnisky Human Rights Accountability*

Act– el presidente de los Estados Unidos mediante un decreto presidencial puede establecer medidas restrictivas –sanciones internacionales– en relación a cualquier particular, persona física o jurídica, sobre el que existan evidencias de haber realizado o contribuido de algún modo (por ejemplo, prestando apoyo financiero) con violaciones de derechos humanos o grandes casos de corrupción. La violación de estas medidas restrictivas, a través de relaciones comerciales con las personas incluidas en las órdenes ejecutivas del presidente, da lugar a sanciones penales.

La UE a través de su *Decisión (PESC) 2020/1999*[212] y el Reglamento 2020/1998, de 7 de diciembre de 2020, relativo a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los Derechos humanos[213] ha implementado un sistema similar[214]. La Decisión, que es ejecutada por el Reglamento, establece el bloqueo de fondos y recursos económicos de personas físicas o jurídicas, entidades u organismos que sean responsables de violaciones o abusos agraves de los derechos humanos, o que los apoyen o estén implicados en ellos de cualquier otro modo. A estas medias se añaden también prohibiciones de entrada o tránsito por el territorio UE, y otras medias sectoriales económicas y financieras, así como embargos de armas. La prohibición de hacer llegar fondos incluye *de facto* la imposibilidad de realizar ningún tipo de relación comercial con estas personas. Al Consejo de la UE en el ámbito de la PESC es al que corresponde decidir las personas y las sanciones afectadas por las medidas restrictivas[215].

La violación de los Derechos humanos a los que se refieren el Reglamento y la Decisión se describen en el artículo 2.1 del Reglamento 2020/1998 de forma muy amplia. Destaca un primer bloque de figuras delictivas que se corresponde con los *core crimen* del Derecho penal internacional (genocidio, lesa humanidad), delitos que pertenecen al *ius cogens* internacional como la tortura, esclavitud, ejecuciones y homicidios extrajudiciales, desaparición for-

---

[212] *Decisión (PESC) 2020/1999 del Consejo de 7 de diciembre de 2020 relativa a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos* (DOUE núm. 410, de 7/12/2020).

[213] DOUE núm. 410, de 7/12/2020.

[214] Existen, además de las violaciones de derechos humanos, otros supuestos en que se imponen medidas restrictivas por ciberataques, terrorismo y posesión de armas químicas.

[215] Sobre el régimen jurídico de estas sanciones, los procesos de inclusión en las listas y los recursos existentes *vid.* Vallés González, M.: *Las medidas restrictivas de la unión europea y su incidencia en los derechos humanos. Estudio del caso de Irán*, Tesis doctoral inédita, 2021, Pastor Palomar, A., «Desarrollos recientes en la práctica de las medidas restrictivas de la UE», *La Ley,* nº 10627, 2024; García Andrade, A., «Las sanciones o medidas restrictivas de la UE y sus efectos internacionales: especial referencia a Irán», *Anuario de Derecho administrativo sancionador* 2023, pp. 105 ss; Hernández Sierra, A., «El nuevo régimen global de sanciones de la Unión Europea en materia de Derechos Humanos: una aproximación normativa», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 54, 2021.

zada de personas detenciones arbitrarias, y finalmente otros comportamientos delictivos (trata de seres humanos, violencia sexual o de género…), siempre que se trate de violaciones o abusos generalizados, sistemáticos o revistan otro tipo de gravedad respecto a los objetos de política exterior y de seguridad común establecidos en el artículo 21 del TUE. Para apreciar la existencia de estas infracciones (art. 2.2) deben tenerse en cuenta el cuerpo de convenios internacionales que conforman el núcleo duro del Derecho internacional de los Derechos humanos. En el futuro, además, a semejanza de la *Global Magnitski Act*, se incluirán también los casos de gran corrupción.

Tras la invasión rusa de Ucrania, el Reglamento 2020/1998 está siendo el principal camino elegido para establecer medidas restrictivas en relación con políticos y oligarcas rusos, confiscando sus bienes, prohibiendo realizar transacciones económicas y otras restricciones [216]. Con estas medidas, aumentó de manera exponencial el número de personas físicas o jurídicas con las que no cabía realizar ningún tipo de operación económica e, indirectamente, el número de particulares y sobre todo empresas afectadas, pero también la preocupación de como sancionar los casos en que se infringiera la prohibición del artículo 10. Las divergencias entre los diversos Estados eran llamativas. Aquellos que, como Alemania, disponían de un Derecho penal del comercio exterior, disponían de un marco legal claro, otros las asimilaron al blanqueo de capitales, pero en otros muchos no existían sanciones claras. Todo ello llevo al Consejo de la Unión a, por primera vez y de una manera acelerada, modificar el artículo 83.1 del TFUE, mediante la Decisión del Consejo 2022/2332 de 18 de noviembre, con el fin de considerar que la violación de medidas restrictivas era uno de los ámbitos delictivos que podían ser objeto de armonización.

Tras esta modificación, la Comisión europea presentó un Proyecto de Directiva que, tras un proceso de negociación relativamente veloz, se aprobó abril de 2024, la Directiva 2024/1226 relativa a la definición de los delitos y las sanciones por vulneración de las medidas restrictivas de la Unión. El artículo 3 de la Directiva contiene un nuevo tipo penal en el que se sanciona la violación de medidas restrictivas, entre otras conductas se incrimina la puesta de fondos o recursos económicos a disposición, directa o indirectamente, de una persona, entidad u organismo designado, o en su beneficio, infringiendo una prohibición que constituya una medida restrictiva de la Unión; la no inmovilización de fondos o recursos económicos cuya propiedad, tenencia o control corresponda a una persona, entidad u organismo designados, infringiendo una

[216] Véase en esta obra, Arroyo Zapatero, L.: «La criminología de la guerra y la política criminal de la Unión europea», p. X.

obligación de hacerlo que constituya una medida restrictiva de la Unión; el hecho de permitir que personas físicas designadas entren en el territorio de un Estado miembro o transiten por el territorio de un Estado miembro, infringiendo una prohibición que constituya una medida restrictiva de la Unión; el comercio, la importación, la exportación, la venta, la compra, la transferencia, el tránsito o el transporte de bienes, así como la prestación de servicios de corretaje, asistencia técnica u otros servicios relacionados con dichos bienes, cuando la prohibición o restricción de dicha conducta constituya una medida restrictiva de la Unión; o la prestación de servicios financieros o la realización de actividades financieras, cuando la prohibición o restricción de dicha conducta constituya una medida restrictiva de la Unión. La Directiva obliga a sancionar penalmente la imprudencia grave y exige la imposición de penas privativas de libertad que, en los casos más graves, deben tener una pena máxima no inferior a cinco años.

Hasta el momento las personas físicas y jurídicas incluidas en las decisiones del Consejo afectan a violaciones de Derechos humanos en donde los principales protagonistas son Estados u organizaciones terroristas. Si retomamos la clasificación de las violaciones a Derechos humanos que hacíamos anteriormente se trataría de violaciones facilitadas o ejecutadas por el Estado. Es decir, hasta la fecha no se han incluido a empresas por el mero hecho de constatar en sus cadenas de suministro o filiales violaciones de derechos humanos. Las medidas restrictivas son parte de la política exterior de la UE, por lo que parece dudoso que pueda incluirse a una empresa protagonista de graves violaciones de Derechos humanos, sin que exista un contexto estatal que organice o facilite significativamente la violación. El objetivo como ocurre con las sanciones de Naciones Unidas es «mantener la paz y la seguridad globales» y aunque en este concepto además de las actividades de los Estados se ha incluido, por ejemplo, el terrorismo, se está aún lejos de pensar que puedan incluirse violaciones de derechos humanos que tienen lugar en la actividad empresarial [217]. No obstante, la tipología de las violaciones a Derechos humanos, nos enseña que en buena medida estos continúan siendo *state inciated* o *facilitated corporta crimes;* la presencia de un comportamiento estatal está presente en muchos casos de violaciones, por lo que las medidas restrictivas pueden ser una herramienta poderosa para sancionar a empresas que cooperen en violaciones de Derechos humanos y a aquellas otras que les presten algún tipo de asistencia violando medidas restrictivas.

[217] Consejo de la Unión Europea, Principios básicos sobre la aplicación de medidas restrictivas, Bruselas, 7 de junio de 2004.

4. La receptación de productos provenientes de violaciones de derechos humanos o del medio ambiente

Un cuarto tipo de infracciones pertenecientes al Derecho penal de la sostenibilidad serían aquellas consistentes en la adquisición de productos o servicios provenientes de violaciones de Derechos humanos. En el proceso de reforma de la *Modern Slavery Act*[218] se abogaba por la introducción de una infracción consistente en seguir comprando artículos a proveedores o subproveedores que no cumplan las normas mínimas de transparencia tras una advertencia formal del Comité Independiente de Lucha contra la Esclavitud[219]. Dejando de lado el injusto cercano a la desobediencia que conforma esta propuesta, la naturaleza de esta figura recuerda a la receptación o al blanqueo de capitales. De esta última figura se diferencia, en que la persona que adquiere la mercancía no tiene como objetivo ocultar el origen delictivo de los bienes. Aunque existiría una mayor similitud si concibiéramos el delito de blanqueo simplemente como una prohibición de tener contacto sobre bienes que tienen un origen delictivo. Conforme a la legislación española o europea debiera admitirse igualmente para establecer esta similitud que la elaboración de un bien con violación de los Derechos humanos –por ejemplo, utilización de trabajo infantil o violación de los estándares de trabajo decente de la OIT– constituye un hecho delictivo.

En la política criminal europea tal como muestra el caso de la deforestación o el del *Reglamento 2024/3015 que prohíbe la comercialización de productos realizados con trabajos forzoso* se prefiere imponer este tipo de obligaciones exclusivamente a determinados agentes económicos –importadores, exportadores– pero no de una forma generalizada. Un tipo penal que abarcase a cualquier tipo de comerciante tendría sentido exclusivamente en relación a comportamientos dolosos y restringido a aquellos casos en que los productos adquiridos tienen una cantidad considerable y se enmarcan en una relación continuada. Esto es, se trataría de sancionar, de forma similar a lo que ocurre en la receptación, a quien a sabiendas o al menos con dolo eventual adquiere productos o servicios siendo conscientes de que proceden de la violación de Derechos humanos. La limitación del tipo subjetivo y la desvinculación de la diligencia debida haría razonable que esta infracción pudiera ser cometida por

---

[218] *Vid.* Bowkett, L./Arrand, C.: «Corporate liability is on the horizon for breach of the Modern Slavery Act», en *Shcosmiths*, diponible en https://www.shoosmiths.com/insights/articles/corporate-liability-is-on-the-horizon-for-breach-of-the-modern-slavery-act (último acceso 20/07/2023).

[219] *Modern Slavery (Amendment) Bill*, disponible en https://bills.parliament.uk/bills/2892#timeline (último acceso 7/7/2023).

cualquier comerciante con independencia de su tamaño, pues la norma de comportamiento infringida en este caso es simplemente, al igual que ocurre con la receptación, un derivado del principio de *nemimen laedere*. Quien adquiere como comerciante este tipo de productos contribuye a la realización de estos comportamientos, pues los fomenta, en cuanto que hace atractiva su producción.

Un tipo penal de estas características podría ser el camino para sancionar auténticos actos de participación en violaciones de Derechos humanos, en aquellos supuestos en los que el adquiriente del producto tiene una relación contractual continuada y con un proveedor que depende económicamente del mismo. Aunque teóricamente en estos casos sería posible pensar en la complicidad en delitos contra los derechos de los trabajadores o medioambientales, si estos tienen lugar fuera de la UE habría problemas derivados o bien de la ausencia de colaboración judicial o incluso de que este tipo de comportamientos no fueran necesariamente delictivos en el lugar donde ha tenido lugar la realización del abuso [220].

5. La falsedad en los informes de sostenibilidad, el *Greenwashing* y la responsabilidad de auditores y certificadores

El tercer pilar del Derecho penal de la sostenibilidad se centra en la protección penal de la transparencia en materia de sostenibilidad. La *Directiva 2022/2464 sobre información en materia de sostenibilidad* muestra la enorme importancia que tiene la transparencia como herramienta de regulación en esta materia y los avances que se han producido para que esta información sea cada vez más fiable y comparable. Además de existir estándares muy extendidos de información, la Comisión mediante el Reglamento 2023/2772 ha aprobado una normativa rigurosa sobre la publicación de este tipo de información. Igualmente, la auditoría en estas materias es cada vez más incisiva, y ya no se limita como ocurría con la regulación de 2014 a constatar la existencia de información no financiera.

Puesto que la Directiva 2022/2464 exige que la información sobre sostenibilidad se incluya en las cuentas anuales, la cuestión es en qué medida este precepto puede desembocar en una aplicación de los delitos de falsedad en los balances. El § 334.1.3 del Código de Comercio alemán (HGB) incluye hoy expresamente la información en materia de sostenibilidad como infracción ad-

[220] Véase en esta obra Dopico Gómez-Aller, J.: «El blanqueo del producto de la violación empresarial de derechos humanos: prohibición y criminalización», p. X.

ministrativa incluida en el informe de gestión (*Lagerbericht*), mientras que el § 331.(1).2 HGB considera que constituye el delito de representaciones falsas relativas a la información no financiera cuando tienen lugar dentro de un grupo de empresas, tal como requiere el §315 b HGB. Esta opción concuerda con lo dispuesto en el proyecto de Directiva que presentó la Comisión, en el que exigía de los Estados miembros que estableciesen sanciones penales en los casos más graves [221].

La principal cuestión teórica que plantea la penalización de la falsedad en la información relativa a sostenibilidad es si tiene encaje dentro del bien jurídico protegido en los delitos de falsedad en el balance. En el marco del artículo 290 del CP español mayoritariamente se entiende que al lado de la tutela de la imagen fiel de la entidad –en definitiva, la transparencia– se incluye también el patrimonio, en el sentido de que el tipo penal sólo castigaría aquellas distorsiones en la imagen fiel que sean idóneas para provocar una decisión económica desorientada que causara efectos perjudiciales para el patrimonio. Esta restricción no conlleva automáticamente que las falsedades en la información financiera queden fuera del tipo penal. En primer lugar, y como reconoce la propia Directiva, los inversores cada vez otorgan mayor importancia a los aspectos no financieros a la hora de decidir sus inversiones, aunque ellas se hagan con fines puramente lucrativos. En segundo lugar, porque la noción de patrimonio en el Derecho penal transciende de los aspectos puramente económicos o monetarios. La protección del patrimonio puede tener en cuenta también los fines que persiguen los titulares del patrimonio. La inversión en empresas que respeten los Derechos humanos o el medio ambiente para determinados inversores tiene una mayor importancia que los beneficios económicos obtenidos. En principio, la adopción de un concepto personal de patrimonio, que atienda a los fines del acto de disposición, no resulta adecuada, ni por razones de seguridad jurídica, ni conforme al principio de *ultima*

[221] *Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) núm. 537/2014, por lo que respecta a la información corporativa en materia de sostenibilidad*, Artículo 1, modificación del Artículo 51.3: 3 de la Directiva 2013/34, UE.: «Los Estados miembros velarán por que, a la hora de determinar el tipo y el nivel de las sanciones o medidas administrativas a que se refiere el apartado 2, se tengan en cuenta todas las circunstancias pertinentes, en particular: a) la gravedad y la duración del incumplimiento; b)el grado de responsabilidad de la persona física o jurídica responsable; c) c) la solidez financiera de la persona física o jurídica responsable; d) la importancia de los beneficios obtenidos o las pérdidas evitadas por la persona física o jurídica responsable, en la medida en que tales beneficios o pérdidas puedan determinarse; e) las pérdidas causadas a terceros por el incumplimiento, en la medida en que puedan determinarse; f) el nivel de cooperación de la persona física o jurídica responsable con la autoridad competente; g) las infracciones cometidas anteriormente por la persona física o jurídica responsable».

ratio. Los fines de un acto de disposición resultan irrelevantes, desde un punto de vista social, y pueden ser vagos e imprecisos. Ahora bien, no deben existir problemas en introducir la frustración del fin como perjuicio patrimonial cuando es el propio ordenamiento jurídico, como ocurre en estos casos, quien promociona los fines que persigue el titular del patrimonio. Con todo, y en perspectiva de reforma, convendría que los delitos de falsas representaciones en los estados financieros atiendan a la función social que hoy tiene la transparencia. La transparencia es una forma de control de los comportamientos de los más poderosos o de aquellos que en nuestra sociedad ocupan puestos relevantes, es una herramienta que frena el abuso de poder, ya sea político o, en este caso, económico.

Pero el fenómeno del *Greenwashing* [222] no es específico de las falsedades en la información financiera. Recientemente la UE ha aprobado la Directiva 2024/825 de 28 de febrero de 2024 relativa a afirmaciones ambientales explícitas y a la prohibición de blanqueo ecológico [223], que forma parte también del *Green Deal* europeo. La Directiva prohíbe las afirmaciones medioambientales engañosas, además de contener otras disposiciones relativas al etiquetado ecológico. La Directiva considera que la publicidad engañosa medioambiental constituye una práctica desleal «que inducen a error a los consumidores y les impiden tomar decisiones de consumo sostenibles, como las prácticas asociadas a la obsolescencia temprana de los bienes, las afirmaciones medioambientales engañosas («ecoimpostura»), la información engañosa sobre las características sociales de los productos o las empresas de los comerciantes, o los distintivos de sostenibilidad poco transparentes y poco creíbles».

El debate penal se plantea en relación con el delito de publicidad falsa en parecidos términos a la falsedad en los balances. Doctrina y jurisprudencia consideran que el bien jurídico protegido en el artículo 282 del CP, precepto que requiere que las alegaciones o manifestaciones inciertas o falsas puedan ocasionar un perjuicio manifiesto y grave a los consumidores, tiene como referencia el patrimonio. Por lo que nuevamente, se plantea la discusión relativa a si la frustración de los fines del acto de disposición patrimonial debe tener relevancia penal. La Directiva 2024/825 otorga relevancia jurídica a las deci-

[222] Sobre el concepto de *Greenwashing*, DE FREITAS NETTO S., *et al.*, Concepts and forms of greenwashing: a systematic review, *Environmental Sciences Europe*, (2020), 32:19: además LAUFER, W., «Responsabilidad social y Greenwashing Corporativo» en GALAIN, P./SAAD DINIZ, E. (ed.), *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo,* Tirant lo Blanch, 2021, pp. 193-206.

[223] DOCE 2024/825, de 6.3.2024.

siones de consumo sostenible. Mas allá de una perspectiva individual, la estrategia regulatoria europea consiste en utilizar los actos de consumo como herramienta de control del comportamiento empresarial, con lo que el consumo adquiere una función social. Se trata de estimular las ofertas de bienes más sostenibles, lo que afecta a sus características medioambientales (circularidad, reparabilidad, durabilidad), pero también sociales, como el respeto a los derechos humanos o a la legislación medioambiental.

Más allá del delito publicitario, la aparición de distintos signos distintivos en materia de sostenibilidad debe servir también para abrir el debate acerca de si su veracidad debiera asimilarse a los signos distintivos relativos a la propiedad industrial. La normativa europea prohíbe, por ejemplo, la exhibición de signos distintos que no se basen en sistemas de certificaciones o que no hayan sido establecidos por las autoridades públicas.

La certificación y la auditoría son piezas claves en todos los aspectos relativos a la sostenibilidad. Ya hemos visto como el papel que la auditoría tiene para el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida, en cuanto que constituye la herramienta por la que una entidad puede conocer y supervisar a sus proveedores situados a miles de kilómetros de distancia [224]. La certificación de un proveedor, conforme a estándares internacionales en aspectos sociales o medioambientales incide en la determinación de su nivel de riesgo y, por tanto, determina las medidas de diligencia debida que pueden establecerse. El *caso Rana Plaza* mostró trágicamente la importancia que pueden tener estos informes. Una auditora italiana había certificado de manera absolutamente infundada que en los locales de la entidad proveedora (Ali Enterprises), donde después se desató en el incendio que acabo con la vida de cientos de trabajadores, se cumplían las medidas de seguridad en el trabajo. La empresa proveedora tenía un certificado de cumplimiento de la norma SA8000.

Los informes de auditoría falsos o las certificaciones pueden ser conductas de complicidad en las violaciones de Derechos humanos en el caso de que exista un acuerdo previo entre el auditor/certificador y la entidad, referido a un supuesto de violación dolosa. Igualmente, cabría plantearse la responsabilidad por imprudencia en relación con delitos de homicidio, lesiones o medioambientales derivada de auditorías sociales o certificaciones que se han otorgado de manera gravemente negligente. Pero más allá de estos supuestos excepcionales, y que pueden ser interesantes para la litigación estratégica en Derechos

[224] Véase en esta obra, MONTANER FERNÁNDEZ, R.: «La posible responsabilidad penal de las certificadoras y auditoras por violaciones graves de derechos humanos. Una aproximación desde el *compliance* penal y a propósito de la Directiva europea sobre debida diligencia empresarial», p. X.

humanos, la discusión debe centrarse en la oportunidad de castigar la falsedad de los informes de auditoría, ya sea de cuentas o social, así como en las certificaciones emitidas de un modo irregular.

En algunos ordenamientos europeos, como singularmente el alemán, la responsabilidad del auditor de sostenibilidad no ofrece lugar a dudas. El §332 HGB castiga expresamente la falsedad en el informe de auditoría. La situación es bien distinta en el ordenamiento español. El informe de auditoría falso, aunque constituye un documento mercantil, constituye una conducta atípica, pues se trata de una falsedad claramente ideológica. El informe de auditoría falso, en el marco del artículo 290, constituye normalmente, de mediar acuerdo, un acto de complicidad necesaria en la falsedad de las cuentas anuales. La jurisprudencia considera mayoritariamente que este delito no se ha consumado aun cuando los administradores someten a auditoría unas cuentas anuales incorrectamente confeccionadas. Por esta razón, la consumación del delito requiere casi necesariamente la participación del auditor.

Ahora bien, esta conclusión que puede ser acertada en los informes de auditoría sobre información financiera, no es tan evidente en relación con la información sobre sostenibilidad. Como ya se ha apuntado, en materia de auditoría de cuentas, la Directiva 2022/2464 sobre información sobre sostenibilidad incrementa el papel de la auditoría sobre los balances en esta materia. Sin embargo, aún se trata de una auditoría débil. A diferencia de lo que ocurre con la auditoría sobre la información financiera donde se obliga a realizar procedimientos exhaustivos que incluyen el examen de los controles internos, la información en materia de sostenibilidad responde a la denominada verificación limitada, que supone un número de comprobaciones inferior [225]. En términos penales, y dejando de lado el aspecto subjetivo de la participación, esto significa que un informe de auditoría correcto no genera un riesgo jurídicamente desaprobado a la hora de desenmascarar unas cuentas anuales incorrectas. El Proyecto de Ley presentado el 15 de noviembre de 2024 que transpone la Directiva 2022/2464 no contiene ningún modificación de relevancia penal, si bien considera infracción muy grave la emisión de informes de auditoría de cuentas o de verificación de la información sobre sostenibilidad cuya opinión no fuese acorde con las pruebas obtenidas por el auditor o verificador en su trabajo (art. 51 del Proyecto de Ley).

Aunque no es momento de profundizar en esta cuestión, sería conveniente una reforma de los delitos de falsedades que, entre otros aspectos, estableciera de manera diferenciada la responsabilidad de los administradores

[225] Apartados 60 ss. del Preámbulo de la *Directiva 2022/2464*.

por la falsedad de las cuentas anuales y la de los auditores, con dos figuras delictivas autónomas tal como existe en Alemania. Ello de paso, podría servir, para despatrimonializar el artículo 290 CP y establecer que el bien jurídico protegido son las distintas funciones sociales que hoy cumple la información societaria.

Fuera de la auditoría de cuentas, la emisión de certificaciones o informes falsos, cuando tiene carácter voluntario, como ocurre en relación con las auditorías de conformidad, que verifican el cumplimiento de normas de estandarización, o las auditorías sociales, resulta normalmente una conducta penalmente irrelevante desde el punto de vista de los delitos de falsedades. Nuevamente se trata de falsedades ideológicas, y en estos casos además puede ser aún más discutible que pueda tratarse de una falsedad en documento mercantil. Esta fue, por ejemplo, la opinión de la fiscalía italiana en el caso de la certificadora italiana en el *caso Rana plaza*. La fiscalía italiana consideró que al ser la auditoría voluntaria no existía responsabilidad penal [226].

La importancia económica y social que hoy tiene la auditoría social y la certificación deben conducir a una reflexión sobre la relevancia penal de estas conductas. Como ya se señaló anteriormente, la utilización de signos distintivos ecológicos o sociales, debería ser objeto de una tipificación expresa más allá del delito publicitario. E igual cabría señalar de determinadas certificaciones. En estos casos el certificador debiera ser sujeto activo del delito junto con los administradores o, de manera semejante a la propuesta realizada en materia de cuentas anuales, contar con un delito propio.

Igualmente, y tal como desde hace tiempo viene ocurriendo en algunos ordenamientos europeos con relación al auditor de cuentas, véase por ejemplo el § 333 a HGB alemán, debería considerarse la posibilidad de considerar a los auditores y certificadores autores de un delito de corrupción específico. El cohecho tanto activo como pasivo del auditor no tiene cabida en el delito de corrupción en los negocios del artículo 286 bis CP. El soborno no afecta en estos casos a la competencia desleal, sino a la imparcialidad que normativamente debe caracterizar el ejercicio de esta función. Esta figura estaría dentro de la lógica del artículo 423 del CP en el que, como es conocido, se extiende la autoría de los delitos de cohecho a actividades privadas que ejercen funciones públicas.

---

[226] *Vid.* https://www.ecchr.eu/fileadmin/Fallbeschreibungen/CaseReport_KiK_RINA_December2020.pdf

6. ¿Un Derecho penal económico europeo de los derechos humanos o de la sostenibilidad?

La UE es la vanguardia en el desarrollo de la legislación sobre sostenibilidad y diligencia debida. Ha aprobado normas claves sobre información sobre sostenibilidad, diligencia debida, deforestación, trabajo infantil, *greenwashing*. Estas normas no suelen contener disposiciones sancionadoras, más allá de la genérica obligación de contener sanciones disuasivas, eficaces y proporcionadas.

No obstante, como acabamos de ver, existe un incipiente Derecho penal europeo de la sostenibilidad o de los derechos humanos, de la mano del delito de deforestación, previsto en la Directiva sobre protección penal del ambiente, y por otro lado la Directiva sobre violación de medidas restrictivas. Por mucho que esta Directiva no pertenezca al programa legislativo de la sostenibilidad, es indudable que tiene como objetivo prioritario la protección de los derechos humanos.

La Directiva sobre diligencia debida, el texto más ambicioso y general del programa legislativo, aunque no tiene una llamada expresa al Derecho penal, contiene en su artículo 27 importantes provisiones sancionadoras. Este precepto de manera genérica exige que los Estados miembros establezcan sanciones, que al menos han de ser multas, para las conductas que infrinjan la normativa nacional de transposición de la directiva. Renuncia, por tanto, a exigir sanciones de una determinada naturaleza, pero también a proponer un modelo de infracción. En conformidad con lo que hemos desarrollado en este epígrafe lo más natural sería que los Estados optaran bien por una infracción de defecto de organización, bien por infracciones de desobediencia.

Pese a no determinar la naturaleza de la infracción, el artículo 27 contiene criterios destinados a la graduación de las sanciones, que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de determinar su naturaleza. De este modo de manera indirecta la Directiva anima a que los Estados puedan considerar la imposición de sanciones penales en los casos más graves. La utilización del Derecho penal, aunque finalmente no se la descarte expresamente no ha sido ajena durante el proceso de elaboración de la directiva. En 2016, el PE apuntaba en esta dirección llegando a solicitar al Consejo y a la Comisión que actuasen conforme al artículo 83, para «establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y sanciones en delitos de especial gravedad que tengan una dimensión transfronteriza por lo que se refiere a las violaciones graves de los derechos humanos en terceros países cometidas por empresas, habida

cuenta de la naturaleza y el impacto de dichos delitos y la necesidad especial de combatirlos de forma común» (apdo. 36). Es más, la primera versión de Directiva sobre diligencia debida obligaba a los EEMM en su artículo 19 a tipificar como delito la infracción reiterada dolosa o imprudente por parte de una empresa de las obligaciones de diligencia debida [227].

A corto plazo, no parece que sea una urgencia político criminal avanzar en un Derecho penal europeo de la sostenibilidad. En poco menos de un lustro una materia que se encontraba enmarcada en la responsabilidad social corporativa se ha juridificado y además se ha establecido una primera disposición sancionadora de carácter general. No obstante, y a medio plazo no debe descartarse la necesidad de recurrir al Derecho penal en esta materia. En este momento, lo primero que debería discutirse es si dentro del artículo 83 debe buscarse el camino del párrafo primero o utilizar el artículo 83.2 TFUE. En este último caso se consideraría que la intervención penal es accesoria a la normativa administrativa que se haya aprobado, en el caso de utilizar el primer párrafo, por el contrario, la Unión consideraría que la sostenibilidad y la protección de los derechos humanos representan un interés común, global. La Decisión del Consejo 2022/2333 de 28 de noviembre ha considerado que la violación de medidas restrictivas que protegen la paz y la seguridad y, por consiguiente, los Derechos humanos deben incardinarse en el artículo 83.1 TFUE. Por coherencia, al menos, debe abrirse el debate acerca de si un Derecho penal sobre la sostenibilidad no mereciera también situarse en el precepto destinado a tutelar los bienes jurídicos globales, cuando se considera además que se trata de un principio de rango constitucional.

VI. JUSTICIA RESTAURATIVA EMPRESARIAL [228]

La reparación constituye uno de los pilares de los Principios Rectores de Naciones Unidas, donde se utiliza un concepto de reparación diferente al que procede del Derecho civil y la responsabilidad por daños y que se viene ges-

[227] *Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa* (2020/2129(INL), disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_ES.html#def_1_34 (último acceso 10/07/2023).

[228] Lo que sigue es una exposición abreviada de los planteamientos que con mayor profundidad se realizan en Calvo Soler, R./Nieto Martín, A. (coord.): *Justicia Restaurativa Empresarial. Un modelo para armar*, Editorial Reus, 2023. En lo que sigue solo se citará alguna bibliografía adicional. Véase también en esta obra Nieto Martín, A.: «Justicia empresarial restaurativa y víctimas corporativas», p. x.

tando desde hace ya tiempo, en distintos documentos de Naciones Unidas sobre reparación a víctimas de violaciones de derechos humanos [229].

La reparación, según los Principios Rectores, «puede incluir disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no económicas y sanciones punitivas, así como medidas de prevención de nuevos daños». Igualmente señalan que los procedimientos de reparación pueden ser públicos, judiciales o extrajudiciales y que «los mecanismos de reclamación no estatales deben incluir la participación de las partes interesadas y el que puedan utilizarse como herramientas la negociación, la mediación u otros dispositivos culturalmente apropiados y compatibles con derechos. Aunque sin mencionarse expresamente, la idea de reparación de la que parten los *Principios Rectores* conecta con planteamientos procedentes de justicia restaurativa. Por esta razón, en este apartado, se explorará en qué medida los valores y la metodología restaurativa pueden ser de utilidad para abordar las violaciones de derechos humanos.

Estos planteamientos se desarrollarán en dos espacios diferentes. En primer lugar, y en el sentido apuntado por los *Principios Rectores* para dar el paso que va de la reparación a la restauración en el marco de la diligencia debida o el cumplimiento normativo en Derechos humanos. Y, en segundo lugar, yendo un poco más lejos con el fin de diseñar una respuesta penal restaurativa a las violaciones de Derechos humanos realizadas por las empresas. Se trata en este punto de coordinar los planteamientos restaurativos con el sistema penal o integrarlos en el mismo. Ambas vectores conformarían una nueva directriz político criminal, que denominaremos justicia restaurativa empresarial. La tesis que se mantiene en las páginas siguientes es que este enfoque está en condiciones de dar soluciones más satisfactorias, más útiles, que una aproximación basada exclusivamente en planteamientos tradicionales, ya sean en el terreno de la reparación por daños o en la sanción de los comportamientos infractores.

Antes de desarrollar estas dos formas de intervención restaurativa, conviene explicitar brevemente el concepto de justicia restaurativa del que se parte y que obviamente conecta con los principios formulados en esta materia por Naciones Unidas o el Consejo de Europa [230].

---

[229] *Vid.* especialmente, la *Resolución de la Asamblea General 60/147 sobre Principios básicos y directrices para la reparación a víctimas graves de derechos humanos* y la *Declaración de 1985 sobre reparación a víctimas de abuso de poder*.

[230] Por parte del Consejo de Europa, Recomendación CM/Rec(2018)8 del Comité de Ministros a los Estados Miembros en materia de justicia restaurativa penal. 3 de octubre del 2018; Venice Declaration on the Role of Restorative Justice in Criminal Matters. 14 diciembre 2021. En el caso de Naciones Unidas, *vid.* fundamentalmente, el Manual sobre programas de Justicia Restaurativa preparado por la Oficina de las Naciones Unidas contra La Droga y el Delito (UNODC). 2006.

La justicia restaurativa es una metodología cuya finalidad es resolver el conflicto social generado por un comportamiento lesivo o, incluso dicho de manera más general, un conflicto generado por la actividad de la empresa. Lo restaurativo es una filosofía que va más allá de la reparación y que puede proyectarse sobre cualquier actividad humana.

Esta metodología se estructura en primer lugar a través de un proceso fundamentado por una serie de valores y principios (1), que pretende algo diferente cualitativamente a reparar, su objetivo es restaurar (2) y que utiliza una determinada *lex artis*, un conjunto de herramientas, instrumentos, que deben ser manejadas por un profesional, un facilitador (3).

Comencemos por el proceso (1). Existen sintéticamente dos términos claves la hora describir los valores que conforman los procesos restaurativos: colaboración y protagonismo.

El proceso restaurativo es ante todo un proceso colaborativo, a diferencia de los procesos judiciales ordinarios donde lo que prima es la confrontación. Cuando los participantes no tienen claro o directamente no comparten este punto de partida, no hay posibilidad de aplicar una metodología restaurativa. No todo tiene que resolverse de acuerdo con los procesos restaurativos, por tanto, si las partes no tienen voluntad alguna de cooperar, la justicia restaurativa no es el camino adecuado. Otra cosa es que como punto de partida los actores deban ser formados acerca de este valor.

Por otro lado, solo hay un proceso restaurativo cuando todas las partes son protagonistas y para ello es necesario no solo que sean escuchadas, sino que sus intereses y su voz tengan un peso similar. Por esta razón, las intervenciones restaurativas deben procurar que las partes más débiles cuenten con toda la información necesaria –por ejemplo, sobre cómo se ha producido el daño–, e igualmente es necesario por parte del victimario, en este caso la empresa infractora, que en el debate estén presentes aquellas personas que verdaderamente tienen poder de decisión. Si esto no ocurre, las víctimas se sentirán relegadas, su interlocución con subalternos no les hará protagonistas del proceso. El protagonismo exige igualmente que se disponga de toda la información relevante. La asimetría informativa es un hecho también ampliamente constatado en los casos de daños empresariales. En definitiva, no basta con un proceso participativo, es necesario que todos sus actores en igual medida se sientan en igualdad de condiciones protagonistas del mismo.

En lo que concierne al «resultado» (2) de los procesos restaurativos deben tenerse claras las diferencias entre la restauración y la reparación. Restaurar significa alcanzar una respuesta integral, más compleja –holística como se la caracteriza con frecuencia– que el mero resarcimiento monetario o el dejar

las cosas como estaban. Así la respuesta restaurativa aspira a la «resocialización» del victimario, quien, tras responsabilizarse por el hecho, debe de poner todo de su parte para que las cosas no vuelvan a ocurrir. La garantía de no repetición es uno de los objetivos de la restauración. Esto implica, en el caso de empresas, la necesidad de mejorar la organización, su sistema de gobernanza y sus valores. Por esta razón, entre otras, como vamos a ver, podemos hablar de programas de cumplimiento restaurativos.

Pero también la «restauración» exige atender a los daños intangibles. Cuando una empresa ha ocasionado un grave daño medioambiental, más allá de dejar las «cosas como estaban» o articular una reparación conforme al «quien contamina paga», debe procurar que en la medida de lo posible sea aceptada nuevamente en la comunidad, recuperando su prestigio y reparar las relaciones sociales rotas. Esto es particularmente importante en el contexto de las graves violaciones de derechos humanos. Los recientes estudios sobre victimología corporativa nos han mostrado como en este espacio entre víctima y victimario suele existir una gran relación de dependencia. Las víctimas y la comunidad en la que se ha producido el daño normalmente siguen necesitando que la empresa siga actuando en la zona, generando puestos de empleo y desarrollo económico. Por esta razón, una actuación restaurativa tiene ventajas para todos. Y por esta razón la justicia restaurativa puede predicarse en relación a casos de corrupción o de delitos fiscales, porque, aunque en este caso no haya víctimas concretas a las que reparar –en el sentido civil– o la víctima pueda ser el Estado, lo que no cabe duda es que hay daños intangibles que restaurar.

La responsabilización por parte del victimario es también parte del proceso de restauración. Responsabilizarse por el daño es algo más que considerarse su autor o causante –reconocer que lo hizo–. Se trata de admitir que se pudo actuar de otra manera distinta y que el daño tiene como principal explicación la forma en que actúo. Sin responsabilización, la petición de disculpas –una de las manifestaciones más conocidas de la justicia restaurativa– carece de sentido.

Debe tenerse en cuanta, ulteriormente, que la justicia restaurativa requiere de la actuación de profesionales, con competencia técnica en el manejo de las diferentes técnicas que se utilizan en las intervenciones restaurativas (3): el mapeo de riesgos, el análisis de la evolución del conflicto tras las primeras actuaciones, la realización de círculos o conferencias restaurativas, la comunicación de los resultados, la reorganización de la empresa, la supervisión de los acuerdos restaurativos, etc. Probablemente no puede hablarse de que la justicia restaurativa sea una ciencia, pero si al menos hay que reconocer que tiene su propia *lex artis*.

Por último, es preciso advertir que la justicia restaurativa no se mide en términos de todo o nada. Algunos procesos restaurativos pueden ser modélicos, ideales, otros en cambio contener solo alguno de sus componentes. Por esta razón, podemos seguir hablando de intervenciones restaurativas, aunque las víctimas o un grupo de ellas decidan no intervenir en el proceso o aceptar un acuerdo.

1. **Hacia una diligencia debida basada en criterios restaurativos**

Mientras que los Principios Rectores, como antes se indicaba, al hablar de reparación contienen una música restaurativa, esta melodía no se encuentra por ningún lado en la Directiva sobre diligencia debida, ni tampoco en la ley alemana o la francesa. En la Directiva el concepto de reparación parte de una concepción civil, apta para operar en el marco del Derecho internacional privado como responsabilidad extracontractual y esta es también la rama del Derecho en la que se encuadran las leyes nacionales [231].

Sin embargo, tanto en la Directiva, como en la LkSG, los planteamientos restaurativos pueden tener cabida. Para ello, el primer paso consiste en entender que la diligencia debida en derechos humanos –o lo que viene a ser lo mismo el cumplimiento normativo en esta materia– tiene como finalidad el gestionar el conflicto que la empresa crea a través de su actividad en una zona o ante determinados *stakeholders*. La justicia restaurativa, como hemos indicado, no solo sirve para intervenir en casos de daños, sino de manera más general como antes apuntábamos para gestionar conflictos. Y, en este sentido, en un primer nivel, los planteamientos restaurativos pueden estar ya presentes en el diseño de las políticas de diligencia debida establecidos por el art. 5 de la Directiva. Aun de manera más evidente, en un plano más concreto, cabe aplicar estos planteamientos a los planes de remediación que forman parte esencial de la diligencia debida (arts. 10 y 12).

En ambos casos, la aplicación de la justicia restaurativa transforma cualitativamente el significado de los programas de cumplimiento en derechos humanos y de las acciones de remediación. En el primer caso de mecanismos de

[231] El artículo 3.1 t) de la Directiva contiene una definición auténtica de reparación: «devolver a la persona o personas, las comunidades o el medio ambiente afectados a una situación equivalente o lo más similar posible a la que habrían tenido de no haberse producido el efecto adverso real, que guarde proporción con la implicación de la empresa en el efecto adverso, incluso mediante una compensación financiera o no financiera proporcionada por la empresa a la persona o personas afectadas por el efecto adverso real y, en su caso, el reembolso de los costes soportados por las autoridades públicas por cualquier medida reparadora necesaria».

gestión de riesgos legales, como en definitiva es el cumplimento normativo, la diligencia debida se transforma en un instrumento que resuelve conflictos sociales y que incrementa el grado de legitimidad de la empresa ante las comunidades en las que actúa. En el segundo caso, cuando hay un daño o un riesgo concreto, la diligencia debida transforma la reparación en la restauración, lo que como hemos visto tiene un significado transcendente.

En este nuevo horizonte el objetivo de los programas de cumplimiento normativo en Derechos humanos coincide con el que siempre ha tenido la RSC: garantizar la legitimidad de la empresa ante sus *stakeholders*, ante la comunidad afectada por su actividad. Como se advertía en un epígrafe anterior [232] la diligencia debida asume planteamientos, estructuras y métodos del cumplimiento normativo y los combina con otros procedentes de la RSC, donde la legitimidad siempre ha sido el objetivo a lograr. El enfoque restaurativo sirve, por tanto, para hacer más efectivo el maridaje entre ambos subsistemas dentro de la gestión empresarial. La gestión de riesgos legales queda de este modo incluida en un objetivo más general. Este cambio de paradigma tiene como consecuencia que el cumplimiento normativo resulta además más eficaz, como después veremos.

Este cambio de enfoque exige, en primer lugar, un incremento y una participación en el diseño, gestión e implementación de los programas de cumplimiento. Como ya se advirtió, el cumplimiento en derechos humanos es un cumplimiento participativo, incrementa la presencia de los *stakeholders.* El enfoque restaurativo consiste en convertir la participación en protagonización.

Se trata pues de mirar con lentes restaurativas a través de las ventanas de participación que contienen las normas de diligencia debida, con el fin de ampliarlas y transformarlas. La Directiva 2024/1760 define expresamente quienes son las partes interesadas en su artículo 3. 1 n) [233] y les confiere después amplios derechos de participación. En el artículo 5.1 e), al establecer los fundamentos de la diligencia debida, señala que la empresa habrá de desarrollar con ellas una *colaboración constructiva*, lo que después concreta (art. 13) en el

[232] *Vide supra* II. Tipología de los conflictos entre empresas y derechos humanos. 4. El cumplimiento normativo en derechos humanos.

[233] Artículo 3.1 n): «partes interesadas»: los empleados de la empresa, los empleados de sus filiales, los sindicatos y representantes de los trabajadores, los consumidores y otras personas, colectivos, comunidades o entidades cuyos derechos o intereses se vean afectados, o puedan verse afectados, por los productos, servicios y operaciones de dicha empresa, sus filiales y sus socios comerciales, incluidos los empleados, sindicatos y representantes de los trabajadores de los socios comerciales de la empresa, las instituciones nacionales medioambientales y de derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil entre cuyos fines se incluya la protección del medio ambiente, y los representantes legítimos de dichas personas, colectivos, comunidades o entidades;

deber de informarlas de manera adecuada –«con información pertinente y exhaustiva»–, otorgando a las partes interesadas la posibilidad de reclamar aún mayores informaciones (art. 13.2) [234]. Más importante aún, el artículo 13 establece las fases de la diligencia debida donde han de cooperar los *stakeholders*: en la valoración del riesgo y la asignación de prioridades a los más importantes; durante el desarrollo de los planes de acción preventiva y los planes de acción correctivas; a la hora de adoptar la decisión de poner fin o suspender una relación comercial; en la adopción de medidas adecuadas para la reparación; o durante el desarrollo de indicadores cuantitativos y cualitativos que han de utilizarse en la evaluación de las medidas de diligencia debida.

Como puede apreciarse, la lectura de las obligaciones de diligencia debida con las lentes de la metodología restaurativa tiene un amplio margen de actuación. Para transformar la participación en protagonismo, las empresas que desearan dar un paso más deberían, por ejemplo, asegurar que los *stakeholders* pudieran formar parte de los órganos de la empresa encargados de implementar y supervisar la diligencia debida. Ya propusimos, en este sentido, su inclusión en un órgano de vigilancia, el que se prevé ya en el artículo 31 bis del Código penal o en uno específico creado *ad hoc*, o en consejos sociales, similares a los que existen en algunas empresas [235]. Este paso supone ya garantizar que el diálogo, la consulta, se produce en términos de protagonismo, con los que tienen el poder dentro de la empresa de adoptar decisiones en la materia. Un paso más, en este punto, sería igualmente incluir dentro de la diligencia debida a los representantes de las empresas matrices, algo que la Directiva plantea sólo como una posibilidad en manos de los Estados miembros [236].

En el nivel más concreto, la concepción de los planes de mitigación de los efectos adversos reales (art. 10) o la reparación de los efectos adversos reales (art. 12) en términos restaurativos resulta más que una oportunidad una necesidad. La Directiva parte efectivamente de una situación de conflicto, en lo que se pretende es que la empresa y las partes afectadas por su actividad mantenga su relación en términos aceptables para los derechos humanos. Prueba de ello es que al igual que ocurre en la LkSG la resolución de un contrato con un pro-

[234] Artículo 13.2, segundo inciso: «Sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva (UE) 2016/943, las partes interesadas consultadas podrán presentar una solicitud motivada de información adicional pertinente, que la empresa proporcionará en un plazo razonable y en un formato apropiado y comprensible. Si la empresa rechazase una solicitud de información adicional, la parte interesada consultada tendrá derecho a recibir una justificación escrita de tal rechazo.»

[235] *Vide supra* II. Tipología de los conflictos entre empresas y derechos humanos. 4. El cumplimiento normativo en derecho humanos.

[236] Artículo 6. Apoyo a la diligencia debida a nivel de grupo.

veedor solo es la *ultima ratio* [237]. La reparación o mitigación de un efecto adverso constituye en realidad una restauración del conjunto de las relaciones entre la empresa y las partes afectadas, lo que incluye atender a los daños intangibles, como el incremento de la confianza. Para ello resultan imprescindibles técnicas como el mapeo de conflicto tanto al inicio de su diseño como durante su implementación con el fin, por ejemplo, de detectar y elegir correctamente a las partes interesadas y sus representantes, conocer la diversidad de intereses que pueden existir entre ellas y cómo la intervención realizada va modificando sus posiciones iniciales y su grado de satisfacción. La utilización en este punto de facilitadores que dirijan conferencias o círculos restaurativos es una decisión que aumentará la eficacia y hará disminuir los costes. En la práctica existen ya notables experiencias que muestran como adoptar enfoques meramente reparadores conduce normalmente al fracaso, tras invertir sumas ingentes de recursos.

Lo restaurativo en el marco de la diligencia debida como ya advertimos y hemos constatado tiene dos niveles diferentes que deberán ser atendidos: el abstracto del diseño del programa de cumplimiento y el concreto de la remediación y la mitigación. Aunque lo idóneo es adoptar una metodología restaurativa en ambos niveles, en el plano concreto resulta imprescindible.

Los beneficios del enfoque restaurativo en ambos planos son diversos. Si en el plano concreto, como acaba de verse, solucionará mejor y de manera más duradera un conflicto específico, en el plano más abstracto, el del diseño, implementación y evaluación de la política de diligencia debida el enfoque restaurativo aumentará la efectividad del programa de cumplimento en Derechos humanos, en cuanto que sirve para corregir alguno de los problemas más graves de los que adolecen los planes de cumplimiento que *mutatis mutandi* pueden contagiarse a los específicos en materia de derechos humanos.

En efecto, los programas de cumplimiento, también en esta materia, pueden derivar con facilidad en un instrumento policial-sancionatorio, que se interprete como un elemento coactivo de la empresa que encabeza la cadena de proveedores y que mediante ellos aumenta aún más su poder. Esta interpretación en clave policial del cumplimiento normativo da lugar a malformaciones bien conocidas: los responsables acaban considerando las medidas de cumplimiento como una herramienta de defensa de la entidad ante posibles sanciones o destinada a satisfacer formalmente las exigencias de los órganos de supervisión. A partir de esta visión, no es infrecuente que el programa de cumplimiento acabe siendo concebido como un sumatorio de todas las medidas posibles contenidas en estándares –normas ISO– o en disposiciones legales. La elefan-

[237] Artículo 10.6 b) y § 7 (3) LkSG.

tiasis y la burocratización de los programas de cumplimiento, acaba por incrementar sus costes, la burocratización y por desacreditarlos. Por su parte, en los destinatarios de las normas y controles esto se interpreta como una estrategia más de *command and control*, que puede también dar lugar a un cumplimiento formal y aparente, donde las medidas se entienden como una carga que lastra su normal actividad, lo que genera un cumplimiento cosmético.

Los aportes de la justicia restaurativa al cumplimiento normativo sintonizan con los remedios que para evitar estos problemas se han puesto de manifiesto desde ópticas tan diversas como el *behavioral compliance* o las teorías de la regulación [238]. El protagonismo de los *stakeholders*, aumenta no sólo la legitimidad de la empresa como antes señalábamos en los términos que siempre ha buscado la RSC, sino específicamente la legitimidad del programa de cumplimiento frente a sus destinatarios. Y ello porque contiene elementos de justicia procedimental que son determinantes a la hora de garantizar su obediencia, en cuanto que garantizan, o lo hacen en mayores dosis, un cumplimiento voluntario, donde la supervisión no resulta tan decisiva. Por otro lado, el protagonismo compensa el aumento de poder que la diligencia debida confiera a la empresa que encabeza la cadena de suministro. Una interpretación en clave policial o de *quasi* supervisión administrativa de la diligencia debida, supone que la empresa que encabeza la cadena de suministro a través de auditorías e inspección pueda ser vista por los proveedores como una suerte de aparato *quasi* estatal, lo que genera como se indicó, una dinámica adversarial y conflictual donde lo importante será salvar la inspección, aunque sea de manera formal, y no cumplir realmente con los objetivos de reducir los efectos lesivos que para los derechos humanos o el medio ambiente puedan estar presentes en su actividad.

2. **Una respuesta penal inspirada en principios restaurativos**

Pero la utilización de la justicia restaurativa en el diseño de una estrategia político criminal relativa a las violaciones de Derechos humanos puede ir más allá. Los planteamientos restaurativos sirven también para conformar la forma de actuación del *ius puniendi*. Una justicia penal –o sancionadora administrativa– diseñada sobre la base de la retribución carece de una utilidad directa

[238] Tyler, T. R.: «Self-Regulatory Approaches to White-Collar Crime: The Importance of Legitimacy and Procedural Justice», en Simpson, S./Weiburg, D. (eds): *The criminology of White Coller Crime. Springer*, 2009; en esta obra, Nieto Martín, A.: *Responsabilidad penal de la persona jurídica y programas de cumplimiento: de la gestión de la legalidad a la legitimidad*, p. X..

para las víctimas de los abusos. Que una gran empresa pague una copiosa multa conforme a lo establecido en el artículo 27 de la Directiva 2024/1760 en nada las beneficia, en realidad la única beneficiara de esta sanción es la Hacienda pública del país desarrollado en que se impone la sanción. El Derecho penal o sancionador administrativo ha dado encaje solo muy tardíamente a los intereses de las víctimas en el sistema penal. Un enfoque restaurativo del sistema puede ofrecer soluciones más innovadoras que satisfacen de manera más precisa las especiales características victimológicas que plantean los casos de violaciones de derechos humanos.

La confección restaurativa del sistema penal puede realizarse de varias formas. En primer lugar, puede plantearse de forma alternativa, a través de mecanismos de *diversion*. En este sentido, se ha planteado ya como transformar los acuerdos procesales que tienen lugar en los inicios del proceso penal, con el fin de suspender el proceso, con criterios restauradores.

En la práctica existen ya ejemplos ilustrativos que, aunque no llegan a ser totalmente restaurativos, sí que tienen componentes de justicia restaurativa. En el Reino Unido es conocido, por ejemplo, el caso *Steven Trent Water*[239]. La empresa, que se encargaba del suministro de agua en una región, había suministrado información falsa al órgano de supervisión –*Officer Water Regulation*– quien tenía como cometido fijar el precio del suministro a partir de los datos proporcionados por la empresa. Un cambio de dirección en la entidad, tras descubrirse el fraude, puso en marcha una investigación interna que transformó su cultura de cumplimiento, realizó cambios profundos en su organización y colaboró eficazmente con la investigación abierta por el *Serious Fraud Office (SFO)*. A la vista de estos hechos, el SFO llegó a un acuerdo con la entidad que además de incidir en medidas resocializadoras de la entidad, a través de la modificación del cumplimiento normativo, incluía la constitución de un fondo de compensación para las víctimas.

Esta tipología de acuerdos procesales es bien conocida en los Estados Unidos –DPA y NDPA– y han dado lugar a lo que se conoce como justicia estructural[240]. Las medidas de intervención judicial en empresas infractoras, en otro contexto normativo, también se empiezan a abrir paso en Italia, en las primeras fases del procedimiento penal[241]. En Brasil, en un supuesto de desas-

[239] Gillespie, N./Dietz, G./Lockey, S.: «Organizational Reintegration and Trust Repair after an Integrity Violation: A Case Study», en *Business Ethics Quarterly*, 24(3), 2014, pp. 371-410.

[240] Por todos, Mazzacuva, F.: L*'ente premiato. Il diritto punitive nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Giapachelli, 2020, y Garet, B.: «Structural Reform Prosecution», en *Virginia Law Review*, 93(4), 2007, 853-957.

[241] Colacurci, M.: *L'illecito «riparato» dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistica nel d.lgs. n. 231/2001*, Giapachelli, 2022.

tre ambiental de grandes magnitudes, protagonizado por una de las empresas mineras más importantes, Samarco, filial a su vez de gigantes del sector, los fiscales llegaron a un acuerdo que llevó a la suspensión del procedimiento [242]. El acuerdo supuso la creación de un cuantioso fondo fiduciario, cuya gestión se puso en manos de una fundación, Renova, creada a estos efectos. Su sofisticado sistema de gobernanza permitía la participación de los *stakeholders* y se diseñaron programas de reparación, que además de los aspectos más materiales, incluían también otros de carácter sociocultural. En Chile, el país con más tradición en Latinoamérica a la hora de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el caso *Ceresita* muestra también como estos acuerdos y sus medidas reparadoras pueden orientarse a la satisfacción de las comunidades afectadas incluso en caso de delitos sin «víctimas» como es la corrupción.

Los ejemplos podrían multiplicarse, pero lo importante es señalar que en bastantes ordenamientos se han abierto ya importantes mecanismos de *diversion* que pueden ir tiñéndose de valores y metodologías restaurativas. El examen atento de estos casos muestra además que las críticas y la falta de resultados de alguno de ellos podrían ser solucionados a través de una profundización en los valores y el método restaurativo. En general, en todos estos casos se ha actuado con una lógica reparadora, ayuna de los principios y valores restaurativos. Así, los victimarios no se han responsabilizado del daño, las víctimas no han desempeñado un papel protagonista, lo que ha contribuido a generar mecanismos burocráticos de reparación del daño que no han convertido a las víctimas en verdaderos destinatarios de la reparación y que han sido utilizados por los victimarios como formas de dejar de lado sus responsabilidades, sin que haya existido una petición de disculpas, ni una relación directa con las víctimas. Igualmente, algunos acuerdos, en ausencia de una responsabilización efectiva del victimario, son planteamientos oportunistas, estrategias de defensa penal, que por diversas razones se prefieren a un proceso formal. Esta percepción cala en los trabajadores y responsables de las empresas, que al final perciben que todo se reduce a un juego procesal, y no a un verdadero cambio de valores y de forma de hacer las cosas en la entidad.

Un enfoque restaurativo de los acuerdos procesales exigiría que fueran dejados en manos de facilitadores profesionales; que la información y las explicaciones que se les dan a las víctimas no pudieran ser utilizadas posteriormente en procesos penales –de otro modo siempre se acabará hurtando información relevante–; que los acuerdos fueran fraguados en círculos restaurativos;

[242] Prata, D. A.: «Corporate crime and environmental victimisation: analysis of the Samarco case», en *International Review of Penal Law (RIDP),* Paris, 2020, v. 91, issue 1, pp. 207-208.

que se atendiera sistemáticamente a los daños intangibles ocasionados por el conflicto y que el victimario fuera eficazmente resocializado para garantizar su no repetición; que las víctimas fueran también protagonistas en la reforma de los programas de cumplimiento, etc.. Por otro lado, el papel de los jueces, fiscales o las autoridades administrativas habría de consistir una vez derivado el procedimiento a proceder a una validación y convalidación final de los mismos, lo que aseguraría que los resultados son funcionalmente intercambiables con los fines preventivo-generales y especiales de la pena.

En el marco de la diligencia debida podrían jugar un papel esencial a la hora de promover este tipo de acuerdos y diseñar una estrategia restaurativa las autoridades de control establecidas por el artículo 25 de la Directiva 2024/1760. Especialmente, estas autoridades tienen la posibilidad en casos de detección de incumplimiento de conceder a la empresa un tiempo determinado para adoptar medidas de reparación. Igualmente, son competentes para ordenar la reparación del daño. La Directiva no prevé en cambio que una diligente implementación de estas medidas pueda tener efecto en las sanciones que deben imponerse ni en la restauración del daño, pero en muchos Estados esta previsión deberá combinarse con la existencia de acuerdos tanto en el marco de los procesos penales como administrativos e igualmente con el ejercicio del principio de oportunidad. Incluso la propia Directiva, en su artículo 26, considera también que diversos aspectos de la reparación pueden utilizarse como factores de mitigación de la sanción impuesta a la empresa.

Un segundo foco de restaurativización del sistema penal, en el que se viene insistiendo desde tiempos recientes, es el que se despliega en el diseño de las sanciones, sobre todo en las que afectan a las personas jurídicas. En los últimos tiempos, la multa y las sanciones de tipo interdictivo comienzan a perder su protagonismo. Prueba de ello es, por ejemplo, la nueva Directiva de la Unión Europea sobre protección penal del ambiente, incluye como sanciones la reparación del daño o la adopción de medidas eficaces de diligencia debida. Un enfoque restaurativo permitiría dar un paso más a la hora de confeccionar una nueva generación de sanciones donde las víctimas y sus intereses pasarían a ocupar un lugar central. El contenido punitivo de este nuevo aparato sancionador, además de atender a la reparación de las víctimas, es que suponen un traspaso de poder a las víctimas dentro de las empresas infractoras –de ahí que puedan designarse como sanciones empoderativas– a la par que limitan el poder de gestión de sus directivos. Este traspaso y pérdida de poder tiene un claro efecto preventivo general, seguramente mayor que el de una multa, pero también resocializador. Pero igualmente, y si se quiere en un

plano puramente retributivo o comunicativo, sirve para expresar mejor el reproche que se realiza a la entidad.

Las posibilidades concretas de conformar sanciones restaurativas son varias. Así, en primer lugar, cabe reformular la famosa multa de capital propuesta en los años ochenta del pasado siglo por Coffe. En su diseño original esta propuesta consistía en que la multa se ejecutara a través de una reducción del valor de las acciones con el que se emitiría un nuevo paquete de acciones que pasaría a manos del Estado. En una visión restaurativa, estas acciones pasarían a ser gestionadas por las propias víctimas, lo que les permitiría que sus intereses fueran tenidos en cuenta en la gestión de la entidad, promoviendo los aspectos preventivos. Igualmente, una alternativa más directa, es la de transformar la multa en fondos fiduciarios nuevamente gestionados por las víctimas. La medida de intervención judicial puede también transformarse con el fin de que representantes de las víctimas formaran parte de los órganos de cumplimiento, que han de establecer, implementar y supervisar las medidas de diligencia debida. Incluso, dentro del comiso, debe avanzarse en la utilización social de los fondos decomisados [243]. Carece de sentido, más bien es un contrasentido, que las ganancias que ha obtenido una firma textil por aprovecharse del trabajo infantil en un país del tercer mundo, pasen a la hacienda pública del país que realiza el proceso, en lugar de emplearse, por ejemplo, en planes de formación o la mejora de los centros de trabajo en el lugar donde han ocurrido los hechos.

Desde luego, la propuesta de una justicia restaurativa empresarial tiene aún aspectos débiles y despierta críticas. Es más que probable que se considere que la introducción de planteamientos restaurativos genera a la postre una zona de impunidad; que al final a las víctimas solo les puede interesar este tipo de planteamientos en relación a empresas solventes, con gran capacidad de recursos. Por otro lado, también puede objetarse que lo restaurativo para las empresas será siempre un motivo de consideración estratégica dentro del proceso penal, si un proceso convencional les va a ofrecer mejores resultados sin duda lo preferirán. En definitiva, los planteamientos estratégicos tanto de víctimas como victimarios pueden condicionar enormemente la viabilidad de las soluciones restaurativas. También hay quien señala que lo restaurativo solo es posible allí donde existe un daño a víctimas concretas, lo que por ejemplo alejaría la posibilidad utilizar estos planteamientos en casos de gran corrupción.

[243] *Vid.* Montaldo, S.: «Directive 2014/42/EU and social Reuse of Confiscated Assets in the EU: Advancing a Culture of Legality», en *New Journal of European Criminal Law*, vol. 6., Iss. 2, 2015.

Estas críticas, que en cualquier caso deben ser valoradas para profundizar en el desarrollo de los planteamientos restaurativos, no son concluyentes, ni mucho menos incapacitadoras. Lo que resulta necesario es comunicar con eficacia la idea de que lo restaurativo no es significa impunidad, y que las medidas restaurativas son capaces para cumplir los objetivos tradicionales del Derecho penal, y hacerlo además de manera más eficiente. Las diferencias entre personas naturales y jurídicas, a la hora de establecer las funciones del Derecho penal, pueden servir también para explicar en qué momento pueden aparecer los componentes restaurativos. En el caso de las personas físicas lo restaurativo aparece fundamentalmente ligado a la ejecución de la pena [244], es decir, en el ámbito penitenciario, en el momento de la medición de pena o en la configuración de nuevas penas restaurativas. La sensación de impunidad no es, por tanto, tan fuerte. Que los aspectos más retributivos se hayan cubierto a través de la sanción a la persona física, permite ahondar en las soluciones restaurativas en relación con las personas jurídicas. Ante daños y conflictos de gran envergadura las empresas de grandes dimensiones tienen mayor capacidad transformadora, pero el que la justicia restaurativa vaya más allá de la reparación permite también que cualquier empresa sea cual sea su tamaño pueda solventar el conflicto generado por su actividad a través de métodos restaurativos.

Por otro lado, y volviendo a la equivalencia funcional a la hora de satisfacer los fines de la pena, es inherente a la justicia restaurativa la asunción de responsabilidades por los dirigentes, más allá de su implicación personal en los hechos, y el enfrentarse con las víctimas y pedir disculpas de manera personalizada. La asunción de responsabilidades conlleva dimisiones, cambios en la estructura de poder de la empresa y, en su caso, la imposición de sanciones disciplinarias.

No debe olvidarse tampoco que la justicia restaurativa presupone una *lex artis*. Su primera misión será detectar las posiciones oportunistas y estratégicas y comprobar si en realidad los victimarios adoptan efectivamente los valores restaurativos. En la justicia restaurativa no cabe delegación, las empresas no son representadas por los abogados, en los círculos y conferencias restaurativas deben estar presentes sus dirigentes, aquellos quienes tienen el poder dentro de la entidad, lo que limita las estrategias oportunistas o engañosas.

Finalmente, tampoco es determinante la existencia de delitos sin víctimas, lo que en cualquier caso no afecta a las violaciones de Derechos humanos y las del medio ambiente. Precisamente este último bien jurídico, considerado

[244] García Arán, M. (coord.): *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

como colectivo, muestra que la unión bien jurídico colectivo –delito sin víctimas es falsa. Todo delito tiene víctimas de carne y hueso o en términos restaurativos habrá creado un conflicto que debe ser solucionado.

La discusión podría proseguir, pero creo que lo anterior da muestra de que al menos la posibilidad de conformar una justicia restaurativa empresarial que informe la política criminal, entendida en sentido amplio, en las violaciones de Derechos humanos realizadas por empresas, es una posibilidad que debe ser tenida necesariamente en cuenta.

VII. CONCLUSIONES

Este trabajo contiene, o al menos esa era su intención, un proyecto completo de política legislativa y criminal en materia de Derechos humanos, que comprende mecanismos de prevención, sanción y reparación. Asimismo, con él se intenta sistematizar una regulación multinivel, que mezcla normas de Derecho positivo nacionales e internacionales, con estándares privados y normas de *soft law*, en la que interactúan actores públicos y privados. Las principales destinatarias de esta regulación, las empresas, especialmente las multinacionales, tienen el deber de establecer normas más incisivas a la hora de proteger los Derechos humanos y el medio ambiente, a través de sus programas de diligencia debida. Son destinatarias, pero también actores principales, a la hora de garantizar la ejecución de una normativa que transciende de los territorios nacionales.

El desarrollo de la diligencia debida y la sostenibilidad se está produciendo a un ritmo acelerado, teniendo en cuenta los tiempos del Derecho y el carácter global de esta regulación. Aunque el problema de las empresas y los derechos humanos tiene ya más de medio siglo de historia, la estrategia de política legislativa establecida por los *Principios Rectores de Naciones Unidas* tiene poco más de una década, y ya muestra resultados visibles.

Sin embargo, las grietas y los interrogantes también son numerosos. El número de empresas afectadas por la Directiva europea sobre diligencia debida sigue siendo pequeño; resulta una incógnita si la información en materia de sostenibilidad unida a la transparencia incentivará cambios significativos o si persistirá la publicidad engañosa medioambiental; el poder sancionador y de supervisión de las agencias nacionales que establece la Directiva 2024/1760 se enfrenta a grandes desafíos al tener que regular a corporaciones muy poderosas. Además, se hay criticado que en la construcción de esta normativa no se

ha incorporado adecuadamente un enfoque de género [245], ni antidiscriminatorio [246]. En definitiva, alguien puede señalar que todo esto es más un estado pasajero, un *bluff* legislativo, que un sector del ordenamiento en desarrollo, aunque aún esté en su momento inicial. La llegada de la Administración Trump a los EE.UU. ha causado igualmente un terremoto en esta materia, que ha afectado a la UE, quien a través de la conocida como el proyecto de Directiva Omnibus pretende rebajar el contenido de alguna de esta normativa. En estos momentos es imposible predecir si lo pasajero será la idea de sostenibilidad tan vilipendiada por los nuevos mandatarios norteamericanos o en cambio lo será esta deriva reaccionaria. Lo que está claro es que el desarrollo de esta normativa es esencial para la dignidad humana y la coherencia de todo el sistema económico, desde esta perspectiva no cabe otro futuro que una evolución significativa hacia mayores niveles de sostenibilidad a escala global.

[245] Márquez Tejón, A.: «Empresas y género: mecanismos de acceso a la justicia para las mujeres temporeras en el sector agrícola en España», p. X.

[246] Algunas coaliciones de organizaciones de derechos humanos han llamado la atención sobre esta cuestión. Ver carta enviada a la Unión Europea: «International Women Human Rights Defenders Day: Over 60 NGOs Urge EU to Ensure Gender-Responsive Due Diligence Law», 2021. Disponible en: https://media.business-humanrights.org/media/documents/OPEN-LETTER-Urgent-request-to-ensure-a-gender-responsive-SCGD.pdf.

I. EL DERECHO PENAL ECONÓMICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. EL BLANQUEO DEL PRODUCTO DE LA VIOLACIÓN EMPRESARIAL DE DERECHOS HUMANOS: PROHIBICIÓN Y CRIMINALIZACIÓN

Jacobo Dopico Gómez-Aller*
Universidad Carlos III de Madrid

1.1 INTRODUCCIÓN

«Los operadores económicos no introducirán ni comercializarán en el mercado de la Unión productos fabricados con trabajo forzoso, ni tampoco exportarán dichos productos». Así reza el artículo 3 del reciente Reglamento europeo de trabajo forzoso (Reglamento (UE) 2024/3015 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2024, por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso y se modifica la Directiva (UE) 2019/1937). De este modo, la prohibición de traficar con productos obtenidos mediante violaciones de derechos humanos ha pasado a ser reconocida como parte del Derecho europeo.

Pero vayamos un paso más allá, desde el campo de la prohibición al de la sanción. En las próximas páginas nos preguntaremos: ¿puede ser *delictiva* la infracción de esa prohibición? ¿Es delictiva la actuación empresarial que incorpora a la propia cadena de suministro de materiales o productos a sabiendas que han sido obtenidos mediante uso de trabajo forzoso o esclavo, explotación de víctimas de trata (o, en general, mediante cualesquiera otras violaciones de derechos humanos)? ¿Lo es solo bajo ciertas circunstancias? Y, si bajo el Derecho vigente no lo fuera, ¿debería promoverse su criminalización?

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid.

Esta pregunta nos asoma a un ámbito difícil para el Derecho Penal: el de la deslocalización empresarial. La globalización de la producción y del comercio ha supuesto un extraordinario reto para los Estados en numerosos ámbitos: entre ellos, la prevención de cierto tipo de actuaciones empresariales violadoras de los derechos humanos, particularmente centradas en la explotación laboral extrema y prácticas próximas a la esclavitud. Cuando la cadena de valor de una empresa se encontraba principalmente en un solo Estado, este podía investigar y prevenir la existencia de graves delitos como estos. Sin embargo, los procesos de deslocalización han propiciado una fragmentación de la cadena de producción que, repartida por distintos países (habitualmente, países con niveles de protección de los derechos laborales más bajos), escapa de la acción inspectora y preventiva de los Estados [1].

La realidad de las violaciones de derechos humanos en el contexto de los procesos de deslocalización industrial ha sido objeto de atención de distintas instancias internacionales, que en los últimos años han ido impulsando una agenda internacional que aspira a su prevención. En menos de dos décadas ha ido arraigando y creciendo a sorprendente velocidad un programa internacional relativo a la prevención de impactos negativos de la actuación empresarial sobre derechos humanos que busca que las empresas se responsabilicen de la evitación de violaciones de derechos humanos en su cadena de suministro.

Ante la mirada de ilusionados y escépticos, a veces de modo coordinado y a veces no tanto, este programa ha ido *quemando fases* en distintas vertientes (iniciativas en organizaciones internacionales, leyes nacionales en distintos países, normativa europea, etc.) a gran velocidad [2]: a ritmos distintos, pero con un impulso aparentemente constante. Un impulso que en ocasiones es juzgado como insatisfactorio por los sectores políticos y activistas más comprometidos con la causa de la protección de los derechos humanos frente a las violaciones de origen empresarial, que han ido señalando con razón lo limitado de su alcance [3]; pero que –no debe perderse de vista– ha ido experimentando un *crescendo* constante desde sus recientes orígenes.

La más reciente de estas frustraciones e insatisfacciones ha sido la reformulación a la baja que ha experimentado la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. El texto de la propuesta (COM/2022/71 final) acordado en diciembre

[1] Un análisis tan lúcido como detallado en Mongillo (2019), p. 659. En la misma línea, Nieto Martín (2020), p. 161.

[2] Durán Ayago (2022), apartado 1.

[3] Por muchos, ver Greer (2018), apartado 6; Guamán Hernández (2021), pp. 92-94; la misma (2022), pp. 17 ss.

de 2023 por el Consejo y el Parlamento era notablemente más ambicioso; sin embargo, en febrero de 2024 en el Comité de Representantes Permanentes de la Unión Europea (COREPER) no se alcanzó la necesaria mayoría cualificada debido a que varios de los Estados miembros deseaban reducir el ámbito de aplicación de la norma, ralentizar o espaciar en el tiempo su avance y eliminar algunos de los puntos más incisivos, en lo que ha sido denominado un «sabotaje en la hora undécima» (Ciacchi, 2024, p. 6).

Finalmente, este bloqueo solo fue superado mediante una drástica reducción del alcance de la norma (que se limita ahora a empresas de más de 1.000 empleados y más de 450 millones de facturación anual, cuando inicialmente se proyectaba sobre empresas de más de 500 empleados y más de 150 millones de facturación anual; y que se ha visto desactivada en alguno de sus puntos más importantes; sobre todo este proceso, ver Carretero García, 2024, 174 y ss.; Bueno *et al.,* 2024, pp. 1-2; Janssen, 2024). En todo caso, esta versión (criticada por haber quedado «aguada» o «descafeinada»), ha salido adelante.

En las próximas líneas se sostendrá que a medio plazo el próximo objetivo europeo en este *crescendo* ha de ser el impulso de la criminalización de la incorporación del producto de violaciones de derechos humanos a la cadena de producción. Es así como se resolverán las posibles dudas que puedan surgir en la variedad normativa de los ordenamientos penales de los Estados miembros.

Se expondrán a continuación, pues, en primer lugar una breve referencia al camino que nos ha traído hasta aquí; posteriormente, las posibilidades que ofrece el Derecho penal hoy vigente para responder a esta necesidad; y finalmente se mostrarán los motivos político-criminales por los cuales debe avanzarse hacia una decisión legislativa a nivel europeo, haciendo hincapié en por qué se trata del paso más natural en el momento evolutivo en el que nos encontramos.

1.2 UNA RÁPIDA EVOLUCIÓN EN LAS ESTRATEGIAS PREVENTIVAS. «DEBERES DE REPORTE» Y «OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DEBIDA»

La prohibición de incorporar el producto de violaciones de derechos humanos a la cadena de suministro tiene dos antecedentes legislativos principales [4]: por una parte, las estrategias legislativas relacionadas con los «deberes de

[4] Sobre antecedentes más lejanos, ver Martín Hernández (2021), apartado I.1.

reporte» empresariales y los *estados no financieros*; por otra, la introducción de obligaciones de *diligencia debida* en la prevención de dichas violaciones [5].

1.2.1 **Deberes de reporte y estados no financieros**

La primera de las estrategias desarrolladas por los Estados y organizaciones internacionales dirigidas a prevenir este fenómeno la hallamos de forma paradigmática hace más de una década en leyes como la *California Transparency in Supply Chains Act* de 2010 [6]. Esta ley introducía un deber de *informar* al mercado (*disclosure*): exigía que las empresas medianas y grandes [7] hiciesen llegar al mercado de forma clara y comprensible, a través de su página web, qué esfuerzos estaban realizando para prevenir el *trabajo esclavo* y el *tráfico de personas* en sus cadenas de suministro, tanto en territorio nacional estadounidense como en el extranjero. El objetivo declarado de la ley era facilitar a los *consumidores* [8] una elección informada, de modo que fuese el juego de la oferta y la «demanda suficientemente informada» el que operase el efecto preventivo: los consumidores supuestamente no demandarían los productos de empresas que no proporcionasen esta información.

Se trataba aquí, pues, del *umbral mínimo* de intervención estatal para la prevención del trabajo esclavo y otras formas de moderna esclavitud: el Estado no obliga a adoptar ninguna concreta medida material para asegurar que en la propia cadena no entran suministros procedentes del trabajo esclavo, el tráfico de personas, etc.: sólo obliga a que se informe al mercado de cuánto esfuerzo (ya sea mucho, poco o ninguno) realiza la empresa para prevenirlo [9]; y será eventualmente la decisión de los consumidores –que supuestamente dejarían de adquirir bienes de las empresas que no mostrasen una suficiente responsabilidad en este campo– la que haría que las empresas incrementasen sus esfuerzos para evitar que en su cadena de suministro entrase el producto de la violación de los derechos humanos [10].

---

[5] Sobre esta evolución, con referencias a ordenamientos de distintos países europeos, ver Mongillo (2019), p. 661-664; Muñoz de Morales (2020), pp. 972 ss.

[6] Ver, por muchos, Harris (2015); Greer/Purvis (2016); Koekkoek/Marx/Wouters (2021).

[7] A partir de unos ingresos brutos de 100 millones de dólares.

[8] El § 1714.43 del *California Civil Code,* en su apartado (b), subraya que si la empresa no dispone de página web, debe proporcionar esa información a los consumidores que se lo soliciten en un plazo de treinta días.

[9] Harris (2015), p. i.

[10] En la misma línea de mínimos se movía la *Modern Slavery Act* británica de 2015, cuya parte 6.ª (titulada «Transparency in supply chains etc.») contenía un § 54 que obligaba a empresas a partir de cierto volumen a emitir una declaración sobre esclavitud y tráfico de personas por cada año financiero. En esa declaración o *statement* la empresa podría incluir información sobre la estructura organizativa de su negocio y su cadena de suministro; sus políticas en relación con el trabajo esclavo y el tráfico de personas; los

Un modelo similar (obligación de informar sobre las tareas realizadas *sin declarar obligatorias esas tareas*) fue el introducido en la Directiva de 2014 sobre información no financiera [11]. En su virtud se obliga a las empresas con un número medio de empleados superior a 500 a incluir en su informe anual un *estado no financiero* que incluya información sobre «la evolución, los resultados y la situación de la empresa, y el impacto de su actividad, relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno». Esta regulación fue traspuesta al ordenamiento español en el kilométrico artículo 49.6 del Código de Comercio, a raíz del Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre. Así, en ese informe deben incluirse, entre otras cosas, una descripción de las políticas y los procedimientos de diligencia debida aplicados por la empresa en relación con estos extremos (lo cual incluye las políticas y procedimientos dirigidos al respeto a los derechos humanos, y no solo en el interior de la empresa, sino «también en relación con sus cadenas de suministro y subcontratación», como señalan los considerandos 6 y 8 de la Directiva); los resultados de esas políticas y procedimientos; y los riesgos relacionados con esas cuestiones, incluyendo, cuando proceda, qué relaciones comerciales, productos o servicios pueden tener efectos negativos sobre estos ámbitos, y cómo gestiona la empresa estos riesgos [12].

1.2.2 **Deberes de diligencia debida**

Es obvio que esta primera estrategia era una aproximación enormemente tímida y muy poco incisiva [13]. Su principal mérito debe hallarse en que preparó el camino para la consolidación de una idea posterior: que las empresas deben ser destinatarias de *obligaciones materiales de prevención* en la cadena de suministro de violaciones de derechos humanos como el trabajo esclavo: obligaciones a las que se denomina con el término «diligencia debida», y que son «medidas que una empresa debe tomar para tener conocimiento, prevenir y responder de los

procedimientos de diligencia debida dirigidos a erradicarlos de sus negocios y de sus cadenas de suministro; las áreas de su negocio o de su cadena de suministro donde podría haber un riesgo de este tipo de actividades; la efectividad de todas estas actuaciones, y la formación recibida por su personal al respecto. Al respecto, por todos, ver Haynes (2016); Turner (2016), pp. 190 ss.

[11] La Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 introducía un nuevo artículo 19 bis en la previa Directiva 2013/34/UE, en relación con «la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos». Ver, por todos, Nieto Martín (2020), pp. 157 ss.; Durán Ayago (2022), apartado 2.

[12] Nieto Martín (2020), pp. 157-159.

[13] Gutierrez (2017), 72 ss., 81 ss.; Muñoz de Morales (2020), pp. 978 ss.

efectos negativos de sus actuaciones sobre los Derechos humanos» [14]. Y es que, lógicamente, solo tenía sentido un deber de *explicar y justificar los esfuerzos realizados* cuando el Derecho proyecta una *pretensión* sobre esos esfuerzos [15]: cuando quiere que sean debidos. En ese sentido, el tránsito de las obligaciones de información a los deberes de diligencia debida era un simple paso natural.

Esa pretensión halla sus raíces internacionales en los llamados *principios Ruggie* o Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2011 (PRNU). En el principio 15 ya se establece que las empresas deben contar con *políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, incluyendo «un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos»*. Asimismo, el principio 13 extiende el ámbito de estas obligaciones a los impactos negativos sobre los derechos humanos relacionados con operaciones, productos o servicios *prestados por sus relaciones comerciales* (lo cual abarca, entre otras cosas, «las relaciones con socios comerciales, entidades de su cadena de valor», etc.).

El avance de este enfoque ha sido imparable, como se ha señalado [16]. En 2017 la Unión Europea adoptaba este enfoque para un concreto sector del mercado, en el coloquialmente llamado «3TG Regulation» [17] o *Reglamento sobre la importación de minerales procedentes de zonas de conflicto* [18]. La creciente demanda industrial de cierto tipo de minerales (por ejemplo, de coltán para la industria de los teléfonos móviles) estaba produciendo un flujo inmenso de financiación que ayudaba a perpetuar terribles conflictos armados [19]. Siguiendo la estela de iniciativas como la Ley Dodd-Frank norteamericana, el Reglamento obliga a que las empresas importadoras a partir de cierto tamaño adopten pautas de diligencia debida para identificar si sus suministros proceden de zonas de conflicto o alto riesgo [20].

---

[14] Durán Ayago (2022), apartado 2.1 (citando un informe de John Ruggie).

[15] De modo similar, Gutiérrez (2017), p. 80, se pregunta por la lógica de un deber de información sobre las circunstancias de la cadena de suministro *en ausencia de un deber de diligencia debida que obligue a conocer dichas circunstancias*.

[16] Un análisis sobre los motivos de ese avance en el trabajo de Sanguinetti Raymond/Vivero Serrano (2021), precisamente titulado «El imparable avance de la diligencia debida en materia de derechos humanos».

[17] El acrónimo «3TG» hace referencia a los tres minerales cuyo nombre en inglés comienza por T (Tin, Tantalium, Tungsten) y al oro (Gold).

[18] Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo.

[19] Se estima que la República Democrática del Congo, inmersa en conflictos bélicos desde hace décadas, posee el 80 % de las reservas mundiales de coltán.

[20] Por todos, ver Diago (2017); Nieto Martín (2020), p. 158.

En ese «avance imparable» es la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, la que generaliza este enfoque e impone a las grandes empresas [21] la obligación de aplicar la *diligencia debida* en materia de derechos humanos y medio ambiente. Ese haz de obligaciones materiales implica, entre otras cosas, un deber de *integrar* dicha diligencia debida en sus políticas corporativas (art. 5); de *identificar* los impactos negativos reales o potenciales derivadas de sus operaciones (incluyendo las de sus filiales) o de sus relaciones comerciales vinculadas a su cadena de valor (art. 6); y de adoptar medidas para *prevenir* dichos impactos adversos (o, cuando no sea posible, *mitigar* sus efectos: art. 7).

El impulso político para este tránsito desde las simples obligaciones de *información* a las obligaciones de *diligencia debida* lo recibieron las instituciones europeas de diversos Estados miembros que ya habían avanzado más rápidamente por ese camino [22], como significativamente Francia en 2017 con la Ley de vigilancia de grandes empresas (*Loi relative au devoir de vigilance des societés mères et des entreprises donneuses d'ordre*) [23], los Países Bajos y su Ley de Diligencia Debida en materia de Trabajo Infantil de 2019 (Wet Zorgpflicht Kinderarbeid) [24], etc. Más recientemente, Alemania ha promulgado su Ley de diligencia debida en la cadena de producción (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*) [25]

1.3 LA ABIERTA INTRODUCCIÓN EN EL DERECHO EUROPEO DE UNA PROHIBICIÓN DE PRODUCTOS OBTENIDOS CON VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL MERCADO DE LA UNIÓN

Todos estos pasos conducen de modo evidente al siguiente: el reconocimiento europeo de la prohibición de importar productos obtenidos con violación de derechos humanos o incorporarlos a la propia cadena de valor. De he-

[21] Como ya hemos señalado, en la última fase de su tramitación el alcance de la directiva experimentó una drástica reducción, ya que comenzará por afectar únicamente a empresas que superen un muy elevado umbral: tener una media de más de 1000 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 450 000 000 EUR o ser la matriz de un grupo que supere dichos umbrales (o bien haber celebrado acuerdos de franquicia o de licencia en la Unión con empresas terceras independientes, cuando tales acuerdos supongan una identidad común, un concepto empresarial común y la aplicación de métodos empresariales uniformes y los correspondientes cánones hayan ascendido a más de 22,5 millones de euros, y siempre que la empresa haya generado, o sea la empresa matriz última de un grupo que haya generado, un volumen de negocios mundial neto superior a 80 millones de euros).

[22] Lantarón Barquín (2021), apartado 2.2.

[23] Por muchos, recientemente, ver Álvarez Vizcaya (2023); Guamán Hernández (2018), pp. 237-245.

[24] Por muchos, ver Mongillo (2019), pp. 664 ss.

[25] Ver, por ejemplo, Grabosch (2021), pp. 21 ss.; Rühl (2022).

cho, cabe afirmar que la estrategia legislativa de *deberes de diligencia debida* presuponía de modo tácito la existencia de esta prohibición: es difícil explicar por qué se puede imponer una diligencia debida dirigida a detectar algo que no esté prohibido [26]. La diligencia es el conjunto de cautelas y cuidados a las que obliga una *prohibición principal*.

La Unión Europea ya ha promovido en los últimos años distintas prohibiciones de este tipo, vinculadas a concretos sectores donde existen amplios acuerdos de política internacional para impedir que se las empresas financien y, con ello, perpetúen focos masivos de violación de Derechos humanos.. Un ejemplo claro lo hallamos en la normativa relativa a la prohibición de importar diamantes en bruto de zonas de conflicto [27].

Pero el establecimiento a nivel europeo de una *prohibición general* de incorporar a la propia cadena de valor el producto de la violación de derechos humanos en el mercado de la Unión aparece con el reciente Reglamento de trabajo forzoso (Reglamento (UE) 2024/3015 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2024, por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso y se modifica la Directiva (UE) 2019/1937).

El declarado objetivo del Reglamento es prohibir de manera efectiva la introducción y comercialización en el mercado de la UE y la exportación desde la UE de productos fabricados con trabajo forzoso. Su artículo 3 no deja lugar a duda alguna:

> «Los operadores económicos no introducirán ni comercializarán en el mercado de la Unión productos fabricados con trabajo forzoso, ni exportarán dichos productos» [28].

---

[26] El habitual discurso que señala que aquellas obligaciones de detección e investigación son de *medios* y no de *resultado*, mientras que la prohibición de importar o comerciar con estos productos sí sería una obligación de *resultado*, no obsta a lo aquí señalado. Una cosa es el alcance de la diligencia debida y de las consecuencias derivadas de su incumplimiento (obligación de medios o de resultado; deberes de diligencia debida, no de indemnización, etc.). Otra cosa es el hecho que aquí se señala: en este contexto solo tiene sentido obligar a desarrollar diligencia para detectar *algo* cuando existe una obligación principal de evitar o prevenir ese *algo*.

[27] Véanse Reglamento (CE) núm. 303/2002 del Consejo, de 18 de febrero de 2002; y el artículo 3 del Reglamento (CE) núm. 2368/2002 del Consejo, de 20 de diciembre de 2002 (sobre este último, ver Diago, 2014).

Una prohibición de estructura similar, aunque en el plano de la protección contra la destrucción ambiental (prohibición de introducir en el mercado de la UE materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal), se contiene en el Reglamento (UE) 2023/1115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 995/2010.

[28] En Jacob *et al.* (2022) se analizan las implicaciones de una medida como este en el mercado, así como los distintos modelos para su implementación (prohibición de importación frente a prohibición de tráfico).

No nos encontramos ya, pues, con *estrategias oblicuas* sino con una prohibición directa y frontal. No obstante, debe señalarse que las consecuencias jurídicas que se derivan para quien infrinja esta prohibición son bastante más limitadas de lo que la formulación inicial podría dar a entender. La infracción de esa prohibición nuclear puede dar lugar a una «decisión» de las autoridades competentes (art. 20) que contenga estos pronunciamientos:

1. «La prohibición de introducir o comercializar los productos afectados en el mercado de la Unión y de exportarlos» (lo que, en puridad, no es sino la declaración de que se ha cometido la infracción y de que, por ello, esos productos no pueden ser objeto de tráfico lícito); y
2. Dos posibles consecuencias jurídicas (apartados b y c del art. 20.4), que no son sino dos modalidades de restitución al *statu quo* ante: a) una orden de retirada del mercado de la Unión de dichos productos o su eliminación del interfaz *online* donde se estén ofreciendo; y b) una orden de eliminación de los productos afectados (si estas órdenes pudiesen perturbar una cadena de suministro de importancia estratégica o crítica para la unión, la orden de eliminación puede suspenderse, de modo que se dé un plazo a los operadores económicos para eliminar el trabajo forzoso de la cadena de suministro antes de adoptar la decisión definitiva; durante ese plazo, los productos serán retenidos, art. 20.5).

Como ya hemos señalado, las valoraciones políticas se dividen entre la bienvenida y la crítica por no haber alcanzado objetivos más altos (matizadamente habla Eustace, 2024, p. 164, de «a welcome start»). En todo caso, el reconocimiento a nivel europeo de esta prohibición implica, en primer lugar, que la adquisición de productos a sabiendas de su origen en explotación de trabajo esclavo o forzado, al ser una conducta *prohibida*, no puede pretender ampararse sin más en el argumento de la *conducta neutra* o acto normal de comercio [29]. Desaparecido ese argumento, la conducta aparece como un comportamiento ilegal que, a sabiendas, permite que quien viola derechos humanos se lucre con ello y, así, puede favorecer la continuidad o perpetuación de este tipo de violaciones. Ello obliga a plantear cuáles pueden ser las consecuencias penales de su infracción.

[29] Por ejemplo, ver Ambos (2018), pp. 114 ss.

1.4 LEGITIMACIÓN: ¿NUEVOS DEBERES *CUASIESTATALES* PARA LAS EMPRESAS O LA SIMPLE PROHIBICIÓN DE NO FAVORECER LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS? EL PARALELISMO CON LA RECEPTACIÓN

1.4.1 **¿Deberes negativos o deberes positivos?**

Pero antes de estudiar estas consecuencias penales nos ocuparemos de una cuestión de fundamentos: desde un punto de vista político se plantea la cuestión de la *naturaleza jurídica* de la prohibición de incorporar a la propia cadena de valor suministros obtenidos mediante la violación de derechos humanos (y, con ello, la pregunta por la *legitimidad* de esta prohibición). En términos muy sintéticos, podría plantearse así:

a) Para cierta perspectiva, esta prohibición no es más que una emanación o consecuencia de la prohibición general de dañar (*neminem laedere*), que afecta a todas las personas. La vigencia *erga omnes* de los derechos humanos como límite negativo a la libertad de acción (y también a la libertad económica) implicaría así no solo la prohibición de lesionarlos directamente sino también la de colaborar en su lesión o de otro modo fomentarla o favorecerla. En este sentido, la legitimidad de la prohibición de incorporar el producto de la violación de derechos humanos a la propia cadena de producción sería clara: las empresas, como cualquier otro sujeto, hallan un límite a su libertad en la prohibición de causar daños o colaborar en su producción (y, de modo cualificado, cuando esos daños afectan a derechos humanos). Colaborar en la rentabilidad de las violaciones de derechos sería, pues, una conducta que incrementa el riesgo de nuevas violaciones y, por ello, una emanación de la prohibición de dañar.

b) Para la perspectiva opuesta, esta prohibición constituiría una especie de «deber cuasipolicial», un deber de proteger los derechos humanos de otras personas frente a violaciones cometidas por otros sujetos (lo que doctrinalmente llamaríamos *deberes positivos* [30]). Para quienes sostienen esta perspectiva, prohibiciones como las contenidas en este Reglamento estarían imponiendo a las empresas tareas propias de los Estados, con la intención de evitar hechos negativos (violaciones de derechos humanos cometidos por otros sujetos) en cuya producción aquellas no tuvieron nada que ver. Para esta segunda

[30] Deberes que no obligan a *no dañar* intereses ajenos, sino a *mejorarlos*, a *protegerlos* frente a amenazas que no tienen que ver con nosotros, a *fomentarlos* (ver, por todos, Jakobs, 1997, 28/15).

perspectiva, pues, nos hallaríamos ante una especie de *sobrecarga con deberes de colaboración con tareas policiales*: una suerte de nuevo *impuesto* que exige que las empresas, en vez de *pagar*, realicen *directamente* tareas que corresponden al Estado. Por ello, desde esta posición se muestra reticencia ante la prohibición de incorporar el producto de la violación de derechos humanos a la propia cadena de suministro.

Pues bien: desde los *Principios Ruggie* hasta los documentos prelegislativos más recientes, las distintas estrategias legislativas parecen inscribirse cada vez con más claridad en la primera de las perspectivas [31]. Se trata de evitar los «impactos negativos» o «efectos adversos» sobre los derechos humanos que *la propia actuación empresarial* favorece (en especial, en países con menos capacidad para evitarlos) como auténticas *externalidades negativas* [32], al colaborar con quienes producen esas violaciones de derechos humanos [33]: la prohibición de favorecer este tipo de impactos negativos sería, así, una derivada de la prohibición de dañar a terceros o de colaborar con actos dañosos.

Es cierto, no obstante, que la empresa que adquiere productos que traen causa de una violación *previa* de derechos humanos no es quien ha causado esa violación. De hecho, toda la normativa europea atribuye la lesión de derechos humanos a la *cadena de valor* como tal, en la que se interrelacionan diversas

---

[31] Expresamente dice Ruggie (2013) que los deberes de las empresas se limitan a un **«deber de respetar»** los derechos humanos (pp. 90 ss.), y no un deber de *ayudar* o *colaborar con el Estado*; y que ese deber se extiende más allá de los estrictos límites de la empresa, llegando hasta toda la cadena de valor (pp. 97-98).

[32] La idea de externalidad negativa (un coste de la producción que la empresa no asume y que repercute sobre terceros) ¬aparece expresamente en el punto 1 del Memorándum explicativo de la propuesta de Directiva de diligencia debida.

[33] Este aspecto de *colaboración con el sujeto que produce la violación de derechos fundamentales* (participando en su delito o ayudándole a que lo rentabilice) es una clave importante.

En relación con el delito de blanqueo de capitales, Ana Carolina Carlos de Oliveira (2023, en especial puntos 3, 4.2 y 5) sostiene que los deberes preventivos asignados a las empresas son *positivos*, ya que se trata de una excepcional atribución de algún tipo de responsabilidad a una empresa por las violaciones cometidas por otros sujetos autónomos e independientes.

Es importante señalar que esta posición parte del campo del blanqueo de capitales, donde no solo existen prohibiciones de blanquear, sino también deberes de *denuncia* (que ciertamente muestran caracteres de deberes positivos, como señala Carlos de Oliveira; sobre ambos tipos de deberes, ver Bermejo, 2015, pp. 246 ss.). Sin embargo, la **prohibición de blanquear** debe considerarse un deber negativo. El hecho de que un sujeto A pueda tener algún tipo de responsabilidad en relación con los delitos del sujeto B no es algo excepcional que nos traslade al campo de deberes cuasipoliciales: es tan usual como la prohibición de *participar* en delitos ajenos y la prohibición de *ayudar a que los delitos ajenos sean rentables* (como la que está en la base del delito de receptación). Tanto en la participación criminal como en la receptación de bienes robados hablamos de responsabilidad penal en relación con un delito cometido por *otro* sujeto autónomo e independiente (y el cómplice o el receptador infringen deberes *negativos*, no positivos). No nos encontramos aquí, pues, con un deber positivo de denunciar o *controlar a otro*, sino con un deber negativo de *no participar en sus delitos ni ayudar a que los rentabilice*.

empresas. Pero ello no obsta a la consideración de estas obligaciones como deberes negativos: en ese sentido, esta prohibición busca responsabilizar a las empresas por las posibles violaciones de derechos humanos que pueden estar favoreciendo, facilitando o fomentando debido a su participación en dichas cadenas. No adquirir bienes de origen delictivo no es un «deber policial de prevenir delitos ajenos»: es una prohibición de generar estados de cosas dañosos o peligrosos para los derechos de las personas o cooperar en su generación.

Y es que, como se ha señalado [34], el fraccionamiento e internacionalización de las cadenas de valor es una de las circunstancias que favorece la impunidad de este tipo de actuaciones ilícitas [35]. La tolerancia a adquirir bienes producidos en otros países mediante la violación de derechos humanos, apelando a que quien los ha violado es *otro sujeto* que ha actuado en *otra jurisdicción*, es tanto como permitir que se financie la violación de derechos humanos. Esa financiación es lesiva para los bienes jurídicos más importantes, y puede ser por ello prohibida.

1.4.2 La incorporación de suministros a la propia cadena de valor *a sabiendas* de que proceden de la violación de derechos humanos. El paralelismo con la receptación de bienes de origen delictivo

Un paralelismo con delitos tan clásicos como la *receptación* o tráfico de bienes procedentes de un delito puede ilustrar la idea [36]. La prohibición de adquisición y tráfico de objetos robados no es un «deber policial» o una «imposición a los particulares de tareas estatales». La prohibición de adquirir estos bienes se legitima por los *efectos negativos que puede producir el receptador* al ayudar a que los ladrones rentabilicen su acción y se aprovechen de los efec-

[34] Mongillo (2019), p. 660: *«es necesario cambiar los mecanismos actuales de externalización ilimitada y de ruptura y dispersión incontrolada de la cadena de producción, con la consiguiente multiplicación de los actores implicados. De hecho, estos modelos económicos pulverizan las posiciones de responsabilidad en cuanto al respeto de las normas laborales, dificultan la vigilancia a lo largo de la cadena de suministro o de valor e impiden, en la práctica, la reconstrucción e imputación de responsabilidades a posteriori. Se ha demostrado empíricamente que cuantos más estratos tiene una cadena de suministro, más aumenta la cantidad de trabajo forzoso o explotado, tendiendo a engrosar los niveles más lejanos e intermedios de la cadena de distribución, especialmente en las fases relativas a la adquisición de materias primas y a la producción de materiales, situadas en países en desarrollo con menores costes laborales»*.

[35] El punto 1.º del Memorándum explicativo de la propuesta de Directiva de diligencia debida hace constante hincapié en esta perspectiva; un enfoque similar, aunque menos detallado, hace la propuesta de Reglamento sobre prohibición en el mercado UE de productos fabricados con trabajo forzado.

[36] Acuden a paralelismos con la figura de la receptación Mongillo (2019), pp. 670-671; Nieto (2020), pp. 161 ss.; García Sedano (2022), pp. 44-45.

tos de su delito [37]. Ciertamente, quien compra bienes robados no es considerado en el ordenamiento español ni en los de su entorno como un partícipe en *ese* concreto robo, ya que su intervención tiene lugar cuando el delito ya se había consumado: con otras palabras, no ha colaborado en lesión del patrimonio de la concreta víctima de *ese* robo. Sin embargo, prohibimos la receptación porque *fomenta* la ulterior comisión de delitos contra el patrimonio: sin receptación habría menos robos.

En este sentido, el receptador es sancionado por la incidencia que su propia acción tiene en el patrimonio de las personas de modo general: una incidencia distinta de la que tiene el robo –que directa y dolosamente lesiona los derechos de un concreto sujeto pasivo–, pero también lesiva para el bien jurídico patrimonio a un nivel más colectivo.

Sin esfuerzo se comprende que lo mismo puede predicarse de la incorporación a la propia cadena de suministro de bienes producidos mediante el uso de trabajo forzado o esclavo [38]. La prohibición de este tipo de actuaciones se explica como una prohibición de generar condiciones que favorezcan este tipo de violaciones de derechos humanos, y no como una suerte de deberes positivos que impliquen a las empresas en las tareas policiales de persecución de la explotación. Lo mismo, *servata distantia*, puede decirse de figuras como el delito doloso de blanqueo de capitales, en las que el sujeto activo interviene una vez ya se ha producido la actividad delictiva que da lugar al producto del delito.

1.4.3 **La incorporación de suministros a la propia cadena de valor *con infracción de la diligencia debida.* Deberes de cuidado y diligencia debida**

El debate puede parecer parcialmente distinto cuando hablamos de los deberes de diligencia debida: aquí no se trata de impedir que alguien *a sabiendas* trafique con bienes a sabiendas de su origen criminal, sino de impedir que lo haga *negligentemente* o *sin querer*. ¿Qué valoración merecen los *deberes de cuidado*, los deberes de investigar si en pasos previos de la cadena de suministro están teniendo lugar ese tipo de violaciones de los derechos humanos? [39] ¿Se trata aquí de deberes *positivos* o *negativos*?

---

[37] En este sentido, Lascuraín Sánchez (2023), citando a Molina Fernández (Memento Penal 2021, Cap. 35, número marginal 12341).

[38] Lascuraín (2023).

[39] Nótese que, el art. 1.3 del Reglamento sobre productos realizados con trabajo forzoso dice: «El presente Reglamento no crea obligaciones de diligencia debida adicionales para los operadores económicos además de las ya previstas en el Derecho de la Unión o nacional».

Nos encontramos aquí con una estrategia legislativa bien conocida en los últimos años, particularmente en ámbitos como la prevención del blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo: la **limitación del principio de confianza**. Esa limitación en ocasiones exige que, para poder confiar en el *partner,* debamos recabar de él cierto tipo de indicios más o menos estandarizados de la corrección de su actuación: solo ante esos indicios podemos *confiar* en él e interactuar sin incurrir en responsabilidad por participar en sus eventuales conductas ilícitas. Si somos agentes económicos particularmente fuertes y con poder de influencia en su cadena de valor [40] –como vemos en la evolución de la normativa sobre diligencia debida y derechos humanos–, se nos exigirá un nivel de comprobación mayor.

Esto, en efecto, supone que para evitar financiar, favorecer o facilitar las violaciones de derechos humanos no solo se exige una mera *abstención* de realizar conductas dolosas, sino que implica un mayor grado de exigencia en forma de deber de cuidado o diligencia: cerciorarse de que no se está favoreciendo la comisión de un delito [41] o ayudando a que este resulte rentable. Ahora bien: si atendemos a esta «diligencia debida», ¿se ve alterada la naturaleza de la *prohibición de traficar con bienes producidos mediante violación de derechos humanos*? ¿Nos encontramos entonces aquí con *deberes positivos* que obligan a las empresas a asumir tareas que en principio serían estatales?

La respuesta parece negativa. Un ejemplo básico puede ayudarnos: tanto el homicidio doloso como el homicidio imprudente son conductas que violan un *deber negativo* que está en la base de la prohibición de matar. Que esa prohibición pueda exigir realizar comprobaciones y desarrollar deberes de cuidado para no cometer un delito imprudente (detenerse ante una señal de «stop», comprobar si vienen peatones en un paso de cebra, confirmar el estado de las ruedas o los frenos cada cierto tiempo) no convierte a esas comprobaciones o deberes de cuidado en «tareas estatales de tipo policial asignadas a los particulares». Que se trate de un mayor nivel de exigencia no altera la realidad de que hablamos de una misma prohibición: que la propia actividad de la empresa no facilite o favorezca la continuidad de violaciones de derechos humanos [42].

---

[40] Sobre la relevancia de este factor, Nieto Martín (2020), pp. 153-154.

[41] Íntimamente relacionada con este tema se encuentra la cuestión de si una conducta es un acto de tráfico «neutra» o si es una participación en un acto delictivo ajeno. Un análisis sobre esta distinción en el plano de las relaciones comerciales internacionales puede hallarse en Ambos (2018), 108-132.

[42] Si analizamos la cuestión desde una perspectiva distinta (el punto de vista del cumplimiento regulatorio), sin duda ello implica requerir a la empresa un mayor esfuerzo en forma de deberes de comprobación que, en el caso de empresas de gran tamaño y capacidad de influencia en la cadena de valor, pueden llegar incluso a consistir en inspecciones de las instalaciones de un proveedor *on site* para constatar que en ellas no tiene lugar trabajo esclavo, forzado o infantil. Cuando se llega a este extremo, hallamos en efecto obligaciones novedosas de *third party compliance* que revolucionan los estándares hasta ahora conocidos (todo ello, una vez más, independientemente de si hablamos de deberes *positivos* o *negativos*).

1.5 RELEVANCIA PENAL DE LA INCORPORACIÓN A LA CADENA DE SUMINISTRO DE INSUMOS PROCEDENTES DE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

1.5.1 **Planteamiento**

Hemos visto el camino recorrido hasta el reconocimiento en el derecho europeo de una prohibición de incorporar a la propia cadena de suministro el producto de la violación de derechos humanos. También hemos visto que el Reglamento sobre productos de trabajo forzoso, cuando entre en vigor, no preverá sanciones para la violación de dicha prohibición, sino solo para la desobediencia a las órdenes de retirada o eliminación de productos (art. 37 en relación con el art. 20.4).

Sin embargo, esa misma conducta –siempre o bajo ciertas circunstancias– revista relevancia bajo la perspectiva del derecho penal nacional, porque pueda realizar determinados tipos penales.

Procede, pues, realizar dos preguntas:

— ¿Tiene *de lege lata* la infracción de esta prohibición alguna consecuencia en el plano penal bajo el derecho vigente? La pregunta es pertinente, puesto que hablamos de conductas que tienen una conexión con violaciones de derechos humanos que revisten relevancia penal (trabajo esclavo, trabajo forzoso, explotación extrema, etc.).

— ¿Sería aconsejable la creación de alguna nueva figura penal que recogiese específicamente la incorporación a la propia cadena de valor de suministros procedentes de la violación de derechos humanos?

1.5.2 ***De lege lata.*** **Vías para el litigio estratégico**

Distintas organizaciones no gubernamentales han instado la apertura de causas penales contra empresas que importan materias primas o productos obtenidos mediante trabajo esclavo, forzoso o infantil, en lo que se ha dado en llamar «litigio estratégico»: causas penales que, además de buscar una solución legal a un caso concreto, intentan impulsar promover cambios legislativos o políticos [43]. La pregunta que se nos plantea es: ¿qué margen existe para este tipo de acciones legales en relación con los casos que nos ocupan?

[43] Duffy, Helen (2018). *Strategic Human Rights Litigation*. Understanding and Maximizing Impact. Oxford *et al.*, Hart, p. 3.

El legislador español no ha adoptado la decisión de criminalizar específicamente esta conducta. Sin embargo, bajo ciertas circunstancias, varias de sus manifestaciones pueden considerarse abarcadas por distintas figuras penales ya existentes. Esto tiene un particular interés para las prácticas de *litigio estratégico*.

1.6 ¿Participación punible en un delito consistente en la violación de derechos humanos? (explotación extrema, servidumbre, trabajo forzado o esclavo, etc.)

Como ya se ha expuesto, la mera *adquisición* de suministros producidos mediante la violación de derechos humanos, de modo general y sin más requisitos, no puede ser considerada penalmente como una participación en dicha violación. Aunque en efecto esa violación fuese constitutiva de delito en el lugar en el que se realizó (por ejemplo, actividad productiva que emplea trabajo esclavo o forzoso), adquirir el producto de esa explotación sería una conducta que tiene lugar *una vez concluido* el delito y, por ello, no ha incidido en su comisión.

Bajo determinadas circunstancias, no obstante, distinta debe ser la calificación en los supuestos en que se establece con la empresa explotadora una *relación comercial continuada a sabiendas de que el suministro se obtiene sistemáticamente mediante trabajo forzoso o esclavo, explotación extrema, etc. en el extranjero.* En esos casos se podría plantear si los encargos y pagos continuados a la empresa podrían constituir una *participación* en el delito cometido en territorio de otro Estado [44]: la empresa contrata la adquisición de productos a sabiendas de que ello implica requerir una producción esclavista (y, por ello, criminal), y que con ello incita y financia la continuidad de esa actividad violadora de Derechos humanos. Esto resulta particularmente más claro si la empresa importadora es el *principal cliente* y, por ello, la principal vía de financiación de la actividad empresarial delictiva, o si tiene capacidad de intervención en las decisiones de gestión de la empresa explotadora o esclavista. Nótese que, en la medida en que importar o comercializar el producto del trabajo esclavo estaría prohibido en virtud del Reglamento propuesto, no cabría aquí acudir al argumento de la «conducta neutra» o «neutral» para impedir la calificación como participación delictiva [45].

[44] Así lo plantea Lascuraín (2023) en relación con la «promesa previa expresa de comercialización del producto fruto de la vulneración de derechos humanos».

[45] Cabe anticiparse a otro posible argumento de defensa: el que sostendría que el hecho de que el futuro reglamento europeo prevea sanciones de corte administrativo implica que esta conducta nunca podría

Por supuesto, con mayor claridad cabe hablar de una intervención punible en el delito cometido en el extranjero cuando la empresa que produce el suministro mediante violación de derechos humanos es materialmente una filial o sucursal de la empresa importadora, una auténtica *longa manu* (pensemos en casos en los que la fragmentación de la cadena de producción es fingida, con interposición de «empresas-testaferro» para ayudar a eludir responsabilidades). Así ocurre con las «fábricas pantalla», que trabajan bajo pedido de grandes marcas textiles: en muchos de esos casos, en realidad, nos hallamos con supuestos en que la proveedora realiza una *cesión* del establecimiento donde se violan los derechos a la gran empresa adquirente que, por ello, es en todo momento la garante de los derechos de los trabajadores [46].

Todo ello plantea un cauce de litigio estratégico para organizaciones de defensa de los derechos humanos; no obstante, suscita con frecuencia numerosos problemas prácticos, ya que en muchos casos la conducta no es formalmente constitutiva de delito en el Estado donde se ha realizado; o bien, pese a estar prevista como delito, sin embargo las autoridades del lugar (que es en principio el *forum delicti commissi*) son con frecuencia tolerantes con su comisión y remisas a la hora de perseguirlo [47].

1.7 BLANQUEO DE CAPITALES

a) *Planteamiento general*

Aunque podría pensarse que la adquisición de suministros procedentes de trabajo esclavo o forzado no se parece a la imagen paradigmática del blanqueo de capitales (no hallamos aquí los clásicos maquillajes contables, las

tener relevancia penal. El argumento sería erróneo, pues como hemos visto (art. 37), las sanciones se prevén únicamente para los casos de incumplimiento de las órdenes de retirada o eliminación de los productos elaborados con trabajo forzoso: se trataría de la sanción de una específica desobediencia a una orden de cesación o corrección (algo similar a lo que el art. 327.b CP contempla como fundamento de agravación en el tipo cualificado de delito medioambiental), pero que no prejuzga en modo alguno la relevancia de la conducta de introducir en la propia cadena de suministro productos de la violación de derechos humanos.

[46] Muy interesante a este respecto es el estudio de Gallo (2021), que analiza los casos de grandes marcas textiles argentinas que realizan pedidos sumamente concretos a «fábricas pantalla», con plazos y especificaciones técnicas determinadas. En estos casos, la autora sostiene que desde la perspectiva del Derecho del trabajo el comitente es garante, pues nos hallamos ante una relación de tercerización, i.e. un vínculo productivo a efectos laborales: la empresa-taller realiza una «cesión de establecimiento o explotación» a la gran marca textil, que pasa a ser responsable solidaria de la cobertura de riesgos laborales y, por ello, garante. Gallo refiere una resolución de la justicia argentina que, basándose en estos fundamentos procesó a los administradores de la gran marca textil; y ahonda en las bases teóricas de dichos fundamentos.

[47] Mongillo (2019), p. 657.

ficciones de operaciones financieras, etc. con la intención de *crear una historia «legal» para bienes de origen «ilegal»*), lo cierto es que la adquisición y conversión de bienes a sabiendas de que proceden de una actividad delictiva cometida total o parcialmente en el extranjero puede encajar en el tenor literal del delito de blanqueo de capitales (art. 301 CP).

Una mirada en detalle al supuesto que nos ocupa revela que nos encontramos ante una conducta que, incorporando el producto de un delito a la cadena de producción de la empresa, lo transforma e introduce en el mercado como parte de un producto lícito (nótese que a tenor del Reglamento, hablaremos de un producto de *prohibido comercio* en el mercado de la Unión Europea). Frente a posibles objeciones que cabría imaginar, se pueden anticipar las siguientes respuestas:

— A efectos del blanqueo, el trabajo esclavo y la explotación extrema son delitos productivos, no menos que la corrupción o los fraudes. Por ello, pueden ser la *actividad delictiva previa* a la que se refiere el delito de blanqueo. Esto ha sido reconocido, por ejemplo, por el High Court británico en su resolución del caso *R. (on the application of World Uyghur Congress) v Secretary of State for the Home Department & Others* [48], relativo a la importación de un algodón que, según los denunciantes, había sido producido en China mediante trabajo forzoso.

— Por otra parte, no supone un obstáculo para la condena por blanqueo el hecho de que se haya cometido *en territorio de otro Estado* (art. 301.4), siempre que la conducta allí no fuese penalmente atípica.

— El hecho de que el Código Penal desde 2003 no exija que los bienes tengan origen en un «delito» sino en una «actividad delictiva» ha dado pie a flexibilizar algunos requisitos adicionales [49], de modo que no se exige que haya habido una condena judicial previa por la actividad delictiva precedente (siempre que el juez sentenciador pueda considerar probada dicha actividad en el mismo procedimiento en el que se juzga el blanqueo) [50], y tampoco es necesa-

[48] Disponible en https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2023/01/World-Uyghur-Congress-v-HMRC-judgment-200123.pdf. En esta resolución se recoge cómo la *National Crime Agency* había advertido a un importador de algodón que los delitos relacionados con modernas formas de esclavitud y los crímenes contra la Humanidad pueden constituir el «delito antecedente» a los efectos del blanqueo de capitales. No obstante, a causa de otros motivos la resolución termina por concluir que el acto de importación de algodón no debía considerarse un acto de blanqueo. Al respecto, ver *infra*, en el texto.

[49] Abel Souto, 2011.

[50] Morillas Cueva, 2013, pp. 92 ss.; González Uriel, 2021, pp. 252 ss.

rio demostrar el específico acto delictivo que dio lugar a la producción de cada concreto bien [51].

Así, pues, no parece que el *objeto* del delito plantee particulares objeciones en el plano jurídico. Por supuesto, sí podrán surgir problemas *probatorios* respecto de si el bien o producto importado tiene en efecto origen en una actividad delictiva; o si el importador lo sabía [52].

Sin embargo, los aspectos más problemáticos no tienen que ver con el *objeto* del blanqueo (el producto de la actividad violadora de los derechos humanos) sino con la *conducta de blanqueo*. ¿Puede considerarse que *importar* bienes de origen criminal sea una forma de *blanqueo*? Es aquí donde se suscita más debate; y, por cierto, un debate que no se plantea del mismo modo en todos los ordenamientos, ya que el tipo penal de blanqueo no se configura del mismo modo en todos ellos.

b) *Particularidades que plantea la conducta típica de blanqueo. El caso español*

Tomemos el ejemplo español. Como es sabido, el delito de blanqueo ha experimentado una expansión extraordinaria en los últimos años, de modo que no solo abarca la clásica conducta de blanquear como *inventar un origen legal para un activo de origen criminal*, sino también un amplio rango de conductas, desde las más nucleares a las más auxiliares o secundarias, que intervienen en las distintas fases del blanqueo. Se ha generado así un delito muy amplio e indeterminado, cuyos perfiles son discutidos por doctrina y jurisprudencia.

Uno de estos debates es el relativo al alcance de la conducta típica de *adquirir bienes a sabiendas de su origen delictivo*. La jurisprudencia dominante y buena parte de la doctrina entienden que esas conductas solo son delictivas cuando se realizan «para ocultar o encubrir su origen ilícito» [53]. Sin embargo, otro sector de la doctrina entiende que con esa interpretación restrictiva se desarticula la lógica del precepto, y que los instrumentos internacionales recogen como delito la adquisición de bienes de origen delictivo

---

[51] También en este mismo sentido se manifestó el High Court británico en la mencionada causa *R. (on the application of World Uyghur Congress) v Secretary of State for the Home Department & Ors.*

[52] Asimismo, y en relación con el tipo imprudente, también podrán surgir dudas respecto de la existencia e infracción de un deber de cuidado por parte del importador: sobre ese tema volveremos brevemente al final de este trabajo.

[53] Por todos, ver Blanco Cordero, 2002, pp. 398-400, y Lascuraín Sánchez, 2018, p. 504.

también cuando se realiza sin intención de colaborar en su ocultación o encubrimiento [54].

Confrontemos el caso que nos ocupa con estas dos corrientes interpretativas. Mientras que para la segunda la importación de bienes a sabiendas de que proceden del trabajo esclavo (o con imprudencia grave al respecto) realiza el tipo de blanqueo, la primera solo lo admitirá en los casos en que esa importación sea un modo de *ocultar o encubrir su origen ilícito.*

Así, para esta corriente dominante en la jurisprudencia española el importador podría aducir que no ha ocultado ni encubierto nada, sino que se ha limitado a comerciar con esos activos para obtener un rendimiento económico (y que el hecho de que con ello beneficiase a quien los ha producido mediante trabajo forzoso, esclavo, etc. no es de por sí delictivo). Siendo así, las acusaciones deberían demostrar que el importador ha realizado algún tipo de actividad ocultadora o encubridora del origen criminal de los productos.

Esta concepción restrictiva de la jurisprudencia española plantea más dificultades a las organizaciones que intentan impulsar acusaciones populares en estrategias de litigio estratégico. La calificación como blanqueo será más viable cuando la importadora haya intervenido a sabiendas en actividades como transmisiones intermedias realizadas a través empresas de pantalla o haya proporcionado información falsa sobre el origen de los materiales en documentos como los estados no financieros, pero habrá supuestos en los que resultará difícil. No obstante, lo cierto es que la creciente introducción de obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y de prohibiciones de comerciar con bienes procedentes de trabajo forzoso o esclavo puede llevar a que las empresas que introduzcan este tipo de bienes en su cadena de suministro hayan tenido que realizar algún tipo de actividades de ocultación.

Por todo ello, dadas las circunstancias descritas (y en la medida en que la conducta no sea atípica en el país de comisión), para la línea jurisprudencial dominante en España la conducta de adquirir a sabiendas suministros obtenidos mediante actividad delictiva cometida en el extranjero para incor-

[54] Esta línea sostiene que en el artículo 301.1, donde dice «El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito», el elemento subjetivo específico «para ocultar o encubrir su origen ilícito» se refiere únicamente a la conducta de «cualquier otro acto», y no a los verbos típicos iniciales «adquirir», «poseer», etc. Por todos, ver Abel Souto, 2005, pp. 94-102 (con extensas referencias); Martínez Buján (2023), pp. 718-719 (donde explica que inicialmente sostenía una tesis distinta, y los argumentos por los cuales cambió de opinión).

porarlos a la propia cadena de valor y elaborar así productos que entren en el tráfico lícito tendrá encaje en los modernos tipos dolosos de blanqueo [55], siempre que, como hemos visto, se cumpla con el requisito de *ocultación de su origen criminal*.

c) *La regulación inglesa y el caso del Congreso Mundial Uigur*

Veamos ahora un interesante ejemplo procedente del ordenamiento británico. La *Proceedings of Crime Act* de 2002 distingue con claridad las conductas de *adquisición* de bienes a sabiendas de su origen delictivo y las de *ocultación o encubrimiento* de dichos bienes. Así,

— la sección 327 (*Concealing*) recoge las conductas de ocultación, transformación, encubrimiento, transferencia, etc.; y

— la sección 329 (*Acquisition, use and possession*) tipifica las conductas de adquisición, uso y posesión de bienes de origen criminal *sin someterlos a un requisito adicional de «intención de ocultar o encubrir su origen ilícito»*.

Por ello, aquí no sería necesario demostrar que el importador o adquirente había participado en actividades de ocultación. Sin embargo, la regulación británica también plantea alguna objeción. Para su ilustración resulta interesante el ya mencionado caso del Congreso Mundial Uigur (*World Uyghur Congress* o WUC) ante el High Court británico.

El caso se inició porque el WUC tuvo conocimiento de que distintas empresas estaban importando algodón producido en la Región Autónoma Uigur de Xinjiang (*Xinjiang Uyghur Autonomous Region* o XUAR) que, según aducían, estaba siendo producido mediante el uso de trabajo forzoso de miembros de la etnia uigur. Reuniendo los elementos probatorios de los que disponía, el WUC lo denunció a distintas agencias públicas británicas en 2020, solicitando entre otras cosas que se instase una investigación por el delito de *adquisición* de productos de previos delitos. Dado que las agencias declinaron su solicitud, el WUC recurrió esa negativa ante los tribunales. Es ante ese recurso que el High Court emitió la resolución que ahora nos interesa.

Tal como se recoge en la resolución, en efecto las autoridades británicas admitían que los delitos de la *Modern Slavery Act* de 2015 (entre ellos, trabajo forzoso, tráfico de personas, esclavitud o servidumbre) pueden consti-

[55] Cuestiones adicionales plantea el tipo imprudente de blanqueo: a este respecto, *vid. infra*, en el subapartado 3.b), *in fine*.

tuir el delito antecedente a efectos del delito de blanqueo. En ese punto, como ya hemos avanzado, no había problemas jurídicos. No obstante, el High Court desestimó el recurso del WUC con base en dos grupos de argumentos: por una parte, argumentos relativos a la prueba, que en este punto nos interesan menos [56]; pero por otro, argumentos jurídicos propios del tipo penal británico.

Y es que, aunque el tipo penal de *Acquisition, use and possession* recogido en la *Proceedments of Crime Act 2002* no exija el elemento intencional «para ocultar o encubrir su origen», sin embargo sí está sometido a *otros* elementos restrictivos. Así, según la sección 329.2.c) de la *Proceeds of Crime Act*, no comete el delito de *adquisición, uso o posesión* de bienes de origen criminal quien adquiere los bienes a cambio de su valor de mercado (cláusula *«for adequate consideration»*). Este argumento es de gran interés para el tema que nos ocupa, puesto que supone que, a falta de otras consideraciones, bajo el Derecho británico quien adquiere a sabiendas el producto del trabajo esclavo *a cambio de su valor de mercado* no cometería esta modalidad de blanqueo. En tal caso, la posible responsabilidad penal por blanqueo sólo podría provenir de *otras* modalidades de blanqueo si se diesen sus requisitos (la ocultación o encubrimiento del origen criminal, sección 327; o los acuerdos para facilitar a otras personas la adquisición, retención, utilización o control de bienes de origen criminal, sección 328).

1.8 *DE LEGE FERENDA*

Todo lo expuesto deja claro que, para disipar dudas y uniformizar el tratamiento de esta materia en el ámbito europeo, se hace necesario un paso más en la evolución de las estrategias político-legislativas en esta materia: una regulación coordinada que permita la sanción de estas conductas en los propios Estados miembros [57], sin depender de la colaboración de los Estados extranjeros en los que se puedan cometer estas violaciones empresariales de derechos

[56] El Tribunal consideró que el WUC no había aportado pruebas de que las partidas de algodón importado procediesen de trabajo forzado; y que la prueba de que *podrían proceder* de trabajo forzado no equivale a la prueba de que *en efecto* tenían tal procedencia (en especial, párrafos 48-56, 80). El argumento parece cuestionable, ya que no se está hablando del nivel probatorio requerido para *condenar*, sino para *abrir una investigación*.

[57] Ya en 2010 planteaba STOITCHKOVA (2010, 156-159) que la carencia de una normativa sancionadora produciría una perturbadora impunidad y que supondría un incentivo a que las empresas relaciones se implicasen en relaciones contractuales puntuales con repercusiones negativas sobre los derechos humanos, pero de gran valor económico.

humanos [58]. Como se ha señalado, el avance de estas iniciativas ha de ser necesariamente supranacional: de no ser así, solo algunos Estados sancionarían estas conductas, lo cual producirá desequilibrios en el mercado europeo e internacional [59].

1.9 UN ANTECEDENTE: LA CRIMINALIZACIÓN DEL USO DE LOS SERVICIOS DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS

Cierto antecedente de un precepto como este lo hallamos en las propuestas de criminalizar el uso de los servicios de las víctimas de trata de seres humanos, en tanto que prohibición de beneficiarse de una prestación obtenida mediante una violación de derechos humanos [60]. Propuestas como la contenida en el artículo 19 del Convenio de Varsovia de 2005 sobre lucha contra la trata de seres humanos, en el que las partes se comprometen a estudiar la posibilidad de criminalizar el uso de servicios de las víctimas de trata (servicios como la prostitución u otras formas de explotación sexual, el trabajo o servicios forzados, esclavitud, servidumbre o extirpación de órganos). La Directiva 2011/36/UE, en su artículo 18.4, concretó algo más este compromiso, al referirse al uso de estos servicios *a sabiendas* de que la persona es víctima de trata.

Siguiendo estas pautas, el Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos (2024) propone introducir un artículo 177 *quáter* en el Código Penal que plasme legislativamente este

---

[58] En el contexto del Proyecto de Investigación *«La responsabilidad penal de empresas transnacionales por violaciones a los Derechos Humanos y al medio ambiente – REPMULT (DER 2017-85144-C2)*, distintos investigadores hemos abonando esta propuesta, tanto en los seminarios y congresos organizados como en distintos trabajos. Ver, por todos, Mongillo (2019), p. 670-671 (planteando con dudas el modelo de *receptación*, y más aún en relación con un tipo imprudente sobre un posible tipo imprudente; dudas que le llevan a preferir un sistema de sanción administrativa); Nieto Martín (2020), 151; García Sedano (2022), p. 44-45; Lascuraín (2023), todos ellos apoyando un modelo que tomase como inspiración el tipo de receptación. En el congreso del Proyecto REPMULT en 2019 todos estos investigadores reflexionaron sobre ese «modelo receptación»; personalmente, en ese y otros seminarios he abonado la vía de un tipo derivado del *blanqueo de capitales*. Debido a la armonización que ha experimentado el delito de blanqueo de capitales en el ámbito internacional, el «modelo del blanqueo» parece más apropiado para elaborar propuestas regulatorias destinadas a varios Estados. Asimismo, las obligaciones de diligencia debida para la prevención de trabajo esclavo pueden integrarse en el *compliance* empresarial de modo similar los deberes de comprobación propios de la normativa antiblanqueo. Nieto Martín también planteó la posibilidad de emplear a estos efectos modalidades figuras propias del «derecho penal del comercio exterior» (sobre este concepto, ver Tiedemann (2010, §3)), cuya estructura también se adaptaría a los deberes empresariales de diligencia.

[59] Mongillo (2019), p. 669.

[60] Mongillo (2019), 675; García Sedano (2022), pp. 46-47.

compromiso. El precepto sigue en lo esencial las líneas del Convenio de Varsovia y la Directiva europea, si bien avanza algo más, al prever incluso un tipo imprudente [61].

1.10 TIPIFICAR LA INCORPORACIÓN A LA CADENA DE PRODUCCIÓN DEL PRODUCTO DE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Hay, no obstante, diferencias muy importantes entre la figura del «uso de los *servicios* de la víctima de trata» y un futuro tipo penal de «incorporación a la cadena de producción de *bienes* obtenidos mediante la violación de derechos humanos».

En efecto: en el primero de los casos el sujeto activo por lo general tiene un contacto con la víctima de la trata y realiza una participación *directa* en la violación de sus derechos humanos, al esclavizarla, explotarla, participar en su prostitución [62], etc. Sin embargo, el caso de la adquisición de *bienes* producidos mediante trabajo esclavo, servidumbre, etc. es distinto: la adquisición de esos suministros no supone una intervención en la violación de derechos humanos, que ya se había producido previamente [63]. Asimismo, al haber una distancia espacial y temporal con el foco de la actuación delictiva, puede resultar más difícil detectar que un bien por lo general *intra commercium* [64] ha sido producido mediante la violación de derechos humanos.

---

[61] El texto del proyectado artículo 177 *quáter*, en la versión expuesta para audiencia pública en el mes de abril de 2024 (https://www.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/APLO-TRATA-para-audiencia-publica-vf.pdf), es el siguiente:

1. Quien, sin haber intervenido como autor o partícipe, haga uso de los servicios, prestaciones o actividades de la víctima de cualquiera de las conductas previstas en el artículo 177 ter, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por un tiempo superior entre tres y seis años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.

2. En los casos en que el autor de las conductas descritas en el apartado anterior haya actuado con imprudencia grave se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años y seis meses

3. Quedará exento de pena quien, habiendo utilizado ocasionalmente los servicios, actividades o prestaciones de una víctima de los delitos previstos en el artículo 177 ter, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento o de las correspondientes diligencias policiales o judiciales.

[62] Ello implica en ocasiones un atentado directo, violento o intimidatorio, contra los derechos de la víctima. Sobre estos supuestos en el ámbito de la prostitución, ver Pozuelo Pérez, «La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetas, clientes y violación de personas prostituidas», en *Indret 1.2022.*

[63] Salvo en los casos, ya citados, de relación continuada (en los que el demandante sabe que cada nueva solicitud de suministros implica solicitar que se siga realizando producción esclavista, por ejemplo).

[64] Nótese, no obstante, que el artículo 177 *quáter* del Anteproyecto (siguiendo las pautas del Convenio de Varsovia y de la Directiva 2011/36/UE) incluyen como servicio la «extirpación de órganos», a pesar

Un futuro tipo penal debe atender a estas particularidades, y acotar suficientemente el rango de comportamientos que se pretenden perseguir, sin incurrir en las vaguedades e indefiniciones que hemos hallado, por ejemplo, en la tipificación del blanqueo de capitales. En este sentido, debe prestarse atención a elementos como los siguientes:

— Centrar la atención en las conductas cuantitativa y cualitativamente relevantes, evitando la criminalización de las conductas de menor entidad.

— Excluir del ámbito típico las actuaciones de consumidores [65], algo que puede lograrse estableciendo como requisito de autoría la condición de dedicación profesional al comercio de bienes o servicios.

Esta conducta puede hallar su encaje como subtipo del delito de blanqueo de capitales pues, como hemos visto, buena parte del núcleo fundamental de este grupo de conductas es calificable de blanqueo. Una posible redacción para el tipo doloso, coherente con el texto del vigente artículo 301 CP, podría ser adquirir, utilizar, convertir o transmitir bienes a sabiendas sabiendo que han sido obtenidos o elaborados mediante actividades de *trabajo forzoso o explotación de víctimas de la trata de personas* (como se ha dicho, con una previsión concursal del tipo «siempre que la conducta no estuviese ya sancionada con una pena más alta»); y contemplando expresamente que el culpable será igualmente castigado aunque las actividades empresariales de trabajo forzoso o explotación hubiesen sido realizadas total o parcialmente en el extranjero; y sin necesidad de una actividad de ocultación o transformación.

Ciertamente, como ha propuesto Lascuraín, podría también tipificarse como una particular modalidad de *receptación* que, en vez de limitarse (como hace el vigente artículo 298 CP) a los bienes procedentes de delitos contra el patrimonio, se ampliase a los bienes producidos mediante violación de derechos humanos (modernas formas de esclavitud, explotación extrema, por trabajadores víctimas de trata, etc.).

No obstante, su sede más natural parece ser la del blanqueo: no solo por lo expuesto anteriormente sino, además, porque se trata de un delito propio del Derecho penal empresarial y está en íntima conexión con deberes de diligencia debida, de naturaleza similar a los deberes en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Asimismo, si se desea contemplar una modalidad de imprudencia grave o una infracción consistente

---

de que el «uso» de ese servicio sería en realidad la adquisición de un bien *extra commercium* (el órgano).

[65] «Consumption remains legal» (Jacob *et al*., 2022, p. 38). Este es un elemento más que determina la diferencia entre prohibiciones de *contratar servicios* (como las que se criminalizan en el proyecto de artículo 177 quáter CP) y las de importar y comerciar con *bienes*.

en la mera infracción de los deberes de *diligencia debida* [66], la estructura de los delitos de blanqueo es más adaptable a estas necesidades [67].

A esta propuesta se han formulado algunas objeciones. Por su parte, Mongillo ha planteado dudas sobre la utilidad de un tipo penal que requiriese la prueba del dolo del importador, por lo difícil de su prueba. Debe concederse que se trata de un elemento que puede en ocasiones requerir un mayor esfuerzo probatorio, pero ello no impide la existencia y aplicación a día de hoy de tipos penales como el blanqueo doloso [68]. Por su parte, Nieto Martín ha entendido que un delito que adoptase la forma de la *receptación* no podría imponerse de modo general, sino solo en sectores específicos (y pone como ejemplo el Reglamento sobre minerales en zona de conflicto), donde ya exista un grado de concreción suficiente de los deberes de *due diligence* [69]. En mi opinión, debe compartirse esta objeción únicamente en relación con *tipos imprudentes* o eventuales *delitos de peligro* consistentes en la simple infracción de la diligencia debida en materia de derechos humanos; pero no en relación con un tipo doloso, en el que el sujeto activo *ya conoce* el origen criminal del suministro que adquiere, y por eso no necesita desarrollar diligencia debida en el sentido de emprender «medidas … para tener conocimiento, prevenir y responder de los efectos negativos de sus actuaciones sobre los Derechos humanos» [70].

Lo expuesto se refiere a un delito doloso. Por su parte, la decisión de tipificar una modalidad imprudente requiere una particular atención. El delito imprudente incluye un momento de infracción de un deber de cuidado, y en

---

[66] En este último sentido, Nieto Martín (2020), pp. 162-164.

[67] En todo caso, una posible regulación penal de estos futuros delitos debe prever un régimen concursal que los coordine con las figuras preexistentes, de modo que no operase un efecto perverso (por ejemplo, que no se convirtiese en un tipo privilegiado que, como *lex specialis*, fuese de aplicación preferente ante tipos penales que contemplan delitos más graves).

[68] Mongillo (2019), p. 671. Probablemente en la posición de este autor influya una concepción del dolo particularmente estricta, contrario a incluir en el dolo eventual supuestos en los que el sujeto tiene conocimiento de indicios particularmente notorios pero rechaza investigarlos (*wilful blindness*).

En todo caso, el dolo obviamente no planteará problemas en casos extremos: allá donde su origen sea notorio, debido a una investigación o una decisión de las autoridades competentes en aplicación del Reglamento de prohibición de productos elaborados con trabajo forzado, y pese a ello el sujeto activo decide continuar la actividad importadora. Asimismo, el informe elaborado para la Comisión de Comercio Internacional señala que si los poderes públicos ofrecen pautas orientativas (por ejemplo, programas de certificados de productores cumplidores o productos «libres de abuso»), con ello proporcionarán espacios de seguridad (Jacob *et al.,* 2022, p. 22).

[69] Nieto Martín (2020), p. 161: «Un tipo penal que castigase de manera general este comportamiento no sería conforme al mandato de determinación penal, por esta razón debe irse formulando de manera paulatina en sectores específicos, donde exista un grado de concreción suficiente de las medidas de *due diligence* en la cadena de suministro. La sanción penal del incumplimiento de los deberes de *due diligence* debiera servir para que las empresas redujeran en la medida de lo posible sus cadenas de suministro. Es un hecho comprobado que los riesgos de violaciones aumentan a medida que la cadena aumenta».

[70] Durán Ayago (2022), apartado 2.1 (citando un informe de John Ruggie).

este punto surgen diversas preguntas: ¿cuáles son los deberes de cuidado hoy vigentes, específicamente establecidos para la detección de las violaciones delictivas de derechos humanos en la cadena de suministro?[71] ¿Dónde existe un deber de investigar y dónde rige un principio de confianza en el comercio internacional? ¿Cuándo esa infracción podría calificarse de *grave*, para poder dar lugar a una criminalización? Estos deberes –que varían según la capacidad de la empresa para influir en la cadena de valor– se encuentran en una fase aún inicial, que requerirá un desarrollo más extenso y uniforme en los distintos Estados miembros de la UE: desarrollo que, si prestamos atención a la evolución que en esta materia hemos experimentado en poco más de una década, cabe pronosticar que no se hará esperar.

[71] Recuérdese que, como hemos visto, el art. 1.3 del Reglamento de trabajo forzoso reza: «El presente Reglamento no crea obligaciones de diligencia debida adicionales para los operadores económicos además de las ya previstas en el Derecho de la Unión o nacional».

2. INEFICACIA DEL TIPO DE CORRUPCIÓN DE EMPRESAS MULTINACIONALES. HACIA UN NUEVO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO [1]

Pilar Otero González[*]
Universidad Carlos III de Madrid

2.1 EVOLUCIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL

La «gran corrupción», consistente en la actuación sobornadora de algunas empresas multinacionales para adjudicarse contratos por parte de terceros Estados, se desarrolló en los años setenta coincidiendo con la expansión y desarrollo del comercio internacional.

Para contener esta práctica, en EE. UU. se aprobó en 1977 *The Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), generando responsabilidades de naturaleza civil, administrativa y penal. Dos décadas después, la OCDE aprobó en 1997 el «Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» [2], considerado el documento de mayor proyección sobre la materia, aunque no hay que desdeñar el Convenio Penal del Consejo de Europa (173) sobre la Corrupción y, en el marco de la ONU, la Convención contra la Corrupción de 2003.

---

[*] Catedrática de Derecho penal. Universidad Carlos III de Madrid.

[1] El presente trabajo se enmarca en el Proyecto I+D *La responsabilidad penal de empresas transnacionales por violaciones a los Derechos Humanos y al medio ambiente* (DER2017-85144-C2) y en el *Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad* (PHS-2024/PH-HUM-65 (ON TRUST-CM)).

[2] Sobre el punto de inflexión que supuso este convenio en la lucha contra esta clase de corrupción, véase Otero González, P., «La corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015», *Cuadernos de José María Lidón*, núm. 12, 2016_1, pp. 204-205.

En cumplimiento del Convenio OCDE [3], se introdujo –mediante LO 3/2000, de 11 de enero–, este delito en artículo 445 bis del Código penal español, dentro del Título XIX Bis, rubricado «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales». El tipo penal se configuró como una modalidad específica de cohecho activo.

Resulta curioso que la Exposición de Motivos de la LO 3/2000 ni siquiera tuviera claro qué protege el nuevo tipo penal incorporado en ese momento, pues lacónicamente se señalaba «se ha considerado adecuado establecer un nuevo Título en el Código Penal, numerado como XIX bis, que protege *el bien jurídico de la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales»* sin mencionar cuál es ese bien jurídico protegido. No obstante, nótese que el Legislador de 2000 lo ubica en un Título independiente (XIX bis) entre «los delitos contra la Administración Pública» (T. XIX) y «los delitos contra la Administración de Justicia» (T. XX) lo que indica que no se quiere identificar ese *nuevo* bien jurídico ni con el *buen funcionamiento de la Administración Pública* ni con la *correcta actuación de la Administración de Justicia*, tratándose, pues, de un delito *sui generis* a estos efectos.

Una nueva reforma, la operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, cambió de ubicación el tipo penal pasando a constituir el artículo 445, como consecuencia de la supresión del recién título creado, el XIX bis, e introduciéndose, para ensamblar el precepto, un inédito capítulo X «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», dentro del Título XIX: «Delitos contra la Administración Pública», con la única alteración consistente en añadir un párrafo para prever, en su caso, la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal.

El traslado de lugar fue inadecuado porque no se incrimina a través de esta figura al funcionario público extranjero autor del cohecho pasivo y, por tanto, de acuerdo a nuestra legislación, no se estaba lesionando en aquel momento el buen funcionamiento de la Administración Pública *española*. Para desestimar que ese fuera el bien jurídico protegido bastaba con plantearse algo tan simple como quién sobornaba y a quién se sobornaba. No olvidemos que este tipo penal está construido como una modalidad agravada del cohecho *activo*, siguiendo los dictados del Convenio OCDE, que enfocó sus esfuerzos, no hacia la demanda que habría hecho hincapié en el cohecho pasivo, sino hacia áreas relacionadas con la oferta, frenando a las empresas que pretenden realizar pagos irregulares para obtener atención indebida de los funcionarios. Por otro lado, la decisión del Legislador de castigar solo el cohecho activo es inevitable si tomamos en conside-

[3] Ratificado por España el 14 de enero de 2000.

ración que lo habitual es que este cohecho se desenvuelva fuera del país donde la empresa sobornadora tiene su sede, con las consecuencias inimaginables de que el Estado extranjero pueda acceder a la extradición del funcionario [4], aplicándosele a este la normativa propia sobre el cohecho pasivo.

La LO 5/2010, atendiendo las Recomendaciones que la OCDE efectuó a España en 2006 en su segunda fase de evaluación sobre el cumplimiento del Convenio [5], reconfiguró este tipo para ampliar el concepto penal de funcionario público a los efectos de los delitos de cohecho, equiparando los funcionarios españoles a los de la Unión Europea y a los funcionarios de otro Estado miembro de la Unión [6].

A pesar de estas modificaciones, centradas en el –no incriminado– cohecho pasivo, por lo que ahora atañe, el tipo penal seguía ubicado incorrectamente dentro de los «delitos contra la Administración Pública».

La siguiente reforma de este tipo penal llegó de la mano de la LO 1/2015 como consecuencia del Informe que la OCDE realizó a España en diciembre de 2012 [7]. Así, se endurecen las penas por este tipo de soborno y se incluye el comiso ampliado en el artículo 127 bis [8] transponiendo la Directiva Europea 2014/42/UE en relación con este tipo de conductas. Como medida auxiliar a la eficacia de este delito, se modificó asimismo el 31 bis del CP, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas [9], estableciendo la responsabilidad penal de las empresas cuando se detectase un incumplimiento de los deberes de vigilancia, fomentándose así un modelo preventivo.

La principal novedad de 2015, a los efectos que nos interesa, amplía aún más el concepto de funcionario público, englobando al funcionario nacional y

---

[4] Fabián Caparrós, E. A., *La corrupción de agente público extranjero e internacional,* Valencia, (Tirant lo Blanch), 2003, p. 88.

[5] Se le advirtió sobre la necesidad de ampliar el concepto de funcionario público extranjero en los términos sugeridos en el artículo 1.4 del Convenio que establece «por agente público extranjero se entiende cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública».

[6] Asimismo, previó penas privativas de libertad para poder hacer efectiva la extradición, y se reguló la responsabilidad penal de las personas jurídicas en este delito, de acuerdo con el artículo 2 del Convenio «cada parte tomará las medidas que sean necesarias de conformidad con sus principios jurídicos para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero» y con el artículo 3 del «Segundo Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas», Bruselas, 10 de junio de 1997 (DO C 221 de 19.7.1997).

[7] Detalladamente sobre el informe, Otero González, P. (2016$_1$), pp. 239-240.

[8] «1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito (…): g) Delitos de corrupción en los negocios».

[9] *Vid.*, asimismo el artículo 288 CP reformado conforme a la LO 1/2019, de 20 de febrero.

extranjero sin ninguna limitación, como consecuencia de la remisión efectuada por el artículo 286 ter a los artículos 24 y 427 CP [10].

Ello resulta incoherente con el bien jurídico pretendidamente tutelado. En efecto, tras varias reformas del precepto sucintamente señaladas, por lo que ahora interesa, esta figura, por virtud de la LO 1/2015, muda de nuevo de lugar para pasar a constituir el artículo 286 ter, en una nueva sección 4.ª dedicada, junto con el artículo 286 bis, a los delitos de «corrupción en los negocios» dentro del Capítulo XI «delitos relativos al mercado y a los consumidores» del Título XIII «delitos contra el orden socioeconómico». No puede negarse que esta ubicación correlativa de ambos tipos es más adecuada que las anteriores, en la medida en que subraya la competencia leal en los negocios (bien, de ámbito nacional –286 bis– o internacional –286 ter–) como bien jurídico común protegido, puesto que el núcleo de las conductas típicas, en su modalidad de cohecho activo, se sitúa, precisamente, en la obtención o intento de obtención, mediante soborno, de contratos, negocios o cualquier otra ventaja competitiva en las relaciones comerciales. Pretende reafirmarse con ello primordialmente la protección de las reglas de la competencia en el mercado tanto de ámbito nacional como transnacional, dotándolas de unidad y haciendo, por tanto, hincapié en el soborno en la contratación, pasando a un segundo plano el marco en que este se produzca o quiénes sean los sujetos de esta relación corrupta [11].

Debe advertirse, no obstante, que aun cuando no se constate un perjuicio evaluable para los competidores, ambas clases de corrupción afectan al conjunto de la sociedad, al perturbarse gravemente las reglas concurrenciales del mercado. Recordemos que estos tipos se subsumen en el Capítulo dedicado, entre otros, a «los delitos contra el mercado y los consumidores», luego se está tute-

---

[10] El artículo 427 CP actual contiene, en efecto, una definición de lo que debe entenderse por funcionario público extranjero a los efectos del cohecho:

a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.

c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública.

Ello resulta incoherente con la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, que sigue aludiendo a «corrupción de agente público extranjero».

Esta equiparación ha generado disfunciones serias en nuestra normativa interna poniendo en cuestión la propia operatividad del artículo 286 ter. *Vid.*, al respecto, Otero González, P., «Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015 (análisis de cuestiones concretas de los artículos 286 bis y ter CP)», en: Villoria, M., Gimeno Feliu, J. M.; Tejedor Balsa, J. (eds.). *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona, (Atelier), 2016, pp. 480 ss.

[11] Ampliamente, Otero González, P., «La progresiva ampliación del ámbito típico del delito de corrupción privada», *Indret Penal*, núm. 4, 2019, pp. 3-4.

lando también de forma mediata a estos a los que repercute en último término. Precisamente por ello, es un delito cuya persecución se efectúa de oficio [12].

Nótese que la nueva ubicación del tipo aun siendo más adecuada que la anterior, pues refuerza la protección de la justa competencia, sin embargo vuelve a contemplar la corrupción internacional como un delito pluriofensivo [13], no solo por afectar indirectamente a los consumidores, sino adicionalmente, porque, en la medida en que se soborna al funcionario público –ahora nacional o extranjero– que interviene en un acto de contratación pública, se vulnera también el principio de imparcialidad en la función pública, habida cuenta de que se puede sancionar ese cohecho pasivo a través de los delitos de los artículos 419 ss. en determinadas circunstancias. Resulta paradójico, pues, que cuando, por la ubicación del tipo, se cifra el bien jurídico en la competencia justa, al mismo tiempo se protege indirectamente la función pública, al poderse castigar el cohecho pasivo de este delito por otras vías.

Todo este baile de ubicación y desorientación del Legislador sobre el bien jurídico protegido en este tipo de cohecho debe tenerse en cuenta para cuestionar si la competencia justa y leal es adecuada o suficiente como objeto de tutela para incriminar estas conductas, lo que será abordado en los siguientes epígrafes. No resulta difícil adelantar que este tipo de corrupción vulnera bienes jurídicos que exceden en mucho de la competencia leal, donde se ubica el tipo. En consecuencia, su tipificación en el artículo 286 ter no acoge la gravedad [14] de las consecuencias de esta corrupción.

2.2 BALANCE DE APLICACIÓN DEL TIPO PENAL

Pese a la presumible bondad de la tipificación de estas conductas, en ocasiones excediéndose incluso de las previsiones del Convenio, pese a las modificaciones que han pretendido mejorar la técnica legislativa o superar ciertos obstáculos que impedían la incriminación (por ejemplo, elevar las penas para facilitar la extradición), el balance de aplicación de este delito no puede ser más negativo. En primer lugar, la SAN 3/2017, 23-2 donde se condena a dos sujetos por emitir pagos de 70.000€ a altos cargos del Ministerio de Educación

[12] Cfr., artículo 287 CP.

[13] En favor del carácter pluriofensivo, De la Cuesta Arzamendi, J. L; Blanco Cordero, I., «Los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», *Revista de ciencias penales*, vol. 4, 2001-2002, pp. 12-13. Palomo del Arco, A., «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en: Gómez Tomillo, M. *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Valladolid, (Lex Nova), 2011, p. 1645. Parés López de Lemos, A., «Pluriofensividad de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales: corrupción y cohecho», *Foro, Nueva época,* vol. 20, núm. 1, 2017, pp. 127-187.

[14] Parés López de Lemos, A., 2017, p. 180.

de Guinea Ecuatorial, para conseguir contratos de edición de libros de texto con dicho Estado. Se percibe, sin necesidad de profundizar en los hechos probados, que no es precisamente este el prototipo de corrupción internacional, pues, por el contrario, estos casos suelen ir acompañados de falsedades documentales, sociedades pantalla y blanqueos de capitales. Y, en segundo lugar (este sí paradigmático de corrupción internacional), la SAN 4/2023, 24-2 (y confirmada por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional SAN 813/2023, de 16-10), condenando al ex director comercial de la empresa semipública DEFEX y al presidente de la subcontratista por las adjudicaciones del Gobierno de Camerún entre 2005 y 2013 a cambio de comisiones y sobornos a autoridades y funcionarios para el suministro de material de defensa y seguridad.

Sí nos consta, por el contrario, tres autos de imputación por parte de la AN, en este caso de supuestos paradigmáticos de corrupción internacional. En primer lugar, el asunto de la empresa española FCC Construcción S. A. –pieza separada del caso Odebrecht–, que emitió pagos en Suiza de 82 millones de euros para conseguir que se le adjudicaran unas obras en el Metro en Panamá, colaborando así con el desvío de fondos hacia la «caja b» de Odebrecht S. A. para el pago de estos sobornos [15]. EE. UU., Brasil y Suiza llegaron a un acuerdo de conformidad con Odebrecht S. A. lo que no impidió que otros países investigaran los hechos [16].

En segundo lugar, figura el AAN 260/2014, de 17 de diciembre (DEFEX), que confirma la imputación de esta sociedad mercantil estatal por el delito de corrupción transnacional, estudiándose el artículo 31 bis 5 CP. Relacionado con el anterior, pesa el AAN 6 de marzo de 2019 [17] sobre el caso DEFEX pieza separada de Arabia Saudí por el pago de comisiones millonarias a funcionarios de Arabia Saudí con el fin de conseguir el contrato de venta de armas a este país. La empresa pública aprovechó que no había adoptado ningún mecanismo de prevención de la corrupción. Debe tenerse en cuenta un detalle al respecto: no sabemos si esto supone realmente un cambio de tendencia por parte de España en punto a la voluntad de perseguir estas conductas, ya que ambas diligencias del caso DEFEX traen causa de una comisión rogatoria de un tribunal de Luxemburgo, país promotor de la persecución de la presumible práctica corrupta, no España [18].

---

[15] AAN 2715/2019 Diligencias previas – Audiencia Nacional. Juzgados Centrales de Instrucción 29/10/2019 núm. de Recurso:34/20 por presunto delito de cohecho internacional (286 ter) y blanqueo (301) CP.

[16] Sobre el caso Odebrecht S. A., *vid.*, ampliamente, OCDE (2017), *La Detección del Cohecho Internacional,* Ediciones OCDE, París. www.oecd.org/corruption/the-detection-of-foreign-bribery.htm, pp. 178-179.

[17] Diligencias Previas 65/2014 y 122/2015 del Juzgado de Instrucción Número 5 de la Audiencia Nacional.

[18] Véase, Arvelo Rodríguez, P., «La aportación del marco penal español para erradicar la corrupción transnacional: una doble vía inacabada», *Eunomía,* núm. 17, 2019, p. 163.

Con idéntica mecánica comisiva destaca el caso MERCASA (también empresa pública) reflejado en el Auto JCI de 25 noviembre de 2019. JUR 2019\325777. Las sociedades investigadas (MERCASA, la más importante) a través de la mercantil Consorcio Mercasa Incatema Consulting SL (CMIC), se concertaron para la consecución y mantenimiento de contratos públicos en República Dominicana, Panamá, Argentina y Angola, pagando comisiones a autoridades y funcionarios públicos de esos países. Los pagos por parte de CMIC se camuflaban bajo acuerdos de consultoría a través de intermediarios, abonándoles por esta tarea de intermediación ilícita un porcentaje de la suma total del contrato público adjudicado. Uno de los intermediarios (en busca y captura nacional e internacional) trabajaba también para DEFEX con el mismo patrón, cobrando comisiones millonarias sobre el valor del contrato marco.

2.3 ¿POR QUÉ NO SE CASTIGAN ESTAS CONDUCTAS? POSIBLES CAUSAS

2.3.1 **Dificultades de perseguibilidad**

Las dificultades de perseguibilidad derivan, en primer lugar, de la complejidad de estos procedimientos con multitud de piezas separadas de muy difícil probanza y de muy difícil conexión, cuya obtención definitiva de la prueba tarda muchos años en lograrse. Alguno de los casos señalados lleva ya más de una década investigándose.

A partir de ahí distingamos varios supuestos:

Por lo que respecta al cohecho activo, si la actuación corruptora de la empresa se produce en España (a pesar de su dimensión internacional), los tribunales españoles serán competentes conforme al principio de territorialidad (23.1 LOPJ [19]). Lógicamente este único instrumento resulta irrisorio en el escenario en que se desarrollan estas conductas. Conscientes de ello, el artículo 4 del Convenio OCDE y el artículo 17 del Convenio CDE 173 establecen el principio de personalidad activa concretado a través de la nacionalidad, sin necesidad del requisito de doble incriminación. Este principio es aplicable al supuesto más habitual, esto es, cuando la actuación del sujeto corruptor se produce en el extranjero a través de intermediarios locales, conducta perseguible en España

[19] «Artículo 23.1 LOPJ: En el orden penal corresponderá la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte».

«previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal» (23.6 LOPJ [20]) y «siempre que el procedimiento se dirija contra un español, o contra un extranjero que resida habitualmente en España, o en relación con personas jurídicas con sede o domicilio social en España» [art. 23.4 n) LOPJ [21]].

Esta necesidad de interposición de querella puede ser otra razón que explica la falta de procedimientos. En la SAN 3/2017 el pago se efectuó en España por lo que no hizo falta iniciar el procedimiento por esta vía, sino que bastó la denuncia del MF. Además, los acusados confesaron los hechos (de hecho, se les aplicó la atenuante de confesión) lo que simplificó la instrucción –tan compleja en estos delitos–. Por el contrario, cuando el pago se realiza en el extranjero nos enfrentamos a nuevos inconvenientes: lo habitual es que no se reconozcan los hechos pues, al haber operado en terceros países, recabar los elementos probatorios se torna más difícil, siendo imprescindible la colaboración del Estado extranjero donde estos sucedieron. Sería indispensable que comparecieran los funcionarios y autoridades del Estado extranjero, lo cual puede propiciar que se desencadene una crisis diplomática [22].

Por su parte, la conducta del funcionario corrompido será perseguible conforme a la normativa interna del Estado al que pertenezca. En consecuencia, si es español podrá subsumirse su conducta en los artículos 419-422 CP que tipifican el cohecho pasivo. Esto genera, a su vez, otra disfunción: el funcionario español que comete cohecho pasivo en transacciones comerciales internacionales será castigado con menor pena (arts. 419 ss.) que el particular que realiza el cohecho activo en el mismo ámbito (art. 286 ter).

Adicionalmente, la equiparación –desde la LO 1/2015– a efectos de este delito, entre el funcionario nacional y el extranjero permite incriminar a este último conforme a la normativa interna española del cohecho, en el caso sumamente improbable de que lo cometiera en territorio español.

---

[20] «Artículo 23.6 LOPJ: Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 [entre los que se encuentra el de transacciones económicas internacionales –art. 23.4.n)–] solamente serán perseguibles en España previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal».

[21] «Artículo 23.4 n): Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España 3.º el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o, 4.º el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España».

[22] Arvelo Rodríguez, P., 2019, p. 163.

Lo habitual, sin embargo, será que el funcionario extranjero cometa el cohecho pasivo fuera de España, con lo cual, para perseguir su conducta y siempre que no ostente inmunidad de jurisdicción de la que gozan algunos de estos sujetos corrompidos [23], solo [24] cabe acudir a los mecanismos de cooperación internacional [25], como la extradición [26] –aunque es altamente improbable que el Estado extranjero la conceda– o la orden europea de detención y entrega [27].

2.3.2 **Amplio alcance de la extraterritorialidad de la FCPA**

Otra razón evidente de la ausencia de procedimientos penales conforme al artículo 286 ter CP estriba en el amplio alcance de la extraterritorialidad de la FCPA USA 1977. Efectivamente, esta ley es aplicable a cualquier empresa –aunque sea extranjera– que cotice en EE. UU. o esté obligada a facilitar

---

[23] Véase, Convención de la ONU de 2004 sobre «las Inmunidades jurisdiccionales de los Estados», ratificado por España y recibido en la normativa interna mediante la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, artículos 22 y 23. Sobre inmunidades, Garrocho Salcedo, A.; Otero González, P., «El Derecho penal interno ante los atentados contra personas internacionalmente protegidas y locales de legaciones extranjeras: el ordenamiento español», en *The Yearbook of Diplomatic and Consular Law /Anuario de Derecho de Diplomático y Consular /Annuaire de droit diplomatique et consulaire,* n.° 1, 2016, pp. 33-62. Las Mismas, «Concepto y alcance de la inmunidad personal en el artículo 606 del Código Penal», *La ley Penal: revista de derecho penal procesal y penitenciario*, núm. 83, 2011, pp. 20-44. Las Mismas, «Delitos contra el derecho de gentes», en: Álvarez García, F. J *Tratado de Derecho penal español. Parte especial,* (Tirant lo Blanch), 2018, pp. 513-546.

[24] Silva Sánchez, J. M., «Doce tesis sobre el delito de corrupción de funcionarios extranjeros», *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, coord. por Carlos Gómez-Jara Díez, Pamplona, (Aranzadi Thomson Reuters), 2018, p. 648 señala otra posibilidad de persecución del funcionario extranjero que comete el cohecho fuera del territorio nacional –derivada de la equiparación que realiza el artículo 427 CP entre el funcionario español y el extranjero– y es a través de la aplicación del artículo 23.3.h) LOPJ*: Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.* Este autor lo interpreta en el sentido de que el requisito de conexión en este caso es que hayan intervenido en el hecho ciudadanos españoles. *Vid.*, al respecto, comentarios de Blanco Cordero, I., «Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y *ne bis in idem», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC), 2020, 22-16, p. 40.

[25] Ampliamente, Fabián Caparrós, E. A., 2003, pp. 153-154.

[26] En general, suelen surgir escollos importantes a la hora de conceder la extradición. Así, sobre un supuesto paradigmático de corrupción internacional, véase interpretación del Auto AN (Sala de lo Penal, Sección 4.ª), de 2 de marzo 2012, JUR\2013\9982, en Otero González, P., 2016, pp. 491-492. Este caso y otros no relacionados necesariamente con corrupción internacional demuestran que la extradición es sumamente difícil de conseguir, no solo por el incumplimiento en muchos casos del artículo 2 de la Ley de Extradición pasiva relativo al principio de doble incriminación, dadas las disparidades entre las legislaciones penales de los países involucrados (caso por ej., del argelino Khaled Nezzar), tampoco por la dificultad de probar en algunas situaciones la adquisición fraudulenta de la nacionalidad, sino porque en muchos de estos supuestos está prohibido que España –en cumplimiento de la jurisprudencia del TEDH- extradite a un extranjero cuando corre el riesgo de ser condenado a la pena de muerte.

[27] Ley 23/2014, de 20 de noviembre, artículos 34 a 62.

información a la Securities Exchange Commission (SEC) así como a cualquier ciudadano extranjero o compañía extranjera cuando realicen en EE. UU. cualquier actividad orientada a conseguir algunas de las prácticas ilícitas contempladas en la mencionada ley. Es decir, basta un acto preparatorio de la actividad corrupta en sí, una conexión con EE. UU. meramente tangencial interpretada de forma laxa por el DOJ y por la SEC, como el envío de un correo electrónico o una transferencia bancaria a EE. UU. [28].

Teniendo en cuenta que la mayoría de las multinacionales que corrompen a funcionarios extranjeros cumplen alguno de estos requisitos, la rápida aplicación de la FCPA (que nace precisamente con esa vocación extraterritorial) está comportando cuantiosas multas para eludir la posible responsabilidad penal en ese país y, aunque ello no suponga un obstáculo para que el Ministerio Fiscal español emprendiera acciones legales en nuestro país en los términos de la LOPJ anteriormente mencionados, subyace la seria sospecha de infracción del principio *non bis in idem* si ello tuviera lugar, lo que también puede ser un motivo que esté frenando el enjuiciamiento de estos delitos en España.

Aunque *a priori* la circunstancia de haber sido enjuiciados estos hechos previamente en otro país incentivara a perseguirlos en el nuevo, puesto que pueden tomar como base la investigación –siempre compleja– ya realizada en el primer Estado [29], sobre todo porque el *modus operandi* de estas conductas repite los mismos patrones, lo cierto es que, quizá por esa sospecha de vulneración del *bis in idem*, no se están persiguiendo estas conductas en España. Pongamos como ejemplo de ello el caso Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA. FMC, empresa proveedora de equipos de diálisis, que, habiendo corrompido durante muchos años a funcionarios de países extranjeros, acordó pagar multas millonarias para eludir la aplicación de la FCPA en Europa, África y Oriente Medio.

En efecto, bajo un acuerdo de enjuiciamiento aplazado (*non-prosecution agreements)* con el Departamento de Justicia de EE. UU. (DOJ), y tras el pago de la correspondiente multa por parte de Fresenius, la SEC resolvió el caso con una orden administrativa interna [30]. El acuerdo compensó con creces a la empresa de diálisis ya que tenía como objetivo eludir el ejercicio de acciones penales, por las consecuencias, posiblemente devastadoras, que hubiera tenido para la empresa afrontar un juicio en los Estados Unidos, cuya normativa sobre responsabilidad penal de la persona jurídica está basada en un modelo de responsabili-

[28] *Vid.* ampliamente, Villegas García, M. A.; Encinar del Pozo, M. A., «El "caso Fresenius": el "día D" de la FCPA en España», *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* núm. 140, septiembre-octubre, 2019, pp. 7-8.

[29] Blanco Cordero, I., 2020, p. 6.

[30] Ampliamente sobre el caso, https://www.worldcomplianceassociation.com/.

dad vicarial cuasi objetivo en el que hubiera bastado que constase probado que un solo empleado de la compañía realizó un pago ilícito prohibido por la *FCPA* –en nombre y en beneficio de la entidad– para afirmar su culpabilidad [31].

Lo relevante a nuestros efectos es que la filial de esta empresa en España, FMC *Spain,* reconoce que desde 2007 también celebró falsos acuerdos de consultoría con médicos que podían influir en concursos públicos y realizó pagos con distintas finalidades obteniendo como consecuencia de ellos cuantiosos beneficios [32]. Se trata de una empresa española que realizó prácticas corruptas en España y a la que se le aplicó la FCPA por la conexión anteriormente mencionada. Y no ha sido enjuiciada en nuestro país por estos hechos.

Adviértase –apoyando esta idea– que DEFEX y MERCASA, las únicas empresas sobre las que pesan autos de imputación en España por el delito de corrupción internacional son públicas, y, por tanto, no cotizan en EE. UU.

No obstante, aunque España no persiguiera estos delitos cuando ya han sido enjuiciados bajo la FCPA por posible vulneración del *bis in idem*, si esos sobornos se han desplegado en diversos países, ello no impediría que estos Estados pudieran sancionar los hechos, fundamentalmente si se han cometido en su territorio, por una interpretación diferente del ámbito de aplicación del principio *non bis in idem*.

En efecto, la experiencia de nuestro entorno demuestra que no suelen apreciar en estos casos lesión del principio *non bis in idem.* Así ha ocurrido con dos ejemplos recientes en Francia y en Alemania [33].

Por lo que respecta a Francia, el Tribunal penal de París en sentencia de 18 de junio de 2015, absolvió a varias empresas que, estando imputadas en Francia por varios delitos de corrupción, ya habían alcanzado por estos mismos hechos un acuerdo de enjuiciamiento aplazado con las autoridades estadounidenses bajo el amparo de la ley estadounidense, alegando el principio *non bis in idem*. El tribunal francés interpretó que el acuerdo obtenido tenía la consideración de una «sentencia» [34]. Sin embargo, el 26 febrero 2016 el Tribunal de Apelación de París falló en contra al entender que este principio no impide el enjuiciamiento de los hechos, pues no existe, en su opinión, identidad de hechos (debe advertirse que aplican un concepto ciertamente estricto de identidad de los hechos) ni las conductas afectan al mismo bien jurídico protegido en Francia. Se confirma el 14 de marzo de 2018 por el Tribunal Supremo francés

[31] Villegas García, M. A.; Encinar del Pozo, M. A., 2019, p. 8.

[32] Detalladamente sobre toda la actividad ilícita, Villegas García, M. A.; Encinar del Pozo, M. A., 2019, pp. 5-6.

[33] Blanco Cordero, I., 2020, p. 4.

[34] *Vid.*, al respecto Villegas García, M. A.; Encinar del Pozo, M. A., 2019, p. 11.

(Court de Cassation) aduciendo que los delitos se han cometido en territorio francés (se observa una amplia apreciación del principio de territorialidad).

Alemania, por su parte, debido a ese no reconocimiento transnacional del *non bis in idem,* considera que no se vulnera por el doble enjuiciamiento, si bien en caso de una segunda condena la pena impuesta en el primer país debe abonarse a la nueva pena en proporción a lo ya ejecutado en aplicación del principio de deducción [35].

Para abordar correctamente el problema del *non bis in idem* debería existir un reconocimiento expreso de la validez transnacional del principio [36], lo que no resulta sencillo por varias razones. En primer lugar, porque esta dimensión del principio no encuentra plasmación alguna en convenciones internacionales –el Convenio OCDE, de hecho, no resuelve esta cuestión–, salvo en el ámbito particular de la UE donde el TJUE, a raíz de la interpretación del artículo 54.2 del Convenio de aplicación de Schengen, ha fijado directrices para su aplicación. En segundo lugar, la perspectiva para la regulación transnacional de los conflictos de jurisdicción debe ser su distinta naturaleza [37], que tampoco resulta fácil su determinación.

No obstante, es necesario reflexionar sobre las consecuencias que pueden derivarse de una aplicación transnacional de este principio, pues puede ocasionar la desventaja de que la empresa multinacional sometida a varias jurisdicciones llegara al acuerdo con aquel país que le impusiera sanciones menos severas o pudiera ocurrir que los países impusieran sanciones más leves a sus propias empresas nacionales –para protegerlas–, que a las extranjeras [38], como ocurre en EE. UU. Probablemente por este motivo a la FCPA no parece interesarle ofrecer pautas para resolver los posibles conflictos de *bis in idem*. O incluso podría desincentivar que las multinacionales lleguen a esos acuerdos de no persecución por miedo a persecuciones múltiples, disuadiéndolas así de promover investigaciones internas o colaborar con las autoridades [39].

---

[35] *Vid.* sobre ello ampliamente Blanco Cordero, I., 2020, pp. 8, 21-27.

[36] Sobre la internacionalización del *ius puniendi vid.* también, Gómez Iniesta, D. J. «El *ius puniendi* del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas», en: Nieto Martín, A.; García Moreno, B. *Ius Puniendi y Global Law. Hacia un Derecho Penal sin Estado*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 155-157. Sobre el *ne bin in idem*, García Rivas, N., «Alcance y perspectivas del *ne bis in idem* en el espacio jurídico europeo», en: Nieto Martín, A.; García Moreno, B. *Ius Puniendi y Global Law. Hacia un Derecho Penal sin Estado*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 443-473.

[37] Ampliamente, Nieto Martín, A., «Las transformaciones del Ius puniendi en el derecho global, en Nieto Martín, A.; García Moreno, B., *Ius Puniendi y Global Law. Hacia un Derecho Penal sin Estado*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 107-109.

[38] Blanco Cordero, I., 2020, pp. 7-9.

[39] Blanco Cordero, I., 2020, pp. 41-42.

A ello debe añadirse, por último, la complejidad de determinar el alcance del principio *non bis in idem*, dada la profusión actual de sanciones no estatales (sanciones disciplinarias en el seno de las empresas, listas negras de empresas corruptas, etc.), lo cual dificulta el encaje y compatibilidad entre ellas.

Mientras tanto, la única vía posible parece ser la cooperación entre los Estados inmersos en la investigación de hechos corruptos con cierta identidad, para lograr, en su caso, un reparto equitativo de las sanciones económicas impuestas [40]. Esto probablemente no soluciona el problema de fondo de la desigualdad, pues los acuerdos se seguirán alcanzando entre los países desarrollados.

Es inevitable que esta amplia extraterritorialidad genere asimismo una tensión con las jurisdicciones internas por el deseo de mantener intacto su *ius puniendi* [41] rechazando la renuncia a sus respectivas jurisdicciones. Tal es el caso en Francia de la «*Loi no 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*», que, a su vez, expande la aplicación extraterritorial de su ley en relación con los delitos de corrupción, o la *Bribery Act*, 2010, de Reino Unido, con la misma capacidad expansiva extraterritorial [42] para perseguir el soborno internacional.

Todo ello pone de manifiesto, como ya mantuve en otro lugar [43], que estas conductas son difícilmente subsumibles en un sistema todavía basado en una dogmática rígida, apegada al principio de soberanía, como el *ius puniendi* o el principio *non bis in idem*, de complicada conciliación con el contexto global donde se desarrollan estos comportamientos. Es cierto que no siempre resulta fácil el encaje de las disposiciones internacionales en la normativa nacional, pues puede romper la coherencia interna propia del sistema de incriminación, en este caso, del delito de cohecho. Sin embargo, es cierto también que el funcionario extranjero debe garantizar el correcto funcionamiento de la actividad económica internacional y, en consecuencia, al realizar el cohecho pasivo incumple el compromiso asumido en este ámbito [44], pero sin posibilidad de que su conducta se incrimine por la vía de la configuración actual del artículo 286

---

[40] Blanco cordero, I., 2020, p. 42.

[41] Sobre el alcance y retos actuales de la soberanía nacional, *vid.*, Sieber, U.; Nuebert, C. W., «Investigaciones transnacionales de crímenes en el ciberespacio: retos a la soberanía nacional», en: Nieto Martín, A.; García Moreno, B., *Ius Puniendi y Global Law. Hacia un Derecho Penal sin Estado*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 306-390.

[42] Ampliamente, Blanco Cordero, I., 2020, pp. 10 y 21 ss.

[43] Otero González, P., 2016_2, p. 492.

[44] Faraldo Cabana, P., «¿Se adecua el Derecho penal español al Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales? Avance de resultados de la evaluación en fase 3», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2148, 2012, p. 16.

ter CP, precisamente por los motivos anteriormente aducidos, que pueden resumirse en la inadmisible injerencia en los asuntos internos del Estado corrompido.

Sin embargo, no debe perderse la perspectiva de que el tema que analizamos no es un problema de *bis in idem* por posible conflicto de jurisdicción, sino que es, al contrario, un problema de impunidad.

Al mismo tiempo, esta desmesurada aplicación extraterritorial de las leyes anticorrupción en transacciones internacionales, fundamentalmente de la FCPA, favorece la desigualdad entre los Estados, pues no olvidemos que la multa se paga a Estados Unidos (piénsese en el caso *Fresenius*) mientras que el país afectado por la corrupción (si lo centramos en el cohecho pasivo) no es precisamente EE. UU., sino los países en vías de desarrollo, por lo que quien impone las multas y recibe su cuantía no son realmente los damnificados por la corrupción [45]. Las víctimas, en efecto, son los países en vías de desarrollo (pues es sabido que la corrupción internacional frena la economía limitando el progreso de esos países), sin embargo, la sanción económica se paga a los países desarrollados. En otras palabras, la privatización de los conflictos jurisdiccionales a través de acuerdos enriquece aún más a los países ricos.

En definitiva, si bien el Convenio OCDE supuso un importante avance en la lucha contra la corrupción, hoy debe superarse su perspectiva por ser insuficiente, al ahondar en la desigualdad entre los Estados, no tomando como referencia a la verdadera víctima. La óptica, por el contrario, debe centrarse en los derechos de los realmente perjudicados: los países en vías de desarrollo.

2.4 HACIA UN NUEVO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN INTERNACIONAL

2.4.1 **Insuficiencia de la *competencia leal* como bien jurídico protegido en este ámbito**

Se ha demostrado que la competencia justa y leal es un bien jurídico insuficiente para luchar penalmente contra la corrupción internacional, porque ahonda en la brecha de desigualdad entre los países ricos y los pobres. Es *competencia leal* entre las empresas poderosas, es, por tanto, una competencia leal limitada para frenar este fenómeno.

[45] Blanco Cordero, I., 2020, pp. 7 y 41-42.

La corrupción internacional va mucho más allá de la distorsión de las condiciones del mercado, va mucho más allá de la vulneración de la competencia leal. Por el contrario, además de desincentivar la inversión y reducir la confianza en las autoridades [46], hace ineficiente el sistema económico, especialmente el de los países emergentes, al desviar los recursos destinados al bienestar social de la población, impidiendo que se garanticen las condiciones mínimas necesarias para su prosperidad [47].

Por tanto, si el bien jurídico *competencia leal* ha sido ineficaz para frenar la corrupción internacional, debe modificarse el eje de actuación, impulsándose una auténtica gobernanza global que no dependa de los intereses de unos pocos países y corporaciones.

2.4.2 **Globalización de la estrategia anticorrupción centrada en la represión y prevención del delito**

Durante mucho tiempo, la corrupción se consideró un fenómeno nacional y su combate, en consecuencia, se centró en el ámbito interno de cada Estado: se ponía el foco fundamentalmente en el corrompido, en la corrupción del funcionario, de acuerdo con la tradición en los ordenamientos jurídicos de raíces romanas [48]. Más tarde, la globalización demostró que la perspectiva interna era insuficiente y desenfocada para abordar esta otra dimensión de la corrupción, lo que derivó en soluciones multilaterales para combatirla. Como es sabido, estos esfuerzos multilaterales tomaron como base, fundamentalmente, el Convenio OCDE de 1997 de «lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros» y la «Convención contra la corrupción de la ONU 2003» [49]

---

[46] Consúltese la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020, sobre gobernanza empresarial sostenible [2020/2137(INI)] –P9_TA-PROV (2020)0372–.

[47] *Vid.*, al respecto, Kaufmann, D., «Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción», *Finanzas y desarrollo: publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial*, vol. 42, núm. 3, 2005, pp. 41 ss. Jiménez Valderrama, F.; García Rodríguez, L., «El interés jurídico protegido en el delito de corrupción privada en Colombia. Análisis de contexto y conexiones con el derecho de la competencia desleal», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año IX, núm. 35, enero-junio, 2015, pp. 161-162. Capdeferro Villagrasa, O., «La obligación jurídica internacional de luchar contra la corrupción y su cumplimiento por el Estado español», *Eunomía,* núm. 13, 2018, p. 116.

[48] Tiedemann, K., «El nuevo procedimiento penal europeo», en: Arroyo Zapatero, L.; Nieto Martín, A., *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Cuenca, (Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha), 2007, pp. 145-146.

[49] *Artículo 16. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas «*1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una

colocando el centro de atención en los agentes privados, en los corruptores, esto es, en el papel de las empresas que sobornan a los políticos para su beneficio mutuo. Era necesario ese cambio de perspectiva, dado que las empresas multinacionales evidentemente comparten responsabilidad con los corruptos porque influyen indebidamente en las reglas del juego en su beneficio. Por tanto, debe no olvidarse que la responsabilidad recae tanto en los que influyen indebidamente como los que se dejan influir. Así, los países ricos de la OCDE salieron bastante mal parados con esta ampliación de la definición de corrupción [50] que pone el acento en los corruptores.

Desde la óptica de los corruptores, la globalización de la estrategia anticorrupción se ha centrado, en primer lugar, en la respuesta represiva, no solo a través del delito de cohecho, sino teniendo en cuenta su asociación con el fenómeno de la delincuencia organizada, que implica contar con redes estables y con el apoyo de complejas estructuras societarias que sirven para blanquear las amplias cantidades de dinero y para colocarlas posteriormente en paraísos fiscales. En consecuencia, además de los correspondientes delitos de blanqueo y de fraude fiscal, ha resultado necesario impulsar la recuperación de activos. Así, se ha desarrollado la estrategia UMBRA anticorrupción [51] impulsada por INTERPOL para fomentar y mejorar la recogida, la gestión y el intercambio de información sobre delitos de corrupción. En nuestro Derecho interno, esta dirección se plasma en la Disposición Final 1.ª de la LO 5/2010, que modificó la LECRIM introduciendo un nuevo artículo 367 septies, el cual previó la creación de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA).

Junto con lo anterior, esta estrategia global anticorrupción ha exigido reforzar los mecanismos de prevención de la corrupción en las empresas multinacionales, en primer lugar, a través de los delitos específicos de falsedades en la información contable; en segundo lugar, contando con colaboración de las compañías a través del cumplimiento de los programas de *compliance* que, como es sabido, descansan en el modelo de responsabilidad por defecto de

organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales. 2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales».

[50] Kaufmann, D., 2005, p. 82.

[51] COMS/FS/2017-02/ACO-01.

organización [52]. Al respecto, el Informe OCDE sobre las fuentes de detección del cohecho internacional corrobora la eficacia de esta vía de actuación. En él se señala que de los 263 casos que han terminado en condena por cohecho internacional desde la entrada en vigor del Convenio OCDE, en el 23 % se tuvo conocimiento de los hechos gracias a denuncias internas voluntarias [53]. La empresa, en efecto, admite la irregularidad cometida, que supone un acuerdo como mecanismo de exención de responsabilidad penal o de atenuación, según los distintos ordenamientos jurídicos [54], o bien como presupuesto para renunciar a ejercer la acción penal [55]. Para ello se necesitan incentivos que promuevan la denuncia y arbitrar procedimientos claros para denunciar.

No debe olvidarse, finalmente, la función primordial que tiene la cooperación internacional en casos plurijurisdiccionales, responsable del 7 % de los casos detectados sobre cohecho internacional. Existe, al respecto, la red consolidada GECI: Grupo de Expertos sobre Cohecho Internacional, que pretende fomentar el intercambio de información en tiempo real, promoviendo la realización de investigaciones conjuntas en casos de cohecho internacional multijurisdiccional [56].

Toda esta estrategia centrada en la respuesta penal, si bien es necesaria como se ha demostrado, se ha revelado insuficiente. Por tanto, el combate a la corrupción internacional requiere una reflexión y una estrategia más holística, lo que conlleva una respuesta multidisciplinar, anticipándose al posible delito con otros instrumentos aplicados en un momento anterior de la actuación de la empresa para procurar decisiones éticas, lo que intenta desarrollarse en los siguientes epígrafes.

---

[52] El CP español prevé, a estos efectos, la exención de responsabilidad en las condiciones previstas en el artículo 31 bis 4 CP (si, antes de la comisión, del delito la persona jurídica *«ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión»*).

[53] OCDE (2017), *La Detección del Cohecho Internacional*, Ediciones OCDE, París. www.oecd.org/corruption/the-detection-of-foreign-bribery.htm, especialmente pp. 17 ss. El informe hace referencia al concepto de «denuncia interna voluntaria» cuando esta procede de las empresas, mientras que cuando son las personas físicas las que denuncian las conductas que nos ocupan, se utilizan los términos de «confidente» o «testigo colaborador». En el caso de estos confidentes, solo el 2 % deriva en una detección de este tipo de cohecho. Se necesita para ello campañas de sensibilización, canales de denuncia de fácil acceso, indemnizaciones económicas o recompensas y mejorar la protección de los denunciantes (anonimato, confidencialidad) frente a represalias (sanciones). Por su parte, el Informe OCDE señala que el periodismo detecta un 2 %, las organizaciones internacionales un 2 %, la asistencia jurídica mutua el 7 %, la administración tributaria el 1%, y las UIF (unidades de inteligencia financiera) el 2 %.

[54] *Vid.*, por ejemplo, *El caso de la naviera noruega* (2014), cuyo acuerdo determinó una atenuación de la pena: OCDE (2017), pp. 23-24.

[55] Por ejemplo, *caso del Reino Unido: SFO vs. ICBC SB PLC (2015)*.

[56] Como señala el Informe OCDE (2017), p. 180, desde marzo de 2016, el GECI ha contribuido, por ejemplo, a coordinar la investigación del caso multijurisdiccional Unaoil por una trama de cohecho internacional en la que supuestamente están implicadas 23 empresas de Australia, Canadá, Reino Unido y Estados Unidos.

2.4.3 **Crisis económica y social y responsabilidad social corporativa (RSC)**

Un punto de inflexión en este proceso ha sido la crisis económica de 2008, que ha destapado una praxis de gobernanza obsoleta y poco democrática, en la medida en que las decisiones relevantes para la sociedad provienen de los mercados financieros, no sometidos a control [57]. A raíz de ese momento, se procuró transitar hacia un nuevo modelo de negocio que no estuviera alejado de la ciudadanía y en el que la ética fuera el eje central de los negocios abandonando la idea de cualquier enriquecimiento sin escrúpulos [58].

Es decir, esta crisis puso en evidencia conductas de las empresas que sin ser delictivas eran incomprensibles desde el punto de vista de la ética empresarial y ha servido como revulsivo para aceptar que la tutela de los intereses derivados de la actividad empresarial debe observar unos mínimos estándares relativos al respeto y fomento del desarrollo social y medioambiental en aquellos lugares en los que operan las empresas, respetando unas mínimas reglas de gobernanza [59]. Así, la responsabilidad social debe conectarse con la idea de justicia, que se debe exigir a todas las organizaciones y, al mismo tiempo, debe significar responsabilidad por las consecuencias de sus decisiones basada en una ética para la humanidad situada en el nivel de los principios universales [60].

En beneficio de esta idea ha sido imprescindible ir ampliando paulatinamente el marco de exigencia de la transparencia para satisfacer la confianza de todos los grupos y ámbitos implicados. Así, si en un principio se incidió por parte de las empresas en la transparencia sobre información financiera, centrada en el escrutinio y la rendición de cuentas (*accountability)* [61], actualmente se

---

[57] Meseguer Sánchez, J. V., *El Control Jurídico de la Actuación de las Empresas Transnacionales: Derecho Penal y Responsabilidad Social Corporativa,* Tesis doctoral, UCAM San Antonio, Murcia, 2016, p. 359.

[58] Espinar, D., «La responsabilidad social corporativa como herramienta de democracia, gobernanza y freno a la corrupción», en: Marco Marco, J. J.; Nicasio Varea, B., *La regeneración del sistema: reflexiones en torno a la calidad democrática, el buen gobierno y la lucha contra la corrupción*, Valencia (Asociación valenciana de politólogos AVAPOL), 2015, pp. 480-481.

[59] Aparicio González, M., «La RSC: Nuevo elemento de la gobernanza de las sociedades cotizadas», en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Prof. Miguel Bajo*, Madrid, (Ramón Areces), 2016, p. 716. La crisis generalizó esta concienciación, pero téngase en cuenta ya la preocupación de la UE quien presenta el primer libro verde en 2001 sobre responsabilidad social corporativa definida como «la integración voluntaria por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y en sus relaciones con sus interlocutores». Ampliamente Cortina, A., «Ética y responsabilidad social en un mundo globalizado», 2010, p. 59.

https://globalizacionydemocracia.udp.cl/wp-content/uploads/2014/03/ADELA_CORTINA_2010.pdf

[60] Cortina, A., 2010, pp. 56-57.

[61] En el caso de las empresas públicas, el informe OCDE (2019), www.oecd.org/corporate/Anti-Corruption-Integrity-Guidelines-for-SOEs.htm.

Directrices en materia de Lucha Contra La Corrupción e Integridad en las Empresas Públicas, propone, más allá de la transparencia en el sector público, una cultura organizativa de la transparencia,

hace hincapié en el establecimiento de obligaciones homogéneas por parte de los Estados de transparencia sobre información no financiera para garantizar unas condiciones de competencia equitativas. Esta es la vía de la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2021 sobre *Diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa* [62]. Lo relevante en cuanto al ámbito de aplicación es que se pretende incluir a todas las grandes empresas además de todas las empresas que cotizan en mercados regulados (excepto microempresas). Este cambio también incluye empresas no europeas que cotizan en bolsas de la UE. Todo ello es necesario para crear una competencia justa entre empresas tanto cotizadas como no, que pueden tener los mismos impactos en la sociedad.

Es decir, actualmente se pretende la concienciación de una transparencia integral de toda la actividad empresarial y de todo tipo de empresa, pero incorporando, además, el respeto activo a los derechos humanos, sin ser la empresa una mera espectadora de las violaciones de los derechos humanos que como producto de la corrupción se realizan en países en vías de desarrollo [63]. A este respecto, no olvidemos que el punto de partida de las obligaciones de diligencia debida fue el ámbito de la lucha contra la corrupción internacional y que la OCDE es la Organización Internacional que ha ido marcando la pauta sobre estas obligaciones [64].

De otro lado, hasta hace poco la responsabilidad social estaba ligada a una asunción voluntaria, pero cuando se violan los derechos humanos –situación muy frecuente en un mundo globalizado– no debe quedar sujeta a la potestad de la empresa. Y más aún en un escenario de corrupción de empresas transnacionales, donde se ha demostrado que son inaprehensibles por el Derecho nacional, lo que ha conducido a un Derecho «mercantilizado». En este

esto es, promover un sector público profesional basado en la meritocracia y transparencia con rendición de cuentas eficaz, reforzando el papel de supervisión y control externos, y no sobrecargando esta normativa en comparación con la de las empresas privadas.

[62] https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_ES.html. *Vid.*, asimismo, el Borrador de la reforma de la Directiva sobre información no financiera de la Comisión Europea de 21 de abril de 2021 (renombrada como Directiva sobre informes de sostenibilidad de las empresas o CSRD por sus siglas en inglés) y que sustituye a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL), lo que hará más coercitivas la exigencias contenidas en la Directiva 2014/95/UE sobre información no financiera. Se pretende mejorar el funcionamiento del mercado imponiendo a algunas grandes empresas «la obligación de informar sobre las políticas que aplican en relación con los asuntos medioambientales, sociales y de los empleados, el respeto de los derechos humanos, y las cuestiones relativas a la lucha contra la corrupción y el soborno». Sobre el concepto de «diligencia debida», Meseguer Sánchez, J. V., 2016, pp. 221 ss.

[63] Espinar, D., 2015, pp. 481-484.

[64] Sobre este procedimiento, Nieto Martín, A., 2019, pp. 67 ss., especialmente, p. 70 y bibliografía allí recogida (nota a pie 163).

contexto, se ha avanzado mucho en los últimos años en lo que se refiere a los modelos de organización y gestión, *compliance programs*, pues, desde formar parte de un proceso general de descentralización y privatización normativa de la actividad empresarial, se han dirigido a lo que ha supuesto un cambio de paradigma donde el poder público convalida esta regulación, al mismo tiempo que controla y supervisa su actividad para velar por el interés común [65]. Hemos asistido, por tanto, desde hace tiempo a una autorregulación regulada complemento del sistema penal en sectores empresariales dedicados a actividades de riesgo (las relacionadas con el medio ambiente, por ejemplo). En el ámbito concreto de la corrupción, las medidas preventivas todavía se rigen por estándares normativos sin respaldo jurídico público. Sin embargo, las normas imperativas *(hard law)* deben desplazar al *soft law* en temas relativos al respeto por los Derechos Humanos, cuya salvaguarda dista mucho de ser equilibrada en los diferentes Estados [66].

2.4.4 **Corrupción y globalización versus corrupción y gobernanza**

A mayor poder, debe haber una mayor responsabilidad social corporativa. Sin embargo, las empresas se han escudado, fundamentalmente desde la crisis económica de 2007-2008 hasta la actualidad, en que la propia globalización es tan desbordante que les impide hacerse cargo de esa responsabilidad.

Esta idea ha quedado demostrada palpablemente con la crisis global que la pandemia por la Covid-19 ha generado en la humanidad, poniendo en entredicho la propia globalización, porque la globalización la gobiernan unas pocas empresas poderosas que solo persiguen su propio beneficio. Si las empresas potentes gobiernan la globalización y, al mismo tiempo, se escudan en esta para no asumir responsabilidades, significa que hay que superar esa cultura de la globalización. ¿Cuál es el concepto de globalización al que nos estamos refiriendo en este caso [67]? La globalización en este contexto de predominio de relaciones económico-financieras transnacionales, repercute en una versión política e ideológica de todos conocida: el «neoliberalismo económico», que

---

[65] Aguilera Gordillo, R., *Compliance penal. régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance program,* Tesis doctoral, Departamento: Derecho Civil, Penal y Procesal. Universidad de Córdoba, 2018, pp. 208-211. Nieto Martín, A., «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa», *Política Criminal*, núm. 5, A3-5, 2008, pp. 9-10. [http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_3_5.pdf].

[66] Meseguer Sánchez, J. V., 2016, p. 242.

[67] Sobre los distintos significados de globalización, *vid.*, Fariñas Dulce, M. J., «Globalización y cultura de la legalidad», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad,* núm. 2, marzo-agosto, 2012, pp. 109-114.

obedece a un proyecto político desarrollado desde los países hegemónicos del actual capitalismo global. El alto rendimiento del capital durante las últimas décadas ha hecho que los ricos sean mucho más ricos, ahondando en la brecha de la desigualdad mundial y en las asimetrías de poder [68], donde, además, algunas multinacionales son más poderosas que muchos Estados [69]. Esto ha sido así porque la globalización económica ha estado únicamente supeditada a los intereses del mercado sin sujetarse a ninguna normativa que garantizara la salvaguarda de los derechos humanos. En este contexto, la corrupción internacional constituye el paradigma que refleja los excesos del capitalismo económico [70].

Es decir, las consecuencias más graves de esta globalización son las políticas y las sociales. Por tanto, hay que encontrar la fórmula para que el poder de los mercados se ponga al servicio del respeto a los derechos humanos, tal como se señaló hace más de veinte años en el Pacto Mundial de 1999 [71]. Además, esta crisis de la pandemia, como otras tantas, ha propiciado la corrupción precisamente por la inacción y tolerancia de los gobiernos, que ignoran deliberadamente a aquellos que se benefician de esta [72], cuando de todos es sabido que el soborno en el extranjero por parte de las empresas multinacionales socava la gobernanza pública en las economías emergentes [73] y cuando por todos es conocido que las multinacionales con sede en países de la OCDE cuando operan dentro de la OCDE tienen comportamientos bastante diferentes que cuando operan fuera de la OCDE [74], excusándose en que la corrupción de funcionarios extranjeros es un mal necesario para tener éxito en los negocios realizados con los gobiernos de países en vías de desarrollo [75].

---

[68] Fariñas Dulce, M. J., 2012, pp. 110-111. Wang H., Rosenau, J. N., «Transparency International and Corruption as an Issue of Global Governance», *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations,* 7(1), 2001, 25-49.

[69] Por ejemplo, de las cien economías más grandes del mundo, cincuenta y una son empresas. Ampliamente, Meseguer Sánchez, J. V., 2016, p. 360.

[70] Parés López de Lemos, A., 2017, p. 180.

[71] Los 10 principios sobre el Pacto Mundial ONU 1999: www.pactomundial.org/2015/02/10-principios-del-pacto-mundial. Posteriormente, en el ámbito de la UE la «*estrategia renovada de la unión europea (UE) para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas»,* hace hincapié en la incorporación del «Plan de Derechos Humanos en la estrategia de negocio de la empresa», entre los que se encuentra «la lucha contra el fraude y la corrupción». Ampliamente, Meseguer Sánchez, J. V., 2016, p. 197.

[72] El sector salud, en efecto, es un buen ejemplo de los fallos del mercado y del incremento del pago de sobornos para impulsar la venta de productos farmacéuticos o de equipamientos médicos. *Vid.*, ampliamente Rose-ackerman, S., «Corrupción y Covid-19», Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad, núm. 20, abril-septiembre, 2021, p. 53, nota a pie 22.

[73] Kaufmann, D. (2005), pp. 89-90.

[74] Puede consultarse al respecto, Otero González, P., «La respuesta del Derecho penal noruego a la corrupción: un modelo a seguir», en Castro Moreno, A.; Otero González, P. *Corrupción y delito: aspectos de Derecho penal español y desde la perspectiva comparada*, Madrid, (Dykinson), 2017, pp. 203-251.

[75] Burneo Labrín, J. A., «Corrupción y derecho internacional de los derechos humanos», *Derecho PUCP*, núm. 63, 2009, pp. 334-335.

Por tanto, urge ahora más que nunca, tras la crisis social que ha generado la pandemia, impulsar una auténtica gobernanza global que no dependa de los intereses de unos pocos países y unas cuantas empresas poderosas que gobiernan la globalización.

La gobernanza global a que nos estamos refiriendo, a diferencia de la globalización, tiene un propósito: humanizar la globalización con ética pública para conseguir la justicia social. Así, la buena gobernanza, especialmente la que se refiere a la lucha contra la corrupción, tiende a mejorar la renta per cápita de un país. Cada vez más empresas y gobiernos reconocen la necesidad de un acuerdo común de gobernanza. La gobernanza es una forma de gobierno propia de las sociedades complejas en la que la calidad de interacción entre las administraciones públicas entre sí y con los actores sociales fundamenta la legitimidad de la actuación pública. El nuevo paradigma se construye, así, sobre un mejor gobierno que profundice en la ética pública y la interrelación social, una mejor administración que preste servicios públicos de calidad a los ciudadanos y una mejor responsabilidad que incremente la transparencia y la rendición de cuentas [76].

Por tanto, hay que consolidar ese concepto amplio de transparencia [77], que venimos exponiendo, pero no desde la óptica del mercado, que ha acrecentado las desigualdades entre ricos y pobres, sino desde la buena gobernanza desvinculada de esos intereses del mercado y adaptada a cada país en función de sus necesidades [78]. En los países en vías de desarrollo la prioridad será el apoyo a las reformas de contratación pública, el fortalecimiento de las instituciones de rendición de cuentas [79] y eliminar la discrecionalidad de los funcionarios públicos robusteciendo los mecanismos de supervisión autónoma, mientras que en los países desarrollados los esfuerzos deben centrarse en presionar a los gobiernos para que respalden y ratifiquen los convenios internacionales anticorrupción y, a la vez, ayudar a las empresas a liberarse de las prácticas empresariales

---

[76] Fernández Ajenjo, J. A., «La gobernanza y la prevención de la corrupción como factores de desarrollo económico y social», en Rodríguez García, N.; Rodríguez López, F., *Corrupción y desarrollo*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2017, pp. 164-176.

[77] Debe comprender la divulgación pública de los ingresos y bienes de los candidatos a cargos públicos y de los funcionarios; elaboración de una lista negra pública de las empresas que han demostrado sobornar en la contratación pública, transparencia fiscal y financiera, contratación pública transparente, seguimiento periódico de la gobernanza de la lucha contra la corrupción y del presupuesto y gasto de las empresas.

[78] Sobre los principios que debe reunir la acción de los poderes públicos para que podamos hablar de buen gobierno, véase Agnafors, M.,«Quality of Government: Toward a more complex Definition», *American Political Science Review*, 107(3), 2013, pp. 433-445. Villoria, M.; Izquierdo. A., *Ética pública y buen gobierno*. Madrid, (Tecnos), 2016; Villoria, M., Gimeno Feliu, J. M.; Tejedor Balsa, J. (eds.), *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos,* Barcelona, (Atelier), 2016.

[79] Kaufmann, D., 2005, pp. 88-91. Schloss, M. J., «Gobernabilidad, corrupción y desarrollo: algunas evidencias estadísticas y experiencias», *Encuentros Multidisciplinares,* núm. 27, septiembre-diciembre, 2007, p. 3. Wang, H.; Rosenau, J. N., 2001, pp. 25-49.

corruptas. Cuando la corrupción se convierte en un problema de gobernanza global es más fácil para las empresas salir de la trampa de la corrupción. Para las empresas competitivas la preferencia siempre ha sido la igualdad de oportunidades. Para las que carecen de competitividad la corrupción siempre será el instrumento para obtener oportunidades de negocio. Para estas, el impacto del nuevo entorno de gobernanza hace más difícil incurrir en corrupción. Si se conciencia de que la corrupción es un obstáculo para el desarrollo económico, con consecuencias perjudiciales para la comunidad empresarial multinacional, es probable que los gobiernos reconsideren su actitud hacia la corrupción porque a la postre perjudica sus intereses al reconceptualizar los costes y beneficios [80]. En resumen, toda política debe ser contextualizada ya que la misma puede tener resultados diferentes en función del impacto del país donde se aplique.

Para asegurar mejores resultados necesitamos, en primer lugar, reforzar los instrumentos internacionales contra la corrupción, que impliquen en mayor medida a la comunidad internacional y que se concentren más en las causas subyacentes de la corrupción.

En segundo lugar, insistir en los controles externos independientes que visen la transparencia y evalúen de forma estricta la rendición de cuentas. La divulgación pública y la amplia difusión de las listas de empresas infractoras podrían ser un importante elemento disuasorio, pero insuficiente, puesto que, complementariamente, se necesita que los propios países asuman la responsabilidad y tomen la iniciativa de llevar a cabo reformas políticas e institucionales, que son las más difíciles de conseguir [81].

En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, debe reducirse la discrecionalidad de los poderes discrecionales [82] y, en cuarto lugar, empoderar a la sociedad civil [83] para que proteja los intereses del individuo y responsabilice a las instituciones estatales por no controlar, y a las empresas por no promover la transparencia, pues parece estar demostrado que cuanto mayor es el control social menor es la corrupción. Al fin y al cabo, la sociedad civil es la víctima directa afectada por la corrupción. El problema es que carecen de organización [84]. Que la sociedad tenga el control significa ceder soberanía por parte

---

[80] *Vid.*, Recomendación OCDE (2017) sobre Integridad pública.

[81] Fernández Ajenjo, J. A., 2017, pp. 159-185. Kaufmann, D., 2005, p. 93.

[82] Scholss, M. J., 2007, pp. 13-15.

[83] Sobre la participación ciudadana, Cano Blandón, L. F., «La participación ciudadana en las políticas públicas de lucha contra la corrupción: respondiendo a la lógica de gobernanza», *Estudios Políticos,* núm. 33, Medellín, julio-diciembre, 2008, pp. 147-177. Jiménez Sánchez, F., «El antídoto de la corrupción: la calidad de la gobernanza», *Revista Administración y Ciudadanía*, EGAP, vol. 15, núm. 1, 2020, p. 222. Schloss, M. J., 2007, p. 5.

[84] Scholss, M. J., 2007, p. 5.

de los Estados, por lo que en la lucha contra la corrupción está adquiriendo protagonismo la soberanía interrelacional, que produce una dilución de la frontera entre los poderes público y privado. Esta gobernanza interrelacional aglutina no solo las ONG y multinacionales, sino también redes de carácter global (como el G20 o como el B20), creando grupos de trabajo para la ejecución de normas anticorrupción. Pretende conseguirse que las empresas se autorregulen para prevenir la corrupción, y que además establezcan un sistema de autocontrol o supervisión propio y privado que descargue la labor de los Estados [85].

La implantación de estas medidas supone menor coste económico que el desarrollo de una regulación excesiva sobre la materia [86], que también ha resultado ser ineficaz [87]. En efecto, las regulaciones excesivas anticorrupción parecen tener poco impacto (maquillan el problema) y provoca que se descuiden reformas de gobernanza más fundamentales y sistémicas [88]. Debe simplificarse, por tanto, la normativa al respecto –fundamentalmente en la contratación pública–.

En definitiva, la compleja corrupción internacional se ha abordado con soluciones complejas pero parciales. Por el contrario, la clave para mejorar la eficacia de la lucha contra la corrupción internacional se encuentra en la mejora de la calidad de los gobiernos [89] y en otorgar protagonismo a la sociedad civil a través de la gobernanza interrelacional, como complemento necesario de las medidas preventivas y represivas. No es un problema, en fin, que pueda atajarse solo con medidas técnicas, que han resultado insatisfactorias [90]. Tratarlo así es simplificar el problema y, por tanto, no solucionarlo.

2.4.5 **Concreción jurídico-penal del bien jurídico buena gobernanza: «El derecho al desarrollo y a la soberanía permanente sobre la explotación de los recursos naturales»**

En el plano del derecho penal la *buena gobernanza* se configura como un bien jurídico supraindividual cuyo contenido de lesividad, al igual que el de los demás bienes jurídicos supraindividuales, es muy difícil de concretar debi-

---

[85] Sobre la soberanía interrelacional, ampliamente, Nieto Martín, A., 2019, pp. 74 ss.

[86] Kaufmann, 2005, p. 91.

[87] Informe OCDE (2019) www.oecd.org/corporate/Anti-Corruption-Integrity-Guidelines-for-SOEs.htm subraya que los enfoques convencionales, basados en la complejidad de normativa, observancia más estricta y cumplimiento más firme, han mostrado una eficacia limitada.

[88] Kaufmann, D., 2005, p. 88.

[89] Monteduro F; Hinna. A.; Moi, S., «Governance and Corruption in the Public Sector: An Extended Literature Review», In *Governance and Performance in Public and Non-Profit Organizations*. Published online: 18 abr 2016, pp. 31-51.

[90] Jiménez Sánchez, F., 2020, p. 220.

do a su vaguedad, por lo que hay que hacer un esfuerzo de definición derivada de la propia lesión que supone el delito en concreto que estamos analizando. En otros términos, necesita concreción para que la lesividad de este delito pueda acomodarse al principio de taxatividad. Esta vaguedad, en cualquier caso, no es tan diferente al *orden socioeconómico* donde se ubica actualmente la conducta analizada.

De este modo, la *buena gobernanza* puede construirse como un bien jurídico categorial –como lo puede ser el correcto funcionamiento de la Administración Pública (T. XIX del CP) o de la Administración de Justicia (Título XX del CP)– concretado después de forma más específica en cada una de las manifestaciones lesivas derivadas de los delitos tipificados en cada Capítulo. Así, por ejemplo, el principio de *no venalidad en el desempeño de actividades públicas* es el bien jurídico concretamente protegido en el delito de cohecho de ámbito interno. Desde esta perspectiva, esa preservación de la buena gobernanza debe luego materializarse en un bien jurídico más concreto emanado directamente del tipo penal que regula la corrupción internacional.

Como se viene manifestando, lo que resulta en todo caso necesario es la adopción de nuevas medidas de gobernanza de los mercados distintas a las medidas regulatorias implantadas hasta el momento, dado que no han resultado eficientes y han acrecentado las desigualdades. Por tanto, la intervención del derecho penal está justificada en la medida en que se vulneran los derechos humanos, en especial el bienestar social de los países emergentes; daños, que van más allá de los competidores directos del primer mundo [91].

En otros términos: este bien jurídico supraindividual hay que dotarlo de contenido sobre las carencias detectadas. La estrategia global anticorrupción, que tuvo como base fundamentalmente el convenio OCDE, puso el foco en los corruptores, en los agentes privados. Sin embargo, esta perspectiva ha demostrado ser insuficiente y desenfocada. Ahora urge tomarse en serio el respeto a los derechos humanos, que se violan en países en desarrollo como consecuencia de la corrupción [92].

---

[91] Paredes Castañón, J. M., «El mercado como objeto de regulación y protección jurídica: el caso de las restricciones verticales a la competencia», *Revista de Derecho penal y Criminología de la UNED*, 3.ª época, núm. 22, 2019, p. 108, 120, 148. Aguilar García, J. «Normativa española sobre prácticas corruptas de nuestras empresas en el extranjero», 2009, pp. 1-21.

[92] *Vid.* P9_TA-PROV (2021)0014 Derechos humanos y democracia en el mundo y política de la Unión Europea al respecto – Informe anual 2019 Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de enero de 2021, sobre *los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto* – Informe anual 2019 [2020/2208(INI)]. Puede consultarse, asimismo, García Ramírez, S., «Orden penal, globalización y gobernanza», Síntesis de la intervención del autor en el *Seminario sobre Gobernanza Global y Cambio Estructural del Sistema Jurídico Mexicano*, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 7 de febrero, 2014, p. 347.

Tal como manifestaba al principio de estas páginas, no cabe duda de que el delito de corrupción internacional es pluriofensivo y, por tanto, relacionarlo exclusivamente con la vulneración de la competencia leal, implica comprender el problema de una manera limitada y sesgada. Por el contrario, no solo se vulnera la competencia leal de las empresas que compiten en los países desarrollados, sino también el correcto funcionamiento de la Administración Pública –al poderse incriminar el cohecho pasivo a través de la remisión al artículo 427 efectuada por el artículo 286 ter–, pero, además –y esto es lo relevante– este tipo concreto de corrupción internacional vulnera los derechos humanos de los países emergentes al impedirles su bienestar social. Desde esta perspectiva, la gobernanza eficaz vinculada a la lucha contra corrupción internacional, desvinculada de los intereses del mercado y supeditada a la protección de los derechos humanos –tal como se ha concretado en el epígrafe anterior–, deberá centrarse en proteger «el derecho al desarrollo y a la soberanía permanente sobre la explotación de los recursos naturales» por parte del pueblo donde estos se han hallado.

Sin embargo, cuando media la corrupción en transacciones internacionales se produce lo que se conoce como la «maldición de los recursos naturales» [93], esto es, esa situación en la que un país, que, poseyendo valiosos recursos naturales (petróleo, coltán, diamantes, etc.), en lugar de mejorar el bienestar de toda la sociedad, acaba conduciendo a un proceso de cambio institucional en el que las élites del país, a cambio de sustanciosos beneficios, refuerzan la capacidad extractora de empresas extranjeras desincentivando los comportamientos productivos de la población propia.

Estos comportamientos incumplen la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de la ONU, de 14 de diciembre de 1962, sobre «Soberanía permanente sobre los recursos naturales» donde se declara «el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado» [94].

---

[93] Jiménez Sánchez, F., 2020, p. 227.

[94] Se reafirma este derecho inalienable en la «Resolución 2158 (XXI) de la Asamblea General de la ONU de 25 de noviembre de 1966», reconociendo que constituye una de las bases del desarrollo económico y del progreso industrial de los países en desarrollo. Progreso, que se consigue en mayor medida cuando los países están por sí mismos en condiciones de explotarlos. Asimismo, se recoge este derecho tanto en el «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», como en el «Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales». El párrafo 2.º del artículo 1 de ambos Pactos afirma que: *Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia,* constituyendo una violación a la Carta y la Declaración contenida en la

Uno de los pocos casos en contrario es el del descubrimiento del petróleo en el Mar del Norte por parte de Noruega, en el que tal hallazgo llegó en un momento en el que las instituciones políticas eran tan sólidas que impidieron las conductas extractivas oportunistas. En efecto, a principios del siglo xx, Noruega era un país muy pobre con una economía arcaica cuyo sector más poderoso era la pesca. Sin embargo, cien años después se sitúa entre los primeros países más ricos del mundo atendiendo al PIB *per cápita* [95] gracias al descubrimiento del petróleo y a su excelente gestión.

Ello nos da la pista sobre la relación de causalidad que existe entre la solidez de un gobierno y el respeto del derecho del pueblo a la explotación propia de los recursos naturales, y viceversa: la relación entre los gobiernos débiles proclives a la corrupción y la extracción de los recursos por parte de empresas extranjeras. Si este derecho a la explotación propia de los recursos naturales nació como un arma en la lucha contra los países industrializados de Occidente para lograr una independencia real de los países en vías de desarrollo y, por tanto, vinculado con las políticas de descolonización [96], la admisión por parte de los gobiernos de estos países de la explotación de determinados recursos por empresas extranjeras constituye una nueva forma de dominación y explotación neocolonial, consentida por el propio país «neocolonizado» a cambio del enriquecimiento personal de sus gobernantes producto del cohecho.

En otras palabras, esta clase de corrupción a gran escala en la que participan tanto las multinacionales como los dirigentes del país en vías de desarrollo, que conlleva derivar la explotación de los recursos naturales a manos de extranjeros, constituye otra forma de patrimonicidio [97], en la medida en que implica desposeer a la población de sus recursos, pues se les impide su explotación, sin que de ello deriven beneficios –al contrario–, para los ciudadanos de dicho Estado. Se vulnera, en definitiva, su derecho a la autodeterminación y su derecho de explotación, que debe ejercerse tanto frente a las empresas

---

Resolución 2625 (XXV). Igualmente, se plasma en la «Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (art. 2)», en la «Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas 12 de diciembre de 1974» y en la «Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 21)».

[95] https://es.statista.com/estadisticas/600552/los-paises-con-el-mayor-producto-interior-bruto-pib-per-capita.

[96] Sánchez-Apellániz y Valderrama, F., «La soberanía permanente sobre los recursos naturales: orígenes y contenidos», Texto de la ponencia presentada a las *V Jornadas de Profesores españoles de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales,* Sevilla, 1980, pp. 4-6. *Vid.* también Díaz Burgos, M., *La protección jurídico-penal del medio ambiente y el delito ambiental en Colombia*, Tesis Doctoral. Universidad Santo Tomás, Colombia, 2015, pp. 37-41.

[97] Sobre ello, Nieto Martín, A., «Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente», *Revue internationale de droit pénal,* 3, vol. 82, 2011, pp. 481-495. El mismo, «Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente», *AFDUAM*, 16, 2012, pp. 151-159.

multinacionales como a las élites corrompidas del propio país (las dos caras de la actividad corrupta). El patrimonicidio representaría, precisamente, un abuso de poder intolerable, tanto de los corruptos como de los corruptores, que atenta directamente contra este derecho fundamental al desarrollo y explotación de los recursos por parte de la población. El injusto que revela este tipo de corrupción, adquiere, así, otra dimensión, cual es la destrucción de los pilares económicos de un Estado.

2.5 PROPUESTAS PARA FACILITAR LA PERSEGUIBILIDAD DE ESTAS CONDUCTAS

El artículo 4.4 del Convenio OCDE, ciertamente con una redacción muy laxa, establece que «Cada Parte revisará si el fundamento actual de su jurisdicción es eficaz para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros y, si no lo fuere, adoptará las medidas que correspondan». Claramente se ha demostrado que la competencia establecida en el artículo 23.4 LOPJ para el enjuiciamiento de este delito no ha sido efectiva, y tampoco ha ayudado a la incriminación de estas conductas la fórmula prevista en el artículo 286 ter de «corromper o intentar corromper *por sí o por persona interpuesta*», necesaria en el ámbito de los negocios internacionales, donde este tipo de corrupción se realiza gracias a la ayuda de intermediarios extranjeros, que, bajo el disfraz de la mediación comercial, son los que conocen el proceso local de adjudicación [98].

Por otro lado, el interés lesionado con estas gravísimas conductas es lo suficientemente relevante como para que su enjuiciamiento se pudiera hacer efectivo a través del principio de jurisdicción universal, pues no deja de ser una grave violación de los derechos humanos. Sin embargo, como es sabido, el principio de jurisdicción «universal» previsto en el artículo 23.4 de la LOPJ ha visto restringido su ámbito de aplicación, primero, por la LO 1/2009 y, fundamentalmente después, por LO 1/2014, de 13 de marzo, donde se limita ostensiblemente su alcance.

[98] Fabián Caparrós, E. A., 2003, pp. 93-94. También, Benito Sánchez, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Madrid (Iustel), 2012, pp. 241-242. La misma, Benito Sánchez, D., «Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo», *Estudios de Deusto*, vol. 63/1, enero/junio, 2015, pp. 205-228. La misma, «La corrupción de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales. Especial referencia al papel de la *Foreign Corrupt Practices Act*», en: Castro Moreno, A.; Otero González, P. *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Madrid, (Dykinson), 2016, pp. 115-146.

Como propuesta más realista, tomando como base la regulación actual, y por lo que respecta a la perseguibilidad del cohecho activo, debería modificarse, en primer lugar, el artículo 23.6 LOPJ, eliminando la exigencia de la previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal, pues, como se ha constatado, puede ser una de las causas que motivan la falta de perseguibilidad de estas conductas. Y, de otro lado, el artículo 23.4 n) LOPJ debe someterse a revisión, para flexibilizar la limitación de su aplicación actual, vinculada al principio de personalidad activa derivado de la nacionalidad, si queremos que la persecución, no solo de este sino de otros delitos cometidos por empresas multinacionales que violan derechos humanos, sea efectiva. Si estas conductas son *transnacionales* debemos, pues, superar el criterio vinculado a esta exigencia de la *nacionalidad* de la persona física/domicilio de la persona jurídica para perseguirlas. Para ello, debe condicionarse esa perseguibilidad a otro tipo de criterios, como la de sustituir la personalidad activa vinculada a la sede por el lugar donde tiene el principal centro de actividad la empresa corruptora o adoptando el modelo de incriminación de la falta de organización de la empresa permitiendo perseguir el comportamiento corrupto realizado en un país extranjero siempre que el defecto de organización de la empresa se haya producido en el país donde tiene su actividad principal [99].

Con todo, el problema principal no es la perseguibilidad del cohecho activo sino cómo articular la perseguibilidad del cohecho pasivo del funcionario extranjero. Si el cohecho pasivo de este funcionario se realiza en el extranjero, como es lo habitual, debemos seguir manteniendo esa dimensión interna para evitar injerencias en los asuntos de un Estado extranjero, por lo que será la normativa del Estado de este funcionario el competente para juzgar su conducta. Por eso es tan importante presionar a los gobiernos para que respalden y ratifiquen los convenios internacionales anticorrupción y los incorporen a su derecho interno de la forma más armonizada posible a efectos de reforzar el castigo del cohecho pasivo conforme a la legislación de aquellos países donde se produzca.

2.6 CONCLUSIONES

Los progresivos cambios de ubicación del tipo del artículo 286 ter CP, operados en las sucesivas reformas del Código penal, denotan una desorienta-

[99] De forma análoga, véase la *Bribery Act,* 2010, de Reino Unido. Ampliamente, Nieto Martín, A., 2012, p. 160.

ción del Legislador sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho internacional. Este tipo penal, si bien protege la competencia leal, esta resulta insuficiente como objeto de tutela para incriminar la gravedad de estas conductas de ámbito transnacional, que vulneran bienes jurídicos que exceden en mucho de la justa competencia.

Sin embargo, la enorme lesividad de estos comportamientos contrasta con el negativo balance de aplicación de este delito: se registra dos sentencias condenatorias en los 25 años de vida del tipo penal.

Las posibles causas por las que no se castiga la corrupción transnacional son:

1. La complejidad de estos procedimientos con multitud de piezas separadas de muy difícil probanza y de muy difícil conexión, cuya obtención definitiva de la prueba tarda muchos años en lograrse.
2. La deficiente regulación de la competencia española para perseguir estas conductas, plasmada en el artículo 23.6 LOPJ y, fundamentalmente, en el artículo 23.4.n) LOPJ de la que se ha dado cuenta en páginas anteriores.
3. La dificultad de recabar los elementos probatorios cuando los hechos, como es lo habitual, se realizan en el extranjero, siendo necesaria la colaboración de las autoridades de ese Estado, que nunca llega a producirse.
4. El amplio alcance de la extraterritorialidad de la FCPA USA 1977. Aunque, en principio, la aplicación de esta ley no supone un obstáculo para que el Ministerio Fiscal español emprendiera acciones legales en nuestro país contra esas actuaciones corruptas de la empresa sometida a la FCPA, subyace la seria sospecha de infracción del principio *non bis in idem* si ello tuviera lugar, lo que puede ser un motivo que esté frenando el enjuiciamiento de estos delitos en España. Tal ha sido el caso de la filial en España de *Fresenius Medical Care*, que realizó prácticas corruptas en España, a la que se le ha aplicado la FCPA, y, sin embargo, no ha sido enjuiciada en nuestro país.

Al mismo tiempo, esta desmesurada aplicación extraterritorial de las leyes anticorrupción en transacciones internacionales, fundamentalmente de la FCPA, ahonda en la brecha de la desigualdad entre los Estados, pues no olvidemos que, en este caso, la multa se paga a Estados Unidos mientras que las víctimas de esta corrupción (si pensamos en el cohecho pasivo) son los países en vías de desarrollo, por lo que quien impone y recibe el abono de las multas no son realmente los damnificados por la corrupción. En consecuencia, la competencia justa y leal es un bien jurídico insuficiente, por limitada, para luchar penalmente contra la corrupción internacional, porque es *competencia leal entre las empresas poderosas*, cuando la corrupción internacional va mu-

cho más allá de la distorsión de los precios y las condiciones del mercado, impidiendo que se garanticen las condiciones necesarias para la prosperidad de la población de los países emergentes, al desviar los recursos destinados a su bienestar social.

Si el bien jurídico *competencia leal* ha sido ineficaz en este ámbito, debe modificarse el eje de actuación, impulsándose de forma complementaria una auténtica gobernanza global que no dependa de los intereses de unos pocos países y corporaciones. Ello requiere una estrategia más holística, anticipándose al posible delito con otros instrumentos aplicados en un momento anterior de la actuación de la empresa para procurar decisiones éticas.

En beneficio de esta idea resulta crucial:

1. Incidir en una ampliación progresiva del ámbito de la exigencia de transparencia, escrutinio y rendición de cuentas, que transita desde la transparencia sobre información financiera al establecimiento de obligaciones homogéneas por parte de los Estados de transparencia sobre información no financiera para garantizar unas condiciones de competencia equitativas.
2. De otro lado, la responsabilidad social corporativa, que tradicionalmente ha estado ligada a una asunción voluntaria, cuando se violan los derechos humanos no debe quedar sujeto a la potestad de la empresa. En este contexto, se ha avanzado mucho en los últimos años en lo que se refiere a los modelos de organización y gestión, *compliance programs*, pues, desde formar parte de un proceso general de descentralización y privatización normativa de la actividad empresarial, se han dirigido a un cambio de paradigma donde el poder público convalida esta regulación. En esta dirección debe avanzarse en lo que respecta a las medidas preventivas relacionadas con la corrupción.
3. Debe empoderarse a la sociedad civil para que proteja los intereses del individuo y responsabilice a las instituciones estatales por no controlar, y a las empresas por no promover la transparencia, pues parece estar demostrado que cuanto mayor es el control social menor es la corrupción. Ello implica ceder soberanía por parte de los Estados, a favor de la soberanía interrelacional, que aglutina no solo las ONG y multinacionales, sino también redes de carácter global, creando grupos de trabajo para la ejecución y supervisión de las normas anticorrupción.

En el plano del derecho penal, debe hacerse hincapié en la pluriofensividad de este delito, que vulnera mucho más que las reglas de competencia, afectando a la *buena gobernanza.* Esta se configura como un bien jurídico categorial que necesita concreción de forma específica en cada una de las manifestaciones lesivas derivadas de los delitos tipificados bajo su rúbrica, para que

pueda acomodarse al principio de taxatividad. En el caso del tipo concreto de corrupción internacional, se lesiona la buena gobernanza a través de la vulneración los derechos humanos de los países emergentes al impedirles su bienestar social, y, en concreto, se perjudica «el derecho al desarrollo y a la soberanía permanente sobre la explotación de los recursos naturales» por parte del pueblo donde estos se han hallado, pues, en lugar de mejorar el bienestar de toda la sociedad, las élites del país, a cambio de sustanciosos beneficios, refuerzan la capacidad extractora de empresas extranjeras desincentivando los comportamientos productivos de la población. Uno de los pocos casos en contrario es el del descubrimiento del petróleo en el Mar del Norte por parte de Noruega, cuyo hallazgo coincidió con unas instituciones políticas tan sólidas, que impidieron las conductas extractivas oportunistas. Ello nos da la pista sobre la relación de causalidad que existe entre la solidez de un gobierno y el respeto del derecho del pueblo a la explotación propia de los recursos naturales, y viceversa: la relación entre los gobiernos débiles proclives a la corrupción y la extracción de los recursos por parte de empresas extranjeras. El injusto que revela este tipo de corrupción, adquiere, así, otra dimensión, pues resulta idóneo para destruir los fundamentos económicos de una sociedad.

Finalmente, por lo que respecta a la perseguibilidad del cohecho activo, el artículo 23.4 n) LOPJ debe someterse a revisión para flexibilizar el principio de personalidad activa derivado de la nacionalidad/sede del corruptor, y condicionar esa perseguibilidad a otro tipo de criterios, como el lugar donde la empresa corruptora tiene el principal centro de actividad o adoptar el modelo de culpabilidad por defecto de organización de la empresa, lo que permite perseguir el comportamiento corrupto realizado en un país fuera de España siempre que esa falta de diligencia se haya ocasionado en el Estado donde la empresa despliega principalmente sus negocios.

En lo que atañe a la perseguibilidad del cohecho pasivo, si este se realiza en el extranjero, como es lo habitual, debemos seguir manteniendo esa dimensión interna para evitar injerencias en los asuntos de un Estado extranjero. Por eso es tan importante presionar a los gobiernos para que respalden y ratifiquen los convenios internacionales anticorrupción a efectos de reforzar el castigo del cohecho pasivo y abogar por un derecho penal internacional armonizado a estos efectos, para que tenga también jurisdicción el Estado al que pertenece el autor de este delito.

3. NO MIRES ARRIBA: LAS RESPUESTAS DEL DERECHO PENAL A LA CRISIS CLIMÁTICA

Adán Nieto Martín [1]
Universidad de Castilla-La Mancha

3.1 LOS DIVERSOS ROSTROS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

Hace ya una década publicaba un artículo reclamando la creación de un derecho penal internacional del medio ambiente [2]. Desde ese momento las pruebas del cambio climático generado por el hombre no han dejado de crecer. A un ritmo quizás menor, pero en cualquier caso considerable, también lo ha hecho el debate jurídico penal, centrado fundamentalmente en torno a la creación del delito de ecocidio [3]. En el plano legislativo, Francia ha intro-

[1] Catedrático de Derecho Penal y Director del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha. Este artículo constituye una versión actualizada del publicado en el Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 26 (2022). Ulteriores reflexiones sobre este tema pueden encontrarse en Nieto Martín A./Vila Cunat A., «Histories de cronopios et famas dans la protection pénale de l'environnement, du climat et de la durabilité», *Revue du Science Criminel,* 2025 (en prensa).

[2] Cfr. Nieto Martín, A., «Bases para un derecho penal internacional del medio ambiente», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 16, 2012, pp. 137 ss. («Éléments pour un droit international pénal de l'environnment», *Revue du Science Penal et Criminel*, Janviers/ Mars 2012, núm. 1).

[3] Desde la aparición de mi trabajo citado en la nota anterior en 2012, donde puede encontrarse la bibliografía previa, *vid.* las diferentes contribuciones doctrinales a la construcción de un delito de ecocidio Libia Arenal Lora, L., «El crimen internacional del ecocidio: respuesta normativa al problema global del cambio climático», en Zamora Cabot, F., *et al.* (dir), *La lucha en clave judicial frente al cambio Climático*, Aranzadi, 2022, pp. 151-166; Crook, M./Short, D., Marx, Lemkin and the genocide-ecocide nexus, *International Journal of Human Rights*, 2014, pp. 298-319; De Vicente Martínez, R., «Hacia un Derecho penal internacional medioambiental: catástrofes naturales y ecocidio», en Demetrio Crespo, E./Nieto Martín, A., *Derecho penal económico y Derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2018; Colacurci, M., Il «Tribunale Monsanto»: le imprese transnazionali dinanzi

ducido recientemente una figura con este nombre en su Código Penal, con lo que se une a una ya larga lista de países, que pretenden dar una vuelta de tuerca más en la protección del medio ambiente [4]. La UE siguiendo el modelo Francés ha incluido también en su Directiva 2024/1203 sobre la protección penal del ambiente un tipo agravado, que tal como se indica en su preámbulo, se asemeja a la figura del ecocidio (art. 3.3) [5]. La pretensión de este trabajo es seguir contribuyendo a este debate con el fin mostrar la necesidad de un derecho penal del clima, que complemente el derecho penal in-

---

alla responsabilità per ecocidio, *Jus*, 2018, pp. 145-166; Fronza, E., Sancire senza sanzionare? Problemi e prospettive del nuovo crimine internazionale di ecocidio, *La legislazione penale*, 17 marzo 2021, pp. 1-15; García Ruiz, A., «Del Ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica», *REDPC* 20-11, 2018, pp. 8 ss; Greene, A., «The campaign to make ecocide an international crime: quixotic quest or moral imperative?», *Fordham Environmental Law Review*, 2019, pp. 1-48; Hotz, D., «Ecocide as the Missing Fifth Crime under International Criminal Law?», *ZsTW*, Band 133 (2021), Heft 3, pp. 861-906. Maccarrick, G./Jackson, M., «The significance of the International Monsanto Tribunal's Findings with respect to the Nascent Crime of Ecocide», *Texas Environmental Law Journal*, 2018, pp. 217-237; Malhotra, S., «The international crime that could have been but never was: an English school perspective on the ecocide law», *Amsterdam Law Forum*, 2017, pp. 49-70; Mégret, F., «The Case for a General International Crime against the Environment», *SSRN Electronic Journal*, 3 aprile 2010, pp. 1-16; Mehta, S./Merz, P., «Ecocide – a new crime against peace?», *Environmental Law Review*, pp. 3-7; Mwanza, R., «Enhancing accountability for environmental damage under international law: ecocide as a legal fulfilment of ecological integrity», *Melbourne Journal of International Law*, 2018, pp. 586-613; Natali, L./White, R., «The ecocide-genocide nexus: a green criminology perspective», *Rassegna Italiana di Criminologia*, pp. 186-195; Nieto Martín, A., «El Derecho penal del cambio climático», en García Conlledo, M., *et al.* (dir), *Libro Homenaje al Profesor Diego Luzón Peña*, Editorial Reus, 2021; (= *Jueces Para la Democracia*, núm. 98, 2020); Nieto Martín, A., «La conformación de la cláusula umbral en el delito de ecocidio», en Zamora Cabot, F., *et al.* (dir), *La lucha en clave judicial frente al cambio Climático*, Aranzadi, 2022, pp. 131-151; Margita, P./Radovan, B., «Will Ecocide Become and International Crime?», *Archivio Penale*, 30 aprile 2020, pp. 1-26; Serra Paolo, P., «Ecocidio: la odisea de un concepto con aspiraciones jurídicas», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. X, 2019, pp. 1 ss; Jualia Sieders, L., «The battle of realities: the case for and against the inclusion of 'Ecocide' in the ICC Rome Statute», en De los Monteros de la Parra, E./Gullo, M./ Mazzacuva Francesco, A., (eds.), *The Criminal Law Protection of our Common Home. 7th AIDP Symposium for Young Penalists, Rome, Italy, 11-12 November 2019 (Antwerpen, Revue Internationale de Droit Pénal)*, 2020, pp. 29-51. Además de trabajos científicos han surgido también importantes propuestas doctrinales *de lege ferenda*, como la de Polly Higgins, cuyos desarrollos pueden verse en Gauger, A./Rabatel-Fernel, M. P./Kulbicki, L./Short, D./Higgins, P., *Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace*, London, Human Rights Consortium, 2012; Higgins, P./Short, D./South, N., «Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide», *Crime, Law and Social Change*, 2013, pp. 251-266; la de Laurent Neyret y su grupo de trabajo en el cual pude participar [*vid.* Neyret, L. (ed.), *Des écocrimes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2015]; y últimamente la del grupo Stop Ecocide encabezada por Philip Sands, *vid.* Stop Ecocide Fundation, Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide, Commentary June, 2021 (https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d1e6e604fae2201d03407f/1624368879048/SE+F).

[4] Una recopilación de textos legislativos puede encontrarse en la página web de Ecocide Law (https://ecocidelaw.com).

[5] Directiva (UE) 2024/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección del medio ambiente. Extensamente, sobre la directiva y este tipo penal Nieto Martín, «El nuevo derecho penal del ambiente europeo: reflexiones sobre la directiva 2014/1203», *Revista Jueces para la Democracia,* n.º 112, 2025.

ternacional del medio ambiente. En otras palabras: el debate acerca del delito de ecocidio es absolutamente necesario y pertinente, pero su función es la protección de los elementos que conforman el medio ambiente, frente a ataques sistemáticos y generalizados, pero no la protección del clima. Clima y medio ambiente son dos bienes jurídicos diferentes, que deben ser objeto de una tutela penal diferenciada (*vid.* II) [6].

Las diferencias entre medio ambiente y clima resultan especialmente claras cuando se atiende al modo en que otras ramas del derecho nacional e internacional abordan ambas cuestiones. La regulación global y estatal del clima, muy diversa a la del medio ambiente, tiene su origen en el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono de 1985 y su Protocolo de Montreal, único instrumento de Naciones Unidas que ha sido universalmente ratificado [7], pero sobre todo se desarrolla a partir del Convenio Marco de Naciones Unidas contra el Cambio Climático de 1992 posteriormente completado por diversos acuerdos. El Acuerdo de Kyoto de 1997 supuso la creación del mercado de gases de efecto invernadero que, tras su internacionalización definitiva en 2008, constituye uno de los mercados globales con mayor crecimiento. A través del denominado sis-

[6] Fundamental en este punto ha sido la aportación de Satzger, H./Von Maltitz, N., «Das Klimasstrafrecht – ein Rechtsbegriff der Zukunft», *ZStW* 2021, Band 133, Heft 1, 1-34. Ulteriormente Satzger, H., «La protección del clima: ¡también es tarea del Derecho penal!», en De Vicente Martínez, R. *et al.*, *LH al Profesor Luis Arroyo Zapatero*, vol. II, Boletín Oficial del Estado, 2021, 1731-1748. Es también interesante, sobre todo porque aborda la perspectiva de la manipulación de mercado y la falsedad en las comunicaciones, de manera semejante a como se propone en este trabajo LOP, S./STAX, S., «Klimaatverandering en strafrecht: een verkenning», *BSb*, 2020, nr. 3, pp. 117-125.

Previamente, aunque en mi opinión no con propuestas tan elaboradas, *vid*. Hall, M., «Clima change and criminal law», en Farber, D./Peeters, M. (ed.),. *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*. Climate Change Law, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 103-114; Keenan, P. J., «International Criminal Law and Climate Change», *Boston University International Law Journal,* vol. 37, 2019, pp. 89-122*;* Desde una perspectiva más criminológica alineada con la *green criminology,* White, R./Kramer, R. C., Critical Criminology and the Struggle Against Climate Change Ecocide, *Crit Crim* (2015) 23:383-399; desde el concepto de criminalidad corporativo-estatal, *vid.* Kramer, R. C./Michalowski, R. J., «Is Global Warming a State-Corporate Crime?», en White, R. (ed), *Climate Change from a Criminological Perspective*, Springer, 2012; Lynch, M. J./Burns, R. G./Stretesky, P. B., «Global warming and state-corporate crime: the politicalization of global warming under the Bush administration»*, Crime Law Soc Change* (2010) 54:213-239.

[7] El Convenio de Viena y el Protocolo de Montreal se refieren a unos gases muy determinados, los CFCs (clorofluorocarbonos) y posteriormente los HCFCs (bromuro de metilo). Este tipo de gases se han dejado ya prácticamente de utilizar en la industria. En la UE, que es parte del Convenio de Viena, su transposición se encuentra actualmente en el Reglamento 2024/573 en relación a los gases que agotan la capa de ozono y el Reglamento 2024/573 relativo a los gases de efecto invernadero. Estas normas sustituyen al Reglamento 1005/2009 cuyo art. 29 establecía la obligación de los Estados miembros de contar con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas para castigar sus infracciones. En España el Reglamento se complementa mediante el Real Decreto 115/2017, de 17 de febrero, por el que se regula la comercialización y manipulación de gases fluorados y equipos basados en los mismos, cuyo artículo 13 describe el complejo régimen sancionador existente en esta materia. La Directiva 2024/1203 dos auténticos delitos climáticos que castigan la conductas relacionadas con las sustancias que agotan la capa de ozono y los gases de fluorados de efecto invernadero (art. 3.2. s) y t). La UE ha optado por tanto por endurecer las conductas relacionadas con la emisión de estos gases.

tema de *cap and trade*, las emisiones de gases de los estados y empresas firmantes del Acuerdo de Kyoto se limitaron y se crearon derechos de emisión de gases y créditos de reducción. La Directiva 2003/87 por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión, constituye la piedra angular de la política climática de la UE [8].

Tras una larga discusión acerca de la naturaleza jurídica de los derechos de emisión, el Reglamento y la Directiva sobre abuso de mercado consideró que se trataba de instrumentos financieros. Ello supone que resultan de aplicación de los delitos de *insider trading* y manipulación de mercado a las conductas que atenten contra la integridad del mercado de derechos de emisión. A estos delitos, deben unirse las sanciones administrativas previstas en la Directiva 2003/87 y que en nuestro país se contienen en la Ley 1/2005 de Comercio de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero. En este primer modelo regulador del clima ha dado lugar a una importante criminalidad climática transnacional que ha llamado la atención de organismos internacionales como Interpol [9] (*vid.* III.1).

El Acuerdo de París de 2015 constituye el último complemento a la Convención Marco de Naciones Unidas. Su objetivo es la denominada neutralidad climática, un saldo neto de emisiones cero, que ha de lograrse a través de la compensación de todas las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero con la creación de sumideros. La denominada Ley climática europea –Reglamento UE 2021/119 de 30 de junio– ha establecido como objetivo que la UE debe ser neutralmente climática en el 2050 y para el 2030 sus emisiones deben reducirse en un 55 % con el fin de llegar a los niveles de 1990 (objetivo intermedio). Esta normativa europea no contiene ninguna previsión sancionadora, pero existe ya alguna propuesta doctrinal interesante de un Derecho penal climático fundamentado en el cumplimiento de este objetivo (*vid.* III.2) [10].

El cambio climático es también un problema de derechos humanos. Las sequías y el resto de fenómenos climáticos extremos además de graves daños para la vida y la salud, tienen un enorme impacto sobre la seguridad alimentaria –el derecho humano a no pasar hambre– y están provo-

[8] Sobre el comercio de emisión de gases, tanto desde el punto de vista del Derecho administrativo como del mercantil, *vid.* Sanz Rubiales, I., «El mercado europeo de derechos de emisión», *Lex Nova*, 2010; Rodríguez Martínez, I., *Régimen y transmisión de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero y créditos del carbono*, Tirant lo Blanch, 2013; González Sánchez, S., *Derechos y mercados de gases de efecto invernadero*, Tirant lo Blanch, 2014.

[9] Interpol, «Guide to Carbon Crime Trandin, International Criminal Police Organisation» (INTERPOL) June 2013, además. https://www.interpol.int/content/download/5172/file/Guide%20to%20Carbon%20Trading%20Crime.pdf

[10] Satzger, H./Von Maltitz, N., «Das Klimasstrafrecht – ein Rechtsbegriff der Zukunft», cit. 2021: 1.

cando numerosos desplazamientos. [11] Estos resultados están previstos en el tipo básico del Derecho penal internacional de los derechos humanos, el crimen de lesa humanidad, por lo que tiene sentido plantearse en qué medida, por ejemplo, una enorme emisión de gases de efecto invernadero por parte de una multinacional o la inactividad de un gobierno puede considerarse delictiva. [12] Más allá de este punto en los últimos años, el Derecho internacional de los derechos humanos se ha enriquecido a través de las obligaciones de diligencia debida, cuyo origen se encuentra en los Principios rectores de Naciones Unidas para empresas multinacionales. Las obligaciones de diligencia debida obligan a las empresas a evaluar el impacto que su actividad tiene para los derechos humanos e implantar medidas correctoras y de reparación. Además, al menos en la UE, las empresas deben también ser transparentes y hacer públicas las medidas que adoptan, preferentemente, en sus balances anuales. La Directiva 2024/1760 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad requiere básicamente que las empresas realicen una evaluación de riesgos relativas al cambio climático y realicen una informe sobre las estrategias de mitigación que adoptan [13]. Con ello, se abre otra posible vía de sanción a la emisión de gases de efecto invernadero, para aquellas empresas que informen falsamente acerca de su política medioambiental (*vid.* IV).

Como puede verse, existe *de lege lata* un incipiente derecho sancionador –esencialmente europeo– contra el cambio climático, que se deriva tanto de la propia legislación *ad hoc* sobre el cambio climático, como de las recientes obligaciones que para las empresas están surgiendo del Derecho internacional de los derechos humanos. Cuestión distinta es que, de momento, estas medidas no parecen ser ni de lejos totalmente eficientes, y que exista la urgencia jurídica de plantear la creación un derecho internacional penal del medio ambiente y del clima, con varios brazos, para contribuir a paliar la urgencia climática (*vid.* V).

---

[11] *Vid.* Boyle, A., «Climate Change, the Paris Agreement and Human Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 67, núm 4 (2018), pp. 759-777; Iglesias Márquez, D., «La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos en el contexto de la crisis climática», *Revista de Direito Internacional*, vol. 16, núm. 3 (2019), pp. 51-74; el mismo, «Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol XX, 2020, pp. 85-134; el mismo, «Litigación climática, derechos humanos y responsabilidad empresarial: Precedentes y tendencias», en Zamora Cabot, F., *et al.* (dir), *La lucha en clave judicial frente al cambio Climático*, Aranzadi, 2022, pp. 185-211.

[12] *Vid.* Gilbert, G., «International Criminal Law Is not a Panacea – Why Proposed Clima Change Crimes Are Just Another Passenger on an Overcrowded Bandwagon», *International Criminal Law Review*. 14 (2014), pp. 551-587.

[13] Directiva 2024/160, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.

3.2 MEDIO AMBIENTE Y CLIMA: DOS BIENES JURÍDICOS DIVERSOS

La vía más inmediata a la hora de examinar la relevancia penal de los comportamientos que están provocando el aumento global de las temperaturas son los delitos contra el medio ambiente. Su estructura penal, tomando como muestra la Directiva 2024/1203 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, consiste: (a) en la realización de una serie de comportamientos (vertidos, emisiones…), (b) que han de ser contrarios a las normas administrativas e (c) idóneos para ocasionar daños substanciales en la calidad del aire, de las aguas, del suelo , la vida de animales y plantas y los ecosistemas o la biodiversidad. Conforme a estos elementos típicos, la aplicación de los delitos contra el medio ambiente a la emisión de gases exigiría demostrar, primero, que constituye una conducta contraria a la normativa administrativa y, segundo, que efectivamente es idónea para afectar a los elementos que componen el medio ambiente o la salud de las personas. Otro camino para aplicar los delitos contra el medio ambiente, especialmente sus modalidades agravadas, sería conectar causalmente las emisiones de gases con los concretos daños que ocasionan los fenómenos extremos a la salud y la vida de las personas. Es este último ámbito en el que se mueven alguno de los litigios climáticos más importantes, que intentan establecer la responsabilidad de gobiernos estatales, pero también de empresas con efectos concretos del cambio climático.

El delito de ecocidio pertenece a la misma familia que los delitos contra el medio ambiente [14]. En muchas legislaciones constituye en realidad un delito agravado por la especial gravedad de su resultado, que requiere un daño grave, duradero y extendido. Esta es también la formulación que tiene en algunas propuestas doctrinales, cuando han formulado *de lege desiderata* un tipo de ecocidio destinado a integrarse como quinto *core crimen* en el Derecho penal internacional. [15] Por esta razón las conductas de ecocidio tienen unas exigencias típicas compartidas con los delitos contra el medio ambiente. Esto es, requieren, de un lado, ser considerados antijurídicos, ya sea por el derecho nacional o internacional, y de otro, tener la idoneidad suficiente para afectar al

[14] Correctamente sitúa el bien jurídico en el medio ambiente Hotz, D., «Ecocide as the Missing Fifth Crime under International Criminal Law?», cit. 2021, p. 171. Otras propuestas conforman el ecocidio como un delito contra la paz y seguridad, Hellio, H., «De la valeur patagée de la sûreté de la planéte à la répression intenationale de l'ecocide una nouvelle quête», en Neyret, L., (sous la direction), *Des écocrimes à l'ecocide*, Bruylant, 2015, pp. 110-126.

[15] Esta es la estructura que tiene en la propuesta de Stop Ecocide: 2021, personalmente, (Nieto Martín, A., «El Derecho penal del cambio climático», cit. 2021) y de acuerdo con la propuesta de Laurent Neyret: 2015, considero que además del resultado, el ecocidio requiere que este esté en conexión con un ataque generalizado y sistemático proveniente de la política de una organización.

clima o causar un fenómeno climático extremo. Como es muy discutido que pueda formularse un tipo de ecocidio imprudente,[16] habría en principio que demostrar que sus autores actuaban intencionalmente o al menos con dolo eventual con relación al daño ocasionado.

Los problemas técnicos que encontramos para sancionar los comportamientos están provocando el cambio climático con la estructura de los delitos contra el medio ambiente son prácticamente insalvables[17]. En primer término, el perímetro de comportamientos a analizar debe reducirse exclusivamente a aquellas emisiones de gases que pueden considerarse antijurídicas, es decir, que violan disposiciones que regulan la emisión de gases de efecto invernadero. En la UE ello supondría restringir el número de posibles empresas infractoras a las empresas obligadas por la Directiva 2003/87 de creación del mercado de gases de emisión, es decir a aquellas concretas empresas, que realizan su actividad en los sectores afectados por la normativa europea y nacional, que tienen un techo de emisiones y que superan este techo o a los reglamentos relativos a los gases que afectan a la capa de ozono y gases fluorados de efecto invernadero (Reglamento 2024/573 y Reglamento 2024/590)[18]. El resto de las empresas y las propias empresas obligadas cuando no superan su techo o compensan sus emisiones sobrantes con la adquisición de derechos de emisión no contravendrían *de lege lata* ninguna normativa medioambiental o, dicho en otros términos, su comportamiento representa un riesgo permitido. E igual ocurre con las empresas de los países que no forman parte de Kyoto (China, EE. UU.), aunque teóricamente los efectos de su conducta tendrían lugar en cualquier estados, por lo que invocando el principio de territorialidad podría mantenerse la existencia de competencias, sus comportamientos resultan lícitos en el lugar de realización.

Con todo, una vez superado este primer obstáculo, habría que considerar en qué medida la emisión de cada una de estas empresas resulta idónea por sí sola para alterar a la par que el clima, el aire, los suelos, ecosistemas, etc. Realizar este juicio de idoneidad es complejo. El calentamiento climático es obra

---

[16] Sobre la conformación del elemento subjetivo, *vid.* Hotz, D., «Ecocide as the Missing Fifth Crime under International Criminal Law?», cit. 2021; Nieto Martín, A., «El Derecho penal del cambio climático», cit. 2021; *ibidem* 2022, p. 148; de acuerdo con la posición mantenida de abrir el paso a la imprudencia grave o, al menos a un dolo eventual conformado sobre su vertiente cognoscitiva, Berdugo Gómez de la Torre, I., «Los retos del derecho penal en la Amazonia Brasileña», en De Vicente Martínez, R., *et al.* (dir), *LH al profesor Luis Arroyo Zapatero,* vol. II, BOE, 2021, pp. 1271 ss.

[17] Sobre los problemas de imputación, en lo que sigue Satzger, H./Von Maltitz, N., Das Klimasstrafrecht – ein Rechtsbegriff der Zukunft, cit. 2021, pp. 16 ss.; Satzger, H., «La protección del clima: ¡también es tarea del Derecho penal!»: 2021, pp. 1738 ss.

[18] *Vid.* Sanz Rubiales, I., El mercado europeo de derechos de emisión, cit.: 2010, pp. 43 ss.

de millones de comportamientos que se han sucedido a lo largo del tiempo. Incluso aunque tomáramos solo aquellos comportamientos que se producen tras la entrada en vigor del protocolo de Kyoto y que contravienen las normativas nacionales que lo incorporan, el número de conductas ilícitas es tan grande, que no es posible considerar que ninguna emisión en concreto, por sí sola es resulta idónea *ex ante* para generar un peligro susceptible por sí solo de alterar como consecuencia de los efectos del cambio climático la calidad de los elementos naturales o afectar a plantas y animales.

Más dificultades encontraríamos aún, si decidiéramos operar con delitos medio ambientales que se centran en un resultado lesivo, por ejemplo, para la vida humana o la salud o incluso si decidiéramos utilizar los delitos de homicidio y lesiones imprudentes *(climate killing).* Es verdad que los fenómenos extremos originados por el cambio climático han causado ya miles de daños a la salud, pero en este caso sería aún más complejo demostrar una relación de causalidad conforme a los requisitos de la teoría de la imputación objetiva [19]. Como es conocido, esta teoría requiere tres pasos que se han de dar secuencialmente: primero se trata de establecer una relación causa efecto según la teoría de la *conditio sine qua non*, segundo que el comportamiento genere un riesgo desaprobado y tercero, que el resultado sea expresión de este riesgo. Dando por buena la versión más extrema posible de las teorías de la causalidad cumulativa, y que solo nos centraríamos ante los comportamientos ilícitos de una mayor envergadura, protagonizados por las empresas más contaminantes, no puede decirse que un fenómeno extremo y los perjuicios para la salud que derivan del mismo sea obra suya, en el sentido de entender que el riesgo que se ha materializado proviene de su comportamiento. Conforme al denominado comportamiento alternativo ajustado a derecho, resulta imposible demostrar con la precisión que exige el principio de *in dubio pro reo* que si la empresa –pongamos como ejemplo extremo la mayor contaminante mundial– se hubiera comportado correctamente, el aumento mundial de las temperaturas no se hubiera producido y ello hubiera provocado la desaparición del suceso climático extremo.

Pero más allá de estas cuestiones, que en realidad son meras elucubraciones teóricas, lo que en realidad nos muestra la escasa utilidad de los delitos

[19] *Vid*. Saliger, F., *Umweltstrafrecht*, Franz Vaheln: 2012, pp. 105 ss. Incluso en el ámbito civil, en casos de litigación climática este aspecto es muy complejo de demostrar cuando se quiere imputar un determinado suceso relacionado con el cambio climático a una determinada empresa. El caso paradigmático en este punto es sin duda el asunto Liluya v. RWE, donde un ciudadano peruano reclama a una empresa europea, considerada una de los *carbon majors*, por los daños ocasionados por el derretimiento de un glaciar cercano a su domicilio, al respecto Ortiz Arce Vizcarro, S., «Los litigios climáticos: ¿una oportunidad para la UE con impacto global?», en Zamora Cabot, F., *et al.* (dir), *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Aranzadi, 2022, pp. 303 ss.

contra el medio ambiente en la protección del clima, es que se trata de dos conceptos distintos, por esta razón los delitos contra el medio ambiente en cualquiera de sus modalidades típicas fracasan a la hora de establecer la tipicidad de los resultados lesivos ocasionados por el cambio climático [20]. En efecto, el clima, tomando la definición de la Organización Mundial de Meteorología, es la «descripción estadística del tiempo atmosférico en términos de los valores medios y de la variabilidad de las magnitudes correspondientes durante periodos» [21]. El medio ambiente en cambio son el conjunto de condiciones físicas que los seres vivos y especialmente el hombre necesitan para la vida [22]. El clima constituye el entorno en el cual se encuentran los elementos que componen el medio ambiente, pero es distinto a estos elementos. El suelo, los ecosistemas, la biodiversidad, la calidad de las aguas o del aire puede modificarse con el cambio climático, pero son niveles diferentes. Los vertidos de gases a la atmósfera pueden suponer ser idóneos para contaminar el aire de una determinada ciudad o espacio geográfico, pero no puede decirse que alteren su climatología. Entre otras razones porque el clima a diferencia de los elementos que componen el medio ambiente tiene una dimensión global y obedece a factores con interrelaciones mucho más complejas que las que afectan a los elementos singulares que componen el medio ambiente. El clima de una determinada región o país no viene condicionado por como localmente se comporten sus empresas. Esta diferencia ontológica entre ambos conceptos implica que la protección del clima no pueda solucionarse añadiendo simplemente a los delitos contra el medio ambiente el clima como objeto de protección, ni mucho menos de la mano de delitos de lesión como el homicidio o las lesiones.

La faz externa de los delitos contra el clima, que se desarrollará en un próxima epígrafe, debe ser por tanto distinta. Particularmente importante resulta tener en cuanta que mientras el medio ambiente es un bien jurídico, nacional o transnacional, un vertido puede afectar al territorio de varios estados, el clima es un bien jurídico global. Lo que implica que tanto desde el punto de vista de la construcción de los tipos penales, como de la construcción de criterios de jurisdicción, los retos a los que nos enfrentamos a la hora de construir el futuro Derecho penal del clima son muy importantes. En primer, lugar se trataría de

---

[20] Cfr. Satzger, H./Von Maltitz, N., Das Klimasstrafrecht – ein Rechtsbegriff der Zukunft, cit. 2021: pp. 38 ss.

[21] Cfr. https://public.wmo.int/es/preguntas-frecuentes-clima.

[22] Un buen resumen de las distintas posiciones en torno al medio ambiente como bien jurídico protegido en Saliger, F., *Umweltstrafrecht*, cit.: 2012, pp. 12 ss. Para la discusión en nuestro país *vid.* por todos De la Mata Barranco, N., en De la Mata Barranco *et al.* (dir), Derecho penal económico y de la empresa, Dyckinson, Madrid, 2018, pp. 629 ss.

delitos de acumulación [23]. Como han puesto de manifiesto los casos de justicia climática, no se discute en sí que exista una relación causal entre cualquier emisión antropocéntrica de gases de efecto invernadero y los niveles de CO_2 en la atmósfera y que esto además contribuya al aumento de las temperaturas [24]. Por otro lado, en la actualidad no existen problemas para conocer cuál es el nivel de emisiones de cada empresa o de cada Estado. De hecho, existen estudios que muestran las emisiones de gases acumuladas de una serie de empresas, las denominadas *carbon majors*, que desde la década de los noventa son responsable del 71% de las emisores del gases [25]. Por esta razón, el derecho penal climático no estaría conformado en sentido estricto por delitos de peligro, sino que más bien debe partirse de los delitos de acumulación. El problema reside en que la variación del clima debe abordarse desde un análisis macrosocial y no individual de la protección del bien jurídico. Los delitos contra el medio ambiente, aunque a veces se consideren el paradigma de los delitos de acumulación siguen respondiendo a una óptica individual, característica de los delitos de peligro. Al menos en el Derecho penal español y el europeo, debe demostrarse la idoneidad normalmente de un único comportamiento lesivo para alterar la calidad de los elementos que conforman el medio ambiente, en una determinada zona o ámbito geográfico. Dicho de otro modo: en el Derecho penal del clima el legislador no tiene otro remedio que utilizar delitos de acumulación, mientras que en el caso del medio ambiente siempre existe la opción legislativa de exigir que el comportamiento típico tenga lesividad suficiente para ocasionar un daño substancial. Cierto es que el legislador podría desprenderse de la tipología de los delitos de peligro hipotético o de idoneidad y recurrir al peligro abstracto, como ocurre en muchos ordenamientos, pero en este caso la presunción de peligro seguiría estando construida desde una perspectiva individual y, en su caso, de la acumulación de un número finito de casos.

---

[23] Cfr. Bustos Rubio, M., Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en derecho penal, *ADPCP*, vol. LXX, 2017, pp. 293-327.

[24] Un estudio exhaustivo de la litigación climática en diversos países puede verse en Kahl, W./ Weller, M. P., «Climate Change Litigation. A Handbook», Beck, 2021, *vid.* especialmente pp. 25 ss. En realidad, la cuestión no es casual, sino fundamentalmente normativa. Desde el punto, de vista de las ciencias naturales los gases de efecto invernadero se mezclan de manera difusa en la estratosfera y desde allí actúan sobre el clima del planeta. La cuestión es muy distinta a la del SO_2 que ocasionaba la lluvia ácida, pues aquí sí es posible trazar la relación entre la emisión de la partícula y el punto en que esta ha afectado, por ejemplo a una masa forestal. Por esta razón, emisiones como las del SO_2 pueden ser sancionadas con menos problemas por los delitos contra el medio ambiente.

[25] Cfr. Heede, R., Tracing Anthropogenic Carbon Dioxide and Methane Emissions to Fossil Fuen and Cemente Procedures, 1854-2010, *Climatic Change*, vol. 122, n. 1-22, 2012, pp. 229-241; Iglesias Márquez, D., La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos en el contexto de la crisis climática, cit.: 2021, p. 186.

En el Derecho penal del clima, partiendo del modelo de los delitos de acumulación, el verdadero problema reside en articular una intervención penal respetuosa con el principio de proporcionalidad. Las emisiones pequeñas de gases de efecto invernaderos no pueden ser sancionadas penalmente. En realidad, solo existe merecimiento y necesidad de pena en emisiones procedentes de industrias pertenecientes a sectores especialmente contaminantes [26].

Una característica ulterior de las infracciones climáticas es que además son necesariamente accesorias de la regulación administrativa, a diferencia de lo que ocurre con el derecho penal del medio ambiente. Tal como muestra, por ejemplo, el Convenio del Consejo de Europa para la protección del medio ambiente [27] y algunas propuestas doctrinales es posible –y legítimo– conformar un derecho penal del ambiente prescindiendo del hecho de que el comportamiento contravenga la legislación administrativa [28]. En cambio, esta configuración, no parece posible en la protección penal del clima. Esta particularidad tiene un gran significado político criminal, pues viene a señalar que en la protección del clima corresponde necesariamente al Derecho administrativo, a partir de los consensos que se alcancen en la esfera internacional, establecer el nivel de riesgo permitido de los comportamientos individuales y empresariales.

En el plano internacional, la accesoriedad con el Derecho administrativo conecta además con la compleja cuestión de la soberanía de los estados sobre sus propios recursos. En la delimitación del riesgo permitido cada Estado pondera su derecho al desarrollo y procesos de industrialización con el respeto al medio ambiente. En el incipiente Derecho penal internacional del medio ambiente existe algún indicio, tal como apuntábamos, de que no se respete la ponderación efectuada por un Estado, por ejemplo, a través de un acuerdo de inversión, y se considere antijurídico un comportamiento amparado por la legislación estatal. No ocurre lo mismo en el Derecho internacional del clima, cuya estructura gira entorno a los compromisos de reducción de emisiones o

[26] Satzger, H./Von Maltitz, N., Das Klimasstrafrecht – ein Rechtsbegriff der Zukunft, cit.: 2021, pp. 17 ss, Satzger, H., «La protección del clima: ¡también es tarea del Derecho penal!», cit.: 2021, pp. 1745 ss.

[27] Artículo 2.1 a, Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law Strasbourg, 4. XI.1998, donde se exigen solo «the discharge, emission or introduction of a quantity of substances or ionising radiation into air, soil or water», a diferencia del artículo 2.2 b y sucesivos que requieren siempre the «unlawful discharge»

[28] Es el caso de la propuesta de una convención internacional sobre ecocrímenes, del grupo de Laurent Neyret, en cuyo artículo 1. 1 b i) se indica que un comportamiento se considera ilícito: «los hechos hayan sido cometidos por una persona física o jurídica extranjera en un Estado cuyas disposiciones protectoras del medio ambiente establezcan un nivel de protección manifiestamente inferior al establecido en el Estado de la nacionalidad de la persona física o en el que la persona jurídica tenga su sede social o, incluso, en el Estado de origen del cual procedan los residuos» (Neyret, L., *Des écocrimes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement*, cit.: 2015, p. 270). Al respecto, de esta cuestión Nieto Martín, A., «El Derecho penal del cambio climático», cit.: 2021.

neutralidad climática realizados por cada Estado. Dicho de otro modo: la soberanía medio ambiental es ligeramente menor a la soberanía climática, que desgraciadamente aún es más que considerable. Lógicamente esto traerá complicaciones a la hora de establecer criterios de extraterritorialidad en el Derecho penal del clima [29].

La independencia entre Derecho penal del clima y medio ambiente plantea también, aunque solo sea a título de hipótesis, la posibilidad de aplicar conjuntamente ambas infracciones. Una emisión de gases puede ser por ejemplo altamente perjudicial para la calidad del aire de una zona y la salud de sus habitantes, pero también ser considerada un comportamiento penalmente relevante –probablemente con una penalidad menor– por su afectación al clima.

Lo dicho hasta ahora puede aplicarse también a un futuro delito de ecocidio. Aunque el daño al medio ambiente se describa en el delito de ecocidio como duradero, estable y extendido, no siempre guardará una relación con el cambio climático. Un gran vertido de residuos o la contaminación del mar suponen obviamente una catástrofe ambiental y por tanto pueden constituir una modalidad hiperagravada de delito contra el medio ambiente, pero su incidencia sobre el cambio climático no tiene por qué ser relevante.

Esto no implica que en ocasiones no puedan nuevamente existir zonas de intersección. Es el caso por de la destrucción masiva de sumideros, como la que está teniendo lugar en la Amazonia por la política de deforestación implantada del actual gobierno brasileño. Como es conocido se ha presentado una denuncia ante la Corte Penal internacional acusando al presiente Bolsonaro de los delitos de genocidio, incluyendo el ecocidio como una modalidad más de esta figura. La destrucción masiva de la Amazonia aparte de conformar un daño extendido, duradero y grave al medio ambiente, producto de una política estatal (ecocidio), es susceptible –al menos como hipótesis– de alterar el clima, en cuanto que la Amazonia supone uno de los grandes sumideros del planeta [30]. Ahora bien, desde el punto de vista del genocidio (o lesa humanidad) la alteración climática que comporta la política de Bolsonaro, no es relevante o no es un aspecto necesario.

[29] Satzger, H./Von Maltitz, N., «Das Klimasstrafrecht – ein Rechtsbegriff der Zukunft», cit.: 2021, pp. 26 ss., quien tras admitir que al ser la atmósfera –bien jurídico protegido– un bien global, y localizarse el resultado en el territorio de cada Estado, razón por la cual sería de aplicación el principio de territorialidad, consideran posteriormente que esto podría ser visto como una suerte de neocolonialismo por los países en vías de desarrollo. Todo podría llevar a una suerte de distopía que, según estos autores, hace aconsejable una aplicación nacional del derecho penal climático, pese a tratarse de un bien jurídico global.

[30] Sobre la destrucción de sumideros como posible comportamiento típico dentro del derecho penal climático, *vid.* Satzger, H./Von Maltitz, N., «Das Klimasstrafrecht – ein Rechtsbegriff der Zukunft», cit.: 2021, pp. 13 ss.

El punto de vista a adoptar en relación a estas figuras es puramente antropocéntrico, lo que implica comprobar en qué medida los actos concretos de deforestación, conectados conscientemente con la política estatal, provocan los resultados típicos previsto en el delito de genocidio, lesa humanidad y además satisfacen los elementos subjetivos de estas figuras [31]. Esta cuestión, como puede apreciarse, no guarda relación con la protección del clima.

3.3 REGULACIÓN JURÍDICA DEL CLIMA Y DERECHO PENAL CLIMÁTICO

La intervención del Derecho penal (o sancionador administrativo) en el clima no tiene más remedio que ser accesoria de la regulación administrativa que proviene del Derecho internacional. Tal como apuntamos, la Convención de Naciones Unidas ha dado lugar básicamente a dos modelos regulatorios sucesivos, aunque complementarios: el basado en la regulación del mercado de derechos de emisión (Kyoto) y el que pretende alcanzar la neutralidad climática (París). Sin conocerlos, si quiera someramente, no es posible ni *de lege lata*, ni *de lege ferenda* acerase al Derecho penal climático y a las formas de criminalidad que en él están apareciendo.

3.3.1 **El derecho penal del mercado de gases de efecto invernadero**

El Protocolo de Kyoto tiene como destinatario a los Estados a los que obliga a no superar un techo en la emisión de gases de efecto invernadero [32]. Aunque deja libertad a la hora de alcanzar este objetivo, establece tres mecanismos, que pueden ser utilizados de manera flexible. Mediante los Acuerdos de Marrakech [33] se permitió que las empresas pudieran participar en estos tres mecanismos, ya sea de manera voluntaria, ya sea, de manera obligatoria, con el fin de alcanzar los techos de emisiones que cada Estado puede imponer a determinadas empresas, como medio para alcanzar el techo de emisiones al

[31] Ampliamente sobre la relevancia de la destrucción de la Amazonia para el Derecho penal internacional Berdugo Gómez de la Torre, I., «Los retos del derecho penal en la Amazonia Brasileña» cit.: 2021, *passim*.

[32] Una buena explicación, puede verse en Rodríguez Martínez, I., *Régimen y transmisión de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero y créditos del carbono*, cit.: 2013, pp. 31 ss.; González Sánchez, S., *Derechos y mercados de gases de efecto invernadero*, cit.: 2014, pp. 25 ss;

[33] Cfr. González Sánchez, S., *Derechos y mercados de gases de efecto invernadero*, cit.: 2014, pp. 61 ss.

que los obliga Kyoto. En este último supuesto las obligaciones que adquieren las empresas desde el punto de vista del derecho internacional son derivadas, ayudan a los Estados a cumplir con sus compromisos, pero operan solo en el derecho interno o, en nuestro caso, en el derecho de la UE.

El primero de los mecanismos que establece el Protocolo de Kyoto es la creación del mercado de derechos de emisión. La idea de convertir la contaminación en un derecho con el que se puede negociar en un mercado creado al efecto nace en Estados Unidos en los años ochenta como forma de reducir las emisiones de SO_2 que provoca la denominada lluvia ácida [34]. El que, bajo la gestión de la poderosa agencia norteamericana de medio ambiente –EPA–, sus resultados fueran buenos, llevó a que se escogiera como primer mecanismo por el convenio de Kyoto, pese a que Estados Unidos no fuese parte del acuerdo. Existe un mercado de derechos de emisión para los Estados y otro para las empresas, si bien a los efectos de establecer la responsabilidad penal, nos interesa únicamente este último, que en la UE fue establecido por la Directiva 2003/87.

La generación de un mercado requiere de dos pasos. El primero es convertir la contaminación mediante la emisión de gases de efecto invernadero en un bien escaso. Para ello, al igual que hace el Protocolo de Kyoto hace con los estados, se fija a las empresas obligadas –aquellas que pertenecen a actividades especialmente contaminantes– un techo anual (*cap*) de las emisiones que pueden emitir. En segundo lugar, para no ser sancionadas las empresas deben compensar sus emisiones con un número equivalente derechos de emisión. Si una empresa, por ejemplo, tiene autorización para emitir 6 toneladas de CO_2 debe tener al final del ejercicio 6 unidades de cuenta (AAUS, Assigned Amount Units). Convencionalmente cada unidad de cuenta equivale a una tonelada de CO_2. Estas unidades de cuenta pueden ser adquiridas de dos mercados diferentes (*trade*). El primero constituye un mercado primario. Los Estados o la UE mediante una subasta pública ponen en el mercado un número determinado de derechos de emisión anualmente [35]. A esta subasta pueden acudir las

[34] Sobre los cimientos teóricos de esta regulación, *vid.* Sanz Rubiales, I., *El mercado europeo de derechos de emisión*, cit. 2010, pp. 35 ss., 77 ss.

[35] En un principio los estados asignaban a cada empresa una cantidad, posteriormente este sistema que creaba deficiencias en el mercado (un exceso de derechos de emisión) se sustituyó por un mecanismo más eficiente como es una subasta. La subasta pública conforma el mercado primario de derechos de emisión donde es posible la aparición de conductas delictivas como la manipulación de mercado o el abuso de información privilegiada. La subasta de derechos de emisión se regula mediante el Reglamento 1031/2010 de 12 de noviembre, sobre el calendario, la gestión y otros aspectos de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Más detalles al respecto en González Sánchez, S., *Derechos y mercados de gases de efecto invernadero*, cit.: 2014, pp 75 ss.

empresas obligadas, pero también cualquier empresa o ciudadano. Alternativamente, las empresas obligadas pueden adquirir sus derechos de emisión en el mercado secundario. En este mercado, similar a cualquier otro mercado financiero, se compran y venden derechos de emisión, de manera individual (cara a cara), a través de plataformas de negociación, o mediante la intervención de *brokers*. De este modo, las empresas obligadas que hayan sido eficientes medioambientalmente o que por cualquier otra razón tengan derechos de emisión sobrantes, pueden venderlos en este mercado secundario a aquellas empresas menos eficientes o que por cualquier otro motivo (un aumento inesperado de la producción) necesiten mayores derechos de emisión para cumplir con el techo de emisiones que tienen asignados. Para el resto de los participantes los derechos de emisión son una mercancía más o, concretamente en la UE, un instrumento financiero, en la que invertir. La razón de que el mercado sea abierto, y cualquiera pueda participar en él, radica en buscar una mayor liquidez.

El mercado de derechos de emisión se complementa en el Protocolo de Kioto con dos mecanismos más, denominados mecanismos basados en proyectos o de desarrollo limpio, que responden a los principios de desarrollo sostenible y solidaridad establecidos en la Convención marco de Naciones Unidas. En síntesis, lo que los mecanismos de desarrollo limpio pretenden es favorecer inversiones, de Estados o empresas, en países en vías de desarrollo o subdesarrollados mediante las que se crean sumideros o se implanten tecnologías que reducen de manera efectiva los derechos de emisión. La inversión en estos proyectos de manera paralela a los derechos de emisión otorga a las empresas (y a los estados) unidades de Kioto –CER y ERUs–, que también se miden en toneladas de CO_2. De este modo, si una empresa invierte en un proyecto de forestación, y se calcula que ello va a servir para compensar dos toneladas de CO_2 se le conceden dos unidades CER, que le sirven o bien para compensar sus emisiones sobrantes o bien para venderlas también en el mercado de derechos de emisión. Como puede apreciarse, el sistema diseñado por Kyoto es flexible. Permite vías diversas para que Estados y empresas cumplan con sus obligaciones [36].

Otro de sus elementos centrales de este sistema son los registros públicos de los derechos de emisión y del conjunto de unidades de Kyoto. Sin seguridad registral de los diferentes documentos electrónicos, ni de las transacciones, el

[36] Sobre estos mecanismos de flexibilidad, Sanz Rubiales, I., *El mercado europeo de derechos de emisión*, cit.: 2010, pp. 160 ss; González Sánchez, S., *Derechos y mercados de gases de efecto invernadero*, cit.: 2014, pp. 48 ss.

mercado no atraería a inversores y serían posible todo tipo de fraudes (por ejemplo, doble ventas de derechos, emisión de derechos de emisión ficticios…). Existe un registro central, dependiente de Naciones Unidas que se encuentra en Bonn, y diversos registros nacionales [37].

El Derecho penal y el sancionador administrativo intervienen con el fin de proteger la integridad del mercado de derechos de emisión y sancionar el incumplimiento de las obligaciones que los Estados imponen a las empresas a las que se les asignan derechos de emisión. Uno de los rasgos más importes del mercado europeo es que a partir del 2014, con el Reglamento 596/2014 de abuso de mercado los derechos de emisión se consideran instrumentos financieros [38], lo que supone situarlos bajo la supervisión de las respectivas autoridades del mercado de valores y que además el uso de información privilegiada o la manipulación de mercado puedan ser sancionadas penalmente en los Estados miembros conforme a lo dispuesto en la Directiva 2014/57 sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado. El Reglamento de abuso de mercado contiene disposiciones expresas que adaptan los conceptos de información privilegiada [39] y abuso de mercado [40] a los derechos de emisión. Igualmente impone a las empresas obligadas y a los intermediarios financieros la adopción de controles internos con el fin de detectar casos sospechosos. En estos casos, además de suspender la transacción, existe el deber de comunicarlos inmediatamente a los supervisores de cada país [41].

Tras la trasposición de la Directiva de abuso de mercado, mediante la LO 1/2019, resultan por ello plenamente de aplicación los artículos 284 y 285 del CP. De hecho, cabe perfectamente pensar en comportamientos como la simulación de multitud de operaciones de compra y venta de derechos de

---

[37] *Vid.* ampliamente sobre el funcionamiento del registro Rodríguez Martínez, I., *Régimen y transmisión de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero y créditos del carbono*, cit.: 2013, pp. 251 ss.

[38] En este punto es útil la lectura del primer informe de la ESMA donde aclara el régimen jurídico del mercado y su relación con el Reglamento de abuso de mercado, *Preliminary report Emission Allowances and derivatives thereof*, 15 November 2021 ESMA 70-445-7. Aunque es previo a la entrada en vigor del Reglamento, sobre la consideración de los derechos de emisión como instrumentos financieros *vid.* igualmente González Sánchez, S., *Derechos y mercados de gases de efecto invernadero*, cit.: 2014, pp. 223 ss; *ibidem*, «Un nuevo instrumento financiero: el derecho de emisión de gases de efecto invernadero a la atmósfera», *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año núm. 32, núm. 131, 2013, pp. 121-154.

[39] Artículo 7 1 (c) Reglamento 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión.

[40] Artículo 12 y artículo 12.2 (e) Reglamento 596/2014, en relación a la manipulación de mercado que puede tener lugar en el mercado primario, es decir, en el momento de la subasta.

[41] También *de lege ferenda* proponiendo esta supervisión Gónzalez Sánchez, S., «Propuesta de supervisión de los mercados secundarios de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año núm. 33, núm. 134, 2014, pp. 147-174

emisión, por ejemplo, a través de comportamiento de *circular trading* [42]. Especialmente peligroso es que muchas empresas de servicios financieros hayan invertido en proyectos de energías limpias o de regeneración forestal y tengan en su poder, por tanto, derechos de descontaminación –unidades URE y CER–. En estas circunstancias pueden realizar efectuar una manipulación de mercado similar a la que una empresa puede realizar a través de la compra de acciones propias.

El Derecho penal del mercado de derechos de emisión se complementa con una serie de sanciones administrativas. La Directiva 2003/87 obliga a los Estados a sancionar a las empresas que sobrepasan el techo de emisión de gases de efecto invernadero que tienen asignado, sin haberlo compensado con la adquisición de otros derechos. La Directiva señala que esta sanción debe sancionarse con una multa consistente en 100€ por cada tonelada de dióxido de carbono emitido no compensado. Con el fin de que esta multa no se convierta en una forma de regularizar las emisiones no compensadas, el infractor queda obligado en el ejercicio siguiente a entregar una cantidad equivalente a los derechos de emisión en exceso. La Directiva prevé también como sanción la publicación de los nombres de las empresas infractoras, pensando probablemente en el daño reputacional que puede derivarse de ello. El régimen sancionador previsto en la Ley 1/2005 que transpone la Directiva 2003/87 es significativamente más duro que el exigido por la norma europea, en cuanto que además de las multas por el exceso de emisiones, determina la clausura total o parcial de sus establecimientos por un periodo de hasta dos años. La Ley 1/2005 castiga también, con multas que pueden llevar hasta los dos millones de euros, ejercer una actividad sujeta al régimen obligatorio de derecho de emisión sin autorización, la obstrucción de las labores de inspección administrativas, el no llevar o no presentar la documentación y los registros requeridos para comprobar el cumplimiento de los límites de emisiones [43].

Las sanciones administrativas y los delitos de manipulación de mercado e *insider trading* protegen en realidad un mismo bien jurídico. El mercado de derechos de emisión no funcionaría correctamente, si no existiera una supervisión administrativa eficaz de las empresas más contaminantes y, sobre todo, si no se sancionara el incumplimiento de respetar el techo de emisión. Las san-

[42] Cfr. Nieto Martín, A., en De la Mata Barranco, N. *et al.* (dir), *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 382 ss,

[43] *Vid.* señalando la severidad, e incluso desproporción, del régimen sancionador en cuanto que permite el cierre de locales y la clausura de establecimientos, Domenech Pascual, G., «¿Es proporcionado cerrar una empresa por infracciones a la Ley de mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero?», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 9, 2006, pp. 77-95; el mismo, «Aspectos problemáticos del régimen sancionador del mercado de CO_2», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 311, 2010, pp. 49-57.

ciones a las empresas incumplidoras cumplen la función de sostener y asegurar la demanda de derechos de emisión. Si no fueran constreñidas a tener que necesariamente adquirir en el mercado derechos que les permitan compensar sus desfases, el mercado de derechos de emisión sería un mercado financiero más, que versaría sobre un producto nada atractivo. Lo que le dota de interés es, precisamente, el que a través del derecho sancionador administrativo se garantice siempre una determinada demanda. Desde este entendimiento, y atendiendo a razones de merecimiento y necesidad de pena, una buena pregunta es porqué sobrepasar la cantidad de emisiones no puede ser considerada un hecho delictivo. La empresa que no adquiere derechos de emisión o derechos de descontaminación en realidad produce una alteración de la oferta, y por tanto de su precio, similar a la que puede producirse a través de los comportamientos de manipulación de mercados que se prevén en el artículo 284. No es fácil entender por qué una y otra conducta revisten una gravedad diferente [44].

La aparición de un nuevo mercado, de cualquier mercado, genera inevitablemente formas de criminalidad que se adaptan al mismo. Y esto ha ocurrido también con el mercado del carbón. Alguna de estas formas de criminalidad no afecta a la integridad del mercado. En la UE fue especialmente preocupante el fraude al IVA que se produjo en la transmisión de derechos de emisión, que en nuestro país dio lugar a importantes procesos judiciales. Se trataba de un caso prototípico de fraude en carrusel, similar al que tiene lugar en el comercio intracomunitario de bienes. Igualmente, los registros públicos, que dan fe de los derechos de emisión y de las transacciones, fueron objeto de ataques informáticos, mediante los que se creaban nuevos derechos o se alteraba el registro de transacciones; es decir, conductas que pueden ser consideradas como un delito de falsedad en documento público –a lo que no empece desde hace años el carácter electrónico del documento– en concurso medial con un delito de *hacking* o allanamiento informático. También lógicamente han existido casos de estafas, aprovechando lo novedoso de estas nuevos instrumentos negociables y la bisoñez de muchos inversores [45].

Ahora bien, al lado de estos comportamientos, se han producido otros que afectan directamente a la integridad del mercado. Estos comportamientos se han operado fraudulentamente sobre los que gráficamente, y para simplificar, denominaré derechos de descontaminación (EUR y CER), que son los que se obtienen a través de la inversión en proyectos verdes y en energías renova-

[44] Abogando por una mayor intervención penal con consideraciones similares, *vid.* HALL, M., «Clima change and criminal law», cit.: 2016.

[45] Cfr. INTERPOL, cit.: 2013, pp. 18 ss.

bles en países del tercer mundo o en vías desarrollado. El denominador común de estas conductas es el crear derechos de emisión inexistentes que se colocan en el mercado [46].

Esta conducta produce un incremento irregular de su oferta que lógicamente determina una bajada de precios y provoca la ineficacia del mercado. Ello afecta desde una vertiente puramente patrimonial a los inversores, pero también entorpece los objetivos climáticos. Un exceso de oferta en derechos de descontaminación, con la consiguiente bajada de precios, permite que las empresas con excesos de gases de emisión, puedan comprarlos a un precio anormalmente bajo. En este escenario los alicientes para reducir sus propias emisiones se reducen, pues el mecanismo ideado por Kioto solo funciona si es más rentable reducir la propia emisión de gases que comprar derechos para compensarla.

Son varios los factores que provocan este tipo de irregularidades. Estas conductas se han producido en países del tercer mundo o en vías de desarrollo en los que existen altos índices de corrupción y además no existe capacidad técnica para crear registros robustos que garanticen la autenticidad de los documentos electrónicos de los créditos Kyoto. Tampoco, por la debilidad de estos estados, existe un sistema de supervisión que garantice que los proyectos se están llevando a cabo y tienen las dimensiones y características técnicas previstas. Esta debilidad se intenta compensar a través de un sistema de certificación independiente (*Third Party Validation*), pero de nuevo aquí han existido casos de corrupción y conflicto de intereses. Por ejemplo, se permite que estas entidades certificadoras sean retribuidas en primer término por los promotores del proyecto.

A todo ello se añade una debilidad consubstancial de los derechos obtenidos a través de inversiones verdes. Su cálculo se basa en un complicado juicio hipotético. Por ejemplo, si en un proyecto ARU un gobierno o empresa de un país desarrollado invierte, el cálculo de los créditos que se conceden es el resultado de restar la reducción efectiva de emisión de gases, con la que hubiera tenido lugar de no haberse realizado el proyecto. El cálculo exige dejar fuera por ejemplo inversiones que se hubieran realizado de todos modos, por la obsolescencia de los medios de producción. Igual ocurre cuando se invierte en proyecto, no ya para forestar, sino pare evitar la deforestación o la degradación de masas verdes. En este contexto, no es de extrañar que se haya acuñado

[46] En lo que sigue *vid.* los análisis de INTERPOL, cit.: 2013, pp. 11 ss; *vid.* igualmente Global Witness, *Forest Carbon & Cash Crime,* September, 2011; Deloitte, *Carbon credit fraud: The white collar crime of the future,* november, 2009.

la expresión de criminalidad del carbono con el fin de designar prácticas como la certificación irregular de derechos ERU o CER, a través de la sobredimensión de proyectos o de sus rendimientos, creación de derechos que no responden a ningún proyecto, supuestos de doble venta, etc.

Estos comportamientos pueden desde luego sancionarse mediante diversos tipos penales (falsedades, corrupción…), pero ninguno de ellos capta el daño que provocan al mercado de gases y por tanto a la lucha contra el cambio climático. La emisión de derechos de descontaminación inexistentes supone un exceso de oferta, que baja los precios, y resta incentivos para que las empresas reduzcan sus emisiones. En otras palabras, contaminar sale menos caro, lo que, por cierto, lesiona también el principio de quien contamina paga, que es la piedra angular del Derecho medioambiental europeo. De nuevo, y como ya antes advertíamos en relación con la conducta de exceso de emisiones no compensadas, el problema reside en que los delitos de *insider trading* y, sobre todo en este caso, el de manipulación de mercado están construidos sobre la experiencia de prácticas irregulares procedentes de mercados bien diferentes. Pese a los esfuerzos realizados por el Reglamento de abuso de mercado, que antes se indicaba, la realidad muestra que las conductas delictivas que aquí nos ocupan tienen una fisonomía diversa.

A la vista de cuanto se lleva dicho, sería conveniente abrir un debate en torno a la sanción penal de tres conductas. La primera, como ya señalamos, la no compensación de gases de efecto invernadero por las empresas obligadas. Esta conducta distorsiona el mercado en cuando que contrae irregularmente la demanda. La segunda la puesta en el mercado de derechos de emisión ERU o CER inexistentes, ya sea porque han sido simulados en su totalidad o porque obedecen a la sobredimensión de la capacidad de reducir eficientemente las emisiones en proyectos verdes. La tercera serían los casos de ventas múltiples de unos mismos derechos. Estas dos últimas conductas tienen el efecto inverso, afectan a la integridad del mercado en cuanto que aumentan de modo ilícito la oferta.

Lógicamente contravendría el principio de proporcionalidad, si cualquier emisión no compensada o la puesta en circulación de un número insignificante de derechos de descontaminación fuera considerada delictiva. Al igual que en el caso de los delitos de abuso de mercado debe establecerse un umbral de gravedad que separe sanciones penales y administrativas. Ahora bien, a la hora de establecer esta línea de demarcación debe tenerse en cuenta que el bien jurídico en juego en este caso no es puramente patrimonial o de protección de un mercado, sino la lucha contra el cambio climático y por tanto la supervivencia del

planeta. Es decir, sería posible partir de un umbral considerablemente más bajo que el –por otra parte, disparatado– previsto en el artículo 284 del CP.

3.3.2 **El derecho penal del clima basado en la neutralidad climática**

El Reglamento UE 2021/119 de 30 de junio por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática tiene un valor simbólico, programático y casi constitucional. Simbólico, porque con claras referencias al *New Deal* de Roosvelt, parece querer auspiciar un cambio de modelo económico de la UE. Si el *New Deal* de los años treinta del siglo xx, trajo consigo el Estado del bienestar, con la decidida intervención del Estado en la economía para alcanzarlo, ahora se pretende una intervención similar con para el fin de alcanzar un estado verde. De hecho, el paquete de apoyos y medidas de estímulo etc. que la UE compromete con este nuevo objetivo según la presidenta de la Comisión llegará al 30 % del presupuesto multianual.[47] Programático, en cuanto que fija de manera irreversible en su art. 1 para 2050 el objetivo de la neutralidad climática. Ello quiere decir que el total de las emisiones de gases que en ese momento se produzcan en la UE habrá de quedar totalmente compensada, arrojando una suma cero, por la creación de sumideros. Este objetivo final, se complementa con una suerte de «meta volante», el año 2030, debe alcanzarse una reducción del 50 % de los gases en relación a los niveles de 1990. Finalmente, esta declaración, tiene también un aire de compromiso constitucional, pues al considerar que el objetivo es vinculante parece querer dar a entender que a partir de ahora cualquier norma jurídica de la UE y sobre todo de los Estados, en virtud del principio de primacía del Derecho de la UE, que contravenga este objetivo no puede ser aplicado.

La Ley climática europea debido a este carácter programático y constitucional no establece medidas legislativas concretas. Indica simplemente que la UE y los Estados miembros adoptarán las medidas pertinentes para alcanzar los objetivos marcados, estableciendo una serie de mecanismos de evaluación y un marco institucional (Consejo Europeo del Clima). A los efectos que aquí interesa no establece que las empresas o, incluso, los ciudadanos europeos tienen la obligación de ser climáticamente neutrales. Por este motivo, un derecho penal climático articulado sobre la obligación de la neutralidad climática es aún una pura especulación. Sin embargo, y tal como ha hecho reciente y

[47] Comisión Europea, *Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones El Pacto Verde Europeo,* COM/2019/640 final.

brillantemente Helmut Satzger [48], ello no impide desde luego empezar a vislumbrarlo.

En sintonía con lo que anteriormente se indicaba, el Derecho penal climático habría de conformarse a través de delitos de acumulación, que castigaran la emisión de gases no compensadas. Igualmente, con el fin de ser respetuoso con el principio de proporcionalidad, la intervención del derecho penal debiera producirse a partir de un determinado umbral. Lo que básicamente, supondría reducirlo a las empresas que, por su actividad, son las principales productoras de grandes emisiones de gases de efecto invernadero.

La conducta típica básica del futuro Derecho penal del clima sería substancialmente distinta a la actual. Mientras que hoy la conducta básica, es la emisión de gases de efecto invernadero sin compensar a través de los correspondientes derechos de emisión, en el futuro derecho penal del clima, la infracción básica consistiría en no ser neutral climáticamente, esto es, tener un saldo neto de emisiones positivo, superior a cero [49]. El cambio es considerable. Con la regulación actual se permite emitir gases hasta un cierto límite, siempre y cuando se compense, ya sea mediante la compra de otros derechos de emisión (es decir, derechos a contaminar más aún) o los que he denominado derechos de descontaminación. La neutralidad climática exige emisiones cero, lo que implica que las emisiones solo pueden compensarse a través de la inversión en sumideros o proyectos verdes o la compra de derechos URE y CER.

Existirá por tanto un mercado climático, pero esté será exclusivamente de derechos de descontaminación, que tendrían aún una mayor importancia. La neutralidad climática implica que los derechos de emisión –los derechos a contaminar más aún– desaparecen como instrumentos financieros, por lo que los derechos de descontaminación serían los únicos valores negociables. En este escenario, urge asegurar la integridad de esta parte del mercado que como hemos señalado anteriormente se muestra especialmente débil –significativamente más débil que la parte del mercado conformada por los derechos de emisión– [50]. Para ello, en línea con lo que antes proponía, no solo sería preciso la introducción de alguna modificación en el delito de manipulación de mercado, sino además mejorar cooperación judicial y la supervi-

[48] *Vid.* Satzger, H./Von Maltitz, N., «Das Klimasstrafrecht – ein Rechtsbegriff der Zukunft», cit.: 2021, y Satzger, H., «La protección del clima: ¡también es tarea del Derecho penal!», cit.: 2021.

[49] Cfr. Satzger, H./Von Maltitz, N., «Das Klimasstrafrecht – ein Rechtsbegriff der Zukunft», cit.: 2021, pp. 23 ss.

[50] *Vid.,* además de lo indicado anteriormente, Sanz Rubiales, I., *El mercado europeo de derechos de emisión*, cit.: 2010, pp. 170 ss., poniendo de manifiesto la debilidad de los mecanismos basados en proyectos.

sión sobre la generación de derechos de descontaminación procedentes de la creación de sumideros o la inversión en proyectos verdes. En cuanto que la supervisión y certificación de estos derechos van a tener que descansar en muchos casos en empresas de certificación privada, convendría igualmente reflexionar acerca de la responsabilidad en la que incurren y, sobre todo, por extender el delito de corrupción entre privados a los directivos y empleados de este tipo de actividad o, mejor aún, asimilarlos a funcionarios públicos, de manera similar por ejemplo a la cláusula de asimilación que contiene el artículo 423 del CP.

Esta conducta básica debiera completarse con otras que aseguraran por ejemplo la fiabilidad de los registros contables que las empresas debieran llevar, con el fin de comprobar su neutralidad climática. Al igual que la contabilidad mercantil, la contabilidad climática habría de ser objeto de protección penal. Convendría también asegurar que la responsabilidad individual por incumplir las obligaciones de documentación climática, y por las falsedades que en ella puedan encontrarse se situase en la cúspide de la organización. Para ello, como ya ocurre por ejemplo con el cumplimiento de las obligaciones fiscales o la corrección de las cuentas anuales, un miembro del consejo de administración debiera hacerse individualmente responsable de que la obligación de mostrar una imagen fiel climática, considerando indelegable esta responsabilidad.

En el trabajo de Helmut Satzger se contiene igualmente una interesante propuesta acerca de las sanciones que han de ser aplicadas, con la utilización de *smart sanctions* [51]. Más allá de estas propuestas, en lo que concierne a las sanciones a aplicar a las personas jurídicas debe tenerse en cuanta que la multa en este terreno resulta particularmente ineficiente, pues, si siempre es fácil, en este caso es todavía más probable que acabe siendo asimilada a un coste. Si el mercado climático no funciona correctamente, y está sometido a una gran volatilidad, tal como hoy ocurre, [52] puede proporcionar mayor seguridad platearse el pago de una multa, que aventurarse a adquirir activos financieros a un precio incierto. Una sanción como la «intervención climática» de la persona jurídica, que conllevara la obligación de incluir un consejero independiente cuyo objetivo fuera exclusivamente velar por el interés colectivo existente en la lucha contra el cambio climático, sería, por ejemplo, un tipo de sanción adecuada en esta materia.

---

[51] Satzger, H., «La protección del clima: ¡también es tarea del Derecho penal!», cit.: 2021, p. 1746,

[52] Como indica la ESMA, *Preliminary report Emission Allowances and derivatives thereof*, cit.: 2021, en su informe, el mercado de derechos de emisión se parece más al mercado de materias primas, como el oro, debido a sus fluctuaciones, que al mercado bursátil convencional.

3.4 UN ENFOQUE ALTERNATIVO: LA PROTECCIÓN DEL CLIMA A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La creación de un Derecho penal climático sobre la base de la neutralidad climática es, desde luego, música de futuro. La posibilidad de abordar la criminalidad climática desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos conduce a consideraciones similares. Tal como apuntábamos en la introducción, se abren en este punto dos posibilidades. De un lado, recurrir a los delitos tradicionales del Derecho penal internacional cuyo fin es la protección de los derechos humanos. De otro, utilizar una vía indirecta, pero quizás más efectiva, la de las obligaciones de diligencia debida, que hoy pesan sobre las grandes empresas europeas.

3.4.1 **Un camino impracticable: el derecho penal internacional**

Dejando de lado el debate relativo a la creación del delito de ecocidio, del que ya nos ocupamos anteriormente, el camino convencional con el fin de dar un enfoque jurídico penal, desde el marco de protección de los Derechos humanos, pasaría por utilizar las actuales figuras del Derecho penal internacional y singularmente el delito de lesa humanidad. Desde esta óptica, el cambio climático habría de ser interpretado como un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, fruto de la política de una organización (cláusula umbral), que se concreta en alguno de los comportamientos a que hace referencia el artículo 7 del Estatuto de Roma. A estos efectos, especialmente relevantes serían, los traslados forzosos de población (art. 7 1. A) o la realización de cualquier otro acto que cause intencionalmente grandes sufrimientos o atente gravemente contra la integridad física o la salud mental o física [53].

Aunque no puede ponerse en duda el hecho de que el cambio climático está provocando inmigraciones climáticas y que las sequías, inundaciones provocan grandes sufrimientos que atentan contra la integridad física, la salud mental o la física, por ejemplo, mediante hambrunas, las posibilidades de aplicar la lesa humanidad al fenómeno del cambio climático es un puro ejercicio teórico. Para comenzar y en lo que se refiere a las emisiones proceden-

[53] Extensamente GILBERT, G., International Criminal Law Is not a Panacea – Why Proposed Clima Change Crimes Are Just Another Passenger on an Overcrowded Bandwagon, cit.: 2014.

tes del sector público, debiera aclararse la cuestión relativa a si la existencia de política de empresa contraria al cambio climático presente, por ejemplo, en una multinacional extractiva, bastaría para entender satisfecha la denominada cláusula umbral del delito de lesa humanidad, es decir, un ataque generalizado o sistemático conectado con la política de una organización [54]. Si pensamos en casos, tan emblemáticos como el de Texaco en Ecuador [55], efectivamente podríamos constatar como una empresa a lo largo del tiempo ha mantenido una política constante de agresión al medio ambiente, destruyendo masas forestales, que constituyen sumideros y absorben CO_2. Igual cabría decir por ejemplo de Volkswagen, que mediante un dispositivo fraudulento, permitió que sus vehículos durante años realizaran emisiones de gases a la atmósfera. No obstante, y como es conocido, la mayoría de la doctrina al día de hoy no considera posible que la política que forma el elemento clave de la cláusula umbral provenga de una organización no estatal y concretamente de una empresa.

En segundo lugar, habría que demostrar la relación de causalidad entre la emisión de gases o la destrucción de sumideros (masas forestales etc.) y los concretos efectos producto del cambio climático que han provocado las muertes, lesiones, desplazamientos etc. En el caso del *Dieselgate* los problemas para mostrar la relación causal son claramente insuperables, por la mismas razones que se apuntaron en un epígrafe anterior. En el caso de Texaco, la solución podría ser distinta, pero olvidando totalmente la variable afectación del clima y centrándonos en el daño que su conducta de contaminación y destrucción masiva de la selva ha ocasionado en sus poblaciones tradicionales. El delito de lesa humanidad exige adoptar una perspectiva absolutamente antropocéntrica, donde el medio ambiente, y mucho más aún el clima, juegan un papel irrelevante.

Finalmente y, en tercer lugar, en el tipo subjetivo los comportamientos a los que hacemos referencia requieren en su mayoría dolo directo. Aun admitiendo en algún caso, la posibilidad de dolo eventual, hipótesis discutida en el Derecho

---

[54] Se trata de un aspecto crucial en el diseño del delito de lesa humanidad y en la actualidad de la discusión en torno a los denominados crímenes económicos contra la humanidad, ecocidio o derecho penal internacional económico, al respecto Nieto Martín, A., «El Derecho penal del cambio climático», cit.: 2021; imprescindible Arenal Lora, L., *Crímenes económicos en Derecho internacional: propuesta de una nueva categoría de crímenes internacionales*, Aranzadi, 2019. Una posibilidad interesante a la hora de construir el elemento política, dentro de la lesa humanidad y en general dentro de estos nuevos terrenos de derecho penal internacional, es utilizar el concepto de criminalidad corporativo estatal propuesto por Michalowski, *vid.* Kramer, R. C/Michalowski, R. J., «Is Global Warming a State-Corporate Crime?», cit.: 2012.

[55] *Vid.* el estudio que de este caso hace Arenal Lora, L., *Las graves formas contemporáneas de victimización. Los crímenes económicos contra la humanidad*, Fundación para la Cooperación Solidaridad en Acción, 2017, pp. 165 ss.

internacional, sería complicado su prueba, al menos, si la lesa humanidad se quiere abordar desde los efectos que produce en las vidas humanas la alteración del clima como consecuencia de la emisión de gases de efecto invernadero.

3.4.2 **Obligaciones de diligencia debida y *Greenwashing***

El significado y contenido de las obligaciones de diligencia debida a las que a continuación va a hacerse referencia se enmarca en el debate relativo a la relación existente entre empresas y Derechos humanos que data de los años setenta del pasado siglo. Sintéticamente puede decirse que, en la actualidad, y tras la publicación de los Principios Rectores de Naciones Unidas para empresas, publicados en 2011, se ha abierto una vía de compromiso entre dos tendencias opuestas. De un lado, aquella que busca colocar a las empresas en una posición similar a la de los Estados en relación con los Derechos humanos a través de la creación de una convención internacional (instrumento vinculante). De otro, aquella que considera que las empresas son equivalentes al resto de los individuos y que por tanto su compromiso con los derechos humanos se mueve en el terreno de la voluntariedad, esto es, en la Responsabilidad Social Corporativa. El *Global Compact* es ejemplo de esta tendencia. Los Principios Rectores constituyen un camino intermedio. Adoptan como punto de partida que los Estados son los únicos obligados, pero imponen a estos el deber de hacer respetar los Derechos humanos a las empresas que tienen su sede social en su territorio [56]. Mas allá de esta posición, que no es novedosa, lo que caracteriza a los Principios Rectores es que establecen una obligación de diligencia debida para las empresas. Los Estados deben, de este modo, exigir a sus empresas que respeten los Derechos humanos implantando en su organización un sistema de cumplimiento normativo que prevenga o, en su caso, minimice el riesgo de que la actividad de la empresa lesione a los derechos humanos y que, en su caso, establezca mecanismos de reparación. A diferencia del cumplimiento normativo clásico, las obligaciones de diligencia debida se extienden a las empresas filiales y a la cadena de proveedores [57].

---

[56] Un lúcido análisis de la cuestión puede verse en Forcada Barona, I., «Derecho internacional, responsabilidad social corporativa y Derechos humanos», en Demetrio Crespo, E./Nieto Martin, E., *Derecho penal económico y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 53-86.

[57] *Vid.* las diversas contribuciones que sobre esta cuestión existen en el presente volumen y sobre todo Vioque Galiana, L. M., *Diligencia debida de Derechos humanos y responsabilidad penal de las empresas multinacionales,* Ciudad Real, 2024.

Los Principios Rectores de Naciones Unidas refieren las obligaciones de diligencia debida exclusivamente a los Derechos humanos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los principales instrumentos en que se ha codificado (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) incluyendo además las ocho convenciones básicas de la OIT. Pese a que debido a esta limitación estricta del término derechos humanos, ni la protección del medio ambiente, ni el cambio climático son objeto directo de las obligaciones de diligencia debida, el respeto a la normativa medioambiental de cada país por parte a las empresas goza de un reconocimiento implícito [58]. Asimismo, y pese a que el Acuerdo de París no establece tampoco relación alguna entre Derechos humanos y cambio climático, la relación existente es cada vez más palpable tanto en diferentes declaraciones de organismos internacionales, como en las legislaciones nacionales que van concretando las obligaciones de diligencia debida. Se ha convertido en un lugar común señalar que el cambio climático es también un problema de Derechos humanos.

Existen básicamente dos familias normativas a la hora de establecer las obligaciones de diligencia debida [59]. La primera pasa por exigir de manera obligatoria que las empresas establezcan programas de cumplimiento normativo en Derechos humanos. Con un modo de intervención administrativa basado en la autorregulación regulada, la Ley francesa de diligencia debida de 2017 [60] y la ley alemana [61] exigen a las empresas –de grandes dimensiones– que implanten medidas de diligencia debida. Este modelo es el acogido por la Directiva 2024/1760 sobre diligencia debida en sostenibilidad.

---

[58] Los principios rectores no contemplan el medio ambiente, ni el cambio climático, no obstante, nadie discute que el calentamiento global es también una cuestión de derechos humanos, *Vid. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos*, UN Dco. A/HRC/10/61, 15 de enero de 2009. Igualmente los informes de 2016 y 2019 del Relator Especial John Knox, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, UN Doc. A/HRC/31/52 1 de febrero de 2016*, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, UN Doc. A/74/161, 15 de julio de 2019.

[59] Al respecto Muñoz de Morales, M.: «Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos», *Polít. Crim.,* vol. 15, núm. 30 (diciembre 2020), Artículo 14, pp. 948-992; Nieto Martín, A., «Towards a European Economic Criminal Law of Human Rights»*, EuCLR,* 2021, núm. 1 (= Indret Penal 4/2020), Sabia, R., «The Accountability of Multinational Companies for Human Rights Violations-Regulatory Trends a New Punitive Approaches Across Europe», *EuCLR,* núm. 1, 2021, pp. 36-62.

[60] Artículo L 225-102-4 Code de commerce.

[61] *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferkarte (LkSG*, Vom 16 Juli 2021.

La segunda vertiente de incentivar a la adopción de medidas de diligencia debida, complementaria a la anterior, es la obligación de transparencia respecto a su existencia y contenidos. Las normas de transparencia se han articulado de dos formas. En California (*Global Suppley Chain Act*) y en el Reino Unido (*Modern Slavery Act)* las empresas deben dar cuenta en sus páginas web de las medidas que adoptan para prevenir el trabajo infantil y los trabajos forzados en su cadena de suministro. Dado el radio de acción limitado de estas normas, nos interesa por ello mucho más, a los efectos de este trabajo, la normativa de la UE en su Directiva 2022/2464 sobre información en materia de sostenibilidad, que obliga a publicar un informe sobre las medidas de diligencia debida adoptadas dentro de las cuentas manuales [62].

La evolución de la normativa de diligencia debida, al menos en la UE, muestran con claridad que las obligaciones medio ambientales y, aún de manera concreta, las relativas al cambio climático forman parte de la diligencia debida. En efecto, la Ley alemana de vigilancia debida en la cadena de suministro contiene los riesgos para el medio ambiente. La Ley menciona expresamente la mayoría de las convenciones internacionales, de manera separada y autónoma al resto de los Derechos humanos. En la normativa de la U, la Directiva 2022/2464 requiere que las empresas realicen una evaluación de riesgos relativas al cambio climático y realicen una informe sobre las estrategias de mitigación que adoptan (art. 27). La importancia del cambio climático en la legislación sobre diligencia debida y deriva de que para la Comisión Europea forman parte del *Green Deal*, al que nos referíamos anteriormente [63].

La protección del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático se incluyen también expresamente en las normas europeas que estimulan la diligencia debida de las empresas a través de medidas de transparencia. La Directiva del 2022/2464 menciona ya expresamente la necesidad de que las empresas informen acerca de sus políticas en materia de protección del medio ambiente y cambio climático.

En estos momentos es objeto de debate la forma en que el incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida y de las obligaciones de transparencia asociadas a las mismas puede ser sancionado. De un lado, la Ley alemana de diligencia debida en la cadena de suministro (§ 24 LkSG) y la Directiva 2024/1760 (art. 27), establecen sanciones administrativas para las empresas

---

[62] *Vid.* Sales Pallarés, L./Marullo, M. C., «Informes de sostenibilidad y planes de vigilancia: explorando nuevos caminos para luchar contra la impunidad empresarial», *Cuadernos de Derecho Europeo de Deusto,* núm. 63/2020, pp. 207-235.

[63] Comisión Europea: 63, pp. 1 y 8 ss, con concretas referencias al mercado de gases de efecto invernadero.

incumplidoras. De acuerdo con el modelo europeo de sanciones pecuniarias, en ambos casos la sanción debe estar referida al volumen de negocios de la empresa. En la Ley alemana, las infracciones más graves pueden suponer multas de hasta 2 % del volumen de negocios. Por esta razón, y desde el punto de vista de lo que denomino Derecho penal económico europeo de los derechos humanos [64], una primera alternativa sería constituir infracciones que castigaran el incumplimiento de los deberes de diligencia debida para mitigar los gases de efecto invernadero. En los casos de incumplimientos graves y cuando la empresa no haya adoptado medidas correctoras, estas sanciones podrían tener carácter penal, tal como proponía el artículo 20.2 del Proyecto de diligencia debida presentado por la Comisión.

La infracción de las obligaciones de transparencia relativas a la información no financiera y, en un futuro próximo, de sostenibilidad debe analizarse en el marco de los delitos de falsedad en los balances (art. 290 del CP) y en su caso del delito publicitario (art. 282 del CP). Con ello el Derecho penal económico europeo de los derechos humanos, comenzaría a dar una respuesta conforme al principio de última ratio a la práctica conocida como *Greenwashing* [65].

La debilidad más importante de la transparencia sobre medio ambiente, sostenibilidad o, en nuestro caso, sobre las medidas adoptadas para luchar contra el calentamiento global es que esta información se convierta en una especia de publirreportaje, sin ningún tipo de fiabilidad. Ello conlleva el fracaso de la transparencia como forma de control social del comportamiento empresarial que es, en definitiva, la forma de regulación sobre la que descansa toda esta legislativa. Su finalidad última es que los inversores, pero también las ONGs y otros *stakeholders,* lleven a cabo una presión sobre la entidad, que la obligue a ir mejorando de manera paulatina sus medidas de control o, si se prefiere, su sistema de autorregulación. La regulación basada en la transparencia, que se remonta a Brandais (*sunlight is the best desinfectant*), persigue conseguir una mejor regulación, dejando un margen de libertad a las empresas para que busquen cuál es el camino más eficiente para alcanzar un determinado objetivo. Para ello confía en los incentivos procedentes del mercado (inversores), pero también en la presión que pueden provenir de otros actores de la sociedad civil. Esta forma de regular se frustra cuando a través del *Greenwashing* existe

[64] Nieto Martín, A., «Towards a European Economic Criminal Law of Human Rights», cit.: 2021, 2020.

[65] Sobre el concepto de *Greenwashing*, de Freitas Netto S., *et al.*, Concepts and forms of greenwashing: a systematic review, *Environmental Sciences Europe*, (2020), 32:19: además Laufer, W., «Responsabilidad social y Greenwashing Corporativo» en Galain, P./Saad Diniz, E. (ed.), *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo,* Tirant lo Blanch, 2021, pp. 193-206.

una discordancia entre una ejecución deficiente –o inexistente– de las políticas medioambientales y una ejecución mucho más eficaz de las formas de comunicación.

El Proyecto de la Directiva de la Comisión Europea sobre información corporativa en materia de sostenibilidad recoge muchas de la propuestas que se habían hecho contra este fenómeno: mejora el sistema de auditoría, propugna modelos de información cada vez más estandarizados, y cuya elección no se deja en manos de la empresa, precisa que la información debe formar parte de las cuentas anuales etc.. La mejora de la calidad en la información no financiera, a través de una mayor regulación, unida a la importancia que tiene el bien jurídico protegido: la imagen fiel de la empresa relativa a sus medidas de sostenibilidad permite que pueda abrirse ya un debate serio en relación a en qué medida el «lavado verde» o dicho de otro modo la falsedades o irregularidades en este tipo de información no deba ser objeto de sanción penal. El Proyecto de Directiva de la Comisión europea (art. 1) modifica el artículo 51 de la Directiva 2013/34 exigiendo a los Estados que establezcan sanciones para las irregularidades (falsedades) más graves que tengan lugar en los informes de sostenibilidad. El Proyecto sugiere una serie de casos agravados (art. 51.3) en los que podría hablarse de una responsabilidad incluso de carácter penal sobre información en materia de sostenibilidad, más avanzado que la Directiva finalmente aprobada, exigía que los Estados establecieran sanciones para las falsedades más graves que tengan lugar en los informes de sostenibilidad, estableciendo una serie de supuestos agravados, que sugerían una responsabilidad penal. En esta línea ya, algunos países de la UE, como Alemania [parg. 334. 3 (a) HGB], sancionan expresamente este tipo de falsedades.

En España, la sanción las falsedades en los informes de sostenibilidad y, en general de otras prácticas de *Greenwashing*, *de lege lata* resulta cuanto menos compleja. El delito publicitario podría ser la figura a utilizar cuando la información no financiera se presentara de manera similar a la publicidad o se trata de informes de sostenibilidad no incluidos dentro de los balances. Piensen, por ejemplo, el caso de que una compañía área que en el momento de comprar el billete *on line*, hiciera aparecer un mensaje indicando que la compañía es climáticamente neutra. No puede ponerse en duda que este tipo de información es publicidad, pues está destinada a incentivar la compra, el problema es si las falsas informaciones ocasionan un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores y si, además, tal como requiere la doctrina, afecta a aspectos esenciales del producto o servicio.

Si el delito publicitario se entiende como una incriminación en el ámbito previo a la estafa, y el perjuicio debe leerse en una óptica patrimonial, [66] la afirmación de un perjuicio patrimonial grave depende del concepto de patrimonio del que partamos. [67] Quien adopte un concepto personal, y considere que proteger el patrimonio es tutelar la libre disposición de su titular, respetando sus finalidades, puede mantener la existencia de un delito publicitario. Esta concepción del patrimonio no significa abrir las puertas a la inseguridad jurídica, al dar relevancia a cualquier tipo de finalidad, por peregrina que esta sea. Todas las finalidades del titular del patrimonio no tienen igual relevancia desde el punto de vista del ordenamiento jurídico. Existen finalidades irrelevantes o extravagantes que no merecen ser tuteladas penalmente. Ahora bien, cuando el propio ordenamiento propugna el valor de la transparencia climática, por coherencia –unidad del ordenamiento jurídico– este aspecto debe tener un valor semejante en todos los ámbitos del derecho (incluido el derecho publicitario). Ello implica que esta finalidad tiene un importante reconocimiento por el ordenamiento jurídico y que, por tanto, puede ser tomada en cuanta entre las finalidades relevantes de protección del titular del patrimonio.

Este razonamiento podría también extenderse al artículo 290 del CP a la hora de examinar la posible falsedad de la información no financiera. De manera similar al delito publicitario, el artículo 290 del CP tiene como bien jurídico cotutelado el patrimonio, conjuntamente con las funciones que las cuentas anuales cumplen socialmente [68]. Si atendemos a este último bien jurídico, que *de lege ferenda* debiera ser el único interés tutelado por el artículo 290, está claro que las cuentas anuales en la actualidad pretenden cumplir una función social más importante que la protección de decisiones patrimoniales correctas. La Directiva 2022/2464 deja bien patente que las cuentas anuales tienen también como función proporcionar a los ciudadanos información acerca del comportamiento medioambiental o de compromiso con los derechos humanos de las grandes empresas [69]. Como antes señalaba, al ordenamiento le

---

[66] Cfr. Lascuraín Sánchez, J. A., «Delitos contra los consumidores», en De la Mata Barranco, N., *et. al.*, cit.: 2018, p. 451.

[67] Sobre el concepto de patrimonio, por todos, Asua Batarrita, A., «El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales», *ADPCP*, 1993, pp. 57 ss; De la Mata Barranco, N., «El concepto de patrimonio y de daño patrimonial en el delito de estafa», en Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A., *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 205-230.

[68] Nieto Martín, A., *Falsedades documentales en la empresa*, en De la Mata Barranco, N., *et al.,* cit.: 2018, p. 715.

[69] *Vid*. el punto 9, donde expresamente se indica que la sociedad civil es el segundo grupo de usuarios de esta información; también párrafo 14.

interesa utilizar la información como instrumento de control social de las corporaciones y no hay nada ilegítimo en que el derecho penal tutele esta moderna función de la información societaria.

Ahora bien, mayoritariamente se entiende también que el artículo 290 del CP tutela también el patrimonio, como infracción de peligro o de resultado en el caso que, como prevé su segundo párrafo, se ocasione un perjuicio patrimonial. En estas coordenadas el *Greenwashing* solo podrá ser un comportamiento delictivo en cuanto se valore la adopción de un concepto personal de patrimonio, en el sentido que antes indicábamos. Aunque, el artículo 290 parece cerrar cualquier tipo de veleidad hacía un concepto personal de patrimonio al exigir expresamente un «perjuicio económico», debe tenerse en cuenta, la importancia que hoy dan los inversores, tanto particulares como institucionales, a los aspectos de RSC, a las políticas medioambientales o a los derechos humanos a la hora de canalizar el ahorro. Esta información supone, cada vez más, una de las bases esenciales a la hora de tomar decisiones de carácter patrimonial.

3.5 CONCLUSIONES: EL FUTURO DE LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL MEDIO AMBIENTE

La lucha contra el cambio climático es solo una de las facetas del proceso de internacionalización del incipiente Derecho penal del medio ambiente. A lo largo de este trabajo se ha evidenciado que la tutela del medio ambiente y cambio climático requieren dos modelos de intervención penal diferenciados y que los delitos contra el medio ambiente, incluyendo una futura figura de ecocidio, solo de manera mediata e incidental son herramientas útiles para luchar contra el cambio climático. La protección penal del clima tiene lugar en terrenos bien diversos, y quizás para algunos hasta ahora insospechados, en el marco de los delitos contra el mercado de valores, en los delitos de falsedad en las cuentas anuales y en el delito publicitario. Las soluciones que se han propuesto podrían hacer más eficaz la protección penal de un bien jurídico, el clima, que no es solo ya penalmente relevante, sino vitalmente relevante para todos. No creo que invocar el principio de *ultima ratio* tenga en este punto demasiado sentido ante la amenaza existencial que se cierne sobre todos. Otra cuestión es, desde luego, que las sanciones deben ser proporcionadas y tener en cuanta que el cambio climático se debe a la acumulación de miles de conductas, incluso cuando nos limitamos a aquellas que resultan ilícitas. La actuación eficaz del Derecho penal exigiría, como casi siempre suele ocurrir, medi-

das extrapenales, que aumentaran la supervisión de los proyectos para la creación de sumideros y mejoras en la eficiencia energética. Igualmente, después, mejorar la cooperación judicial con países con los que no siempre es fácil sería imprescindible.

Más allá del Derecho penal climático, el camino hacia la construcción del Derecho penal internacional del medio ambiente tiene ahora contornos más definidos que los de hace una década cuando escribía mi primera contribución. La creación del delito de ecocidio, como quinto *core crime*, solicitado incluso por el Papa Francisco resulta desde luego de gran relevancia [70], pero debe tenerse cuidado con la construcción de un delito que puede tener más un fuerte carácter simbólico que protector. Ello podría añadir más leña al fuego de las críticas que se efectúan sobre la infectividad y el carácter simbólico del Derecho penal internacional y la actuación de la Corte penal internacional. [71] La tensión norte-sur está también muy presente en este terreno.

Mientras esto llega, sería muy interesante, y más efectivo y realista, avanzar en un instrumento internacional que acogiendo a la estrategia de la Convención OCDE de lucha contra la corrupción en transacciones económicas internacionales impusiera sanciones a empresas y dirigentes de países desarrollados por comportamientos contaminantes que tienen lugar en países con sistemas jurídicos débiles [72]. A la hora de valorar la factibilidad de esta convención debe tenerse presente, de un lado, la situación del Derecho internacional del medio ambiente, donde los convenios internacionales [73] en buena medida antes que a obligar, lo que establecen son marcos de cooperación, promoviendo la transparencia entre los estados y diversos mecanismos de *soft power*. En el plano nacional, el Derecho penal del medio ambiente sigue en muchos sistemas teniendo un carácter accesorio de la normativa administrativa, a caballo entre el Derecho penal y el sancionador administrativo, lo que no parece que sea el marco idóneo para emprender una «asalto a los cielos» del Derecho penal convencional o transnacional.

---

[70] Discurso del Santo Padre a los participantes en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal, en Muñoz de Morales, M. (ed.), *Hacia un Derecho penal internacional del medio ambiente. Propuesta de una convención internacional sobre ecocidio y ecocrímenes* (https://blog.uclm.es/repmult/publicaciones/).

[71] Cfr. Megret, F., The problem of an International Law on the Environment, *Columbia Journal of Entvirontmental Law*, vol. 36. 2, 2011, pp. 195-257.

[72] Nieto Martín, A., «Towards a European Economic Criminal Law of Human Rights», cit.: 2020, pp. 1819 ss.

[73] Un repaso exhaustivo de las convenciones internacionales en materia de medio ambiente con el fin de analizar las obligaciones de incriminación que de ellas pueden derivarse en Hotz, D., «Ecocide as the Missing Fifth Crime under International Criminal Law?», cit., 2021, pp. 151 ss.

Igualmente es preciso comprobar en qué medida los instrumentos actualmente existentes para sancionar el tráfico de especies protegidas, de residuos etc. son idóneos. Son estas materias donde existe una mayor densidad de convenciones internacionales, con independencia de que estos comportamientos son protagonizados en muchas ocasiones por organizaciones criminales, caso en el que cuál la Convención de Palermo sirve ya de cobertura [74].

[74] Sobre las interrelaciones entre delincuencia organizada y criminalidad medioambiental *vid.* Fajardo, T., *Organised Crime and Environmental Crime: Analysis of EU Legal Instruments. Study in the framework of the EFFACE research project*, Granada, University of Granada, 2015; Gore, M. L./Braszak, P./ Brown, J., *et al.,* «Transnational environmental crime threatens sustainable development». *Nat Sustain* 2, 784-786 (2019). Igualmente EUROPOL, Report on Environmental Crime in Europe, 2016.

4. 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

RAQUEL MONTANER FERNÁNDEZ [1]
Universidad Pompeu Fabra

4.1 INTRODUCCIÓN

Tanto la adecuada gestión del riesgo empresarial como la propia definición de lo que se entiende por riesgo empresarial permitido son cuestiones cada vez más atrayentes para el Derecho penal económico empresarial. Sin embargo, uno de los aspectos más llamativos en este marco es que los sujetos que deciden cuál es el concreto espacio de riesgo permitido en las relaciones empresariales se están alejando de las instancias públicas. Desde una perspectiva tradicional, diríamos que la competencia sobre esta clase de decisión sería de naturaleza pública y estaría en manos del legislador –cuando menos, en lo que se refiere a la decisión general sobre el riesgo [2]–. Sin embargo, actualmente, la decisión singular de cuál es la forma más adecuada para la gestión de los riesgos empresariales depende del que sea el concreto sector privado en el que aquellos puedan surgir o, en otras palabras, de lo que consideren los actores

[1] Profesora Agregada de Derecho Penal. Universitat Pompeu Fabra.
Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D: «La responsabilidad penal de las empresas transnacionales por las violaciones a los derechos humanos y al medio ambiente», Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Referencia: DER 2017-85144-C2-1-P (AEI/FEDER, UE).
[2] ESTEVE PARDO, J., *Principios de Derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos,* Madrid, 2021, pp. 175-177.

privados que operan en aquellos sectores. Esto supone, entre otras consecuencias, la cada vez más difícil distinción entre el sujeto regulador y el sujeto que cumple con esa regulación [3].

En *compliance* sucede que las empresas no solamente deben cumplir con la que sea la regulación jurídicamente vinculante, sino que también se suelen autovincular a otro tipo de cuerpos normativos no necesariamente jurídicos –como son las normas técnicas provenientes de la autorregulación– y que, en muchas ocasiones, son de naturaleza internacional –como son los estándares ISO–. Estos estándares jurídicamente no vinculantes, originariamente desarrollados en el marco de la calidad y de la seguridad y orientados a los propios riesgos para la empresa, suelen incorporar pautas de actuación (o de diligencia) más exigentes que las establecidas en la regulación jurídica [4]. Con ello, se explica que el parámetro empresarial de lo que podríamos denominar como diligencia debida corporativa sea más estricto que el que resultaría de la toma en consideración exclusivamente de la norma jurídicamente vinculante. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en el ámbito de la denominada diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos, respecto de cuyo desarrollo cada vez existen más instrumentos regulatorios internacionales que, sin embargo, todavía hoy se mueven principalmente en el ámbito del *soft law* internacional [5]. De entrada, una diferencia fundamental entre la diligencia debida empresarial y la diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos es que esta última se centra en detectar y gestionar los riesgos que la empresa puede imponer a terceros (tanto trabajadores, como ciudadanos y terceras partes interesadas),

[3] Sobre esta cuestión, de especial relevancia en el ámbito del denominado *Global Law*, Nieto Martín, A., *Global Criminal Law. Postnational Criminal Justice in the twenty-first century,* Ed. Palgrave Macmillan, 2022, (eBook), p. 49.

[4] En opinión de Pastor Muñoz, N., *Riesgo permitido y principio de legalidad,* Barcelona, 2019, ello se explica en tanto que la «cultura de *compliance* nace históricamente como un mecanismo de *ahorro de costes,* no como instituto de *refuerzo de las normas penales*», p. 18. En esta medida, entiende la autora, «si la empresa quiere evitar los costes (de defensa, reputacionales, etc.) de un proceso penal, le conviene definir estándares de conducta muy exigentes, para alejarse generosamente del umbral de la pena», p. 18. Sobre por qué las empresas apuestan por estándares más elevados y a propósito del caso *Siemens*, Sidhu, «Anti-Corruption Compliance Standards in the Aftermath of the Siemens Scandal», *German Law Review,* vol. 10, núm. 8, 2009, p. 1352. También sobre ello, Montaner Fernández, R., «¿El *compliance* como termómetro de la diligencia penalmente exigible a las empresas», *La Ley Compliance Penal*, núm. 1, 2020.

[5] Como señala Sebastián de Erice Aranda, L., «¿El fin de la impunidad? Análisis de la nueva iniciativa del Parlamento Europeo respecto a Derechos Humanos y empresas», *Revista de Estudios Europeos,* vol. 79, 2022, si bien la comunidad internacional lleva tiempo ocupándose de la cuestión del impacto de las empresas transnacionales en los derechos humanos, un hito importante a partir del que se han desarrollado todos los documentos posteriores es el marco «Proteger, respetar y remediar» aprobado en 2008 por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *vid.* pp. 476-477.

mientras que la primera solamente se enfoca en los riesgos para la propia empresa [6].

El objeto de interés de este trabajo no es la figura del riesgo permitido empresarial, aunque no puede negarse que es una de las cuestiones dogmáticas que está en el fondo del asunto que aquí nos ocupa [7]. Lo que se estudia en este trabajo es la posible trascendencia jurídico-penal de la actuación de uno de los proveedores de servicios de *compliance,* cuya naturaleza y competencias están aún por definir, pero que está adquiriendo un gran protagonismo en el panorama del *compliance*. A saber: de los que realizan las auditorías y las certificaciones en *compliance*. En concreto, lo que aquí interesa es analizar la posible relevancia de estas figuras en el contexto de la denominada debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos. También aquí uno de los conceptos clave es la prevención y, precisamente, la realización de las denominadas auditorías éticas o sociales se constituyen como uno de los mecanismos de prevención de los impactos adversos de los derechos humanos a los que más recurren las grandes empresas y las empresas multinacionales. Cuando se interconecta la actividad empresarial con la temática de los efectos adversos sobre los derechos humanos es común situar el foco de atención en el marco de las cadenas de suministro mundiales [8]. Precisamente, las auditorías sociales se han postulado como un medio eficaz para medir, seguir y hacer cumplir las normas en las cadenas de suministro y, por tanto, no solamente como una herramienta de gestión interna sino también como un instrumento de gobernanza mundial [9].

A los efectos de analizar con más detalle la incidencia de esta clase de auditorías, aquí se presta atención a tres posibles escenarios en los que estos

---

[6] Así, Nolan, J./Frischling, N., «Chapter 6. Human rights due diligence and the (over) reliance on social auditing in supply chains», Deva, S./Birchall, D. (Dirs.), *Research Handbook on Human Rights and Business* (Elgar)*,* 2020, p. 109. En un sentido similar, Pérez Cepeda, A. I., «Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos», *Revista Penal,* núm. 44, 2019, pp. 131-133.

[7] Sobre esta cuestión en el ámbito del Derecho penal económico, Silva Sánchez, J. M., *El riesgo permitido en Derecho penal económico,* Barcelona, 2022.

[8] En este sentido, McCorquodale, R./Nolan, J., «The Effectiveness of Human Rights Due Diligence for Preventing Business Human Rights Abuses», *Netherlands International Law Review*, 2021, p. 456.

[9] Sobre esta tendencia expansiva del uso de las auditorías en la gestión de los riesgos en las cadenas de suministro y su, no obstante, discutible eficacia con base en diferentes estudios empíricos, incluyendo el que ellos realizan, LeBaron, G./Lister, J./Dauvergne, P., «Governing Global Supply Chain Sustainability through the Ethical Audit Regime», *Globalizations*, 2017, vol. 14, núm. 6, p. 960 ss. En opinión de estos autores, centrando su estudio empírico en el régimen de auditoría dirigido por la industria de fabricación de bienes de consumo en China, las empresas utilizan «las auditorías como un mecanismo para legitimar y proteger sus intereses comerciales, más que como una herramienta para detectar y abordar los problemas sociales y medioambientales», p. 961.

proveedores de verificación pueden atraer, con sus actuaciones, la atención del Derecho penal:

1.º) El primero se refiere a las auditorías sobre los estados de información no financiera. Como veremos, de conformidad con las modificaciones que incorpora la Ley 11/2018, de 28 de diciembre –resultante de la trasposición de la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos–, algunas sociedades españolas están obligadas a formular, junto con las cuentas anuales consolidadas, el informe de gestión no consolidado en el que también se debe incluir el denominado estado de información no financiera de la sociedad. Y este, precisamente, además de incidir en otros aspectos, debe plasmar información sobre cuál ha sido su gestión en materia de derechos humanos. Este primer escenario nos servirá para estudiar si una auditoría inveraz sobre esta clase de información no financiera puede llegar a ser relevante desde la perspectiva del delito de falsedad societaria del artículo 290 CP;

2.º) El segundo se refiere a las auditorías sociales que, con base en diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos –y aquí, principalmente, se atenderá a lo establecido en la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y que modifica la Directiva (UE) 2019/1937–, realizan determinadas empresas a través de terceros expertos independientes, a sus sociedades filiales o a terceras empresas (proveedores) que forman parte de su cadena estable de suministros. En este sentido, aquí se planteará si puede sustentarse la responsabilidad penal del auditor social que emite un informe de auditoría inveraz en relación con los riesgos de cometer una violación de los derechos humanos por parte de la empresa auditada;

3.º) El tercer escenario se reserva al análisis de las denominadas auditorías de conformidad que, en el marco de un proceso de certificación con base a una norma técnica internacional, se efectúan sobre algún aspecto de la organización relacionado con la gestión empresarial de riesgos para los derechos humanos o incluso sobre el sistema de *compliance* de la empresa. En este escenario se trata de analizar tanto si la emisión de un certificado falso puede ser, en sí misma, penalmente relevante, como si dicha certificación falsa puede ser un elemento que contribuya a la comisión delictiva de la empresa certificada.

Un planteamiento acerca de la posible trascendencia penal de la figura de la auditoría en estos escenarios requiere, en primer lugar, de una aproximación

al propio concepto de auditoría y de certificación en materia de *compliance*. Como veremos, si todavía hoy tenemos problemas para concretar las competencias y responsabilidades de los *compliance officers* y, de ahí, su posible responsabilidad penal, lo que se nos viene encima con las auditorías no es en absoluto menos complejo. La figura del auditor/verificador/certificador en *compliance* está en plena expansión y la concreción, no solamente de su denominación, sino también de su naturaleza pública o privada y de cuáles son sus competencias y obligaciones no está clara. Y muchos menos si a ello le añadimos la integración en el *compliance* de la debida diligencia en materia de derechos humanos.

Antes de proceder al análisis de todos estos aspectos, sí quisiera poner de manifiesto algunas de las premisas de las que aquí se parte. La primera es que, a mi criterio, una tajante separación entre el *compliance* y el *compliance* de derechos humanos no tiene sentido [10]. En tanto que el *compliance*, además de revelar una forma de cultura empresarial, es una herramienta de gestión global y sistemática de los riesgos de una organización, no puede trazarse una distinción entre aquello que se enfoca al cumplimiento de lo que es jurídicamente obligatorio y aquello que se refiere a lo que no es (de momento) jurídicamente obligatorio para las empresas. Aunque algunos de los riesgos empresariales que se materializan en delitos, en función del ordenamiento jurídico en el que estemos, no generen responsabilidad penal en sentido estricto de la persona jurídica, eso no significa que la empresa no deba gestionarlos de manera responsable. Con todo, esta integración en el programa de *compliance* de la empresa de la adecuada gestión de los riesgos que pueden afectar a los derechos humanos, no significa que el cumplimiento normativo en esta materia no tenga unas características propias y diferenciadas de otros sectores de riesgo [11]. La segunda premisa se refiere a la necesidad de no identificar la diligencia debida empresarial en derechos humanos con un proceso aislado de la empresa que únicamente atienda a lo que ella efectúa. Como señala la doctrina, el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas no puede identificarse con un simple proceso de gestión del riesgo, sino como una norma de conducta que debe vincular permanentemente a las empresas, tanto respecto de sus propias operaciones como respecto a las operaciones que mantiene con terceros [12]. De este modo, podría decirse que el perímetro de los programas de *compliance* se

[10] También se manifiesta en este sentido, Nieto Martín, A., «Diligencia debida en derechos humanos y cumplimiento normativo: el comienzo de una hermosa amistad», https://almacendederecho.org/diligencia-debida-en-derechos-humanos-y-cumplimiento-normativo-el-comienzo-de-una-hermosa-amistad, 2022, pp. 2-5.

[11] Sobre ello, Muñoz de Morales, M., «Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos», *Polít. Crim.*, vol. 15, núm. 30, 2020, pp. 970 ss.

[12] Así, McCorquodale/Nolan, *Netherlands International Law Review*, 2021, p. 459.

amplía, y no solamente debe estarse a los riesgos que la organización pueda generar por sí misma, sino también a aquellos que provienen de sus filiales, de sus proveedores o de sus socios de negocio [13]. Por último, la tercera premisa es que el análisis que aquí se efectúa parte de la consideración de la actividad de auditoría que desempeñan sujetos privados. Y ello en tanto que la auditoría en materia de *compliance* es una actividad que, de forma generalizada, también han asumido empresas y sujetos privados.

4.2 ACTIVIDAD DE AUDITORÍA Y ACTIVIDAD DE CERTIFICACIÓN

4.2.1 **Una aproximación a la regulación o estatus jurídico de las auditorías y de las certificaciones en *compliance***

Si nos fijamos en la regulación jurídico-penal española, entre los requisitos que deben cumplir los sistemas *compliance*, se señala la necesidad de realizar «una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación» (art. 31 bis 5.º 6 CP). Más allá de esto, el Código penal no se refiere ni a quién puede ser el encargado de llevar a cabo dichas verificaciones, ni a si estas pueden ser objeto de una certificación posterior por parte de un tercero independiente, sea este un sujeto público o privado. En el ordenamiento jurídico español no está reconocida como una función pública funcionarial ni la auditoría ni la certificación en *compliance* [14]. De este modo, y en sentido estricto, no puede afirmarse que los auditores y los certificadores en *compliance* tengan un deber jurídico especial de colaboración con la autoridad pública, ni tampoco que exista un sistema administrativo de inspección pública que revise y certifique

[13] También en esta línea, a propósito de los programas de cumplimiento de las empresas multinacionales, Nieto Martín, A., «La responsabilidad penal de empresas multinacionales y la seguridad alimentaria», en Demetrio Crespo, E./Nieto Martín, A. (Dirs.)/Maroto Calatayud, M./Marco Francia, M.ª P. (Coords.), *Derecho penal económico y Derechos Humanos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, p. 301.

[14] Otras regulaciones como por ejemplo la Ley 20.393, que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, sí que establece expresamente en su artículo 4. 4) b) la posibilidad, que no obligación, de que las personas jurídicas obtengan una certificación respecto de la adopción e implementación de su modelo o programa de integridad. La propia Ley también se refiere a cuál debe ser el contenido de este certificado. En este sentido, señala que en él debe constar que el modelo de prevención de delitos contempla los requisitos establecidos por la propia Ley 20.393. En concreto, en esta certificación deberá constar la designación del encargado de prevención; la definición de los medios y facultades del encargado de prevención; y las características del sistema de prevención de delitos establecido en la empresa [*vid.* art. 4.º aptdos. 1), 2) y 3) Ley 20.393]. Es más, según el régimen chileno, se considera que las personas físicas que participen en las actividades de certificación de los programas desarrollan una función pública [art. 4.4 c)], siendo considerados autoridad pública. De hecho, este artículo 4.4 c) de la Ley 20.393 se remite expresamente al artículo 261 CP chileno, que regula el delito de atentado contra la autoridad pública.

los programas de *compliance* [15]. De momento, pues, esta actividad específica de verificación se desarrolla por parte de sujetos (empresas privadas). Esto es, tanto la auditoría como la certificación de los programas de cumplimiento la llevan a cabo sujetos privados con ánimo de lucro y sometidos al Derecho privado que, en el mejor de los casos, están acreditados por organismos nacionales de acreditación [16].

En lo que se refiere al ordenamiento español, la asociación Entidad Nacional de Acreditación (en adelante, ENAC) es el único organismo nacional de acreditación y, por tanto, el único organismo del Estado español dotado de potestad pública para otorgar acreditaciones [17]. ENAC es, pues, el organismo que puede acreditar a las empresas de auditoría y certificación para que estas, a su vez, emitan certificados acreditados. ENAC, que depende del Ministerio de Industria español es, a su vez, la representante española del organismo europeo EA (Cooperación Europea para la Acreditación) y se define como una asociación sin ánimo de lucro y declarada de utilidad pública [18]. Si bien entre los miembros de sus órganos de gobierno y representación hay sujetos privados y distintos organismos y Administraciones públicas, se trata de una asociación privada [19]. En este sentido, algunos señalan que estamos ante un ejemplo de colaboración público-privada, en tanto que una entidad asociativa privada como es ENAC «ejerce potestades públicas de supervisión sobre la actuación

---

[15] Señalando también que llama la atención que no exista un órgano administrativo que revise los sistemas de *compliance*, Aránguez Sánchez, C., «El diseño de los programas de prevención de delitos para personas jurídicas», *RECPC* 22-20, 2020, p. 20; Nieto Martín, A., «Responsabilidad penal de la persona jurídica y programas de cumplimiento: de la gestión de la legalidad a la legitimidad», *La Ley Compliance Penal*, núm. 4, 2021, p. 12.

[16] En la regulación chilena, por ejemplo, la propia Ley 20.393, en la que se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, determina que la certificación podrán realizarla empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros [*vid.* art. 4.º aptdo. 4. b)]. A partir de lo establecido en esta Ley, la Superintendencia de Valores y Seguros, emitió en 2011 su norma núm. 302, en la que se disponen los requisitos que deben cumplir aquellos que quieran certificar y a través de la que se crea un registro público de entidades habilitadas para la certificación de los programas. Sobre ello, Matus Acuña, J. P., «Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Chilena de Derecho*, 2012.

[17] El Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre, designa a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como organismo nacional de acreditación de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 765/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado.

[18] Según el artículo 5.º1 de los Estatutos de ENAC, el objeto de esta asociación es «*acreditar, en el* ámbito *territorial del Estado español y a través de un sistema conforme a normas nacionales e internacionales, la competencia técnica de las entidades u organismos que realizan actividades de* "*Evaluación de la Conformidad*"».

[19] Parece que, en este caso, estamos ante lo que sería un sujeto privado habilitado para el ejercicio de determinadas funciones públicas de regulación. Sobre ello, Esteve Pardo, *Principios regulatorios,* p. 119.

de entidades privadas en su ámbito de actuación» [20]. Atendiendo al marco regulador que hay detrás de su propia existencia y funcionamiento, podría decirse que ENAC se trata de un sujeto privado que colabora con la Administración pública estatal y, en esta medida, podría encuadrarse en el concepto de funcionario público en sentido amplio [21]. Es, por tanto, una muestra de cómo desde las instituciones públicas y, en este caso, siguiendo lo establecido en el Derecho europeo, se descentralizan las funciones de control hacia sujetos privados e, incluso, esta descentralización no se hace ni siquiera a través de una norma con rango de ley. Si bien su actividad inicial de acreditación se ha vinculado a la seguridad industrial respecto de los productos que se introducen en el mercado [22], actualmente ENAC también se ocupa de la acreditación de entidades de certificación sobre sistemas de gestión empresarial.

De este modo, el reconocimiento de una empresa como evaluadora acreditada por parte de ENAC implica, desde un punto de vista material, lo siguiente: que aquélla cuenta con personal con los conocimientos técnicos y la experiencia adecuados para desarrollar la actividad de certificación; que dispone del equipamiento y de las infraestructuras necesarias y adecuadas para desarrollar sus actividades; que aplica métodos y procedimientos de evaluación válidos y apropiados; que emplea técnicas de evaluación de la calidad de los resultados y aseguran la trazabilidad de las mediciones y calibraciones asociadas a sus servicios; y, por último, que informa adecuadamente a sus clientes de los resultados de sus actividades, emitiendo informes o certificados claros y precisos. En concreto, en lo que se refiere a la acreditación de aquellas entidades que quieren certificar a terceros sobre sus sistemas de gestión, la norma de referencia de ENAC para conceder esta acreditación también es una norma técnica proveniente de la autorregulación que, en su versión española, se denomina UNE-EN ISO/IEC 17021-1:2015 [23]. Asimismo, es también otro estándar técnico –en España, la UNE 165019:2018, que se ocupa de los requisitos para los organismos que realizan la auditoría y la certificación de sistemas de ges-

[20] González Hurtado, J. A., «La evaluación de la conformidad de los modelos de organización y gestión para prevenir el delito corporativo», *La Ley Penal*, núm. 142, 2020, pp. 6-17.

[21] *Vid.* Silva Sánchez, J. M., «Derecho penal regulatorio», *InDret* 2/2015.

[22] Y ello teniendo en cuenta que su creación responde, precisamente, a lo establecido en el Reglamento europeo 765/2008 por el que se establecen en el marco comunitario los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado y el control de los productos que se introducen. Señalando la relevancia de la influencia que tienen las entidades certificadoras en la regulación mundial del comercio internacional, Nieto Martín, *La Ley Compliance Penal*, núm. 4, 2021, p. 9.

[23] Sobre ello, *vid*. https://www.enac.es/web/enac/que-hacemos/-que-es-la-acreditacion- (consultada por última vez, el 18/05/2021). Esto es una muestra de lo que supone la autorregulación como «técnica de delegación de funciones públicas», *vid.* Nieto Martín, *La Ley Compliance Penal*, núm. 4, 2021, p. 9. Con ello, señala este autor, se eluden los controles con los que el derecho constitucional y administrativo someten al poder público.

tión de *compliance* penal conforme a la Norma UNE 19601–, la que dispone la necesaria independencia de la entidad de certificación respecto de la organización auditada. En este sentido, la entidad que certifica no puede ser la que, a su vez, haya realizado los servicios de consultoría a la empresa auditable. De este modo, el escenario de actuación en *compliance* del certificador es distinto tanto del que le corresponde a la empresa que ha adoptado el programa de *compliance* como, en su caso, del que le pertoca al consultor o asesor externo en *compliance* [24].

4.2.2 **La actividad de auditoría en el marco de la debida diligencia en el *compliance* de derechos humanos**

Hasta el momento, el papel de las auditorías y de las correspondientes certificaciones en materia de *compliance* se ha enfocado principalmente hacia los diferentes aspectos internos del sistema de gestión de una empresa, sin incluir necesariamente a los terceros con los que esta se relaciona. Si echamos un vistazo a las normas técnicas al uso en materia de *compliance*, se alude normalmente a las auditorías internas como uno de los mecanismos que las empresas pueden adoptar en el marco de la evaluación o verificación de su sistema de gestión. Por mencionar algún ejemplo, en la ISO 14001:2015 sobre Sistemas de gestión ambiental, se hace referencia a las auditorías internas (aptdos. 3.4.1 y 9.2), especificándose en sus anexos que los «*auditores deberían ser independientes de la actividad auditada, y en todos los casos deberían actuar libres de sesgo y conflicto de intereses*» (A. 9.2). Según esta norma técnica, la auditoría se entiende como «*un proceso sistemático, independiente y documentado para obtener las evidencias de auditoría y evaluarlas de manera objetiva con el fin de determinar el grado en el que se cumplen los criterios de auditoría*» (aptdo. 3.4.1). Asimismo, como nota 1 explicativa se señala que «(u)na auditoría interna la realiza la propia organización o una parte externa en su nombre». Por tanto, el calificativo de interna no se refiere exclusivamente a aquellas llevadas a cabo por la propia organización. Ahora bien, sí que parece referirse a una auditoría sobre algún elemento

[24] Ahora bien, cabe señalar que, en muchas ocasiones, los servicios que desarrolle un consultor externo en *compliance* facilitan enormemente la tarea de la empresa que decide someterse a un proceso de auditoría y, del mismo modo, también permite que la entidad auditora-certificadora realice de forma más eficaz tanto sus tareas de recopilación de información como el proceso de auditoría. Esto sucederá, por ejemplo, cuando la identificación de los riesgos penales de la empresa y el correspondiente mapa y matriz de riesgos se hayan realizado siguiendo también la metodología de la UNE 19601 o, ahora, de la ISO 37301.

propio del sistema de gestión de la organización, sin apuntar claramente hacia la necesidad de auditar las actividades o los procesos de los terceros con los que se relaciona.

Con la nueva ISO 37301:2021 sobre Sistemas de *compliance* se introducen algunos cambios relevantes de enfoque. De entrada, entre los aspectos que se indican para lograr el entendimiento de la organización y su contexto, se alude a la necesidad de tener en cuenta elementos internos y externos que pueden ser relevantes para la consecución de su sistema de gestión de *compliance*. Así, entre otros, la organización debe tener en consideración el contexto social, cultural y medio ambiental en el que se desarrolla su actividad (aptdo. 4.1) y determinar cuáles son las partes interesadas relevantes para su sistema de gestión de cumplimiento. Si bien en el articulado de esta norma técnica se vuelve a hacer referencia a la auditoría interna (dentro del aptdo. 9 relativo a la evaluación del desempeño), en la definición de auditoría que se prevé en el apartado 3, no solamente se hace referencia a las auditorías internas, sino también a las auditorías externas. Así, en el aptdo. 3.17 de la ISO 37301, tras definir en un sentido similar a la ISO 14001 qué es una auditoría, en su nota explicativa 1, se prevé que la auditoría puede ser interna (primera parte –*first party*–) o externa (segunda o tercera parte –*second party or third party*–), y puede ser una auditoría combinada (que combine dos o más disciplinas). De este modo, con esta nueva norma técnica internacional se amplía considerablemente el alcance que puede llegar a tener una auditoría en materia de *compliance*.

A efectos aclaratorios, la auditoría de segunda parte es una auditoría externa realizada a un proveedor por parte de un cliente o de una organización contratada en nombre de un cliente. En cambio, una auditoría de terceros la realiza una organización auditora independiente de la relación cliente-proveedor y está libre de cualquier conflicto de intereses. Esta última clase de auditorías también se denominan auditorías de certificación o de conformidad, pues si el proceso de auditoría es exitoso se puede llegar a emitir una certificación.

Veamos ahora qué sucede en el marco de la debida diligencia en materia de derechos humanos. Como es sabido, además de en los Estados, la Directiva (UE) 2024/1760 sobre Diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial pone el acento en las empresas europeas cuya actividad empresarial se desarrolla en contextos complejos, especialmente las grandes, y que se apoyan en cadenas mundiales de suministro, con diferentes proveedores. La dimensión logística de esta clase de empresas puede explicar que tengan dificultades en la identificación y mitigación de riesgos vinculados con los derechos humanos y el medio ambiente en sus cadenas de suministro. Bien, entre otros aspectos, en el texto de la Directiva adquiere mucha relevancia la dimensión externa

de las auditorías. Así, la primera referencia al respecto la encontramos en el artículo 3, si bien utilizando el término «comprobación por parte de un tercero independiente» y definiéndose como «*la comprobación del compliance de una empresa, o de partes de su cadena de actividades, de los requisitos en materia de derechos humanos y medio ambiente derivados de las disposiciones de la presente Directiva efectuada por un experto objetivo, completamente independiente respecto de esa empresa, libre de conflictos de intereses y de influencias externas, con experiencia y competencia en materia de medio ambiente o derechos humanos, según la naturaleza del efecto adverso, y con obligación de rendir cuentas sobre la calidad y fiabilidad de la comprobación»* [art. 3 h)]. A mi modo de ver, de esta definición ya podemos extraer una serie de elementos relevantes:

— En primer lugar, se hace referencia al término de comprobación que, según el diccionario, supone «confirmar la veracidad o exactitud de algo». Por tanto, no se trata de identificar directamente riesgos, sino de comprobar que se cumplen los requisitos que la norma exige;

— En segundo lugar, precisamente, el objeto de comprobación es la existencia de los requisitos que deben cumplirse en materia de diligencia debida de derechos humanos y medio ambiente. Más allá de las acciones generales que, según la Directiva, deberían adoptar las empresas en aras de la prevención y mitigación de los impactos adversos (*vid.* arts. 5 y ss.), no se establece cuál debe ser la metodología concreta para llevar a cabo esta clase de auditorías;

— En tercer lugar, el alcance de la tarea de comprobación es diverso. Así, puede ser sobre el propio sistema de *compliance* de una empresa (o partes del mismo), o sobre el *compliance* de alguno de los agentes que intervienen en su cadena de valor. Más allá de ello, no se especifica si la auditoría debe ser sobre todos los procesos relacionados con la diligencia debida o puede restringirse solamente a algunos de ellos;

— Y, por último, la persona que verifique debe tratarse de un tercero independiente; sin conflictos de interés; con experiencia y competencia en materia de derechos humanos y medio ambiente; y que se responsabilice de la calidad y fiabilidad de la auditoría. Por tanto, parece que la figura del auditor adquiere aquí la posición de tercero experto. Ahora bien, no se indica este sujeto va a depender –incluyéndose su nombramiento y retribución– por un organismo o autoridad pública (adquiriendo entonces la posición de funcionario público) o si, por el contrario, va a ser un experto que, si bien con funciones de interés público, va a ser contratado por la empresa destinataria de la auditoría.

Otra de las referencias que se hacen en la propuesta de Directiva a las auditorías la encontramos en el artículo 7, dedicado a la prevención de los impactos adversos. En concreto, en el apartado 4 se establece que para la verificación del cumplimiento «*la empresa puede remitirse a las iniciativas adecuadas del sector o a la verificación de un tercero independiente*». Por tanto, el recurso a un auditor externo independiente no se plantea como la única forma posible para la verificación, sino que ello es una elección de la propia empresa. Además, cabe señalar que, en relación con lo establecido en los artículos 8 a 11 de Directiva, la virtualidad de la comprobación se plantea en la dimensión de lo que podríamos denominar como la gestión preventiva del riesgo abstracto de incumplimiento, en tanto se trata de la prevención de potenciales efectos adversos. Ahora bien, lo interesante a los efectos de este trabajo, sería preguntarse si las consecuencias jurídicas de una incorrecta comprobación podrían ser distintas en función de si estamos ante una medida que sirve a la prevención de un impacto adverso potencial o de un impacto adverso real que debe remitirse. Parece que la actividad de verificación del 10.5 (efectos adversos potenciales) se movería en el plano del peligro abstracto-idóneo, mientras que la del 11.6 se vincularía, más bien, con el peligro concreto o, incluso, con el resultado lesivo.

Por último, conviene señalar que en el artículo 24 de Directiva se regulan las denominadas autoridades supervisoras. Así, en el primer apartado se establece que «*Cada Estado miembro designará a una o varias autoridades encargadas de controlar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en las disposiciones de Derecho nacional adoptadas de conformidad con los artículos 7 a 16 y el artículo 22*». Asimismo, en el apartado 9 del mismo artículo se establece que «*Los Estados miembros garantizarán la independencia de las autoridades de control y velarán por que tanto ellas como todas las personas que trabajen o hayan trabajado para ellas, así como los auditores, los expertos y cualquier otra persona que actúen en su nombre, ejerzan sus competencias de manera imparcial, transparente y con el debido respeto de las obligaciones de secreto profesional. En particular, los Estados miembros se asegurarán de que las autoridades de control sean jurídica y funcionalmente independientes, estén libres de toda influencia externa, ya sea directa o indirecta, en particular de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva o de otros intereses del mercado, y de que su personal y las personas responsables de la gestión estén libres de conflictos de intereses, queden sujetos a requisitos de confidencialidad y se abstengan de toda acción incompatible con sus funciones*». En el artículo 25 se establecen cuáles serán las competencias de las autoridades supervisoras y, si bien no se excluye la actividad de auditoría, esta pare-

ce enfocarse más que a constituir uno de los mecanismos de prevención en materia de derechos humanos, a ser un mecanismo de inspección y detección de posibles infracciones. Por tanto, parece que estaríamos ante el ejercicio de una actividad inspectora de un organismo externo e independiente, también distinto de las auditorías sociales.

4.2.3 **Las certificaciones: algunas cuestiones conceptuales**

Sin perjuicio de que más adelante se señalan las posibles consecuencias penales de una incorrecta certificación (*vid.* aptdo. 3.4), aquí se pretenden clarificar algunos conceptos previos con respecto a las certificaciones.

En primer lugar, cabe señalar que el proceso de certificación se enmarca entre las denominadas actividades de evaluación de la conformidad. En concreto, según el organismo ENAC, la certificación es una comprobación que realiza un tercero, con el objetivo de «aportar confianza al cliente de una empresa o al comprador de un producto o servicio sobre que dicha empresa, servicio o producto cumplen determinados requisitos» [25]. En sentido estricto, el proceso de certificación en *compliance* consiste en la evaluación de la conformidad de este sistema de gestión con el que sea el estándar técnico o la norma de referencia en el sector concreto. Por tanto, el sometimiento a una certificación no define la actividad que se está realizando, sino que solamente se preocupa por evaluar si aquella se realiza conforme a las que sean las especificaciones del estándar (técnico) en cuestión. En cualquier caso, parece que la actividad de certificación y, en concreto, si esta culmina con resultado exitoso (la certificación), genera un espacio de confianza o, en otras palabras, contribuye a configurar un espacio de riesgo permitido para aquellos que acuden y se someten al proceso de certificación.

La emisión de la certificación está sujeta a unas fases previas de auditoría. Estas sirven para recopilar las evidencias que puedan revelar no solamente la existencia de los controles y medidas idóneos en un sentido abstracto, sino que también se puede recabar la información necesaria para evaluar el impacto de la aplicación de esas medidas en la empresa. En otras palabras, y con base en la terminología al uso en *compliance*, no solamente se trata de obtener la información a partir de la que se construyen los ries-

[25] En la misma línea, conforme a la Introducción de la ISO 17021-1:2015, «la certificación de un sistema de gestión proporciona una demostración independiente de que el sistema de gestión de la organización: a) es conforme con los requisitos especificados; b) es capaz de lograr coherentemente su política y objetivos declarados; y c) está implementado de manera eficaz».

gos inherentes de la organización –información relacionada con la identificación de riesgos y la metodología empleada a esos efectos–, sino también de recopilar las evidencias respecto de cómo esos riesgos inicialmente identificados se han gestionado y han pasado a convertirse en riesgos residuales. Para que esto sea posible, no solamente es necesario que en la empresa se adopten las medidas de gestión adecuadas, sino también que haya transcurrido un determinado período de tiempo desde la identificación de riesgos y la adopción efectiva de las medidas de prevención. Solamente así tiene sentido emitir una opinión sobre la adecuación o eficacia del sistema de gestión de riesgos. Por tanto, la concesión de una certificación no solamente supone una opinión técnica respecto de la conformidad de lo que sería la parte general de un *compliance*, sino también respecto de la parte especial [26]. Podría decirse que el sometimiento a un proceso de certificación sería una especie de investigación interna preventiva, esto es, una averiguación que se inicia sin responder a una sospecha previa [27].

A partir de aquí, y sin entrar en las distintas clases de certificaciones, sí cabe señalar la distinción entre las certificaciones acreditadas y las certificaciones no acreditadas. Estas últimas serán las que emitan entidades privadas que ni siquiera están acreditadas por ENAC o por el organismo correspondiente en el Estado en que se efectúen y que, por tanto, serán sin duda documentos mercantiles de naturaleza privada. En cambio, las segundas serán las que concedan las entidades privadas acreditadas por ENAC [28]. Respecto de estas cabe plantearse si la certificación acreditada, como manifestación de la autorregulación declarativa, puede ser, cuando menos, un equivalente funcional de lo que conocemos como acto administrativo. Y es que, si bien la certificación la emite directamente un ente privado, este está acreditado por un organismo también

[26] Respecto a la necesidad de que las medidas preventivas sean en concreto idóneas, Dopico Gómez-Aller, J., «Tema 4. Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en De la Mata Barranco, N./Dopico Gómez-Aller, J./Lascuraín Sánchez, J. A./Nieto Martín, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid (Dykinson), 2018, p. 144.

[27] Entendiendo que el concepto de investigación interna también podría abarcar estos supuestos, Estrada i Cuadras, A., «"Confesión o finiquito": el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas», *InDret* 4/2020, p. 235.

[28] Asimismo, la propia acreditación de las entidades certificadoras implica que detrás hay un organismo con potestades públicas que comprueba y revisa periódicamente que aquéllas incorporan los requisitos técnicos exigidos en sus procesos de auditoría y certificación. Sin embargo, y a diferencia de otros organismos similares que existen en el panorama internacional, ENAC no interviene directamente en las certificaciones que emiten las entidades acreditadas. Sobre las potestades de un organismo o, más bien, agencia certificadora en el sector aeronáutico norteamericano –Federal Aviation Administration (FAA)–, Nunn, A., «The Aircraft Certification Process under the Federal Aviation Administration», *Loyola University Chicago School of Law,* 2021 http://blogs.luc.edu/compliance/?p=3950 (última consulta: 8/07/2022).

privado pero habilitado con potestades públicas. No se trata, pues, directamente de una función pública por delegación, sino más bien, por una delegación en cadena. Así, según la doctrina administrativista, la equiparación a un acto administrativo tendría sentido cuando la certificación se emitiera «por un sujeto –un organismo de control– que ejerce genuinas funciones públicas por delegación de la Administración» y, mucho más si se tratara de entidades que «certifican la adecuación de productos e instalaciones a normas jurídicas» [29]. Ahora bien, este no es el caso de las certificaciones en *compliance*. La certificación acreditada implica que quien la emite cumple los requisitos dispuestos en normas técnicas, que no jurídicas. Y, a su vez, la certificación se efectúa sobre la conformidad de un sistema de gestión (principalmente privado) sobre lo dispuesto también en otra norma técnica. Por tanto, no creo que la certificación en *compliance* se pueda equiparar a un acto administrativo.

4.3 POSIBLE TRASCENDENCIA JURÍDICO-PENAL DE LAS AUDITORÍAS SOBRE DERECHOS HUMANOS

4.3.1 **Introducción**

Hasta el momento, el foco de atención respecto a las posibles estructuras de responsabilidad penal de los sujetos implicados en el *compliance* de una empresa se ha centrado en los miembros del órgano de administración, en el denominado órgano de cumplimiento e, incluso, en el denominado abogado *in house* [30]. Ahora bien, en lo que alcanzo, son pocas las reflexiones efectuadas en relación con la trascendencia penal de la figura del auditor/verificador/certificador en *compliance* y, mucho menos, en lo que se refiere a su papel respecto del *compliance* en materia de derechos humanos.

Asimismo, cabe señalar que, si bien de conformidad con el artículo 1 de la propuesta de Directiva, se trata de establecer normas sobre «*las obligaciones para las empresas en relación con los actuales y los potenciales impactos adversos contra los derechos humanos y contra el medio ambiente, en relación con sus operaciones, las operaciones de sus subsidiarias y las operaciones de la cadena de valor desarrolladas por entidades con la que la empresa tiene una relación de negocios estable*», en la redacción actual de la propuesta de

[29] Darnaculleta i Gardella, M.ª M., *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Madrid, 2005, pp. 434-435.

[30] Sobre esta última figura, Goena Vives, B., «El secreto profesional del abogado *in house* en la encrucijada: tendencias y retos en la era del *compliance*», *RECPC*, 2019, pp. 8 ss.

Directiva no se prevé la responsabilidad penal por la infracción de las referidas obligaciones, sino la responsabilidad de naturaleza civil. Y ello, tanto respecto a las obligaciones de diligencia debida de una empresa frente a sus propias operaciones, como respecto a las operaciones de terceros con los que aquella mantiene una relación comercial estable. En otras palabras, y en lo que se refiere a la diligencia frente a terceros, parece que la infracción de las obligaciones de diligencia no puede tratarse igual que los supuestos de participación (en sentido jurídico) en las actuaciones de terceros. A estos efectos, cabe recordar el comentario del Principio Rector 17 de NU, según el cual «(*p)ueden plantearse cuestiones de complicidad cuando una empresa contribuye o parece contribuir a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos causadas por otras partes. La complicidad tiene una acepción jurídica y otra no jurídica. En su acepción no jurídica, las empresas pueden ser consideradas «cómplices» de los actos cometidos por otra parte, por ejemplo, cuando parecen beneficiarse de una infracción cometida por esa otra parte*». La infracción de la debida diligencia de una empresa respecto de las operaciones de terceros podría moverse en el ámbito de la complicidad en su acepción no jurídica, pero resulta mucho más difícil vincularla con la dimensión jurídica de la complicidad [31]. A esta ecuación aún le podemos sumar más complejidad. En efecto, si nos planteamos el papel de las auditoras/certificadoras no solamente nos tendríamos que fijar en su posible responsabilidad respecto de la auditoría que efectúan a la empresa que, a través de sus propias operaciones, comete una violación de derechos humanos. Entre los posibles escenarios de análisis, también nos podríamos plantear la posible responsabilidad de la auditora/certificadora que, siendo contratada por una empresa, audita el estado social de una tercera empresa con la que su cliente (el que encarga la auditoría) se relaciona o se pretende relacionar empresarialmente. Esta segunda opción es la que más nos interesa a los efectos de este trabajo y, como veremos, supone un mayor alejamiento de las posibilidades de algún tipo de imputación de responsabilidad penal a la auditora que infringe sus deberes.

Así las cosas, y a los efectos de concretar el objeto de análisis, aquí se proponen tres situaciones hipotéticas en las que valorar la posible incidencia penal de las auditorías y certificaciones relacionadas con la debida diligencia

[31] En este sentido, y como se señala en la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una conducta empresarial responsable, de 2018 (https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf), la debida diligencia no transfiere responsabilidades: «En una relación comercial, cada empresa tiene la responsabilidad de identificar y abordar los impactos negativos. Las recomendaciones en materia de debida diligencia de las líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales no pretenden transferir las responsabilidades (...) En su lugar, recomiendan que cada empresa asuma su responsabilidad con respecto a los impactos negativos», p. 20.

empresarial en materia de derechos humanos. Y ello siempre partiendo de un elemento común de valoración, a saber, el informe de auditoría falso o, en su caso, la certificación falsa.

4.3.2 **Primer escenario: Las auditorías sobre los estados de información no financiera y la posible responsabilidad del auditor por el delito de falseamiento societario del artículo 290 CP**

En este primer escenario se trata de analizar si la emisión de un informe de auditoría inveraz es una conducta típica a la luz del delito de falseamiento de documentos relativos a la situación jurídica o económica de la sociedad [32]. Esta problemática apunta hacia una clase de auditores ya conocidos, como son los auditores de cuentas. Sin embargo, la cuestión novedosa es que esta clase de auditores también tienen ciertas competencias en el ámbito de lo que se conoce como información no financiera entre la que, precisamente, también se deben incluir las acciones y medidas que adopta una empresa en relación con la evitación de efectos adversos sobre los derechos humanos.

Como es sabido, conforme al artículo 290 CP, cometen el delito de falsedad societaria los «*administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero*». A estos efectos, se prevé la imposición de una pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, pudiéndose imponer en su mitad superior si se llega a causar el perjuicio económico. Según señala la doctrina, los dos pilares del injusto de este delito son, por un lado, el falseamiento y, por otro, la idoneidad del falseamiento para perjudicar el patrimonio de la sociedad, de los socios o de terceros [33]. De este modo, se indica que esta-

[32] Ya planteándose la cuestión de si la falsedad sobre la información no financiera de la sociedad pueda castigarse con base en el artículo 290 CP, Nieto Martín, A., «Diligencia debida en derechos humanos y cumplimiento normativo: el comienzo de una enorme amistad», https://almacendederecho.org/diligencia-debida-en-derechos-humanos-y-cumplimiento-normativo-el-comienzo-de-una-hermosa-amistad (última visita, 5 de julio de 2022), pp. 5-6.

[33] Pastor Muñoz, N., «Tema 12. Los delitos societarios», en Silva Sánchez (Dir.)/Robles Planas (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte General y Parte Especial*, Barcelona (Atelier), 2020, p. 372; Pastor Muñoz, N./Robles Planas, R., «Sobre la responsabilidad penal del auditor de cuentas por el delito de falseamiento del artículo 290 del Código penal», *Diario La Ley*, núm. 9977, Secc. Tribuna, 23 de diciembre de 2021, p. 4; en un sentido similar, si bien señalando que se trata de un delito pluriofensivo, Nieto Martín, A., «Tema 17. Falsedades en la empresa», en De la Mata Barranco, N. J./Dopico Gómez-Aller, J./Lascuraín Sánchez, J. A./Nieto Martín, A., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Madrid (Dykinson), 2018, pp. 716-171.

mos ante unas «falsedades generadoras de un peligro abstracto-concreto para el patrimonio de la sociedad, los socios o terceros» [34]. Sin poder abordar aquí todas las cuestiones jurídico-penalmente relevantes que se plantean a propósito de este tipo penal económico, sí conviene detenerse en dos de ellas. A saber: la primera se refiere a cuál es el objeto del falseamiento y, con ello, a si el informe de gestión en el que se incluye la información no financiera –en la que también las actuaciones societarias en materia de derechos humanos [35]– puede formar parte del objeto del falseamiento del tipo del artículo 290 CP; y, la segunda cuestión se refiere a si la conducta del auditor (de cuentas) que falsea el informe de auditoría en concreto en lo que se refiere al estado de información no financiera de la empresa auditada puede constituirse en una forma de intervención en el delito del artículo 290 CP.

Una respuesta a la primera cuestión apuntada anteriormente requiere remitirse al origen de la incorporación de la comunicación de la información no financiera en nuestra propia legislación mercantil. Así, pues, como resultado de la trasposición de la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, actualmente contamos con la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. De este modo, algunas grandes empresas están obligadas a preparar e incorporar en el informe de gestión que presenten junto a las cuentas anuales lo que se denomina un estado de información no financiera. Este, como mínimo, debe contener información relativa a la debida diligencia intra e interempresarial en relación con cuestiones medioambientales, sociales y relativas al personal, y también información en relación con los derechos humanos y con la lucha contra la corrupción y el soborno [36]. Para la elaboración del estado de información no

[34] Pastor Muñoz/Robles Planas, *Diario La Ley*, núm. 9977, Secc. Tribuna, 23 de diciembre de 2021, p. 4.

[35] Como señalan McCorquodale/Nolan, *Netherlands International Law Review*, 2021, en el marco de los mercados financieros, la consideración de los derechos humanos suele clasificarse como una cuestión no financiera, *vid.* p. 465.

[36] Así, en el Preámbulo de la Ley 11/2018, y sobre la base de lo establecido en la mencionada Directiva de 2014, se señala que el estado de información no financiera «*debe incluir información sobre los procedimientos de diligencia debida aplicados por la empresa y, cuando sea pertinente y proporcionado, en relación con sus cadenas de suministro y subcontratación, con el fin de detectar, prevenir y atenuar efectos adversos y potenciales. A estos efectos, se entiende por procedimientos de diligencia debida las actuaciones realizadas para identificar y evaluar los riesgos, así como para su verificación y control, incluyendo la adopción de medidas*».

financiero la ley se remite a la toma en consideración de lo dispuesto en estándares normativos internacionales provenientes del *soft law*.

Volviendo al tenor literal del artículo 290 CP, el objeto de la conducta falsaria del administrador son «*las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad*». Para la concreción del concepto de cuentas anuales se asume que basta con remitirse a la regulación mercantil, aunque sobre si ello es así también podría discutirse. En cualquier caso, si nos basamos en el concepto mercantil, según el artículo 34 CCom, las cuentas anuales comprenden «*el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria*». Y como se establece en el mismo precepto, todos estos documentos forman una unidad. Más complicada parece la concreción de qué debe entenderse por «*documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad*». Desde luego, cómo sea la inclusión y la interpretación de estos conceptos jurídicos indeterminados puede suponer la ampliación del alcance del tipo penal [37]. En un intento interpretativo de restricción del tipo penal, desde la doctrina se alude a la necesidad de constatar ciertos requisitos en esta clase de documentos. Así por ejemplo, *Nieto Martín* entiende que, entre otros criterios, se debe tratar de documentos que se emiten «en virtud de una obligación legal» y que se deben destinar «a un número indeterminado o pluralidad de personas» [38]. También *Pastor Muñoz*, y basándose en que la propia redacción legal se refiere a que «deban reflejar» y no a que «reflejen», considera que estos documentos serían aquellos que tengan «la función específica de reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad», poniendo como uno de los ejemplos el proyecto de fusión o de escisión de la sociedad [39]. Esto es, no documentos que también puedan reflejar la situación jurídico o económica, sino que ello lo hagan de manera específica. Lo que sigue sin resolverse es qué entendemos por situación jurídica o situación económica. Con base en estos criterios, se trata de analizar si el estado de información no financiera que se incluye en los informes de gestión es o no un documento de los incluidos en el artículo 290 CP.

---

[37] Ya refiriéndose a esta cuestión, si bien a propósito de la figura equivalente en el ordenamiento jurídico-penal italiano que, además de al balance se refiere a «otras comunicaciones sociales», FOFFANI, L., «Delitos societarios», en FARALDO CABANA, P./VALEIJE ÁLVAREZ, I. (Coords.), I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico, 1998, pp. 61-62.

[38] NIETO MARTÍN, en *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, pp. 719-720.

[39] PASTOR MUÑOZ, en *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, pp. 374-375. También en este sentido, FOFFANI, I Congreso hispano-italiano *de derecho penal económico*, refiriéndose a los documentos que tienen un «de*stino jurídicamente predeterminado*», p. 65.

Una de las modificaciones que comporta la Ley 11/2018 afecta al Código de Comercio (en adelante, CCom). En concreto, en el artículo 44 CCom, y en relación con los grupos societarios que deban formular cuentas anuales consolidadas y que también estén obligados a formular informes de gestión consolidados, se establece que, a las cuentas anuales consolidadas «*se unirá el informe de gestión consolidado que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera*» [40]. En esta medida, estos grupos societarios no solamente están obligados a presentar las cuentas anuales consolidadas (estado de información financiera), sino también el informe de gestión consolidado. En el artículo 49.5 CCom se indican cuáles son las empresas que, formulando cuentas consolidadas, están obligadas a introducir también en el informe de gestión consolidado el estado de información no financiera [41]. Se trata, en todo caso, de grandes organizaciones empresariales con un número elevado de trabajadores.

Como se señala en la Guía para la elaboración del informe de gestión de las sociedades cotizadas de la CNMV, en tanto «que los estados financieros recogen, fundamentalmente, hechos pasados, es difícil pensar que puedan contener la totalidad de la información que los usuarios necesitan para fundamentar sus decisiones» económicas. En esta medida, se hace necesario que los estados financieros se completen en, al menos, dos sentidos. En primer lugar, «ofreciendo las explicaciones sobre las decisiones tomadas, en función de la estrategia seguida en las áreas operativas, de inversión y de financiación» y, en

[40] Según el artículo 42 del Código de Comercio: «*1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.*

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano *de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del* órgano *de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del* órgano *de administración de la sociedad dominada sean miembros del* órgano *de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por* esta*. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.* (...)».

[41] En concreto, los requisitos que deben concurrir son los siguientes: «*a) Que el número medio de trabajadores empleados por las sociedades del grupo durante el ejercicio sea superior a 500. b) Que o bien, tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas, o bien, durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: 1.º Que el total de las partidas del activo consolidado sea superior a 20.000.000 de euros; 2.º Que el importe neto de la cifra anual de negocios consolidada supere los 40.000.000 de euros; 3.º Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a doscientos cincuenta*».

segundo lugar, «aportando información sobre la evolución y rendimiento previsibles del negocio, en cuyo ámbito la entidad opere, poniéndolos en relación con los objetivos y estrategias que se haya marcado». Precisamente, el informe de gestión pretende cubrir estas necesidades y se postula como un documento muy importante para los usuarios de la información empresarial [42]. Por tanto, el informe de gestión, incluyéndose el estado de información no financiera, tiene esa dimensión pública o enfocada a una pluralidad. Así se establece en el propio artículo 49.9 CCom, señalando que «*este informe se pondrá a disposición del público de forma gratuita y será fácilmente accesible en el sitio web de la sociedad dentro de los seis meses posteriores a la fecha de finalización del año financiero y por un período de cinco años*». Asimismo, estos documentos –esto es, las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados– deben firmarse por todos los administradores, respondiendo estos por su veracidad (art. 44. 6 CCom). En consecuencia, también el informe de gestión está sujeto al deber de veracidad de los administradores.

En cuanto a si el informe de gestión, en el que también se puede o, incluso, se debe incluir la información no financiera, refleja la situación jurídica o económica de la empresa, cabe remitirse a la legislación mercantil. Así, en el artículo 49.1 CCom se establece que el informe de gestión consolidado debe «*contener la exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación del conjunto de las sociedades incluidas en la consolidación, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta*». Igualmente, detalla que la referida exposición «*consistirá en un análisis equilibrado y exhaustivo de la evolución y los resultados de los negocios y la situación de las empresas comprendidas en la consolidación considerada en su conjunto*». Y, a los efectos de poder comprender «l*a evolución, los resultados o la situación de la empresa, este análisis incluirá tanto indicadores clave financieros como, cuando proceda, de carácter no financiero, que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta, con inclusión de información sobre cuestiones relativas al medio ambiente y al personal*». Es más, el informe de gestión también puede servir para explicar con más detenimiento los importes señalados en las cuentas anuales consolidadas. Aunque el informe de gestión no forma parte de las cuentas anuales, eso no significa que no se trate de un documento societario que debe reflejar tanto la situación jurídica de la empresa, indicando posibles cambios de estructura organizativa, como la situación económica de aquella.

Centrándonos en las que deben ser las partes del estado de la información no financiera que se incluye en el informe de gestión, creo que podemos con-

[42] *Guía para la elaboración del informe de gestión de las sociedades cotizadas, CNMV*, 2012, pp. 1-3.

cluir que esta clase de documentación no solamente está o debería estar en el mismo nivel de importancia que la información financiera [43], sino que también debe reflejar las situaciones a las que alude el artículo 290 CP. Por ejemplo, de conformidad con el artículo 49.6 CCom, en el que se establecen los elementos que deben incluirse en el estado de información no financiera [44], este tiene que

[43] Defendiendo que la falsedad respecto de la información no financiera también deba ser protegida con base en el artículo 290 CP, Nieto Martín, en *Derecho penal económico y Derechos Humanos*, p. 302.

[44] Según el artículo 49.6 CCom, el estado de información no financiera debe incluir: «a) Una breve descripción del modelo de negocio del grupo, que incluirá su entorno empresarial, su organización y estructura, los mercados en los que opera, sus objetivos y estrategias, y los principales factores y tendencias que pueden afectar a su futura evolución; b) Una descripción de las políticas que aplica el grupo respecto a dichas cuestiones, que incluirá los procedimientos de diligencia debida aplicados para la identificación, evaluación, prevención y atenuación de riesgos e impactos significativos y de verificación y control, incluyendo qué medidas se han adoptado; c) Los resultados de esas políticas, debiendo incluir indicadores clave de resultados no financieros pertinentes que permitan el seguimiento y evaluación de los progresos y que favorezcan la comparabilidad entre sociedades y sectores, de acuerdo con los marcos nacionales, europeos o internacionales de referencia utilizados para cada materia; d) Los principales riesgos relacionados con esas cuestiones vinculados a las actividades del grupo, entre ellas, cuando sea pertinente y proporcionado, sus relaciones comerciales, productos o servicios que puedan tener efectos negativos en esos ámbitos, y cómo el grupo gestiona dichos riesgos, explicando los procedimientos utilizados para detectarlos y evaluarlos de acuerdo con los marcos nacionales, europeos o internacionales de referencia para cada materia. Debe incluirse información sobre los impactos que se hayan detectado, ofreciendo un desglose de los mismos, en particular sobre los principales riesgos a corto, medio y largo plazo; e) Indicadores clave de resultados no financieros que sean pertinentes respecto a la actividad empresarial concreta, y que cumplan con los criterios de comparabilidad, materialidad, relevancia y fiabilidad. Con el objetivo de facilitar la comparación de la información, tanto en el tiempo como entre entidades, se utilizarán especialmente estándares de indicadores clave no financieros que puedan ser generalmente aplicados y que cumplan con las directrices de la Comisión Europea en esta materia y los estándares de Global Reporting Initiative, debiendo mencionar en el informe el marco nacional, europeo o internacional utilizado para cada materia. Los indicadores clave de resultados no financieros deben aplicarse a cada uno de los apartados del estado de información no financiera. Estos indicadores deben ser útiles, teniendo en cuenta las circunstancias específicas y coherentes con los parámetros utilizados en sus procedimientos internos de gestión y evaluación de riesgos. En cualquier caso, la información presentada debe ser precisa, comparable y verificable.

El estado de información no financiera consolidado incluirá información significativa sobre las siguientes cuestiones:

I. Información sobre cuestiones medioambientales:

Información detallada sobre los efectos actuales y previsibles de las actividades de la empresa en el medio ambiente y en su caso, la salud y la seguridad, los procedimientos de evaluación o certificación ambiental; los recursos dedicados a la prevención de riesgos ambientales; la aplicación del principio de precaución, la cantidad de provisiones y garantías para riesgos ambientales.

– Contaminación: medidas para prevenir, reducir o reparar las emisiones de carbono que afectan gravemente el medio ambiente; teniendo en cuenta cualquier forma de contaminación atmosférica específica de una actividad, incluido el ruido y la contaminación lumínica.

– Economía circular y prevención y gestión de residuos: medidas de prevención, reciclaje, reutilización, otras formas de recuperación y eliminación de desechos; acciones para combatir el desperdicio de alimentos.

– Uso sostenible de los recursos: el consumo de agua y el suministro de agua de acuerdo con las limitaciones locales; consumo de materias primas y las medidas adoptadas para mejorar la eficiencia de su uso; consumo, directo e indirecto, de energía, medidas tomadas para mejorar la eficiencia energética y el uso de energías renovables.

– Cambio climático: los elementos importantes de las emisiones de gases de efecto invernadero generados como resultado de las actividades de la empresa, incluido el uso de los bienes y servicios que

incluir, además de, entre otros aspectos, los «*procedimientos de diligencia debida aplicados para la identificación, evaluación, prevención y atenuación de riesgos e impactos significativos y de verificación y control, incluyendo qué*

---

produce; las medidas adoptadas para adaptarse a las consecuencias del cambio climático; las metas de reducción establecidas voluntariamente a medio y largo plazo para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y los medios implementados para tal fin.

– Protección de la biodiversidad: medidas tomadas para preservar o restaurar la biodiversidad; impactos causados por las actividades u operaciones en áreas protegidas.

II. Información sobre cuestiones sociales y relativas al personal:

– Empleo: número total y distribución de empleados por sexo, edad, país y clasificación profesional; número total y distribución de modalidades de contrato de trabajo, promedio anual de contratos indefinidos, de contratos temporales y de contratos a tiempo parcial por sexo, edad y clasificación profesional, número de despidos por sexo, edad y clasificación profesional; las remuneraciones medias y su evolución desagregados por sexo, edad y clasificación profesional o igual valor; brecha salarial, la remuneración de puestos de trabajo iguales o de media de la sociedad, la remuneración media de los consejeros y directivos, incluyendo la retribución variable, dietas, indemnizaciones, el pago a los sistemas de previsión de ahorro a largo plazo y cualquier otra percepción desagregada por sexo, implantación de políticas de desconexión laboral, empleados con discapacidad.

– Organización del trabajo: organización del tiempo de trabajo; número de horas de absentismo; medidas destinadas a facilitar el disfrute de la conciliación y fomentar el ejercicio corresponsable de estos por parte de ambos progenitores.

– Salud y seguridad: condiciones de salud y seguridad en el trabajo; accidentes de trabajo, en particular su frecuencia y gravedad, así como las enfermedades profesionales; desagregado por sexo.

– Relaciones sociales: organización del diálogo social, incluidos procedimientos para informar y consultar al personal y negociar con ellos; porcentaje de empleados cubiertos por convenio colectivo por país; el balance de los convenios colectivos, particularmente en el campo de la salud y la seguridad en el trabajo; mecanismos y procedimientos con los que cuenta la empresa para promover la implicación de los trabajadores en la gestión de la compañía, en términos de información, consulta y participación.

– Formación: las políticas implementadas en el campo de la formación; la cantidad total de horas de formación por categorías profesionales.

– Accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

– Igualdad: medidas adoptadas para promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres; planes de igualdad (Capítulo III de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), medidas adoptadas para promover el empleo, protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo, la integración y la accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la política contra todo tipo de discriminación y, en su caso, de gestión de la diversidad.

III. Información sobre el respeto de los derechos humanos: Aplicación de procedimientos de diligencia debida en materia de derechos humanos; prevención de los riesgos de vulneración de derechos humanos y, en su caso, medidas para mitigar, gestionar y reparar posibles abusos cometidos; denuncias por casos de vulneración de derechos humanos; promoción y cumplimiento de las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo relacionadas con el respeto por la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva; la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil.

IV. Información relativa a la lucha contra la corrupción y el soborno: medidas adoptadas para prevenir la corrupción y el soborno; medidas para luchar contra el blanqueo de capitales, aportaciones a fundaciones y entidades sin ánimo de lucro.

V. Información sobre la sociedad:

– Compromisos de la empresa con el desarrollo sostenible: el impacto de la actividad de la sociedad en el empleo y el desarrollo local; el impacto de la actividad de la sociedad en las poblaciones locales y en el territorio; las relaciones mantenidas con los actores de las comunidades locales y las modalidades del diálogo con estos; las acciones de asociación o patrocinio.

medidas se han adoptado» (aptdo. b), también una «*descripción del modelo de negocio del grupo, que incluirá su entorno empresarial, su organización y estructura, los mercados en los que opera, sus objetivos y estrategias, y los principales factores y tendencias que pueden afectar a su futura evolución*». Teniendo en cuenta que el tipo penal del artículo 290 CP no solamente se proyecta respecto de intereses intrasocietarios, sino también de los extrasocietarios, esta información no financiera también puede ser de un elevado interés económico para los terceros, como por ejemplo, los potenciales inversores que toman o se están pensando tomar una decisión empresarial. No parece que la contraposición entre información financiera e información no financiera sea la misma que la existente entre información económica y no económica. Es más, el concepto de lo que es la economía también está sufriendo una importante transformación a propósito de la toma en consideración por parte de los inversores (especialmente entidades financieras) de los denominados indicadores de sostenibilidad. En esta medida, se habla, por ejemplo, de la economía sostenible y de las finanzas sostenibles, como fórmulas para tratar de mejorar la transparencia y el acceso de información de los participantes en el mercado sobre el impacto social y medioambiental de la actividad empresarial [45]. En este ámbito, precisamente, se ubican las denominadas agencias de calificación de la sostenibilidad de los mercados financieros (o de *rating ASG*) que, basándose en criterios ambientales, sociales y de gobernanza (criterios ASG o ESG, en sus siglas en inglés), pretenden potenciar la inversión socialmente responsable. De ahí, también la aparición de los índices bursátiles de sostenibilidad [46]. Al igual que las auditorías sociales de *compliance*, una de las problemáticas a las que actualmente se enfrentan estas agencias calificadoras es la disparidad

– Subcontratación y proveedores: la inclusión en la política de compras de cuestiones sociales, de igualdad de género y ambientales; consideración en las relaciones con proveedores y subcontratistas de su responsabilidad social y ambiental; sistemas de supervisión y auditorías y resultados de las mismas.

– Consumidores: medidas para la salud y la seguridad de los consumidores; sistemas de reclamación, quejas recibidas y resolución de las mismas.

– Información fiscal: los beneficios obtenidos país por país; los impuestos sobre beneficios pagados y las subvenciones públicas recibidas.

Cualquier otra información que sea significativa».

[45] Esto, por ejemplo, es lo que sucede en el marco de los mercados financieros, *vid.* Alonso, A./Marqués, J. M., «Innovación financiera para una economía sostenible», *Documentos Ocasionales. Banco de España*, núm. 1916, 2019, pp. 10 ss.

[46] Como señalan Fernández Izquierdo, M. A./Muñoz Torres, M. J./Escrig Olmedo, E./Rivera Lirio, J. M./Ferrero Ferrero, I., «Las agencias de calificación de la sostenibilidad, impulsoras de la inversión socialmente responsable», *Boletín de Estudios Económicos*, núm. 224, 2018, las evaluaciones de la inversión socialmente responsable (ISR) que hacen las agencias de calificación también se utilizan para la elaboración de los índices bursátiles sostenibles. Así, por ejemplo, entre las agencias de *rating* más relevantes a nivel mundial mencionan a ROBECOSAM, cuyas evaluaciones sobre la sostenibilidad corporativa se tienen en cuenta para los índices de sostenibilidad Dow Jones, *vid.* pp. 371-372.

de criterios, escalas de valoración y metodologías a los efectos de evaluar la sostenibilidad de las empresas. En esta medida, y en aras de promover una cierta estandarización en los parámetros de sostenibilidad empresarial, surgen algunas iniciativas como la de 2011 con el *Global Initiative for Sustainability Ratings* (GISR) [47]. Con estas tendencias existentes en la economía globalizada, podría decirse que la información no financiera que se plasma en documentos como el informe de gestión de una sociedad podría ser tenida en cuenta para la toma de decisiones patrimoniales de alguno de los sujetos interesados en la información contable y, si eso es así, su inveracidad podría ser objeto del tipo penal del artículo 290 CP.

La segunda cuestión que se planteaba al inicio de este apartado es si la conducta del auditor de cuentas que emite un informe falso de auditoría puede subsumirse en el tipo del artículo 290 CP. Además de la definición del momento consumativo del delito, la cuestión de la posible intervención del auditor también se relaciona con otro elemento no exclusivamente de interés penal como es la difícil concreción de los deberes y obligaciones de los auditores, especialmente cuando se trata de supuestos de fraude [48]. Bien, en cuanto a lo primero, según entienden *Pastor Muñoz/Robles Planas*, en tanto que el delito de falsedad contable se basa tanto en el falseamiento como en la idoneidad para perjudicar intereses patrimoniales internos y externos a la sociedad, para la consumación del delito «no basta la elaboración de las cuentas inveraces, sino que ha de estar previsto que los destinatarios potenciales de dicho documento tengan acceso a aquellas. Esto último se concreta en la puesta de las cuentas a disposición de los socios para que, si así lo desean, puedan examinarlas desde la convocatoria de aquella Junta en que dichas cuentas se someterán a aprobación hasta su celebración efectiva» [49]. Bajo esta interpretación, en tanto que el auditor «emite su informe antes de la puesta a disposición de los socios de las cuentas anuales, se puede afirmar que la actividad de auditoría es previa a la consumación» [50]. En cuanto a la cuestión del título de intervención del auditor en el delito del artículo 290 CP, la consideración tradicional tanto

[47] Al respecto, Fernández Izquierdo/Muñoz Torres/Escrig Olmedo/Rivera Lirio/Ferrero Ferrero, *Boletín de Estudios Económicos*, núm. 224, 2018, pp. 382-383.

[48] Señalando esta cuestión, González-Cuéllar Serrano, N., «La responsabilidad de la auditoría por la falsedad contable: *de chivo expiatorio a cordero pascual*», *Diario La Ley*, núm. 10018, 2022, p. 2.

[49] *Vid.* Pastor Muñoz/Robles Planas, *Diario La Ley*, núm. 9977, 2021, pp. 6-7. De otra opinión es Nieto Martín, *en Derecho Penal Económico y de la Empresa*, considerando que, respecto de la falsedad de las cuentas anuales, el delito «se consuma cuando los administradores ponen a su disposición las cuentas ya firmadas». En este sentido, entiende que la conducta del auditor solamente podría ser constitutiva de participación si existía «un acuerdo previo acerca de esta aportación post-consumativa», pp. 723-724.

[50] Pastor Muñoz/Robles Planas, *Diario La Ley*, núm. 9977, 2021, p. 7.

de la doctrina como de la jurisprudencia penal ha sido la de excluir a los auditores de cuentas como posibles autores del delito de falsedad contable. Y ello, entendiendo el delito del artículo 290 CP es un delito especial y que solamente pueden cometerlos los que reúnan la condición de administradores de hecho o de derecho. En este sentido, y considerándolo un *extraneus*, la mayoría está de acuerdo en que su posible intervención en el delito se reconduce a las formas de participación. Ahora bien, para una parte de la doctrina, más que un delito especial de deber estamos ante un delito de posición. De este modo, lo importante no es realizar el delito de propia mano, sino que la conducta típica se realice desde la posición (jurídica o fáctica) de administrador. En este sentido, y si bien serán los casos más excepcionales, si es el auditor de cuentas el que instrumentaliza al administrador, entonces podría afirmarse la autoría de aquél por el delito contable [51]. Sin embargo, fuera de estos casos excepcionales, la mayoría de los supuestos en los que se plantea la responsabilidad del auditor son aquellos en los que este colabora, de una u otra forma, con el administrador de la sociedad.

A estos efectos, hay que tener en cuenta que ni el informe de auditoría de cuentas en sí mismo considerado, así como tampoco el informe de auditoría sobre el estado no financiero, forman parte de los documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad. El informe de auditoría de cuentas es un documento a través del cual se emite una opinión técnica sobre la veracidad de las cuentas, un mecanismo más de supervisión [52]. Ahora bien, el deber de veracidad sobre esas cuentas no recae en el auditor, sino en el administrador. Como señala la doctrina, el deber del auditor es un «deber de control de dicha veracidad» [53].

A propósito de las modificaciones de la Ley de Auditoría de cuentas introducidas con la Ley 11/2018, cabe señalar que el auditor de cuentas también tiene ciertas competencias con respecto a la verificación de la información no financiera. En este sentido, el artículo 5.1 de la Ley de Auditoría se refiere a los requisitos que deben reunir los informes de auditoría de cuentas. En concreto, uno de estos requisitos es que se incluya una «*opinión sobre la concordancia o no del informe de gestión con las cuentas correspondientes al mismo ejercicio, en el caso de que el citado informe de gestión acompañe a las cuentas anuales. Asimismo, se incluirá una opinión sobre si el contenido y presentación de dicho informe de gestión es conforme con lo requerido*

[51] En este sentido, Pastor Muñoz/Robles Planas, *Diario La Ley*, núm. 9977, 2021, pp. 6-7.

[52] *Vid.* Martínez Sanromà, O., «¿Es el auditor de cuentas un cómplice psíquico?», *La Ley Compliance Penal,* núm. 9, 2022, p. 3.

[53] Pastor Muñoz/Robles Planas, *Diario La Ley*, núm. 9977, 2021, p. 7.

por la normativa que resulte de aplicación, y se indicarán, en su caso, las incorrecciones materiales que se hubiesen detectado a este respecto» [art. 5.1 f)]. Ahora bien, después de mencionar este requisito, la Ley establece que esto no será de aplicación, entre otros, en «*el caso de auditorías de cuentas consolidadas de sociedades a que se refiere el artículo 49.5 del Código de Comercio y de cuentas anuales individuales de sociedades referidas en el artículo 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en relación con el estado de información no financiera mencionado en los citados artículos (...)*». En este caso, según lo que establece la ley, «*el auditor deberá comprobar* únicamente *que el citado estado de información no financiera se encuentre incluido en el informe de gestión*» y, en caso de que no se hubiese incluido, «*lo indicará en el informe de auditoría*». Por tanto, el papel del auditor de cuentas en el ámbito de la verificación de la información no financiera es todavía más limitado, pues solamente debe comprobar que se ha facilitado el estado de información no financiera, sin entrar a valorar la veracidad de su contenido. Esto es, ni siquiera se le exige que actúe como «detector de mentiras» [54], pues lo único a lo que la ley le obliga es a indicar si se ha incluido o no en el informe de gestión el estado de información no financiera. En esta medida, y desde la perspectiva del tipo penal del artículo 290 CP, se reducen todavía más las posibilidades de reconducir su inveracidad a un supuesto de contribución penalmente relevante en el delito contable. Y ello, en tanto la escasa relevancia de su inveracidad y, por tanto, de su contribución al injusto del delito del artículo 290 CP. La actividad aquí del auditor no es ni siquiera la de supervisar la veracidad de la información que se plasma en el estado de información financiera. En el marco del estado de información no financiera, no tiene que verificar si la información se corresponde con la documentación social que le haya facilitado el administrador. Su tarea aquí se trata, más bien, de corroborar la existencia del estado de la información no financiera. Por tanto, creo que en el ámbito del tipo penal objeto de referencia, ni siquiera tiene sentido plantearse si respecto del estado de información no financiera el auditor de cuentas tiene más bien una posición de garantía que le obliga a velar por los intereses de los operadores económicos o si, más

[54] Utilizando este equivalente, Pastor Muñoz/Robles Planas, *Diario La Ley*, núm. 9977, 2021, en tanto entienden que, al igual que un detector de mentiras «examina los posibles 'síntomas' de una persona miente, pero no tiene acceso a su mente ni, por tanto, puede afirmar con certeza si el examinado dice o no la verdad, el auditor debe atender a los síntomas de posibles inveracidades de las cuentas, pero no tiene acceso a la realidad material que le permitiría pronunciarse con seguridad sobre dicha veracidad», p. 7.

bien, se trata de una posición que le implica la evitación de los delitos que se cometan a través de la sociedad [55].

Así las cosas, y pese a la existencia de esta nueva regulación jurídica extrapenal que apunta hacia la ampliación del objeto del delito, la relevancia jurídico-penal de la actuación del auditor de cuentas en relación con el delito del artículo 290 CP y el estado de información no financiera va a seguir siendo escasa. Esto hace que, de nuevo, la comprobación acerca de la verificación de la idoneidad o adecuación de aquello que se plasma en el estado de información financiera siga estando en manos de otra clase de auditores, a los que ni siquiera se les puede atribuir una función cuasi-pública. Vayamos con el análisis de este otro escenario.

4.3.3 **Segundo escenario: Las auditorías sobre el impacto de los derechos humanos en relación con la cadena de suministros**

En el marco de los sistemas de *compliance* que atienden también a los derechos humanos, las medidas de diligencia debida que se adopten se enfocan tanto a la evitación de la causación de efectos adversos en los derechos humanos respecto de las propias operaciones, como a la evitación de la causación o contribución a esa causación a través de las operaciones comerciales que se mantienen con terceros, como son las sociedades filiales o los proveedores. En este último sentido, se hace referencia a la diligencia debida en relación con las cadenas de suministro. Según *Ambos*, también respecto de este ámbito las empresas tendrían un deber de cuidado en materia de derechos humanos [56].

---

[55] Sobre esta cuestión, Pastor Muñoz/Robles Planas, *Diario La Ley*, núm. 9977, 2021, p. 9. Según estos autores, el auditor de cuentas, «a diferencia del administrador, no es competente (no es garante) de la veracidad de la información que emana de la sociedad auditada. No tiene, en cuanto auditor, un deber negativo de no lesionar los intereses de los socios o de terceros (...). Ocurre que este es un deber positivo, que recibe por delegación del Estado (que es quien primariamente debe instaurar un sistema de verificación de la información societaria) y recae sobre el auditor en tanto sujeto con funciones *cuasi-públicas* en el que socios y terceros pueden confiar. Pero en la medida en que se trata de un deber especial de impedir que circule en el mercado información económica falsa sobre las empresas, para que su infracción dé lugar a responsabilidad penal, es necesario que esté expresamente tipificada, lo que hasta la fecha -a diferencia de Alemania– no sucede en España», p. 10.

[56] En este sentido, Ambos, K., «¿Complicidad en crímenes internacionales mediante suministros (legales) de armas? Una contribución a los problemas de imputación en el marco de las cadenas de suministro», *Polít. Criminal,* vol. 16, núm. 31, 2021, señala que del Derecho internacional *soft law*, refiriéndose en concreto tanto a las Líneas Directrices de la OCDE para empresas Multinacionales como a los Principios Rectores de la ONU, «se puede partir de un *deber de cuidado en materia de derechos humanos (due diligence)* que –de manera simplificada– impone a las empresas que se encarguen de no intervenir en graves violaciones a los derechos humanos o crímenes internacionales», p. 367.

Esta dimensión interempresarial de la debida diligencia se puede relacionar con una nueva dimensión de los deberes de vigilancia, control o supervisión empresariales. Y es que, con base en ella, ya no se trata de definir cuáles son los criterios de imputación existentes para atribuir responsabilidad penal al superior que no controla la conducta del subordinado –relaciones verticales– o, incluso, a si existe un deber de vigilancia entre los miembros de un mismo órgano –como es el caso de los miembros del Consejo de Administración de una empresa–[57]. Más bien, el análisis ahora se refiere a si pueden existir esos criterios de imputación cuando las obligaciones de vigilancia o control se plantean en relaciones horizontales –o, cuando menos, apartadas de la clásica relación superior-subordinado– en el marco de actividades empresariales interdependientes, en cada una de las cuales existen sujetos garantes o competentes de la gestión de su propia actividad empresarial. El reconocimiento a través de diferentes mecanismos *soft law* del Derecho internacional de derechos humanos y también de algunas regulaciones jurídicas –como es el caso de la francesa, la alemana[58] y la suiza– de la debida diligencia respecto de la actividad de los agentes que intervienen en la cadena de suministro parece eliminar el clásico principio de confianza que rige en las relaciones horizontales entre sujetos autorresponsables. Esto, desde luego, acarreará importantes consecuencias en la dogmática de los delitos de omisión.

Sin perjuicio de que las auditorías se puedan efectuar respecto de la diligencia que se adopta en el marco de las propias operaciones, aquí se presta atención a las auditorías externas que se llevan a cabo, por encargo de la organización principal, respecto de la actividad, servicio u operación de un tercero que, de forma más o menos directa, se relaciona con o la actividad de la organización principal. Precisamente, el término de auditoría social surge para referirse a aquellas auditorías que se realizan para verificar el cumplimiento con los que sean los estándares en materia de derechos humanos en las cadenas de suministro. Según se apunta, el inicio de la realización de auditorías respecto de las condiciones sociales y ambientales de la actividad de terceros tiene lugar en la década de los ochenta, sufriendo un gran auge en los noventa, a propósito de la actividad que se desarrollaba en las fábricas de los proveedores. Con el aumento de la fabricación en el extranjero y, especialmente, en territo-

[57] Al respecto, Silva Sánchez, J. M., «Deberes de los miembros de un Consejo de Administración (a propósito de la STS español, 2.ª, 234/2010, de 11 de marzo», *Responsabilidad Penal de Autoridades, Directores y Asesores en Empresas*, Sucre, 2016, pp. 47-51.

[58] Sobre algunas características de esta regulación, Ambos, K., «Responsabilidad de empresas transnacionales por sus cadenas de suministro: la nueva legislación alemana», https://almacendederecho.org/responsabilidad-de-empresas-transnacionales-por-sus-cadenas-de-suministro-la-nueva-legislacion-alemana, 2021.

rios de economías emergentes, las auditorías se constituyeron como un medio idóneo tanto para tranquilizar a los inversores como para proteger la reputación de las empresas que las encargaban [59]. Asimismo, ya desde sus inicios, la tarea de la auditoría ha estado en manos de empresas privadas y, con ello, ha estado sujeta a ciertas limitaciones en la consecución de sus funciones. Así, más allá de la problemática referida a la cuestionable independencia de las auditorías frente a la empresa que las contrata y las remunera, se apunta a otro tipo de aspectos que juegan en detrimento de su eficacia en materia de *compliance*. Al respecto, cabe mencionar la carencia de poderes de los auditores durante la verificación a los efectos, por ejemplo, de exigir a los responsables de las fábricas o empresas que auditan que abran puertas o cajones cerrados con llave o, también, su inexistente capacidad para proteger a los trabajadores que colaboren con ellas frente a posibles represalias. Ahora bien, según los resultados de algunas investigaciones, «los obstáculos más importantes para la eficacia de las auditorías no son técnicos, sino políticos, es decir, el poder y el control desproporcionados que las empresas ejercen sobre la vía, el calendario y la realización de las auditorías. Aunque los auditores suelen presentarse como independientes, en realidad las grandes firmas les dan instrucciones estrictas sobre cuándo, dónde y cómo auditar. Las empresas que encargan las auditorías tienen plena discreción sobre la profundidad de la cadena de suministro a la que llegará la auditoría» [60]. Es más, la propias grandes firmas de auditoría marcan las pautas de lo que deben hacer los profesionales que se dedican a esta función, de cómo debe llevarla a cabo y de cuánto deben cobrar [61]. En efecto, la inexistencia de una normativa jurídica vinculante que concrete de manera específica tanto el alcance, como la metodología y las competencias de aquellos que realizan las auditorías sociales, deja el paso abierto a la dispersión y, por ende, a la inseguridad jurídica respecto de su tratamiento. Con todo ello, se apunta a que, en realidad, las auditorías sociales son, hoy por hoy, herramientas muy limitadas que, en el mejor de los casos, solamente ofrecen resultados superficiales y a corto plazo pero a través de las cuales no se pueden detectar ni abordar las violaciones más graves de los derechos humanos [62]. Y, en esta medida, se hace necesario que las empresas utilicen más me-

[59] *Vid.* LeBaron/Lister/Dauvergne, *Globalizations*, 2017, p. 962.

[60] *Vid.* LeBaron/Lister/Dauvergne, *Globalizations*, 2017, pp. 962-963, p. 968.

[61] Sobre ello, y a propósito del papel de la gran auditora PricewaterhouseCoopers, O'Rourke, «Monitoring the monitors: A critique of PricewaterhouseCoopers (PwC) labor monitoring (White paper)», 2014, http://www.daraorourke.com/.

[62] Nolan/Frischling, en *Research Handbook on Human Rights and Business*, p. 121. Como señalan estas autoras, entre los aspectos que explican el fracaso de las auditorías sociales como mecanismos eficaces en la prevención de los impactos adversos de los derechos humanos, se señalan, entre otros, los

canismos para la detección del clima de la debida diligencia en materia de derechos humanos en las cadenas de suministro.

Con todo, en este trabajo, y si bien son muchas las variables que se suscitan, para el análisis de la posible trascendencia jurídico-penal de las auditorías sobre las cadenas de suministro propongo tener en consideración el siguiente escenario. A saber: Una gran empresa europea encarga a un verificador independiente que realice una auditoría a una tercera empresa con la que aún no se ha formalizado ninguna relación comercial, esto es, lo que podríamos denominar como una auditoría de prevención en materia de diligencia debida frente a terceros. Los ingredientes para la receta jurídico-penal podrían ser los siguientes: 1) delito que afecta a los derechos humanos; 2) emisión de un informe de auditoría inveraz de manera dolosa; 3) intervención del auditor antes del inicio de la tentativa del delito por parte del auditado; 4) comisión delictiva por parte de la empresa auditada, sin tratarse de un crimen internacional.

A los efectos de visualizarlo un poco más, cabe partir del siguiente supuesto hipotético: La empresa española X quiere contratar a la empresa maderera brasileña H el suministro estable de materia prima (madera tropical) para, de este modo, poder incorporarla en la elaboración de los productos que vende X, esto es, lámparas de mesa de alto *standing* con pie de madera. No toda la madera que utiliza X es madera tropical, pero quiere abrir una nueva línea de productos y, para ello, incorporar la madera de ipé o lapacho. La exportación e importación de esta clase de productos es una actividad lícita y el objeto social de la empresa maderera H también es lícito. Ahora bien, antes de formalizar el contrato, X le encarga a la empresa auditora M (también empresa española) una auditoría en materia de diligencia debida que verifique si en los procedimientos de tala y almacenaje que lleva a cabo H, esta respeta los derechos humanos de sus trabajadores. A partir de aquí, pongámonos en el peor de los escenarios: la empresa auditora M, acude a las instalaciones de H, solicita información a los *managers* y otros trabajadores de la empresa, visita la fábrica de H y, sobre la base de la verificación de toda la información a la que tiene acceso y de la regulación local, detecta una irregularidad respecto de uno de los procedimientos analizados de H –en concreto, que existen indicadores que para la tala y almacenaje de la madera no cumple con todas las medidas labo-

siguientes: el formato de las auditorías es superficial, tienden a realizarse como un breve ejercicio de checklist; se hacen en el transcurso de unos pocos días, a intervalos de uno o dos años; se suelen ignorar los problemas y las causas subyacentes, y los resultados, en el mejor de los casos, sólo reflejan una instantánea en el tiempo; los trabajadores y otras partes interesadas no tienden a participar en los procesos de auditoría; solamente suelen realizarse sobre los proveedores de primer nivel y no sobre el resto de los agentes de la cadena de suministros, etc., *vid.* pp. 121-123.

rales exigibles– y, sin embargo, en su informe omite dolosamente poner de manifiesto este aspecto de no-cumplimiento. Como consecuencia de ello, la empresa X no adopta ninguna otra acción específica para prevenir o mitigar los efectos adversos en materia de derechos humanos en relación con la empresa H y, asimismo, la contrata. Tras el establecimiento de la relación comercial entre X y H, los miembros de esta última cometen graves infracciones con los derechos humanos (p. ej. explotación infantil) y contra el medio ambiente.

A los efectos de abordar el posible tratamiento de este supuesto, cabe tener en cuenta, en primer lugar, que los delitos contra los derechos humanos se han cometido o se van a cometer de manera principal por parte y a propósito de la actividad empresarial de H, la empresa proveedora con un objeto social lícito. Aquí nos apartamos, por tanto, del ámbito de las organizaciones criminales. Siguiendo la posible clasificación de los diferentes *modus operandi* para la violación empresarial de derechos humanos a la que se refiere *Muñoz de Morales*, estaríamos en el siguiente escenario: «La empresa se abastece de productos de proveedores que cometen abusos de los derechos humanos o se beneficia indirectamente de la violación de derechos humanos cometidos por otros» [63]. En este sentido, si tratamos de trasladarlo al lenguaje de las estructuras de intervención en el delito, parece que la responsabilidad a título de autoría la atraerían los miembros de la empresa proveedora, mientras que el título de intervención de los miembros de la empresa cliente se ubicarían, a lo sumo, en el plano de la participación.

Desde luego, en este supuesto hipotético no solamente es relevante qué tratamiento jurídico-dogmático le otorgamos a la conducta del auditor, sino también a la de la empresa española (y sus miembros) que contrata con la empresa brasileña [64]. Ahora bien, con base en el que es el objeto de este traba-

[63] Muñoz de Morales, *Polít. Crim.*, vol. 15, núm. 30, 2020, pp. 951-952.

[64] Precisamente, respecto de la posible relevancia penal de su relación comercial con la empresa maderera, aun podrían plantearse algunas variantes del caso: a) una vez que X ya ha fabricado y comercializado sus lámparas con madera de ipé proveída por H, desde X se descubre que desde la empresa H, y a los efectos de conseguir esa clase de madera tropical de alta calidad para proveer a la empresa española, se han cometido graves infracciones en materia de derechos humanos (explotación infantil) y contra el medio ambiente; b) antes de que X comercialice sus lámparas con madera de ipé proveída por H, desde X se descubre que desde la empresa H, y a los efectos de conseguir esa clase de madera tropical de alta calidad para proveer a la empresa española, se han cometido graves violaciones de derechos humanos (explotación infantil) y del medio ambiente. Pese a disponer de este conocimiento actualizado, X igualmente decide comercializar sus productos. c) antes de que X comercialice sus lámparas con madera de ipé proveída por H, desde X se descubre que desde la empresa H, y a los efectos de conseguir esa clase de madera tropical de alta calidad para proveer a la empresa española, que va a cometer o que se está cometiendo una grave violación de derechos humanos (explotación infantil) y del medio ambiente a partir de la actividad de la empresa H. Pese a disponer de este conocimiento actualizado, X continúa su actividad y comercializa tal y como previsto sus lámparas. En todas estas variables, a su vez, tendríamos que distinguir dos planos: el de los criterios de imputación penal a personas físicas y el de la atribución a personas jurídicas.

jo, nos centraremos en la conducta del auditor. A estos, cabe señalar que su comportamiento objeto de valoración es el suministro un informe falso de auditoría y, precisamente, el riesgo sobre el que ha sido inveraz es el mismo que el que posteriormente se materializa en el delito que comete desde H. Además, conviene tener en cuenta que el destinatario de esta información inveraz no es el sujeto que directamente comete el delito, sino un tercero con el que aquel mantiene o va a mantener una relación comercial. Aun así, la cuestión es si no declarando dolosamente [65] en su informe esa irregularidad que posteriormente se materializa en un delito, el auditor está contribuyendo o reforzando la conducta delictiva del autor. En aras del análisis de esta situación, cabe recordar que, como señalan *McCorquodale/Nolan,* la auditoría social «es un proceso mediante el cual una empresa verifica el cumplimiento de las normas de derechos humanos por parte de los proveedores» [66]. Y este proceso de auditoría se lleva a cabo, por lo general, por auditores privados contratados por una empresa que quiere auditar si los procedimientos de otra se ajustan a las pautas de conducta a los que aquella se vincula. Si la conducta que tomamos en consideración para su análisis jurídico-penal es el suministro de información, más que centrarnos en las características del tipo subjetivo, sería conveniente atender a si la configuración objetiva de la conducta del auditor (asesoramiento defectuoso) se mantiene en la neutralidad de la relación profesional o si, por el contrario, esa inveracidad supone la reorganización de su conducta hacia el sentido delictivo de la conducta del auditado. Bien, en el supuesto hipotético arriba descrito, el auditor ni proporciona información sobre lo que está prohibido o no por el Derecho, ni sobre las diversas alternativas de actuación fáctica, ni tampoco emite un consejo respecto de lo que puede o no puede hacer para evitar consecuencias jurídicas [67]. Lo que hace el auditor ocultando la detección de esa irregularidad es emitir una opinión técnica defectuosa que, en el peor de los casos, puede generar un error de tipo o un error de prohibición a su asesorado, esto es, la empresa X. De este modo, si a la empresa X o alguno de sus miembros podemos llegar a atribuirle responsabilidad penal por la no evitación del delito de su proveedor, entonces es cuando podría empezar a plantearnos si también al auditor le podemos atribuir responsabilidad penal a título de partícipe.

---

[65] Conviene precisar que el dolo del auditor no es respecto del delito de explotación infantil, sino respecto de la falsedad del informe.

[66] Así, McCorquodale/Nolan, *Netherlands International Law Review*, 2021, p. 468.

[67] Sobre estas distintas situaciones y su tratamiento jurídico en el marco de la problemática de los asesores fiscales, Silva Sánchez, J. M., «La responsabilidad penal de los asesores fiscales», *Responsabilidad Penal de Autoridades, Directores y Asesores en Empresas*, Sucre, 2016, pp. 155-158.

Sin perjuicio de la tendencia generalizada de las empresas multinacionales a recurrir a las auditorías sociales, no debe olvidarse que la auditoría «está diseñada para centrarse en la información que representa los síntomas, más que en la causa raíz del problema y, por lo tanto, aunque puede ser un método para recopilar información para la debida diligencia en derechos humanos, no debería ser el medio principal para aplicar la debida diligencia en derechos humanos» [68]. De ello se extraen consideraciones muy relevantes. A saber: por un lado, la necesidad de distinguir la función de auditoría de la función de gestión de la actividad auditada; y, por otro lado, que la debida diligencia empresarial no es algo que se pueda tachar de la lista recurriendo simplemente a los servicios de auditoría. Esto es, aunque los resultados de una auditoría pueden ser relevantes como medida para la colaboración del control de riesgos, el cumplimiento de la diligencia debida no es equivalente a la realización de una auditoría social, sino que aquel es más amplio. En este sentido, creo que si nos mantenemos en el marco de las auditorías privadas, resulta muy complicado fundamentar una posición de garantía (ni institucional, ni organizativa) respecto de la evitación de los delitos contra los derechos humanos que cometen terceras empresas. Así las cosas, actualmente, la posible responsabilidad penal del auditor social parece que, a lo sumo, se podría reconducir a una infracción de un deber de solidaridad. Ahora bien, de nuevo, y más allá de las opciones que nos ofrezcan las legislaciones nacionales, si bien la propuesta de Directiva dedica su artículo 9 al establecimiento de procedimientos de denuncia, no se prevé ningún tipo de consecuencia jurídica por el incumplimiento del deber de denuncia.

4.3.4 **Tercer escenario: Auditorías-certificaciones sobre sistemas de *compliance* con base en normas técnicas internacionales**

En este tercer escenario nos interesa abordar la cuestión de si la concesión de un certificado de *compliance* falso es una conducta constitutiva de un delito de falsedad documental. No estamos, por tanto, en el terreno de una auditoría de prevención previa a la realización de una actividad sino, más bien, en el de una auditoría de seguimiento que pretende confirmar que una

[68] McCorquodale/Nolan, *Netherlands International Law Review*, 2021, p. 468. Además, estos autores señalan que, «cada vez hay más pruebas que indican que la auditoría social es, en sí misma, una herramienta ineficaz para conseguir mejoras significativas y coherentes en materia de derechos humanos», p. 468.

actividad se ha desarrollado de forma ajusta a un determinado parámetro de actuación.

Para poder resolver la cuestión que aquí se plantea, hay que delimitar previamente cuál es la naturaleza del documento que se emite. Como se ha señalado, el auditor-certificador (o la entidad certificadora en la que se inscribe) en *compliance* es un sujeto privado cuya función, en lo que aquí interesa, la realiza también para un sujeto privado. En esta medida, aunque el auditor-certificador constate una serie de hechos en un informe de auditoría al que le sigue una decisión de certificación, ello no tiene directamente una relevancia de interés general sino que su interés se proyecta directamente sobre una concreta actividad mercantil [69]. También hay que tener en cuenta que pese a que la certificación se lleve a cabo a través de una entidad acreditada, ello no significa que estemos ante particulares habilitados por imperativo de la ley a realizar determinadas funciones de índole pública. Por ello, se descarta que los documentos que emitan los certificadores en *compliance* puedan considerarse documentos públicos u oficiales y, por tanto, el tipo penal del artículo 392 CP no sería de aplicación [70]. Asimismo, y con base en una interpretación restrictiva del documento mercantil incluido en este mismo artículo 392 CP –entendiendo que la equiparación legal con los documentos públicos y oficiales, requiere atender solamente a documentos mercantiles rodeados de cierta solemnidad y ejecutoriedad [71]–, tampoco sería aplicable este tipo penal para el caso de las certificaciones en *compliance* falsas. Pese a la denominación del documento, también debe descartarse la aplicación del tipo del artículo 397 CP (falsificación de certificado médico) y, con base a lo señalado anteriormente, también del tipo del artículo 399.1 CP (falsificación de certificado público u oficial).

Así las cosas, parece que el tipo penal que, a lo sumo, resultaría aplicable es el delito de falsedad de documentos privados del artículo 395 CP lo que, entre otros aspectos, requeriría vincular la falsedad con alguna de las tres primeras modalidades previstas en el artículo 390.1 CP, excluyéndose el castigo

---

[69] Apuntando a esta distinción a los efectos de limitar la equiparación del legislador penal en el artículo 392 CP, Queralt Jiménez, J., *Derecho penal español. Parte especial,* 7.ª ed., 2015, p. 722.

[70] Sobre las características que deben reunir esta clase de documentos, subrayando cuál sea el origen de estos documentos como un elemento clave de interpretación, Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte especial,* 7.ª ed., pp. 717 ss., p. 721, p. 737. Además, en tanto que estos sujetos no ostentan la condición de funcionario público y sus decisiones no resuelven sobre un asunto administrativo, su posible responsabilidad penal por un delito de prevaricación administrativa también debería excluirse.

[71] Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte especial,* 7.ª ed., pp. 722-724. También sobre esta interpretación más estricta, Silva Sánchez, J. M., «Tema 15. Las falsedades documentales», en Silva Sánchez (Dir.)/Ragues i Vallès (Coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial,* 9.ª ed., Barcelona (Atelier), 2023, pp. 375 ss.

en los casos de mentira escrita [72]. En cuanto a la posibilidad de generar responsabilidad penal para la entidad certificadora como persona jurídica, está claro que en el ordenamiento jurídico-penal español actual la comisión de un delito de falsedad documental no podría generarla. Sin embargo, y con base en la consideración de esta falsedad documental como un delito instrumental, debería analizarse si aquella se podría cometer en concurso con, por ejemplo, un delito de estafa contra la empresa auditada. En este escenario, sí podría plantearse, en caso de concurrir los requisitos del artículo 31 *bis* CP, la posible responsabilidad penal también de la entidad certificadora [73].

En segundo lugar, cabe reflexionar sobre el siguiente supuesto hipotético: el auditor-certificador concede dolosamente una certificación de conformidad a una empresa que, no obstante, no ha estructurado correctamente su sistema de gestión de *compliance* con base en el parámetro técnico que sirve de base al proceso de certificación [74]. Así las cosas, la empresa que ha sido auditada continúa desarrollando su actividad sin un sistema adecuado a los estándares internacionales de *compliance* y, además, sucede que uno de sus miembros comete un delito relacionado con la no evitación de uno de los riesgos cuya gestión se debía abarcar conforme a este parámetro de *compliance*. Con ello, la cuestión es si cabe plantearse algún tipo de responsabilidad penal del certificador por la no evitación de este delito cometido a partir de la empresa auditada.

De nuevo, hay que señalar que, aunque la función del auditor-certificador se vincule con ciertas facultades de control, estas no se fundamentan por su pertenencia a la organización auditada. Se trata de una tercera parte, un profesional externo, que ha recibido un encargo de un cliente y no, a mi jui-

[72] Atendiendo a los diferentes momentos del proceso de certificación, cabe imaginar diferentes modalidades de conductas falsarias. Ahora bien, si nos centramos en el momento de la decisión de certificación falsa –esto es, se concede la certificación cuando no se reunían los requisitos– parece que la relevancia penal de la conducta falsaria se sustentará en o bien en una actuación consistente en la alteración de alguno de los elementos del informe de auditoría previo –como podría ser una no conformidad sobre algún elemento auditado– o bien en la invención de una parte de ese documento. Estaremos, por tanto, ante supuestos de falsedades materiales.

[73] Una reciente resolución jurisprudencial sobre un escenario delictivo con ciertas similitudes con el aquí descrito es la SAN, de 6 de octubre de 2020 (ponente González Pastor), sobre el denominado «caso Pescanova». En concreto, además de a distintos miembros de Pescanova, la AN también condena al auditor de cuentas de la entidad y, a su vez, a la empresa auditora de la que este último era miembro. Sobre ello, *vid.* Montaner Fernández, R. ««Con controles y a lo loco»: la relevancia penal de la infracción de las funciones de auditoría. *Comentario a la Sentencia Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Secc. 4.ª, núm. 14/20, de 6 de octubre de 2020 (Caso Pescanova)*», *InDret. Revista Crítica de Jurisprudencia Penal,* 1/2021.

[74] Por ejemplo, siendo relevantes en el marco de los derechos humanos y la sostenibilidad: ISO 37001 sobre Sistemas de Gestión Antisoborno; ISO 45001 de Seguridad y Salud en el Trabajo; ISO 14001 sobre Sistemas Gestión Ambiental; o ISO 50001 sobre Gestión de la Eficacia Energética.

cio, una delegación de funciones de supervisión. En esta medida, entiendo que la titularidad sobre el riesgo materializado en un delito no es del auditor-certificador [75]. A mi modo de ver, esto descarta la posibilidad de atribuirle responsabilidad como autor en comisión por omisión por no haber evitado aquel delito. Ahora bien, aún es necesario plantearse si la emisión de una certificación falsa, en tanto la organización no reúne los requisitos que ameritan la obtención de la concreta certificación, podría entenderse como una colaboración en la no evitación del delito, pongamos como ejemplo, de un delito de corrupción. A estos efectos, cabe traer a colación qué significa la existencia de una certificación, por ejemplo con base en la ISO 37001 sobre antisoborno, en la que también se incorpora la necesidad de atender a la cuestiones sociales, culturales y ambientales que rodean el contexto de la actividad empresarial. Pues bien, cuando una empresa obtiene esta certificación se constata que la organización en cuestión ha implantado medidas razonables y proporcionales para evitar la corrupción y, entre ellas, cabe mencionar las siguientes: que existe liderazgo de alto nivel (*tone from the top*); que la función de cumplimiento también se extiende a los riesgos de corrupción; que se realizan procesos de capacitación y formación; que se identifican y se evalúan los riesgos; que se adoptan medidas de debida diligencia internas y externas; que existen controles financieros y controles no financieros; que se realizan auditorías internas; etc. En esta medida, y si bien sería necesario atender al concreto historial en materia de *compliance* de la empresa auditada, parece que esa opinión técnica e independiente que está detrás de la concesión de una certificación acreditada podría incidir en la propia diligencia de la empresa en relación con la evitación de riesgos penales (o gestión general de riesgos delictivos), pero no respecto de la evitación del concreto hecho delictivo (o gestión concreta de riesgos delictivos).

El certificador no es ni el sujeto con competencias para identificar los riesgos delictivos específicos de la actividad empresarial, ni tampoco el (principal) competente de los ámbitos de riesgo empresarial. Por el contrario, el certificador es simplemente el sujeto que constata de forma auxiliar si

[75] Siguiendo la terminología que utiliza Robles Planas, R., «Capítulo 12. El responsable de cumplimiento (*compliance officer)* ante el Derecho penal», en Silva Sánchez, J. M. (Dir.)/Montaner Fernández, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa y* compliance*,* Barcelona (Atelier), 2013, el auditor-certificador, igual que el *compliance officer*, no asumiría de forma originaria un deber de impedir que se cometan delitos en la empresa auditada, *vid.* p. 321. Es más, tampoco asumiría este deber de forma delegada, pues el auditor-certificador tampoco recibe por delegación los deberes que le competerían a la dirección de la empresa auditada. Se trata, simplemente, de un encargo que se hace a un profesional externo y que, a lo sumo, con la información que proporciona, auxilia de una manera secundaria al auxiliado.

concurren o no los elementos de un estándar técnico respecto de un sistema de gestión ya adoptado e implantado por el órgano de administración de la empresa auditada. Así las cosas, su actuación de colaboración en la no evitación del delito de empresa se relaciona simplemente con el mantenimiento de un posible escenario de peligro de producción de riesgos delictivos, no con la realización de una concreta conducta delictiva. En otras palabras, la certificación en *compliance* es un instrumento auxiliar o residual que puede servir de apoyo en la tarea del que, a su vez, tenga la competencia de supervisar (garante secundario) la actividad del titular del riesgo delictivo (garante primario). Por ello, y en tanto no se le puede «imputar objetivamente el acontecer típico» [76], no creo que quepa atribuirle responsabilidad, ni siquiera como partícipe, por la no evitación del delito concreto cometido a través de la actividad empresarial auditada [77].

4.4 REFLEXIONES FINALES

En el ordenamiento jurídico español, a diferencia de otros ordenamientos europeos, no existe norma jurídica en la que se atienda de manera específica a las obligaciones de debida diligencia de las empresas en el marco de sus relaciones empresariales internacionales y, en especial, respecto de la actuación de sus filiales y de los proveedores ubicados en países con economías en desarrollo. Sin embargo, ello no significa que no se esté intentando avanzar en la línea de la toma en consideración de los derechos humanos en la gestión empresarial. Además de la mencionada Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se incorporan importantes modificaciones en textos jurídicos societarios, los programas de *compliance* son, otra vez, también una vía para fomentar este necesario cambio en la orientación de la gestión de los riesgos. Aun así, y en lo que se refiere a las posibles consecuencias jurídicas por la infracción de esa debida diligencia empresarial, seguimos estando en un ámbito propio de la autorregulación normativa.

La función de auditoría en *compliance* de derechos humanos –y las auditorías sociales– encaja en la lógica de la autorregulación normativa empresarial. Sin que esta función cuente, de momento, con una regulación jurídico-

[76] *Vid.* Robles Planas, en *Criminalidad de empresa y* compliance, pp. 327-328.

[77] Otra cuestión es que pudiese plantearse su responsabilidad por otras figuras, como por ejemplo, una receptación o un encubrimiento o, incluso, por posibles hechos posteriores conexos. Sin embargo, el planteamiento de su posible responsabilidad en todos estos escenarios alternativos requiere una reflexión más profunda que en este trabajo no puede efectuarse.

pública, y sin que los sujetos que la ejecutan adquieran un estatus público o cuasi-público, es inevitable señalar que se trata de un terreno sujeto a una fuerte dispersión y a una modulación acorde a los intereses privados. Que en la propuesta de Directiva de debida diligencia se aluda en diversas ocasiones las auditorías o verificaciones de terceros independientes implica que, sin duda, se pretende otorgar oficialmente protagonismo a esta función en el marco de la evitación de los impactos adversos para los derechos humanos y el medio ambiente. Aunque este objetivo se visualice todavía en un largo sendero, tanto las tendencias regulatorias internacionales (también las jurídicas) como la realidad de los graves impactos de la actividad de algunas empresas transnacionales en los derechos humanos, aconsejan que también los penalistas nos planteemos la posible trascendencia penal de la incorrecta realización de una auditoría social o ética.

Los escenarios de análisis que aquí se han propuesto, revelan lo complejo que es reconducir, atendiendo a la regulación actual y a la dogmática jurídico-penal, la actuación de los auditores en *compliance* a un comportamiento penalmente relevante. Mientras que no exista una clara definición de la naturaleza de esta clase de auditorías y de las competencias y obligaciones de los sujetos que las desarrollan, va a ser difícil delimitar su relevancia jurídico-penal. Como se ha señalado a lo largo del trabajo, la realización de una auditoría social no equivale al cumplimiento, sin más, de la debida diligencia por parte de la empresa que encarga esa auditoría. En esta medida, la auditoría social no puede verse sino como una de las medidas, juntamente con otras, a través de las cuales una empresa puede llegar a ser diligente de conformidad con los parámetros internacionalmente establecidos. Y, como señala la doctrina, la debida diligencia en derechos humanos «debe ser un proceso holístico y continuo que vaya más allá de las auditorías en el lugar de trabajo» [78]. Por ello, aunque la auditoría social sea una función que, si se realiza correcta o incorrectamente, incide en el desarrollo de la gestión de los riesgos empresariales, esta es una competencia que sigue estando en manos de los titulares principales de esos riesgos. Por tanto, parece que el papel de las auditorías en *compliance* que desarrollan sujetos privados para sujetos también privados, va a seguir estando en el plano de una herramienta auxiliar y no suficiente para lograr el cumplimiento ético y normativo.

También cabe poner de manifiesto que, aunque las posibilidades de reconducir la emisión de una certificación falsa a una conducta penalmente relevante sean también difíciles, no cabe menospreciar el papel que están teniendo

[78] McCorquodale/Nolan, *Netherlands International Law Review*, 2021, p. 475.

y que van a tener las empresas certificadores en la delimitación de los espacios de riesgo permitido empresarial. Si las certificadoras se postulan como organismos que, cuando menos, emiten una opinión técnica cualificada sobre algún aspecto del *compliance* empresarial, su papel puede llegar a ser trascendental en la delimitación de la conducta debida. En esta medida, y para evitar supuestos de impunidad por una especie de organización desorganizada, sería necesario regular estos organismos como entidades públicas que llevan a cabo funciones de interés público.

5. LOS COMPORTAMIENTOS NEUTRALES: LA NECESARIA REVISIÓN DEL *BUSINESS AS USUAL*

Mónica de la Cuerda Martín*
Universidad de Castilla-La Mancha

5.1 INTRODUCCIÓN

Los siempre cuestionados y debatidos comportamientos neutrales deben ser entendidos como aquellos actos que, situados en el límite mínimo de la intervención punible, se insertan en el ejercicio de un rol social, como es el profesional, y suponen una contribución penalmente relevante a un hecho delictivo cometido por un tercero en calidad de autor.

Existe un intenso debate sobre el contenido y alcance de este tipo de actos, por ello, partiéndose de un supuesto de hecho claro como es el referente al tráfico de armas o, más genéricamente, material de defensa, por parte de empresas multinacionales españolas, se tratará de discernir si con estas actuaciones se están realizando comportamientos penalmente relevantes por su capacidad para afectar a los Derechos Humanos, o si por el contrato se trata de comportamientos neutrales y, por extensión, negocios estándar.

No cabe duda de que España es una potencia mundial en la venta de este tipo de bienes. Venta que se realiza no solo a países de la Unión Europea o de la OTAN, sino que también enviamos a países «conflictivos» donde se vulneran los Derechos Humanos (Camerún, Mali, Nigeria, etc.). Es cierto que estas transferencias se encuentran sujetas a un fuerte régimen administrativo y donde existe una multiplicidad de normas nacionales e internacionales que, en última instancia, prohíben el tráfico de bienes que puedan utilizarse para apli-

* Profesora Ayudante de Derecho penal en la Universidad de Castilla-La Mancha.

car la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Precisamente, estas normas permitirán reconocer la existencia de una posición de garantía de las empresas multinacionales, ahora bien, *¿ello es suficiente para reconocer la neutralidad de su comportamiento en aquellos casos en los que los bienes se destinen a la vulneración de los Derechos Humanos?*

5.2 LOS ACTOS NEUTRALES EN EL PLANO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON EL TRÁFICO DE ARMAS: UN SUPUESTO DE HECHO

Uno de los casos de Derecho penal Internacional más paradigmático donde se ha planteado la problemática de los actos neutrales, vinculado al tráfico de armas, es en los conocidos *Juicios de Núremberg,* más concretamente, en los denominados juicios «subsiguientes». En uno de estos juicios, las autoridades estadounidenses dirigieron su acusación contra la mercantil Krupp, encargada de suministrar durante el régimen nazi todo tipo de armamentos que, a su vez, eran fabricados por trabajadores esclavos y prisioneros de guerra en unas condiciones denigrantes. El juicio terminó condenado a doce de los directivos de Krupp, solo uno de ellos fue absuelto, a penas de prisión que oscilaban entre los tres y los doce años y, además, a Alfred Krupp, propietario de la empresa, se le condenó a la venta de todas sus posesiones. No obstante, años más tarde, las penas fueron reducidas e, incluso, se decretó la amnistía de Alfred Krupp. El principal argumento que pivotó durante todo el procedimiento fue, precisamente, la posible neutralidad de la conducta, siendo el propio fiscal quien señaló que «el tráfico de armas no sería «criminal por sí mismo» [1].

Lógicamente, las connotaciones y circunstancias que rodearon a la empresa Krupp estaban muy condicionadas por el panorama económico social vigente en los momentos del nazismo, por ello, se considera más acertado extrapolar este tipo de situaciones a la actualidad, tomando así como punto de partida, por ejemplo, el siguiente supuesto: Una conocida empresa multinacional (en adelante, EM) dedicada a la compraventa de armamento decide suministrar sus bienes a un tercer país (en adelante, TP) en vías de desarrollo y en el que existe un conflicto armado. EM realiza la venta dentro de los límites de la legalidad, pero conoce con cierto grado de seguridad que las armas que su-

[1] Ambos, K., *Derecho penal internacional económico. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas,* Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2018, pp. 114-115.

ministra serán utilizadas por TP para la materialización de asesinatos, por ejemplo, de índole racial y con la consecuente vulneración de Derechos Humanos. La cuestión es *¿realiza EM un acto neutral o, por el contrario, comete un acto típico?* o si se quiere, más genéricamente: *¿podemos hacer criminalmente responsables a las empresas multinacionales por la violación de Derechos Humanos o, por el contrario, nos encontramos ante actos socialmente adecuados insertados dentro del riesgo permitido?*

No existe lugar a dudas acerca de que la utilización indebida de armas, especialmente, en zonas políticamente convulsas implica *de facto* una violación de los Derechos Humanos de las víctimas, que pueden ir, desde la vida, la libertad o la seguridad personal, hasta la tortura o las penas y tratos crueles, humanos o degradantes, pasando por la libertad de pensamiento, conciencia y de religión, entre otros. No obstante, la respuesta a las preguntas planteadas requiere de un abordaje conjunto en el seno de la teoría del delito y en las que es necesario ponderar, de un lado, los intereses económicos, y de otro la necesaria salvaguarda de los Derechos Humanos.

5.3 LOS COMPORTAMIENTOS NEUTRALES: BREVES CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS

5.3.1 **¿Qué son los comportamientos neutrales?**

Fijar el concepto gramatical y dogmático, su relación con la tipicidad, no ubicarlos en sede de antijuridicidad y determinar los elementos que componen los comportamientos neutrales se alza como una cuestión capital a fin de delimitar, enmarcar y condicionar la fundamentación de la teoría de los actos neutrales y los diferentes criterios que se proponen para su solución.

Antes de continuar es preciso afrontar, aun de manera sucinta, el debate terminológico existente, y que afecta a la denominación que podemos emplear para referirnos a este tipo de actuaciones. La situación ha llegado a ser calificada como un oxímoron [2], y es que es común observar la utilización indistinta de términos como conductas o acciones neutrales, cotidianas, estándar, negocios normales de la vida diaria, conductas social y/o profesionalmente adecuadas, acciones conformes al ordenamiento jurídico, acciones en las que no exis-

[2] Respecto a su calificación como oxímoron: Roca de Agapito, L., *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 40; En Italia: Basile, E., *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del profesionista tramite azioni «neutrali»*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2018, p. 91.

te solidarización con el injusto ajeno, conductas limitadas a la actividad profesional, etc. [3].

Aunque pudiera parecer una cuestión baladí, optar por uno u otro término no es una cuestión exenta de controversia, así, autores como Roca de Agapito se decantan por el término «cotidianas», u otros similares como «ordinarias», «corrientes», «regulares» etc., bajo el argumento de que con ellos no se estaría prejuzgando si, efectivamente, la acción debe ser o no considerada neutral, siendo así una terminología de carácter meramente descriptivo [4]. Por su parte, Robles Planas defiende la utilización del término conducta o acto neutral, no solo «por ser la más extendida, sino también, por ser la más expresiva del aspecto nuclear del problema: el sentido o significado neutral de la intervención con respecto al hecho delictivo que se refiere» [5]. En lo personal, me voy a decantar por esta última opción, pues entiendo que la expresión, conducta o acto neutral es la que mejor se adecúa a aquello que queremos dilucidar y que queda identificado, no con la determinación de si estamos en presencia de una acción como manifestación exterior de un comportamiento voluntario, sino con su calificación como neutral.

Atendiendo a lo anterior es preciso afrontar qué debemos entender desde una perspectiva doctrinal por *actos neutrales*. No obstante, y a fin delimitar este análisis, es preciso clarificar que cuando hablamos de actos neutrales nos estamos refiriendo al límite mínimo de la intervención punible [6], situándonos así en el ámbito de la participación, entendida como una esfera de responsabilidad penal de inferior nivel si es comparada con la autoría.

En este sentido, es importante destacar que, a menudo, los comportamientos neutrales se relacionan con la complicidad [7], probablemente debido a

---

[3] Roca De Agapito, L., *Las acciones cotidianas como problema…, op. cit.,* p. 41.

[4] *Ibidem.,* p. 41.

[5] Robles Planas, R., *La participación en el delito: Fundamento y límites*, Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 32.

[6] Este entendimiento es una idea recurrente en la comprensión de los actos neutrales, existiendo así unanimidad doctrinal y jurisprudencial. Particularmente expresivo a este respecto es Feijoo Sánchez cuando entiende que los actos neutrales deben relacionarse con «aquellas conductas que reúnen los requisitos tradicionales de la participación pero que objetivamente no pueden ser entendidas como tal» (Feijoo Sánchez, B. J., *Límites de la participación criminal ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal,* Granada: Comares, 1999, p. 12).

Vid. en este sentido: Landa Gorostiza, J. M., *La complicidad delictiva en la actividad laboral «cotidiana». Contribución al «límite mínimo» de la participación frente a los «actos neutros»,* Granada: Comares, 2002, p. 6; Robles Planas, R., «Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito», en Silva Sánchez, J. M. (Dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial*, Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 20.

[7] Autores como Landa Gorostiza relacionan esta posibilidad conjuntamente con el riesgo de la subjetivización. Es decir, este autor pone de manifiesto que «una excesiva subjetivización de los tipos de

su menor trascendencia e inferior gravedad. No obstante, hay quienes también abogan por su reconducción a la cooperación necesaria. En mi opinión, no es posible realizar afirmaciones en línea de principio y dotadas de certeza, debido a que su ubicación en uno u otro título de atribución de la responsabilidad penal dependerá de factores tan dispares como las circunstancias que concurran en el caso concreto, el establecimiento de una diferenciación indubitada entre la complicidad y la cooperación necesaria en un concreto tipo penal, además del modelo de autoría que acoja el propio precepto de la parte especial. Precisamente, respecto a esta última cuestión es posible apreciar un debate paralelo acerca de la posibilidad de que los actos neutrales generen una responsabilidad por autoría como consecuencia del importante fenómeno expansivo que afecta, en general, al Derecho penal.

Sentado lo anterior, es relevante destacar que, para Hassemer, las conductas neutrales son aquellas «que desde la perspectiva de un observador imparcial no tienen ninguna tendencia objetiva hacia el injusto, aunque pueden llegar a recibir esa tendencia mediante informaciones adicionales» [8]. Por su parte, López Peregrín entiende los actos cotidianos «como intervención en un intercambio de bienes o servicios en principio legal y habitual, pero que simultáneamente puede incrementar las posibilidades de comisión de un delito. Es este tipo de supuestos donde los límites del riesgo permitido adquieren su dimensión más relevante en relación con la participación» [9].

Siguiendo a Robles Planas, «se trata de supuestos con una estructura constante, a saber, se ejecuta una conducta que acaba favoreciendo causalmente al autor del delito con pleno conocimiento [10] de que ello es así por parte del primer sujeto. *Aquí* cabría añadir una peculiaridad: se trata de conductas estándar, estereotipadas, o ejecutadas conforme a un rol social. Ello significa, a su vez, dos cosas: en primer lugar, que en sí mismas consideradas, son conductas

---

participación, especialmente de la complicidad, puede derivar en una aceptación implícita de posiciones de garante genéricas que servirían para exigir responsabilidad por el hecho de que se conozca que el autor principal va a cometer un delito, al margen, por tanto, de que se produzca de forma simultánea una actuación favorecedora eficaz del tipo objetivo». Para un mayor análisis de esta cuestión *vid*: Landa Gorostiza, J. M., *La complicidad delictiva en la actividad laboral «cotidiana»…, op. cit.,* pp. 11 ss.

[8] Robles Planas, R., *La participación en el delito…, op. cit.,* p. 33.

En términos similares se manifiesta López Peregrín, quien define acto cotidiano «como intervención en un intercambio de bienes o servicios en principio legal y habitual, pero que simultáneamente puede incrementar las posibilidades de comisión del delito», siendo realizados estos comportamientos, en la mayoría de las ocasiones, en el ámbito laboral (López Peregrín, C., *La complicidad en el delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 255-256).

[9] *Ibidem.,* pp. 255-256.

[10] Es especialmente llamativo que Robles Planas caracterice a las acciones neutrales con comportamientos realizados con pleno conocimiento, máxime cuando este autor sostiene una teoría fundamentadora puramente objetiva y en la que no otorga ni relevancia ni importancia al conocimiento.

lícitas o inocuas. En segundo lugar, son conductas que se insertan en contextos altamente regulados o estandarizados» [11], a lo que Blanco Cordero añade que «a tales acciones les falta un sentido delictivo indudable, puesto que quien las realiza no tiene como objetivo principal el favorecimiento de un delito ajeno, pese a que reconoce como efecto secundario de su acción –dirigida a sus propios intereses– que contribuye al hecho antijurídico del autor» [12].

En todo caso, es importante afirmar que esta comprensión es refutada por un sector minoritario de la doctrina en el que se ubican autores como Gimbernat o Miró Llinares. Así, mientras que el primero entiende que los actos neutrales son, en realidad, comportamientos constitutivos de complicidad en virtud de la teoría de los bienes escasos, para el segundo no existen conductas neutrales, sino cooperaciones materiales o intelectuales (actos de participación) atípicas, siendo ello debido a que «la amplitud del significado social de términos como «cooperar» o «prestar ayuda» que son los que, respectivamente definen la complicidad en el ordenamiento jurídico penal español y alemán, y la necesidad de establecer límites a los mismos se pone especialmente de manifiesto en supuestos de hecho en los que la conducta no tiene significado delictivo si es mirada de forma aislada, pero puede adquirirlo en manos de otro» [13]. Con todo, en mi opinión, hablar de actos neutrales y de cooperaciones materiales o intelectuales atípicas supone, en esencia, referirnos a la misma cuestión, ya que lo relevante en este caso es, precisamente, que el comporta-

[11] Robles Planas, R., «Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos…», *op. cit.,* p. 18.

[12] Blanco Cordero, I., *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito,* Granada: Comares, 2001, p. 3 *(La cursiva es mía).* En términos similares se posiciona Pérez Manzano, para quien bajo la denominación de acciones neutrales o cotidianas «se incluye un grupo de casos cuyo elemento común reside, desde la perspectiva fáctica, en constituir conductas de entrega de objetivos, transmisión de información o prestación de servicios, que se realizan de forma habitual en el marco de las actividades de intercambio de bienes y servicios, en el proceso productivo o económico como actividad inherente a una profesión –reglada o no–, o simplemente en el marco de las relaciones sociales, y que son realizadas con conocimiento de la finalidad delictiva con la que va a ser utilizado el objeto de intercambio, se trata entonces de examinar desde una perspectiva dogmática si y bajo qué condiciones pueden considerarse conductas típicas de participación, bien en el seno del tipo de complicidad, bien como delito de encubrimiento, conductas que se realizan en el marco de una actividad de intercambio de bienes y servicios que, genéricamente considerada, es lícita y socialmente útil, pero que se unen causalmente a la lesión de un bien jurídico a través de la intervención del autor (Pérez Manzano, M., Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las «conductas neutrales». La sentencia del tribunal constitucional alemán de 30 de marzo de 2004», en Barreiro Agustín, J., (Dir.) *Homenaje al profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Thomson–Civitas, 2005, pp. 789-790).

[13] Ello vendría a ser así, según el mencionado autor, porque «la amplitud del significado social de términos como «cooperar» o «prestar ayuda» que son los que, respectivamente definen la complicidad en el ordenamiento jurídico penal español y alemán, y la necesidad de establecer límites a los mismos se pone especialmente de manifiesto en supuestos de hecho en los que la conducta no tiene significado delictivo si es mirada de forma aislada, pero puede adquirirlo en manos de otro» (Miró Llinares, F., «Responsabilidad penal del partícipe y conductas ¿neutrales?», en *Derecho penal y Criminología,* N. 1, 2014, p. 33).

miento carece de relevancia penal por no suponer una contribución realizada de manera objetiva y subjetivamente típica. En este sentido, tal y como manifiesta Robles Planas, «no se trata de desarrollar criterios de imputación distintos para los casos de «complicidad mediante conductas neutrales» sino precisamente de trazar la frontera de lo objetivamente imputable a título de participación» [14].

Valorando lo anterior, desde mi perspectiva, la conceptualización más acertada de este tipo de comportamientos es aquella que entiende que las acciones cotidianas o socialmente adecuadas, se realizan dentro del ejercicio de un rol social, como es el rol profesional [15], y no son típicas a pesar de suponer una contribución a un hecho delictivo doloso cometido por una tercera persona en calidad de autor [16], siendo así preciso destacar la necesidad de que la conducta neutral se vea conectada fáctica, teleológica y normativamente con la conducta delictiva a la que contribuye. O lo que es lo mismo, debe favorecer la realización de un tipo delictivo creando un riesgo jurídicamente desaprobado que desemboque en la materialización de un resultado típico.

5.3.2 **Los elementos constitutivos de los actos neutrales**

Como acertadamente sostiene Miró Llinares, el interés dogmático por los actos neutrales reside en que, de manera excepcional, los mismos ponen de manifiesto la tensión existente entre *lo objetivo* y *lo subjetivo* dentro de la teoría jurídica del delito [17], siendo el difícil equilibrio que mantienen ambos parámetros lo que, en esencia, se dirime en este tipo de comportamientos. Habida cuenta de ello, puede reconocerse una composición dual (objetivo–subjetiva) de los actos neutrales y que quedará concretada de la siguiente forma:

1. Elemento objetivo. Con él se hace referencia a la materialización de un comportamiento profesional, construido sobre la realización de un intercambio prestacional o de servicios, y que pudiendo estar estandarizado, es

---

[14] Robles Planas, R., *La participación en el delito…, op. cit.,* p. 44.

[15] Precisamente Corcoy Bidasolo destaca este aspecto al sostener que «esta teoría, se ha defendido, en particular, para excluir responsabilidad de profesionales en relación con actuaciones que pueden revestir relevancia penal pero que se encuentran dentro del marco de su actividad profesional» (Corcoy Bidasolo, M., «Mecanismos de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: Responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficiales de cumplimiento», en Demetrio Crespo, E., (Dir.), de la Cuerda Martín, M., & García de la Torre García, F., (Coords.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 114.

[16] La necesidad de que la acción neutral sea aprovechada por un tercero para cometer un delito es un requisito se reconoce en el FJ 10 de la STS 1119/2009, de 6 de noviembre.

[17] Miró Llinares, F., «Responsabilidad penal del partícipe y conductas ¿neutrales?», *op. cit.,* p 32.

aprovechado por un tercero para cometer un hecho ilícito, favoreciéndose o fomentando la generación de un contexto delictivo que permita superar la barrera del riesgo permitido.

2. Elemento subjetivo. Se identifica con el conocimiento que pudiera tener el sujeto que realiza la acción, pretendidamente neutral, acerca de la posible utilización con fines delictivos por parte del tercero que de ella se aprovecha. Este conocimiento que se deriva del propio elemento objetivo y, por ende, del contexto que rodea al comportamiento. Cabe destacar que no tiene necesariamente que ser seguro, sino que también puede ser probable o ni siquiera existir. Precisamente, será esta posibilidad de graduación la que influirá (y determinará) si la conducta es neutral o no. Dicho de otra forma, en este momento procede cuestionarnos la probabilidad de conocer que tiene el sujeto que realiza la acción aparentemente neutral acerca de su aprovechamiento delictivo.

Conforme a ello defenderé una posición mixta a través de una visión intersubjetiva de la teoría de la imputación objetiva. Desde mi perspectiva, el conocimiento no debe ser entendido, exclusivamente, como un elemento conformador del dolo, sino que también puede informar la valoración objetiva de la conducta, y es que no debemos olvidarnos de que cuando actuamos no es posible separarnos de aquello que conocemos o desconocemos, por cuanto ello, sin duda, informa nuestro actuar.

5.3.3 La teoría de la imputación objetiva y su traslación a los actos neutrales

Es cierto que las críticas a la teoría de la imputación objetiva son múltiples y que quizás no sea la construcción más adecuada, si bien, es el mecanismo más desarrollado con el que contamos a fin de vincular la acción con el resultado, dicho de otra forma «si la acción ha originado un peligro desaprobado por el derecho, que progresivamente se ha materializado en el resultado típico» [18].

[18] Torio López, A., «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», en *ADPCP*, Tomo 39, Fasc. 1, 1986, p. 34.

En términos similares se manifiesta Mir Puig, para quien «la imputación objetiva supone la atribución de un sentido jurídico penal específico a los términos legales que expresan la conducta típica, y no una mera descripción del verdadero sentido de dichos términos» (Mir Puig, S., «Significado y alcance de la imputación objetiva», en *REDPC*, N. 05-05, 2003, p. 05:08).

Es de sobra conocido que esta teoría se construye al albur del principio del riesgo, superándose así los posicionamientos de marcado contenido causal, reconociéndose a esta última como un elemento necesario e imprescindible pero insuficiente para acreditar la relevancia penal de la conducta. Por ello, tras la demostración de una conexión empírica entre la acción y el resultado, es preciso afrontar el juicio normativo de riesgo, que constituiría el punto esencial [19] y más complejo [20] de la teoría de la imputación objetiva. Es en este ámbito donde se debe verificar y valorar objetivamente si estamos en presencia de una conducta penalmente relevante o si, por el contrario, el comportamiento puede ser considerado neutral. Dicho de otra forma, será en este juicio normativo [21] donde procederá analizar si el comportamiento aparentemente neutral ha favorecido el hecho típico de un tercero, o ha sido aprovechado por este en su actuar delictivo, de tal manera que se ha materializado un incremento del riesgo jurídicamente permitido.

No obstante, es preciso remarcar que la cuestión en este punto no es «si el sujeto creó con su conducta un riesgo realizando el resultado, sino cuál o cuáles de entre los distintos sujetos que se hallan en dicha relación de riesgo ha de ser considerado responsable y/o en qué medida» [22], esto es lo que Mir Puig entiende como imputación objetiva en sentido amplio o de segundo ni-

---

[19] *Vid*. en este sentido: Torio López, A., «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *op. cit.,* pp. 33-35; Matellanes Rodríguez., N., «Lección 5. La imputación objetiva del resultado», en Demetrio Crespo, E., (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo II. Teoría del delito*, Madrid: Iustel, 2015, pp. 99-100; Muñoz Conde, F., & García Arán, M., *Derecho penal. Parte general,* 10.ª Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 215.

[20] Acerca de este extremo, Frisch declara que la causalidad es, precisamente, el criterio que menos problemas presenta, ya que tendría la finalidad de servir «para delimitar aquellos casos en los cuales la conducta del autor no ha sido de ningún modo relevante para el resultado, en los que de ningún modo ha «repercutido» en el resultado. Se trata, por ello, de aquellos casos en los que ya por principio no existe nexo causal entre esta conducta y el resultado» (Frisch., W., *Tipo penal e imputación objetiva*, Trad. por Cancio Meliá, M., de la Gándara Vallejo, B., Jaén Vallejo, M., & Reyes Alvarado, Y., Madrid: Colex, 1995, p. 29).

[21] Los tres criterios sobre los que se asienta la valoración jurídica de la conducta son: 1) creación o incremento de un riesgo jurídicamente desaprobado; 2) acreditación de la relación de riesgo; 3) el entendimiento de que el resultado lesivo causado encaja dentro del ámbito de protección de la norma penal. Si bien, es importante señalar que autoras como Martínez Escamilla señalan que, en realidad, más que tres partes son tres grandes bloques de problemas (Martínez Escamilla, M., *La imputación objetiva del resultado,* Madrid: Edersa, 1992, p. 40).

Personalmente, en este extremo coincido con la mencionada autora. Debemos tener en cuenta que estos bloques se manifestarán en unas pautas generales de carácter hermenéutico, pero que requerirán concreciones específicas ante los distintos tipos penales. El incremento del riesgo, la acreditación de la relación de riesgo y el ámbito de protección de la norma no tendrán las mismas manifestaciones ante todos los tipos penales ni ante toda clase de conductas, son criterios generales normativos de carácter abierto. Aquí surge el principal problema, y es que estos parámetros generales tendrán que ser adaptados e interpretados conforme a la legislación penal vigente, en aras de su adecuación a las figuras delictivas concretas y, a su vez, a las distintas modalidades de intervención ante las que nos encontremos.

[22] Mir Puig, S., «Significado y alcance de la imputación objetiva», *op. cit.,* p. 05:17.

vel. Si ello lo conectamos con la mencionada necesidad de concretar la superación del riesgo permitido de una actuación, caeremos en la cuenta de que uno de los aspectos que más controversia puede generar pasaría por analizar si la conducta aparentemente neutral ha superado la mencionada barrera, lo que, a la vez, deriva en dos de las problemáticas más intensas en el seno de la imputación objetiva, a saber: 1) *¿cómo medimos hasta dónde un riesgo se puede considerar permitido?*; 2) *¿cuánto de subjetivo tiene la teoría de la imputación objetiva?* Se trata de cuestiones complejas y, quizás, irresolubles, sobre todo la primera, ya que el riesgo no se puede cuantificar, sino que ha de acreditarse.

Partiendo de la base de que cualquier conducta peligrosa no está penalmente prohibida, reconociéndose así unos márgenes de admisibilidad del riesgo [23], en esta línea se habla de comportamientos que, a pesar de suponer un riesgo son socialmente adecuados quedando así al margen del Derecho penal por ser acciones toleradas por la sociedad en su conjunto, partiendo para ello de una interpretación restrictiva de los tipos penales orientada al bien jurídico protegido [24]. Por consiguiente, bajo esta rúbrica se encuadrarían, entre otros, tanto «aquellas acciones peligrosas o lesivas que, sin embargo, resultan socialmente necesarias o útiles» como «aquellas acciones peligrosas o lesivas que son socialmente habituales o socialmente adecuadas» [25]. No obstante, en mi opinión, los actos neutrales solo se pueden encajar parcialmente en estos grupos de casos, y es que, aun cuando este tipo de comportamientos podría llevar aparejado cierto riesgo (aunque ello no será siempre), en la mayoría de las ocasiones este derivaría de la utilización indebida que realice el tercero, que se aprovecha del comportamiento aparentemente neutral.

Entonces *¿cómo fijamos el límite del riesgo permitido? ¿dónde se sitúa el nivel de lo tolerado?* Las respuestas a estas cuestiones no son sencillas, ni tampoco concretas y unánimes, por cuanto en ellas influirán diversos facto-

[23] En este sentido, López Peregrín entiende que «en el ámbito de la autoría, la figura del riesgo permitido es utilizada por la doctrina mayoritaria para excluir la imputación objetiva en las conductas que, aunque crean un riesgo de lesión a un bien jurídico, son toleradas por el ordenamiento a causa de su utilidad social» (López Peregrín, C., *La complicidad en el delito*, *op. cit.,* p. 253).

En términos similares se posiciona Pastor Martín, quien identifica la institución del riesgo permitido «como el primer criterio que determina que determinadas conductas (por pertenecer el ámbito del «riesgo permitido» o, mejor, al de «conductas arriesgadas permitidas») quedan fuera del tipo, siendo la no pertenencia al riesgo permitido condición necesaria pero no suficiente de la desaprobación jurídico penal» (Pastor Muñoz, N., *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Atelier: Barcelona, 2019, p. 40).

[24] Blanco Cordero, I., *Límites a la participación delictiva…, op. cit.,* p. 153.

[25] Paredes Castañón, J. M., *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico–penal de las actividades peligrosas,* Madrid: Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica. Servicio de Publicaciones, 1995, pp. 36-37.

res, debiendo ser cuidadosos en su concreción, pues tan importante es delimitar cuándo podemos entender superada la barrera del riesgo permitido [26], punto donde desempeñarán un interesante papel diversos factores como puede ser la existencia de posiciones de garantía, la generación o el fomento del mantenimiento de un contexto de carácter delictivo y el conocimiento.

De todos ellos, quizás el más relevante que cabe destacar en este punto y sin perjuicio de ulteriores detalles, es el conocimiento. Ciertamente, abordar la relación que riesgo y conocimiento mantienen entre sí lleva aparejado reflexionar acerca de cuánto de subjetivo tiene la teoría de la imputación objetiva. Como ya se ha ido dejando ver, el valor de lo subjetivo dentro, no solo de la teoría de la imputación objetiva, sino también en el ámbito de los comportamientos neutrales gracias al reconocimiento de su composición dual, y es que no debemos olvidarnos de que quienes cometen los comportamientos delictivos son personas, y estas, irremediablemente, no pueden abstraerse de su plano interno a la hora de desarrollar su vida en sociedad (sea esta de carácter delictivo o no).

Algunos de los más célebres defensores de dotar a la teoría de la imputación objetiva de parámetros subjetivos son, entre otros, Blanco Cordero o Pérez Manzano, quienes entienden que el conocimiento es un elemento necesario e imprescindible en el análisis del riesgo permitido, defendiendo así que los conocimientos especiales influyen en la realización del tipo, viniendo a destacar que el valor de lo subjetivo sí ha de considerarse dentro del plano de lo objetivo, en tanto que ambos son elementos indispensables en la composición del injusto.

En todo caso, abogar por la introducción de este criterio subjetivo en sede de imputación objetiva no significa (ni puede significar) una confusión de planos entre lo objetivo y lo subjetivo [27]. Mir Puig nos recuerda que esta teoría nos permite diferenciar entre imputación objetiva, subjetiva y personal o individual [28], así la imputación objetiva vendría a concretarse como el «primer esca-

---

[26] Con un posicionamiento especialmente crítico acerca de la teoría de la imputación objetiva encontramos a Robles Planas, por conducir, en su opinión, a soluciones insatisfactorias. Sobre este particular, entiende que esta teoría se alza como un criterio empírico que «amplía la imputación a supuestos que carecen de relevancia normativa desde el punto de vista jurídico–penal. En este sentido, para poder hablar de un incremento del riesgo primero debe existir un riesgo. Y un riesgo penalmente relevante solo se da cuando inicia la tentativa. Por consiguiente, cualquier aportación anterior al inicio de la tentativa del autor no debería poder ser calificada como complicidad, dada la inexistencia de un riesgo que interese al Derecho penal de poder incrementar» (Robles Planas, R., *La participación en el delito…, op. cit.,* p. 106).

[27] Cabe recordar que «la imputación objetiva y la imputación subjetiva son necesarias, por una parte, para poder vincular al autor con el resultado típico (aspecto de la culpabilidad), también son necesarias para construir el tipo del delito (aspecto del injusto)» (Mir Puig, S., «Significado y alcance de la imputación objetiva», *op. cit.,* p. 05:12).

[28] *Ibidem.,* p. 05:11.

lón de la imputación que permite la conexión del resultado típico a una conducta que se encuentre con él en una determinada relación que permita vincularlo a aquella como obra de su autor», por lo que, «no deberían considerarse requisitos de la imputación objetiva los elementos típicos que no guarden relación con la posibilidad de establecer la mencionada conexión» [29]. Pero, es más, para el mencionado autor, la teoría de la imputación objetiva «sigue siendo objetiva porque no se refiere a la cuestión de si concurre el tipo subjetivo (dolo), sino a la de si concurre la parte objetiva del tipo doloso. También es subjetivo el dato de los conocimientos especiales del autor que deben tenerse en cuenta para decidir *ex ante* la adecuación de una conducta para causar un resultado, y, sin embargo, se admite que tal factor subjetivo no empece al carácter objetivo de la imputación» [30]. En sentido contrario se posiciona Robles Planas, para quien el (no) otorgamiento de relevancia al conocimiento que tenga el interviniente acerca de la futura comisión del hecho en el momento de prestar su aportación se establece como el problema nuclear de esta discusión [31].

5.3.4 El comercio internacional de armamento: ¿comportamiento neutral o acto típico?

A la vista de todo lo anterior, desde mi perspectiva, los aspectos más controvertidos que cabría analizar en la valoración de la neutralidad de los comportamientos neutrales en su vinculación con el comercio internacional de armas pasa por determinar tres elementos clave: 1) Si las empresas multinacionales son titulares de una posición de garante; 2) El conocimiento que las mismas pudieran tener acerca de si, con su comportamiento, están favoreciendo la comisión de hechos delictivos atentatorios de los Derechos Humanos; 3) La generación, con su actuación, de contextos delictivos. Ciertamente, la respuesta a estas cuestiones, por si sola, no determinará la existencia de un comportamiento neutral o de un acto típico, pues en última instancia debemos encajar sus actuaciones en el propio seno de la tipicidad penal y la efectiva realización de una conducta típica. Ahora bien, ello no es óbice para afirmar que, al menos, sentarán las pautas básicas y necesarias para apreciar una posible relevancia criminal de su actuación.

---

[29] *Ibidem.,* p. 05:14.

[30] Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General,* 10.ª Ed., Barcelona: Editorial Reppertor, 2016, pp. 261-262.

[31] Robles Planas, R., «Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos…», *op. cit.,* p. 22.

5.4 LA EXISTENCIA DE POSICIONES DE GARANTÍA

Partiendo de la interdependencia del ordenamiento jurídico-penal con el contenido de otras ramas del Derecho y el reconocimiento de determinadas obligaciones o deberes especiales de diligencia, control o supervisión sobre bienes o prestaciones que ostentan cierta potencialidad lesiva, ya sea por el peligro que suponen en sí mismos, o como consecuencia del aprovechamiento delictivo que terceros puedan realizar, se considera importante abordar el alcance de las posiciones de garantía dentro de la valoración de la neutralidad de una conducta y, en su caso, si ello tendría transcendencia en lo referente al tráfico de armas realizado por empresas multinacionales.

El reconocimiento de posiciones de garantía es una constante en el seno de las teorías objetivas que tratan de fundamentar los actos neutrales, y precisamente la misma se utiliza para afirmar que, en el caso de que estas concurran y se vulneren, el comportamiento no se podrá tener por neutral.

En este punto y respecto a las armas, es preciso reconocer la efectiva presencia de una posición de garantía de las empresas suministradoras, punto donde puede desempeñar un papel relevante, atendiendo a la mencionada interconexión entre las diferentes ramas del ordenamiento jurídico, el Tratado sobre el comercio de armas (en adelante TCA), debiendo así las empresas multinacionales respetar las exigencias expresamente consignadas en el mismo, y que fue suscrito en el seno de Naciones Unidas en junio del 2013, entrando en vigor en diciembre del año siguiente.

Si descendemos a nuestro ámbito nacional, cabe destacar la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso, a través de la cual se adecuo la legislación nacional precisamente, al contenido del TCA.

Ambas normas parten de un doble reconocimiento, por un lado, de la globalización en el comercio armamentístico y, por otro, de las graves consecuencias que tiene para la sociedad el hecho de que no exista un control sobre las transacciones de armas. Precisamente, sobre este último aspecto, el considerando primero del preámbulo de la Ley 57/2007, sostiene lo siguiente:

> «[…] la proliferación y las exportaciones sin control de las armas convencionales tienen un enorme coste humano. Un alarmante número de personas mueren cada día por el empleo de las armas convencionales. España tiene el deber de asegurar que sus exportaciones son coherentes con los comportamientos vigentes de conformidad con el Derecho Internacional y de manera que se garantice que dichas exportaciones no fomenten la violación de los derechos humanos, no aviven los conflictos armados ni contribuyan de forma significativa a la pobreza. El Gobierno español debe mantener también en su acción exterior, sobre todo

> en el seno de la Unión Europea, una posición activa a favor de la regulación internacional del comercio de armas.»

Es importante tener en cuenta que cuando la normativa (internacional o nacional) habla de material de defensa, entre ellos, también se incluye las armas de fuego de determinados calibres, tal y como se desprende del anexo I del RD 679/2014, de 1 de agosto. A los efectos que aquí nos interesan, precisamente, que figuren este tipo de bienes es de especial interés, máxime si atendemos a que pueden ser los instrumentos más idóneos a fin de materializar lesiones contra los Derechos Humanos de las minorías. Con todo, no cabe olvidar que el Reglamento de ejecución UE 775/2014, de la Comisión, de 16 de julio de 2014, por el que se modifica el Reglamento CE 1236/2005, del Consejo, sobre comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infringir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, prohíbe la compraventa, entre otros, de productos diseñados para la ejecución de seres humanos (horcas, guillotinas, sillas eléctricas, cámaras herméticas, etc.) o de productos no idóneos para el uso por parte de fuerzas y cuerpos de seguridad para inmovilizar a seres humanos (dispositivos de descargas eléctricas, cinturones, manguitos y manillas, etc.)

En todo caso, es importante tener en cuenta que la exportación por parte de España de, en general, bienes de defensa, está sujeta a un fuerte control de carácter administrativo, así, según el artículo 4 de la Ley 53/2007:

> «1. Las transferencias de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso previstas en el artículo 1 se realizarán previa autorización administrativa.
>
> 2. Las solicitudes de autorización deberán ir acompañadas de los documentos de control, con la necesaria inclusión de las cláusulas de no reexportación, que se determinen reglamentariamente, de forma que quede suficientemente garantizado que el destino y el uso final de los materiales, productos y tecnologías se atengan a los límites de la correspondiente autorización […]»

Pero, es más, como medida para garantizar el correcto uso de estos medios de defensa y que no sean utilizados para la vulneración de los Derechos Humanos, el artículo 8 de la Ley 53/2007, prevé la posibilidad de que la autorización sea denegada, entre otros motivos:

> «Cuando existan indicios racionales de que el material de defensa, el otro material o los productos y tecnologías de doble uso, puedan ser empleados […] en situaciones de violación de derechos humanos, tengan como destino países con evidencia de desvíos de materiales transportados o puedan vulnerar los compromisos internacionales contraídos por España. Para determinar la existencia de estos índicos racionales se tendrán en cuenta los informes sobre transferencias de

> material de defensa y destino final de estas operaciones que sean emitidos por organismos internacionales en los que participe España, los informes de órganos de derechos humanos y otros organismos de Naciones Unidad, la información facilitada por organizaciones y centros de investigación de reconocido prestigio en el ámbito del desarrollo, el desarme y los derechos humanos, así como las mejores prácticas más actualizadas descritas en la Guía de Usuario del Código de Conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas.»

En todo caso, tal y como enuncia el artículo 12 de la Ley 53/2007;

> «1. Será requisito previo al otorgamiento de cualquier autorización administrativa de las transferencias a que se refiere el artículo 4 de esta ley la inscripción en el Registro Especial de Operaciones de Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso […]»

Este complejo ámbito normativo refuerza el entendimiento de que las armas, en sí mismas, no son un bien que cualquier sujeto pueda adquirir, sin más, en el mercado, es decir, la disponibilidad de un arma no es equivalente a la de un cuchillo de grandes dimensiones aun cuando ambos son idóneos para atentar contra bienes jurídicos susceptibles de quedar amparados por la protección ofrecida a los Derechos Humanos. En esta línea, Weigend defiende la necesidad de recurrir, en la valoración de la neutralidad del comportamiento a través de la complicidad, al reconocimiento de que aun cuando la contribución realizada por el cómplice no es esencial, ya que, sin ella, el autor también podría haberlo realizado. Ahora bien, en el supuesto que este (el cómplice) intervenga en la comisión, debe procurar un aporte material de carácter relevante que, objetivamente, facilite o favorezca el aseguramiento de la comisión delictiva [32], siendo ello consecuencia, según Weigend, de la necesaria vinculación causal que ha de ligar la acción con el resultado [33], de esta forma, la contribución realizada por el cómplice debe, al menos, haber posibilitado, facilitado o favorecido la ejecución [34].

Si vinculamos esta exigencia favorecedora con las dificultades para disponer de las armas como instrumento lesivo, Weigend vendría a defender, en línea también con las posiciones de Feijoo Sánchez y Robles Planas, la necesidad de establecer posiciones de garantía ante la venta y el suministro de objetos sometidos a un régimen jurídico especial, como sería precisamente el caso de las armas.

---

[32] En este sentido se posiciona también Blanco Cordero, para quien «el cómplice constituye algo significativo en el proceso concreto de realización del delito principal que produce el resultado» (Blanco Cordero, I., *Límites a la participación delictiva..., op. cit.,* p. 960).

[33] Weigend, T., «Los límites de la complicidad punible», Trad. por Guanarteme Sánchez Lázaro, F. G., en *RDPC*, 2.ª Época, N. 10, 2002, pp. 208-209.

[34] *Ibidem.,* p. 208.

En este sentido, Feijoo Sánchez reconoce la existencia de una posición de garante respecto a objetos o sustancias para cuyo uso, manipulación, tenencia o tráfico hace falta una autorización estatal especial y, por ello, no se encuentran al alcance de cualquier ciudadano, y es que aun cuando este autor destaca que esta posición de garantía no está relacionada, en principio, con la potencial peligrosidad de los objetos a los que afecta «sino que depende de la constitución de una determinada sociedad o de los deberes que se derivan de un ordenamiento jurídico» [35], siendo lo relevante la efectiva producción de una quiebra en la posición de garantía más que si esta ha tenido lugar a través de una acción o una omisión [36]. No obstante, en este punto discrepo del autor. Desde mi perspectiva, el motivo último que ha conducido al legislador a establecer en nuestro ordenamiento jurídico determinadas medidas de control respecto a estos bienes y que se reconducen a la acreditación de posiciones de garantía es, precisamente, su potencialidad lesiva y su capacidad para poner en jaque nuestra seguridad.

Por su parte, Robles Planas, vincula la creación de riesgos jurídicamente desaprobados a la existencia de deberes especiales, haciendo con ello referencia «a la existencia de determinados objetos que solo pueden transmitirse si se comprueba que el receptor de estos posee determinadas capacidades especiales que le permiten el acceso» [37]. Especial protección esta de las armas que no sería consecuencia de su potencial peligrosidad «sino que depende de la constitución de una determinada sociedad o de los deberes que se derivan de un determinado ordenamiento jurídico» [38].

Teniendo ello en consideración, aquí se vendría a destacar la especial relevancia que en este ámbito posee la normativa sectorial relativa al aseguramiento de objetos peligrosos, por lo que para Robles «si no existe una posición jurídica definida por algún sector del ordenamiento en términos de imposición de deberes de cuidado específicos sobre determinados objetos, los criterios para la decisión sobre la existencia de intervención en el delito serán otros» [39], y es que, la asunción por parte de la Administración de facultades relativas a la gestión de *lo peligroso* «exonera al autorizado de la obligación de proceder a valorar cada vez el peligro derivado del uso de bienes por parte de terceros,

---

[35] *Ibidem.,* p. 92.

[36] *Ibidem.,* p. 94.

[37] Robles Planas, R., *La participación en el delito…, op. cit.,* p. 297.

[38] Feijoo Sánchez, B. J., *Límites de la participación criminal…, op. cit.,* p. 92.

Es importante destacar que Feijoo Sánchez, además de este, establece otra serie de supuestos en donde entiende que la posición de garantía estaría correctamente justificada, y que, por ende, cabría atribuir responsabilidad penal como cooperadores a quienes infringen las posiciones de garantía.

[39] Robles Planas, R., *La participación en el delito…, op. cit.,* p. 298.

pero a su vez impone al autorizado el deber de respetar los concretos términos de la relación» [40].

De esta última afirmación de Robles se puede extraer que, en su opinión, el cumplimiento por parte de las empresas multinacionales de las normas contenidas en la regulación del tratado de armas y la legislación que lo traspone sería suficiente para afirmar la neutralidad y, por ende, la irrelevancia penal de su actuación. Ello es debido, fundamentalmente, a que el mencionado autor sigue una teoría estrictamente objetiva en la que el conocimiento carece de relevancia.

5.4.1 **Un abordaje del conocimiento**

Tal y como se adelantaba con anterioridad, nos hemos embarcado en discutir y debatir acerca de cuánto de subjetiva es, o puede ser, la teoría de la imputación objetiva por el mero hecho de valorar en su seno aspectos relacionados con el conocimiento. En mi opinión, lo más adecuado es optar por una versión intersubjetiva de esta cuestión que, relacionado con los actos neutrales, nos dirige hacia una necesaria graduación del conocimiento, esto es, *¿sabían, podían saber o desconocían las empresas multinacionales que las armas que vendían se utilizarían para la vulneración de los DDHH?* La respuesta a esta cuestión pasa, necesariamente, por un abordaje de la concreción del grado de conocimiento del sujeto, y es que este no siempre conocerá en la misma medida o con igual grado de exactitud los hechos y circunstancias que le rodean, específicamente en este caso, el alcance o la utilización de las armas que suministrará. Así, podemos afirmar que el grado de conocimiento ante el que nos encontremos nos ayudará a valorar si el sujeto pudo reconocer que se encontraba, objetivamente, ante una situación de riesgo superior al permitido en la protección de los bienes jurídicos. Además, ello influirá en la valoración de la previsibilidad de la conducta, y es que ambos aspectos se encuentran, en mi opinión, en una relación directamente proporcional (a mayor conocimiento, mayor capacidad de previsibilidad de la comisión del delito). Con todo, es posible distinguir entre:

— *Conocimiento seguro* de que la acción será aprovechada para cometer un delito.

— *Conocimiento probable* e indiciario conforme al estándar medio de que la acción será aprovechada con fines delictivo.

---

[40] Robles Planas, R., *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona: Atelier, 2007, p. 27.

— *Ausencia o imposibilidad de conocer*, es decir, el sujeto ni sabe, ni puede deducir que su acción será aprovechada por un tercero para cometer un hecho típico.

En el primero de los casos (conocimiento seguro), cabe destacar que existirán notables dificultades para plantearnos la valoración de la neutralidad del comportamiento por cuanto la empresa conocía de manera clara y efectiva que sus armas serían utilizadas de manera delictiva. De esta forma, en función del tipo penal que se impute, podría decirse que la empresa ha contribuido de forma clara y, en ocasiones, esencial, a la vulneración de los DDHH. Sin embargo, en los restantes niveles (conocimiento probable/ausencia o imposibilidad de conocer), sí que podríamos abordar la valoración de la neutralidad, a pesar de que acreditar su existencia es más complicado como consecuencia de las intrínsecas dificultades de prueba de este elemento, ello se debería a que, en el mejor de los casos, estaríamos ante meras sospechas de utilización delictiva de las armas aportadas. Sea como fuere, será ante estos dos últimos supuestos donde la doctrina de la ignorancia deliberada pueda manifestarse.

Precisamente, en este mismo sentido se posiciona Ambos cuando sostiene que el «conocimiento efectivo de la intención delictiva del autor lo convierte a él en «conocedor» del hecho principal y a su acción cotidiana en una delictiva: «El conocimiento da al comportamiento un sentido delictivo». Solo son, pues, problemáticos aquellos casos en los que el colaborador ciertamente no conoce la intención delictiva del autor principal, pero la tiene como posible, en el sentido de dolo eventual. Aquí rige el principio de confianza, con lo cual resulta que el colaborador, por regla general, puede partir de la base de que su contribución será empleada legalmente, es decir, que su comportamiento en sí mismo neutral o permitido permanece impune. Puede admitirse en todo caso una excepción cuando la intención delictiva del autor principal era para el colaborador reconocible sin más […] pues esos casos se corresponden, en cuanto a su valoración, con aquellos en los que el colaborador tiene conocimiento del hecho principal» [41].

Si profundizamos en la concreción del grado de conocimiento podemos encontrar al principio de confianza, entendido como un criterio ordenador de nuestra vida de sociedad, que toma como sustento el principio de autorresponsabilidad. Este parámetro se muestra útil para ser utilizado en sede de imputación objetiva, sin olvidar el necesario recurso y su interpretación conforme a criterios subjetivos. Ello no supone un adelantamiento de la tipicidad subjetiva

[41] Ambos K., «La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales», en *RDPC*, 2.ª Época, N. 8, 2001, p. 205.

de la conducta, sino meramente reconocer que estamos en presencia de un criterio mixto, que debe ser abordado tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, aspecto este último que es respaldado por la jurisprudencia [42].

El principio de confianza puede ser definido, en lo esencial, desde una doble perspectiva: visto de manera *positiva,* supondría afirmar que el sujeto que actúa de manera acorde a la norma podrá confiar en que el tercero (y el resto de la sociedad) hará lo mismo [43]. Sin embargo, desde un enfoque *negativo*, tendríamos que admitir que el sujeto podrá confiar en que su actuación contraria a la norma podrá ser utilizada por un tercero para cometer el delito, lo que, sin duda, nos conduce hacia el principio de desconfianza en la actuación contraria a la norma, y que se identifica, a su vez, con el reverso del propio parámetro de la confianza.

5.4.2 **La generación de un contexto de riesgo con referencia de sentido delictiva que supere la barrera de lo permitido**

¿Ello ha generado una conexión de riesgo entre la acción de ambos sujetos? En esencia, con la resolución de esta cuestión se vendría a reconocer la necesidad de acreditar que la acción aparentemente neutral ha favorecido la conducta delictiva de un tercero, esto es, que está dotada de una referencia de sentido delictivo generando así un contexto de tal carácter.

La gran mayoría de las actividades profesionales, sean comerciales o prestaciones, llevan asociadas de manera intrínseca la generación de riesgos, por cuanto en términos abstractos, pueden considerarse adecuadas para la puesta en peligro de bienes jurídico-penalmente protegidos, lo que no significa que todas estén (o deban estar) prohibidas, ya que con ello se contravendría el

---

[42] Entre otras, la STS 805/2017, de 11 de diciembre, sostiene: El recurrente parece descansar su motivo en el principio de confianza, conforme al cual las personas, por regla general, pueden confiar en que los demás actuarán correctamente y dentro de los márgenes del riesgo permitido. Esto significa que no están obligados a adaptar su comportamiento a las posibles conductas imprudentes de terceros y que por tanto no son responsables de los resultados lesivos que puedan ocasionar esas conductas imprudentes de los terceros. El principio de confianza se ha definido como una manifestación del principio de autorresponsabilidad. Por ello las personas, como principio general, excepcionando los casos de dependencia legal o contractual que en este caso no se dan, solo son responsables de su propia conducta y no deben adaptar su comportamiento a las posibles conductas incorrectas de otras personas».

[43] De la misma opinión son Salvador y Fernández, quienes afirman que «pese a que, por experiencia, todos sabemos que los demás pueden cometer errores, por lo general podemos confiar en que su conducta será correcta. Dicho de otro modo, los deberes de precaución de cada cual se establecen teniendo en cuenta que los demás también observarán los suyos: la diligencia propia presupone la de los demás» (Salvador Coderch, P., & Fernández Crende, A., «Causalidad y responsabilidad. Tercera edición», en *InDret,* N. 1, 2016, p. 14).

principio general de libertad de acción. De esta forma, únicamente se prohíbe su realización cuando las mismas implican una superación de la barrera del riesgo permitido. En este sentido, Feijoo Sánchez nos recuerda que el hecho de que una acción, que cumple con los límites establecidos por los roles profesionales, pueda favorecer un hecho lesivo no significa que, automáticamente, tenga que ser considerada delictiva, sino que más bien estamos ante un «elemento de la realidad que nos puede ayudar a interpretar el sentido objetivo de una conducta». Ello vendría a significar la necesidad de conexionar la acción aparentemente neutral y la del tercero que se aprovecha delictivamente de ella, a efectos de dilucidar si ambos comportamientos realizados dentro de un mismo *iter criminis*, han conllevado una puesta en peligro superior y más relevante a la jurídicamente permitida, de tal forma que, entre ambos, se ha generado un contexto delictivo.

Autores como Robles Planas, Frisch o Pérez Manzano defienden que la creación de un contexto delictivo es el punto del que se ha de partir a fin de fundamentar la existencia de un acto neutral. Sin embargo, yo considero que más bien sería el último criterio a tener en consideración, por cuanto solo es posible acreditar la generación de un contexto de estas características por una doble vía: primero, la efectiva constatación de los criterios abordados previamente y, en segundo lugar, a través de un análisis del *iter criminis* en el que se atienda a la cercanía entre ambos comportamientos [44], la previsibilidad de que el mismo sea aprovechado delictivamente y la tentativa [45].

---

[44] Con diferentes grados de desarrollo, y cada uno desde su perspectiva, autores como Feijoo Sánchez, Blanco Cordero, Robles Planas, Miró Llinares y de una forma más matizada Landa Gorostiza, coinciden en señalar la importancia «temporal» entre la realización de la acción pretendidamente neutral y aquella que supone la materialización efectiva del delito. A mi juicio, la cercanía entre ambas acciones es un importante parámetro que nos ayudará a delimitar y depurar las posibles responsabilidades penales, insertas dentro de un contexto delictivo, ya que tiempo y acción entran en una relación directamente proporcional, esto es, cuanto mayor sea la separación entre ambos, más difícil será probar que la acción pretendidamente neutral, no es tan neutral como parece, teniendo así una relevancia penal.

[45] Recogida en el artículo 16.1 CP y tal y como declara Demetrio Crepo, es una de las cuestiones más problemáticas y debatidas del Derecho penal, y que afectan directamente al núcleo del injusto (Demetrio Crespo, E., «Lección 9. Tipos de imperfecta realización», en Demetrio Crespo, E., (Dir.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal.* Tomo II. Teoría del delito, 2.ª Ed, Madrid: Iustel, 2015, pp. 199-200. En mayor profundidad *vid:* Demetrio Crespo, E., *La tentativa en la autoría mediata y en la* actio libera in causa*. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Granada: Comares, 2003, pp. 37 ss.).

Si trasladamos al ámbito que nos ocupa este aspecto, cabría abordar la relación temporal que guardan entre sí la prestación de un comportamiento aparentemente neutral y el comienzo de la ejecución del delito. Así las cosas, partiendo de la posición jurisprudencial consolidada, recogida, entre otras, en la STS 970/2018, de 22 de marzo (FJ 2) y la STS 77/2007, de 7 de febrero (FJ 29), es posible extraer que, materializada la conducta peligrosa, en abstracto, para la protección del bien jurídico, podremos afirmar que estamos en presencia de un delito en fase de tentativa, siendo a partir de este momento cuando el comportamiento aparentemente neutral podrá adquirir cierta relevancia penal. En otras palabras, si la aportación aparente-

5.5 VALORACIÓN FINAL

Es obvio que nos encontramos ante una problemática enormemente compleja [46] y con una trascendencia práctica de importante calado en atención a su potencialidad para atentar contra los Derechos Humanos, no obstante, en abstracto y atendiendo a una situación normal en la que una empresa multinacional vende armamento a países en los que queda acreditado la existencia de un conflicto y, a pesar de reconocer que estas son titulares de una posición de garante que les obliga a velar y cumplir con determinados requisitos, puede afirmarse la neutralidad del comportamiento.

La cuestión, en última instancia, reside en determinar si por mucho que se cumplan las exigencias de la normativa administrativa acerca del comercio internacional de armas, su comportamiento puede ser considerado neutral aun cuando estas empresas sean conocedoras de que con ello están favoreciendo la comisión de hechos ilícitos de enorme gravedad y contribuyendo a la generación o el mantenimiento de un contexto dotado de referencia de sentido delictivo.

Sobre todo esta problemática planea un aspecto que, aun pudiendo ser colateral, en lo que aquí interesa sí es relevante, me refiero expresamente a la obtención de importantes beneficios económicos. Lógicamente, y esto no es cuestionable, las empresas con su actividad comercial persiguen la obtención de beneficios económicos, muestra de ello es que en España, la industria armamentística , según datos del Ministerio de Economía, hasta el primer trimestre del 2023 (último marco temporal sobre el que existen estadísticas publicadas) exportó armas por un valor de 1.753 millones de euros, situándose así como la octava potencia mundial. Es importante destacar que, aunque los principales países de destino fueron naciones pertenecientes a la UE o a la OTAN, lo más preocupante, en mi opinión, es que entre el listado de países destinatarios también figuran estados como, por ejemplo, Bangladesh, Burkina Faso, Kenia, Mali, Camerún, Mauritania, Nigeria, Níger o Senegal, precisamente por ser lugares en donde la posesión de armamento de defensa puede derivar, de una manera meridianamente sencilla, en la vulneración de los Derechos Humanos.

---

mente neutral tiene lugar con anterioridad al inicio de la tentativa, la misma no se considerará, en su caso, penalmente relevante hasta que el sujeto activo no haya dado comienzo a la ejecución del hecho típico. Por el contrario, si es materializada una vez iniciada la acción delictiva, el comportamiento aparentemente neutral podrá dejar de serlo, siempre y cuando se cumplan los requisitos antes mencionados. Constituye así la tentativa uno de los hitos temporales más importantes a efectos de concretar la existencia de una conducta de favorecimiento delictivo no neutral que incremente el riesgo de comisión delictiva.

[46] En mayor profundidad: De la Cuerda Martín, M., *Responsabilidad penal y negocios estándar. Los casos del asesor fiscal y del abogado*, Madrid: BOE, 2023.

Es cierto que estas operaciones están sujetas al contenido de la Ley 53/2007, y que sobre ellas reside la oportuna autorización en la que no tiene que haber indicios de vulneración de Derechos Humanos, ahora bien *¿obtener esta autorización y por tanto la conformidad a la normativa vigente de las operaciones de exportación es sinónimo de que su comportamiento sea neutral y que dichos bienes no puedan hacer quebrar los Derechos Humanos?* La respuesta, en última instancia, depende de la postura que se adopte respecto a los actos neutrales, si se parte de una base eminentemente objetiva, la respuesta sería que, efectivamente, el cumplimiento por parte de las empresas multinacionales de esta posición de garantía, identificada con el respeto a las normas del comercio internacional de armas, no generaría ningún tipo de responsabilidad penal, considerándose así un acto neutral.

Sin embargo, desde la perspectiva aquí defendida, y en la que básicamente se opta por una posición mixta en la que en sede de imputación objetiva y de acuerdo con una adecuada acreditación de la superación del riesgo permitido, se ponderen otros factores como el conocimiento, el principio de confianza o la generación o mantenimiento de un contexto delictivo, la respuesta será, depende. El respeto a las posiciones de garantía es, simplemente, un mero indicio de conformidad a Derecho, pero nada más. La neutralidad del comportamiento no puede quedar reducida al mero respeto general de una serie de estándares profesionales, sino que ha de ir más allá, debiendo así profundizar en las circunstancias concretas.

6. EVERYONE'S PROBLEM IS NO ONE'S PROBLEM: CAN EXTRATERRITORIALITY TACKLE IMPUNITY IN SERIOUS HUMAN RIGHTS VIOLATIONS COMMITTED BY MULTINATIONAL COMPANIES?

Renata da Silva Athayde Barbosa
University of the State of Rio de Janeiro

6.1 THE ROLE OF JURISDICTION IN MULTINATIONAL OPERATIONS

6.1.1 **The interests involved in territoriality and extraterritoriality**

It is a well settled notion in criminal law that, as a general rule, crimes should be prosecuted and punished according to the territory where they were committed, an understanding derived from the notion that the prosecution activity carries a big component of state sovereignty exercise. It can also be stablished that the interest in the prosecution of a certain crime, be it a homicide or a theft, committed within a certain territory is not only a concern of the state whose norms were violated, but also from individuals who belong to that territory. Those are the premises of the territoriality [1] principle in criminal law. [2]

[1] Territoriality has an objective and a subjective dimension. In the first territoriality would apply when the effects of the conduct are felt within the borders of the country; whilst on the second the conduct took place within the country borders. Ireland-Piper, Danielle. «Extraterritorial criminal jurisdiction: does the long arm of the law undermine rule of law?», In *Melbourn Journal if International Law.* N. 122. 2012. p. 130.

[2] «Ultimately, it is submitted that the collective interest that explains conferring upon the territorial state the power to punish anyone who commits a crime on its territory is also shared by individuals who happen to be there accidentally, or for a very short period of time (…) these considerations fully explain the territorial scope of the criminal law system to the extent that it involves a state holding a normative power to punish anyone who violates its criminal law within its

However, those interests are not absolute or unconditioned. Imagine a case where and entire religious minority is held in detention camps of a certain state, which is not acting upon it. In the mentioned example the interests of more than one community are affected, since the rights involved are of a supranational interest, concerning citizens from all over the world who are touched by the extermination of an entire religious group. Moreover, there is the interest of more than one state affected, since these are the norms to which different states compromised when signing the Rome Statute or Genocide convention, for instance. Consequently, it is possible to question if there would be an interest of other states to resolve the issue, noticing the emergence of elements of extraterritorial [3] application [4] of criminal law.

In order to address the issue of extraterritoriality the same base premises that supported territoriality need to be taken into the equation and interpreted accordingly, in a manner which should enable reconciliation between sovereignty, individuals' interest and extraterritoriality. The first question is when a state claim can have the exclusive interest in the crime and when it can concurrently share it with other states.

As an additional reflection, it is relevant to highlight the difference between the extraterritorial application of domestic criminal law and the application of international criminal law. There is a big path between the single homicide of Rwandan Hutu citizen in Burundi by a mistaken shot of paramilitary Tutsi member in 2019 and the thousands of homicides occurred between Tutsi Paramilitary forces and Hutu`s, that could include Burundian citizens around 1990 and 1994. The analysis here proposed starts with the grey areas between these two extremes and arrives at this last hypothesis.

Consequently, to the aims of this work, two variables need to be examined when answering the extraterritoriality question. First, what is the role that human rights violations play in states` and citizens` interests in the municipal law and international criminal law application of extraterritorially. Second, add to the second hypothesis of the previous paragraph that, during the conflict, the

---

borders.» Chehtman, Alejandro. The philosophical foundations of extraterritorial punishment. Oxford: Orford, 2010 e-book. p. 56; 58 «(…) a jurisdição penal com todos os seus poderes (*concentração*), tende a competir ao responsável máximo pela manutenção da paz e segurança *geral* de uma certa comunidade *supremacia),* que tende a não admitir concorrenes que lhe prefiram no respectivo domínio (*exclsuvidiade).»* Caeiro, Pedro. *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do estado*. Coimbra: Wolter Kluwer, 2010. p. 53.

[3] Extraterritoriality is understood in this work as a state applying its own rules on a crime committed outside its own territory, that is to say beyond its own borders.

[4] The term extraterritorial application is employed as a general reference to prescriptive, adjudicative and enforcement extraterritorial jurisdictions.

Rwandan filial of a French bank helped the armed struggle breaking a United Nations embargo and financing deals to support the Rwandan Army [5]. Does the fact that those violations are committed by multinational companies impact this single or concurrent interest of different countries in the application of municipal or international criminal law?

6.1.2 **Should new scenarios impact traditional interests?**

As a last preliminary remark, it is important to relativize the relevance of sovereignty in the context of extraterritorial application of criminal law. It is not news that globalization has been diminishing the impact of physical borders and the flow of information, people and business also increased. As a consequence, the idea of sovereignty also needs some revision through these lenses to adapt to lower boundaries and transnationality [6], which reflects in the manner jurisdiction [7] is perceived.

Nowadays international cooperation between states have assumed a relevant position in the debate for the application of criminal law, privileging treaties, multilateralism [8] and common effort. Some examples illustrate such tendency, the European and the Mercosur Arrest Warrants; the strengthen of mutual assistance in Europe in Joint Criminal Investigation Forces; the International Criminal Court, International Criminal Court of the African Union. Thus, Criminal Law is not alienated from the impact of the fluency of borders, in fact it is developing its own remedies to tackle it.

In the same sense, principle 2 of the UN Guidelines on Business and Human rights stimulates states to regulate against extraterritorial abuses

---

[5] Example adapted from allegations against BNP Paribas participation in the Rwandan genocide. Accessed in: https://www.economist.com/finance-and-economics/2017/07/08/bnp-paribas-faces-accusations-over-the-rwandan-genocide. Available in: 30 May 2019. Accessed in: https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2017/09/25/genocide-au-rwanda-bnp-paribas-visee-par-une-information-judiciaire_5191022_1653578.html Available in: 30 May 2019.

[6] To explain the link between national and international law in transnational affairs see Orentlicher, D. F. (2004) «Whose Justice? Reconciling Universal Jurisdiction with Democratic Principles», *Georgetown Law Journal*, vol. 92, no. 6, p 1067. «As the term is used in this article, *transnational law* is made by more than one state, typically with the participation of non-state actors, and is constituted at least in part by national law. As this working definition implies, a hallmark of transnational law is that it typically comprises elements of both national and international law, dissolving traditional dichotomies between the two».

[7] «In essence changes in the way we understand and enforce jurisdiction mean inevitable changes to the way we understand and enforce sovereignty. (…) Equally, states and companies outside a territory can nonetheless influence conduct outside that territory» Ireland-Piper, *op. cit.,* p. 168

[8] Indeed some criticism in the role of unilateral applications of extraterritoriality is necessary, since it implies the risk to subjectivism and politics measures leaving the individual vulnerable in the hands of state. For more on this see Ireland-Piper, *op. cit.*

committed by business within their jurisdiction as one of the measures taken in the sense of strengthening the state role.[9] This is due to the fact that frequently the human rights violations are deemed not to the headquarters in the central home states, which carries diligence in the home territory, but to their branches in distant states.[10] Moreover, the state's duty to protect human rights includes a duty to provide access to remedies where a violation did take place (i.e., the preventive measures failed or were insufficient)[11].

With these questions and premises settled, this work will be structured in the following way. It will commence by assessing the relationship between extraterritoriality and gross human rights violations that can be considered relevant crimes. As a result, it will be necessary to analyse jurisdiction and criteria to assert it, specially focusing on multinational companies as subject. At the end, the work proposes criteria.

6.2 BETWEEN CRIMES AND HUMAN RIGHTS VIOLATIONS: WHERE DOES EXTRATERRITORIALITY APPLY?

The question dealt by this section refers to the necessary link between human rights violations and criminal law that will justify the criminal application of extraterritoriality. Do every human rights violation allow the criminal prosecution in an outer territory? The answer is no. The relevant contribution is to draw lines between what is relevant for criminal law as a human rights violation and what is not, and what justifies extraterritoriality or not.

Back to basics, can the universal human right to liberty or to life be considered violated by the commitment of a kidnap or a homicide? It is intrinsic to crimes that they harm some individual human right. However, this is not enough to consist of a human right violation which is relevant to criminal law, not only because they are usually committed on an individual-individual

---

[9] Ivory, Radha; John, Anna. «Holding companies responsible: the criminal liability of Australian Corporations for Extraterritorial Human Rights violations». In: *UNSW Law Journal.* N 40. 2017. p. 1180. Principle n. 2 of the Guiding principles on business and human rights and General Principle 'a'. Available in: https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf. Accessed in 30 May 2019.

[10] «Muchas de estas violaciones no son protagonizadas por la persona jurídica matriz, sino por sus proveedores (firmas de ropa que utilizan proveedores que emplean trabajo infantil) o por sus filiales, que por ejemplo utilizan técnicas de producción que causan graves daños al medio ambiente y que nunca hubieran sido admitidas en el país al que pertenece la empresa matriz.» Mata-Barranco, Norberto *et al.* Derecho penal Económico y de la empresa. 2018. E-book. P. 83.

[11] Schutter, Olivier de. «Towards a Treaty on Business and Human Rights». In *Business and human rights.* Geneva: Universite de Geneve, 2016. p. 83.

horizontal sphere, but also because, otherwise, almost every crime would amount to human rights violation.

Human Rights Courts have been pointing that the state obligation to intervene emerges as a means obligation not an end obligation, which signifies to stablish the right normative, preventive and investigative measures to tackle human rights violations. [12] Extraterritoriality principle appears in the bulge of covering such human rights violations where the states in which territory it actually happens cannot or willfully do not do so.

Coming back to the rationale of territoriality and what removes it from the national state and society interests bringing a concurrent interest of other state(s), it is possible to point out a few factors. The first factor, assumed from the human rights Courts views, should be the inertia of the territorial state should implicate additional measures, which in case mean legitimizing the intervention of another state by extraterritoriality.

Approaching it to the multinational company context, it is common that corporations are attracted to countries that because of corruption, the need to attract foreign investment, archaic legal systems or even the immersion in very severe armed conflict, since there the loser normative framework would allow them to increase their profits [13]. The problematic aspect is that, precisely for the same reasons, those states are not capable of control them, leaving their citizens vulnerable. Extraterritoriality, thus, allows home states to avoid shielding companies. Even more relevant is to highlight that, acknowledging extraterritoriality would apply wherever the «subsidiary» company is based, the parent company needs to be in line with human rights compliance, having nowhere to run away from it. It is under those circumstances of unwillingness or incapacity of the host state to prosecute the company that the first element is fulfilled. Kiobel case [14] illustrates how conflict, previous or post, can impact economic activities providing room for companies to take advantage of it whilst committing gross human rights violations.

---

[12] In this sense, the Human Rights Courts have adopted the understanding that the states are obliged, under the risk of violation human rights, to provide legal/normative framework and enforce prevention to protect human rights. In the European Court, concerning specifically the right to life, see: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_ENG.pdf. Accessed in: 30 May 2019. In the InterAmerican Court, concerning the obligation to investigate human rights violations, see cases: Gomes Lund *et al*. v. Brazil, par. 138; *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, nota 25 *supra*, pars. 166 e 176; *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 53 *supra*, par. 191, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 175.

[13] Tebello, Thabane. «Weak Extraterritorial Remedies: The Achilles Heel Of Ruggie`S Protect, Respect And Remedy Framework And Guiding Principles». In *African Human Rights law Journal*. N 43. 2014 pp. 48-51

[14] Available in: https://www.business-humanrights.org/en/shell-lawsuit-re-nigeria-kiobel-wiwa. Accessed in: 03 May 2019.

The second should be the transnationality and/or relevance of the interests involved in the crimes committed. Coming back to the Rwandan case, a single Hutu homicide committed amount differently to the innumerous Hutu killings happened on an outer territory in the context of a genocide. The gravity of the last example added to the state (in)capacity to react configures the necessary concurrency between other states and societies interests to react. Such interest, not to fall in the ambit of discretion, can be anchored in international human rights treaties.

There are several human rights instruments that bring an international concern on some transnational crime topics, child pornography, genocide, human trafficking. Our analysis will then refer to those treaty obligations (which will be further explained in the next section).

The first standard are the serious human rights violations related to the international crimes listed on the international criminal court, genocide, crimes against humanity and war crimes. The onus of this argumentation is very simple, those conducts were already recognized by innumerous [15] states as violation that are serious enough to support the existence to an international court to complementarily prosecute such crimes, which shall not be unpunished. Even if one could say that international criminal law and Tribunals are not unanimously recognized, here crimes are mentioned as an international or national [16] (where already incorporated to national laws) standard of gravity, which cannot be denied regardless of the adherence to the International Court. [17] [18]

Another standard which remains in more grey area is the treaty crimes, other serious human rights violations, for instance as torture or persons

[15] The International Criminal Court has 122 State Parties, added to signatures that were not ratified.

[16] «International criminal law can be seen as covering both crimes under treaties, which usually take effect through national legal orders, as well as what are increasingly called 'atrocity crimes' or 'core crimes', which may exist independently of national law and can be prosecuted in international courts. Such atrocity crimes can of course also be prosecuted at the national level, where the national courts enjoy such jurisdiction.» Clapham, Andrew. «Human Rights and International Criminal Law». In *The Cambridge Companion to International Criminal Law.* Org. William Schabas. Berlin: Cambridge University, 2016, p. 13.

[17] In the same sense, Monica Antonini adverts that «en las estrategias diseñadas por el Consejo de seguridad de las Naciones Unidas y desenvolvimiento de los tribunales internacionales para Ruanda y para Yugoslavia, en especial en orden a los plazos fijados para su funcionamiento, la previsión de normas concretas de transferencia de procesos hacia las jurisdicciones nacionales que demuestren aptitud para tomarlos a cargo y el diseño de mecanismos de monitoreo sobre esas transferencias.» Antonini, Monica. *Aplicación extraterritorial de la ley penal y derechos humanos.* Buenos Aires: *ad hoc,* 2014, p. 280

[18] «International criminal law regimes rely overwhelmingly on criminal remedial mechanisms. State parties are required, as part of their treaty obligations, to criminalize the conduct covered by the treaty, and then to enforce those domestic criminal laws.» Zerk, Jennifer A. *A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate of the UNSG's Special Representative on Business and Human Rights*. June 2010. p 135.

trafficking or terrorism, which were object of international (human rights) treaties. Scholars generally attribute such rationale to the transnational element, the relevance of interests to international community or the threat to the victims involved. [19] Nevertheless, between those three examples, there are a few differences that will impact their consequences and create subcategories of treaty crimes, reflecting in the concept of serious human rights violations to be taken into account by this work.

There are treaties that fulfill the criteria of being transnational and serious to the point that they generated treaties that impose the obligation to create offences [20]. Those treaties have as a consequence «oblige the States Parties to establish jurisdiction over the offences outlined in the treaties; they oblige the State to either extradite those accused of such offences or submit the case to its prosecutorial authorities; they can be used to ground individual complaints concerning violations; their compliance may be monitored by the relevant treaty monitoring body; and they operate as interstate treaties allowing even States that are not victims to demand compliance at the international level. These treaties have generated the national law that allows for the prosecution of foreigners who have committed their crimes outside the jurisdiction» [21]. Therefore, they clearly make the connection between the human right protection and the use of criminal law.

There are, however, treaties that instead of creating the obligation to criminalize, they create the demand for suppression [22]. According to Clapham [23], this means that individuals do not hold rights against the state party, even

[19] Clapham recognizes this reasoning, but denies it, attributing to different movements within the human rights struggle. Clapham, *op. cit.,* p. 19.

[20] Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984); Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture (1985); Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons (1994); Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography (2000); International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (2006). These are the conducts according to Clapham that were object of the international law obligation of states to be criminalized. Protocol of 2014 to the Forced Labour Convention, 1930, can also be mentioned in such category.

[21] Clapham, *op. cit.,* p. 20.

[22] International Convention against the Taking of Hostages (1979); United Nations Convention against Transnational Organised Crime (2000); Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organised Crime (2000); Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organised Crime (2000); Protocol against the Illicit Manufacturing and Trafficking in Firearms, their Parts and Components and Ammunition, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organised Crime (2001); Council of Europe Convention on Cybercrime (2001); Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings (2005); African Union Convention on Cyber-Security and Personal Data Protection (2014).

[23] Clapham, p. 21.

though they aim at enforcing advocacy for their protection by states. Hence, the connection between the human right protection and criminal law is less evident, which leads to the conclusion that it cannot be assumed or inferred, since the discipline restricts rights [24] [25].

As a last subcategory, it is possible to mention the conducts which does not have a direct link with human rights, such as narcotic trafficking and terrorism. The conventions on these topic conducts would implicate the «recognition that the operation of the treaty could undermine existing human rights and the treaties therefore demand that measures taken under the treaty are in conformity with human rights.» [26] This category shall not integrate the crimes that can be considered as gross human rights violation, to the aims of this work, since they are not able to fulfill the second criteria.

To conclude, it is the relevance and/or gravity of the human rights in the question added to the incapacity of the host state to react are the factors that bring the home state in the game, for having in its territory a parent company that is capable of controlling and monitoring [27] its subsidiaries and failing to prevent it violations. Such understanding is harmonized with the logic of human rights protection and the principle according to which the victims who shall not be left without remedies.

---

[24] Also it does not mean that on national level measures can be taken in the sense of protecting such human rights. It only implicates leaving in the discretion of national systems, including by other measure which do not involve criminal law. Some may say that in human rights the *pro homine* principle would grant a broader interpretation to human rights as a hermeneutical method. ANTONINI, *op. cit.,* p. 278. However, it is a necessary remark that, in this case, the interpretation that would enlarge human rights protection, according to human rights premises would ignore the criminal law impact, consequently, would also restrict the liberties of those acting in a certain way.

[25] Robert Currie, when comparing transnational crimes and crimes previewed by international criminal law *strictu sensu*, states that in this last case, the criminalization is a way of promoting human rights norms and deter governments from breaching them. On the other hand, in transnational law crimes, despite the existence of a duty of state to protect individuals from them, it does not derive primarily from human rights law. The scholar argues that, instead, transnational crimes suppression instruments, frequently impose more severe treatment to offences without compensating anyhow by mitigating the harshness of protection mechanisms. CURRIE, Robert J. In *Routledge Handbook of Transnational criminal Law*. Edited by BOISTER, Neil; Currie, Robert J. Routledge, Oxon, 2015. p. 29;30

[26] United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (1988), article 14(2) of which demands that measures to eradicate plants containing narcotic or psychotropic substances shall respect fundamental human rights, and the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (1999), article 17 of which demands that individuals subjected to measures under the treaty are guaranteed fair treatment including applicable international human rights law. CLAPHAM, *op. cit.,* pp. 22, 23.

[27] Due diligence is included in the 17th Guideline of Guiding principles on business and human rights. Available in: https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf. Accessed in 30 May 2019. Rhada Ivory and Anna John summarize the principles 18 to 21 in the following terms: «Due diligence requires that businesses undertake and embed human rights impact assessments in their organizations, review their responses thereto, and report to outside parties.» IVORY; John. *Op. cit* p. 1181.

6.3 EXTRATERRITORIALITY: FILLING THE GAP BETWEEN COMPANIES AND HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

In practical terms, what binds territory to a crime is the place of its commission, which can either be: «(a) the place where the relevant acts were commenced ("subjective territoriality"); or (b) the place where the acts constituting the offence were completed ("objective territoriality")» [28]. This second possibility is known as effect principle. The application of domestic law of a state outside these possibilities would be considered extraterritorial jurisdiction.

There are different criteria to justify the application of the criminal law of a state where crime was not committed. The most common accepted are the nationality principle, being active or passive [29], the universality principle and the protective principle [30]. Those criteria vary decreasingly in the level of connection between a state and the crime, if taken into consideration that territoriality is excluded and the possible connections of a state with a crime can by throughout their citizens or other actors, protection of common human values or its sovereignty.

The first jurisdictional issue to be analyzed in this work is the different basis for extraterritorial application of criminal law. The first and most common basis is nationality, a paradigm that would not change for multinational companies. The growth of the nationality principle is simultaneously a response to international and transnational criminality, and «broader collective interest in the conduct of nationals overseas» [31] in the case of active nationality. Passive personality is a more controversial version of the nationality principle, because of its potential to harm individuals' rights by the lack of predictability of the extraterritorial state laws [32]. However, when addressing serious human rights violations, such an issue becomes less relevant since due to the gravity of the conducts there is no surprise about their unlawfulness. In a world where borders became fluid, nationality seems to be a more concrete standard of jurisdiction assertion than

---

[28] ZERK, *op. cit.,* p. 121.

[29] Nationality principle allows states to apply their jurisdiction over a crime committed outside their territory because of the nationality of the perpetrator, active nationality, or the victim, passive nationality.

[30] Protective principle justifies extraterritorial jurisdiction on the basis of need of defence or sovereignty protection of the state. Usually it is applicable to offences involving forgery, counterfeiting, treason. IRELAND-PIPER, *op. cit.,* p. 137.

[31] IRELAND-PIPER, *op. cit.,* p. 133.

[32] CHEHTMAN, Alejandro. The philosophical foundations of extraterritorial punishment. Oxford: Oxford, 2010 e-book. p. 68.

territoriality [33]. Most recently, due to the mobility of individual a derivative criterion emerges, which is the residence [34].

Secondly, protective principle can also base jurisdiction, thought it shall not be applicable here. Protective principle is based on the state's protection which is contradictory to the protection of human rights, in face of companies or the state. Not to mention these types of judgements are problematic in its own existence, since they are fertile territory to bias and political intervention.

The universality principle «allows any state to take jurisdiction over a criminal matter which is so serious, and which has such grave implications for international peace and security, that all states potentially have an interest in preventing or ending it.» [35].

To analyze the ground of the jurisdiction assertion means at the end to comprehend the motive for asserting jurisdiction of a state, an issue that passes by politics, discretion and therefore impacts human rights of the defendant. The analysis proposed by this work will start by identifying the problems in the different types of extraterritorial assertions to at the end propose an alternative.

Reactive assertions of jurisdiction are usually connected to policy issues, international pressure, or a new type of conduct, due to their nature they tend to be dangerous to the defendant human rights for the lack of consistency usually presented. [36] The first form of assertion faces the difficulty of being too discretionary, leaving perpetrators in a delicate position with regards to basic human rights guarantees such as legality, fair trial etc.

Generic assertions provided by municipal law define generic conditions of the criminal law framework to apply extraterritoriality. [37] This model of assertion is problematic for the case because it leaves a very wide window for the jurisdiction assertion according to each municipal law, not to mention the multiple links they create originating diverse layers of different jurisdiction assertion.

---

[33] When addressing the interests of the territorial state in punishing the crime committed in their territory, Alejandro Chehtman attests that there is no double edged situation: to punish or release, there is also the possibility of existing a certain interest of the territorial state to authorize extraterritorial state to punish the individual. CHEHTMAN, *op. cit.,* p. 62.

[34] CHEHTMAN, *op. cit.,* p. 60.

[35] ZERK, *op. cit.,* p 119.

[36] IRELAND-PIPER, *op. cit.,* pp. 143-48. The examples provide are the Securing Human Intelligence and Enforcing Lawful Dissemination Act ('Shield legislation') and people smuggling legislations in the Asia-Pacific, both reactive to specific episodes and with concerning consequences to human rights, respectively to respect to non-nationals procedural rights and asylum seekers in Australia. To the aims of this work, no differentiation will be done between reactive assertions and politically motivated prosecutions (p. 150-154), since both of them attend to a generic category where politics and policies are the main criteria for jurisdiction assertion, suffering the vices of non-predictability and a high degree of political discretion.

[37] *Ibidem*, p. 149.

On the side of jurisdiction assertion that might be useful for serious human rights violations committed by multinational companies, there is ad hoc assertions, alternative prosecutions and treaty based assertions.

Ad hoc assertions «typically focus on transnational crimes and generally represent efforts of developed countries to regulate the conducts of their citizens in jurisdictions where enforcement mechanisms are either inadequate or rarely used.» [38] They are used often in money laundering, immigrations and sexual abuse offences. Despite the interesting principle according to which developed countries set efforts to enforce mechanisms in other countries, which is coherent due to their easier way in doing so – a logic that is quite inspiring to serious human rights violations, stablishing jurisdiction assertion to serious human rights violations also means, as settled, above restricting rights as is usually done with transnational crimes, adding issues to the procedural fairness. It can be an undesired consequence, since it is «burdened by multiple conditions extraterritorial obligations, yet denied corresponding extraterritorial protections.» [39].

Another interesting type of assertion are the alternative prosecutions which consists of the assertions of jurisdiction whenever one jurisdiction is not satisfied with the outcomes of another [40], a model which can be compared to the one adopted by the International Criminal Court through the complementarity principle.

Last but not least, treaty based assertions concern the exercise of extraterritoriality not on the basis of municipal affairs, but on the basis of international treaties which impose the obligation or permit to legislate extraterritorially. [41] Such type of assertion enlarges a broader range of treaty based crimes such as anti-corruption, anti-terrorism, child pornography, which despite their gravity do not fall within the scope of serious human rights violation stablished in the previous session of this work. In relation to the international crimes and crimes committed under the obligation to criminalize, treaty-based jurisdiction assertions bring an important element which is stablishing international consensus and consistency, an important base to avoid jurisdiction conflict. Consequently, treaty-based assertions avoid unilateral assertions from state.

In terms of serious human rights violations by multinational corporations, the extraterritorial jurisdiction assertion seems to present mixed elements of

---

[38] *Ibidem*, p. 141.
[39] *Ibidem*, p. 143.
[40] *Ibidem*, p. 154.
[41] Ireland-Piper, *op. cit.,* p. 139.

the different types of assertion. The rationale behind the assertion in such case should be the desire to close loopholes and enforce gaps which will allow a better protection of human rights through criminal law, a need that is not always self-evident, but in case of serious violations becomes a need [42].

The first and most important one is to be treaty based, not necessarily on a specific treaty, but on the specific treaties to the referred disciplines. Despite its historical employment [43], unilateral jurisdiction assertions not only can present political motivation but also can become a diplomatic issue.

The second is the rationale of the ad hoc assertions, which despite not relating to the transnationality of the crimes, but to their seriousness, of delegating to those who have the ability and the power to manage jurisdiction. Applying it to the multinational companies' context, this would mean using the strengthen of parent-based measures to offer the possibility to enforce private actors «due diligence» duties [44].

Finally, in order to preserve jurisdiction harmony and avoid conflict jurisdiction assertion needs to have a link with the extraterritorial country, which is a tendency even in universal jurisdiction [45], and be subsidiary to territorial jurisdiction [46]. This conclusion aims at harmonizing the urge that serious human rights violations impose with the basic premise of the principles that victims are deemed to receive compensation.

6.4 WHY EXTRATERRITORIALITY FOR CRIMES COMMITTED BY MULTINATIONAL COMPANIES?

The arguments that oppose the application of the home state access to extraterritorial jurisdiction consists usually of four. «The first is that home

---

[42] Zerk, *op. cit.,* p. 126, «Other extraterritorial regimes, motivated by security rather than human rights concerns, have been driven largely by states themselves.» A circumstance which threatens individual protections against the state, which is not the case here firstly because the reference is to companies and secondly because the reasons here do not involve security.

[43] With regards to sex tourism, for instance. Zerk, *op. cit.,* p. 117.

[44] Finally, legislatures can seek to control extraterritorial criminal behavior indirectly. This can be done by placing statutory obligations on local companies, and theoretically individuals too, to use the influence they have to ensure that foreign private actors operating in other jurisdictions adhere to certain prescribed standards of behavior. In the field of money laundering, the «customer due diligence» requirements mentioned below, which must be extended to foreign subsidiaries and branches of EU financial institutions, is a good example of this kind of «parent-based» regulation in action. Zerk, *op. cit.,* p. 117.

[45] See the cases of Spain and Belgium, Zerk, *op. cit.,* p. 120.

[46] Attesting the trend, Zerk asserts «done. Some states have adopted a more formal «subsidiarity» approach where a state seeking to rely on a more controversial jurisdictional doctrine, such as the protective principle or universal jurisdiction, will only do so where the state (or states) with the more traditional jurisdictional claim (e.g. territoriality or nationality) has failed or refused to act». Zerk, *op. cit.,* p. 132.

state remedies infringe on the host state's sovereignty. Secondly, in almost all cases where MNCs are charged with human rights violations in the courts of the home state, MNCs rely on the doctrine of *forum non conveniens* to 'defeat-delay-frustrate' actions initiated by victims of their violations committed in the host state. Thirdly, they rely on the twin principles of separate legal personality and limited liability. Finally, they rely –albeit to a limited extent– on the principle of international comity.» [47] In the following paragraphs the paper analyzes each of them, determining counter-arguments and possible solutions.

First, sovereignty is not an absolute concept. In fact, its value has been contested by some international interests, such as human rights or economic integration. However, the extraterritoriality discussion seems to have a closer link to responsibility, the nature and broadness of the responsibility that belongs to each entity towards the community and the state as a mediator. [48] This approach is more coherent to current values that surround the delegation of a regulation and with it, a certain degree of responsibility to different entities, which are not necessarily the state. Therefore, the state, as a mediator, is the entity entitled to coordinate conditions of coexistence in its community. If this means reconciling the responsibility for the peace and safety of its community and the means available for (other) entities [49] –in our case states, the legitimacy of its action should resist regardless of the territory because human rights are universal interest.

Second, the doctrine of *forum non conveniens* could represent a limitation extraterritoriality application in the liability of companies. However, bigger than eventual civil norms which aim at regulating relationships between companies and places, is what these norms are preserving in each case. In the

---

[47] Tebello, *op. cit.,* p. 53. In the same sense, «MNE are incorporated under domestic legislation and generally upon the principles of limited liability and separate legal personality. As a rule, each company is distinct from the others; each has the capacity to limit the liability of its members and managers to contribute to its debts». Ivory; John, *op. cit.*, p. 1179.

[48] Caeiro, Pedro, o*p. cit.,* pp. 54; 55.

[49] Caeiro, *op. cit.,* pp. 209; 211. «Se e nessa responsabilidade, como propomos que se encontra o fundamento material da jurisdição penal do Estado, o modo por que a última se define tem que ser congruente com sua natureza omnipresente e omni-providente. E por isso se explica a singular amplidão da jurisdição penal do Estado (e a sua virtual completude), que tende a expandir-se até ao ponto por ele julgado necessário, ainda que disputando o domínio de jurisdições concorrentes, vigiando-as, comprimindo-as ou, até, aniquilando-as.» In the same sense, «Sin embargo, tampoco puede soslayarse que la soberanía de una nación ya no se constituye la *ultima ratio* de la organización social y jurídica del mundo y que el respeto a la soberanía de un Estado no se vulnera por el reenvío consciente a la aplicación de otro derecho, en especial cuando se postula a favor de salvaguardar los derechos del hombre […]. En efecto, la constitucionalización rígida de los derechos humanos y el principio de la paz establecieron límites y vínculos normativos al poder estatal y a la política (…)» Antonini, *op. cit.,* p. 276.

case of human rights violations, the relevance of the subject can justify in some cases, according to certain standards offered in the paragraphs bellow, the prevalence of those norms in the name of protection of international and universal pre-stablished human protection values [50].

Third, assessing limited and separated personality, the same way in corporate law the veil of protection shall be raised in case the company is using it to commit fraud, if a company use its foreign subsidiary to centralize the risky aspect of the business or perpetrating any illegality. [51] Gross human rights violations are not less serious than fraud, to say the least. Therefore, it is coherent in this last case, the strict rules of corporate responsibility and protection are reconciled with the damages their economic power can represent in supporting or directly perpetrating crimes.

Finally, the comity principle assumes the equality between state jurisdictions, which is a very vague concept. Not to mention that such an assumption disregards that the host state jurisdiction might not be able to react properly, by being under an existing conflict, or by being involved in it. As a consequence, it does not address the human right aspect of the issue, whilst prioritizing the private law.

It is important, thus, to analyze propositions concerning extraterritoriality assertion in the context of gross human rights violations by companies. The first proposition is that extraterritoriality should not be asserted unilaterally, since unilateral assertion has potential to raise questions concerning legitimacy and sovereignty. In the context of conflict, such situation might deteriorate conflict circumstances. Not necessarily it needs to be treaty based, another –more immediate possibility– is for states to grant each other criminal jurisdiction for acts committed on their territories even on *ad hoc* basis, as in the Conventions of the Council of Europe on Cybercrime (2001) and on Action against Trafficking in Human Beings (2005), and the 2003 UN Convention against Corruption [52], or even on the Lockerbie case.

The criteria concerning jurisdiction assertion should be active nationality, because this is the criteria that presents the closest link between prosecuted and jurisdiction – as well as in individual responsibility. In terms of corporation responsibility, this would mean incorporation, or domicile or

[50] Same reasoning allows the change of classical criminal rules, such as the reversion in the burden of proof proposed in the revised draft treaty on business and human rights. Available in: https://www.business-humanrights.org/en/five-ways-the-new-draft-treaty-on-business-and-human-rights-can-be-strengthened Accessed in: 10 September 2020.

[51] Tebello, *op. cit.,* p. 55.

[52] Chehtman, *op. cit.,* p. 75.

having their base of operations. Companies incorporated elsewhere are not considered national by domestic legislation, despite the existence of exceptions [53]. In terms of responsibility, the origins of the regulation and duty to supervise are strong mechanisms, since parent companies are usually in developed countries [54].

A combination of factors needs, then, to be present for extraterritoriality to be applicable at companies violating gross human rights. A certain level of extraterritorial regulation based on nationality to certain types of offences, previewed in treaties, and consent with jurisdiction assertion.

6.5 CONCLUSIONS

The first remarkable premise of extraterritoriality, in both human rights field and criminal law, is to protect human rights, in this last case, from gross violations – which cannot be left without remedy. This is what allows jurisdiction to be applied on different basis than the common territorial grounds, being even more consistent than the usual conditions for extraterritoriality. Besides, the traditional foundations of territoriality have been pondered over the past years, with different notions of sovereignty and cooperation to tackle crime impunity.

In combination to that, there is the economic factor and conflict or dictatorships usually involved in gross human rights violations. All these circumstances together legitimate the prioritization of remedy. However, such regime would only apply to certain human rights violations, the ones treated by international human rights law as being severe enough to demand criminalization, where the state does not show enough capacity to react to their violations. This is the proposed convergent point between crime and gross human rights violations.

The criteria to define extraterritoriality frequently vary, nationality, in the context of multinational companies, remains as the safest since it provides stable standards. In order to offer protection to human rights, the nationality taken into account is the one of the parent company, under a supervision or duty to regulate –which ascribes responsibility– whenever this is the condition to provide victims (some) reparation.

---

[53] ICSID Convention (the 1985 International Convention for the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States,), article 25 (2)(b).

[54] Zerk, *op. cit.,* p. 138.

Jurisdiction assertion, however, shall be treaty based or even *ad hoc,* as long as there is an agreement, as frequently international instruments proportionate. This enables circumvent one the weaknesses alleged. As most part of opposing the arguments, they relate to the civil nature of company (law), which nonetheless is still under the umbrella of respecting vertically and horizontally human rights.

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

Juan Antonio Lascuraín Sánchez*
Universidad Autónoma de Madrid
Ana Belén Valverde Cano**
Universidad Complutense de Madrid

7.1 INTRODUCCIÓN: UN PROBLEMA ESENCIAL DESAPERCIBIDO

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas *ex* artículo 31 bis del Código Penal no llevó aparejada inicialmente una reforma procesal adaptando las especificidades del proceso penal a los nuevos «cuerpos», apellidados jurídicos en lugar de naturales, que iban a ser objeto de imputación. Esto, denunciado por procesalistas desde el inicio [1], ha ido supliéndose con reformas legales [2], reflexiones doctrinales [3], y con una esforzada

* Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid.
** Investigadora postdoctoral Ramón y Cajal en la Universidad Complutense de Madrid.

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

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

[3] Véase, por ejemplo: Gimeno Beviá, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Navarra (Aranzadi), 2014, pp. 33 y *passim*; Gascón Inchausti, F., *Proceso penal y persona jurídica,* Marcial Pons,

jurisprudencia que por la vía interpretativa ha ido tratando de resolver los conflictos de distinta naturaleza –penal, procesal o híbridos– planteados en la práctica [4].

Uno de estos problemas cruciales es el de la denominada «vigencia espacial» de las normas penales [5]. Se trata de una cuestión central del sistema de responsabilidad penal, y no de índole exclusivamente procesal, puesto que lo que delimita la aplicabilidad son, en realidad, las fronteras de protección de las normas penales [6]. No obstante, a pesar de esta naturaleza sustantiva, el diseño de estas fronteras no ha sido objeto de regulación específica por un legislador sorprendentemente pasivo o escueto en torno a todo lo que tiene que ver con el procedimiento de exigencia de responsabilidad penal de las

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

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

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

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

personas jurídicas [7]. Y tampoco ha merecido apenas reflexiones doctrinales hasta la fecha [8].

Lo que tenemos es nuestra regulación general de «la extensión y límites» de la jurisdicción penal del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), precepto que fue redactado, él y sus precedentes, pensando en la responsabilidad penal de las personas físicas, que era por cierto lo único imaginable en 1985. Poco problema tendríamos entonces si el legislador hubiera establecido un sistema de responsabilidad vicarial de la persona jurídica [9], en el entendimiento de que la pena impuesta no es más que una pena accesoria que se interpone tras constatar la responsabilidad penal de las personas físicas. En ese caso, la conducta individual sería la única sujeta al escrutinio del artículo 23 LOPJ y el destino jurisdiccional de la persona jurídica dependería del resultado del mismo: el Derecho penal español se aplicaría si se aplica al individuo y no se aplicaría si no se le aplica al mismo.

No obstante, la adopción de un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas [10], es decir, de responsabilidad propia no dependiente únicamente de la constatación de concreta responsabilidad individual, convierte el

---

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

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

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

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

objeto procesal (los hechos con relevancia penal) [11] en algo más complejo y, en cierta medida, autónomo. Dado que este no se limita a las acciones u omisiones del individuo que desencadenan la posibilidad de enjuiciar a la persona jurídica, el destino jurisdiccional de esta última tampoco puede depender, vicariamente, del escrutinio de la conducta individual a la luz del artículo 23 LOPJ. Y, al contrario, si bien la conexidad entre delitos es un criterio que sirve para determinar la competencia de un determinado órgano judicial presupuesta la jurisdicción de los delitos conexos, no sirve para afirmar la del delito que no la tiene. Es decir, si no hay jurisdicción para enjuiciar el delito de la persona jurídica, la misma no podría afirmarse por su conexión con el delito individual para el que sí haya jurisdicción [12].

Este problema de delimitación del foco penal de nuestras normas y de la jurisdicción penal de nuestros tribunales, no es menor, como ha venido subrayando Vincenzo Mongillo, pues el grueso quizás del objetivo preventivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas radica en los delitos de empresa y buena parte de nuestras preocupaciones de contención delictiva dirige su mirada a las corporaciones transnacionales o, en cualquier caso, a delitos con elementos espaciales, personales o materiales que no son exclusivamente nacionales [13]. Un error en el diseño comparado de esta cuestión puede constituir bien un estímulo al delito en forma de impunidad, bien un brindis al sol o una fuente de restricción de garantías fundamentales, singularmente la de no padecer *bis in idem* [14].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O lo que es lo mismo: ¿a qué supuestos espaciales, personales y materiales debería alcanzar la responsabilidad penal española de las personas jurídicas? Es una pregunta que, aunque tiene que ver con la determinación del Derecho penal sustantivo –y, en cierta medida, con la legitimidad del Estado para guiar comportamientos y limitar libertades–, afecta sobre todo a la delimitación del ámbito en el que un Estado puede legítimamente proceder a la protección de bienes jurídicos a través de la pena [15].

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

¿Cuál es el estándar en esta materia? El Derecho internacional reconoce seis elementos de conexión que permiten establecer la competencia de un Estado para perseguir penalmente un hecho [16]:

(1) *Territorio soberano*, que incluye también las aguas territoriales. Es la base principal de atribución de competencia, bastando con que una parte significativa o sustancial del hecho con relevancia criminal se produzca dentro de las fronteras. Se funda en los principios de soberanía territorial e igualdad entre los Estados, y la principal justificación es que la población de un Estado tiene más probabilidades de verse afectada o dañada por tales actos perjudiciales [17], aunque también se han señalado otras razones prácticas, como que la mayor parte de la prueba del delito estará disponible en el lugar donde se ha cometido el delito [18]. Al final lo que subyace es la idea muy intuitiva de que el Estado aplica su Derecho penal allí donde manda y donde pretende (y puede) mantener preventivamente ciertas reglas esenciales de convivencia.

(2) *Pabellón o registro de buques y aeronaves.* Según lo que en ocasiones se ha denominado principio del «territorio flotante», un buque o aeronave que utiliza la bandera de un país se encuentra dentro de su jurisdicción tanto como si estuviera geográficamente en su territorio. La doctrina se apoya en la base pragmática de que la ley a bordo no puede cambiar en cada cambio de aguas [19].

(3) *Interés protegido*. Los Estados pueden castigar conductas que ocurran fuera de sus fronteras que puedan tener un efecto perjudicial sustancial en su soberanía o su derecho a la independencia política [20]. Dado que tales actos,

---

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

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

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

[18] Böse, M., 2018, p. 220.

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

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

como el delito de traición, pueden no ser punibles en el Estado en el que se originan, la jurisdicción protectora del Estado al que se dirigen los actos se ha justificado tradicionalmente por el derecho del Estado a autodefenderse frente a amenazas que le afecten sustancialmente [21], y, en general, a proteger sus intereses básicos.

(4) *Nacionalidad del delincuente*, conocido como principio de «nacionalidad activa» o «personalidad activa». Los países pueden castigar la conducta delictiva de sus nacionales con independencia de dónde se encuentren y dónde hayan cometido el delito, con el límite de la doble incriminación (tiene que ser delito en ambas jurisdicciones) [22]. Este principio se funda en el vínculo especial entre el Estado y sus ciudadanos [23], y se ha justificado tradicionalmente por motivos de distinto orden, como evitar que los nacionales se sigan dedicando a actividades delictivas al regresar a su país de origen o, de modo claramente más convincente, para evitar la impunidad en los Estados que, siguiendo una pauta tradicional, no extraditan a sus nacionales [24].

(5) *Nacionalidad de la víctima*, o principio de «personalidad pasiva». Se extiende la jurisdicción a casos en los que el nexo con el Estado es el nacional que ha sido víctima de un delito [25], en una especie de principio de protección ampliado. Es un principio mucho más cuestionado que los anteriores porque el vínculo con el orden público del Estado que extiende su jurisdicción se considera excesivamente tenue e insuficiente [26]. Otras críticas –a nuestro juicio, más relevantes– incluyen la imposibilidad del autor de anticipar a qué

---

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

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

[23] Böse, M., 2018, p. 223.

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

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

[26] Ryngaert, C., 2015, p. 110.

normas ajustar su comportamiento, lo que es especialmente grave cuando no se exige doble incriminación [27].

(6) *Universalidad* [28]. El Derecho internacional consuetudinario reconoce ciertos sucesos como asuntos de interés universal –como la piratería, el comercio de esclavos y ciertos actos terroristas–, lo que permite que los autores puedan ser perseguidos y castigados en virtud de la legislación penal nacional de cualquier Estado que los aprehenda, independientemente de que tales actos se produzcan en su territorio o afecten a sus buques, aeronaves o nacionales [29], o de que los cometan sus nacionales, o de que afecten directamente a sus intereses. Se fundamenta en el interés compartido de perseguir al infractor por suponer la conducta una amenaza potencial para todos los Estados [30] y en razones de justicia básica de aseguramiento de la persecución penal de los crímenes más execrables. Se trata, no obstante, de un principio no libre de contestación y, en ocasiones, dependiendo de su conformación, problemático tanto por las posibilidades de politización –de utilización de la jurisdicción penal con fines de política internacional–, como por lo débil del vínculo con la

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

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

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

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

soberanía estatal [31]. De hecho, en la práctica colisiona con la soberanía de otros Estados y genera conflictos de competencia [32], por lo que las legislaciones tienden a arrogarse competencia en virtud de este principio en un número limitado de casos y a partir de vínculos de conexión con el Estado [33].

A partir de estos principios, en general, las posibilidades de establecimiento de jurisdicción por parte de la legislación nacional o a partir de compromisos internacionales oscilarían entre dos extremos: la más «tacaña» se limitaría a la territorialidad (impongo las conductas en mi territorio y de lo demás que se ocupen los correspondientes soberanos), salvo que en los tratados ratificados o los acuerdos interestatales se establezca alguna excepción; y la más generosa supondría extender la jurisdicción a todo aquello sobre lo que no exista una norma prohibitiva internacional vinculante en sentido contrario [34]. Una especie de «nada humano me es ajeno». La primera estrategia es menos preventiva, pero en algunos sentidos más eficaz: se investiga solo lo cercano, que es más fácil y menos costoso; se garantiza el efecto preventivo general, más difuso respecto a la población lejana al hecho delictivo; y se evita en todo caso la generación de conflictos con otras jurisdicciones [35]. La segunda es más justa en el sentido de prevenir y castigar toda conducta dañina, pero más costosa en términos absolutos y relativos: es más difícil y caro investigar y establecer los hechos, y frustrante cuando ello no es posible; puede desplegar un pobre efecto preventivo en relación con los delitos cometidos lejos del lugar de enjuiciamiento; y, como supo bien España cuando tuvo una jurisdicción universal generosa, puede provocar conflictos interestatales [36].

---

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

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

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

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

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

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

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

Nuestra legislación adopta una posición intermedia sobre la extensión de nuestra jurisdicción y la proyección de nuestras normas penales [37]: en el artículo 23 LOPJ se consagran los principios de territorialidad [38], nacionalidad activa (con los límites materiales expresos del principio de doble incriminación y prohibición *ne bis in idem*, y formales de exigencia de querella), interés protegido [39] y jurisdicción universal, ambos limitados también, aunque no expresamente, por la prohibición constitucional de *bis in idem*, y sujeto el último a los múltiples límites de conexión del apartado 4, que varían en función del delito que se trate, pero que suelen referirse a la nacionalidad española del autor o la víctima [40]. También establece algunos supuestos adicionales de juris-

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

[38] Apartado 1: «En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos *en territorio español* o cometidos *a bordo de buques o aeronaves españoles*, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte». Además, el artículo 8 del Código Civil indica que «las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español».

[39] Apartado 3: «Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por *españoles o extranjeros* fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado; b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente; c) Rebelión y sedición; d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales; e) Falsificación de moneda española y su expedición; f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado; g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles; h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española; i) Los relativos al control de cambios».

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

dicción vicaria universal [41], aunque también con los límites del artículo 23.5 LOPJ para la jurisdicción universal.

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

7.3 PRINCIPIOS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA Y PERSONAS JURÍDICAS

7.3.1 **Principio de territorialidad**

De lege lata, puesto que el delito se entiende cometido en todos los lugares en que se haya realizado algún elemento del tipo [43], la aplicación del prin-

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

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

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

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

cipio de territorialidad significa que da igual si los hechos imputables a la persona jurídica se realizaron total o parcialmente en España o si solo el resultado se produjo total o parcialmente en nuestro país: el delito se comete en todos los lugares en los que la persona jurídica actuó o debería haber actuado, o donde el resultado típico ocurrió o debiera haber ocurrido [44].

Según este parámetro, los tribunales españoles serían competentes para enjuiciar a la empresa francesa en el *caso de los vertidos ilegales*, aunque la conducta empiece a realizarse en zona económica exclusiva y no en el mar territorial, pero teniendo efecto en este. El criterio material que subyace es la valoración global de los hechos: me concierne toda intromisión ilegítima que se produzca en un ámbito relevante de mi soberanía [45]. Más problemática, no obstante, resulta la interpretación del primer parámetro (donde la empresa jurídica actuó o debiera haber actuado), porque caben tres respuestas en el tenor literal del artículo 31 bis CP: (a) o entendemos que la empresa actúa donde actúan las personas físicas correspondientes; (b) o donde se produce el defecto de organización; (c) o en ambos lugares. La primera opción será desde luego defendida por quienes sostienen que el hecho de la persona física es también hecho de la persona jurídica. Pero también cabe sustentarla desde la concepción del injusto de la persona jurídica como injusto de desorganización, independiente del delito individual, que actuaría en realidad como una condición

---

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

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

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

objetiva de punibilidad. Desde esta perspectiva podría apelarse que la conducta de la persona jurídica, en cuanto una especie de penalización autónoma de una forma de participación (omisiva) respecto a la conducta individual de referencia, se comete también en el lugar donde se ha realizado el hecho individual [46] y porque convergentemente cabe apreciar que es ahí donde se manifiesta el defecto de organización. Se puede justificar desde la perspectiva procesal, porque la conducta individual también pertenece al objeto procesal del delito de la persona jurídica [47], y desde la perspectiva de la teoría del lugar de realización de los delitos omisivos, porque es el que se debería haber actuado o en el que se produce el resultado que se debería haber evitado [48].

Respecto a la opción b), si entendemos que el Código Penal sitúa el injusto de la persona jurídica en su déficit de organización, en su mala gestión de ciertos riesgos personales, podemos sostener que el delito se comete donde se produce y quizás donde se concreta tal defecto de organización [49]. Como la determinación del lugar donde se ha producido el defecto organizativo puede resultar difícil, porque frecuentemente estaremos ante comportamientos omisivos en organizaciones complejas, y es una cuestión que debería ser apriorísticamente determinada (principio de legalidad), un buen criterio acerca de

---

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

[47] Gascón Inchausti, F., 2012, p. 50.

[48] § 9.1 StGB.

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

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

Esta opción, no obstante, plantea problemas cuando el hecho individual y el domicilio social de la empresa no coinciden espacialmente, en cuanto a su realización en España, por la desconexión entre el daño visible y el lugar de enjuiciamiento. Por ejemplo, en el *caso de los estragos*, la conducta dañina individual ha tenido lugar en Alemania, pero la empresa tiene su domicilio social en España [51]. Si no se tiene jurisdicción para enjuiciar a los autores individuales, y salvando posibles cuestiones, no menores, de prueba, de litispendencia y de *bis in idem*, ¿puede, o debe, afirmarse respecto de la persona jurídica?

Entendemos que sí, no solo porque sea posible al tratarse de un hecho propio, sino porque es deseable desde la perspectiva de la prevención de futuros riesgos: lo relevante es que la empresa, a pesar de ser una fuente de peligro en relación con las conductas de los suyos en su favor, no ha sido debidamente controlada por aquellos que debían hacerlo [52]. Y eso, que sucedió en España, pone en riesgo no solo a la sociedad alemana (donde finalmente se materializó

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

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

[52] Siguiendo la extendida opinión sobre el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Hernández Basualto, H., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas por violaciones a los Derechos Humanos», en Galain Palermo, P., Saad-Diniz, E. (eds.), *Responsabilidad empresarial, Derechos humanos y la agenda del Derecho penal corporativo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, p. 115.

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

Por el contrario, el hecho de que a la persona jurídica se la haga responder básicamente por ser una «mala gestora» de sus riesgos, hace que necesariamente tenga que excluirse su responsabilidad sobre aquellos aspectos que no puede controlar o supervisar, como sería el caso de las sucursales, filiales u otras entidades que tienen autonomía propia y en la medida en que el defecto descontrol sea imputable solo a tal autonomía [53]. Aunque esta cuestión tiene una complejidad que aquí no podemos abordar, baste señalar que el ordenamiento penal español solo contempla a la persona jurídica, no a la empresa y al grupo [54], y somete su responsabilidad a la constatación de que el individuo actuó por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio. Ello comporta que solo cabrá responsabilidad de la matriz por lo que suceda en la filial si del comportamiento realizado en esta se puede predicar que lo fue también por cuenta y en beneficio de aquella. Y que el administrador de la matriz podrá responder, y podrá responder la filial, si actuó como administrador de hecho de la filial y en su beneficio. Solo con estos parámetros cabría que la jurisdicción española pudiera dirigirse contra la matriz española que actuó desde España en relación con los delitos que en el extranjero se han cometido desde la filial [55].

---

[53] Esteban de la Rosa, F., «La competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», en Zugaldía Espinar, J. M., Marín de Espinosa Ceballos, E. B. (coords.), *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Navarra (Aranzadi), 2013, pp. 398-402.

[54] Sobre la inteligente utilización del concepto de grupo en el Derecho sancionador de la competencia, v. Nieto Martín, A., 2022, p. 257.

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

7.3.2 **Personalidad activa**

Aplicado así el principio de territorialidad, no va a quedar mucho espacio para otros delitos de una persona jurídica que queramos o debamos reprimir desde el sistema penal español. Puesto que en España es el domicilio social lo que determina la nacionalidad de la sociedad [56], y el lugar de «su efectiva administración y dirección» lo que demarca el domicilio, los criterios señalados anteriormente (sobre todo el lugar en el que se produce el defecto de organización) ya cubren la práctica totalidad de los supuestos en los que los hechos individuales que pueden generar una imputación a una persona jurídica española han tenido lugar en el extranjero. Aplicando las reglas del artículo 23.2 LOPJ, las únicas posibilidades de casos quizás atribuibles por la vía del principio de personalidad activa –y que no lo fueran ya por el de territorialidad– son de dos tipos: aquellos en los que las personas jurídicas adquieren la nacionalidad española (cambian su domicilio social a España) con posterioridad a la comisión del hecho, como el *caso de la estafa piramidal*; o aquellos en los que el administrador de la persona jurídica es un nacional español, aunque no haya vínculo territorial ni con el domicilio social de la persona jurídica ni el hecho dañino [57].

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

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

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

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

jurídica supone un vínculo estrecho de pertenencia a una comunidad nacional equiparable al de la nacionalidad de las personas físicas [58], ni hay aquí un problema de extradición: primero, porque las personas jurídicas no son extraditables, y segundo, porque carece de sentido extraditar a quien las represente para juzgar a la persona jurídica. Esto último sería además desproporcionado (no estamos hablando de su responsabilidad personal) e innecesario, ya que la instrucción puede realizarse recurriendo a otros medios de auxilio internacional, y el enjuiciamiento puede realizarse con la presencia de abogado y procurador simplemente [59]. Respecto al segundo grupo de casos, lo que se discute es si la nacionalidad del representante, que da competencia a los tribunales españoles para enjuiciar el delito individual, tiene algún sentido para extender la jurisdicción a la persona jurídica extranjera. Por lo tenue de la relación entre el hecho de la persona jurídica y España, y en coherencia con la idea de la responsabilidad por hecho propio, la respuesta ha de ser negativa [60].

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

7.3.3 **Principio de protección**

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

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

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

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

[60] De la misma opinión: Böse, M., 2018, p. 224.

ello, dado que cabe situar la génesis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la prevención de los delitos de empresa, y cabe señalar que muchos de estos lo son por dañar el orden socioeconómico, de *lege ferenda*, en la senda marcada por las Foreign Corrupt Practices Act y la Ley Sarbanes-Oxley, estadounidenses, o la británica Bribery Act, se plantea la cuestión de si debería extenderse la jurisdicción a todas las sociedades extranjeras que participen en el mercado bursátil español o que actúen de otro modo significativo en la economía española [61]. Creemos que esta reflexión conduce a una buena política criminal de futuro, si es que el legislador decide en algún momento, como parece necesario, emprender una regulación específica del ámbito de jurisdicción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante, *de lege lata*, la lista del artículo 23.3 LOPJ, que limita el número de delitos susceptibles de ser atribuidos vía principio de protección y no incluye una cláusula abierta aludiendo a un genérico «interés estatal» o formulación similar [62], impide la atribución de competencia por esta vía a los delitos susceptibles de cometerse en la actualidad por las personas jurídicas, como los comprendidos en «cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado» (apartado f del art 23.2 LOPJ) o en «[l]os perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración pública española» (apartado h del art. 23.2 LOPJ).

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

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

7.3.4 **Jurisdicción universal**

Recordamos de nuevo que nuestras preguntas constantes son dos, de ser y de deber ser: primero, si conforme a parámetros de justicia y eficacia deberían tener jurisdicción los tribunales españoles para ciertos delitos gravísimos en los que no la tendrían por razones de territorialidad, personalidad activa y protección de sus intereses, y en su caso, si tal jurisdicción debe depender de algún tipo de conexión con España [63]. Y segundo, si debe entenderse que tal jurisdicción universal queda ya acogida en nuestro artículo 23 LOPJ.

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

Parece por ello mejor recurrir a la conexión tradicional en torno a la nacionalidad de la persona jurídica, a su operatividad relevante en España o a que la víctima o más genéricamente el bien jurídico sean «españoles». Ciertamente la territorialidad en relación con los dos primeros criterios y la protección de intereses propios, debidamente ampliada en los delitos económicos, dejarían poco margen al recurso a la universalidad para justificar la jurisdicción [64].

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

---

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

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

sal de los delitos susceptibles de ser cometidos por la persona jurídica [65] y de sus criterios de conexión.

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

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

Delitos		Puntos de conexión			
		Autor	Víctima	Interés estatal	Otro
k	Contra la libertad e indemnidad sexual de menores (art. 189 ter CP).	– Autor español. – Autor con residencia habitual en España. **– Persona jurídica con sede o domicilio social en España.**	– Víctima española. – Residente habitual en España cuando se cometieron los hechos.		
i	Trata de seres humanos (art. 177 bis CP).	– Autor español. – Autor con residencia habitual en España. **– Persona jurídica con sede o domicilio habitual en España.**	– Víctima española o residente habitual al cometerse los hechos, siempre que el imputado se encuentre físicamente en España.		
n	Corrupción en transacciones económicas internacionales (art. 288 CP).	– Autor español. – Autor residente habitual en España. **– Persona jurídica con sede o domicilio social en España.**			
o	Falsificación de productos médicos o que supongan una amenaza para la salud pública (art. 366 CP).	– Autor español. – Autor residente habitual en España. **– Persona jurídica u otra clase de agrupaciones con domicilio. social en España.**	– Víctima española o residente habitual al cometerse los hechos.		

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

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

7.4 CONCLUSIONES: CÓMO INTERPRETAR, CÓMO REGULAR

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

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

desorganización que se comete allí donde esté el centro neurálgico de las mismas, y si entendemos, de la mano de nuestro ordenamiento societario, que la nacionalidad española de una sociedad depende de su domicilio en España, y este del lugar de su efectiva administración y dirección, comprobaremos como los criterios de territorialidad y de personalidad activa de las personas jurídicas tienden a coincidir [66].

Una confluencia en cierto modo similar puede darse con el criterio de protección de los intereses nacionales [67] si lo que importa en los delitos de empresa es el daño al sistema de libre y leal competencia en la generación y distribución de bienes y servicios que supone competir con la mayor de las trampas, que es cometiendo delitos. Desde esa perspectiva lo que nos importará es castigar a las personas jurídicas que operen en nuestra economía, lo que de nuevo tiene mucho que ver con el lugar del delito y con la radicación de la persona jurídica.

Además de esa convergencia en los criterios tradicionales, a la hora de formular una propuesta de asignación de jurisdicción penal para las personas jurídicas importa considerar la intensa conveniencia de que la jurisdicción individual y la colectiva vayan de la mano. Esta conveniencia es ya notoria para el enjuiciamiento de la responsabilidad individual, para el mejor conocimiento de un contexto societario en el que se realizó la conducta que puede ser relevante para negar o para modular la responsabilidad penal individual. Y esa conveniencia se empieza a acercar a la necesidad para el enjuiciamiento de la responsabilidad de las personas jurídicas, pues uno de los elementos fácticos que la condicionan es el de que se haya producido una conducta individual penalmente antijurídica desde su interior y en su beneficio. En todo caso, como ha acentuado Nieto Martín, el objetivo político criminal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de estimular la cooperación de estas en el esclarecimiento del delito individual perpetrado en su seno, se desvanece si se escinden ambas responsabilidades en distintas jurisdicciones [68].

Un diseño funcional de las conductas a las que afecta nuestra responsabilidad penal de las personas jurídicas pasa, creemos, por dos vectores. El primero es el una concepción amplia de la territorialidad [69], abarcativa tanto del lugar

---

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

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

[68] Nieto Martín, A., 2022, pp. 277 ss.

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

del delito individual [70] como del lugar de decisión organizativa de la persona jurídica. Complementaría el criterio anterior un criterio de protección extendido que incluyera a las sociedades que tuvieran una actividad significativa en España [71], como la que revelaría su cotización en bolsa, el volumen de negocio o la existencia de sucursales en nuestro territorio. Centrar la jurisdicción en la territorialidad y en la protección tendría la ventaja añadida de eludir el engorroso y debatido requisito de la doble incriminación [72], y disuadiría aún más a empresas con importantes riesgos penales de la tentación de tratar de elegir una nacionalidad que fuera conveniente para la irresponsabilidad penal. Y ciertamente, en la medida en que por razones de prevención se trata de criterios abarcativos y de que sean por las mismas razones adoptados por otros ordenamientos, podrá reprocharse a esta estrategia que hará que tiendan a solaparse las competencias de varias jurisdicciones. Si se procede con escrupuloso respeto de la prohibición de *bis in idem* y si se pactan reglas internacionales razonables de distribución de la jurisdicción no creemos que la acumulación sea en sí un inconveniente, como por lo demás demuestran las reglas de armonización penal de la Unión Europea [73].

Con un criterio amplio de territorialidad –en cierto modo, y en palabras de Mongillo, una «territorialización de la extraterritorialidad» [74]– como el apuntado, tenderá a converger el enjuiciamiento del comportamiento individual y el de la persona jurídica en el que aquel se inserta. En todo caso merece consideración que, para cuando tal cosa no sucede, se establezca una cláusula de subsidiariedad para el segundo enjuiciamiento a favor de la jurisdicción a quien competa el primero si está seriamente comprometida con el mismo [75].

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

---

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

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

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

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

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

[75] En este sentido, Nieto Martín, A., 2022, p. 278.

que podría llegar a ser más manipulable por entidades criminales (una especie de *noforum shopping*). Junto al de territorialidad y al de personalidad pasiva, el principio del domicilio es el que propone en el proyecto el grupo de trabajo de la ONU sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales por vulneración de derechos humanos, responsabilidad que incluye la penal [76]. Un domicilio que se define muy abarcativamente y que depende de cualquiera de estos cuatro parámetros: inscripción, administración principal, sede comercial o actividad comercial habitual, patrimonio principal o actividad principal [77]. El criterio de la «sede nacional», que coincide con el de nacionalidad, es también el que propone el proyecto alemán de ley de sanciones contra las empresas [78].

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VINCENZO MONGILLO [*]
Unitelma Universitá 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 mundo [1].

En este escenario, las corporaciones multinacionales –o transnacionales, según la expresión preferida en la ONU [2]– se han convertido en «los actores más importantes del comercio mundial», adquiriendo un papel absorbente en los cambios trascendentales provocados por la globalización [3].

---

[*] 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 primordial [5].

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 Continente [6]. 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 latitud [7]. 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 excepción [8].

---

llini, *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 Fronza-Sotis, 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 político [9] 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 riqueza [11].

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 productiva [12]: sucursales y filiales extranjeras, empresas controladas por leyes extranjeras, empresas conjuntas internacionales, hasta las cadenas de suministro globales como la última coyuntura evolutiva [13].

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 década [14].

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 prerrogativas [15], 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 vivimos [17]. Y es un hecho tan macroscópico que la nueva criminología crítica ha llegado a denunciar un «totalitarismo corporativo» sin precedentes [18], 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 realidad [19].

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 forzado [20], 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 empresas [23], 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 transfronterizos [24]. 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 corporación [26]. 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 civil [27].

---

[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 BONDT-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 nacionales [28]. 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 fronteras [29] («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 extraterritorial [30].

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 origen [31].

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, *Territorialising 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 Humanos [34], 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 afectadas [35]. 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 penal [36]: 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; d) el principio de «representación» (que implica un ejercicio concertado de jurisdicción entre Estados); f) principio de universalidad; g) otras formas de jurisdicción extraterrritorial. 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 responsables [39].

(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 prevaleciente 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.), *Ciberdelito y jurisdicción: una encuesta global*, La Haya, 2006, 341.

sea un individuo o una empresa [43]. 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 encuentren [44].

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 escocesas [48]. Es evidente que esta disposición no es más que una versión ampliada del requisito clásico de nacionalidad [49].

(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 nacionalidad [50].

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 extranjero [51]. 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 entidad [52]; 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 local [53], 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 organización [54]. 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 7 [58] 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 querella de la parte perjudicada [59]. 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 Estado [60], ya sea la solicitud del Ministro de Justicia o la solicitud o queja de la parte perjudicada [61]; 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 crimei commitazioni 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 declinaciones [63]. 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 extranjero [64].

(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 internacional [65].

De hecho, las disposiciones de la referida FCPA no se aplican sólo a las empresas nacionales, sino también a cualquier emisor [66], 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 evanescentes [69]. 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 sector [71].

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/Northamtpon, 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 dinero [75]. 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 2016 [80].

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 ledomaine 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 delito [82], 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 articulos. 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 medias 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 autónoma[84].

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 attractiva 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 aceptado [87]. 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. 222924-01. 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 legislatio 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 humanos [93].

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 Queinnec (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 límites [94].

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 Francia [95]. 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 delitos [96], 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 Unido [97].

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. 231 [98].

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 Italia [107]; y también cuando el delito se comete íntegramente en el extranjero pero con participación de otra persona en el territorio nacional [108].

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 Estado [110]. 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 París [111]. 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 derecho [113]. 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 perseguible [114]. 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, subrepticiamente, 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 transfronteriza [115]. 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 aplicación [119]. 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 instituciones [120] 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 Saipem [122], 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*, *eucrim*, 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 transnacional [128], 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. *Ardizzone, 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 nexo 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 *rivista.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 Unión [129].

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 ligado [131]. 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 idem [132]. 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, *Turanský*, 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.

mensión 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 extranjeras [133]. 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 holandés [134] 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 extraterritorialidad [135]. 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 hechos [136].

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. Rosenstein [140] 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 adicionales [141]. 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 euros [143]. 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 desenfrenada, 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 desfigurarlo, 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 evidentes [145] 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)

9. ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS MATRICES EN RELACIÓN CON LA ACTUACIÓN DE SUS FILIALES [1]

Juan José González López [2]
Universidad de Burgos

9.1 APROXIMACIÓN PENAL A LAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

Una de las claves de la actuación de las empresas multinacionales es la organización societaria de la que se sirven. Es posible distinguir dos supuestos principales:

Por una parte, la empresa multinacional puede hallarse domiciliada en un determinado Estado y servirse de sucursales instaladas en otros para desarrollar su actividad económica [3]. En tal caso, se advierte la existencia de una única persona jurídica (independientemente del tipo social que adopte) que opera en distintos países.

Por otra, la multinacional puede aparecer como un conglomerado de sociedades que actúan bajo el control más o menos intenso de una dominante. Es el supuesto de los *holdings* internacionales en que, a diferencia del anterior, cada sociedad se

[1] Trabajo publicado en *Revista de Estudios Europeos*, 77, 2021, pp. 22-48.

[2] Doctor en Derecho. Letrado Consistorial-Titular de la Asesoría Jurídica Municipal del Excmo. Ayuntamiento de Burgos. Universidad de Burgos. Actualmente, Jefe de la Asesoría Jurídica de la Diputación Provincial de Burgos.

[3] A esta idea de multinacional responde el concepto que se emplea en Martiñón Cano, G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas transnacionales. Reflexiones sobre tres problemas y tres propuestas de solución», *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1.ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, pp. 321-335.

presenta con personalidad jurídica propia y distinta del resto, aunque respondan a una orientación o directrices comunes de resultas del control indicado [4].

La relevancia de esta distinción radica en que las posibilidades de enjuiciamiento de la multinacional en el Estado «matriz» difieren sustancialmente [5].

De actuar la empresa multinacional con personalidad jurídica única, la jurisdicción depende de la aplicación de los principios de territorialidad y personalidad activa, siendo este segundo el susceptible de permitir el enjuiciamiento en el Estado en que radica el centro de decisiones de la empresa multinacional [6]. A este respecto, la comisión del delito o delitos en el Estado en que la empresa opera por medio de una sucursal, a la vez que posibilita el enjuiciamiento en el

---

[4] El *holding* se corresponde en España con el grupo de sociedades al que se refiere el artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC en adelante), que remite al 42 del Código de Comercio (CCo en adelante).

Establece el primero de dichos preceptos que «*A los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras*».

Y el 42.1 CCo, que:

«*Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:*

a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona».

[5] Lo cual repercute asimismo en las garantías que deben aplicarse y en relación con las cuales se ha propuesto elaborar una Directiva específica que contenga las mínimas para el enjuiciamiento/procedimiento sancionador cuando el sujeto pasivo es una persona jurídica, De Hoyos Sancho, M., «Sobre la necesidad de armonizar las garantías procesales en los enjuiciamientos de personas jurídicas en el ámbito de la Unión Europea: valoración de la situación actual y algunas propuestas», *Revista General de Derecho Procesal*, 43, 2017.

[6] Acerca de estos principios, Ollé Sesé, M., *Crimen internacional y jurisdicción penal nacional: de la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal*, 1.ª edición, Cizur Menor (Navarra) (Thomson Reuters/Aranzadi), 2019.

Estado de ejecución material de las actuaciones constitutivas del ilícito, no impide que se inicie la investigación y eventual enjuiciamiento en el Estado en que se halla la sede central siempre que la persona jurídica sea nacional de dicho Estado y se contemple la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello sin perjuicio de que deba respetarse, necesariamente, el *ne bis in idem*.

En el caso de España, la nacionalidad de las sociedades de capital se rige por lo dispuesto en el artículo 8 TRLSC [7]. Dicho precepto condiciona la nacionalidad al domicilio, lo que exige acudir al artículo 9 de la misma norma [8]. La sociedad con domicilio y nacionalidad española puede abrir sucursales en cualquier lugar del territorio nacional o extranjero sin que ello afecte a su personalidad jurídica única [9].

A partir de lo anterior, procede acudir al artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, bien sea a su apartado segundo o cuarto. El primero de ellos prevé el conocimiento por la jurisdicción española de los delitos cometidos fuera del territorio nacional siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho (lo que abre la posibilidad de enjuiciar la actuación de sociedades que trasladen su domicilio a España) con sujeción a los requisitos de que el hecho sea punible en el lugar de ejecución (salvo excepción convencional), que se interponga querella ante los Tribunales españoles y ausencia de absolución, indulto o condena o cumplimiento de esta en el extranjero. El segundo dispone la jurisdicción respecto de distintos delitos, de concurrir las condiciones que se establecen para cada grupo de ellos [10]. En todo caso, al tratarse de personas jurídicas, la persecución en España se halla sometida a que se prevea la comisión por este tipo de entes (artículos 31 bis.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, CP en adelante).

El escenario expuesto no es nada sencillo, pero aún es más complejo cuando la actuación de la multinacional no tiene lugar con personalidad jurídica única sino en virtud de *holdings*. En tales casos no cabe acudir al principio

---

[7] «*Serán españolas y se regirán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido*».

[8] «*1. Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación.*

2. Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España».

[9] Dicha apertura se contempla en el artículo 11.1 TRLSC.

[10] Resta el apartado tercero que contempla el conocimiento por la jurisdicción española ya sean españoles o extranjeros los autores, pero únicamente cuando se trate de los delitos taxativamente enunciados.

de personalidad activa por cuanto no solo resulta aplicable el principio de territorialidad, sino que, además, al tratarse de personas jurídicas distintas, la nacionalidad de esas empresas corresponderá, en principio y siempre de acuerdo con lo que disponga la normativa del Estado en que se ubican, a la del Estado en que operan. La cuestión que se suscita es, por tanto, si es posible imputar responsabilidad y proceder penalmente contra la sociedad dominante, además, lógicamente, de contra la sociedad que materialmente ha cometido el delito, en relación con delitos perpetrados por esta última.

9.2 CRITERIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA MATRIZ EN RELACIÓN CON SUS FILIALES

Al analizar la eventual responsabilidad penal de la empresa matriz por actos materialmente cometidos por sus filiales debe partirse de la «*responsabilidad limitada*» («*limited liability*») que se aplica a las personas jurídicas integradas en el conglomerado constituido por el *holding*. Las relaciones entre la empresa matriz y sus filiales se rigen por este principio y el de personalidad jurídica separada que permiten constreñir la responsabilidad de cada una, al presentarse como empresas distintas [11]. De ahí que se haya sostenido que, con arreglo al principio de «*responsabilidad limitada*», «*la empresa matriz no puede ser hallada responsable de los actos de sus filiales, que son entidades legales separadas, sujetas a las leyes del estado huésped (*"*corporate veil*"*)*» [12].

No obstante lo anterior, sobre la relación que cabe establecer a efectos de responsabilidad penal entre la empresa matriz («*parent*») y las empresas filiales («*subsidiaries*») se han perfilado varios criterios categorizados como «*enfoque de entidad*» («*entity approach*»), «*enfoque empresarial*» («*enterprise approach*») y «*enfoque dual*» («*dualistic approach*») [13]. Se advierte que obedecen a una triple perspectiva descendente en la identificación del grado de vinculación de las empresas filiales respecto de la matriz.

Así, el «*enfoque de entidad*» responde sustancialmente a la doctrina del «levantamiento del velo», de manera que solo se admite la exigencia de res-

[11] Ivory, R. and Anna, J., «Holding Companies Responsible? The Criminal Liability of Australian Corporations for Extraterritorial Human Rights Violations», *University of New South Wales Law Journal*, 43, 2017, p. 1179.

[12] Salas-Fouksmann, O., «Corporate Liability of Energy/Natural Resources Companies at National Law for Breach of International Human Rights Norms», *UCL Journal of Lw and Jurisprudence*, 2(1), 2013, p. 224.

[13] Tully, S., *International Corporate Legal Responsibility*, 1.ª edición, Alphen aan den Rijn (Kluwer Law International), 2012.

ponsabilidad a la matriz cuando existe un control muy intenso por esta de la filial. En definitiva, la imputación descansa en la idea de que la filial actúa a modo de instrumento de la matriz, sin auténtica autonomía de esta primera, razón por la cual se atribuye la responsabilidad de los actos a la empresa a quien se identifica como verdadera artífice de estos.

En el extremo contrario se sitúa el «*enfoque empresarial*», que diluye la personalidad jurídica diferenciada de las entidades del *holding* en la identidad global que se atribuye al grupo dado el control que la empresa matriz ejerce sobre las filiales. Esto es, frente a la separación rígida en que se apoya el enfoque anterior, que solo en casos de instrumentalización radical de la filial admite la derivación de responsabilidad, este se funda en una responsabilidad genérica de la matriz respecto de sus filiales. Este planteamiento es en gran medida asimilable a la «*teoría de la responsabilidad del agente principal*» («*principal-agent theory of liability*») en sus variantes de «*control directo*» y «*ratificación*» [14]. La clave radica en que, en atención al control que ejerce la matriz, que incluye el conocimiento y dirección de los actos de la filial, esta actúe como agente de la matriz [15].

Aunque ambos enfoques aparentemente convergen en la eventual atribución de responsabilidad penal a la empresa matriz, sus puntos de partida no pueden ser más opuestos. El «*enfoque de entidad*» se apoya en una concepción estricta del principio de personalidades separadas de las empresas integradas en el *holding* y solo cuando la autonomía de la filial es en realidad ficticia (dada la intensidad del control por la matriz) admite la derivación de la responsabilidad. En cambio, el «*enfoque empresarial*», sin negar la personalidad distinta de las filiales, parte de la existencia de relaciones de control entre las empresas matriz y filiales y atiende a la efectiva concurrencia de ese control para atribuir o no responsabilidad a la primera.

Una posición matizada, a caballo entre las anteriores, la representa el «*enfoque dual*», que se sustenta en las relaciones de control de la matriz sobre las filiales para articular el eventual régimen de responsabilidad de la primera, pero no con fundamento en la atribución a esta de los actos de sus filiales, sino en virtud de una responsabilidad autónoma derivada del control que ostenta. Ese control origina una responsabilidad específica vinculada a su adecuado o inadecuado ejercicio.

---

[14] Bang, N. J., «Justice for Victims of Human Trafficking and Forced Labor: Why Current Theories of Corporate Liability Do No Work», *The University of Memphis Law Review*, 43(4), 2013, pp. 1067 ss. De acuerdo con la primera, el control directo concurre cuando la filial actúa sujeta a la autoridad de la matriz, en tanto, con arreglo a la segunda, también se aprecia control cuando, sin cumplirse la condición expuesta, la filial opera en el marco de sus relaciones con la matriz, en promoción de los negocios de la principal y autorizada o confirmada en su actuación por esta.

[15] The United States Department of Justice, Foreign Corrupt Practices Act Guide.

La aplicación de los enfoques indicados a la jurisdicción española ofrece el siguiente panorama. Si se opta por el «*de entidad*», la exigencia de responsabilidad penal a la empresa matriz en caso de levantamiento del velo pasaría por acudir al principio de personalidad activa si lo que se pretende es el enjuiciamiento en España, ya que, pese a atribuirse a la empresa matriz los actos de las filiales y aun de acudir a la teoría de la ubicuidad, como ha hecho el Tribunal Supremo, lo cierto es que el delito se comete en el extranjero [16]. Otro tanto sucede con el «*enfoque empresarial*», si bien en este caso con fundamento en la dilución de las personalidades jurídicas separadas.

En cuanto al «*enfoque dual*», la cuestión, en consonancia con la suscitada con carácter general respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, radica en si el «control», clave de la atribución de la responsabilidad, se ejercita donde radica el domicilio social, pues es el lugar en que se sitúa la administración de la sociedad y se adoptan los acuerdos y medidas de vigilancia [17]. No obstante, cabe plantearse el supuesto de que las medidas de control se adopten en lugares distintos del domicilio social, en cuyo caso será aplicable el principio de territorialidad.

Expuesto lo anterior, se advierte que el régimen de responsabilidad de la empresa matriz respecto de las filiales presenta similitudes destacables con el de las personas jurídicas respecto de las personas físicas que integran sus órganos o le prestan servicios. Ciertamente no es equiparable la relación que se establece entre diversas personas jurídicas, todas ellas apoyadas en la ficción que les atribuye personalidad propia y distinta de la de las personas físicas que la integran, y las que existe entre la persona jurídica y «sus» personas físicas, ya que algunas personas físicas son el sustrato de la persona jurídica, el elemento imprescindible que debe concurrir para que la ficción que es la persona jurídica pueda tener una actividad efectiva, en tanto las personas jurídicas se presentan como entes separados, autónomos, capaces de funcionar e interactuar sin necesidad de contar con otras personas jurídicas [18]. Sin embargo, no todas las personas físicas que se relacionan o integran en el ámbito organizativo o funcional de la empresa lo hacen como órganos de esta. Así sucede con los empleados que no forman parte de los órganos de administración y repre-

[16] Por la aplicación de la teoría de la ubicuidad se pronuncia la Resolución del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005.

[17] Así se mantiene, respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Gimeno Beviá, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, 1.ª edición, Cizur Menor (Navarra) (Thomson Reuters/ Aranzadi, 2014, p. 44.

[18] No obstante, se plantean supuestos muy próximos al de la personas físicas integrantes de la persona jurídica, cuáles son los de personas jurídicas que constituyen una persona, también de esa clase, de ámbito superior, como sucede con la asociaciones compuestas por personas jurídicas.

sentación y, por tanto, no adoptan las decisiones de la sociedad, pero pueden vincularla fácticamente.

Se han distinguido, en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tres sistemas de imputación: a) transferencia de responsabilidad a la empresa por delitos cometidos por sus directivos, administradores o empleados siempre que la conducta se haya realizado por cuenta y en provecho de la sociedad; b) autorresponsabilidad, de imputación a la sociedad de los ilícitos penales cometidos por ella misma, aunque con presuposición de que un directivo, administrador o empleado ha realizado un acto por cuenta y en beneficio de la persona jurídica; y c) mixto, de transferencia pero con graduación o exención de responsabilidad en atención a la conducta de la persona jurídica [19]. En el *Common law* se han resumido en atribución directa (por responsabilidad vicarial o apoyo en el principio de identificación) del delito en sí, e indirecta, por fallo en la prevención o denuncia del delito [20].

De los tres sistemas, el de transferencia de la responsabilidad y el mixto son asimilables al «*enfoque empresarial*», pues en definitiva se atribuye a la empresa matriz la responsabilidad por los actos de sus empresas filiales, bien sea de forma absoluta o con la posibilidad de matizar esa responsabilidad hasta el punto de exonerar de ella en atención a la conducta desplegada por la empresa matriz [21]. No lo es, en cambio, el «*enfoque de entidad*», por cuanto, en caso de levantamiento del velo, no se trata de imputar la responsabilidad a la empresa matriz por actos ajenos, sino de la conclusión de que la diferencia de personalidades jurídicas era solo figurada y que en realidad únicamente existía una persona jurídica «real» que se servía de la aparentemente autónoma empresa filial [22]. Por su parte, el «*enfoque dual*» es comparable al sistema de autorresponsabilidad, puesto que no consiste en atribuir a la empresa matriz los actos de las filiales, sino de apreciar una responsabilidad de esta por actos propios, bien que relacionados con la actuación de sus filiales.

---

[19] Díez Ripollés, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 1, 2012, pp. 5 ss.

[20] Campbell, L., «Corporate Liability and the Criminalisation of Failure», *Law and Financial Markets Review*, 12(2), 2018, pp. 57 ss.

[21] Deben diferenciarse, no obstante, dos tipos de imputación: la que se presenta como responsabilidad vicaria por responsabilizarse a la empresa por actos de sus empleados y la que corresponde al principio de identificación, en que se atribuye la de sus administradores sobre la base de que sus actos deben entenderse como actos de la empresa misma, Campbell, L., «Corporate Liability and the Criminalisation of Failure», *Law and Financial Markets Review*, 12(2), 2018, pp. 58 ss.

[22] La solución en el ordenamiento español en lo tocante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la inimputabilidad de la «sociedad pantalla», Gómez-Jara Díez, C. G., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, 1.ª edición, Cizur Menor (Navarra) (Thomson Reuters/Aranzadi), 2017, pp. 74 ss.

9.3 ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS CRITERIOS

Ha de tenerse presente que los criterios expuestos pretenden responder a una cuestión específica: la eventual responsabilidad de la empresa matriz con fundamento en las actuaciones ilícitas materialmente ejecutadas o ejecutables por las filiales. No se trata, por ende, de construcciones destinadas a fundamentar o delimitar la responsabilidad de las empresas matrices por actos que deben calificarse de propios de esta y autónomos respecto de los de las filiales, aunque concurran o cooperen con los de ellas en la comisión de delitos, posibilidad perfectamente dable, ya que el ilícito puede perpetrarse con participación de matriz y filial, en cuyo caso corresponde la persecución de cada una por sus actos [23].

Esta concreción orienta la comprensión de las relaciones entre los criterios referidos y la teoría del «auxilio e incitación» («*aiding and abetting*») [24]. En principio, esta teoría no comporta atribuir a la empresa matriz responsabilidad por actos de las filiales, sino propios de la primera, aunque se relacionen con los de las filiales, ya que el fundamento de la responsabilidad de la empresa matriz es la facilitación de «*apoyo sustancial*» a la empresa filial con el «*propósito*» («*purpose*») de promover la violación del derecho fundamental, que se trata de extender al simple «*conocimiento*» («*knowledge*») [25]. Esto es, hasta en su planteamiento más expansivo no supone responsabilizar a la empresa matriz de los actos de las filiales, sino por su complicidad o cooperación en las infracciones cometidas por las filiales. Y ello es así incluso en la subteoría de la «*responsabilidad por mando*» («*command responsibility*»), conforme a la cual debe probarse, para que opere el «*aiding and abetting*», que un mando o alto cargo «*falló en el cumplimiento de su deber legal de ejercer su poder de control de sus subordinados*» [26]. La razón es que ese incumplimiento se presenta como integrante del «apoyo sustancial» facilitado, por lo que constituye una suerte de auxilio a la comisión del delito por la filial beneficiada del fallo.

Lo anterior parece conducir a la conclusión de que la teoría del «auxilio e incitación», principalmente en su modalidad de «responsabilidad por man-

[23] Esta posibilidad se apunta en Blyshak, P., «Corporate Liability for Foreign Corrupt Practices under Canadian Law», *Revue de Droit de McGill*, 59(3), 2014, p. 658.

[24] Al respecto, Blyshak, P., «Corporate Liability for Foreign Corrupt Practices under Canadian Law», *Revue de Droit de McGill*, 59(3), 2014, p. 701.

[25] Salas-Fouksmann, O., «Corporate Liability of Energy/Natural Resources Companies at National Law for Breach of International Human Rights Norms», *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2(1), 2013, pp. 217 ss.

[26] Bang, N. J., «Justice for Victims of Human Trafficking and Forced Labor: Why Current Theories of Corporate Liability Do No Work», *The University of Memphis Law Review*, 43(4), 2013, pp. 1062-1063.

do», constituye una manifestación del sistema de autorresponsabilidad al que ya se ha aludido. Sin embargo, existe una diferencia sustancial que anima a situarla al margen de este. El incumplimiento del deber de control enmarcado en la teoría del «auxilio e incitación» tiene una conexión evidente con los actos de las filiales, pero no se presenta como una responsabilidad propia de la empresa matriz con fundamento en su poder de control y que opera con independencia de la concreta comisión o no de delitos por las filiales, sino que se incardina en una lógica de cooperación o complicidad; de ahí que, además del apoyo sustancial, se requiera el propósito o, al menos, el conocimiento del delito por la matriz, sin lo cual no es factible aplicar esta teoría [27]. De este modo, se relaciona con los actos ejecutados por las filiales, pero no conlleva la fundamentación de una responsabilidad específica de la empresa matriz con sustento en los actos de las filiales, sino en actos propios de la matriz en el marco de la cooperación o auxilio a la comisión de delitos por las filiales.

Aclarado lo anterior, el «*enfoque empresarial*», al igual que sucede con el sistema de transferencia de responsabilidad, se presta a las objeciones propias de la imputación a un sujeto (en este caso la empresa matriz) por actos ajenos, con la afección consiguiente al principio de responsabilidad por hechos propios [28]. Si no concurre ni procede el «levantamiento del velo» y, por

---

[27] Como se señala en Smith. A. and Lepeuple, A., «Holding companies criminally liable for human rights abuses», https://www.corkerbinning.com/holding-companies-criminally-liable-for-human-rights-abuses/#_ftnref5, 17 de julio de 2018, una persecución exitosa depende de que se identifique un «*conocimiento y deseo directo en la empresa que ayudó e instigó a la infractora*», exigencia que plantea importantes problemas probatorios, Bang, N. J., «Justice for Victims of Human Trafficking and Forced Labor: Why Current Theories of Corporate Liability Do No Work», *The University of Memphis Law Review*, 43(4), 2013, p. 1065.

[28] Díez Ripollés, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 1, 2012, p. 8. En sentido coincidente, Gómez Martín, V., «Falsa alarma: *societas delinquere non potest*», *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1.ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, pp. 220 ss.

No sucede así en el Derecho civil, en que sí se establece tal responsabilidad. El artículo 1903 del Código Civil dispone al respecto que «*Lo son igualmente* [responsables de los perjuicios causados] *los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones*».

En relación con la responsabilidad civil derivada de delito, artículo 120 CP:

«*Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean penalmente:*

1.º Los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

2.º Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212.

3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que este no se hubiera producido sin dicha infracción.

tanto, se aprecia la existencia de personas jurídicas diferenciadas no sólo aparentemente, sino de forma efectiva, no procede que se obvie esa circunstancia para realizar la imputación indicada. Ello máxime atendido el hecho de que, a diferencia de lo que sucede en las relaciones entre personas jurídicas y físicas, la ficción sobre la que se construye la persona jurídica es predicable tanto de la matriz como de la filial, por lo que no cabe que se matice el alcance y eficacia de la personalidad en detrimento de una de las dos personas jurídicas cuando ambas se encuentran en igualdad de condiciones, en lo tocante a este punto, por compartir idéntica condición de persona jurídica. Mantener esta postura implica negar la autonomía de cada persona jurídica, que es precisamente el sentido de reconocerle personalidad jurídica propia, y diluirla en una superior y genéricamente atribuible al grupo de sociedades.

Por su parte, el «*enfoque de entidad*», al constreñir la atribución de responsabilidad exclusivamente a supuestos en que la autonomía de las personas jurídicas prácticamente queda desdibujada impide edificar un modelo de imputación que dé respuesta a situaciones en que existe y opera el control, aunque no con tanta intensidad, o que contribuya a reducir la perniciosa exoneración de las empresas matrices con fundamento en la «responsabilidad limitada». Debe hacerse especial hincapié, en este sentido, en el carácter restrictivo de la doctrina del «levantamiento del velo» [29].

Es el «*enfoque dual*», asimilable a la autorresponsabilidad como sistema de imputación a la persona jurídica, el que facilita una perspectiva adecuada para abordar la eventual responsabilidad de la empresa matriz, al permitir eludir los reproches correspondientes a los otros dos enfoques. Ahora bien, en el sistema de autorresponsabilidad se han distinguido cuatro criterios alternativos: a) imputación del hecho materialmente realizado por sus representantes o empleados como delito propio de la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad de la persona física por un injusto propio ligado a ese mismo hecho; b) imputación de un defecto de organización concreto que ha facilitado o no ha impedido el hecho realizado por los representantes o empleados; c) cultura corporativa defectuosa que facilita o no impide la comisión de delitos como el

4.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

5.º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas».

[29] El «levantamiento del velo» se presenta como excepcional en las legislaciones nacionales, Ivory, R. and Anna, J., «Holding Companies Responsible? The Criminal Liability of Australian Corporations for Extraterritorial Human Rights Violations», *University of New South Wales Law Journal*, 43, 2017, p. 1180.

perpetrado; y d) reacción defectuosa al hecho delictivo cometido por los representantes o empleados [30].

De estos criterios, el primero no resulta extrapolable a las relaciones entre la empresa matriz y la filial, dada la condición de persona jurídica en ambas que reconduce el concierto, connivencia, inducción o instigación (siempre en el supuesto de que existe autonomía en ambas entidades y no se está en el del levantamiento del velo) a la autoría y, en definitiva, al «auxilio e incitación». Habría de acudirse, en consecuencia, a los principios de territorialidad y personalidad activa para perseguir a empresa matriz y filial en los respectivos Estados de que sean nacionales a fin de depurar la correspondiente responsabilidad en atención a la autoría o participación de cada una.

Son, por tanto, los restantes tres criterios los que ofrecen posibilidades de extrapolación a las relaciones entre la empresa matriz y sus filiales y son asimilables al «*enfoque dual*». Se parte de la autonomía de las sociedades y, por ende, de la atribución de la comisión del delito perpetrado por la filial como hecho propio de esta y del que, en consecuencia, es específicamente responsable para articular la responsabilidad de la matriz no como autora mediata del ilícito, sino por su papel en la prevención de la comisión del delito [31]. Este deber de prevención que se asigna a la empresa matriz por su condición dominante en el grupo de sociedades puede construirse desde una óptica genérica (cultura corporativa), concreta (respecto del delito efectivamente cometido) o reactiva [32]. De ello pasamos a ocuparnos.

9.4 EL DEFECTO EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO COMO FUNDAMENTO DE RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA MATRIZ

Este tipo de responsabilidad está presente en el Derecho español en el régimen sancionador administrativo y también se ha introducido, jurispruden-

[30] Díez Ripollés, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 1, 2012, pp. 8-9.

[31] Como se señala en Bueno, N., «Corporate liability for violations of the human rights to just conditions of work in extraterritorial operations», *The International Journal of Human Rights*, 21(5), 2017, p. 572, tanto Naciones Unidas como la OCDE recomiendan aplicar la «*influencia*» («*leverage*»), lo que en el caso de las relaciones entre matriz y filiales supone que «*una empresa matriz debería dar los pasos necesarios para prevenir el impacto causado por una filial mediante el empleo de su influencia cuando es susceptible de producir cambios en las prácticas de esa filial*».

[32] Por el «defecto de organización» se aboga en Nieto Martín, A., «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa». *Política Criminal*, 3(5), 2008, p. 14.

cialmente, en el penal de las personas jurídicas [33]. La diferencia es notable. En el caso del régimen sancionador administrativo se dispone que la responsabilidad aparejada a la infracción del deber de prevención debe estar tipificada en norma legal, en tanto la vinculada a la «ausencia de una cultura de respeto al Derecho» se ha apreciado por los Tribunales sin un asiento normativo claro [34]. La cuestión no es baladí, pues, sin perjuicio de que el ordenamiento penal responde al modelo compilador en tanto el administrativo sancionador obedece a la tipificación sectorial, resulta precisa una previsión normativa que satisfaga las exigencias del principio de legalidad para que sea factible la sanción a la empresa por una conducta que no es la propia del sujeto dependiente o vinculado (administrador, representante, empleado), sino una propia y específica del sujeto empresarial. Y, de existir, como así sucede en el administrativo sancionador y se estima por la jurisprudencia en el penal, ello suscita otra cuestión

[33] Artículo 28.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP en adelante): «*Las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores podrán tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación. Asimismo, podrán prever los supuestos en que determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependan o estén vinculadas*».

En cuanto a la responsabilidad penal, para establecer esa responsabilidad no basta una actuación en beneficio directo o indirecto de la empresa por quienes están autorizados para tomar decisiones en su nombre u ostentan facultades de organización y control en la misma y actuaron en nombre o por cuenta de esta [apartado 1.a) del artículo 31 bis CP], o por incumplimiento grave por esas personas físicas de los deberes de supervisión, vigilancia y control atendidas las concretas circunstancias del caso (apartado 1.b)), sino que, además, se reclama a efectos de probar el «delito corporativo» que se acredite «*si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho*» (Sentencia del Tribunal Supremo, STS en adelante, Sala de lo Penal, 154/2016, de 29 de marzo). Como se señala en Gómez-Jara Díez, C., «Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, 8830, 2016, «*Por lo tanto, con independencia de la nomenclatura escogida, el canon establecido por el máximo intérprete de la legalidad ordinaria es claro: no se permite transferir la responsabilidad de la persona física a la persona jurídica —ya sea mediante modelos de «transferencia» o «vicariales»— y la RPPJ descansa en su hecho delictivo propio. El camino, por tanto, hacia la plena vigencia de la autorresponsabilidad penal de la persona jurídica se ha iniciado*».

[34] En Del Rosal Blanco, B., «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado», *Diario La Ley*, 8732, se mantiene que el criterio de la jurisprudencia «*parece estar construido al margen del contenido de la ley*».

En Del Moral García, A., «Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español», *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, 1.ª edición, Cizur Menor (Navarra) (Thomson Reuters/Aranzadi), 2017, pp. 55 ss, se afirma que el sistema de responsabilidad del CP es vicarial. Sin embargo, en Pérez-Cruz Martín, A. J., «Las respuestas de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo a algunas cuestiones procesales en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, 1.ª edición, Cizur Menor (Navarra) (Thomson Reuters/Aranzadi), 2017, pp. 250-251, se señala que «*La legislación española, en relación con los sistemas de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, a juicio del TS, en S., Sala 2.ª, Sección 1.ª, núm. 516/2016, de 13 de junio (Roj.: STS 2616/2016) y el Auto del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2016 (Roj.: AATS 6486/2016), es la auto-responsabilidad*».

que constituye el presupuesto de la sanción y que se da por sobrentendida: la existencia del deber de prevención.

La vía que se plantea en relación con el tema que se aborda en el presente trabajo es la de sancionar a la empresa matriz por una cultura organizativa defectuosa traducida en el «fallo en la prevención de delitos» [35]. El fundamento de este deber de prevención se residencia en que la empresa matriz ha de procurar un marco disuasorio de los ilícitos, bien sea porque su organización debe eliminar o reducir la oportunidad delictiva, bien porque su reacción eficaz al ilícito tiene un efecto disuasorio [36]. La clave de bóveda en este caso es el control de la matriz sobre las filiales, pero no contemplado como vía de dominio del acto de la filial o de cooperación o autoría con esta, sino como fuente de obligaciones de cumplimiento para la matriz, tanto en relación con su propia conducta empresarial como con la de sus filiales [37]. La prevención del delito se presenta como la contrapartida del poder de decisión estratégica u operativa.

En relación con ello, se ha cuestionado la posibilidad de exigir responsabilidad penal a menos que la empresa matriz se beneficie económicamente del delito cometido por la filial [38]. Un planteamiento de este tipo, que coincide con el plasmado en las distintas Directivas que compelen a prever la responsabilidad penal de las personas jurídicas y en el artículo 31 bis CP cuando reclama que la actuación se desarrolle en «*beneficio directo o indirecto*» de la persona jurídica, es apropiado para un sistema de responsabilidad vicaria, pero puede superarse

---

[35] Ivory, R. and Anna, J., «Holding Companies Responsible? The Criminal Liability of Australian Corporations for Extraterritorial Human Rights Violations», *University of New South Wales Law Journal*, 43, 2017, pp. 1195 ss.

[36] González López, J. J., «Los deberes de colaboración de las empresas en la prevención e investigación de delitos: algunas consideraciones», *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar*, Burgos (Universidad de Burgos), 2011, pp. 343 ss.

En este sentido, se señala en Campbell, L., «Corporate Liability and the Criminalisation of Failure», *Law and Financial Markets Review*, 12(2), 2018, p. 63, que «*Incluso para individuos, la responsabilidad por omisiones es justificable donde existe un deber, siempre que haya capacidad y oportunidad para actuar, y donde el alcance de la obligación legal es limitado. En relación con las entidades corporativas, el deber se acumula a través de la participación voluntaria en un negocio regulado y rentable campo, y la entidad se coloca idealmente en este contexto; uno podría preguntar quién o qué más tendría la oportunidad de prevenir tal criminalidad. Aunque esta cooptación de legal las personas podrían considerarse como su responsabilidad en un desplazamiento de obligaciones policiales, realmente es un reconocimiento del desequilibrio de poder, la opacidad de los negocios estructuras, y la impermeabilidad a la aplicación*».

[37] Como se señala en razona en Campbell, L., «Corporate Liability and the Criminalisation of Failure», *Law and Financial Markets Review*, 12(2), 2018, pp. 61 y 62, respecto de la responsabilidad por omisiones indirectas («*indirect omissions liability*»), «*La dimensión extraterritorial también es significativa, ya que, de lo contrario, sería difícil criminalizar y perseguir la conducta en el extranjero*» e «*imponer la responsabilidad penal por el fracaso en la prevención de ciertos delitos transmite una actitud positiva y un importante mensaje sobre las expectativas y responsabilidades de las entidades corporativas*».

[38] Smith. A. and Lepeuple, A., «Holding companies criminally liable for human rights abuses», https://www.corkerbinning.com/holding-companies-criminally-liable-for-human-rights-abuses/#_ftnref5, 17 de julio de 2018.

merced a uno que, sin negar la distinta personalidad jurídica de empresa matriz y filiales, atienda a las relaciones de jerarquía o control que presiden las relaciones entre estas [39]. El hecho de que se trate de personas jurídicas, y no de vinculación entre personas físicas y jurídica, aboga por abstraer la responsabilidad del beneficio y anudarla, como se ha expuesto, al poder de decisión estratégica. Si una empresa dirige a las empresas filiales, que ven de este modo diluida su autonomía, procede exigirle, sin transferirle como propios los actos de estas empresas filiales, que vele por la garantía de unos estándares normativos que le son exigibles en atención a la legislación del Estado de que es nacional y que debe extender, en virtud de su influencia, a las empresas matrices.

No son, sin embargo, pocos los problemas que se plantean [40].

9.4.1 **Determinación normativa del deber de prevención y su alcance**

Esta cuestión se halla condicionada por el grado de abstracción que se atribuya al deber de prevenir delitos cometidos por las filiales. Las posibilidades van desde la exigencia de contar como presupuesto con la comisión no solo de un delito concreto, sino de que este se perpetre en beneficio de la empresa matriz, a que simplemente se reclame un delito concreto al que se anuda la responsabilidad de la matriz o únicamente que se facilite o no impida la comisión de delitos como el cometido. Lo primero se aproxima a la responsabilidad vicaria y lo segundo conlleva un grado de vinculación del delito de la matriz al de la filial (el cual actúa como presupuesto) que supedita la responsabilidad de la matriz a la constancia del ilícito de la filial.

Descartada la responsabilidad vicaria, resulta inexcusable que se tipifique legalmente el incumplimiento del deber de prevenir la comisión de delitos, al tratarse de un delito propio y específico de la empresa matriz [41]. Esa tipifica-

---

[39] Así se aprecia en el artículo 6 de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, que exige que los delitos sean cometidos en provecho de la persona jurídica (apartado primero) o en beneficio de esta (apartado segundo), y en el artículo 7 de la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, que reclama que la comisión tenga lugar «*en beneficio*» de la persona jurídica.

[40] Interesa destacar que nos referimos a la responsabilidad penal, sin abordar la civil, cuestión esta cuya articulación con la primera se presenta como otra de las problemáticas propias de esta vía de criminalización, Smith. A. and Lepeuple, A., «Holding companies criminally liable for human rights abuses», https://www.corkerbinning.com/holding-companies-criminally-liable-for-human-rights-abuses/#_ftnref5, 17 de julio de 2018.

[41] Como se apunta en Bueno, N., «Corporate liability for violations of the human rights to just conditions of work in extraterritorial operations», *The International Journal of Human Rights*, 21(5), 2017,

ción conlleva de suyo el establecimiento simultáneo de ese deber, pues es presupuesto de la sanción [42].

Al respecto, existen ejemplos normativos de responsabilidad en supuestos en que el superior de la empresa matriz es conocedor de que una filial incurre o está cerca de incurrir en prácticas corruptas en beneficio de la matriz, pero no adopta medidas razonables para prevenir que la filial lo haga [43]. Es el caso, en el Reino Unido, de la tipificación en la sección 7 de la *Bribery Act* 2010 del «*fracaso de las organizaciones empresariales en la prevención del soborno*» («*failure of commercial organisations to prevent bribery*»), que se ha identificado como propia de un sistema de responsabilidad indirecta [44]. Debe destacarse que, si bien la responsabilidad de la empresa lo es por una actuación propia (el «fracaso» referido), no es menos cierto que los presupuestos de esta se hallan formulados en términos restrictivos. Así, la persona «A» cuya conducta es requisito necesario para que concurra la responsabilidad de «C» («*relevant commercial organisation*», de acuerdo con la sección 7(1)) se identifica en la sección 8, a que se remite la sección 7(4) para la definición de «*persona asociada con C*» («*person associated with C*») como la que «*realiza servicios para o en nombre de C*» («*performs services for or on behalf of C*»). A ello se suma que la sección 7(1) exige que el soborno por «A» (cuya prevención fracasada es lo que comporta la responsabilidad de «C») se realice con la «*intención de a) obtener o retener negocios para C o b) obtener o retener una ventaja en el marco de los negocios para C*» [45]. Esto es, la responsabilidad por fracaso en la prevención se condiciona no solo a que quien realiza la conducta delictiva que debió prevenirse actúe

---

p. 566, de acuerdo con los Principios de Naciones Unidas los Estados no están obligados a regular las actividades extraterritoriales de las empresas domiciliadas en su territorio o jurisdicción, pero, generalmente, tampoco lo tienen prohibido.

[42] A este respecto, verbigracia existen iniciativas para implicar al sector privado en la adopción de medidas autorregulativas de prevención del tráfico infantil, pero, como se señala en Rodríguez-López, S., «Perpetrators or Preventers? Thoe Double Role of Corporations in Child Trafficking in a Global Context?», *Oñati Socio-Legal Series*, 8(1), 2018, p. 158, su efectividad no está garantizada y en muchos casos su papel se limita al de estrategia publicitaria. Es por ello que resulta precisa la tipificación penal del incumplimiento de las obligaciones que se establezcan en esa línea.

[43] Blyshak, P., «Corporate Liability for Foreign Corrupt Practices under Canadian Law», *Revue de Droit de McGill*, 59(3), 2014, pp. 659 ss.

[44] Campbell, L., «Corporate Liability and the Criminalisation of Failure», *Law and Financial Markets Review*, 12(2), 2018, p. 59, en que se apunta igualmente que tiene un alcance extraterritorial.

[45] Aunque se ha señalado en Campbell, L., «Corporate Liability and the Criminalisation of Failure», *Law and Financial Markets Review*, 12(2), 2018, p. 59, que la interpretación de la realización de servicios en nombre o para la organización comercial relevante debe efectuarse en atención a todas las circunstancias relevantes y se la ha dotado de un sentido amplio, se advierte fácilmente que no puede exceder el ámbito del mandato, representativo o no.

Por otra parte, qué ha de entenderse por actuación «en beneficio» de otro presenta sus propias dificultades hermenéuticas, Blyshak, P., «Corporate Liability for Foreign Corrupt Practices under Canadian Law», *Revue de Droit de McGill*, 59(3), 2014, p. 660.

como mandatario de la responsable por ese fracaso, sino además a que la actuación del mandatario persiga beneficiar a la empresa mandante.

Mayor alcance presentan las secciones 45 y 46 de la *Criminal Finances Act* 2017, también del Reino Unido [46]. Ambas exigen para la concurrencia de la responsabilidad del «*relevant body (B)*» (definido en la sección 44(2) como «*cuerpo corporativo o sociedad (cualquiera que sea el modo en que se haya constituido o formado)*», «*body corporate or partnership (wherever incorporated or formed)*») que una persona cometa el delito de facilitación de la evasión «*cuando actúa en el marco de la capacidad de una persona asociada con B*» («*when acting in the capacity of a person associated with B*») [47]. Sin embargo, no se precisa un elemento volitivo de comisión en interés de B [48].

En el caso español, debe descartarse que el artículo 31 bis CP admita una interpretación extensiva que sustente la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas españolas que aparecen como empresas matrices por delitos cometidos por sus filiales. La letra b) identifica como «*personas físicas*» a los representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma enunciados en la letra a), lo que excluye cualquier pretensión de incluir a personas jurídicas entre tales sujetos. Y esa misma letra del apartado primero del precepto, además de exigir que los delitos cometidos lo sean «*por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior*», reclama que lo sean «*en el ejercicio de actividades sociales*», lo que sitúa en el marco de actuación de la persona jurídica de nacionalidad española e impide dar cabida a operaciones de terceras

[46] El carácter indirecto de la responsabilidad se advierte claramente en el hecho de que, como se señala en Campbell, L., «Corporate Liability and the Criminalisation of Failure», *Law and Financial Markets Review*, 12(2), 2018, pp. 60-61, «*Debe destacarse que ambas secciones 45 y 46 son delitos de «responsabilidad estricta», pues no se precia que el organismo correspondiente ni su alta dirección hayan participado, conocido o sospechado la facilitación o la evasión para que la entidad relevante sea penalmente responsable*».

[47] A tenor de la sección 44(4), «*Una persona (P) actúa en el marco de la capacidad de una persona asociada con un ente relevante (B) si P es: a) un empleado de B que actúa en su calidad de empleado; b) un agente de B (que no es un empleado) que actúa en su calidad de agente; o c) cualquier otra persona que realice servicios para o en nombre de B que actúa en el marco de la capacidad de una persona que realiza dichos servicios*».

[48] La importancia de esa exclusión se destaca en Campbell, L., «Corporate Liability and the Criminalisation of Failure», *Law and Financial Markets Review*, 12(2), 2018, p. 61, al atribuirle que «*incrementa la responsabilidad corporativa al incentivar la introducción de un cumplimiento* ("compliance") *y políticas de prevención sólidos*».

empresas, aunque sean filiales de esta [49]. Por otra parte, no debe olvidarse que el CP prohíbe la analogía en la aplicación de la Ley penal (artículo 4.1).

Otro tanto sucede en el marco de la normativa comunitaria. Las Directivas que exigen de los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas penalmente responsables emplean el término «*person*», que podría inducir a considerar comprendidas tanto las personas jurídicas («*legal persons*») como las físicas («*natural persons*»), pero el hecho de que, al igual que ocurre en el CP español, su conducta se sitúe en el marco de la actividad de la persona jurídica conduce a la conclusión de que las personas a las que se refiere son las físicas. Es más, por si alguna duda quedara, el apartado tercero alude expresamente a las «*personas físicas*», lo que ahonda en la identificación de las «personas» de los apartados anteriores exclusivamente como «personas físicas» [50].

De igual modo, resultan insuficientes las disposiciones normativas que imponen a las empresas revelar información sobre cómo abordan determinados derechos humanos en sus actividades en el extranjero [51]. En línea con lo ya expuesto previamente, no basta con compromisos o, como es el caso, obligaciones de información, puesto que su eficacia es más que cuestionable.

Frente al panorama normativo actual, abogamos por configurar un delito que, al modo de lo previsto en el régimen administrativo sancionador, tipifique el incumplimiento del deber de prevención de la comisión de delitos por las empresas filiales y del que no sea presupuesto la perpetración de un ilícito concreto por alguna de estas. Para ello sería preciso establecer concretamente qué delitos tiene la obligación de prevenir la empresa matriz (lo que podría efectuarse en atención a la gravedad de los mismos u otros criterios como la facilidad de comisión) y el grado de control o medidas de vigilancia que debe

---

[49] La STS, Sala de lo Penal, 154/2016, de 29 de febrero, razona que «*el término de provecho (o beneficio) hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete*».

[50] Artículo 6 de la Directiva (UE) 2017/1371 y 7 de la Directiva (UE) 2018/1673 ya citadas.

[51] Es el caso de la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, transpuesta por Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

El motivo de que se estimen insuficientes es que no clarifican la cuestión central de la responsabilidad de la empresa matriz, Bueno, N., «Corporate liability for violations of the human rights to just conditions of work in extraterritorial operations», *The International Journal of Human Rights*, 21(5), 2017, p. 571.

satisfacer la empresa matriz [52]. Sin desconocer las dificultades que comporta, esta propuesta evitaría que la punición de la empresa matriz dependiera de la conducta concreta de las filiales y permitiría crear una práctica de autorresponsabilidad auténticamente disuasoria, además de clarificar los aspectos probatorios del delito cuya autoría cabría imputar a la empresa matriz y los deberes de esta en relación con las empresas filiales [53].

En este sentido, y frente al establecimiento implícito del deber que conlleva la sanción del defecto en la prevención del delito cuando esta se vincula a la perpetración de un delito concreto por la empresa filial, resultaría del todo imprescindible la delimitación legal clara y taxativa de cuáles son las obligaciones concretas en que se traduce el deber de prevención de la empresa matriz. Sólo de esta manera sería admisible desligar tal deber del hecho delictivo concreto cometido por la empresa filial y articularlo como un deber genérico de prevenir delitos.

9.4.2 **Prueba del defecto en la prevención del delito**

Establecido normativamente este deber en los términos expuestos, la acreditación de su incumplimiento recaería sobre la acusación, por cuanto es la omisión de la conducta debida lo que integra el tipo, pero con el matiz de que la acreditación de la comisión de un delito o riesgo de comisión por alguna de las filiales constituiría un indicio del delito propio de la empresa matriz que, cumplidos los requisitos jurisprudenciales al respecto, permitiría desvirtuar la presunción de inocencia de la empresa matriz y situar a esta en la necesidad de acreditar la desconexión entre el ilícito o riesgo de delito de la filial constatado y el programa de medidas con que cuenta la empresa matriz. Se trataría de responsabilizar a la empresa matriz por la perpetración o riesgo de comisión

[52] Entre otras cuestiones habría de optarse por el régimen de aplicación de la sanción y, más en concreto, si se opta por un régimen «duro» o de aplicación ágil. Al respecto, Pérez Gil, J., «Marco normativo supranacional y toma en consideración de los derechos de las personas jurídicas en el proceso penal», *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, 1.ª edición, Cizur Menor (Navarra) (Thomson Reuters/Aranzadi), 2017, pp. 26 ss.

Y es que, como se apunta en Bueno, N., «Corporate liability for violations of the human rights to just conditions of work in extraterritorial operations», *The International Journal of Human Rights*, 21(5), 2017, p. 572, «*el alcance de las medidas específicas que deben adoptarse depende de factores como el tamaño del complejo empresarial, el contexto de sus operaciones y la gravedad de los impactos adversos*».

[53] La diferencia entre ambos planteamientos se advierte en el análisis efectuado de la responsabilidad establecida en el artículo 28.4 LRJSP, ya citado. Así, en tanto algunos autores consideran que su fundamento es la participación en los hechos del sujeto al que corresponde el deber de vigilancia por su incumplimiento de este, otros estiman que este se halla directamente en la Ley, Recuerda Girela, M. A., *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*, 1.ª edición, Cizur Menor (Navarra) (Thomson Reuters/Aranzadi), 2016, p. 1135.

de delitos cometidos por sus filiales salvo que probasen la existencia de procedimientos adecuados para prevenir el delito. De este modo, y de nuevo en comparación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los actos u omisiones de sus administradores, representantes o empleados, en lugar de hacer recaer sobre la acusación la carga de probar en todo caso un hecho negativo (la infracción del deber de prevención), se equilibrarían las posiciones de ambas partes y se acentuaría el efecto disuasorio del tipo. Se plantearían dos supuestos:

Uno de ausencia de constancia de la comisión o riesgo de perpetración concreto de un delito por las filiales, en que debería ser la acusación la que, a falta de indicios de infracción del deber de prevención, probara esa infracción. En estos casos, en virtud de la carga de probar derivada del derecho a la presunción de inocencia que recae sobre la acusación, esta habría de acreditar el incumplimiento, lo que pasaría por demostrar la carencia por la empresa matriz de un programa o política de medidas preventivas dirigido a evitar o desincentivar la comisión de ilícitos por las empresas filiales. De contar la empresa matriz con estos, correspondería a la acusación acreditar su insuficiencia o ineficacia con vistas a evidenciar la infracción del deber de prevención.

De concurrir la comisión o riesgo concreto de perpetración de delito por las filiales, el indicio de incumplimiento del deber de prevención que ello constituye podría ser bastante, cumplidos los requisitos jurisprudenciales, para desvirtuar la presunción de inocencia [54]. Habría de ser en ese supuesto la empresa matriz la que no solo invocara la existencia de una política o programa de cumplimiento, sino que lograra acreditar que el ilícito cometido o el riesgo de su comisión por la empresa filial tuvo lugar al margen o a pesar de unas medidas claramente idóneas para disuadir, de modo adecuado, de su perpetración.

Ciertamente un planteamiento de este tipo se presta a la crítica de que descansa en una «aproximación preventiva a la justicia» en contra de los principios liberales de protección al individuo frente a la coerción estatal [55]. Mas no se trata de una objeción insalvable, pues si bien el Derecho penal, *ultima*

[54] De esta manera se evitaría la objeción apuntada en Campbell, L., «Corporate Liability and the Criminalisation of Failure», *Law and Financial Markets Review*, 12(2), 2018, p. 62, de que, de no ser necesaria la prueba del fracaso y, en lugar de eso, existir la carga de probar medidas de cumplimiento razonables o adecuadas, se incurra en una «carga de defensa inversa».

[55] Ivory, R. and Anna, J., «Holding Companies Responsible? The Criminal Liability of Australian Corporations for Extraterritorial Human Rights Violations», *University of New South Wales Law Journal*, 43, 2017, p. 1197.

No en vano, al abordar la perspectiva procesal de los programas de cumplimiento normativo se ha señalado que «*Por otra parte y desde sendas perspectivas penal/procesal, particularidad del nuevo tipo de responsabilidad es la anticipación de dicha responsabilidad penal al momento pre-procesal e incluso*

ratio, no es susceptible de aplicaciones tan amplias como las que permite el régimen administrativo sancionador, el hecho de que este delito se proyecte sobre personas jurídicas, no físicas, permitiría salvar los reproches formulables desde la óptica constitucional. No se trata de hacer responder penalmente a una persona física, sino a una persona jurídica cuyas relaciones de dominio sobre otras personas jurídicas no son parangonables a las que se pueden establecer entre personas naturales precisamente por el distinto sustrato y fundamento de unas y otras [56].

En relación con lo expuesto, resulta cuestionable qué legislación debe tomarse en consideración para apreciar la comisión del delito perpetrado por la empresa matriz [57]. Esta problemática está conectada con el grado de certeza exigible a la comisión del delito al que se asocia la responsabilidad de la empresa matriz. En el ordenamiento español la sanción del delito cometido por la persona física, e incluso la identificación de la persona física, no son requisitos necesarios para el castigo a la persona jurídica. Basta, por ende, que se advierta la comisión de un delito por la persona física que satisfaga las restantes condiciones del artículo 31 bis CP. Mas en el caso de las multinacionales se añade la dificultad de qué normativa aplicar para advertir la comisión del delito por la empresa matriz, lo que es tanto como plantear si la determinación de la existencia de un delito debe establecerse en el Estado de comisión por la empresa matriz o examinarse prejudicialmente a efectos de la sanción a la empresa matriz en el Estado de su nacionalidad. Nuevamente ello se relaciona con el grado de conexión que se exija al delito de la empresa filial con el de la empresa matriz.

De acuerdo con la propuesta que se efectúa en el presente trabajo, dado que el delito que se atribuye a la empresa matriz no es el supuestamente cometido por la filial, no sería imprescindible que la perpetración del delito por la empresa filial se declarara por resolución judicial del Estado en que esta opera, sino que, al constituir un indicio (no un presupuesto) de la conducta típica de la empresa matriz, podría examinarse a la luz de la normativa del Estado de

pre-delictivo», Jimeno Bulnes, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los modelos de compliance: un supuesto de anticipación probatoria», *Revista General de Derecho Penal*, 32, 2019.

[56] Como se señala en Campbell, L., «Corporate Liability and the Criminalisation of Failure», *Law and Financial Markets Review*, 12(2), 2018, p. 57, las personas jurídicas difieren de las personas naturales en las formas en que se pueden presentar, que van de sociedades unipersonales a amplias empresas multinacionales, lo que ocasiona que «*Estas estructuras organizativas crean oportunidades únicas para que tenga lugar el comportamiento ilegal y sea ocultado, y las actividades empresariales cotidianas pueden implicar un riesgo considerable o daño potencial*».

[57] Ivory, R. and Anna, J., «Holding Companies Responsible? The Criminal Liability of Australian Corporations for Extraterritorial Human Rights Violations», *University of New South Wales Law Journal*, 43, 2017, p. 1179.

que es nacional la empresa matriz y ni siquiera sería necesario que se apreciara su comisión, sino que bastaría con un riesgo advertible [58].

Lo anterior también permite salir al paso de la objeción formulada con apoyo en la necesidad de doble incriminación [59]. Al no hacerse responsable a la empresa matriz del delito cometido por la empresa filial (cuya concurrencia ni siquiera es precisa, aunque sí indiciaria, del ilícito que se reprocha a la empresa matriz), no resulta necesario que la conducta sea penalmente punible en ambos Estados (el de la empresa matriz y el de la filial). Puesto que el sistema de responsabilidad se articularía sobre la base de la autorresponsabilidad, habría de ser la normativa del Estado del que es nacional la empresa matriz la que concretara qué delitos (obviamente conforme a su tipificación en dicho Estado) debe prevenir la empresa matriz, así como las medidas apropiadas para ello, de manera que el incumplimiento de dicho deber se examinaría únicamente a la luz de la normativa del Estado de que es nacional la empresa matriz. El que la conducta aparentemente realizada o en riesgo de perpetración por la empresa filial no sea constitutiva de delito en el Estado de que es nacional la empresa filial devendría irrelevante, por cuanto no es ese delito el que se enjuicia y la responsabilidad de la empresa matriz no es vicaria. Esa conducta de la empresa filial se examinaría por los Tribunales del Estado de la empresa matriz con arreglo a su normativa, pero no como presupuesto imprescindible para declarar la responsabilidad de la empresa matriz, sino como indicio de defecto en la prevención del delito y conducta integrante, por ende, del tipo establecido en la normativa del Estado de la empresa matriz.

En relación con lo precedente, se advierte que, en la medida en que la comisión, al menos aparente, de un delito por una empresa filial constituye un indicio de la perpetración del delito atribuible a la empresa matriz, esta circunstancia será objeto de prueba [60]. Ello genera una situación en principio comparable a la suscitada por el sistema español de responsabilidad patrimo-

---

[58] En este sentido, en la *Bribery Act 2010* no se exige que «A» haya sido condenado por su delito, y lo mismo sucede en la *Criminal Finances Act 2017*, Campbell, L., «Corporate Liability and the Criminalisation of Failure», *Law and Financial Markets Review*, 12(2), 2018, pp. 59 y 60.

[59] Se afirma en Smith. A. and Lepeuple, A., «Holding companies criminally liable for human rights abuses», https://www.corkerbinning.com/holding-companies-criminally-liable-for-human-rights-abuses/#_ftnref5, 17 de julio de 2018, que «*sin el requisito de doble criminalidad* [en el Estado de la empresa matriz y en el Estado donde se comete el delito]*, las empresas del Reino Unido* [en el caso examinado en el artículo] *harían frente a su responsabilidad por defecto en la prevención de delitos contra los derechos humanos, pero no por la comisión de esos mismos delitos en el Reino Unido o el Estado extranjero*».

[60] Como se apunta en Campbell, L., «Corporate Liability and the Criminalisation of Failure», *Law and Financial Markets Review*, 12(2), 2018, p. 62, «*Mientras no hay necesidad de una condena por el delito sustantivo para probar el fracaso en su prevención, parte del caso de la acusación es establecer a la altura del estándar relevante que el delito dado ocurrió, lo que puede ser difícil*».

nial de las Administraciones Públicas en supuestos de acoso laboral [61]. En el supuesto que abordamos, la acreditación de la existencia de una conducta aparentemente delictiva por parte de la empresa filial se presenta como una cuestión prejudicial en el proceso seguido contra la empresa matriz por la infracción de su deber de prevención [62]. Ocurre, sin embargo, que, de acuerdo con lo previamente razonado, la comisión del delito por la filial no debe configurarse como presupuesto de la responsabilidad de la empresa matriz (lo que sí sucede en el artículo 31 bis CP), sino como indicio. Por tanto, no es preciso que su perpetración quede perfectamente probada, sino que basta con que se evidencie la apariencia de su comisión o riesgo de que se produzca a fin de acreditar que la empresa matriz no satisface su deber de prevenir los delitos que pueden cometer sus empresas filiales en los términos en que dicho deber se haya configurado en el Estado de que es nacional la empresa matriz. Aunque obviamente una línea de defensa será la dirigida a desvirtuar la apariencia de ilícito penal por la empresa matriz y la sentencia que se dicte valorará esa apariencia, las declaraciones al respecto no solo no han de surtir efectos de cosa juzgada, sino que tampoco revestirán una intensidad asimilable a la que sí despliegan los razonamientos judiciales cuando la cuestión debatida integra un presupuesto imprescindible, y no un indicio, de la conducta sancionada [63].

---

[61] En el ordenamiento español la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración por acoso laboral perpetrado por uno de sus funcionarios ha de dirigirse exclusivamente contra la Administración, sin participación como interesado del supuesto acosador, al haber concluido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 15/2016, de 1 de febrero, que no concurre interés legítimo en la persona natural a la que se atribuye el acoso que lo habilite para personarse como interesado en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al entender que «*la declaración de responsabilidad de la Administración no comporta, automáticamente, beneficio o perjuicio alguno en su esfera jurídica*».

[62] En este sentido, nuevamente en relación con el acoso laboral, señala la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de noviembre de 2018, asunto Vicente del Campo c. España, que «*El Tribunal admite que el procedimiento de responsabilidad contra la administración pública contaba con características específicas que deben ser tenidas en cuenta. A pesar de ello, este Tribunal señala que el Tribunal Superior de Justicia no se limitó en su razonamiento a declarar la responsabilidad objetiva de la administración pública ni a concluir que la situación sufrida por la colega del demandante había constituido acoso laboral o que las autoridades educativas, a pesar de ser conscientes de la situación, no habían tomado medidas efectivas para prevenirla o ponerle fin. Fue más allá al afirmar que la conducta del demandante había supuesto un acoso psicológico reiterado. El Tribunal Superior de Justicia alcanzó dichas conclusiones mediante un análisis exhaustivo de los hechos y de las pruebas disponibles que identificaban al demandante indicando su nombre completo y otros datos relevantes*».

[63] En esta línea se pronuncia Campbell, L., «Corporate Liability and the Criminalisation of Failure», *Law and Financial Markets Review*, 12(2), 2018, p. 63: «[el aparente sobornador o facilitador] *se encontrará con pruebas en su contra en el curso del juicio, dado que sus actos ilícitos deben ser establecidos. Este no es su juicio penal y no existirá convicción personal; sin embargo, no tiene capacidad de defensa de sí mismo contra esas afirmaciones. Aunque esto pueda parecer inadecuado, no vulnera su derecho a ser considerado inocente. Puede estimar comprometidas su reputación y prestigio profesional en virtud de las consideraciones judiciales de que su conducta constituyó soborno o facilitación, pero esto no viene al caso, ya que ni la jurisprudencia doméstica ni la del TEDH impiden esto, ya que no está siendo juzgado, condenado o sancionado. En consecuencia, se concluye que no hay objeciones desde la óptica del debido proceso a la perspectiva de la extensión del fracaso en la prevención*».

9.4.3 **Acerca de los programas de cumplimiento normativo**

La configuración de un tipo autónomo consistente en la infracción del deber de prevención de delitos perpetrables por las empresas filiales comportaría un importante papel de los programas de cumplimiento normativo («*compliance*») [64]. Este puede variar desde su consideración como elemento acreditativo de la existencia de una «cultura corporativa» de cumplimiento, que obligaría a la acusación a probar su ineficacia o inidoneidad, al de circunstancia atenuante o eximente de responsabilidad.

En línea con lo apuntado previamente, la eficacia que habría de otorgarse a los programas de cumplimiento depende de que existan indicios de incumplimiento del deber de prevención, significativamente la comisión o riesgo de comisión de delitos por las empresas filiales. De no concurrir, la existencia y aplicación de un programa de cumplimiento proporciona la apariencia de satisfacción del deber de prevención, por lo que, al igual que sucede en el enjuiciamiento en España de los delitos perpetrados por personas jurídicas, habría de ser la acusación la que acreditara la insuficiencia o defectos del programa [65]. Mas de contarse con indicios, el programa podría exonerar de responsabilidad, pero no se presentaría como elemento integrante de una «cultura corporativa» idónea que la acusación habría de probar que no concurre [66]. En cualquier caso, la implantación del programa debe ser previa a la imputación y no admitirse el

---

[64] De las diversas definiciones que se han ofrecido nos serviremos de la que los conceptúa como «*programas que constan de un conjunto de instrumentos como un código ético, protocolos de investigaciones internas, canal de denuncias, controles generales y específicos, toma de decisiones, etc. o códigos de conducta y un catálogo de medidas dirigidas a evitar el incumplimiento de las normas por parte de los miembros de la organización*», De Prada Rodríguez, M. y Santos Alonso, J., «El nuevo escenario de la reforma del Código Penal: los programas de *compliance*», *Diario La Ley*, 8422, 2014, p. 3. Estos programas se incardinan en el «*modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*» al que se refieren los apartados 2.1.ª, 4 y 5 del artículo 31 bis CP, y con el «*modelo de prevención*» al que se alude en el apartado 2.2.ª y 3.ª de ese mismo precepto.

[65] No en vano, la jurisprudencia a que se ha hecho referencia conlleva que actualmente es la acusación la que debe acreditar la ausencia de la «cultura corporativa», por lo que su labor se torna sumamente más dificultosa de existir un programa de cumplimiento normativo. De ello se advierte en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, p. 51 (previa, ha de destacarse, a la jurisprudencia enunciada): «*A tenor de lo ya expuesto, no resultará sencillo a Fiscales y Jueces comprobar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y, sobre todo, los requisitos respectivamente establecidos en los apartados 2 y 5 del artículo 31 bis*».

[66] Coincidimos con Campbell, L., «Corporate Liability and the Criminalisation of Failure», *Law and Financial Markets Review*, 12(2), 2018, p. 62, en que ello «*permite a los entes corporativos demandados exonerarse a través de la articulación de procedimientos de cumplimiento; es más apropiado que el que la fiscalía deba probar los detalles de los procedimientos internos e implementación en la práctica; y la imposición de la carga es necesaria, razonable y no arbitraria. Además, y lo que es crucial, la carga de defensa inversa no requiere prueba de falta de culpabilidad; lo que debe establecerse únicamente es la presencia y empleo de procedimientos adecuados/razonables*».

compromiso de adoptarlos como elemento de negociación o atenuante. Si la finalidad del tipo es garantizar la prevención del delito, el programa de cumplimiento constituye un indicio del incumplimiento de dicho deber, que no solo viene dado por esa carencia, de manera que el propósito de implantarlo no excluye ni aminora la responsabilidad que se pueda apreciar en el proceso correspondiente.

No resulta aceptable que los programas de cumplimiento normativo se erijan en una suerte de salvaguarda prácticamente inatacable frente a la exigencia de responsabilidad penal, sea a la persona jurídica por sus actos o, en el modelo que proponemos, a las empresas matrices por los de sus filiales [67]. Además de las dudas acerca de la eficacia de estos programas, ha de tenerse presente que el tipo no ha de consistir en la carencia de programas, sino en la infracción del deber de prevención, de modo que los programas, siempre que sean adecuados, únicamente pueden contribuir a acreditar la satisfacción del estándar exigible en lo relativo al deber de prevención, que precisamente se ve cuestionado cuando, a pesar del supuesto cumplimiento de las obligaciones al respecto, se han cometido, o existe riesgo probado, delitos para cuya evitación justamente se establece el tipo.

Y, en todo caso, para que desplieguen la eficacia apuntada es preciso que se garantice la suficiencia e idoneidad de esos programas [68]. A este respecto, no puede obviarse que los programas de cumplimiento normativo responden a un modelo de prevención y control interno, lo que origina las suspicacias propias de los mecanismos de control que se insertan en una estructura jerárquica y se encomiendan a personal dependiente de aquellos cuyo comportamiento, entre el de otros, está sujeto a su fiscalización o, en caso de externalización, de que la empresa que se contrate dependerá de la elección de su cliente, por lo que existirá un evidente deseo de complacerlo y, en definitiva, una tensión entre la eficacia del modelo y las reticencias que plantee la empresa a determinados elementos de este.

La eficacia de este tipo de controles resulta, además, de compleja evaluación, por lo que la condición de prevención o reducción significativa del riesgo de comisión que se les exige es de difícil comprobación empírica. En el caso concreto la supervisión interna se efectúa con arreglo a los paráme-

[67] En relación con la eficacia que se atribuye jurisprudencialmente a los programas de cumplimiento, se ha reprochado la reducción de la sanción a lo excepcional, Gómez Tomillo, M., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento», *Diario La Ley*, 8861, 2018, pp. 229 ss.

[68] Campbell, L., «Corporate Liability and the Criminalisation of Failure», *Law and Financial Markets Review*, 12(2), 2018, pp. 63 y 64.

tros fijados en el propio programa, con lo que se corre el riesgo de que la constatación de eficacia obedezca a una suerte de profecía autocumplida o que se acuda al argumento *ad ignorantiam*. Y contemplada desde una óptica general de un sector de actividad o clase de personas jurídicas, el contraste de la situación *ante* y *post compliance* se antoja sumamente incierto y sujeto a una metodología de resultados inseguros como son las encuestas de victimación [69]. No en vano se ha advertido de la inexistencia de datos empíricos suficientes de la eficacia de estos programas para prevenir la comisión de delitos en el seno de las empresas [70].

Para evitar o al menos minimizar estas carencias, resulta necesario que se establezcan pautas concretas que permitan examinar la eficacia y calidad de los programas de cumplimiento normativo, so pena, de no hacerlo, de incurrir en un análisis superficial de los mismos [71]. En todo caso, el programa debe adaptarse a la actividad y características de cada empresa [72]. En esta línea, la *Bribery Act 2010* dispone en su sección 7(4) que la Secretaría de Estado tiene la obligación de publicar una guía acerca de los «*adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct*» que la sección 7(2) prevé como defensa para «C», lo que se hizo con inclusión de ejemplos de casos de estudio y descripción de seis principios: procesos proporcionados; compromiso de alto nivel; evaluación de riesgos; diligencia debida; comunicación (incluido entrenamiento); y monitorización y revisión [73].

---

[69] Los resultados, además, son ambiguos. Se apunta en Nieto Martín, A., «Cumplimiento normativo basado en evidencias empíricas», www.almacendelderecho.org, 2015.

[70] Bachmeier Winter, L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de *compliance*», *Diario La Ley*, 7938, 2012. A este respecto, en Tiedemann, K., «El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico», *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, 1.ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, p. 37, se afirma que «*la eficacia de estos instrumentos resulta dudosa, por lo que existen considerables reservas, sobre todo en Francia y en Alemania, frente a la moda importada de los EE. UU. de los* compliance programs».

[71] Se advierte en Muñoz de Morales Romero, M., «Programas de cumplimiento «efectivos» en la experiencia comparada», *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, 1.ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, p. 229, respecto de la experiencia en el Derecho comparado, que «*los jueces y tribunales realizan una evaluación de los programas de cumplimiento normativo en sus fallos judiciales de una manera muy fragmentaria y en cualquier caso poco detallada*».

[72] Jimeno Bulnes, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los modelos de *compliance*: un supuesto de anticipación probatoria», *Revista General de Derecho Penal*, 32, 2019.

[73] Campbell, L., «Corporate Liability and the Criminalisation of Failure», *Law and Financial Markets Review*, 12(2), 2018, p. 59.

La *Criminal Finances Act 2017*, en cambio, se refiere en sus secciones 45 y 46 a que «*B hubiera adoptado todos los procesos de prevención que fuera razonable esperar de B atendidas todas las circunstancias*» o que «*no fuera razonable, atendidas todas las circunstancias, esperar que B hubiera de adoptar procesos de prevención*»

La generalidad en la concreción de los deberes de supervisión se advierte igualmente en las Directivas ya citadas, en que simplemente se alude a «*falta de vigilancia o control*» y «*supervisión o control*», respectivamente.

Ello sin perjuicio de que se acuda igualmente a certificaciones externas, que por sí solas, sin embargo, no deben estimarse bastantes para acreditar la idoneidad de los programas de cumplimiento normativo [74].

Lo expuesto no debe entenderse como un rechazo a los programas de cumplimiento, sino como la exigencia de que sean realmente efectivos y prevenir contra el exceso de confianza en ellos. No parece adecuado que unos programas voluntarios, sin fiscalización externa obligatoria, ni privada ni pública, previa a la constatación de la comisión del delito y con dudas razonables acerca de su eficacia, se conviertan en la práctica en una vía de elusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, en el supuesto que se aborda, de las empresas matrices, y, en suma, se corra el riesgo de que su adopción y ejecución tengan lugar con el propósito de soslayar mediante una mera apariencia cumplidora esa responsabilidad y no con el de conseguir la «cultura de respeto al Derecho» que bien podría implantarse por otras vías [75].

Al mismo tiempo, hemos de apuntar que el papel asignado a estos programas se enmarca en la finalidad de la introducción del delito que proponemos *lege ferenda*, que no es solo contribuir a una política de cumplimiento, sino, con un alcance más amplio, luchar contra la criminalidad a través de la disuasión asociada a la penalización de la omisión de la empresa matriz. Y ello no con el efecto de usurpar la tipificación, persecución y punición, lo que se ha reprochado al modelo preventivo con enfoque en el cumplimiento normativo, sino, por el contrario, de habilitar vías para este [76].

Como reflexión final, cabe señalar que la incorporación de tipos penales como el expuesto debe venir acompañada de una tendencia generalizada en esta línea, no solo en el ámbito de la Unión Europea, sino a escala

---

[74] La conveniencia de acudir a la certificación externa se mantiene en Alexandre González, J., «El papel de la certificación en los modelos de prevención penal», *Diario La Ley*, 8848, 2016.

[75] Se afirma en Tiedemann, K., 2013, p. 37, respecto de los programas de «*compliance*», que «*su carencia principal radica en que son voluntarios y su infracción no va acompañada de una sanción externa*», y, respecto de Estados Unidos, que «*las empresas utilizan estos programas muchas veces como una pantalla protectora contra las sanciones estatales y las investigaciones criminológicas informan cómo los altos directivos de empresas con programas impresionantes hacen a la vez un «guiño» para la comisión de delitos*». Por su parte, la Circular 1/2016, p. 43, señala que «*No es infrecuente en la práctica de otros países que, para reducir costes y evitar que el programa se aleje de los estándares de la industria de los* compliance*, las compañías se limiten a copiar los programas elaborados por otras, incluso pertenecientes a sectores industriales o comerciales diferentes. Esta práctica suscita serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adoptado y el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas*». Del riesgo de que estos programas se empleen para «tapar y dejar pasar» se advierte igualmente en Sieber, U., «Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica», *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, 1.ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 100 y 101.

[76] Campbell, L., «Corporate Liability and the Criminalisation of Failure», *Law and Financial Markets Review*, 12(2), 2018, p. 65.

global. Es evidente que la atribución a las empresas matrices de un deber de prevención expreso y terminante respecto de las actividades de sus filiales, aunque se limite a aquellas conductas más reprobables, está llamado a encontrar fuertes resistencias por motivos vinculados al lucro empresarial. En este sentido, la modificación de la normativa en la línea enunciada puede originar la deslocalización, o al menos la amenaza de que ello ocurra, de no llevarse a efecto en el marco de una decisión compartida por al menos aquellos Estados más desarrollados en que se hallan establecidas las empresas matrices.

Resulta indudable que, a la luz de lo anterior, la Unión Europea está llamada a desempeñar un papel crucial en este ámbito, de asumirse el planteamiento indicado. Es necesaria una política comunitaria decidida que ahonde en la senda de exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas y la extienda para prevenir la delincuencia transnacional a través de la armonización de las normativas de origen nacional. Actualmente la progresiva introducción en las Directivas de preceptos expresamente dirigidos a reclamar de los Estados miembros la previsión de responsabilidad penal de las personas jurídicas está permitiendo superar los reproches que se formularon a la ausencia de un modelo de respuesta común a esa forma de criminalidad [77]. Es el momento de dar un paso más y afrontar la responsabilidad no solo conectada a las personas físicas, sino también a las filiales como una manifestación más del deber empresarial de evitar en origen las vulneraciones más graves de bienes jurídicos.

[77] De la Cuesta Arzamendi, J. L. y Pérez Machío, A. I., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los estados», *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1.ª edición, Cizur Menor (Navarra) (Thomson Reuters/ Aranzadi), 2013, pp. 129-160.

10. LA CRIMINOLOGÍA DE LA GUERRA Y LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA UNIÓN EUROPEA EN TORNO A LAS SANCIONES COMERCIALES

Luis Arroyo Zapatero
Universidad de Castilla-La Mancha

10.1 INTRODUCCIÓN

Estamos asistiendo desde hace ya más de un año en directo a una guerra televisada. Si en la de los Balcanes tuvimos por vez primera imágenes en directo por televisión, hoy no solo tenemos la retransmisión directa y en el telediario cotidiano sino las imágenes que millares de teléfonos móviles captan y reproducen. Es una guerra espectáculo. Se presenta una guerra tradicional con relevantes novedades tecnológicas y de destrucción, con drones y misiles, pero también una guerra que se denomina híbrida, pues combina la acción militar con la cibernética y la economía, con manipulación de la distribución de la energía y de las materias primas. Se nos presenta una guerra híbrida, una guerra que Louis Gautier ha llamado «bastarda» [1].

Lo que vemos todos claramente son las víctimas civiles indiscriminadas y la destrucción consciente y sistemática de infraestructuras civiles básicas como los hospitales y miles de edificios de viviendas, asistimos a las inmensas caravanas de mujeres y niños desamparados. Todo genera en nosotros una inmensa emoción, desde la solidaridad y el impulso de cooperar de modo efectivo para defender a las víctimas de una agresión criminal. «Esta guerra es

[1] Louis Gautier, «La guerre bâtarde, Ukraine, guerre hybride, guerre ouverte et technologie», dans *Revue Défense Nationale* 2022/6 (N° 851), pp. 15 à 32; Louis Gautier, *Mondes en Guerre, IV, Guerre sans frontières*, Passés/Composés, Paris 2021, pp. 519 ss.

política y emocionalmente insoportable», ha dicho Alexandra Sujarera, precisamente una artista plástica rusa que iba a exponer en la Bienal de Venecia. Pero no ha podido acudir, pues la guerra ha desatado emociones que rompen la racionalidad de la vida cultural. Muchas actividades e intervenciones han sido canceladas y no pocos han tenido que renunciar a ello, a los conciertos ¿a la literatura? La rusofobia está aquí: ¡Rusia es culpable! Todo ello favorecido no solo por la guerra y el modo bestial de llevarla a cabo sino por la impostación de su máximo responsable: un autócrata con visos de psicópata [2].

Cierto es que Europa ha sido un campo de batalla permanente desde 1808, por poner la telúrica fecha de las invasiones napoleónicas. Después la guerra «de Crimea», precisamente entre Rusia, por una parte, contra Turquía, Francia e Inglaterra por la otra. Siguió la guerra franco-prusiana primero y luego la Primera Guerra Mundial que dio paso enseguida a la Segunda. Casi siempre es lo mismo: hacia la izquierda la pulsión de invadir Francia, la cuenca del Ruhr, para apoderarse del carbón y el acero, y a la derecha el apoderarse de Ucrania, el granero de Europa y la conquista del espacio vital, el *Lebensraum*. En verdad, en los últimos 500 años todos los países del continente han visto modificadas sus fronteras por causa de las guerras desde Rusia hasta el Reino Unido. Solo se han salvado de ello –aunque no de las guerras civiles– España y Portugal. Todos los demás han cambiado muchas veces y siempre mediante o mediando una guerra. La guerra presente se ve ante todo como un crimen de agresión y lo que vemos en el modo de llevarla a cabo son crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. En todo caso esta es la primera guerra interestatal en Europa desde 1945.

10.2 LA LARGA APROXIMACIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA A LA GUERRA

La cuestión de las guerras ha sido objeto de reflexión siempre desde los clásicos desde lo que puede denominarse hoy la ciencia política y hubo de esperarse a que concluyera la Primera Guerra mundial para que se formulara una teoría general que dio en llamarse geopolítica. Pero en el ámbito del De-

[2] Por todo v. *Killings of civilians: summary executions and attacks on individual civilians in Kyiv, Chernihiv, and sumyregions in the context of the Russian federation's armed attack against Ukraine*, Office of the United Nations HCHR, December 2022. Sobre el personaje citado v su propio discurso comentado por Guillaume Lancereau, sobre «El discurso de Putin: la política interior del agresor», *Le grand Continent*, 22. 2. 2023, quien se encubre con gusto con la invasión de Irak, v. entre otros, Peter Beaumont, «The invasion of Iraq was a turning point on to apath that led towards Ukraine», en *The Guardian,* 19 de marzo 2023.

recho y las Ciencias Sociales se han de afrontar los problemas como el que nos ocupa desde diversos campos científicos: el Derecho, las Relaciones Internacionales, la Economía y la Criminología. Lo que vemos hoy son crímenes atroces, por las terribles pérdidas de vidas humanas y los daños que se producen y el modo cruel en que se realizan. No debe haber impunidad, se debe castigar y prevenir, pero para prevenir es necesario conocer y comprender como nacen y se desarrollan estos procesos de fuerza, de ambición y de choque de intereses. Se hace necesaria una Criminología de la guerra y sus atrocidades.

Son estos crímenes atroces que acompañan a la guerra o los crímenes de Estado contra sus propios ciudadanos los más más graves de todos los crímenes. Sin embargo, la criminología, que nace con estruendo en la segunda mitad del XIX no se ha ocupado de estos hasta tiempo bien reciente, prácticamente de modo sistemático solo a partir de los años noventa, tras la guerra en los Balcanes.

Los criminólogos que con anterioridad y por vez primera se han ocupado de las guerras y de sus crímenes son apenas tres: Hermann Mannheim, Sheldon Glueck y Mariano Ruiz Funes, los tres motivados por el genocidio y las atrocidades durante la II Guerra Mundial.

Hermann Manheim, profesor ordinario alemán, víctima de la persecución antisemita en su país, como Max Grünhut, acogido en Reino Unido desde 1934 se dedicó a la criminología en la *London School of Economics*. Desde el primer momento de la guerra se ocupó de las consecuencias de esta para la criminalidad interna que daría lugar a la publicación en 1941 de su libro *War and Crime* de 1941 en el que se ocupa de las transformaciones de la criminalidad como consecuencia de la guerra, con un relevante incremento de los delitos económicos respecto de los de violencia. Pero se ocupó también de las guerras Ilícitas, como la guerra de agresión y se ocupa de los efectos en la criminalidad de las migraciones forzadas, con un millón y medio de los emigrados del continente a las islas británicas ya en noviembre de 1939. Toma muy en cuenta la delincuencia de los jóvenes en tal contexto. Mas relevante es su calificación de la agresión germana como crimen internacional a partir del Tratado de Briand-Kellog de 1928, así como la identificación como crímenes internacionales los cometidos en la acción de guerra, es decir los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad cuyo concepto formulaba esos días en Cambridge el emigrado ucraniano Hans Lauterpacht. En su conclusión anticipa y fundamenta la idea de castigar pe-

nalmente los crímenes internacionales con un tribunal integrado por representantes de los países «civilizados» [3].

El segundo, Sheldon Glueck, nacido en la Varsovia perteneciente al Imperio Ruso en 1896, emigró en 1920 a Estados Unidos, doctorándose en Harvard, donde enseñó desde entonces. Se ocupó primero con su mujer Eleonor de los jóvenes delincuentes y desde las vísperas de la guerra de los crímenes internacionales, publicando en 1944 su *War criminals. Their prosecution and Punishment* y participó activamente en el diseño y ejecución de Nuremberg como asesor del fiscal Jackson [4].

El tercer monografista temprano es el español y también exiliado como los anteriores, Mariano Ruiz Funes, catedrático de derecho penal y ministro de la República española en guerra. Se exilió en Cuba y luego definitivamente en México. Desde allí presentó un libro en portugués, con el título de *Criminología de la guerra*, para el prestigioso premio brasileño Afranio Peixoto que ganó en 1946 y se publicó en español en Argentina en 1960 con prólogo de Luis Jiménez de Asúa. Se ocupa también de la criminalidad con motivo y ocasión de la guerra, con las estadísticas internas, la criminalidad femenina, la económica, la llamada criminalidad del regreso de los que vuelven de la guerra y ampliamente sobre los crímenes y características de los responsables de los crímenes internacionales.

Sin embargo, el trabajo de estos tres primeros no tuvo continuidad. Así Ruth Jamieson manifestó en 1998 que la criminología apenas se ha ocupado de los que ahora se llaman crímenes de masa y atrocidades, de entre los cuales solo tiene nombre propio el genocidio, aunque excluido el genocidio «político», que resulta ser el contenido más común de los crímenes de masa, generalmente criminalidad de Estado.

Ruth Jamieson comienza así la introducción a su libro *Hacia una criminología de la guerra,* publicado en 1998, afirmando que a pesar de las recientes e importantes debates sobre el descenso de la barbarie en la Europa del siglo xx la incidencia y la ferocidad de las guerras y los conflictos étnicos no muestran signos de disminuir y la criminología europea contemporánea se mantiene en gran medida distante e impasible ante estas cuestiones punto aún más lo decía ya entonces en 1998, 25 años antes de la actual guerra de Ucrania

[3] Hermann Mannheim, *War and Crime*, Watts&Co, Londres 1941 pp. 147 ss. y 137; Roger Hood, «Hermann Mannheim and Max Grünhut: Criminological Pioneers in London and Oxford», *British Journal of Criminology,* núm. 4, 2004, pp. 469-495; Elihu Lauterpacht, *The Life of Hersch Lauterpacht,* Cambridge University Press 2010; Luis Arroyo Zapatero, «Calle Este-Oeste. Sobre los orígenes de "genocidio" y "crímenes contra la humanidad"», *El mundo del Abogado* Mexico y https://blog.uclm.es/luisarroyozapatero/category/lecturas/.

[4] *War criminals. Their prosecution and Punishment*, AA Knof, N. Y. 1944.

y concluía entonces que a pesar de las apremiantes razones históricas y sustantivas para hacerlo la criminología contemporánea no ha prestado atención a las complejas conexiones que estructuran la relación entre la guerra y el crimen. Va a ser en 2014 cuando por vez primera se reúna el «Grupo europeo de criminología sobre crímenes atroces y justicia transicional», dentro de la Sociedad Europea de criminología, por iniciativa de la gran especialista Alette Smeulers y que hoy preside Nandor Knust, ahora en la Universidad del Ártico Tromso de Noruega y antes responsable de la criminalidad internacional en el Instituto Max Planck de Friburgo [5]. En el mismo sentido se manifiesta Alexia Pierre, quien advierte sobre las razones de ese desinterés que radica en que «les crimes de masse contemporains se déroulent en majorité au cours d'affrontements armés, en périphérie de ceux-ci, ou dans les périodes de crise et de déstabilisation prolongées. Les atteintes aux populations civiles apparaissent alors, aux yeux des observateurs extérieurs, comme des faits de guerre, des dommages collatéraux, ou des actes inévitables qui résultent d'un contexte incontrôlable » y que la mayor parte de estos crímenes de guerra y atrocidades son el resultado de un proyecto, por lo común el de la apropiación de un territorio purgado de elementos no deseados [6].

En efecto, el genocidio comienza a ser objeto de la criminología tras producirse los crímenes de la antigua Yugoslavia y los de Ruanda. Pero los crímenes de masa y de Estado han de esperar a 2009 cuando se le otorga el premio Stockholm de criminología a Raúl Zaffaroni por sus trabajos respecto de los *Crímenes de Estado masivos,* que se produjeron epidémicamente sobre todo en América Latina en los años setenta y ochenta [7].

Fue precisamente en 2014 cuando se reúne por vez primera el «*European Criminology Group on atrocity crimes and transicional justice»,* en el marco de la European Society of Criminology, a iniciativa de la gran especialista Allete Smeulders, el grupo que hoy preside Nandor Knust, ahora en la Univer-

---

[5] Ruth Jamieson, The Criminology of War, en *Towards a Criminology of War in Europe*. Editors: Vincenzo Ruggiero, Nigel South, Ian Taylor Routledge, London & NY.1998; Nandor Knust, *Strafrecht und Gacaca. Die Aufarbeitung des ruandischen Völkermords mit einem pluralistischen Rechtsmodell*, MPI Fribourg i. Br. 2013; Alette Smeulers y Fred Grünfeld, *International crimes and othergross human rightsviolations: a multi- and interdisciplinary textbook*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011; Smeulers, Alette, *Supranationalcriminology: towards a criminology ofi nternational crimes*, Smeulers, Alette y Roelof Haveman (eds.), Antwerp, Intersentia, 2008.

[6] Alexia Pierre, Le crime de masse en criminologie, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2015/3, pp. 627 a 637.

[7] Raúl Zaffaroni, *El crimen de Estado como objeto de la Criminología*, publicado en Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, y en 2009:«Can Criminal Law Really Contribute to the Prevention of Crimes against Humanity?», *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 10: sup1, 2-25.

sidad Noruega de Tromso y antes responsable de crímenes internacionales en el Instituto Max Planck de Friburgo de Brisgovia [8].

Son varias las razones que explican aunque no justifiquen ese retardo, desde problemas epistemológicos que han tendido a no considerar los crímenes atroces crímenes de las personas ordinarias y racionales, a problemas para captar la realidad de hechos de tal magnitud, las dificultades para obtener datos que resultan capitales para una criminología que aspira a ofrecer solo sobre evidencias en las que basar la política criminal, las dificultades para encontrar y comprender a las víctimas y sus lenguas, etc. Sin embargo, el enfoque criminológico, la identificación material de las conductas y de los procesos que conducen a la atrocidad, las características de las relaciones de poder y de mando de los grupos armados es imprescindible no solo para elaborar una política criminal adecuada de los delitos internacionales sino para la impartición de la Justicia internacional. La demoledora absolución por la Corte Penal Internacional del caso *Bemba II* deriva tanto en el proceso como como en la sentencia de la falta de consideración de las propiedades materiales de las conductas enjuiciadas.

No es necesario presentar aquí los diferentes ensayos para comprender y tratar desde la criminología los numerosos enfoques metodológicos que desde entonces se vienen efectuando sobre las diferentes manifestaciones del genocidio, de la guerra de agresión, de los crímenes de guerra y de los delitos contra la humanidad. Se trata más bien de evaluar qué resulta de todo ello más significativo para, por una parte, dotar de fundamento material a la acción de la justicia sea esta nacional o internacional y, por otra parte, identificar los procesos que han conducido a esta y a otras guerras cuya modelización permitiría mejor prevenir guerras futuras, así como elaborar diseños o mejoras de las políticas jurídicas correspondientes para la Unión Europea [9].

De todas maneras, el año 2014 es un año de más innovaciones. La Unión Europea que había creado en 2002 y 2003 un grupo de trabajo para la prevención de los crímenes atroces en el seno de la Unión, que se impulsan sobre todo desde ese año y el siguiente. Esos esfuerzos recientes producen rápidamente resultados alrededor de la Ley Magnitsky americana y la europea y en

[8] Smeulers, Alette, *Supranational criminology: towards a criminology of international crimes*, en Smeulers, Alette & Roelof Haveman, eds., Antwerp, Intersentia 2008; Alette Smeulers y Fred Grünfeld, *International crimes and other gross human rights violations: a multi- and interdisciplinary text book*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011.

[9] Puede verse todo ello de modo panorámico en la obra editada por Ruth Jamieson en 2014 y en Alette Smeulers, *Supranational Criminology* de 2008, y Alexia Pierre, cit., 631 ss.

las reacciones en 2014 a la primera invasión rusa de Ucrania, pero sobre todo en 2022 [10].

Estoy seguro de que Mireille Delmas-Marty, en lugar de limitarse a denunciar la guerra ilegal de agresión y los crímenes contra la humanidad, habría investigado los hechos y procesos que desencadenaron la guerra, que deberían tenerse en cuenta para establecer las condiciones de la paz. Creo que habría diseccionado el problema utilizando su propia metodología, expuesta en Caminos de la Armonización. Habría estudiado la guerra, la agresión rusa, no como un hecho aislado sino como un proceso en el que participaron actores rusos y ucranianos y no se habría olvidado de otros actores como Estados Unidos y la OTAN, ni de los hechos que desencadenaron los diferentes procesos. Este enfoque es una forma interesante de ir más allá de la exigencia de justicia por los crímenes contra la humanidad, el crimen de agresión y los crímenes de guerra, sentando también las bases para una futura paz en Ucrania y Europa [11].

Las sanciones que los países imponen a otros como consecuencia de la guerra requieren un análisis formal jurídico, o como el que se presenta en este capítulo más adelante, pero también requiere un análisis de la eficacia de la adecuación al fin de atenuar el grado de violencia del agresor o para alcanzar la supresión de las hostilidades. Se hace necesario un estudio de la operativa real criminológica sobre los destinatarios tanto los Estados como los particulares y empresas a quienes se pretende neutralizar y se deberían establecer criterios europeos sobre las bases materiales de la responsabilidad personal y de las corporaciones. No basta solo identificar a los agentes formales del Estado agresor sino identificar y soportar con pruebas qué personas tienen sobre las empresas un pleno dominio del hecho. Será seguramente útil una criminología de las corporaciones y de los *white collar criminals* [12].

Es imprescindible recurrir a la imposición de sanciones para para disuadir a otros de hacer la guerra, pero también habría que atender a la creación

---

[10] Consejo de la UE, Estrategia de la red de la UE de cooperación contra el genocidio para luchar contra los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en la Unión Europea y sus Estados miembros, La Haya, octubre de 2014, Bruselas 5 de febrero de 2015 La Haya, octubre de 2014; Eurojust/Genocide Network, *Prosecution of sanctions (restrictive measures) violations in national jurisdictions: a comparative analysis*, The Hague, december 2021 y ahora Eurojust/Genocide Network, *20 years on: Main developments in the fight against impunity for core international crimes in the EU*, TheHague, may 2022.

[11] *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising Criminal Law*, Mireille Delmas-Marty, Mark Pieth et Ulrich Sieber. Coordination: Juliette Lelieur. Société de Législation Comparée, Paris 2008. Hay versión en español.

[12] *Oxford Handbook of Atrocity Crime*, ed. B Hola, H Nyseth Brehm, M Weerdesteijn. New York, Oxford Univ. Press. 2023. Sandra Walklate, Ross McGarry, (edits.), The *Palgrave Handbook of Criminology and War*, Palgrave Macmillan 2016; Brants C. 2007. «Gold-collar crime», *en International Handbook of White-Collar and CorporateCrime*, ed. HN Pontell, G Geis, pp. 309 ss. Springer, Boston 2007.

sistemática de situaciones de opinión propicias a la guerra, propias de la incitación al genocidio y la guerra a través de los diversos medios por los que se realiza el *hate speech,* así como a la represión de conductas que favorecen materialmente a la acción de guerra. Y es que de la literatura criminológica se deriva con frecuencia que los genocidios y las grandes atrocidades no son frutos ciegos de la acción humana, sino que suelen responder a un proyecto [13] y un proyecto que suele estar diseñado mediante la creación de un estado de opinión que denigra, deshumaniza al enemigo y que se reproduce sistemáticamente hasta apoderarse de los corazones y de las cabezas de las personas que están sometidas normalmente solo a esa información. A su vez se recurre a milicias y fuerzas no sometidas tanto a la disciplina jurídica militar. Eso ocurrió de modo extraordinario con el fenómeno de la «Radio de las mil Colinas» en Ruanda y eso ocurre en la Rusia de Putin, donde impera un monopolio absoluto de la comunicación y se recurre a milicias privadas con las características que tiene el grupo Wagner con su masivo reclutamiento de criminales.

En lo que sigue me referiré a los aspectos criminológicos de los problemas fundamentales de la prevención y evitación de atrocidades desde el punto de vista internacional y de la Unión Europea tanto en cuanto a sus políticas de seguridad y defensa y de armonización de sanciones e incriminaciones penales como de su aseguramiento en su caso por la Fiscalía Europea.

Estas plasmaciones de la criminología las limitare a la política contra las intervenciones en las acciones militares y de guerra de grupos y corporaciones de mercenarios y la política de sanciones y su aseguramiento penal a nivel europeo, de capital importancia especialmente en una guerra *bastarda* que emplea los recursos energéticos y alimentarios como armas de guerra. Para un momento posterior dejare otros dos aspectos relevantes en la prevención del genocidio, la guerra y los crímenes atroces como son la política contra la difusión sistemática de informaciones falsas por el adversario desde el campo territorial de este o desde el propio y el combate del «discurso del odio» que soporta políticas genocidas y de guerra ilegal y cargada de crímenes de guerra. En todo caso vale decir que la política más razonable frente a las guerras atroces y a los genocidios es la de prevención, que cuando se ven superados por los hechos bien puede convertirse en medida de represión [14].

---

[13] Cfr. Alexia Pierre, «Le crime de masse en criminologie», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2015/3, p. 629

[14] Hollie Nyseth Brehm (2017) «Re-examining risk factors of genocide», *Journal of Genocide Research*, 19:1, pp. 61-87.

10.3 LA PROSCRIPCIÓN DE LOS MERCENARIOS Y LAS EMPRESAS PRIVADAS MILITARES Y DE SEGURIDAD EQUIVALENTES

Desde 1949 en el Convenio relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales se identifica el concepto de «mercenarios» como factor de riesgo. Desde entonces, pero especialmente desde la guerra de Irak, a iniciativa de países africanos que sufrieron especialmente el fenómeno se trabaja en la esfera de las Naciones Unidas por regular, prohibir e incriminar no solo a los mercenarios en particular sino a los modos en que se organizan y que hoy se entienden bajo los términos de «empresas militares y de seguridad privada» (EMSP). Existe un solo convenio de Naciones Unidas para la prohibición y castigo «contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, que solo dispone su aplicación en zonas fuera de conflicto armado. La Convención tipifica como delito: a) el reclutamiento, la utilización, la formación o el entrenamiento de mercenarios, b) la participación directa de un mercenario en hostilidades o en un acto concertado de violencia y c) la intención de cometer cualquiera de los delitos previstos en la Convención y reclama de los Estados su incorporación en el derecho interno con penas adecuadas a su gravedad. Por su parte la Unión Africana dispone desde 1977 de una convención para la eliminación de la actividad mercenaria en África que se ha ampliado en el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos y de los Pueblos y que extiende también la iniciativa a los Gobiernos que reúnen a mercenarios para mantenerse en el poder.

Resulta evidente el factor de riesgo añadido para la comisión de atrocidades en las guerras la intervención de unidades militares ajenas al ejército ordinario y que carecen del orden y la disciplina de los ejércitos profesionales y a los que los Estados recurren en ocasiones precisamente por esa singularidad. En la guerra de Ucrania, Rusia emplea dos ejércitos de milicianos, por una parte, el llamado grupo Wagner y, por otra, las unidades chechenas de Kadyrov. No se sabe quiénes son más atroces. Los primeros, como es sabido, están integrados en buena parte por criminales a los que se ofrece la libertad tras cumplir con los combates y los demás son soldados de fortuna, puramente mercenarios, que actúan por cuenta de la política rusa en Ucrania y en todo África. De los de Kadyrov no hace falta más que ver sus lemas cuando se prestan al ataque en la plena confianza de encontrar en la muerte un gran destino. La «guerra santa» es su concepto.

En la guerra de Irak se tuvo amplia noticia de la intervención de miles de «contratistas», especialmente de la corporación que entonces se llamaba

Blackwater. Es sabido de sus crímenes contra la población civil y que sus máximos dirigentes fueron condenados por los tribunales norteamericanos tras largos procesos y que Donald Trump indultó en los últimos días de su presidencia [15].

Elemental sentido de la prevención de atrocidades sería la prohibición de su empleo por los Estados y su consideración en Derecho Internacional penal como organizaciones criminales y su castigo como tales. El 4 de diciembre de 1989, tras nueve años de debates la Asamblea General de la ONU aprobó –sin votación– la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios. Sin embargo, no solo no se ha avanzado en la materia, sino que se ha retrocedido especialmente desde la guerra de Irak en la que hicieron aparición mastodóntica esas «empresas militares y de seguridad privada», lo que ha generado dificultades para la tentativa de discriminar las actividades licitas de las criminales de estas organizaciones. Todo ello fue abordado en un amplio estudio que toma el nombre de *Documento de Montreux*, elaborado por la Cruz Roja Internacional. Para lo que aquí interesa basta indicar que el documento recomienda a los Estados exigir responsabilidad penal por todos los crímenes internacionales para los que el Derecho Internacional exige la criminalización. Pero como afirma el Grupo de Trabajo de las Comisión de Derechos Humanos de NU se requieren no solo recomendaciones y códigos de buenas prácticas, sino normas jurídicas vinculantes de Derecho Internacional (Doc 2022, p. 23).

La Unión Europea ha aplicado medidas restrictivas a directivos del Grupo Wagner (Consejo europeo, Asuntos Exteriores, noticias, 13 dic. 2021), por sus acciones no solo en Ucrania, sino también en Siria y varios países de África. Pero parece que la UE no tiene una opinión firme en esta materia más que si las empresas de mercenarios son rusas. En el año 2017 tuvo lugar un debate en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre una resolución que condenaba la utilización de mercenarios, en el cual los representantes de Estados Unidos y la Unión Europea votaron en contra [16]. En el mismo año tuvo lugar un debate en la comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo, que emitió un proyecto de resolución en el que se proponía que la Comisión Europea contratase únicamente a aquellas empresas de seguridad privadas que

[15] ACNUDH, «US pardonsforBlackwaterguardsan 'affronttojustice' – UN experts», 2020 (https://www.ohchr.org/en/press-releases/2020/12/us-pardons-blackwater-guards-affront-justice-un-experts); J. Aparac, «Business and armed non-Stategroups: challenging the landscape of corporate (un)accountability in armed conflicts», *Business and Human RightsJournal*, vol. 5, núm. 2 (2020); Delaforce, R., For Profit Secury Companies, Sandra Walklate, Ross McGarry, «Typologies: Policing in Conflict and Post-conflict Zones», en*The Palgrave Handbook of Criminology and War*, Palgrave Macmillan 2016.

[16] 22 de septiembre de 2017, A/HRC/36/L.2

tengan su base en Estados miembros de la UE y que hubiera una supervisión sobre su actuación así como que se establecieran normas más estrictas para su contratación y se adoptara un criterio común y vinculante en el seno de los países de la Unión Europea [17].

Por todo lo expuesto, parece a todas luces evidente que la UE debería impulsar en su propio ámbito un instrumento legislativo sobre las EMSP, sus manifestaciones criminales y sus propuestas de armonización recomendada por los Estados miembros. Es evidente que la UE tiene aquí un importante terreno para recorrer. Con éxito lo ha hecho aprobando lo que se conoce como la Ley Magnitsky europea [18] que dispone la aplicación de sanciones en caso de genocidio, los crímenes contra la humanidad y otras violaciones de derechos humanos como la tortura, la esclavitud, las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y las detenciones arbitrarias. Igualmente, cabe la posibilidad de adoptar sanciones por otras violaciones de derechos humanos, siempre que sean de carácter sistemático o generalizado, como la trata de seres humanos, violencia sexual, la libertad de reunión y de asociación, la libertad de opinión y de expresión, y la libertad de religión.

Pero las medidas restrictivas pretenden o deberían pretender, además de comportar la coacción psicológica conveniente a los fines de disuadir de iniciar o continuar una guerra, también, en el caso de no haber tenido el éxito esperado, el financiar con los recursos obtenidos la restauración de Ucrania de los efectos de la guerra. Para ello resulta necesario establecerlo así en la legislación comunitaria y seguramente también en las nacionales. Evidentemente esto sería así en todo caso si la guerra de agresión, los crímenes de guerra y contra la humanidad fueran juzgados por un Tribunal, pero parece evidente que tal expectativa remitiría a un futuro incierto. Es cierto también que el objeto de las sanciones y los fondos y bienes retenidos pudieran calificarse como frutos directos o indirectos de dichos crímenes y resultar objeto de comiso, que es algo resuelto todos los países de la Unión, pero que también sería discutible por algunos, y no habría en consecuencia facilidades para la gestión comunitaria de los fondos, salvo que así se estableciera en la legislación comunitaria.

---

[17] Elke Krahmann/Cornelius Friesendorf, *The role of private security companies (pscs) in csdp missions and operations,* Directorate-General for external policies of the Union, Brussels 201.,

[18] Reglamento (UE) 2020/1998 del Consejo de 7 de diciembre de 2020 relativo a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos; Decisión (PESC) 2020/1999 del Consejo de 7 de diciembre de 2020 relativa a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos

10.4 LAS SANCIONES Y MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA UE A LOS RESPONSABLES DE LOS HECHOS CRIMINALES Y LA ARMONIZACIÓN PENAL EUROPEA DE LAS CONDUCTAS INFRACTORAS Y ELUSIVAS DE LAS MISMAS

Las sanciones que los países imponen a otros como consecuencia de la guerra requieren un análisis formal jurídico, pero también requiere un análisis de la eficacia de la adecuación al fin de atenuar el grado de violencia del agresor o para alcanzar el cese de las hostilidades. Se hace necesario un estudio de la operativa real criminológica sobre los destinatarios tanto los Estados como los particulares y empresas a quienes se pretende neutralizar y se deberían establecer criterios europeos sobre las bases materiales de la responsabilidad personal y de las corporaciones. No basta solo identificar a los agentes formales del Estado agresor sino identificar y soportar con pruebas claro qué personas tienen sobre empresas un pleno dominio del hecho. Será seguramente útil una criminología de las corporaciones y de los *white collar criminals* a la que antes se ha hecho referencia.

Las sanciones entre Estados para la prevención o como consecuencia de una guerra tienen tradición especialmente como política comercial. Las guerras napoleónicas están configuradas por sanciones comerciales y embargos de exportaciones, pero las medidas restrictivas y sanciones modernas de orden financiero y de congelación de bienes y activos es un fenómeno moderno, determinado precisamente por lo niveles de globalización alcanzados. La primera reflexión sobre estas sanciones como arma de paz y de guerra que conozco la cita Hermann Mannheim en su *War and Crime* antes citada, quien reflexiona por vez primera sobre los límites de la intermediación en fases anteriores a la guerra defensiva, incluso sobre los límites de la resocialización. La reflexión sobre su eficacia preventiva de guerras de agresión y atrocidades no ha cesado desde entonces [19].

Con todo, lo peor de las sanciones a los países agresores es su incumplimiento. Así ocurrió con las sanciones impuestas por la Sociedad de Naciones: ni se impuso a Italia un embargo de petróleo ni el Reino Unido bloqueó el Canal de Suez para interrumpir el avituallamiento de los invasores. Y aún más grave, cuando las sanciones o medidas restrictivas se imponen solo a la parte positiva del conflicto y no se hace cumplir a la otra. Se debe recordar el coste para Europa y para el mundo que supuso el embargo de armas a la República española. Resulta sorprendente, por ejemplo, que la excelente memoria de

[19] *International Sanctions*. A Report by a Group of Members of the Royal Institute of International Affairs. Oxford University Press (1938), obra de un grupo de trabajo ante la invasión italiana de Abisinia.

René Cassin, *Les hommes partis de rien*, no mencione en ningún momento el efecto determinante de la derrota de la II República española para la invasión de Austria, Checoslovaquia y, luego, Polonia y Francia. Un completo y reciente estudio se ofrece por Nicholas Mulder en libro que analiza la política de sanciones desde 1945 hasta la actualidad cercana [20].

a) **Comiso y apropiación resarcitoria de los bienes objeto de las medidas restrictivas.**

Si se observan los esfuerzos de las autoridades de la Unión y de los Estados miembros por ejecutar con eficacia las sanciones europeas se advierten problemas de déficit de capacidad de identificación y también de maniobras de elusión de las medidas por los afectados individuales o las empresas. Se parte más de mejorar la normativa europea reguladora de todo ello y por otra de armonizar aquello que hoy ofrece debilidades en las esferas nacionales. Resulta evidente que el incumplimiento de las medidas, su inaplicación por algunas autoridades nacionales y las maniobras elusivas de los afectados deberían tener la misma consideración sancionadora en todos los países, sin que los sujetos a las medidas puedan dentro de la UE «elegir al príncipe», en palabras del recordado Cesare Pedrazzi.

La ampliación de los *eurodelitos* a la elusión de sanciones y medidas restrictivas, y no solo las vinculadas a la seguridad exterior de la Unión, surge durante la Presidencia Europea de Francia en 2022. El Consejo solicitó la aprobación al Parlamento y con posterioridad adoptó la Decisión de iniciar este procedimiento el 28 de noviembre de 2022 [21].

La cuestión requiere urgentemente una armonización de figuras delictivas y penas que defina un nuevo euro-delito, lo que se prepara desde hace algunas semanas, a una velocidad desconocida en la práctica legislativa de la Unión. La cuestión estudiada intensamente desde la invasión rusia de Ucrania tiene dos consecuencias. Por una parte, la armonización como delito de las diversas formas de incumplimiento de las sanciones por medio de una directi-

[20] Nicholas Mulder, *The Economic Weapon*. *The Rise of Sanctions as a Tool of Modern War*, Yale University Press, 2022, al que siguen varias recensiones muy interesantes que han sido editadas por Christopher Schaefer en *Toqueville 21, Book Forum,* March 2022 con respuesta del autor.

[21] Para un acertado relato y valoración de los acontecimientos penales en la UE a lo largo de ese año v. Didier Rebut, «L'ajout de la violation des sanctions européennes contre la Russie à la liste des infractions pénales de l'Union européenne: Signification, portée et perspective», en *Le Blog des Juristes*, 2 diciembre 2022.

va y, por otra, por la de atribuir las competencias investigadoras de estos delitos a la Fiscalía Europea.

El Consejo Europeo de 9 febrero de 2023 ha reafirmado su propósito de exigir responsabilidades por los crímenes de guerra y demás crímenes graves que se cometen en Ucrania y apoya la creación de un mecanismo adecuado para el enjuiciamiento del crimen de agresión y apoyan las investigaciones del Fiscal ante la Corte penal internacional así como la creación en la Haya de un mecanismo adecuado para el enjuiciamiento del crimen de agresión que estaba vinculado al equipo conjunto de investigación existente y a Eurojust [22]. Ese mismo Consejo Europeo ha llamado a incrementar la cooperación entre los organismos de los Estados desde el control de aduanas, las autoridades tributarias, los servicios de inteligencia, los institutos de investigación y las agencias de estadística para mejorar la aplicación de las medidas coercitivas y las sanciones, para concluir con la referencia a la acción legislativa en el UE de la política de sanciones y crear la incriminación de la elusión de sanciones en un Reglamento y el instrumento de armonización del delito en una Directiva, cuya propuesta se ha publicado tras recibir voto favorable del Parlamento el pasado diciembre [23].

Todo se fundamenta en el artículo 83.1 de la TFUE que establece un número cerrado de eurodelitos, no ampliable salvo que resulte necesario para la puesta en práctica de una política de la Unión, como fue el caso de las infracciones constitutivas de abuso de mercado. Ahora bien, el propio artículo 83.1 prevé que el Parlamento y el Consejo puedan ampliar la relación de los eurodelitos cuando, tenida cuenta de la evolución de la delincuencia y otro grupo de delitos presente especial gravedad y tenga dimensión transfronteriza [24]. La ampliación del catálogo de los eurodelitos a la elusión de la aplicación de las sanciones y medidas no solo las vinculadas a la seguridad exterior de la Unión

[22] Sobre la complejidad del ejercicio de la jurisdicción penal sobre la agresión rusas y sus atrocidades v. William Schabas, «La Justice pénale et la guerre en Ukranie», en *Le Club des Juristes*, 19 mars 2022, y Didier Rebut, Jean Francois Laval y Anne Laure Chaumette en varios artículos en la misma revista, así como las diferentes contribuciones en *Journal of International Criminal Justice,* 20, 4, septiembre 2022, con introducción de Julia Geneus y Florian Jessberger.

[23] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se definen las infracciones y sanciones penales por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión, Bruselas, 2.12.2022 COM(2022) 684.

[24] Klaus Tiedemann y Adan Nieto, *Eurodelitos: el derecho penal económico en la Unión Europea,* UCLM, Cuenca 2005*,* con edición mexicana de INACIPE de 2006; 4; Marta Muñoz de Morales y Luis Arroyo Zapatero «Le contrôle des choix de Pénalisation: effetsdirects et indirects»,, en Giudicelli Delage, G./ Manacorda, S. (dirs.): *Cour de Justice et Justice Pénal*, UMR de Droit Comparé de Paris, vol. 19, Société de Législation Comparée, Paris 2010, pp. 23-55, y Arroyo Zapatero L. y Muñoz Morales M. «L'harmonisation autonome», en *Le droit pénal de l'Union européene au lendemain du Traité de Lisbonne*, G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda (dirs.). pp. 113-139; Société de Législation Comparé, 2012. ISBN: 978-2-36517-011-6.

surge durante la presidencia europea de Francia en 2020. El Consejo solicitó entonces la aprobación al parlamento y con posterioridad adoptó la decisión de iniciar este procedimiento que se adoptó el 28 de noviembre de 2022.

Las medidas restrictivas pretenden, o deberían pretender, además de comportar la coacción psicológica conveniente al fin de disuadir a las entidades o personas de iniciar o continuar o una guerra o el obtener los recursos necesarios para financiar la solidaridad con Ucrania tanto en materia civil como militar y en el futuro la restauración de Ucrania frente a los efectos de la destrucción masiva que está sufriendo. A tal fin deberían servir los recursos obtenidos de momento mediante la aplicación de las medidas restrictivas. Para ello resulta necesario establecerlo así expresamente en la legislación comunitaria y seguramente también en las legislaciones nacionales. Pero parece evidente que tal expectativa se remitiría a un futuro incierto es verdad que el objeto de las sanciones y de los fondos y bienes retenidos pudieran calificarse como frutos directos o indirectos de dichos crímenes y resultar objeto de comiso, que es algo resuelto en todos los países de la Unión, pero sería discutible y no habría facilidades para la gestión comunitaria de los fondos.

Debe tenerse en cuenta que la invasión de Ucrania por Rusia y el apoyo de la Unión Europea y de los países miembros ha comportado costes financieros elevadísimos y que su recuperación es una cuestión capital para los intereses financieros de la Unión, y quien verá de nuevo comprometidos sus intereses y su presupuesto a la hora de la reconstrucción inevitable de Ucrania. Este asunto no está explícito en los documentos relacionados con la directiva y lo ha aclarado suficientemente Andrés Dornbierer en su estudio sobre «De las sanciones al decomiso respetando el Estado de derecho» [25]. Ahora bien, el 30 de noviembre 2022 la Presidenta von der Leyen afirmaba que «Rusia también debe pagar financieramente por la devastación que causó. Los daños sufridos por Ucrania se estiman en 600.000 millones de euros. Rusia y sus oligarcas tienen que compensar a Ucrania por los daños y cubrir los costes de reconstrucción del país. Y tenemos los medios para hacer que Rusia pague. Hemos bloqueado 300.000 millones de euros de las reservas del Banco Central y hemos congelado 19.000 millones de euros del dinero de los oligarcas rusos. A corto plazo, podríamos crear, con nuestros socios, una estructura para gestionar estos fondos e invertirlos en ellos. Después utilizaríamos los ingresos para Ucrania. Y una vez levantadas las sanciones, estos fondos deberían utilizarse para que Rusia pague una indemnización completa por los daños causados a Ucrania.

[25] Andrew Dornbierer, «From sanctions to confiscation while upholding the rule of law, Basel Institut on Governance», *Working Paper* 42, Febrero 2023.

Trabajaremos en un acuerdo internacional con nuestros socios para que esto sea posible. Y juntos podemos encontrar vías legales para conseguirlo» [26].

Pero hasta el momento la cuestión es sencilla y sorprendente, pues parece como si la UE se hubiera tomado el cuidado de disponer legislativamente de un sistema de medidas coercitivas financieras que no se conviertan en caso de fracasar en su propósito en el decomiso de activos, lo que vale tanto como decir que si la guerra en Ucrania terminara de un modo distinto a la improbable rendición incondicional de Rusia habría que devolver a ésta todos los bienes y valores embargados. A su vez, la UE tendría que establecer entonces un impuesto especial para restaurar los costes de apoyo a Ucrania, tanto el derivado del armamento entregado en su acción de guerra defensiva como para la asistencia prestada los millones de desplazados, así como el plan de recuperación futuro. Y es que en lo que se programa ahora en la Directiva en cuestión y en otra que se prepara sobre el comiso y que enseguida se precisa, solamente se prevé la creación de delitos para las conductas de elusión y vulneración de las normativas y disposiciones que imponen las medidas. La UE ha evitado de momento decidir la conversión de las medidas restrictivas provisionales en definitivas, es decir, en el comiso de los bienes y valores objeto de esas medidas cuando el objetivo pretendido, en este caso cuando se produzca el cese de las hostilidades y de la ocupación de Ucrania por parte de Rusia. No solo se carece de previsión en esta Propuesta de Directiva sino tampoco en el Reglamento 2020/1998 relativo a medidas restrictivas y en su correlativa Decisión 2020/1999 [27].

Tampoco aborda el asunto la Propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de 25.5.2022, que se limita extender el comiso a los *delitos de elusión* de medidas. Así, en su considerando 6 manifiesta: «La presente Directiva no regula el embargo de fondos y recursos económicos en virtud de medidas restrictivas de la Unión», y en el considerando 11 prevé que se deberá ampliar el embargo y el comiso al incumplimiento de medidas restrictivas cuando se haya aprobado la Propuesta Decisión (de 2.12.2022), por lo que entre los delitos a los que se aplica la

[26] Statement President European Commision, Brussels 30 nov. 2022 y Bernardo De Miguel, «La UE promueve la confiscación de bienes rusos para pagar la reconstrucción de Ucrania», *El País*, 9 de mayo de 2022; *Russian Elites, Proxies, and Oligarchs Task Force Joint Statement,* U. S. Department of the Treasury, June 29, 2022, https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0839.

[27] Muy crítico con la Comisión: Nielsen Jeff, «Considering the EU Commission' proposal on its Directive for Criminal Penalties for Violations of Restrictive Mesasures in the Context of a Comparative Analysis with United States Sanction Enforcement», 2022, https://ssrn.com/abstract=4283807; También Michael Kilchling, «Beyond Freezing? The EU's Targeted Sanctions against Russia's Political and Economic Elites, and their Implementation and Further Tightening in Germany», EUCRIM, 2/2022 pp 136-146; sobre su criminología: Eurojust/Genocide Network*, Prosecution of sanctions (restrictive measures) violations in national jurisdictions: a comparative analysis*, The Hague, december 2021; Eurojust, *Key factors for suucessful investigations and prosecutions of core international crime*s, EU Agency for Criminal Justice Cooperation,, Bruselas 2022.

nueva regulación del comiso dispone en el artículo 1. 2: «La presente Directiva establece asimismo normas a fin de facilitar la aplicación efectiva de medidas restrictivas de la Unión y la posterior recuperación de los bienes relacionados con delitos cuando sea necesario para prevenir, descubrir o investigar delitos relacionados con el *incumplimiento de medidas restrictivas* de la Unión».

Toda la cuestión radica en la preocupación generalizada de si el comiso de tales bienes hubiera de realizarse en un proceso complejo que terminaría en litigios en el TJUE de Luxemburgo y, en su caso, en Estrasburgo, instancias que podrían no reconocer un proceso debido o una lesión de los derechos de propiedad. Quienes tienen esa preocupación tienen buenas razones para ello y no es necesario más que ver la resolución del Tribunal de Luxemburgo de 8 de marzo de 2023 en la que se anula la aplicación de medidas restrictivas a la madre del fundador de Wagner, con patrimonio considerable, al parecer porque, dicho de modo simple, la Comisión no ha conseguido del Registro Mercantil moscovita ni acceso ni documentos que prueben el origen y la evolución del patrimonio y empresas que antes de 2019 pertenecían al criminal de guerra y jefe de los mercenarios rusos en Ucrania [28], una argumentación bien ajena a la doctrina del propio tribunal que reclama interpretar los asuntos «en su contexto», que no es otro aquí que un estado de guerra abierta.

Una conclusión de lo expuesto es que la UE no debe limitarse solamente a definir y armonizar las conductas elusivas de las medidas restrictivas, sino que también debe incorporar al catálogo de ilícitos susceptibles de sanción y aptos para el decomiso a los comportamientos que proscriben estos instrumentos que prevé el artículo 3 de la propuesta de la Directiva. La definición de la conducta ilícita puede y debe hacerse en el Reglamento 2020/1998 relativo a las medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos, Curiosamente, al enunciar los delitos por los que se aplica este Reglamento señala el genocidio (a) y los crímenes contra la humanidad (b) pero no menciona la guerra de agresión ni los crímenes de guerra.

Sería por lo tanto necesario incorporar al Reglamento 2020/1998 una cláusula que, sin perjuicio de su definitivo perfil, estableciera que «cuando las acciones constitutivas de abuso o violación de Derechos humanos que fundamentan la adopción de medidas continúen con posterioridad a pesar de ello, los fondos y recursos económicos obtenidos serán decomisados y adscritos a la reparación de los daños producidos o que se sigan produciendo o a la recuperación de gastos en que se ha debido incurrir, en especial como consecuen-

[28] Anna Pingen, *Annulment of Restrictive Measures Applied to Mother of Wagner Group Founder*, *eucrim*, 10 marzo 2023, y sentencia del TJUE de 8 de marzo 2023.

cia de una guerra ilegalmente declarada contra otro país. El Consejo de la UE tendrá sobre ello todas las facultades de administración y adscripción».

b) Relevancia en la Directiva de armonización de la incriminación del dolo y la imprudencia: el problema de la ignorancia deliberada

Pero la criminología revela que uno de los problemas más graves que afronta una incriminación armonizada de los comportamientos elusivos de las medidas restrictivas es el referido al tipo de la responsabilidad subjetiva. La propuesta de Directiva hace referencia en su artículo 3.1a que serán castigadas «las vulneraciones de las medidas restrictivas de la Unión (que) constituyan una infracción penal cuando se cometan de forma dolosa» con unas penas relevantes previstas en el artículo 5 y, previamente, en el artículo 3.3 se dispone que «la conducta a que se refiere el apartado 2, letras a) a g), «constituirá infracción penal también si se comete por negligencia grave», sin que para estos supuestos haya indicación de pena a armonizar, lo que merece una primera consideración, pues las penas por las conductas imprudentes suelen ser mínimas, descartándose en general la privación de libertad y reduciéndose a la multa, que en no pocas ocasiones es menor que la sanción pecuniaria administrativa.

La criminología pone de relieve precisamente que en la práctica lo que suele ocurrir en todos estos hechos cuya sustancia principal consiste en incumplimiento de normas y disposiciones se resuelven como imprudencia, porque la conducta principal no puede demostrarse que se haya realizado a sabiendas de las circunstancias y de la prohibición de la conducta. Sin embargo, en la mayor parte de los supuestos delictivos que se realizan vulnerando normas administrativas o mercantiles como las que nos ocupan los sujetos actúan situándose en una ignorancia deliberada que les evita conocer que se dan las circunstancias y las disposiciones de la inmovilización de activos o de que su movilización infringe las normas generales o particulares que le corresponden. Se trata de un comportamiento bien consciente en la práctica por el que el sujeto se niega a advertir que está sometido a una medida restrictiva y, no obstante, realiza la acción de disposición. El derecho nacional o europeo no pueden desconocer esta realidad pues facilita lo que en algunos ordenamientos se conocen como fraude de ley, aunque la expresión que mejor identifica el comportamiento subjetivo del sujeto y sus consecuencias es la de actuar en ignorancia deliberada (*willful blindness, Rechtsblindheit*) [29].

[29] Sobre la asentada experiencia alemana con este problema, especialmente en los embargos, ver Klaus Tiedemann, *Witschaftsstrafrecht*, 5.ª ed. Wahlen, Munich 2018, especialmente 257 ss.

Estos comportamientos que pretenden eludir la penalidad son propios de los ámbitos de actividad de los profesionales y de las organizaciones empresariales, como por ejemplo ocurre en general en el ámbito de los delitos económicos de las empresas, o en el recientemente bien estudiado mercado de bienes culturales protegidos. Respecto de ello se informa en los estudios criminológicos que los marchantes de arte en no pocas ocasiones ignoran que se trata de bienes culturales protegidos como consecuencia de que no han querido comprobar su origen verdadero o su naturaleza protegida, a pesar de haber normalmente inicios indicios de ello, lo que deja por completo en el aire la protección entera de tales bienes culturales [30].

En consecuencia, conviene introducir en la armonización de las infracciones penales de elusión de las normas de las medidas restrictivas una cláusula que evite la reconducción automática de los comportamientos delictivos a la responsabilidad por imprudencia y a la pena solo de multa de los abusos cometidos en la actitud de ignorancia deliberada. Esta es una cláusula que garantizaría una aplicación de la Directiva igual en todo el territorio de la Unión Europea sin que ningún país pueda convertirse descuidadamente en el «Principado» del delito imprudente.

Bastaría para ello añadir una cláusula en el artículo 5 tras el apartado cuatro, como un 4 bis, que estableciera que «con las mismas penas de los dos anteriores apartados se castigarán las respectivas conductas cuando se realicen con ignorancia deliberada, tanto de la sujeción de los bienes o fondos a medidas restrictivas o del alcance y significado de estas». El significado de la cláusula es bien conocido en el derecho anglosajón y en algunos de los países de derecho continental. Representa un problema teórico profundo de extrema complejidad para distinguir el dolo de la imprudencia, así como de sus fórmulas intermedias como el dolo eventual o la temeridad, pero todo se resuelve si la ley lo dispone y ya no resulta una mera cuestión doctrinal o teórica. A la doctrina le quedará la tarea de elaborar criterios que puedan discriminar unas conductas más graves que otras. La ley, en este caso inicialmente es fundamentalmente un sistema de calificación como delito y de adjudicación de penas. La

[30] V. Manacorda, Stefano, y Chapell Duncan, *Crime in the Art and Antiquities World, Illegal Trafficking in Cultural Property*, Springer, N. Y. and o. 2011; Polk, Kenneth and Chappell, Duncan: *Fakers and Forgers, Deception and Dishonesty: An Exploration of the Murky World of Art Fraud*, 2009, 393-412. https://ro.uow.edu.au/lawpapers/73 [acc. 17.3.2023]; Duncan Chappell, Kenneth Polk, *The Peculiar Problem of Art Theft, Contemporary Perspectives on the Detection, Investigation and Prosecution of Art Crime,* Routledge, 2014

cláusula no dice que la ignorancia deliberada sea dolo, sino solamente que le adjudica la misma pena que al dolo [31].

10.5 CONCLUSIONES

Para nuestro *campo penal* la respuesta a la guerra y a las atrocidades ha de ser principalmente jurídica, de denuncia y reacción penal sancionadora, pero no ciegamente, sino de modo reflexivo y contextual, lo que reclama la *mirada criminológica* como soporte de lo jurídico.

La criminología nos dice que la *impunidad* de las atrocidades es el más fuerte factor criminógeno, por lo cual es imprescindible someter a los responsables de esta guerra y de su modo de conducción a la justicia penal, bien a la CPI, bien a una Corte internacional *ad hoc*, bien a un Tribunal ucraniano internacionalizado con la cooperación de la Unión Europea.

La guerra de Ucrania dio comienzo con un ejército mercenario, el grupo Wagner, los «hombrecillos verdes» que ocuparon Crimea en 2014. Su incriminación armonizada para la persecución penal temprana de los *mercenarios* puede prevenir y evitar el asalto posterior con ejércitos ordinarios.

La política de *sanciones* a los países agresores no tiene alternativa para el resto de los países europeos o, mejor dicho, su única alternativa es la movilización y la guerra, pues no es aceptable someterse a una política imperialista bélica, cuyos límites se desconocen, y que sería fuentes de nuevos peligros. La única alternativa verdadera a entrar en la guerra es proporcionar armamento a un pueblo que se levantó en armas en su día y aplicar sanciones económicas que, de no cesar la guerra, deben convertirse en sanciones definitivas, con fondos y bienes confiscables y destinados a indemnizar al país víctima, ayudar a su reconstrucción y financiar los compromisos financieros en que la UE ha incurrido en armamento y solidaridad con los desplazados, más los que sean necesarios para estimular su desarrollo. Para garantizarlo jurídicamente hay que *incluir la guerra de agresión y los crímenes de guerra entre los delitos que justifican la adopción de medidas restrictivas en el Reglamento 2020/1998* y disponer en este la confiscación de bienes y valores, así como en la Propuesta

[31] Para ello véase por todos Francesco Rossi, «Un'introduzione al problema dell'"ignoranza deliberata" nella teoria dell'elemento soggettivo del reato», en *La legislazione penale*, 27.9.2022 https://www.lalegislazionepenale.eu/; R. Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona 2008; J. L. Marcus, «Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness», en *The Yale Law Journal*, 1993, 102, Iss. 8, 2256 ss.; F. Curi, *Tertium datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano 2003; A. Sarch, *Criminally Ignorant: Why the Law Pretends We Know What We Don't*, Oxford UP 2019.

de Directiva de embargo y comiso, e incluir en la Propuesta de Directiva de armonización de los delitos de elusión de las medidas las conductas realizadas en ignorancia deliberada.

En definitiva, UE debe hacer frente al reto de diseñar la calificación jurídica de las infracciones del Derecho Internacional a las que se quiere hacer frente y por lo tanto tiene que completar el concepto de medidas con la definición de la infracción internacional que fundamente, primero, la aplicación de medidas restrictivas y, luego, el comiso, en condiciones que no resulten objetable desde nuestras instancias guardianas de los derechos humanos. La criminología de los comportamientos de quienes contribuyen a la guerra y son objetos de medidas y sus modos financieros de operar reclama afrontar la *criminalización de las conductas elusivas de las medidas* con penas graves de prisión y la *armonización de los delitos y penas* en toda la Unión Europea.

La criminología de empresas y directivos de las mismas reclama que la punición de conductas en este contexto empresarial castigue no solo las conductas elusivas realizadas a sabiendas, dolosamente, como propone la Directiva, sino *también los comportamientos en ignorancia deliberada,* con penas equivalentes a las conductas con dolo, bien diferenciadas de las penas de la imprudencia propiamente dicha, que tiene penas muy leves.

A su vez, la experiencia positiva de la eficacia de la Fiscalía Europea en la persecución penal de los delitos contra los intereses financieros de la UE ha inducido a los ministros de Justicia francés y alemán a proponer una ampliación de sus competencias a la vulneración del cumplimiento de las sanciones (Dupond-Moretti y Marco Buschmann, en *Le Monde*, 29 nov. 2022). Sin armonización en la investigación criminal mediante la fiscalía europea no habrá verdadera armonización de los de los delitos. Nos encontramos verdaderamente con un Derecho penal Global y, como indica Adán Nieto, en una *Postnational Criminal Justice Era* [32].

[32] Nieto, A.: *Global Criminal Law. Postnational Criminal Justice in the Twenty-First Century*, Palgrave, Cham, 2022.

II. CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN DERECHOS HUMANOS

11. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN DERECHOS HUMANOS

Luis Miguel Vioque Galiana [1]
Universidad de Castilla-La Mancha

11.1 DILIGENCIA DEBIDA Y CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN DERECHOS HUMANOS

El cumplimiento normativo se está convirtiendo en un aspecto fundamental en el ámbito empresarial y jurídico, expandiendo su aplicación a un mayor número de ámbitos. En lo que respecta a los derechos humanos, la creciente interconexión de los mercados internacionales y la expansión de las grandes corporaciones multinacionales han puesto en evidencia la necesidad de establecer mecanismos que garanticen el respeto a los derechos fundamentales en todas las fases de las cadenas de valor. Este contexto ha propiciado que tribunales nacionales e internacionales comiencen a reconocer la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, ampliando así el marco tradicional que circunscribía dicha obligación a los Estados. Tal es así, que algunos tribunales estatales empiezan a reconocer que los grupos corporativos multinacionales tienen una responsabilidad de respetar los derechos humanos ante el conjunto de la sociedad mundial.

Esta conclusión la podemos extraer de casos como *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, en el que en febrero de 2020 la Corte Suprema de Canadá rechazó la petición de archivo de una demanda presentada por tres ciudadanos eri-

[1] Este trabajo ha sido escrito en el marco de un contrato predoctoral de formación investigadora (Resolución de 03/06/2019 de la Universidad de Castilla-La Mancha), del Plan Propio de I+D+i, cofinanciado por el Fondo Social Europeo [2019/5964].

treos obligados a trabajar, en condiciones de esclavitud, en una mina perteneciente a la filial de la multinacional canadiense ubicada en Eritrea. Es este caso, la Corte Suprema canadiense ordenó continuar con la tramitación de la causa al entender que, en la actualidad, existe una corriente creciente que aboga por que las prohibiciones del Derecho internacional de los derechos humanos también sean aplicables a las empresas [2]. En octubre de 2020, tras un acuerdo histórico –cuyos términos aún son confidenciales– la compañía *Nevsun* indemnizó a los demandantes para evitar ser enjuiciada en Canadá por los actos cometidos por su filial en Eritrea [3].

Otro ejemplo de reconocimiento de responsabilidad de la sociedad matriz por los actos cometidos por su filial en el extranjero lo encontramos en el caso *Vedanta v. Lungowe*. El caso se planteó ante los tribunales del Reino Unido con la demanda de 1.826 ciudadanos de Zambia por los daños derivados del vertido de sustancias tóxicas procedentes de una mina propiedad de *Konkola Copper Mines PLC*, filial de la multinacional británica *Vedanta Resources PLC*. La demanda fue presentada contra la empresa matriz *Vedanta Resources PLC*, domiciliada en el Reino Unido, tanto por su responsabilidad civil derivada de los daños a la salud y a las actividades agrícolas que fueron consecuencia de los vertidos realizados en Zambia por su filial *Konkola Copper Mines PLC*, así como por su incumplimiento del deber de controlar al más alto nivel las operaciones desarrolladas por dicha filial [4]. En 2016, los tribunales británicos admitieron su jurisdicción, corroborada por la Corte Suprema el 10 de abril de 2019, al considerar que el caso no podía enjuiciarse de manera justa en el lugar en el que ocurrieron los hechos, junto a la posibilidad de que la empresa matriz dispusiese de un deber de cuidado con las personas perjudicadas por las acciones u omisiones de su filial extranjera [5].

En sendos ejemplos nos encontramos ante casos en los que los tribunales de los Estados en los que se ubica la empresa matriz –en los supuestos Canadá y Reino Unido– han admitido su extraterritorialidad para investigar posibles violaciones de derechos humanos cometidas en el extranjero por las filiales, también con domicilio extranjero –en estos casos, Eritrea y Zambia–, pertenecientes al grupo corporativo con matriz nacional; todo ello en base a la obliga-

[2] *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5.

[3] Walton, B., «Nevsun Resources Ltd. v. Araya», *American Journal of International Law, 115*(1), 2021, pp. 107-114.

[4] Yilmaz Vastardis, A., «Vedanta v. Lungowe Symposium: Potential Implications of the UKSC's Decision for Supply Chain Relationships», OpinioJuris, 23 de abril de 2019. Artículo online disponible en: http://opiniojuris.org/2019/04/23/vedanta-v-lungowe-symposium-potential-implications-of-the-ukscs-decision-for-supply-chain-relationships/

[5] [2019] UKSC 20

ción de todo el grupo corporativo de controlar de forma adecuada la actividad de sus filiales [6].

Este cambio en el modo de entender las obligaciones de los grupos corporativos multinacionales en relación con los derechos humanos se debe en gran medida al éxito que han supuesto los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos [7] (PRNU), que han servido de germen para la aprobación de normas que introducen obligaciones de diligencia debida para las grandes empresas multinacionales.

Los PRNU plantearon sistemas de gestión empresarial con el propósito de organizar tanto la actividad de los grupos corporativos como las cadenas de suministros globales, para responder a los efectos negativos sobre los derechos humanos derivados de la actividad empresarial internacional. Para cumplir con dicho propósito, aportaron una herramienta metodológica para que las empresas ejerzan la diligencia debida mediante el desarrollo de procesos para evaluar los impactos reales y potenciales sobre los DD. HH., la adopción de medidas para controlar y responder a los riesgos detectados, el seguimiento de las medidas adoptadas, la comunicación a la sociedad el modo en que se abordan los impactos y la reparación de los daños causados [8].

Los PRNU se han convertido en una norma de conducta esperada, por la que se genera la expectativa de que las empresas ejerzan la diligencia debida, independientemente del lugar en el que desarrollen su actividad. Así lo ha entendido el Tribunal del distrito de La Haya en el caso *Milieudefensie v. Royal Dutch Shell* [9], señalando que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, tal y como se recoge en los PRNU, es una norma global de conducta esperada para todas las empresas donde quiera que operen, que

---

[6] En mayor profundidad sobre la cuestión de la extraterritorialidad para enjuiciar las violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas, véase en esta obra, Da Silva Athayde Barbosa, R., «Everyone's problem is no one's problem: can extraterritoriality tackle impunity in serious human rights violations committed by multinational companies?».

[7] Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH), *Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos* (PR/UNGP) contenidos en la Resolución A/HR/17/31. Disponible en https://www2.ohchr.org/SPdocs/Business/A-HRC-17-31_sp.doc.

[8] Cantú Rivera, H./Esparza García, L., «Diligencia debida en derechos humanos y procesos de compliance», Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos y Oxfam México, marzo de 2021, pp. 6-7. Disponible en https://media.business-humanrights.org/media/documents/Debida_diligencia_en_derechos_humanos_y_procesos_de_compliance_FINAL.pdf

[9] El Tribunal concluyó que los PRNU constituyen un instrumento de Derecho indicativo, autorizado y respaldado internacionalmente, que son adecuados como directriz en la interpretación de la norma de atención no escrita. *Milieudefensie contra Royal Dutch Shell*, Tribunal de Distrito de La Haya, 26 de mayo de 2021, ECLI: NL: RBDHA:2021:5339; disponible en https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI: NL: RBDHA:2021:5339. McCorquodale, R./ Nolan, J., «The Effectiveness of Human Rights Due Diligence for Preventing Business Human Rights Abuses», *Netherlands International Law Review*, 2021, 68:455-478, p. 457.

existe independientemente de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir con sus propias obligaciones en materia de protección [10].

El motivo por el que el Representante Especial de Naciones Unidas, John Ruggie, optase por utilizar el concepto de «diligencia debida basada en el riesgo» para definir el modo en que las empresas deben respetar los derechos humanos, se debió a que dicho concepto ya era conocido en el ámbito empresarial y no generaba rechazo [11].

Como ejemplos previos de otros ámbitos en los que se había recurrido a la colaboración privada mediante la diligencia debida para prevenir daños derivados de la actividad empresarial, la *Foreing Corrupt Practices Act* (FCPA), aprobada en 1977 en los Estados Unidos, exigía al sector privado su implicación y responsabilidad en la prevención de la corrupción mediante una serie de deberes de control interno [12]. En 2002, como consecuencia de grandes escándalos como *WorldCom* o *Enron*, se aprobó la *Sabarnes Oxley Act*, que preveía deberes de organización en las empresas con actividad en los Estados Unidos, entre cuyas medidas destacaba la responsabilidad directa de la dirección de la empresa en el área de cumplimiento normativo, la obligación de hacer públicos los cambios sustanciales de la situación financiera y comercial de la empresa, la adopción de códigos éticos y controles internos o el desarrollo de canales de denuncia [13]. En Alemania, antes de 2011 ya existían deberes legales de organización en determinados ámbitos de actividad, que se habían extendido a partir de 2007 con la investigación del caso de corrupción de *Siemens*, acrecentándose el debate relativo al control de la criminalidad empresarial a través de planteamientos procedentes de la diligencia debida corporativa [14].

En este marco de «autorregulación regulada» [15], entre los instrumentos destinados a prevenir la criminalidad empresarial destacan los programas de

---

[10] En mayor profundidad sobre la eficacia de los PRNU en distintos escenarios, véase en esta obra Gimeno Beviá, J., «Acceso a la justicia para las víctimas de violaciones de derechos humanos causados por multinacionales: de la teoría a la práctica y una apuesta por las vías extrajudiciales de reparación».

[11] Ruggie, J. G., *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, W. W. Norton & Company, 2013, p. 120.

[12] Nieto Martín, A., «La privatización de la lucha contra la corrupción», *Revista Penal México*, núm. 4, marzo-agosto de 2013, 133-145, p. 135.

[13] Sieber, U., «Programas de *compliance* en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica», en Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A., *El Derecho penal económico en la era* compliance, Tirant lo Blanch, 2013, p. 74.

[14] Sieber, U., «Programas de *compliance* en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica», *op. cit.* pp. 64-65.

[15] El término «autorregulación regulada» refleja entonces un cambio significativo: de ser una práctica opuesta a la regulación estatal, se convierte en una estrategia de regulación en sí misma. Autores como Robert Baldwin, Martin Cave y Wolfgang Hoffmann-Riem han destacado este nuevo «interés gubernamental» en la autorregulación, viéndola como un complemento, y, en algunos casos, como un sustituto de la regulación tradicional. *Vid*. Darnaculleta i Gardella, M.M., «La autorregulación regulada en la

cumplimiento normativo, que surgen en las empresas como forma de autogestionarse para actuar conforme a la legalidad y dar cumplimiento tanto a las obligaciones legales como a las propias directrices internas derivadas de sus políticas y códigos de conducta [16]. Para cumplir con las obligaciones de diligencia debida, los programas de cumplimiento normativo implementan sistemas de gestión de riesgos que sirven para compensar los factores que dificultan el cumplimiento de la legalidad dentro de una corporación. Para ello, realizan una labor de prevención de los comportamientos infractores y de detección y sanción cuando estos tienen lugar [17].

Pero ¿cuáles son los nuevos contenidos, desde la óptica de los derechos humanos, que deben introducirse en el sistemas de gestión internos desarrollados por las corporaciones empresariales? Tomando como base los PRNU, diversas normas internacionales de *soft law* han aportado recomendaciones para ayudar a las empresas a desarrollar sistemas de gestión de riesgos, así como a establecer buenas prácticas y estándares generalmente aceptados. Este ha sido el caso de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y sus Líneas Directrices para Empresas Multinacionales, que fueron modificadas para adecuarlas a los PRNU en su versión de 2011 [18]. Desde entonces, la OCDE ha publicado Guías de diligencia debida para guiar a las empresas a implementar medidas de diligencia debida: tanto específicas para sectores considerados de mayor riesgo como el textil y del calzado, los minerales o el sector agrícola [19]; como de forma genérica comunes para todos los sectores de actividad [20].

---

doctrina anglosajona y continental europea», en Arroyo Jiménez, L./Nieto Martín, A., *Autorregulación y Sanciones,* Segunda edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 57-59.

[16] Nieto Martín, A., «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», en Kuhlen, L./ Montiel, J. P./ Ortiz de Urbina Gimeno, I. (eds.), Compliance *y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, 2013, pp. 22-23.

[17] Nieto Martín, A., «El Cumplimiento Normativo», en Nieto Martín, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 26.

[18] La actualización de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales fue aprobada por los 42 gobiernos adherentes el 25 de mayo de 2011. Entre los cambios realizados destaca la introducción de un nuevo capítulo sobre DD. HH. acorde con los PRNU.

[19] Como la referida al sector textil, OECD (2021), *Guía de la OCDE de diligencia debida para cadenas de suministro responsable en el sector textil y del calzado*; o la referente al mercado de los minerales, OECD (2013), *Guía de diligencia debida de la OCDE para la gestión responsable de las cadenas de suministro de minerales procedentes de zonas de conflicto y de alto riesgo,* y la referida al sector agroalimentario, OCDE-FAO (2017) Guía para las cadenas de suministro responsable en el sector agrícola.

[20] Como, por ejemplo, OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, suscritas por todos los Estados miembros de la OCDE más Argentina, Brasil, Egipto, Letonia, Lituania, Marruecos, Perú y Rumanía. También OCDE (2018), *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*.

Las recomendaciones de la OCDE persiguen el objetivo de que las empresas actúen de forma proactiva para evitar causar o contribuir a impactos negativos sobre los derechos humanos directamente vinculados a sus actividades, o a productos o servicios prestados por sus proveedores y socios de negocio de las cadenas de suministro globales, así como repararlos cuando corresponda [21].

Sin embargo, dado que este tipo de principios de *soft law* no crean obligaciones jurídico-vinculantes para las corporaciones multinacionales, en un principio no se consiguieron avances significativos en cuanto al número de empresas que desarrollaban medidas de diligencia debida [22]. Por ello, en el ámbito de la Unión Europea (UE) se han aprobado diversas normas de *hard law* que han integrado las recomendaciones procedentes de los PRNU [23], ayudando a que la diligencia debida alcance una mayor efectividad dado su obligado cumplimiento [24].

Entre las normas de diligencia debida aprobadas en el ámbito europeo podemos distinguir dos tipos.

Una primera estrategia basada en la transparencia, mediante la que no imponen obligaciones específicas de conducta, ha sido la desarrollada por la Modern Slavery Act británica a nivel estatal. También a nivel supranacional, la UE emprendió esta senda con la adopción de la Directiva 2014/95/UE de 22 de octubre de 2014 sobre estados no financieros, más rigurosa tras la aprobación de la Directiva (UE) 2022/2464, del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022, relativa a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas [25].

---

[21] OCDE (2018), *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*, p. 19.

[22] Parlamento Europeo, *Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa*. [2020/2129(INL)], 11.01.2021, p. 11.

[23] Sobre la integración jurídico vinculante de la RSC en el Derecho de la UE, véase Jiménez-Piernas García, A., «La maduración jurídico-vinculante de la RSE en el Derecho de la UE: de la mera voluntariedad al *compliance*», en Ruiz Muñoz, M., De la Vega Justribó, B. (Dir.), *Responsabilidad Social Corporativa (RSC): Economía colaborativa y cumplimiento normativo,* Tirant lo Blanch, 2019, pp. 241-252.

[24] De acuerdo con el estudio realizado sobre 334 empresas y 297 partes interesadas, publicado por la Comisión Europea en 2020, el 33,71 % de las empresas habían adoptado medidas de diligencia debida, pero solo en determinadas áreas, el 37,14 % habían adoptado medidas teniendo en cuenta todos los derechos humanos, incluido el medioambiente, el 7,43 % había adoptado únicamente medidas medioambientales y el 7,43 % no había adoptado ninguna medida de diligencia debida. Un 14,29 % de las empresas encuestadas no contestó o no supo contestar la pregunta. Smit, L. *(et. al.)*, *Study on due diligence requirements through the supply chain, Final Report*, Publications Office of the European Union, 2020, p. 481.

[25] Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas.

La segunda estrategia se ha dirigido a la adopción de normativas que establecen obligaciones de conducta. Los ejemplos más relevantes los encontramos en la Ley francesa de vigilancia empresarial de 2017, la Ley alemana de diligencia debida en las cadenas de suministros (LKsG) de 2021, la Ley holandesa de debida diligencia en materia de trabajo infantil de 2019, y la Ley noruega sobre transparencia en derechos humanos y condiciones de trabajo digno de 2022. A nivel supranacional de la UE, tras la adopción de diversas normativas sectoriales como el Reglamento (UE) 2017/821 de 17 de mayo de 2017 sobre minerales de conflicto, o el Reglamento (UE) 2023/1115 de 31 de mayo de 2023 relativo a la comercialización de materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, entre otras, se ha dado un salto cualitativo con la Directiva (UE) 2024/1760, de 13 de junio de 2024 sobre diligencia debida. Aunque estas legislaciones formales son las que establecen el fundamento de las obligaciones de diligencia debida en derechos humanos y las sanciones aplicables por su incumplimiento, la implementación de medidas efectivas depende en gran medida de la iniciativa y compromiso del sector privado.

Un rasgo común de los textos que introducen normas de conducta es que obligan a las empresas a desarrollar políticas y procedimientos de gestión de riesgos como forma de respetar los derechos humanos, sin que se introduzca una responsabilidad por el resultado [26]. Con ello se persigue un doble objetivo: el preventivo, que lo constituye la obligación de que determinadas empresas desarrollen medidas de diligencia debida; y el represivo, derivado de la posibilidad de imposición de multas por el incumplimiento de las obligaciones concretas de diligencia debida. Por ello, las normas de diligencia debida en las cadenas de suministros no responsabilizan directamente a las empresas por los impactos negativos derivados de la actividad de sus filiales y proveedores, sino que las obliga a adoptar medidas eficaces para velar que sus filiales y proveedores respetan los derechos humanos. Por tanto, de una violación de derechos humanos en el área de negocios de una empresa, o en su cadena de suministros no se infiere el incumplimiento de los deberes de diligencia debida, sino que dicho incumplimiento se deriva de la falta de esfuerzo por parte de la empresa para prevenir tal violación [27]

[26] Ambos, K., «Responsabilidad de empresas transnacionales por sus cadenas de suministro: la nueva legislación alemana», en *Almacén de Derecho*, 10 de agosto de 2021, disponible en https://almacendederecho.org/responsabilidad-de-empresas-transnacionales-por-sus-cadenas-de-suministro-la-nueva-legislacion-alemana.

[27] Hembach, H., *Praxisleitfaden Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, R&W Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2022, p. 109.

Las normas de diligencia debida están trasformando los modelos organizativos empresariales, introduciendo obligaciones para que las empresas sean proactivas en la identificación y respuesta de los posibles impactos adversos sobre los derechos humanos en el ámbito de su actividad o en el de su cadena de suministros. Dado que la diligencia debida se traduce la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos mediante una adecuada gestión de los riesgos, su cumplimiento se traduce en el cumplimiento de la legalidad, por lo que sus procedimientos podrían integrarse dentro de la estructura de los programas de cumplimiento normativo desplegados en la empresa.

11.2 ESTRUCTURA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN DERECHOS HUMANOS

Las normativas adoptadas hasta la fecha, entre las que destaca la Directiva 2024/1760 de 13 de junio sobre diligencia debida, adoptan una estructura similar a la propuesta por los PRNU y la OCDE en sus diversas Directrices y Guías. Tal es así que el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de minerales procedentes de zonas de conflicto, adopta directamente la estructura propuesta por la Guía de la OCDE sobre Minerales de Conflicto a la hora de implementar obligaciones de diligencia debida [28].

Podemos distinguir las siguientes fases en un programa de cumplimiento normativo en derechos humanos:

1) Establecer sistemas de gestión empresarial que cuenten con políticas para fijar los estándares de diligencia debida que se deben aplicar en las cadenas de suministro.

En línea con el Principio número 16 de los PRNU, las empresas deben incorporar en sus políticas un compromiso de ejercer la diligencia debida [29].

[28] Considerando número 11 del Reglamento (UE) 2017/821 de 17 de mayo de 2017; «*En el contexto del presente Reglamento, y en consonancia con la Guía de Diligencia Debida de la OCDE, la diligencia debida en la cadena de suministro es un proceso continuo, proactivo y reactivo, a través del cual los agentes económicos supervisan y administran sus compraventas con el fin de garantizar que no contribuyan a conflictos o a los efectos negativos de estos*»

[29] OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, IV Derechos Humanos, 4. Elaborar una política que formule su compromiso con el respeto de los derechos humanos; IV Derechos Humanos, 5. Ejercer la debida diligencia en materia de derechos humanos en función de su tamaño, de la naturaleza y el contexto de sus actividades y de la gravedad de los riesgos de impactos negativos sobre dichos derechos.

Este compromiso se debe hacer público mediante una declaración que: (i) sea aprobada al más alto nivel jerárquico; (ii) sea elaborada por especialistas internos o externos; (iii) defina lo que se espera del personal, socios comerciales y otras partes directamente a sus actividades en materia de derechos humanos; (iv) sea difundida y comunicada interna y externamente; (v) se traduzca en políticas y procedimientos operacionales [30].

Como ejemplo, el Reglamento 2017/821 sobre minerales de conflicto obliga a los importadores de minerales 3TG de la Unión a adoptar e incorporar políticas respecto a los minerales y metales procedentes de zonas de conflicto, estructurar sus sistemas de gestión internos con base en la diligencia debida de las cadenas de suministros, o establecer mecanismos de reclamaciones como canales de denuncias entre otras medidas (art. 4). Las políticas sobre minerales de conflicto deben ser coherentes con las normas establecidas en el Anexo II de la Guía de la OCDE y tener como objetivo reforzar el compromiso de los proveedores a cumplirlas y transmitirlas a lo largo de la cadena incorporándolas en los contratos mercantiles [art. 4.b) y d)].

En la misma línea, la Ley alemana de 2021 de diligencia debida en las cadenas de suministros obliga a las empresas a adoptar sistemas de gestión de riesgos bajo la supervisión de un responsable definido dentro de la empresa (§ 4), presentar una declaración sobre su estrategia en derechos humanos y aprobar, al más alto nivel, una política que describa los compromisos con los derechos humanos y que defina lo que se espera de los empleados y proveedores de las cadenas de suministros [§ 6(2)].

2) Establecer procedimientos para identificar y evaluar los riesgos en sus propias operaciones o en las cadenas de suministros.

De acuerdo con los Principios número 17 y 18 de los PRNU, las empresas deben realizar análisis de riesgos para identificar los impactos negativos reales y potenciales sobre los derechos humanos en sus cadenas de suministros. Este análisis de riesgos debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos y medio ambiente que la empresa haya provocado o contribuido a provocar como consecuencia de su propia actividad o relacionada con un socio comercial. El análisis de riesgos es un proceso continuo y su complejidad variará en función del tamaño de la empresa, de la gravedad de sus consecuencias y la naturaleza y contexto de las operaciones. Dada la complejidad para identificar y calibrar la gravedad de los riesgos, es recomendable

[30] OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, IV, Derechos Humanos, Comentario 44.

que las empresas recurran a expertos internos y/o externos independientes, incluyendo en las consultas a los *stakeholders* [31].

El análisis de riesgos es una pieza clave en todas las normas de diligencia debida en derechos humanos, introduciéndolos como una obligación para las empresas. El Reglamento 2017/821 sobre minerales de conflicto obliga a los importadores de la Unión a efectuar análisis de riesgos en sus cadenas de suministros para prevenir e identificar posibles efectos negativos vinculados a las cadenas de suministros [art. 5.1.a)]. La norma se remite a las recomendaciones de diligencia debida establecidas en la Guía de la OCDE a la hora de diseñar los programas de detección y evaluación de riesgos. Este sistema de análisis de riesgos se construye sobre el estudio de la información recopilada y transmitida a lo largo de la cadena.

Tanto la Ley francesa de 2017 sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y las empresas ordenantes (art. 1. 1.º) como la Ley alemana de 2021 de diligencia debida en las cadenas de suministros (§ 5). En cuanto al alcance de los proveedores y socios comerciales de la cadena de suministros, la normativa alemana diferencia entre el área de negocio propia de la empresa y los proveedores directos del resto de los proveedores indirectos de la cadena de suministros. En primer lugar, las empresas se debe realizar un análisis de riesgos con respecto al área comercial del grupo corporativo y los proveedores directos [§ 5 (1)], mientras que las obligaciones de diligencia debida solo se extienden a los proveedores indirectos [§ 9 (3)], en caso de que la empresa tenga conocimiento de que se están incumpliendo dichas obligaciones tanto en el área comercial del grupo corporativo como por algún proveedor directo [32].

La Directiva (UE) 2024/1760 de 13 de junio de 2024 también establece la obligación de que las empresas implementen procedimientos para identificar y evaluar los riesgos de impactos negativos sobre los derechos humanos en sus propias operaciones y en sus cadenas de suministro (art. 8). En consonancia con los Principios Rectores y las Directrices de la OCDE, esta evaluación de riesgos debe abordar tanto los efectos adversos reales como los potenciales que la empresa haya causado, haya contribuido a provocar o que estén directamente relacionados con sus actividades, productos o servicios a través de sus relaciones comerciales. El análisis de riesgos, según la Directiva, es un proceso continuo que debe actualizarse periódicamente, especialmente cuando existan indicios razonables de que puedan surgir nuevos riesgos o se produzcan cambios signifi-

[31] OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, IV, Derechos Humanos II, A10; II, A11; II, A12.

[32] Hembach, H., *Praxisleitfaden Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, R&W Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2022, p. 110.

cativos en las operaciones de la empresa o en su contexto comercial. Además, la Directiva reconoce que la complejidad de este análisis variará en función del tamaño de la empresa, la gravedad de los efectos potenciales y el contexto en que opere. Para garantizar la eficacia del proceso, se recomienda que las empresas consulten con expertos internos o externos independientes y que involucren a las partes interesadas en la identificación y evaluación de los riesgos.

3) Diseñar e implementar una estrategia para responder a los riesgos detectados.

Para dar respuesta a los riesgos detectados, de acuerdo con el Principio número 19 de los PRNU, las empresas deben adoptar medidas para detener o prevenir los impactos negativos derivados de su propia actividad o en su cadena de suministros. Por ello, las empresas deben esforzarse para prevenir o atenuar los impactos negativos sobre los derechos humanos y el medio ambiente, pese a no haber contribuido a causarlos, si están directamente relacionados con su actividad comercial [33]. En el corto plazo, se deben adoptar medidas para detener los impactos existentes y prevenir cualquier peligro inmediato y crítico; a largo plazo, la empresa debe intentar elaborar soluciones orientadas a la prevención del daño. Para que las medidas sean eficaces, es necesario que la responsabilidad se asigne a niveles de dirección dentro de la empresa y se dote de una asignación presupuestaria suficiente para su despliegue y seguimiento. El alcance de las medidas variará en función del nivel de implicación de la empresa en el impacto adverso y su capacidad de influencia para prevenir las consecuencias negativas.

Como respuesta a los riesgos detectados, el Reglamento UE 2017/821 encomienda a las empresas a que informen de los resultados de la evaluación a los altos directivos de la empresa y diseñen un plan de gestión de la cadena de suministros que defina la respuesta a los riegos no resueltos, pudiendo acordarse: continuar con las operaciones comerciales con aquellos proveedores que realizan esfuerzos cuantificables para reducir los riesgos; suspender las operaciones comerciales hasta que se reduzcan los riesgos; romper la relación comercial con el proveedor tras varios intentos fallidos de reducción de riesgos.

La Ley alemana de 2021 de diligencia debida en las cadenas de suministros propone una serie de medidas para minimizar los riesgos de causar impactos negativos, como: desarrollar estrategias y prácticas de compras adecuadas; implementar cursos de formación en las áreas de negocio relevantes; desarro-

[33] OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, IV, Derechos Humanos, Comentario 42; II, Comentario 18; II, A11; II, A12.

llar sistemas de control para verificar el cumplimiento de la estrategia en derechos humanos; estabilizar las relaciones con los socios comerciales introduciendo cláusulas contractuales para asegurar el cumplimiento; o la implementación de cursos de capacitación y de educación superior para garantizar el cumplimiento de los proveedores directos [§ 6 (3) y (4)].

La Directiva (UE) 2024/1760 de 13 de junio de 2024 establece que, tras la detección de riesgos potenciales o reales en materia de derechos humanos y medio ambiente, las empresas están obligadas a diseñar e implementar medidas adecuadas para prevenir, mitigar o poner fin a dichos riesgos (art. 10). En función de la gravedad y probabilidad del riesgo detectado, la Directiva requiere que las empresas adopten un enfoque escalonado que priorice las medidas más eficaces para detener los efectos adversos más graves. Para garantizar la efectividad de estas acciones, se exige que las medidas se asignen a niveles de responsabilidad adecuados dentro de la empresa y que se les destinen los recursos necesarios.

La Directiva contempla diversas acciones para hacer frente a los riesgos, incluyendo el desarrollo de planes de acción preventiva, la obtención de garantías contractuales por parte de sus socios comerciales que aseguren el cumplimiento del código de conducta, e incluso la adopción de decisiones estratégicas como la suspensión temporal de relaciones comerciales en casos de incumplimiento grave y persistente. Se alienta también a las empresas a proporcionar formación y asistencia técnica a sus socios comerciales, especialmente a pequeñas y medianas empresas, para que puedan implementar medidas correctivas de forma efectiva.

4) Realizar un seguimiento de la implementación de las medidas adoptadas y de los resultados obtenidos.

De acuerdo con el Principio número 20 de los PRNU, el seguimiento de las medidas debe basarse en indicadores cualitativos y cuantitativos adecuados, pudiendo nutrirse de fuentes internas y externas, incluyendo a los *stakeholders*. El objeto de realizar un seguimiento de las medidas implementadas es el de asegurar la efectividad de estas. Este seguimiento se realiza mediante la verificación de la ejecución de las acciones planeadas, la monitorización de los indicadores de progreso en relación con los objetivos fijados y la validación de la eficacia en la prevención [34].

El Reglamento 2017/821 sobre minerales de conflicto convierte la auditoría externa en el elemento central en el control y gobernanza de la cadena

[34] OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, IV, Derechos Humanos II, A10.

(art. 6), al obligar a los importadores de minerales de la Unión a realizar auditorías externas de la diligencia debida en sus cadenas de suministros.

Los procedimientos de evaluación periódica también son un elemento esencial en la Ley francesa de 2017 sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y las empresas ordenantes (art. 1. 2.º) y la Ley alemana de 2021 de diligencia debida en las cadenas de suministros [§ 6 (5)]. En cuanto a la periodicidad de la revisión de las medidas adoptadas para dar respuesta a los impactos negativos sobre los DD. HH., si bien la norma francesa no establece un plazo mínimo, si lo hace la alemana, que obliga a las empresas a medir la eficacia de sus medidas como mínimo una vez al año o en el momento en que se deba afrontar un nuevo riesgo, como podría ser la comercialización de un nuevo producto.

La Directiva (UE) 2024/1760 de 13 de junio de 2014 establece que las empresas deben llevar a cabo evaluaciones periódicas para supervisar la aplicación y efectividad de las medidas adoptadas en el marco de sus obligaciones de diligencia debida (art. 15). Este seguimiento debe basarse en indicadores cualitativos y cuantitativos adecuados, que permitan evaluar el impacto real de las acciones implementadas. Asimismo, las empresas están obligadas a actualizar su política de diligencia debida cuando se produzcan cambios significativos o existan motivos fundados para pensar que pueden surgir nuevos riesgos. Para garantizar la eficacia del seguimiento, las empresas deberán considerar tanto información interna como aportaciones de partes interesadas externas, asegurando así una evaluación completa y rigurosa de sus prácticas de diligencia debida.

5) Informar de las medidas adoptadas y de su impacto sobre los riesgos.

Para cumplir con el Principio número 21 de los PRNU, las empresas deben comunicar las medidas adoptadas como respuesta a los riesgos detectados. Estos deberes de información deben atenderse especialmente en el caso de los afectados o sus representantes. La información debe aportar suficiente detalle como para poder ser evaluada y no poner en riesgo a las partes afectadas o al propio personal. En cuanto a la información no financiera que las empresas deben dar a conocer, destacan las declaraciones y políticas en materia de derechos humanos, con referencia a los objetivos y resultados, información sobre las auditorías internas y externas, información sobre las relaciones con los empleados y otras partes interesadas [35]. Esta información no financiera debe hacerse pública de una forma fácilmente accesible y de forma clara, exacta y actualizada como mínimo anualmente.

[35] OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, III, 3 y IV, 45.

El Reglamento 2017/821 sobre minerales de conflicto establece unas obligaciones en materia de transparencia similares a las recomendaciones de la Guía de la OCDE. En su virtud, los importadores de la Unión de minerales o metales deberán poner los resultados de las auditorías externas a disposición de las autoridades competentes de los Estados miembros, transmitir la información recabada sobre los minerales y metales a sus compradores inmediatos para que recorra sus cadenas de valor y publicar en su página web informes anuales sobre las políticas y medidas de diligencia debida (art. 7).

La Ley francesa de 2017 sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y las empresas ordenantes obliga a las empresas a hacer públicos tanto el plan de diligencia debida como el informe sobre su aplicación efectiva, incluyendo la información entre la requerida por el artículo L 225-102 del Código de Comercio Francés. En cuanto a la Ley alemana de 2021 de diligencia debida en las cadenas de suministros, las empresas deben presentar un informe anual referido al cumplimiento de sus obligaciones de respeto a los derechos humanos y ponerlo a disposición del público de forma gratuita en la web corporativa durante un mínimo de 7 años [§ 10 (2)].

La Directiva (UE) 2024/1760 de 13 de junio de 2024 establece que las empresas están obligadas a informar públicamente sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a sus obligaciones de diligencia debida, así como sobre el impacto de dichas medidas en la reducción de riesgos y la protección de los derechos humanos y el medio ambiente (art. 16). Esta declaración anual deberá publicarse en el sitio web de la empresa en un lenguaje claro, preciso y actualizado, y estará disponible en al menos una lengua oficial de la Unión Europea empleada en el Estado miembro donde se encuentre la autoridad de control competente. Asimismo, la información deberá ofrecer un nivel de detalle suficiente para permitir a las partes interesadas evaluar la efectividad de las acciones adoptadas, sin poner en riesgo la seguridad de las personas afectadas ni del propio personal de la empresa.

6) Reparar los daños en aquellos casos que hayan llegado a producirse.

Si las empresas identifican que han causado o contribuido a causar algún daño sobre los derechos humanos, deben proceder o colaborar en la reparación intentando restituir a los afectados a un estado como si el impacto no se hubiera producido. Para ello, las empresas deben cumplir con la legislación y tratar de encontrar directrices internacionales sobre reparación y, cuando no existan, plantear una reparación similar a la prestada en otros casos similares. El alcance de la reparación dependerá del propio alcance del impacto negativo, pudiendo incluir medidas como la petición de disculpas, restituciones o rehabilitacio-

nes, compensaciones financieras o no financieras, sanciones punitivas y la adopción de medidas preventivas. Para realizar una correcta reparación, se deben establecer procesos de consultas con los titulares de los derechos afectados y sus representantes [36].

Mientras que el Reglamento 2017/821 sobre minerales de conflicto no contiene previsiones reparadoras, la Ley francesa de 2017 sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y las empresas ordenantes establece la responsabilidad civil derivada del incumplimiento (art. 2), responsabilizando a las empresas de la reparación de los daños derivados de los incumplimientos de sus obligaciones de diligencia debida. A diferencia de esta, la Ley alemana de 2021 de diligencia debida en las cadenas de suministros no establece responsabilidad civil por incumplimientos y tampoco obligación a la reparación del daño en caso de incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida, si bien se toma en consideración el esfuerzo de la persona jurídica para reparar el daño a la hora de calcular la cuantía de las sanciones administrativas (§ 24.º).

La Directiva (UE) 2024/1760 de 13 de junio de 2024 establece que las empresas que identifiquen que han causado o contribuido a causar efectos adversos reales sobre los derechos humanos o el medio ambiente tienen la obligación de adoptar medidas adecuadas para poner fin a dichos efectos y proceder a su reparación (art. 11). Esta reparación puede incluir medidas como la restitución, rehabilitación, compensación financiera o no financiera, satisfacción (incluida una disculpa pública) y garantías de no repetición. La Directiva enfatiza que estas medidas deben adoptarse en consulta con los titulares de los derechos afectados y sus representantes, asegurando que se respeten sus intereses y se dé una respuesta adecuada a los daños sufridos. Asimismo, la Directiva establece un régimen de responsabilidad civil según el cual las empresas serán responsables por los daños causados a personas físicas o jurídicas cuando estos deriven del incumplimiento deliberado o por negligencia de sus obligaciones en materia de diligencia debida (art. 29).

11.3 PRINCIPIOS DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN DERECHOS HUMANOS

Las normas de diligencia debida aprobadas hasta el momento, entre las que destacamos la Directiva 2024/1760 de 13 de junio de 2024 de diligencia

[36] OCDE (2018) *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*, p. 38.

debida, sientan las bases del cumplimiento normativo en derechos humanos, convirtiendo en obligatorios algunos elementos tradicionalmente vinculados a la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) para que las empresas velen por el respeto a los a cuestiones sociales y medioambientales en sus cadenas de suministros globales [37]. Así, podríamos definir el cumplimiento normativo en derechos humanos como el desarrollo de procesos para identificar, prevenir, mitigar, rendir cuentas y reparar los impactos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente, reales o potenciales, directos o indirectos, derivados de las propias actividades o de las de las cadenas de suministros, incluyendo filiales, socios comerciales, proveedores y subcontratistas. Este debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos presentes en las cadenas productivas globales pueden cambiar con el tiempo en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.

Comparando los principios, recomendaciones y normas de diligencia debida, encontramos una serie de características comunes que nos permiten identificar los principios de este nuevo «cumplimiento normativo 2.0».

11.3.1 **Cooperación público-privada: la diligencia debida como forma de regulación global**

Las normas de diligencia debida responden a un sistema híbrido de corregulación público-privada, que podríamos denominar como «autorregulación regulada», en el que los gobiernos y las empresas colaboran para crear mecanismos que combinan elementos estatales con instrumentos empresariales procedentes de la RSC [38].

En cuanto a la parte correspondiente a la regulación pública, se obliga a las grandes empresas a ejercer la diligencia debida adoptando normas de conducta en atención a unos estándares internacionalmente aceptados. Respecto a la parte de regulación privada, se traslada a las grandes corporaciones multinacionales la potestad de elegir el modo concreto en que ejercer la diligencia debida, adoptando procesos y códigos internos que le permitan alcanzar el cum-

[37] Como las buenas prácticas empresariales derivadas de los códigos éticos y los códigos de conducta internos. Sobre el origen internacional y elementos de la RSC, Jiménez-Piernas García, A., «La maduración jurídico-vinculante de la RSE en el Derecho de la UE: de la mera voluntariedad al *compliance*», en Ruiz Muñoz, M., De la Vega Justribó, B. (Dir.), *Responsabilidad Social Corporativa (RSC): Economía colaborativa y cumplimiento normativo,* cit., pp. 235-237.

[38] *Vid.* Guamán Hernández, A., «Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos», en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales,* vol. 8, núm. 2/2018, 216-250, p. 238.

plimiento de las obligaciones de respeto a los derechos humanos y el medio ambiente. En este proceso, que avanza hacia un sistema de gobernanza multinivel, el Estado pierde protagonismo como único productor de normas para regular las relaciones sociales, recayendo parte de dicho protagonismo sobre las grandes empresas multinacionales, que son quienes reciben la potestad de dictar normas para elegir como regularse [39].

En este marco de «autorregulación regulada», los programas de cumplimiento normativo se convierten en sistemas de control social empresarial que ayudan el Estado en su tarea de prevenir conductas contrarias a la legalidad, asumiendo el sector privado una posición de liderazgo en la elaboración de las reglas y normas que se les debe aplicar [40]. En el caso del respeto a los derechos humanos, ahora son las grandes empresas multinacionales las que tienen la obligación de autorregularse, desarrollando programas de *compliance* para cumplir con sus obligaciones legales.

En un primer nivel, son los diferentes Estados y organizaciones supranacionales como la UE, en cuanto a la parte correspondiente a la regulación pública, quienes están obligando a determinadas empresas a ejercer la diligencia debida en derechos humanos y comunicar sus progresos. Acogiendo el mandato de los Principios Rectores y de las Directrices de la OCDE, las autoridades públicas están comenzando a desarrollar normativas de obligado cumplimiento para las empresas por las que deben autorregularse «mirando» de cerca los diferentes estándares internacionales desarrollados en el ámbito del *soft law.*

En un segundo nivel, son las Organizaciones Internacionales formales, como las Naciones Unidas con su guía para la interpretación de los Principios Rectores y la OCDE con sus diversas Guías para la implementación efectiva de la diligencia debida, quienes están promoviendo la diligencia debida en derechos humanos mediante el desarrollo de estándares internacionales de *soft law* para el correcto ejercicio de la diligencia debida. También desataca la OIT, al desarrollar numerosos Convenios en los que se identifican los derechos laborales básicos y que resultan relevantes para la implementación de los Principios Rectores en el ámbito laboral. Además, con la adopción de la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social,* y el *Plan de actuación para el trabajo decente en las cadenas de suministros globales,* la OIT integró la diligencia debida en sus recomendaciones para

[39] *Vid.* Nieto Martín, A., «Transformaciones del *ius puniendi* en el Derecho Global», en Nieto Martín, A.,/García Moreno, B. (dirs.) *Ius puniendi y global law: hacia un derecho penal sin Estado*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 17.

[40] Nieto Martín, A., «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», cit. p. 21.

proporcionar orientaciones directas sobre política social, prácticas inclusivas, responsables y sostenibles en el lugar de trabajo.

En el tercer nivel, se delega en las propias empresas reguladas por el primer nivel la potestad de autorregularse para elegir el modo concreto de ejercer la diligencia debida y cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos, atendiendo a lo establecido por los niveles superiores. Para ello, las empresas deben desarrollar programas de cumplimiento normativo enfocados a los derechos humanos, adaptando sus políticas internas de acuerdo con los estándares aplicables e incluir a sus filiales y proveedores. El cumplimiento de estas políticas se debe asegurar mediante controles internos realizados por la propia empresa o por auditorías externas que verifiquen el cumplimiento de los compromisos adquiridos a nivel de grupo corporativo o de forma contractual. Además, las evaluaciones preventivas de los posibles socios comerciales, para confirmar que cumplen con los estándares necesarios antes de ser aceptados como tales, obligan a los operadores de las cadenas productivas globales a seguir los estándares impuestos mediante contratos tipo por las grandes empresas multinacionales que se sitúan en su cabecera.

El cumplimiento normativo en derechos humanos es un cumplimiento cooperativo entre el Estado y las grandes empresas multinacionales, donde se persigue que se instaure un clima de cooperación legal y confianza. Para conseguir esta confianza, las normas de diligencia debida incrementan los deberes de transparencia y comunicación, debiendo ofrecer las empresas información sobre el modo en que abordan sus impactos en cuestiones relacionadas con la sostenibilidad, y, al mismo tiempo, en lugar de adoptar una postura de sospecha, el Estado debe establecer un diálogo para ayudar a las empresas a cumplir con las normas. Este modelo ya se ha desarrollado en otros ámbitos como en materia tributaria, donde distintas Administraciones tributarias han promovido el cumplimiento cooperativo con las grandes organizaciones para conseguir una actitud más colaborativa, disminuir la litigiosidad e incrementar la recaudación [41].

Las Directrices de la OCDE crearon los Puntos Nacionales de Contacto (PNC) como organismos constituidos por los Estados para ayudar a las empresas y a las partes interesadas a tomar las medidas adecuadas para impulsar la implantación de las Directrices y contribuir a la resolución de las cuestiones que surjan en relación con su implementación [42]. De igual modo, la Ley alemana de 2021 de diligencia debida en las cadenas de suministros encarga a la Oficina

[41] Martín Fernández, J., *Cumplimiento cooperativo en materia tributaria*, Lefebvre-El Derecho, 2018, p. 19.

[42] OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, p. 72.

Federal de Economía y Control de Exportaciones –como autoridad competente para su monitorización– la tarea de desarrollar y publicar directrices y prestar asistencia a las empresas para la implementación de la Ley (§ 20). De este modo, las autoridades no solo se encargan de sancionar los incumplimientos de las empresas, sino que se involucran activamente en el desarrollo y promoción de buenas prácticas de cumplimiento.

La cooperación también se ejecuta mediante el desarrollo de iniciativas colectivas de *private law,* lanzadas conjuntamente por organizaciones empresariales y sindicales, como el *Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh, la Alliance for Water Stewardship,* o la *Ethical Trading Initiative* (ETI), entre muchas otras, están dictando los estándares internacionales que configuran el contenido de la diligencia debida en derechos humanos. Además, otras organizaciones no gubernamentales como la *Social Accountability International* (SAI) , la *Responsible Mineral Alliance* (RMA), o la *Extractive Industries Transparency Initiative* (EITI), también desarrollan estándares que sirven de referencia para evaluar y asegurar el cumplimiento de las responsabilidades de las empresas en materia de derechos humanos, y, además, ofrecen servicios de certificación para validar las prácticas corporativas en las cadenas productivas globales.

Desde el sector privado estas acciones colectivas han causado cierto rechazo por la posibilidad de que se pueda proporcionar información confidencial sobre los proveedores a la competencia, alegándose en ocasiones la incompatibilidad de estas acciones colectivas con las leyes de defensa de la competencia. Sin embargo, las leyes de defensa de la competencia no prohíben actividades de colaboración a menos que afecten a aspectos esenciales para la competencia [43], por lo que la información sobre los proveedores en relación con su respeto a los derechos humanos puede compatibilizarse con el respeto a dichas normas.

En este cumplimiento adquieren importancia los Acuerdos Marco Globales (AMG) como forma de colaboración directa entre sindicatos y empresas para fijar unos derechos laborales mínimos y garantizar la libertad de asociación. Estos AMG son pactos negociados a escala mundial entre una empresa multinacional y una federación sindical global para proteger los derechos de los trabajadores en todas las operaciones de la empresas y de sus cadenas de suministros. Los AMG implementan estándares sobre derechos sindicales,

[43] En general, las leyes y políticas de defensa de la competencia prohíben: (i) cárteles intrínsecamente nocivos/restricciones manifiestas; (ii) otros acuerdos anticompetitivos; (iii) conductas anticompetitivas unilaterales que se aprovechan de o incrementan una posición de mercado dominante o el poder de mercado; y (iv) fusiones o adquisiciones anticompetitiva. *Vid.* OECD (2021), *Guía de la OCDE de debida diligencia para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado*, pp. 29-30.

prácticas de seguridad y salubridad en el lugar de trabajo, principios de calidad laboral, independientemente del país en el que se desarrolle la actividad del grupo corporativo [44].

Un ejemplo de Acuerdo Marco Global suscrito por un grupo corporativo multinacional español lo encontramos en Inditex. Inditex comercializa 9 marcas, dispone de unas 7.500 tiendas repartidas en 93 países y para ella trabajan más de 174.000 personas en todo el mundo. Su cadena de suministros, con más de 1.800 proveedores e intermediarios, la conforman más de 6.700 fábricas distribuidas en 41 países en las que trabajaban unas 2.200.000 personas. En 2001, Inditex implanto su código de conducta y firmó un Convenio Marco con la ONG Entreculturas y, en 2007, firmó el AMG con la Federación Sindical Internacional FITTVC. En virtud de su AMG, Inditex proporciona información a la Federación Sindical Internacional FITTVC sobre toda su cadena de suministros, incluyendo la localización de las fábricas, número de trabajadores, tipo de producción y calificación en la última auditoría, proporcionando derecho al acceso sindical a todos sus centros de trabajo [45].

11.3.2 **Tipología de empresas a las que se dirige: grandes corporaciones multinacionales**

Los PRNU se dirigen a todas las empresas [46], ya que todas las actividades empresariales deben respetar los derechos humanos, tanto a nivel local como global. Sin embargo, las particularidades que presentan las grandes corporaciones multinacionales, compuestas por complejas estructuras jurídicas, junto al gran poder que han adquirido frente a los Estados menos desarrollados, motivan que sea sobre ellas donde recaiga el peso de velar por que en sus cadenas de suministros se respeten los derechos humanos. Esto no quiere decir que no deba prestarse atención a los abusos cometidos por pequeñas empresas a nivel local, sino que en el modelo de corregulación público-privada son las grandes empresas multinacionales las que tienen la obligación de velar que sus filiales y socios comerciales actúan de una forma responsable.

---

[44] OECD (2021), *Guía de la OCDE de debida diligencia para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado*, p. 29.

[45] Boix, I., «El Acuerdo Marco Global de Inditex, una práctica de Acción Sindical Global», *CC. OO. Industria,* 2019, pp. 9-11. https://industria.ccoo.es/9116a8d7868dc43b392c77597340ed55000060.pdf.

[46] En el Principio Fundacional número 11 de los PRNU se responsabiliza a todas las empresas de respetar los derechos humanos, independientemente de su tamaño o sector de actividad.

En el modelo de sociedad globalizado en el que vivimos actualmente, los Estados comparten protagonismo con las compañías multinacionales [47], que han adquirido un gran poder gracias a lo que podríamos denominar como «comercio global». Ahora, estas grandes empresas multinacionales operan estableciendo filiales y manteniendo relaciones comerciales con multitud de proveedores y subcontratistas que, para reducir los costes, se ubican en países con legislaciones más laxas [48]. De este modo, gracias a este «comercio global» las empresas multinacionales han visto crecer sus beneficios de forma exponencial, llegando incluso a superar en poder económico a muchos Estados. Tal es así que 157 de las 200 principales entidades económicas por ingresos son corporaciones multinacionales [49].

A pesar de que los grupos corporativos multinacionales no son sujetos reconocidos en el orden internacional, su poder económico, político y social las dota de una gran capacidad de influencia a escala mundial [50], por lo que es a las grandes corporaciones multinacionales a las que las autoridades imponen la obligación de diligencia debida. Este es el caso de la Ley francesa de 2017 sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y las empresas ordenantes, que se dirige a todas las sociedades que al final de dos ejercicios consecutivos empleen al menos a 5.000 personas en Francia o 10.000 en el mundo,

---

[47] No existe una definición única y mundialmente aceptada de empresa multinacional. De acuerdo con la definición de la OIT, el termino multinacional hace referencia a empresas que operan bajo un sistema organizativo global y que poseen o controlan la producción, la distribución, los servicios u otras prestaciones en países distintos al lugar donde se ubica su sede. Principio 6 de la *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, Organización Internacional del Trabajo, 5.ª Edición, 17 de marzo de 2017. Por su parte, las *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humano*s, aprobadas por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2003, las define como «una entidad económica que realiza actividades en más de un país o un grupo de entidades económicas que realizan actividades en dos o más países».

[48] Como ejemplo las cadenas de suministros de los minerales utilizados en la industria electrónica, en las que desde la extracción del mineral en su lugar de origen hasta que el producto electrónico llega a las manos del consumidor final intervienen multitud de actores como empresas mineras, empresas procesadoras de minerales y metales, empresas de ensamblaje de tarjetas electrónicas, fabricantes de conductores y microchips, etc., muchas veces ubicados en países con una débil protección de los derechos humanos, hasta llegar a la compañía que comercializa el producto final. Véase Vioque, LM., «A Proposal for Criminal Liability for Breach of Due Diligence Obligations: the European Conflict Minerals Regulation as an Example», en *European Criminal Law Review,* 11 (1), 73-87, pp. 75-77.

[49] De acuerdo con el ranking elaborado por *Global Justice Now* en 2018, en el que entre las primeras posiciones se encuentran corporaciones multinacionales como Walmart, Apple o Shell. https://www.globaljustice.org.uk/news/69-richest-100-entities-planet-are-corporations-not-governments-figures-show/.

[50] Sobre el estatuto jurídico internacional de las empresas transancionales, López-Jacoiste Díaz, E., «Las empresas transnacionales y la aplicación extraterritorial de las obligaciones internacionales de derechos humanos: algunas reflexiones», en Díaz Barrado, C. M./Rodríguez Barrigón, J. M./ Pereira Coutinho, F. (dirs.), *Las empresas transnacionales en el derecho internacional contemporáneo*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 41-74, pp. 47-57.

contando su sede y las filiales subsidiarias directas o indirectas (art. 1). Por su parte, la Ley alemana de 2021 de diligencia debida en las cadenas de suministros se aplica en las empresas con un mínimo de 3.000 empleados, hasta el 1 de enero de 2024, y de 1.000 empleados a partir de dicha fecha (§ 1).

Dada la influencia mundial del mercado interior europeo, una normativa europea que involucrase no solo a las empresas europeas, sino también a empresas de terceros países que suministran bienes y prestan servicios en el mercado interior, es necesaria para equilibrar las condiciones de respeto a los derechos humanos de forma global [51].

Las normas de diligencia debida obligan a la cabecera del grupo corporativo a que adopte medidas para respetar los derechos humanos y el medio ambiente tanto en la matriz como las filiales. Con ello, se imponen obligaciones de grupo, abriéndose una nueva vía para reclamar la responsabilidad de la matriz por los actos de las filiales. Por ello, la Ley francesa de 2017 sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y las empresas ordenantes no obliga solo a la empresa matriz con domicilio francés a elaborar planes de vigilancia, sino que dichos planes de diligencia debida deben aplicarse a la actividad de la sociedad y de todas las filiales o sociedades bajo su control (art. 1).

11.3.3 **Capacidad contractual: poder de influencia de la empresa líder**

En este modelo de corregulación público-privada diseñado para la gestión responsable de las cadenas de suministros, son las corporaciones multinacionales las que tienen la obligación de vigilar cómo se comportan sus filiales, socios comerciales y proveedores velando por que actúen de una manera compatible con el respeto de los derechos humanos y el medio ambiente. Para asegurar la eficacia de este sistema de corregulación híbrida, adquiere especial relevancia la capacidad de influencia de la empresa líder. Al establecerse obligaciones de vigilancia sobre las filiales y socios comerciales en la compañía dominante de la relación comercial, se infiere la situación de dependencia económica de una respecto a la otra. Por este motivo es por el que la empresa líder tiene el deber de controlar que su proveedor, situado en su ámbito de influencia y en situación de dependencia, se comporta de una forma responsable. De esta forma, se podría abrir una nueva vía para exigir responsabilidad a las empresas multinacionales –empresas líderes– por actos cometidos por sus proveedores, subcontratistas o filiales, en función de su capacidad de influencia para modi-

[51] Comité Económico y Social Europeo, *Dictamen sobre diligencia debida obligatoria*, INT/911, p. 11.

ficar las prácticas del proveedor que entrañen riesgos no asumibles en caso de inacción [52].

Las Directrices de la OCDE plantearon la capacidad contractual de la empresa líder como la vía para que las multinacionales obliguen a sus proveedores a asumir sus políticas en materia de derechos humanos. Mediante obligaciones contractuales, al incorporar sus políticas y procedimientos de derechos humanos en las cláusulas de los contratos celebrados con proveedores, se pretende que desde las empresas líderes de las cadenas de aprovisionamiento globales se influya sobre el resto de los proveedores para que se adapten a los estándares de respeto asumidos por la propia organización [53]. Así, se obliga normativamente a que las empresas multinacionales adopten políticas y procedimientos en derechos humanos y que los hagan públicos dándolos a conocer a sus proveedores mientras que, al mismo tiempo, se garantiza su cumplimiento mediante la introducción de cláusulas contractuales en los contratos celebrados con socios comerciales y proveedores. De este modo, en lugar de obligar directamente a todas las empresas de las cadenas de suministros globales a introducir medidas de diligencia debida, las normas delegan dicha función en las grandes corporaciones multinacionales que deben, a su vez, transmitir a lo largo de la cadena de suministros lo que esperan de sus filiales y proveedores.

Siguiendo este modelo, el Reglamento 2017/821 sobre minerales de conflicto obliga a los importadores de la Unión de minerales o metales a reforzar su compromiso con los proveedores mediante la incorporación de su política de cadena de suministro en los contratos y acuerdos con proveedores en coherencia con el anexo II de la Guía de Diligencia Debida de la OCDE sobre minerales de conflicto. La Directiva (UE) 2024/1760 de 13 de junio de 2024 establece que las empresas deben utilizar su capacidad de influencia para prevenir o mitigar los efectos adversos en materia de derechos humanos en sus cadenas de suministro (art. 10.1.c). Para ello, se les exige que adopten medidas adecuadas como recabar de sus socios comerciales directos garantías contractuales que avalen el cumplimiento del código de conducta de la empresa y, en su caso, del plan de acción preventiva. Además, dichas garantías contractuales

---

[52] Auvergnon, P., «El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas transnacionales, o como no dejar que los zorros cuiden libremente del gallinero mundial», *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, *10*(2), p. 212.

[53] OCDE (2018) *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*, apartado II.1.3, «incorporar las expectativas y políticas de CER en las relaciones con los proveedores y otras relaciones comerciales». Misma recomendación en la *Guía de Debida Diligencia de la OCDE para Cadenas de Suministro Responsables de Minerales en las Áreas de Conflicto o de Alto Riesgo* de 2016, que en su Anexo I.1. D) encomienda a las empresas del sector a que incorporen las políticas de diligencia debida en derechos humanos en los contratos o acuerdos firmados con los proveedores.

deberán ir acompañadas de mecanismos de verificación que permitan evaluar el cumplimiento efectivo por parte de los socios comerciales (art. 10.2.b).

En cuanto al alcance de las medidas, debe abarcar tanto a la primera como a la segunda línea de proveedores. Con la incorporación de cláusulas contractuales se pretende que los socios comerciales o proveedores también queden obligados a garantizar el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida en sus cadenas de suministros. De este modo, lo que se pretende es crear un efecto cascada que implique a todos los operadores de las cadenas de suministros, de forma directa o indirecta, en el desarrollo de programas de cumplimiento normativo en derechos humanos. Para el control del cumplimiento, también se diseña un sistema en casada por el que la compañía líder puede «obligar» a sus proveedores a que suspendan su relación con sus propios proveedores cuando no sean capaces de reducir los riesgos. En este efecto cascada resultan especialmente importantes las políticas adoptadas por las empresas situadas a la cabeza de la cadena –líder–, pues por los compromisos contractuales que establezcan con sus proveedores estos quedarán obligados a incorporar las mismas políticas en los contratos con sus propios proveedores.

A la hora de controlar las conductas peligrosas de los proveedores o socios comerciales, adquiere especial relevancia la capacidad de la empresa líder para modificar las malas prácticas. La capacidad de influencia de la empresa líder está estrechamente relacionada con su capacidad para modificar la conducta de los socios comerciales y proveedores. En aquellos casos en los que un proveedor se encuentra en una situación de producción casi en exclusiva para un grupo multinacional, este tendrá una mayor capacidad para modificar las conductas que supongan un riesgo. La modificación de las conductas que supongan un riesgo debe hacerse por fases, de lo más urgente a lo menos de forma progresiva, mediante el diseño de objetivos y prácticas que permitan la priorización.

11.3.4 *Stakeholders:* la colaboración de terceros interesados

Una de las principales diferencias entre los programas de cumplimiento normativo «tradicionales» y el cumplimiento normativo en derechos humanos lo encontramos en los enfoques de sus procesos. Mientras que los programas de cumplimiento normativo tienen por objeto prevenir riesgos para la empresa, los programas de cumplimiento en derechos humanos tienen un enfoque inver-

so al dirigirse a la prevención de impactos en los derechos de las personas y comunidades afectadas por la actividad empresarial. [54].

El cumplimiento en derechos humanos no se entiende sin la colaboración de expertos, proveedores y de todas las partes interesadas o *stakeholders*, incluidas las autoridades gubernamentales locales y centrales, las organizaciones de la sociedad civil o internacionales y los terceros afectados, para acordar estrategias de reducción de riesgos [55]. El asesoramiento especializado puede recabarse de diversas fuentes externas a la propia empresa, como expertos en derechos humanos, ONGS, sindicatos y representantes de los trabajadores, gobiernos y autoridades locales, etc. La colaboración con los terceros interesados debe entenderse como un intercambio de información en dos direcciones. Por un lado, la empresa recaba información de los *stakeholders* pero, a su vez, la empresa tiene el deber de comunicar a las partes interesadas la información relevante para la toma de decisiones de una forma accesible y comprensible. Este derecho de las partes interesadas al acceso de información se incrementa cuando se detecte un riesgo, en cuyo caso se podría incluir la participación de los *stakeholders* en el desarrollo de las medidas de mitigación de riesgos, seguimiento y diseño de mecanismos de reclamación [56].

Como ejemplos de esta cuestión, el Reglamento 2017/821 sobre minerales de conflicto obliga a las empresas a establecer un mecanismo de reclamaciones como sistema de alerta rápida ante los posibles riesgos, pudiendo recurrir a acuerdos de colaboración con otros agentes económicos u organizaciones o expertos externos [art. 4.e)]. De forma similar, la Directiva (UE) 2024/1760 de 13 de junio de 2024 establece que las empresas deben colaborar de forma efectiva con las partes interesadas como parte integral de su diligencia debida (art. 13). Esta colaboración debe incluir la provisión de información pertinente y exhaustiva a las partes interesadas durante las consultas, garantizando que dicho intercambio sea claro, transparente y eficaz. Además, las consultas con *stakeholders* son obligatorias en varias fases clave del proceso de diligencia debida, incluyendo la detección y evaluación de riesgos, el desarrollo de planes de acción preventiva y correctiva, la toma de decisiones sobre la suspensión o finalización de relaciones comerciales y la adopción de medidas de reparación de efectos adversos (art. 13.3). La Directiva también destaca que, cuando no

[54] Cantú Rivera, H./Esparza García, L., «Diligencia debida en derechos humanos y procesos de *compliance*», cit., p. 32.

[55] OCDE (2016), *Guía de Debida Diligencia de la OCDE para Cadenas de Suministro Responsables de Minerales en las Áreas de Conflicto o de Alto Riesgo*, p. 19.

[56] OCDE (2018), *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una conducta empresarial responsable*, p. 22.

sea razonablemente posible establecer una colaboración significativa con las partes interesadas, las empresas deben consultar con expertos independientes que aporten información fiable sobre los efectos adversos potenciales o reales (art. 13.4).

11.3.5 **Transparencia como base del cumplimiento**

Los programas de cumplimiento normativo en derechos humanos no se conciben como una serie de medidas beneficiosas en exclusiva para la empresa, sino beneficiosas para el conjunto de la sociedad. Por ello, las medidas de transparencia asociadas a este modelo de cumplimiento no se limitan a proporcionar información a quienes mantienen intereses económicos con la corporación empresarial, sino que va más allá y debe llegar a todos los interesados como forma de control de la actividad empresarial. Esta transparencia no se limita a dar a conocer a los accionistas la información financiera empresarial, sino que abarca otros ámbitos de información no financiera que permita supervisar y gestionar la actividad en relación con el impacto económico, social y ambiental de las actividades de la empresa [57].

Las normas sobre diligencia debida tienen repercusión en el modo en que las empresas elaboran sus memorias de sostenibilidad, ya que establecen pautas para la presentación de información no financiera a las grandes empresas multinacionales. Una de las obligaciones que se imponen a las empresas es la de presentar informes anuales que detallen el modo en que se han gestionado los riesgos, lo que redunda en el beneficio de aumentar la transparencia de las empresas. Con ello, se pretende institucionalizar un modelo de negocio socialmente responsable a través de procedimientos de *reporting*. [58] El objetivo que se pretende con estas obligaciones de *reporting* es el de clarificar las cadenas de valor, dando visibilidad a los proveedores y permitiendo que los consumidores conozcan el origen de los productos que consumen, fomentando con ello

[57] En el ámbito de la UE respecto a la información no financiera, véase la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. En España y por transposición de dicha Directiva, véase la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

[58] Sales Pallarés, L., «La vigencia de los derechos humanos en la actualidad: hacia la justiciabilidad como medio y como fin en las relaciones entre derechos humanos y empresas, *CEFD*, número 39, Publicación actas Congreso Internacional 70 Aniversario Declaración Universal de Derechos Humanos, pp. 136-153, p. 145.

el abastecimiento responsable y «castigando» aquellas empresas que no adopten medidas de diligencia debida. Por ello, las empresas deben informar sobre cuáles son los proveedores de sus cadenas de suministros y los gobiernos deben aplicar la transparencia a sus registros de aduanas para asegurar la correcta trazabilidad a lo largo de la cadena de suministros.

Las Directrices de la OCDE diseñaron un modelo en el que la divulgación de la información no financiera se perfila como herramienta principal para el control de la eficacia de la diligencia debida, debiendo las empresas garantizar la publicación de toda la información sobre aspectos significativos que sus actividades y estructura en relación con el respeto a los derechos humanos [59]. Algunas normas como el Reglamento 2017/821 sobre minerales de conflicto incluyen obligaciones de auditoría por medio de terceros independientes (art. 6), que deberán: (a) tener por objeto el conjunto de las actividades, procesos y sistemas del importador de la Unión utilizados para observar la diligencia debida en la cadena de suministro respecto de los minerales o metales; (b) la comprobación de las prácticas de diligencia debida en la cadena de suministro del importador de la Unión; (c) hacer recomendaciones al importador de la Unión sobre la manera de mejorar sus prácticas de diligencia debida en la cadena de suministro; (d) respetar los principios de independencia, competencia y rendición de cuentas conforme a lo establecido en la Guía de Diligencia Debida de la OCDE sobre minerales de conflicto.

Es necesario asegurar la veracidad de la información no financiera que las empresas utilizan en sus informes de sostenibilidad, pues de lo contrario podrían ser utilizados de modo publicitario para convertir unas supuestas buenas prácticas en una ventaja competitiva ante los consumidores. Para ello, el 14 de diciembre de 2022 se aprobó la Directiva (UE) 2022/2464 de 14 de diciembre de 2022, relativa a la información sobre sostenibilidad por parte de las empresas, con la que se busca equiparar la relevancia de la información financiera con la referida a sostenibilidad, facilitando el acceso a datos comparables, auditables y fiables. Con ello, la información sobre derechos humanos, junto con la lucha contra la corrupción o la protección del medioambiente, ha pasado a considerarse una parte integrante del informe de gestión, por lo que cuando su aplicación sea completa todas las sociedades cotizadas estarán obligadas a incluir en sus cuentas anuales información detallada sobre su desempeño en sostenibilidad.

---

[59] Las previsiones de divulgación de la información se prevén en todas las Directrices o Guías de la OCDE, siendo una herramienta común para todos los programas de cumplimiento normativo en derechos humanos. Como ejemplo, las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* de 2013, III. Divulgación de información, pp. 30 -34.

Para armonizar los criterios e indicadores que permitan la comparabilidad de las información referida a la sostenibilidad, con la Directiva (UE) 2022/2464 de 14 de diciembre de 2022 se dota de poderes a la Comisión para que adopte actos delegados con el fin de establecer las normas obligatorias para los reportes sobre sostenibilidad, especificando las información que las empresas deben comunicar y cómo hacerlo. El 31 de julio de 2023, la Comisión Europea formalizó la adopción del primer conjunto de las NEIS mediante el Reglamento Delegado (UE) 2023/2772. Las NEIS aportan una estructura detallada sobre cómo las empresas deben reportar su información de sostenibilidad de manera coherente con los principios de relevancia, fiabilidad, comparabilidad y claridad.

En esta línea, la Comisión Europea ha adoptado en febrero de 2025 un paquete de medidas que incluye importantes simplificaciones en los requisitos de presentación de información en materia de sostenibilidad. Estas medidas, recogidas en el denominado paquete ómnibus, buscan reducir significativamente la carga administrativa, especialmente para pymes y pequeñas empresas de mediana capitalización. En el ámbito de la diligencia debida, se simplifican los requisitos para que las empresas eviten complejidades y costes innecesarios, concentrando las evaluaciones periódicas en los socios comerciales directos y reduciendo la frecuencia de dichas evaluaciones de una vez al año a una vez cada cinco años, salvo que se identifiquen riesgos relevantes que requieran una evaluación adicional. Además, se introduce una mayor armonización de los requisitos de diligencia debida para asegurar condiciones de competencia equitativas en toda la UE. Con estas medidas, se pretende equilibrar el cumplimiento de las obligaciones empresariales con la reducción de cargas administrativas, aunque, con ello, se reducen los estándares de control y responsabilidad.

11.3.6 **Cumplimiento proporcional al riesgo**

Los PRNU diseñaron un sistema de diligencia debida basado en el riesgo, en el que los medios no solo dependen del tamaño de la empresa, sino también de otros factores como la gravedad del daño o el contexto operacional en el que se desarrolla la actividad [60]. También las OCDE plantea procesos de cumplimiento normativo en derechos humanos proporcionales a la probabilidad de

[60] Principio Fundacional núm. 14 de los PRNU.

que los riesgos se materialicen y gravedad del daño que se pueda causar [61]. En cuanto a la probabilidad de que el riesgo se materialice, retomando el ejemplo del caso de *Nevsun*, si la corporación multinacional canadiense pretende desarrollar su actividad minera en un país con una protección laxa de los derechos humanos, como es Eritrea, deberá adoptar un mayor número de medidas para prevenir el trabajo forzoso que si desarrolla su actividad en Canadá, donde existen fuertes niveles de inspección laboral. Respecto a la entidad del daño, retomando el caso de *Vedanta*, si la multinacional británica desea abastecerse en una mina de cobre ubicada en Zambia, deberá adoptar un mayor número de medidas para prevenir los daños medioambientales severos que si desarrolla su actividad en el Reino Unido, donde existe una normativa de protección medioambiental más protectora. La proporcionalidad de las medidas debe tener en cuenta, entre otros elementos, el sector de actividad y tamaño de la empresa, la gravedad y probabilidad de los riesgos, la gobernanza y el medioambiente inherente a sus actividades y su contexto, la zona geográfica en la que se realiza la actividad, el modelo de negocio, la posición en la cadena de valor y la naturaleza de los productos o servicios [62].

En el caso de que no se puedan abordar todos los impactos detectados, las empresas deben priorizar el orden en que se adoptan las medidas en función de la gravedad y probabilidad del daño. En primer lugar, se debe dar prioridad a dar respuesta a los impactos más significativos y, a continuación, los impactos menos significativos. Dado que los procesos de cumplimiento normativo son dinámicos y continuos, pues en cualquier momento puede parecer un nuevo riesgo, la priorización debe atender a estos nuevos supuestos para dar solución al caso en el que aparezca un nuevo impacto relevante antes de continuar con la resolución de los menos relevantes. A la hora de realizar la priorización de las respuestas debe tenerse muy en cuenta la probabilidad de reparar el daño para evitar aportar respuestas tardías cuando los daños ya sean irreparables. [63]

En la misma línea, las normativas europeas de *hard law* no pretenden que todas las empresas desarrollen programas de cumplimiento «mastodónticos», sino que las medidas aplicadas deben ser las razonablemente necesarias para dar respuesta a los riesgos detectados. Como ejemplo, la Ley alemana de 2021 de diligencia debida en las cadenas de suministros no pretende que las empre-

---

[61] OECD (2021), *Guía de la OCDE de debida diligencia para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado*, p. 25.

[62] PE, *Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa*. [2020/2129(INL)], 11.01.2021, p. 13.

[63] OCDE (2018), *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*, p. 20.

sas adopten todas las medidas inimaginables para proteger los derechos humanos y dar respuesta a las preocupaciones ambientales, sino que aplicando el principio de idoneidad obliga a adoptar medidas que no supongan un esfuerzo inasumible y cuyo cumplimiento sea posible (§ 3)[64]. En esta misma línea, la Directiva (UE) 2024/1760 de 13 de junio de 2024 también incorpora el principio de proporcionalidad, exigiendo que las empresas adopten medidas adecuadas en función de la gravedad y probabilidad del efecto adverso, y que estén razonablemente a su alcance, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, en particular la naturaleza y el alcance del efecto adverso, así como los factores de riesgo pertinentes.

Dada la complejidad que presentan las cadenas de suministro globales, compuestas por múltiples eslabones integrados por una amplia variedad de proveedores directos e indirectos y subcontratistas, una forma de mejorar el control es estabilizar las relaciones comerciales para hacerlas duraderas y garantizar el cumplimiento. En caso de que la empresa determine que el incumplimiento de una obligación en su propia área de negocio o por parte de un proveedor directo puede causar un impacto sobre los derechos humanos, se deben adoptar medidas correctivas con el fin de poner fin a la infracción.

La Directiva (UE) 2024/1760 de 13 de junio de 2024 establece que, cuando las medidas adecuadas adoptadas no logren eliminar o minimizar suficientemente los efectos adversos reales, las empresas podrán adoptar planes conjuntos con sus socios comerciales para abordar el impacto negativo y garantizar el cumplimiento. En este contexto, se establece que las empresas pueden colaborar con sus socios comerciales mediante el desarrollo de capacidades, la orientación o el apoyo financiero y administrativo, teniendo en cuenta los recursos y limitaciones de dichos socios comerciales (art. 11.3). Además, en caso de que estas medidas no sean efectivas, la Directiva contempla la posibilidad de suspender temporalmente la relación comercial con el proveedor mientras se implementan las medidas correctivas necesarias. Si no existen expectativas razonables de que estas acciones vayan a tener éxito, o si la ejecución del plan correctivo mejorado no logra eliminar o minimizar el efecto adverso, la empresa estará obligada a poner fin a la relación comercial si los efectos adversos reales son graves (art. 11.7).

Esta disposición, en sintonía con la Ley alemana de 2021 de diligencia debida en las cadenas de suministro, refleja el principio de aplicar medidas escalonadas que permitan resolver las irregularidades antes de recurrir a la finalización de las relaciones comerciales como último recurso.

---

[64] Gheling, C./Ott, N., *LkSG Kommentar, Ottoscmidt*, 2022, p. 10.

11.3.7 **Cumplimiento orientado a la reparación**

La última característica común de los programas de cumplimiento normativo en derechos humanos la encontramos en su objeto, ya que plantean procedimientos que no solo se dirigen a la prevención de riesgos –elementos preventivos–, sino también a la reparación de los daños ocasionados –elementos reparadores–. Así, no solo exige que la empresa adopte medidas una vez que se ha producido el daño para evitar que vuelva a producirse, sino que también requiere la reparación de los daños causados a las personas afectadas [65].

Respecto a los elementos reparadores, en el Principio número 22 de los PRNU se establece la necesidad de que las empresas reparen o contribuyan en la reparación de los daños que se hayan causado o en los que se haya contribuido. El establecimiento de mecanismos de reclamación para los posibles afectados por los impactos negativos puede ser un medio eficaz de reparación siempre que sean legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes, compatibles con los derechos, constituyan una fuente de aprendizaje continuo y se basen en la participación y en el diálogo (Principio número 31 de los PRNU). Acogiendo dicho Principio, las Directrices de la OCDE también plantearon desde su inicio la necesidad de establecer mecanismos de reparación para que las empresas pongan remedio a sus impactos negativos sobre los derechos humanos [66].

La Ley francesa de 2017 sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y las empresas ordenantes establece la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida y la obligación de reparar el perjuicio que se hubiera podido evitar mediante el cumplimiento de estas (art. 2). Por su parte, la Ley alemana de 2021 de diligencia debida en las cadenas de suministros no contempla la responsabilidad civil en caso de incumplimiento. por lo que no plantea una compensación por dichos impactos negativos. Sin embargo, pese a que la norma alemana no establece una obligación de reparación del daño, se toma en consideración el esfuerzo de la persona jurídica para reparar el daño a la hora de calcular la cuantía de las sanciones administrativas [§ 24 (7)].

La Directiva (UE) 2024/1760 de 13 de junio de 2024 también reconoce la importancia de los elementos reparadores en los programas de cumplimiento en derechos humanos, exigiendo que las empresas adopten medidas

---

[65] Muñoz de Morales, M.: «Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos», *Polít. Crim*., vol. 15, núm. 30 (diciembre 2020), Artículo 14, p. 971.

[66] OCDE (2013) *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, apartado IV, p. 35: «*Establecer mecanismos legítimos o cooperar mediante estos mecanismos para poner remedio a los impactos negativos sobre los derechos humanos cuando se descubra que han causado dichos impactos o que han contribuido a generarlos*».

para reparar los daños cuando hayan causado o contribuido a causar un efecto adverso real (art. 12). En estos casos, la reparación puede adoptar diversas formas, como la restitución, la compensación financiera o no financiera, la rehabilitación, la satisfacción (incluida una disculpa pública) o garantías de no repetición.

Además, la Directiva establece que, en caso de que el daño haya sido causado únicamente por un socio comercial, la empresa podrá repararlo voluntariamente o ejercer su influencia sobre dicho socio comercial para que adopte las medidas necesarias para garantizar la reparación (art. 12.2).

En cuanto a los mecanismos de reclamación, el artículo 14 de la Directiva exige que las empresas establezcan un procedimiento justo, accesible, previsible y transparente para tramitar las reclamaciones relacionadas con los efectos adversos reales o potenciales en los derechos humanos y el medio ambiente. Dichos mecanismos deben facilitar la participación activa de las personas afectadas y sus representantes, y garantizar que se adopten medidas adecuadas en caso de que una reclamación resulte fundada (art. 14).

También relacionado con la reparación del daño, desde hace un tiempo se ha avivado el debate sobre la posibilidad de utilizar procedimientos de justicia restaurativa para dar reparación a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos producidos por la actividad corporativa [67]. Estos procesos restaurativos podrían ayudar a mejorar los instrumentos actualmente disponibles para las víctimas y proponer nuevas vías que incorporen una finalidad reparadora sin renunciar a la función reguladora reservada al Derecho penal, estableciendo unos límites al proceso [68].

Un ejemplo que podría aproximarse a una propuesta de justicia restaurativa empresarial –no exenta de polémica en cuanto a su despliegue y resultados– lo encontramos en la reparación de los daños ocasionados en el desastre de la presa de Samarco en Mariana. Brasil es uno de los mayores productores y exportadores de minerales del mundo, siendo los estados de Minas Gerais y Pará donde se concentra la actividad minera. La principal empresa minera estatal es Vale, S. A., que actualmente ocupa la primera posición mundial de producción de hierro, pellets y níquel. En 1977, Vale, S. A. junto con la multi-

[67] Entre otros autores, Nieto Martín, A., «Justicia empresarial restaurativa y víctimas corporativas», *La Legislazione penale*, 13.3.2021, pp. 1-32. disponible en http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2021/03/Nieto-Martin-forum-ecocidio-1.pdf; Guardiola Lago, MJ., «¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?», *Estudios Penales y Criminológicos,* vol. XL (2020), pp. 529-591.

[68] García Arán, M., «Instrumentos para la justicia restaurativa y su aplicación a la delincuencia socioeconómica», en García Arán, M. (dir.) *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 140.

nacional anglo-australiana BHP Hilton crearon Samarco Mineraçao S. A. [69] El desastre sucedido el 5 de noviembre de 2015 en el estado de Minas Gerais con la ruptura del dique de desechos minerales de Samarco, que ha sido considerada la mayor tragedia ambiental de Brasil, causó 19 muertes, más de 250 heridos, y generó una ola tóxica que afectó a siete poblados de la región de Minas Gerais, contaminando un tramo de 700 kilómetros del rio Doce que tuvo impacto en el litoral atlántico brasileño [70].

Para reparar los daños socioambientales y socioeconómicos derivados de la tragedia se constituyó la Fundación Renova, sujeta a derecho privado, encargada de ejecutar los procesos restaurativos planteados que debía ser mantenida y financiada por las empresas mineras responsables de la presa. [71] Pese a que se pretendía integrar a todos los grupos afectados en el *Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta*, finalmente en el sistema de gobernanza de la Fundación Renova no se contó con una representación directa de las víctimas. Esta falta de representación de las víctimas ha sido criticada por algunos sectores, llegando a calificarse a la Fundación Renova como una representante de los intereses de los actores gubernamentales y corporativos que participaron en el pacto. En la práctica, podría decirse que la práctica no ha resuelto el conflicto social, pues las relaciones sociales no se han mejorado y los procesos judiciales no se han cerrado [72].

En el caso de Samarco se cometieron algunos errores que podrían solucionarse aplicando una adecuada metodología restaurativa. En primer lugar, tras ocurrir la tragedia de Minas Gerais las empresas responsables –Vale, S. A y BHP Hilton– desaparecieron de en la participación para llegar a una solución del conflicto, delegando toda la responsabilidad en la Fundación Renova. En un proceso de justicia restaurativa, las corporaciones responsables de la actividad que da lugar a los daños deberían hacer pública su asunción de responsabilidades, dialogando con las víctimas, ofreciéndoles una explicación y disculpa.

---

[69] Demetrio, A., «Las represas de minería y los derechos socioambientales: ¿Cuánto vale los derechos en conflicto con la minería en Brasil?», en Ovejero Puente, A. M. (coord.), *Derechos humanos y empresas. Balance y situación actual sobre el cumplimiento de los tres pilares*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 335-337.

[70] Garcés Cartes, E., «El Caso Samarco y principios rectores sobre empresas y derechos humanos», en *Revista Tribuna Internacional*, volumen 9, núm. 17, 2020, pp. 2-4.

[71] Sobre el caso Samarco y la Fundación Renova, véase la entrevista a Roberta Guasti (Samarco) y Leonardo Gandara (Fundación Renova), realizada en el ámbito del proyecto «Responsabilidad penal de empresas multinacionales por violaciones de derechos humanos y al medio ambiente», REPMULT, disponible en su página web: https://blog.uclm.es/repmult/2020/02/17/multyddhh/.

[72] Renoldi Vieira, D./Zorzal e Silva, M., «Discursos y asimetrías en la reparación de daños derivados del desastre de la presa de Samarco», en *Revista Psicología Política*, vol. 19, núm. Extra-1, 2019, pp. 62-83.

En segundo lugar, el caso Samarco tampoco se identificó con precisión a las víctimas ni su daño concreto, por los que las medidas de reparación se dirigieron a un colectivo excesivamente amplio que dificultó la gestión convirtiéndose la Fundación Renova, en la práctica, en un sistema de ayudas. En contra de esto, los procesos restaurativos deben realizar una adecuada identificación tanto de las víctimas como de sus daños, incorporando en el sistema de gobernanza corporativa a representantes de las víctimas para la toma de decisiones.

En tercer lugar, la dirección de la Fundación Renova correspondía a un órgano nombrado por el acuerdo entre las empresas responsables y la Administración, pero debería haber estado integrada y dirigida por expertos que acercasen su figura a la de un facilitador para la resolución del conflicto. Por último, cuatro años tras el desastre de Mariana, en 2019, volvió a replicarse en un accidente de similares características con la ruptura de la presa de Brumadinho, que también era propiedad de la empresa minera Vale, S. A., causando un «tsunami» de residuos que cubrió miles de hectáreas y dejó 259 muertos y 11 desaparecidos [73].

En contra de estos hechos, los proceso de justicia restaurativa deben en primer lugar garantizar que los daños no se vuelvan a producir, adoptándose medidas urgentes en el programa de cumplimiento normativo en derechos humanos.

11.4 CONCLUSIONES

1) Pese a que los PRNU fueron criticados por no crear obligaciones en las empresas en relación con los derechos humanos, lo cierto es que evitaron un choque de trenes entre los intereses de empresas, Estados y sociedad civil y han sido acogido de forma positiva por todas las partes interesadas, estableciendo que el modo en que las empresas deben respetar los derechos humanos es ejerciendo la diligencia debida. En la actualidad, los PRNU se han convertido en una norma de conducta esperada, que ha propiciado que en algunos casos se amplíe la extraterritorialidad de la jurisdicción de los países en los que se encuentra la empresa matriz para enjuiciar conductas contrarias a los derechos humanos cometidas por filiales ubicadas en terceros países.

[73] Noticias EFE, «Desastre minero en Brasil fue provocado por acción de Vale, afirma la Policía», publicada el 26 de febrero de 2021. Disponible en https://efs.efeservicios.com/en/texto/desastre-minero-brasil-provocado-accion-vale-policia/18010350102.

Normas de *soft law* como los PRNU y las Directrices de la OCDE aportaron una herramienta metodológica para que las empresas desarrollen la diligencia debida, lo que se traduce en adoptar procesos para evaluar los impactos reales y potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente, medidas para controlar y responder a los riesgos detectados, realizar un seguimiento de las medidas adoptadas, comunicar a la sociedad el modo en que se abordan los impactos y reparar aquellos casos en los que se haya producido efectos adversos. Esta estructura de diligencia debida ha sido acogida por las normas de *hard law* aprobadas en el ámbito europeo, que han introducido obligaciones de cumplimiento en las grandes empresas multinacionales. Dado que estas nuevas normas de diligencia debida obligan a las empresas a gestionar de una forma adecuada los riesgos, los programas de cumplimiento normativo podrían resultar una buena herramienta para conseguir dicho propósito. Desde la óptica del cumplimiento normativo, las obligaciones de diligencia debida se traducen en el cumplimiento de la legalidad, por lo que los procesos de diligencia debida podrían integrarse dentro de la estructura de los programas de cumplimiento normativo desplegados en la empresa, atendiendo a las especificidades propias de las cuestiones relacionadas con la sostenibilidad.

2) En cuanto a la estructura de los programas de cumplimiento normativo en derechos humanos, todas las normas aprobadas desde la adopción de los PRNU tienen en cuenta sus postulados, por lo que podemos identificar un esquema dividido en seis fases: (1) establecer sistemas de gestión empresarial que cuenten con políticas que fijen los estándares de diligencia debida y que se deben aplicar en las cadenas de suministro; (2) establecer procedimientos para identificar y evaluar los riesgos de dañar los derechos humanos y el medio ambiente en sus propias operaciones o en las cadenas de suministros; 3) diseñar e implementar estrategias para responder a los riesgos detectados; (4) realizar un seguimiento de la implementación de las medidas adoptadas y de los resultados obtenidos; (5) informar de las medidas adoptadas y de su impacto sobre los riesgos; (6) reparar los daños en aquellos casos en los que hayan llegado a producirse.

3) Los programas de cumplimiento normativo en derechos humanos son parte de una estrategia de corregulación público-privada, que podríamos denominar como «autorregulación regulada», en la que se produce una delegación de poderes del Estado hacia las grandes empresas para que se autorregulen con el fin de que se respeten los derechos humanos y el medio ambiente en sus cadenas de suministros. Este modelo de cumplimiento debe ser cooperativo entre el estado, la sociedad y las empresas, con el fin de que se instaure un

clima de confianza, transparencia y la comunicación. Dada la complejidad de las cadenas de suministros globales y las múltiples formas en que se pueden ver afectados los derechos humanos, adquieren especial relevancia las acciones colectivas desarrolladas entre las empresas y las distintas partes interesadas, con la colaboración de expertos o asociaciones no gubernamentales para asegurar la eficacia de las medidas. Para establecer unos estándares mínimos por parte de las empresas, resultan especialmente interesantes los AMG. Mediante estos acuerdos entre empresas y organizaciones sindicales internacionales, las empresas pueden fijar unos derechos laborales o ambientales mínimos, que se apliquen a todos los operadores de primera y segunda línea de su cadena de suministros. Mediante el desarrollo de AMG, las grandes empresas multinacionales tienen la posibilidad de establecer estándares de protección más altos que los existentes en los Estados de acogida, por lo que podría resultar una herramienta adecuada para aumentar los estándares de protección de los derechos humanos a nivel mundial.

4) Como hemos visto, los principales destinatarios de las normas europeas que establecen obligaciones de diligencia debida son las grandes empresas con un componente multinacional. Las particularidades que presentan estos grandes grupos corporativos multinacionales, que en muchas ocasiones trabajan con filiales y proveedores ubicados en países que no pueden garantizar una adecuada protección de los derechos humanos, y el gran poder que han adquirido en el nuevo «comercio global», justifica que sea sobre ellos donde recaiga el peso de velar por las condiciones presentes en las cadenas de valor mundiales. Las normas de diligencia debida obligan a la cabecera del grupo corporativo a que adopte medidas aplicables tanto en la matriz como las filiales. Con ello, se imponen obligaciones de grupo, abriéndose una nueva vía para reclamar la responsabilidad de la matriz por los actos de las filiales.

5) Dada la influencia mundial del mercado interior europeo, la adopción de la Directiva (UE) 2024/1760 de 13 de junio de 2024 supone un gran avance para conseguir el propósito de mejorar el respeto a los derechos humanos en las cadenas productivas globales. Esta nueva normativa no solo impone obligaciones de diligencia debida a las empresas europeas, sino que también extiende su alcance a determinadas empresas de terceros países que operan en el mercado europeo. Con ello, se establece un marco que favorece la equidad competitiva, evitando que las empresas extranjeras obtengan ventajas desproporcionadas al quedar al margen de los estándares europeos en materia de sostenibilidad. Esta medida, además de reforzar la protección de los derechos fundamentales en las cadenas de suministro internacionales, contribuye a que

el mercado interior europeo se convierta en un referente global de prácticas empresariales responsables, incentivando así la adopción de estándares más rigurosos en otros mercados.

6) Una de las principales diferencias entre los programas de cumplimiento normativo «tradicionales» y el cumplimiento normativo en derechos humanos la encontramos en los enfoques de los procesos. Mientras que los programas de cumplimiento normativo tienen por objeto prevenir riesgos para la empresa, los programas de cumplimiento en derechos humanos tienen como objetivo la prevención de causar impactos negativos en los derechos humanos de personas y el medio ambiente de las comunidades afectadas por la actividad empresarial. Pese a que el enfoque del cumplimiento en derechos humanos sea el de no afectar a daños de terceros, lo cierto es que las normas de diligencia debida traducen la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos y el medio ambiente en una adecuada gestión de los riesgos, por lo que este respeto se convierte en la adecuada gestión de prevenir riesgos para la empresa. En efecto, el cumplimiento en derechos humanos tiene como fin que las empresas no dañen derechos de terceros, pero dado que las empresas deben cumplir con las estipulaciones legales impuestas por las normativas de diligencia debida, esto se convierte en la prevención de riesgos propios para la empresa, al igual que sucede en otros ámbitos como la prevención de la corrupción.

7) La transparencia asociada a este nuevo modelo de «cumplimiento normativo 2.0» tiene por objeto que la información de las empresas en materia de sostenibilidad llegue a todos los interesados como forma de control de la actividad empresarial. Esta transparencia abarca ámbitos de información no financiera para supervisar y gestionar el impacto económico, social y ambiental de las actividades de la empresa. Las normas sobre diligencia debida establecen pautas para la presentación de este tipo de información, por lo que tendrán repercusión en el modo en que las empresas elaboran sus memorias de sostenibilidad. Dado que los informes de sostenibilidad pueden dibujar una imagen de empresa responsable con los derechos humanos que no se corresponda con la realidad, es necesario asegurar la veracidad de la información no financiera para que no se convierta en mera publicidad y convertir unas supuestas buenas prácticas en una ventaja competitiva ante los consumidores.

8) En el cumplimiento en derechos humanos adquieren importancia las empresas líderes de los diferentes sectores, pues son ellas la que tienen la capacidad de influir en el resto de los operadores de las cadenas de valor. Al establecerse obligaciones de vigilancia en la compañía líder, la más fuerte en la

relación comercial, sobre sus filiales y socios comerciales, se infiere la situación de dependencia económica de una respecto a la otra, por lo que es la empresa en situación de superioridad la que tiene el deber de controlar que su socio comercial se comporta de una forma responsable con los derechos humanos. De esta forma, se abre una nueva vía para exigir la responsabilidad de las empresas multinacionales por inacción en los casos de violaciones de derechos humanos o graves daños medioambientales cometidas por socios comerciales sobre los que tenía capacidad de influencia para modificar sus práctica.

9) Los medios con los que debe contar un programa de cumplimiento en derechos humanos no solo dependen del tamaño de la empresa, sino también de otros factores como la gravedad de los daños que puedan causarse o del contexto operacional en el que la empresa desarrolla su actividad. La proporcionalidad de las medidas debe tener en cuenta, entre otros elementos, el sector de actividad y tamaño de la empresa, la gravedad y probabilidad de los riesgos, la gobernanza y el medioambiente inherente a sus actividades y su contexto, la zona geográfica en la que se realiza la actividad, el modelo de negocio, la posición en la cadena de valor y la naturaleza de los productos o servicios. Por ello, no se pretende que todas las empresas desplieguen el máximo de recursos disponibles a construir programas de cumplimiento elefantiásicos, sino que el alcance de las medidas debe ser proporcional a los resultados del análisis de riesgos.

10) Los programas de cumplimiento en derechos humanos plantean procedimientos orientados a la reparación de los daños. No solo se pide a las empresas que adopten medidas una vez que se ha producido un daño para evitar que vuelva a producirse, sino que también se tiene en cuenta la reparación los daños ocasionados. Dado que es habitual que los impactos negativos sobre los derechos humanos o el medio ambiente afecten a toda una comunidad o un grupo de personas, el desarrollo de mecanismos de justicia restaurativa puede ser un medio eficaz de reparación siempre que sean legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes y se basen en el diálogo con las partes afectadas.

12. LA ACCIÓN COLECTIVA: UNA HERRAMIENTA EFICAZ EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Scarlet Wannenwetsch [*] y Óscar Solorzano [**]
Basel Institute on Governance

12.1 INTRODUCCIÓN

El preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) [1] señala que la corrupción es una cuestión compleja cuyos efectos económicos afectan el crecimiento y la gobernabilidad de los Estados. Como ilustran la práctica judicial internacional y la doctrina especializada, la corrupción, tanto privada como pública, despliega efectos negativos en varios campos de la realidad social, económica y política de un Estado y afecta bienes jurídicos protegidos internacionalmente [2]. La corrupción es además un problema resiliente que aparentemente disminuye solo para resurgir [3], explotando las oportunidades que le ofrece los déficits en la gobernanza y la escasa cultura de ética corporativa.

Los mercados internacionales continúan representando un alto riesgo de corrupción para las empresas multinacionales. En los últimos años, la industria

---

[*] Collective Action Specialist, International Centre for Collective Action, Basel Institute on Governance.

[**] Head of Latin America y Asset Recovery Specialist, International Centre for Asset Recovery, Basel Institute on Governance.

[1] Cf. https://www.unodc.org/ropan/es/AntiCorruptionARAC/united-nations-convention-against-corruption.html.

[2] Burneo Labrin, J. «Corrupción y Derecho Internacional de los derechos humanos». *Derecho PUCP,* núm. 63, 2009, p. 343.

[3] De acuerdo con Transparencia Internacional, el índice de corrupción en el mundo se encuentra estancado, es decir, a pesar de las múltiples iniciativas privadas o judicializaciones de casos de corrupción, el problema no pierde su latencia. Véase, https://www.transparency.org/es/publications/corruption-perceptions-index-2021.

ha desarrollado diferentes metodologías de trabajo que han tenido un éxito relativo en el ámbito de la contratación pública y enfocan la cuestión de la corrupción desde la perspectiva del sector privado. Este breve artículo expone el contexto que ha llevado a la industria a generar iniciativas preventivas de la corrupción, describe sus principales características y sostiene que su utilización podría servir para cumplir con otros objetivos corporativos de sostenibilidad, incluyendo la protección de los derechos humanos.

12.1.1 **Empresas y corrupción**

Con la entrada en vigor de la Convención contra el soborno en las transacciones comerciales internacionales (Convención OCDE)[4], se dieron pasos significativos para lograr un enfoque más cohesivo de la legislación anticorrupción, definiendo el papel del gobierno y los instrumentos legales para abordar los problemas identificados. La agenda incluyó la participación del sector privado y financiero con la finalidad de aumentar la rendición de cuentas a nivel nacional e internacional, e iniciar una armonización de la lucha contra la corrupción.

Como demostró el escándalo de corrupción corporativa «Lava Jato», que sacudió la vida política y empresarial de varios países de América Latina, las estructuras corruptas traspasan las fronteras, socavan los sistemas administrativos y judiciales, creando redes corruptas que desestabilizan los mercados financieros en los que operan. Los efectos de los escándalos de corrupción suelen ser devastadores para las empresas en más un sentido. Recientes acuerdos internacionales en casos de corrupción internacional corporativa nos recuerdan que a pesar de proliferación de normas anticorrupción cada vez más estrictas y la normalización de la gestión del cumplimiento, la corrupción sigue siendo un riesgo importante para las empresas, especialmente cuando se opera en entornos y mercados difíciles. La inestabilidad política crónica de la región de América Latina y la sucesión de escándalos de corrupción implicando multinacionales y funcionarios de alto rango le dan a la cuestión de la lucha global contra la corrupción una dimensión particular, que obliga a las empresas a hacer sus mejores esfuerzos para encontrar soluciones colectivas.

La multinacional Glencore, por ejemplo, acordó pagar más de USD 1,000.00 millones para resolver siete cargos de soborno relacionados con sus operaciones petroleras en África en 2022. Asimismo, en el 2019, la empresa Gunvor S. A. fue

[4] Documento disponible en: https://www.gob.mx/sfp/documentos/convencion-para-combatir-el-cohecho-ocde-.

declarada culpable de sobornar a funcionarios extranjeros en un proceso por corrupción en el sistema judicial suizo. En un acuerdo extra judicial se le impuso una multa de 4 millones de francos suizos y el pago de 90 millones de francos suizos correspondientes al producto con el que se habría beneficiado la empresa gracias a la comisión de los delitos de corrupción. En ambos casos, las empresas estaban sujetas a las normas anticorrupción suizas e internacionales (OCDE)[5].

Estos casos de corrupción a gran escala demuestran que, a pesar de las elevadas multas y los riesgos para la reputación, las multinacionales siguen teniendo dificultades para abordar eficazmente sus riesgos de corrupción. El panorama empresarial ha cambiado drásticamente en las últimas cuatro décadas, con cadenas de suministro cada vez más complejas y globales que prometen una producción de bienes y una prestación de servicios cada vez más eficientes y baratas. Pero aprovechar los mercados laborales mundiales y los centros de producción más baratos también ha llevado a replantearse el papel de las empresas en la sociedad en general. Esto ha hecho que el concepto de «responsabilidad social corporativa» de las empresas se haya generalizado. Lo que en un principio formaba parte de las estrategias internas de responsabilidad social corporativa de las empresas y de los informes sobre ESG (por sus siglas en ingles, *Environmental, social, and corporate governance)* se está legislando cada vez más a nivel nacional e internacional. La tendencia actual se orienta hacia la clarificación y codificación de las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos.

12.1.2 **Empresas y derechos humanos**

La cuestión de los derechos humanos y la actividad empresarial es controvertida y compleja. Lo que no está en discusión, sin embargo, es el efecto negativo que la corrupción provoca en el ejercicio individual de los derechos fundamentales. Desde un punto de vista pragmático, visto su rol criminológico en el problema, las obligaciones de una empresa deben ir más allá de su deber fiduciario para con los accionistas, y extenderse a un grupo más amplio de partes interesadas. El comportamiento de las empresas es fundamental para afirmar los valores democráticos y el estado de derecho, e influir positivamente en el respeto y garantía de los derechos humanos[6].

---

[5] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). *Recommendation on Public Integrity*, 2017. Disponible en: https://www.oecd.org/gov/ethics/recommendation-public-integrity/. Fecha de consulta: 09.01.2023.

[6] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos,* 2019, p. 39.

El respeto a las garantías fundamentales es actualmente un elemento central de la sostenibilidad de la actividad empresarial y se ha convertido en un tema de gobernanza convencional. Al respecto, la OCDE sostiene que las empresas deben intervenir positivamente, sobre todo teniendo en cuenta las ventajas comerciales que su actividad comercial les genera [7]. En la práctica, sin embargo, si bien las empresas pueden estar en mejores condiciones que el Estado para regular sus actividades, esto no significa necesariamente que estén más dispuestas a hacerlo de manera efectiva, por ejemplo, porque consideran que las regulaciones estatales a las que deben someterse son injustas.

El debate en torno a la responsabilidad de las empresas respecto a la vigencia de los derechos humanos es de gran actualidad y se encuentra en franca evolución. Hoy en día se debe partir de la vigencia horizontal, universal y vinculante de los derechos humanos; es decir, que su exigibilidad existe frente al Estado, pero además frente a terceros [8].

Pero, ¿qué significa esto para las empresas en la práctica y en su actividad diaria? Los organismos reguladores internacionales y los organismos normativos internacionales ofrecen cada vez más orientaciones a las empresas sobre cómo pueden cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos:

— Los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos [9] y su Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos.

— La guía de Business at OECD (BIAC) y la Organización Internacional de Empleadores (OIE): «Conectando las agendas anticorrupción y de derechos humanos: Una guía para empresas y organizaciones de empleadores».

— Las Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales contienen una obligación de las empresas de respetar los derechos humanos que pueden verse afectados por sus actividades [10].

— La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado que, la actuación de las empresas debe tomar en cuenta la dignidad humana como eje central del sistema de protección de los derechos humanos, buscando «el resultado que mejor proteja al ser humano y menos limite la realización de sus derechos fundamentales» [11].

---

[7] OCDE. *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales,* 2013, p. 26.

[8] Landa Arroyo, C. *Los derechos fundamentales.* Lima (Pontificia Universidad Católica del Perú), 2017, p. 19.

[9] Documento disponible en: https://www.ohchr.org/es/publications/reference-publications/guiding-principles-business-and-human-rights-implementing. Fecha de consulta: 09.01.2023.

[10] Documento disponible en: https://observatoriorsc.org/lineas-directrices-de-la-ocde-para-empresas-multinacionales/. Fecha de consulta: 09.01.2023.

[11] CIDH, 2019, p. 33.

En la actualidad, Suiza y varios países de la Unión Europea consideran la introducción de nuevas normas sobre diligencia debida en materia de derechos humanos [12]. Francia implementó una ley sobre el deber corporativo de vigilancia en 2017 [13] y los Países Bajos tienen una nueva ley de diligencia debida sobre el trabajo infantil [14]. Este panorama cambiante está poniendo el foco en el cumplimiento de los derechos humanos y haciendo que las empresas se replanteen sus funciones de cumplimiento y sostenibilidad. Los organismos reguladores también han empezado a exigir a las empresas que divulguen indicadores no financieros y sean más transparentes sobre sus operaciones comerciales y cadenas de suministro. Y esto es así porque las estrategias que pretenden asegurar la vigencia de los derechos fundamentales atacando prácticas corruptas en el ejercicio de la actividad empresarial, no pueden depender únicamente de mecanismos tradicionales de control estatal. Se requiere una sólida cultura corporativa centrada en la integridad, con el objetivo final de fomentar lo que la OCDE denomina «conducta empresarial responsable». Es decir, una correcta estrategia de prevención debería convocar la participación de los actores clave (*stakeholders*) del sector privado de manera concertada.

En resumen, el cambiante panorama normativo y el cada vez más complejo rompecabezas de normas constituyen un reto y un incentivo para las empresas busquen paralelismos y sinergias entre las funciones de cumplimiento y sostenibilidad.

12.1.3 **Alineando las agendas anticorrupción y de protección de los derechos humanos**

Las estrategias de Acción Colectiva se inscriben en el ámbito de las medidas preventivas e incluyen la necesidad de modificar el comportamiento humano, no solo a nivel individual sino corporativo. En este nivel, los enfoques sobre de derechos humanos y de lucha contra la corrupción en la actividad empresarial se manejan a través de compartimentos estancos (funciones de cumplimiento normativo y de sostenibilidad o responsabilidad social corpora-

[12] Información disponible en: Human Rights Due Diligence Legislation - Options for the EU (europa.eu). Fecha de consulta: 11.01.2023.

[13] Información disponible en: LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1) - Légifrance (legifrance.gouv.fr). Fecha de consulta: 11.01.2023.

[14] Información disponible en: Staatsblad 2019, 401 | Overheid.nl > Officiële bekendmakingen (officielebekendmakingen.nl). Fecha de consulta: 11.01.2023.

tiva). Una estrategia orientada en la eficiencia debería dar el paso a un enfoque colaborativo y coordinado de estas funciones [15].

En la práctica, se observan varios solapamientos e incluso duplicaciones. Por ejemplo, en los procesos de diligencia debida, durante la evaluación de riesgos, el establecimiento de mecanismos de reclamación, entre otros. Los procesos de diligencia debida llevan mucho tiempo, sobre todo porque la mayoría de las empresas interactúan con numerosos terceros. Considerar la diligencia debida desde el punto de vista de la corrupción y los derechos humanos requiere un enfoque lógico y coordinado. En cuanto a la evaluación de riesgos, las funciones de auditoría y cumplimiento de una empresa implican tener los conocimientos y competencias pertinentes y, por tanto, pueden apoyar al equipo que se ocupa de las cuestiones de derechos humanos. Los mecanismos internos de reclamación y las líneas directas de denuncia de irregularidades son más eficaces cuando los indicadores de resultados abarcan conductas indebidas relacionadas tanto con la corrupción como con la afectación de los derechos humanos.

Por lo dicho, las sinergias entre los derechos humanos y el cumplimiento de la normativa anticorrupción pueden explorarse a través de la participación de una empresa en iniciativas de cooperación entre múltiples partes interesadas y de Acción Colectiva. La Acción Colectiva ofrece un marco para que las empresas desarrollen las mejores prácticas específicas del sector a través de intercambios constructivos con empresas similares. Los enfoques colaborativos de las agendas conjuntas de derechos humanos y lucha contra la corrupción deberían conducir a la definición de reglas y prácticas armonizadas dentro de estas agendas duales en determinados sectores industriales.

12.2 CONCEPTO DE ACCIÓN COLECTIVA

El concepto de Acción Colectiva contra la corrupción existe desde mediados de los años noventa, y «nace de la necesidad de las empresas de fomentar entornos empresariales más éticos, transparentes y menos corruptos, al mismo tiempo que se mitigan los posibles riesgos empresariales» [16].

Se trata de una acción integrada e implementada colectivamente, de modo que sus herramientas permiten al sector privado colaborar con sus pares, con instituciones del gobierno u organizaciones de la sociedad civil, y otras partes interesadas, para abordar la corrupción sistémica en diferentes sectores, a tra-

[15] United Nations Global Compact. *Manual de estrategias de Acción Colectiva contra la Corrupción*. Pacto Mundial de Naciones Unidas (Nueva York), 2021, p. 9.

[16] United Nations Global Compact, 2021, p. 10.

vés de soluciones y herramientas especialmente diseñadas para abordar problemas específicos.

La definición estándar de Acción Colectiva contra la corrupción fue acuñada por el Banco Mundial en el año 2008, como «[u]n proceso colaborativo y sostenido de cooperación entre las partes interesadas. Aumenta el impacto y la credibilidad de la acción individual, reúne a actores individuales vulnerables en una alianza de organizaciones afines y nivela el terreno de juego entre competidores» [17].

Así, la Acción Colectiva es un término paraguas que incluye una amplia gama de instrumentos y medidas que se desarrollan a través de enfoques multidisciplinarios para abordar la competencia desleal, el soborno y la corrupción o combinaciones de estas cuestiones. El denominador común de estas herramientas es que se desarrollan y aplican mediante actividades de colaboración con el apoyo explícito de las distintas partes interesadas, públicas y privadas. El nivel de compromiso activo de las partes interesadas puede variar según el tipo de iniciativa y el contexto. En todos los casos, sin embargo, el objetivo es trabajar para encontrar soluciones a un problema específico, identificar las mejores prácticas o abordar un conjunto de cuestiones acordadas.

Otras formas que se asemejarían a una Acción Colectiva anticorrupción implican activismo, grupos de presión, auditorías sociales u otros enfoques similares, y son formas válidas de acción, pero no entran en el ámbito de esta definición porque carecen de un acuerdo o compromiso explícito para encontrar soluciones comunes a los problemas identificados.

A pesar de sus ventajas colaborativas y de su oportunidad para aprovechar las ventajas de una cultura empresarial íntegra, su utilización ha sido poco sistemática, esporádica y a menudo opcional para las empresas, pese a las referencias directas e indirectas de diversos instrumentos internacionales y de *soft law*. Incluso, a pesar de la promoción que hacen de estas herramientas las organizaciones que fijan los estándares internacionales como la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la Unión Europea (UE) y el Pacto Mundial de las Naciones Unidas (PMNU).

Ejemplos de herramientas de Acción Colectiva contra la corrupción incluyen:

— Herramientas y mecanismos relacionados con la contratación, como el Pacto de Integridad o el Mecanismo de Denuncias de Alto Nivel (HLRM).

[17] World Bank Institute. *Fighting corruption through collective action. A guide for business*. The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank (Washington), 2008, p. 4.

— Normas específicas del sector, como las de la https://pruebasaluuclm-my.sharepoint.com/personal/adan_nieto_uclm_es/_layouts/15/onedrive.aspx?view=0 Red Marítima Anticorrupción (MACN, industria naviera), la Iniciativa para la Transparencia de las Infraestructuras (CoST, construcción), la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI, recursos naturales), el Foro Internacional sobre Conducta Ética Empresarial para la Industria Aeroespacial y de Defensa (IFBEC, industria aeroespacial y de defensa) y los Principios de Wolfsberg (industria financiera).

— Asociaciones público-privadas para fomentar incentivos legales para la integridad y la ética empresarial en países concretos, como el proyecto On the Level - Hacia la Integridad de la ONUDD en Colombia.

— Certificación de las normas anticorrupción de las empresas desarrolladas a través de enfoques multipartitos, como la iniciativa Clear Wave (Lituania), la Red Ucraniana de Integridad y Cumplimiento (UNIC, Ucrania) y la Coalición Tailandesa de Acción Colectiva contra la Corrupción (Thai CAC).

— Códigos de conducta o ética empresarial que aborden los riesgos de soborno, elaborados en el marco de una iniciativa multilateral.

Por otro lado, existen cuatro principales tipos de Acción Colectiva [18]. En primer lugar, están las Declaraciones Anticorrupción, que representan compromisos empresariales públicos y voluntarios respecto del no involucramiento en actos de corrupción durante un específico proceso de licitación o transacción. Luego están las Iniciativas Basadas en Principios, que también son acuerdos voluntarios, pero de largo plazo, donde las empresas se comprometen a mantener una performance alejada de actos corruptos. En tercer lugar, existen los llamados Pactos de Integridad, que buscan que los postores y las propias autoridades públicas se comporten en los márgenes de la ley durante los procesos de contratación pública, e incluyen mecanismos de supervisión a cargo de la sociedad civil. Finalmente, las Coaliciones Empresariales de Certificación son iniciativas de integridad empresarial sectorial que evalúan condiciones de integridad de las empresas que quieran la membresía.

No obstante, la lista de las herramientas e iniciativas que entran en el ámbito de la Acción Colectiva anticorrupción no es exhaustiva, pues la práctica comparada y en constante evolución puede mostrar más formas de trabajo conjunto anticorrupción. Es más, ninguna Acción Colectiva es idéntica, pues «los pasos para desarrollar, implementar y mantener una Acción Colec-

[18] United Nations Global Compact, 2021, pp. 12-14.

tiva variarán según el tipo, contexto local, número y tipos de grupos de interés y riesgos de corrupción identificados, entre otros factores» [19].

12.2.1 ¿Y la práctica?

Las empresas y asociaciones sectoriales desempeñan un papel vital en la creación de entornos empresariales limpios de corrupción, tanto a través de sus programas internos de cumplimiento como en las acciones concertadas y colectivas que promueven para dar forma a mejores políticas, reglamentos y normas. Además de actuar como catalizadores de la Acción Colectiva, animando a su red y pares a trabajar colectivamente, las empresas también pueden beneficiarse de las ventajas asociadas a este tipo de iniciativas, como la garantía en la igualdad de condiciones entre competidores de un determinado mercado.

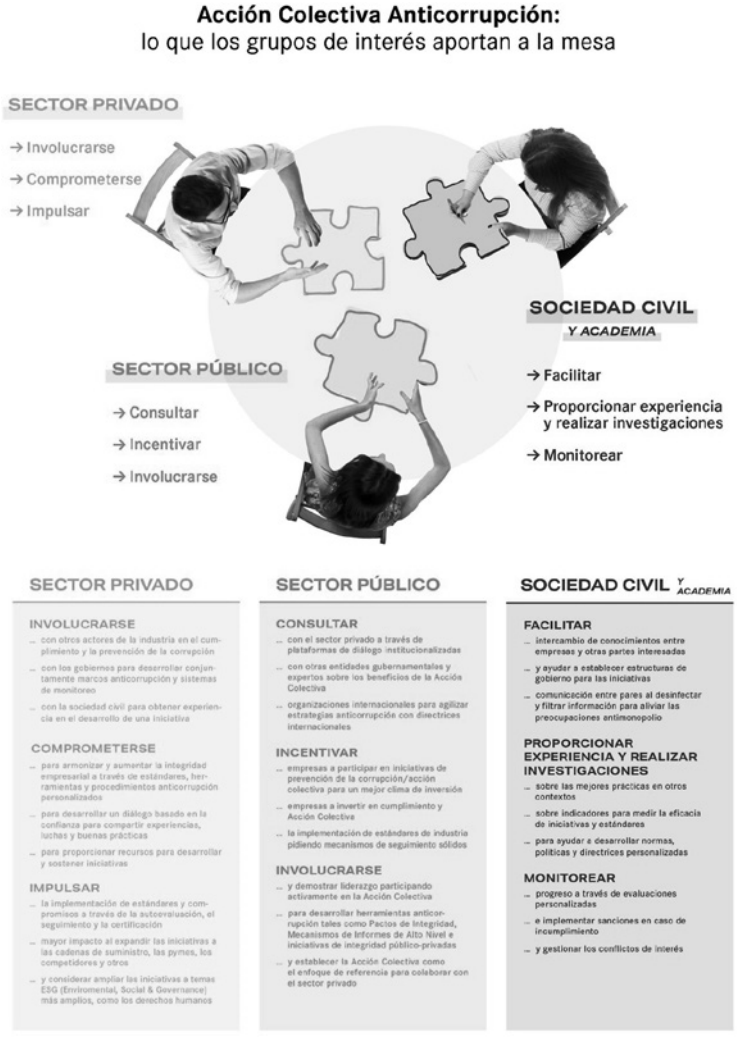
Como regla general, las empresas que se embarcan activamente en Acciones Colectivas con otros agentes del sector, instituciones gobernativas o de la sociedad civil suelen ser empresas con visión de futuro y un claro compromiso con la prevención de la corrupción que llega hasta la dirección y el consejo de administración. Estas empresas entienden que participar activamente en la Acción Colectiva es una forma poderosa de demostrar sus altos valores éticos a clientes, inversores, proveedores y personal, y de contribuir a elevar los niveles de integridad en su sector. Para la mayoría de las empresas, sin embargo, la participación en la Acción Colectiva como parte de los programas de cumplimiento corporativo ha sido un esfuerzo voluntario que aún no se ha traducido en estándares empresariales reconocidos.

La pendiente estandarización de las medidas de Acción Colectiva puede deberse al reto que supone la coordinación entre todas las partes interesadas. Es decir, el aspecto multipartidario de la Acción Colectiva es crucial para todas las fases de su desarrollo, ejecución e impacto o, en pocas palabras, para su éxito general. Sin embargo, la gestión de los diferentes intereses, compromisos y aportaciones de las partes interesadas puede significar un reto para las empresas, por lo que es fundamental, además de cuestiones básicas como recursos suficientes, comprender el contexto de las partes interesadas. Por ejemplo, incorporar al sector público al debate antes de que se haya consolidado una confianza suficiente entre los actores del sector privado y el facilitador, puede ser contraproducente y hacer fracasar una iniciativa. Y en términos generales, no existe un manual infalible para crear una iniciativa de Acción Colectiva,

[19] United Nations Global Compact, 2021, p. 15.

pero es esencial conocer a los grupos de interés pertinentes, independientemente del tipo de iniciativa que se trate de crear, desarrollar o impulsar.

Sobre la base de las iniciativas y enfoques adoptados hasta la fecha, la infografía que figura a continuación ofrece una visión general de las funciones que suelen desempeñar los grupos de interesados pertinentes, con la intención de ayudar a los profesionales de la Acción Colectiva a navegar y comunicar las expectativas, funciones y responsabilidades de manera eficaz desde el principio.



Como puede observarse, el éxito de una Acción Colectiva, aunque nazca de un acuerdo de partes que buscan mejorar sus entornos empresariales [20], tiene a la sociedad civil, a la academia y al sector público como aliados estratégicos en la elaboración, implementación y supervisión de la propia Acción Colectiva. Es decir, la Acción Colectiva anticorrupción se caracteriza por su carácter multipartito, pues no solo participan las partes que intervienen en las redes de corrupción, esto es, el binomio Estado-particular, sino que también terceros interesados cumplen un rol fundamental: la sociedad civil y la academia.

Así, cada uno de los intervinientes aporta un componente para alcanzar el éxito de la Acción Colectiva, y en dicha medida, lo que puede comenzar como una estrategia sectorial de prevención de la corrupción, luego podrá convertirse en un vinculante estándar de participación en el mercado, que suponga ventajas competitivas sobre el resto de empresas que se niegan a embarcarse en la Acción Colectiva. En este planteamiento debe resaltarse que el Estado no se repliega en el contexto de la Acción Colectiva, sino que interviene en la creación y promoción de un marco idóneo para el desarrollo de estas iniciativas. Como puede advertirse en la infografía, a pesar de estar frente a un auténtico mecanismo de autorregulación, ello no significa la renuncia del Estado, sino por el contrario, un cambio de visión hacia acciones de fomento de la iniciativa privada.

Del lado de la sociedad civil y de la academia, en ellos recae la responsabilidad de monitorear y fiscalizar el adecuado funcionamiento del mecanismo, y de contribuir a su mejora a partir del intercambio de experiencias y de información, sirviendo además de nexo entre el sector público y privado.

Sin embargo, y como se apuntaba antes, al número de involucrados en la preparación, implementación y supervisión de una Acción Colectiva también implica importantes desafíos compuestos por varias aristas [21]. En primer lugar, las empresas pueden mostrarse reacias a iniciativas anticorrupción que creen puedan ser percibidas negativamente por sus pares y la sociedad civil. De modo que, estas iniciativas deben seleccionar cuidadosamente sus etiquetas, apuntando a conceptos como integridad o responsabilidad empresarial. En el mismo sentido, las propias Acciones Colectivas deben cuidarse de no infringir las reglas antimonopolio de los mercados donde se instauren. Del lado del sector público, las administraciones públicas cambian de liderazgo con bastante frecuencia, y ello puede incidir negativamente en los avances o en la consolidación de una Acción Colectiva. Y del lado de la sociedad civil, los resultados de la supervisión deben robustecerse con herramientas de sanción eficaces, lo

[20] United Nations Global Compact, 2021, p. 44.
[21] United Nations Global Compact, 2021, p. 47.

mismo que con herramientas fiables de control, como la data otorgada por las propias empresas y por el sector público.

12.3 EL MECANISMO DE DENUNCIA DE ALTO NIVEL: UNA HERRAMIENTA DE ACCIÓN COLECTIVA PARA PREVENIR LA CORRUPCIÓN Y LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

12.3.1 **Antecedentes**

Empresas de todo el mundo se enfrentan a menudo con solicitudes de sobornos, explícitas o implícitas, en el desarrollo de sus actividades comerciales y su interacción con instituciones gobernativas en diferentes contextos políticos y sociales. Los riesgos de corrupción son particularmente altos en los procesos de contratación pública, de obtención de permisos y licencias de negocios o en las auditorías fiscales. Numerosas empresas reportan tratos injustos que crean incertidumbre en el contexto de los negocios y a menudo conllevan a situaciones propicias al pago de sobornos. En escenarios extremos estas situaciones se asemejan a la extorsión.

Esta realidad requiere acciones específicas y rápidas que eviten que las empresas incurran en prácticas desleales, y por consiguiente enfrentes las consecuencias legales por sus infracciones; por ejemplo, las empresas pueden suspender sus actividades comerciales en el país por su falta de transparencia o altos niveles de corrupción. Entonces, se requiere una solución que permita a las empresas hacer denuncias de manera segura a través de un canal especializado para obtener medidas correctivas rápidamente. La implementación de este tipo de mecanismo es críticamente necesario en países con altos déficit de gobernanza y aparatos judiciales sin independencia.

El Mecanismo de Reporte o Denuncia de Alto Nivel (HLRM, por sus siglas en inglés) es una iniciativa privada que busca dar forma a la solicitud hecha por las empresas a los gobiernos del G-20 en el 2012, para que estos establezcan formas adecuadas para que las empresas puedan denunciar las solicitudes de soborno por parte de funcionarios. En 2013, el grupo de los veinte (G-20), que reúne a 19 países y la Unión Europea, adoptó principios rectores para fomentar la creación de canales de fácil acceso para las empresas y denunciantes. El B20 continuó con la promoción del establecimiento del HLRM entre sus países miembro en 2014 y 2015.

12.3.2 **Concepto**

El HLRM es una herramienta que proporciona un enfoque constructivo con el propósito de enfrentar los riesgos de corrupción inherentes a los complejos procesos de contratación pública. La implementación del HLRM busca mejorar la inversión extranjera directa creando confianza y transparencia en los negocios. El HLRM permite a las empresas adaptarse a diferentes contextos legales e institucionales de manera rápida y flexible para obtener resultados prácticos.

El concepto HLRM fue desarrollado por el *Basel Institute on Governance*, la OCDE y Transparencia Internacional, junto con un grupo de empresas multinacionales que buscaban alternativas a los engorrosos y lentos procesos judiciales. Sin embargo, el HLRM no es un dispositivo legal, sino una herramienta de naturaleza preventiva que implementa mecanismos de resolución de conflictos, determina su propia gobernanza y funciona de manera complementaria a las instituciones encargadas de aplicar la ley. Particularmente el HLRM no busca reemplazar la capacidad de persecución del Ministerio Público, pero mantiene poderes investigativos internos desde una óptica preventiva y pragmática. La complementariedad con las instituciones represivas y de control es necesaria dependiendo del contexto en el que se implemente el mecanismo.

Un HLRM puede cumplir una triple función:

— Recibir alertas de comportamientos, problemas técnicos o incluso situaciones que podrían indicar una posible solicitud de soborno en las interacciones entre licitadores (en un contexto de contratación pública), empresas y gobiernos.

— Proporcionar a los denunciantes un mecanismo de resolución alternativo, rápido y de bajo coste, que permita que una transacción comercial o un proceso de contratación pública se desarrolle sin perturbaciones indebidas.

— Analizar, informar y asesorar a los gobiernos sobre cuestiones relevantes para las empresas, incluida la modificación de leyes, reglamentos o procedimientos para reducir las oportunidades de corrupción.

12.3.3 **Características**

Un HLRM es una herramienta pragmática y no judicial que facilita la identificación temprana de posibles casos de corrupción o problemas similares antes de que estos se conviertan en un asunto judicial o penal. Se trata principalmente de un medio para que las empresas planteen cuestiones a una instan-

cia de alto nivel externa a la entidad pública en la que se ha producido el problema denunciado. Este mecanismo tiene las siguientes características principales:

— **Complementariedad**. El HLRM constituye una alternativa a los procedimientos administrativos y penales, sin sustituirlos ni socavarlos. El HLRM pretende encontrar una respuesta rápida, pragmática y eficaz para resolver las solicitudes de soborno u otras anomalías principalmente en los procesos de contratación pública. Su objetivo general es contribuir a reducir el coste de hacer negocios mitigando los riesgos de reputación y garantizando la credibilidad de los proyectos y, en última instancia, garantizando infraestructuras de calidad.

— **Colaboración**. El HLRM es un enfoque coordinado entre los diferentes actores implicados. La estructura, los procedimientos, los sectores económicos y las entidades sujetos al HLRM varían sin embargo de un país a otro.

— **Adaptabilidad.** Un HLRM debe tener en cuenta el marco jurídico y político del país. No existe una «talla única», por lo que el HLRM se adapta a las instituciones y leyes existentes según los objetivos que se persigue.

— **Legitimidad.** Un HLRM requiere el compromiso político de las más altas instancias del gobierno para garantizar su aplicación efectiva y su legitimidad, sobre todo teniendo en cuenta que se sitúa entre los procedimientos de aplicación de la ley y los intereses empresariales.

12.3.4 Elementos esenciales para una aplicación eficaz del Mecanismo de Denuncias de Alto Nivel

Llenar un vacío real: Esta herramienta puede llenar un vacío en el marco de las herramientas existentes, como cuando el poder judicial es ineficaz o demasiado lento; o cuando los canales administrativos existentes para la tramitación de reclamaciones no son de confianza o carecen de la influencia necesaria para producir resultados.

Voluntad política: Es vital que los países que implementen el HLRM demuestren una voluntad política del más alto nivel jerárquico de la administración pública en cuanto a su voluntad de luchar contra la corrupción y otras prácticas irregulares, y de facilitar el trabajo del Mecanismo, no obstaculizarlo. Esta característica ayuda a superar la reticencia de las empresas a denunciar las solicitudes de corrupción a las entidades gubernamentales en las que se producen. Por parte del gobierno, el mecanismo ayuda a superar los cuellos de

botella y la inercia institucional, o cuando no se confía en los canales administrativos existentes para la tramitación de denuncias o estos carecen de la influencia necesaria para producir resultados.

Diseño de alto nivel y adecuado a los fines: Los mecanismos deben ser realmente de alto nivel, pero diseñados cuidadosamente y dentro del marco institucional adecuado para que tengan éxito. Como tal, el diseño del HLRM debe ser lo suficientemente flexible como para adaptarse a la realidad y al contexto de la jurisdicción de aplicación.

Objetividad, integridad y equidad procesal: El acuerdo institucional del HLRM debe garantizar que no existan conflictos de intereses potenciales o reales, que el HLRM esté protegido de interferencias públicas o privadas indebidas que pudieran impedir la capacidad del HLRM para realizar entrevistas con objetividad, integridad y equidad procesal.

Expertos: El HLRM debería aprovechar la opción de consultar a expertos externos pertinentes cuando sea necesario, y cubrir las lagunas técnicas, especialmente en la contratación relacionada con proyectos de infraestructura complejos.

Confidencialidad: Garantizar que las denuncias tramitadas por el HLRM se traten con confidencialidad y, en algunos casos, puede exigirse además el anonimato para fomentar la notificación de incidentes. El diseño reflejará en gran medida la realidad y el contexto de las jurisdicciones de aplicación.

Publicidad y concienciación: La herramienta HLRM debe ser ampliamente comunicada a las partes interesadas y sus diversas características, diseño y acuerdos institucionales deben estar claros para el público.

Recursos: El HLRM debe contar con recursos suficientes para funcionar, al mismo tiempo que su diseño e implementación pueden estar sujetos a plazos y establecerse de forma específica para cada proyecto, con el fin de garantizar que los costes/recursos asignados sean proporcionales a la escala del proyecto de infraestructura. No obstante, el HLRM puede seguir siendo una herramienta potencial durante todo el ciclo de vida de un proyecto. Los acuerdos de financiación deben garantizar que pueda funcionar de forma independiente, sin influencias indebidas ni conflictos de intereses potenciales o reales.

Aspectos adicionales: El diseño del HLRM podría permitir que otras partes interesadas presenten reclamaciones, más allá de las empresas implicadas en una licitación. El diseño del HLRM puede requerir o no una base jurídica que dependerá de la realidad y el contexto de la jurisdicción de aplicación.

Fuente: OCDE (2020) http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/ch0020.htm.

12.3.5 **Gestión de las denuncias**

Un HLRM debe contar con un sólido proceso de resolución de denuncias. Aunque los detalles de los procesos reales de resolución de quejas pueden variar de un país a otro en función del contexto nacional, deben incluir en su forma más simple cuatro pasos:

a. Recepción y examen de la denuncia;
b. Evaluación de la denuncia;
c. Seleccionar un enfoque de resolución; y resolver el asunto;
d. Definir los criterios de admisibilidad, en particular determinar al círculo de personas autorizadas a presentar denuncias. Un HLRM puede tomar en consideración denuncias procedentes únicamente de empresas directamente afectadas o de terceros, como asociaciones empresariales, ONG o particulares que puedan tener conocimiento de irregularidades.

El proceso de resolución del conflicto se centra en el diálogo y el compromiso de las partes intervinientes para tramitar las denuncias con celeridad. El proceso debería involucrar a los gestores de los departamentos cuyas actividades hayan dado lugar a las reclamaciones para buscar una pronta respuesta del organismo afectado, o para generar una decisión –que puede ser vinculante o no– emitida por los altos directivos de HLRM. Las recomendaciones o decisiones no vinculantes pueden ser eficaces, especialmente si el mecanismo se beneficia de un compromiso político de alto nivel y se basa en un proceso transparente que permita la posibilidad de presión social para el cumplimiento voluntario de su resultado.

Cuando existan motivos razonables para sospechar de la comisión de un delito, es altamente probable que sea necesario remitir el caso a las autoridades penales o administrativas competentes. La entidad cuyos empleados hayan cometido presuntos actos ilícitos adoptará medidas correctivas temporales previstas en el mecanismo; por ejemplo, suspender el efecto de la decisión cuestionada hasta que se reciba una evaluación exhaustiva de las autoridades competentes.

Siempre que sea posible, la identidad de los denunciantes deberá hacerse anónima en la denuncia presentada ante las autoridades. En cualquier caso, los denunciantes deben tener la oportunidad de tomar una decisión informada sobre cómo se desarrolla el proceso de denuncias.

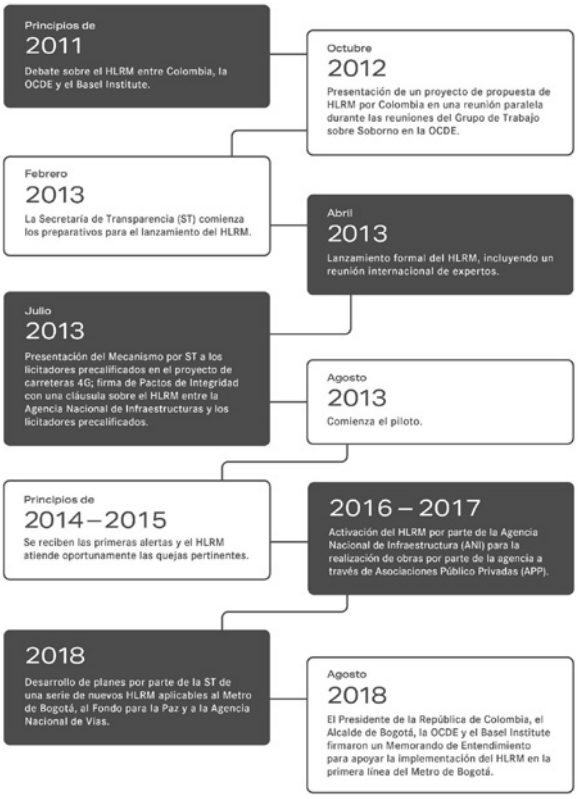
El HLRM es especialmente pertinente como parte del arsenal de medidas existentes en la gestión de proyectos complejos de contratación pública, por lo que resulta especialmente adecuado para los grandes proyectos de infraestructuras estatales. El HLRM puede concebirse como una herramienta *ad hoc* para

cada proyecto, lo que permite que su diseño institucional se adecue a su finalidad. Los conocimientos técnicos son fundamentales para la credibilidad del mecanismo (por ejemplo, especialistas en derecho penal e identificación de delitos, contratación pública, ingeniería, finanzas, etc.), que también pueden evolucionar a lo largo del ciclo de vida de un proyecto de infraestructura. Por ello, el grupo de expertos al que recurre el HLRM puede ajustarse a los asuntos involucrados.

12.4 ESTUDIO DE CASO

Colombia fue el primer país en aplicar el HLRM en el contexto de las licitaciones públicas para el proyecto nacional de construcción de carreteras 4G [22]. Desde entonces, el HLRM ha evolucionado como se resume a continuación.

Cronología de HLRM Colombia



[22] Información disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/V%C3%ADas_4G_(Colombia).

12.4.1 **Visión general del HLRM piloto**

El presidente de Colombia, Juan Manuel Santos, lanzó el piloto del HLRM el 2 de abril de 2013. La iniciativa fue coordinada y acogida por la Secretaría de Transparencia (ST) –la autoridad gubernamental de alto nivel encargada de la lucha contra la corrupción y la mejora de la transparencia– localizada en la Presidencia de la República. La Agencia Nacional de Infraestructuras (ANI) fue la oficina responsable del proceso de contratación.

Todas las alertas relacionadas con el proyecto de carreteras 4G se presentaron directamente a la ST. El HLRM se puso en marcha para precisar la falta de claridad sobre algunos aspectos técnicos de la licitación cuyos parámetros excluían *de facto* a varias empresas del sector. La activación del Mecanismo obedeció a una cuestión planteada por un consorcio de licitadores, tras la modificación de las especificaciones técnicas de un túnel por parte de la agencia de contratación a menos de un mes antes de la fecha de presentación de ofertas. Específicamente, el diámetro solicitado para los túneles requería una máquina perforadora que solo una empresa podía ofrecer. El consorcio licitador alegó que la modificación limitaba la competencia sin motivos razonables.

Para hacer frente a esta alerta, en un proceso de licitación abierta, se seleccionó a cuatro expertos independientes con experiencia en derecho penal, ingeniería civil, gestión financiera y contratación pública, respectivamente, para que evaluaran la denuncia e idearan soluciones que permitieran continuar con los procesos de contratación. La ST organizó una reunión con la ANI y todos los posibles licitadores para evaluar cómo resolver el problema y restablecer el entorno competitivo. Este diálogo se basó en las aportaciones de los expertos y llevó a la ANI a reconciliar los requisitos técnicos bajo escrutinio, a fin de permitir la presentación de ofertas a un número más amplio de licitadores, garantizando así oportunidades equitativas de competir a todos los participantes. Todo el proceso, desde la alerta hasta la resolución, no llevó más de dos semanas. El HLRM protegió el proceso de contratación y garantizó una competencia leal. En la solución participaron todas las empresas licitadoras al proyecto de carreteras 4G, quienes tuvieron que comprometerse a utilizar el HLRM a través de un pacto de integridad como condición previa para participar en las licitaciones públicas.

Después de la exitosa aplicación del HLRM en el proyecto piloto de carreteras 4G, la aplicación del HLRM se amplió informalmente para abordar los contratos de infraestructura de concesión llevados a cabo para el Aeropuerto Internacional Ernesto Cortissoz en la ciudad de Barranquilla entre finales de 2014 y mayo de 2015. Entre 2016 y 2017, la ANI activó el HLRM con res-

pecto a todas las contrataciones realizadas por esa agencia para proyectos de alto valor, incluida la construcción de carreteras, aeropuertos y ferrocarriles en el marco de las APP del país y proporcionó su financiación.

El Gobierno colombiano decidió en el 2018 ampliar el ámbito de aplicación del HLRM a tres áreas adicionales: i) proyectos de posconflicto contratados por el Fondo Colombia en Paz (FCP) como parte del proceso de paz; ii) la construcción de la primera línea de metro de Bogotá (Metro de Bogotá); iii) cinco licitaciones que contratará Invías (Dirección Nacional de Vías) para la construcción de carreteras en el marco del proyecto Ruta del Sol 2. Las autoridades colombianas reconocieron que sería necesario crear nuevos HLRM para cada uno de estos proyectos a fin de reflejar la diversidad de las características de cada uno de ellos.

Estaba previsto que los nuevos HLRM se aplicaran a lo largo de 2018 bajo la dirección de ST y con el apoyo de la OCDE y el Instituto de Basilea. A mediados de 2018, el Gobierno de la República de Colombia, la Alcaldía de Bogotá, la OCDE y el Instituto de Basilea firmaron un Memorando de Entendimiento para apoyar la ejecución del Metro de Bogotá.

El proyecto del Metro de Bogotá implica la asociación del Gobierno central con el municipio de Bogotá. El alcance del HLRM para esta contratación fue definido por la ST en colaboración con la Empresa Metro y altos funcionarios del Distrito de Bogotá. Este gran proyecto de infraestructura tiene una duración de cinco años y está cofinanciado por el Gobierno central y el Distrito de Bogotá.

Tres bancos multilaterales participan en el desarrollo del proyecto de infraestructura: el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Banco Europeo de Inversiones (BEI) y el Banco Mundial (BM). Esto, a su vez, ha supuesto que las normas del proceso de contratación sean las del BID, y no la legislación colombiana sobre contratación pública. La ST y el BID acordaron conjuntamente incluir el HLRM en este proceso de contratación tras determinar su compatibilidad con los procesos de integridad del BID, en lo relativo a las cuestiones de confidencialidad y a las competencias del comité *ad hoc* del HLRM para investigar una vez presentada una denuncia.

12.4.2 **Análisis**

El proyecto piloto de HLRM en Colombia fue principalmente una iniciativa impulsada por el más alto nivel Gobierno colombiano, lo que garantizó el liderazgo y la apropiación política que, en última instancia, permitió que

el Mecanismo actuara rápidamente en un caso concreto. La Presidencia dirigió la coordinación horizontal entre los organismos gubernamentales para identificar las áreas prioritarias y personalizar el HLRM para que reflejara la realidad local y respondiera a las demandas de forma pragmática.

Colombia ha adaptado el concepto de HLRM para satisfacer sus necesidades y fomentar la confianza pública en el Gobierno. Los funcionarios a cargo del Mecanismo piloto, tanto en la ST como en la ANI, han desarrollado soluciones creativas para superar la burocracia y la falta de recursos tanto financieros como humanos para avanzar con el HLRM y asegurar su continuidad. La rápida gestión de la consulta planteada en relación con las especificaciones del túnel en el marco del HLRM piloto, junto con el resultado positivo, contribuyeron a generar confianza en el HLRM y demostraron su utilidad para el sector público.

No obstante, aunque la propuesta piloto inicial del HLRM elaborada por Colombia incluía una disposición para la creación de un consejo asesor permanente que supervisara la aplicación del Mecanismo y fijara sus objetivos estratégicos, en la práctica el consejo nunca llegó a establecerse.

En el mismo sentido, si bien la iniciativa resultó positiva para establecer el HLRM de manera informal y rápida, la falta de participación de partes interesadas externas (sociedad civil), en la conceptualización y supervisión de la implementación del Mecanismo fue percibida por algunos actores de manera negativa, lo que supone un riesgo de reducir su legitimidad y la confianza de los usuarios potenciales. En el caso del piloto, sin embargo, esto se contrarrestó con la obligación de los licitadores de utilizar el HLRM a través de los Pactos de Integridad. El ejemplo pionero de Colombia ha servido de modelo en la región y ha animado a otros países a adaptar el HLRM a sus propias necesidades.

12.5 CONCLUSIÓN

La Acción Colectiva es una herramienta desarrollada por el sector privado probadamente eficaz para prevenir la corrupción, sobre todo en relación con grandes obras de infraestructura. Pero, además, representa una gran oportunidad para consolidar una cultura de integridad empresarial y una relación entre los gremios empresariales y las agencias gobernativas encargadas de llevar adelante las licitaciones públicas. La experiencia demuestra que los modelos de autorregulación corporativa si bien son necesarios, no resultan suficientes, si se les compara con otros mecanismos que representan un esfuerzo colectivo, en vez de individual, para conjurar los riesgos de la corrupción.

Por otro lado, la importante proliferación de las herramientas de Acción Colectiva de gran alcance no sugiere necesariamente que se las reserve únicamente para los grandes proyectos de infraestructura o negocios a cargo del Estado, donde las empresas desempeñan un rol preponderante. Por el contrario, el concepto (y metodologías) es adaptable a otros objetivos de sostenibilidad empresarial en el que se incluyen la protección de los derechos humanos, tanto desde el punto de vista regulatorio como de una cultura de ética social más amplia en el comportamiento de las empresas.

Finalmente, a partir de una cultura de integridad empresarial consolidada, puede augurarse el desarrollo cada vez más sofisticado de las herramientas de Acción Colectiva, en cuya virtud, también podría afirmarse que estamos ante una de las temáticas más importantes de las futuras agendas nacionales e internacionales en materia de lucha contra la corrupción.

13. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DEBIDA FRENTE A LOS CLIENTES Y SOCIOS DE NEGOCIO

Anna Carolina Oliveira
Universidad Pompeu Fabra

13.1 INTRODUCCIÓN

La propuesta de Directiva de diligencia debida de sostenibilidad corporativa enmarca las multinacionales entre los actores comprometidos a poner los cimientos para que Unión Europea alcance los objetivos indicados en la serie de Directivas y Plan de acción relativos a la protección de los derechos humanos, del medio ambiente y las diferentes estrategias de fomento de la sostenibilidad [1]. Estos objetivos son suscritos por España [21], con lo cual los postulados a nivel europeo se trasladan, con pocos matices, al contexto nacional.

Dicha propuesta de Directiva de diligencia debida remarca, en diferentes pasajes, que la protección de los DD. HH. compete, en primer lugar, a los

[1] Commission's proposal for a new *Batteries Regulation*, *Sustainable Products Initiative* (SPI), las directivas incluidas en el *European Green Deal*, que fomentan la gobernanza corporativa *(Action Plan on a Circular Economy, Biodiversity strategy*, *Farm to Fork strategy, Chemicals strategy*, actualizando la *New Industrial Strategy de 2020*: *Building a stronger Single Market for Europe's recovery, Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy, Environmental Liability Directive*, *EU Emissions Trading System, EU Action Plan on Human Rights and democracy*, *EU Strategy on the Rights of the Child*, *EU Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings* 2021- 2025, etc.

[2] En septiembre de 2015, España se compromete con el cumplimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, a través de la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/70/1 «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible». *Vid.* Consulta pública previa sobre el Anteproyecto de Ley de Protección de los Derechos Humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales. Disponible en: Nieto Martín, Adán, «Hacia un Derecho penal económico europeo de los Derechos humanos», *InDret penal*, (3), 2020. Acceso en 06/06/2022.

Estados miembros [3]. Pero, a la vez, subraya que el papel de las empresas transnacionales es fundamental para que se logren los objetivos relativos a la sostenibilidad [4] y también que estas se hallan en mejores condiciones para cumplir con las finalidades de la propuesta de Directiva. El mecanismo por lo cual se pretende alcanzar estos objetivos es la obligatoriedad de aplicación de medidas de diligencia debida sobre toda la cadena de valor, trasladándose a las empresas tanto la responsabilidad por su correcta aplicación como los costes.

Históricamente, los deberes de prevención de delitos en la empresa han evolucionado a partir de los delitos medioambientales y de corrupción. La estructura actual de responsabilidad penal de las personas jurídicas que tenemos en España tiene sus raíces en las preocupaciones sociales y gubernamentales alrededor de estos delitos. Más recientemente, las demandas de diligencia debida han evolucionado sustancialmente en complejidad en el ámbito de los deberes de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. En efecto, en este último caso, las medidas de prevención añaden un factor distinto: la diligencia debida no está referida solamente a evitar delitos dentro de la empresa o realizados por la persona jurídica (criminalidad *ad intra* y *ad extra* [5]), sino que incluye asimismo un tercer elemento, relacionado con el deber de control de riesgo de terceros. En concreto, las empresas expuestas a mayores riesgos de blanqueo de capitales (los llamados sujetos obligados) deben controlar asimismo el riesgo de que sus clientes no instrumentalicen la actividad empresarial regular para realizar operaciones de legitimación de activos. La propuesta de Directiva de diligencia debida de sostenibilidad corporativa [6] (o de diligencia debida de derechos humanos) parece seguir la tendencia que se ha iniciado con el deber de diligencia sobre el origen del capital. Se trata, en concreto, de exigir un mayor nivel de cuidado e investigación sobre los socios comerciales o clientes con los cuales la empresa se relaciona, para prevenir o identificar los riesgos de delitos ocasionados por estos.

---

[3] Es cierto que la Propuesta de Directiva reconoce también que el carácter transnacional de muchas de las actividades empresariales que deben someterse a él excede a la capacidad de los órganos nacionales para detectar las conductas ilícitas y, por lo tanto, se justifica la edición de un Reglamento europeo de aplicabilidad homogénea entre todos los miembros. (Apartado Subsidiariedad en la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva).

[4] Considerandos núms. 7, 8 y 9 en la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva.

[5] Para mayores detalles, véase Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2014, pp. 133-136.

[6] Proposal for a Directive of The European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937. COM(2022) 71 final 2022/0051(COD). Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071.

La propuesta de Directiva de diligencia debida de sostenibilidad corporativa complementa una serie de directivas europeas anteriores [7], como es el caso de la *Non-financial reporting directive* (NFRD [8]), y de la *Corporate sustainability reporting Directive* (CSRD), que incluyen deberes de identificar, prevenir, mitigar y responder por los daños resultantes de impactos medioambientales y de agresión a los DD. HH. en su propia actividad, en la de sus filiales y en la cadena de valor. En este gran marco también se halla la *Sustainable Finance Disclosure Regulation* (SFDR), que crea el deber de todos los participantes en los mercados financieros de la UE de informar sobre cuestiones de medio ambiente, impacto social y gobierno, las llamadas políticas ESG (*environmental, social and governance*), con requisitos adicionales para los productos que promueven características ESG o que tienen objetivos de inversión sostenible [9]. Todas ellas tienen el objetivo de disminuir el impacto ambiental del consumo realizado en Europa.

En efecto, en la última década, la idea de control del riesgo de terceros indirectamente conectados a la actividad empresarial viene ganando más fuerza; deja de ser solamente un aspecto de las recomendaciones de *soft law*, para empezar a integrarse como norma vinculante [10], en vigor en algunos Estados miembros [11] y en ascensión en el ordenamiento europeo. Parece ser un movimiento irrefrenable el que se pone en marcha con las propuestas de diligencia debida para la protección de los derechos humanos en la cadena de suministro [12], los deberes de divulgación de información no financiera e información

---

[7] Según la Exposición de Motivos de la debida de sostenibilidad corporativa, esta directiva deberá complementar la propuesta de regulación de una cadena de suministro libre de deforestación, la Regulación de minerales provenientes de zonas de conflicto, la Directiva de Sanción de Empleadores, que prohíbe la contratación de trabajadores en situación de irregularidad en el país, para evitar los supuestos de contratación de personas víctima de trata.

[8] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) núm. 537/2014, por lo que respecta a la información corporativa en materia de sostenibilidad.

[9] Este reglamento pretende limitar el riesgo de *greenwashing* por parte de los participantes en el mercado financiero, al tiempo que aumenta la transparencia, facilitando a los inversores finales la comprensión del factor ESG en sus inversiones.

[10] Para la secuencia de consolidación de las reglas de prevención, *vid.* Arnold, «Transnational Corporations and the Duty to Respect Basic Human Rights», *Business Ethics Quarterly*, (20-3), 2010; Wetzel, «The Future of Human Rights Compliance», *Human rights in transnational business: Translating human rights obligations into compliance procedures*, 2016, pp. 261 ss.

[11] Es el caso de Alemania y Francia, por ejemplo. Sobre la cercanía de la Directiva europea con la ley alemana (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*) y las lagunas legales que todavía quedan por aclarar en la praxis, *vid.* Bettermann/Hoes, «Der Entwurf der Europäischen Corporate Sustainability Due Diligence Richtlinie. Vergleich zum deutschen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz», *WM*, 2022, p. 700.

[12] Respecto al desarrollo histórico y consolidación de esta tendencia, *vid.* Williams, «Corporate Social Responsibility and Corporate Governance», *Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, 2018, pp. 14 ss.

sobre diversidad [13] por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, entre otros.

En este contexto, se identifican tres frentes de aplicación de las medidas de diligencia debida: (*a*) para prevenir los déficits de organización estructural de la persona jurídica que permiten que se puedan cometer delitos en la actividad empresarial o que la persona jurídica sea víctima de ellos, (*b*) para prevenir que los trabajadores de una empresa abusen de su posición y cometan delitos internamente, generalmente en contra de los intereses de la empresa y (*c*) para controlar los riesgos de los terceros que establecen relaciones de negocio con la empresa, sean estos los clientes o los proveedores de servicios.

Todas estas variantes de la diligencia debida deben formar parte de los programas internos de *compliance* y una de sus principales finalidades consiste en controlar los riesgos de comisión de delitos de las empresas y evitar la sanción por el incumplimiento de deberes de cuidado regulados administrativamente [14]. Las dos primeras medidas de diligencia a que me refiero (*a* y *b*) tienen como objetivo controlar los riesgos inherentes a la actividad empresarial (i.e., el riesgo de corrupción de una empresa que se presenta a procesos de licitación, los riesgos de contaminación de una industria química, etc.) y ponen los cimientos de todo el desarrollo normativo, doctrinal y jurisprudencial de los mecanismos de prevención de delitos de las personas jurídicas. Al respecto ya se han escrito incontables obras, de la mejor calidad académica [15] y no es necesario profundizar aquí.

Sin embargo, la última variante de las medidas de diligencia (*c*) pone de relieve la apertura de un tercer momento de la evolución de los deberes de las empresas de adoptar medidas para prevenir delitos: la necesidad de que las empresas miren también hacia fuera, hacia su entorno y las actividades de sus *clientes y socios de negocio*, tratando a estos últimos como un elemento de riesgo que debe ser controlado.

A su vez, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial hace hincapié en el deber de diligencia sobre los socios de negocio, con el fin de

---

[13] Non-financial reporting Directive. Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups.

[14] Montaner Fernández, «El criminal *compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones», *Estudios penales y criminologicos* (XXXV), 2015.

[15] Véase, entre otros, Silva Sánchez *et al.*, «La responsabilidad penal de los administradores», *La Ley Penal*, (22231), 2011; Nieto Martín, «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en Derecho penal», en Kuhlen *et al.* (eds.), Compliance *y teoría del Derecho Penal*, 2013.

preservar la cadena de valor [16] de posibles afectaciones a los derechos humanos y medioambientales. En este trabajo me centraré en las referencias a la mencionada Propuesta de Directiva, pero sin olvidar que otras iniciativas internacionales se desarrollan en la misma línea, de llamar a las empresas a la responsabilidad (de momento, civil y administrativa) sobre los hechos cometidos por los terceros con los cuales se asocia, como es el caso de los deberes de *compliance ESG* (*environment, social and government* [17]).

La Propuesta de Directiva de sostenibilidad está dirigida a las grandes empresas y a las multinacionales: aquellas con más de 500 empleados y un volumen de negocios neto a nivel mundial de más de 150 millones de euros en el último ejercicio o, si no alcanzan este umbral, las empresas fabricantes de productos textiles, de cuero y afines, de agricultura, silvicultura y pesca, extracción de recursos minerales y fabricación de productos metálicos que tengan más de 250 empleados de media y realicen un volumen de negocios neto a nivel mundial superior a 40 millones de euros [18]. En lo que respeta a las

[16] El artículo 3 (g) de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad corporativa define el término «cadena de valor» como: las actividades relacionadas con la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de una empresa, incluidos el desarrollo del producto o el servicio y el uso y la eliminación del producto, así como las actividades conexas de las relaciones comerciales establecidas en sentido ascendente y descendente de la empresa. Por lo que respecta a las empresas en el sentido del inciso iv) de la letra a) (instituciones financieras y de crédito), la «cadena de valor» con respecto a la prestación de estos servicios específicos solo incluirá las actividades de los clientes que reciban dichos préstamos, créditos y otros servicios financieros y de otras empresas pertenecientes al mismo grupo cuyas actividades estén vinculadas al contrato en cuestión. La cadena de valor de estas empresas financieras reguladas no incluye a las PYME que reciben préstamos, créditos, financiación, seguros o reaseguros de dichas entidades.

[17] La ESG es un concepto amplio utilizado para referirse al conjunto de elementos de protección del medio ambiente, factores sociales y de gobierno corporativo para informar a los inversores (en sentido amplio, desde las entidades de financiación hasta los inversores en el mercado de capitales) respecto al comportamiento de la entidad que están considerando financiar. Las estrategias legales a nivel europeo para alcanzar estos fines de información pública respecto a las características de negocios financiados dentro de la Unión se concretan en distintas normativas que forman parte del Plan de Acción sobre Finanzas Sostenibles, *Action Plan: Financing Sustainable Growth. Vid.* https://ec.europa.eu/info/publications/sustainable-finance-renewed-strategy_en. Acceso en 8/07/2022.

[18] Artículo 2 de la Propuesta de Directiva sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad: This Directive shall apply to companies which are formed in accordance with the legislation of a Member State and which fulfil one of the following conditions:

(a) the company had more than 500 employees on average and had a net worldwide turnover of more than EUR 150 million in the last financial year for which annual financial statements have been prepared;

(b) the company did not reach the thresholds under point (a), but had more than 250 employees on average and had a net worldwide turnover of more than EUR 40 million in the last financial year for which annual financial statements have been prepared, provided that at least 50 % of this net turnover was generated in one or more of the following sectors:

(i) the manufacture of textiles, leather and related products (including footwear), and the wholesale trade of textiles, clothing and footwear;

sanciones por incumplimiento de los deberes de diligencia debida, la Propuesta de Directiva no ahonda en las medidas, sino que se refiere brevemente (art. 20) a la necesidad de que los Estados miembros establezcan un régimen de sanciones, adopten las medidas necesarias para garantizar su aplicación, y que estas sean eficaces, proporcionadas y disuasorias.

Es cierto que se trata de empresas que probablemente ya cuentan con sistemas de *compliance* internos (las medidas internas de prevención de delitos y de los trabajadores, que se ha descrito más arriba en *a* y *b*), pero que deberán estructurar, además un modelo de diligencia debida sobre la cadena de suministro. En efecto, se trata de áreas de actividad que no han tenido que contar, hasta ahora, con medidas de diligencia debida sobre terceros (tipo *c* indicado) y que deberán adaptarse a corto plazo a una lógica de vigilancia de sus socios de negocio que actualmente solo se ha visto desarrollada para la vigilancia de los clientes de los sujetos obligados en lo que respeta a la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

En este escenario, la idea central que se pretende desarrollar en este texto consiste en analizar esta clase de responsabilidad de diligencia debida sobre la cadena de valor/de producción como un «deber de medios». Un deber de naturaleza similar a los de prevención de blanqueo de capitales, en el que no se trata solo de evitar un resultado, sino de colaborar con una finalidad pública de fomento de las condiciones de preservación del medioambiente y del respeto a los derechos humanos en todos los países de actuación de las multinacionales que deberán aplicar los criterios de la Propuesta de Directiva.

Por otra parte, el castigo de la infracción de estos deberes de medios –de fomento de condiciones adecuadas de producción en la cadena de suministro– según se verá en las próximas páginas, encuentra dificultades de imputación en las estructuras dogmáticas de la imprudencia y omisión. Aunque estas sean

---

(ii) agriculture, forestry, fisheries (including aquaculture), the manufacture of food products, and the wholesale trade of agricultural raw materials, live animals, wood, food, and beverages;

(iii) the extraction of mineral resources regardless from where they are extracted (including crude petroleum, natural gas, coal, lignite, metals and metal ores, as well as all other, non-metallic minerals and quarry products), the manufacture of basic metal products, other non-metallic mineral products and fabricated metal products (except machinery and equipment), and the wholesale trade of mineral resources, basic and intermediate mineral products (including metals and metal ores, construction materials, fuels, chemicals and other intermediate products).

2. This Directive shall also apply to companies which are formed in accordance with the legislation of a third country, and fulfil one of the following conditions:

(a) generated a net turnover of more than EUR 150 million in the Union in the financial year preceding the last financial year;

(b) generated a net turnover of more than EUR 40 million but not more than EUR 150 million in the Union in the financial year preceding the last financial year, provided that at least 50 % of its net worldwide turnover was generated in one or more of the sectors listed in paragraph 1, point (b).

superables mediante reformas legislativas o la adopción de un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica, este texto se centrará en ofrecer una propuesta *de lege ferenda*, inspirado en los deberes identificados en el ámbito del blanqueo de capitales.

13.1.1 La evolución de las medidas de diligencia hacia un criterio de control de riesgos de terceros

De acuerdo con lo anterior, se considera que el ámbito de riesgo de la empresa no es solamente aquel que generan sus productos y servicios, sino que también podría y debería hacerse cargo de sus clientes o socios de negocio como fuentes de peligro. Es controvertida, sin embargo, la naturaleza jurídica de este deber: si se trata de incorporar a los clientes (personas físicas y jurídicas autorresponsables) como fuentes de peligro dentro del ámbito de riesgo del negocio, sobre el cual debería encargarse la empresa. O, por otro lado, si se trata de un deber de distinta naturaleza, más cercano a los deberes de evitar delitos de terceros o de colaborar con la administración de justicia en la detección e investigación de infracciones penales o administrativas.

Asimismo, en el caso de que se considere una fuente de riesgo bajo la esfera de organización de la empresa, consecuentemente la problemática se trasladaría a las posibilidades efectivas de imputación objetiva y de atribución de responsabilidad a la persona jurídica. Pues en muchas ocasiones la distancia entre la toma de decisión en la empresa contratante y el lugar o la cadena de decisiones en el que se realizan las conductas de proveedores que infringen los derechos humanos presentarán dificultades de imputación por la falta de dominio efectivo de la situación de peligro, o de capacidad de evitación del resultado [19]. En otras palabras, según las dimensiones y transnacionalidad de la operación y de la empresa, no será sencillo definir los criterios de imputación del resultado tales como los marcos de la conducta imprudente o los requisitos de las posiciones de garante dentro de la empresa. Asimismo, es posible que no se identifique con claridad el vínculo entre el resultado lesivo (hecho de referencia [20]) con la falta de vigilancia y control internos en la empresa contratante y el beneficio que el delito haya implicado para esta.

---

[19] Las innumerables dificultades de imputación objetiva son destacadas por Nieto Martín, en «Hacia un Derecho penal económico de los Derechos humanos», *InDret* (3), 2020.

[20] Cfr. Feijoo Sánchez, «Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español», en Bajo Fernández (eds.), *Tratado de responsabilidad penal de*

Frente a ello, podemos identificar al menos dos desafíos jurídico-penales importantes en el escenario que se acaba de describir. De un lado, como dicho, están las dificultades de aplicar los fundamentos de la responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas a supuestos donde existe una distancia significativa entre la capacidad de gestión/control y el resultado de violación de los DD. HH. por la falta de diligencia debida en la cadena de valor. Por otro lado, considerando que la raíz de dicha responsabilidad corresponde a la falta de aplicación de diligencia debida, conviene antes de todo definir cuál sería la naturaleza jurídica de este deber de aplicar las medidas de control sobre terceros que podrían conllevar a la sanción. Queda por definir, en definitiva, si se trata de castigar bajo los mismos fundamentos de los tipos de la parte especial, o si sería posible plantearse un fundamento de distinta naturaleza.

Como mencionaba, todas las cuestiones relativas a la delegación de deberes de vigilancia sobre terceros –que ahora se presentan en la Directiva de diligencia debida– ya se plantearon al desarrollar la regulación del blanqueo de capitales: desde la creación del tipo penal y, principalmente, por vía de las extensas medidas de prevención y diligencia debida sobre el cliente, es decir, sobre la posible actividad ilícita que afecta a la empresa «desde fuera». A mi juicio, la actual Propuesta de Directiva de Diligencia Debida tiene interesantes aspectos en común con las primeras normas internacionales antiblanqueo (la primera [21] y segunda Directivas europeas), en el sentido de que se detecta un patrón común: (1) ambas identifican un contexto de un(os) grave(s) delito(s) con marcado aspecto internacional, (2) reconocen que la sola intervención del Estado no es suficiente para identificar e interrumpir la actividad delictiva, (3) delegan una parte de la tarea de investigación y detección de actividades delictivas a las empresas que están más cercanas a las actividades delictivas y que pueden descubrir estas actividades de modo más eficiente, (4) imponen deberes de diligencia sobre los clientes y socios de negocio y, por fin (5) imponen sanciones a las empresas que no cumplan con estos deberes delegados de vigilancia.

Por esta razón, a mi juicio, se podría incluso plantear la hipótesis de un análisis comparativo entre estas dos clases de normativa (la de diligencia debida de DD. HH. y la de blanqueo de capitales), con el fin de indicar que la diligencia debida de DD. HH. podría evolucionar y aplicarse en la práctica sobre las bases de lo que ya está consolidado en la interpretación de la diligencia exigida sobre los clientes (KYC – *know your client*). Asimismo, quizás no sea

las personas jurídicas, 2012, p. 68; Zugaldía Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, 2012, p. 67.

[21] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A31991L0308.

de todo descabellado considerar que la evolución de la praxis de estos deberes de protección de los DD. HH., de «responsabilidad corporativa» podría seguir por los mismos derroteros con los que se ha encontrado la diligencia debida sobre el origen del capital: extendidos deberes de investigación entre particulares (es decir, el deber de la institución financiera de investigar a sus clientes), delegación de tareas de vigilancia originariamente públicas, deberes de comunicación a los órganos supervisores, costosos programas de *compliance* –que incrementan los costes de funcionamiento de algunos sectores de actividad económica– y dificultades prácticas en el modo de imputar penalmente, y de forma efectiva, a las empresas por el incumplimiento de estos deberes.

13.1.2 **Diligencia debida como descentralización de las tareas de policía**

La evolución de los deberes de diligencia debida sobre los clientes y sobre la cadena de suministro está impulsada por reglas de *soft law* y por el Derecho internacional. Por influencia de este último se ha tendido a la privatización de la gestión de riesgos a las empresas. A la vez, desde mi punto de vista, los deberes de diligencia debida sobre la cadena de valor poseen una lógica en común con los deberes de prevención del blanqueo de capitales. A saber: consolidar el sector privado como protagonista del control de la detección de delitos de terceros, en aquellos supuestos de mayor cercanía de la empresa con el ámbito de peligro en el cual pueden ocurrir delitos. Asimismo, es notable en este ámbito el intento de distribución de responsabilidades entre el Estado y las empresas para preservar intereses colectivos, como es el caso de la estabilidad del sistema financiero, del medio ambiente y, ahora de modo más reforzado, de la protección de los derechos humanos [22]. En pocas palabras, se subraya cierta «privatización» de la labor de prevención e investigación de delitos, por vía de la imposición de deberes que tendrán el efecto de implementar procesos que faciliten la intervención del sistema de justicia criminal [23].

Hasta donde alcanzo, la esencia de los deberes de diligencia debida en concreto se halla en la imposición de un deber de actuar de Derecho público, que impulse al sector privado a activar el potencial de acción preventiva que ya

[22] Nolan, «The corporate responsibility to respect human rights: soft law or no law?», en Deva/Bilchitz (eds.), *Human Rights obligations of business. Beyond the corporate responsibility to respect?*, 2013, pp. 10 ss. Complementar: Wohlers, «Criminal law as a regulatory tool», en Dyson/Vogel (eds.), *The limits of criminal law: anglo-german concepts and principles*, 2018.

[23] Extensivamente al respecto, Carlos de Oliveira, *Los deberes de colaboración en el blanqueo de capitales*. Tesis doctoral. UPF, 2021.

posee, pero que ahora será utilizado también como mecanismo de prevención de los delitos de terceros.

De ese modo, el movimiento impulsado por la Directiva de diligencia debida de sostenibilidad corporativa ubica las multinacionales como parte de la estrategia político criminal de prevención de delitos de empresas de menor porte, en una esfera más amplia de vigilancia y de fomento de un ambiente corporativo preocupado con los impactos sociales; en lugar de contar exclusivamente con la capacidad del sistema de justicia criminal de descubrir e investigar delitos. En este sentido, esta distribución de competencias entre el Estado y las empresas del cometido de alcanzar las metas de sostenibilidad y derechos sociales de la Unión podría entenderse como una forma de *delegación* de una parte de la labor preventiva a las empresas que tienen mejores condiciones de hacerlo.

Como sostiene Laufer, con la extensión de los deberes de diligencia y *compliance*, los gobiernos esperan sobrepasar el reto casi insuperable de obtener pruebas de las infracciones de las empresas, al tiempo que trasladan la mayor parte de la carga y los costes de la vigilancia a las empresas [24].

Dicha delegación de tareas ocurre actualmente, según alcanzo, por dos vías distintas, marcadas por la cooperación entre el Estado y el sector privado. De un lado, una *delegación formal*, en la cual se incluyen reglas administrativas de prevención y denuncia estrechamente vinculadas a las consecuencias penales frente a su incumplimiento [25]. Por otro lado, una *delegación de facto*, de estímulo a la extensión de los programas de *compliance* y de reforma de la estructura de las empresas, canales de denuncia y regulación de los denunciantes anónimos, sea para prevenir delitos que están fuera del marco de riesgo más evidente de la empresa, sea para favorecer la recopilación de pruebas en el caso de que se detecten irregularidades [26].

Aunque este sea un escenario que viene experimentando rápidos cambios, el Derecho penal económico ofrece en un óptimo abanico de ejemplos de *delegación formal* de tareas con características *cuasi policiales* a las empresas. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de los deberes de diligencia debida de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo [27], cuya infracción *in extremis* podría conllevar la responsabilidad penal por

---

[24] Con detalles, Laufer, «A very special regulatory milestone», *Univ. Pa. J. Bus. Law*, (20), 2018, p. 391.

[25] Cfr. Himaambo, «Role of Banks as Private Police in the Anti-Money Laundering Crusade», *Bocconi Legal Papers*, (9), 2017

[26] James *et al.*, «Privatising Regulation: Whistleblowing and Bounty Hunting in the Financial Services Industries», *Journal of Financial Crime*, (8-4), 2001.

[27] LO 10/2010 y RD 304/2014.

imprudencia de la persona jurídica. A mi juicio, cuando sea aprobada por la Comisión Europea y puesta en marcha en el funcionamiento cotidiano de las empresas multinacionales, la Directiva de diligencia debida de sostenibilidad corporativa se enmarcaría también en este contexto de delegación especial de competencias de control con relación a conductas irregulares de terceros.

En segundo lugar, ganan espacio asimismo fórmulas de *delegación fáctica* de la gestión de riesgos originalmente de competencia del Estado. Estas formas de transferencia de las tareas de investigación del delito de terceros han sido clasificadas como el *outsourcing* de la investigación [28]. Según esta idea, el Estado cuenta deliberadamente con la actuación de los denunciantes anónimos (*whistleblowers*) y con cierto uso del resultado de las investigaciones internas en el proceso penal para iniciar la investigación penal pública, o para interrumpir los contextos de práctica de delitos. Todo ello, a partir de la cooperación estrecha con el sector privado. En el caso del estímulo a los programas de *compliance*, hay una expectativa de colaboración voluntaria con un sistema de recompensas por vía de las atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Los protocolos de seguridad en la cadena de suministro y ahora la edición de los deberes de diligencia debida de sostenibilidad corporativa, a mi juicio, también se enmarcan en la delegación fáctica de la gestión de riesgos. Pues se trata de crear una cultura corporativa de colaboración con finalidades que van más allá del control interno de riesgos. Asimismo, en el momento en que entre en vigor la Directiva de diligencia debida y que sea trasladada al ordenamiento nacional (como ya ocurre actualmente en Alemania [29]), se concretará en España como una delegación también formal, reforzando este aspecto de distribución de tareas entre las empresas, los órganos de supervisión y de justicia criminal en la prevención de delitos.

---

[28] John Coffee sostiene que la Secretaria de Asuntos económicos norte americana ya realiza la delegación de las investigaciones de fraude más complejas, y sigue argumentando que el refuerzo en las recompensas de los *whistleblowers* es una forma de *outsourcing* de las investigaciones penales. En sus palabras: «*In overview, offering bounties for information about legal violations is a form of outsourcing. The investigation now begins not with the enforcement agency but with the whistleblower. To be sure, the enforcement agency can decline to pursue allegations that do not match its priorities, but the starting point for the investigation begins with the outside whistle-blower. Earlier, this book suggested that the SEC should outsource some of its fraud enforcement litigation (but only in large cases) to private counsel, who would be compensated on a percentage of the recovery basis. Traditionalists will respond that this is unthinkable (although it is in fact happening). Yet Congress has recently compelled the SEC to outsource much of its work in fraud detection to private parties (called whistle-blowers) who also are rewarded (when successful) on a percentage of the recovery basis. The two efforts –that is, paying outside counsel and paying whistle-blowers–are more closely related than they initially appear*». Coffee Jr, *Corporate Crime and Punishment*, 2020, capítulo: The Whistle-blower as bounty hunter.

[29] Vesper-Gräske, «Business and Human Rights – Recent Trends in Germany», *European Criminal Law Review*, (11), 2021.

En suma, a mi juicio, estas formas de delegación de funciones públicas de vigilancia y supervisión identificadas en la Propuesta de directiva de diligencia debida consisten en un deber con una naturaleza equiparable al deber de diligencia en materia de blanqueo de capitales, pero para el que nuestra legislación no está igual de preparada. Como se verá en el apartado siguiente, las estructuras tradicionales de imputación (imprudencia, posiciones de garantía) oscurecen dicha naturaleza, porque lo conciben como un deber vinculado al resultado. Sin embargo, considero que junto a un deber de *neminem laedere* referido al resultado, el deber de diligencia propuesto por la Directiva tiene un fuerte componente positivo, como deber de medios de contrarrestar los riesgos de terceros. Consecuentemente, la naturaleza de este deber de medios será analizada como un deber positivo especial, para el cual se construye una propuesta *de lege ferenda*, a fin de trasponer la Directiva e incorporar dicho deber a nuestra legislación de una forma coherente con la propia Directiva y con nuestra legislación penal.

13.1.3 **Deber de diligencia vinculado al resultado: deber de impedir delitos propios ¿y de terceros?**

Atendiendo al telón de fondo descrito respecto de la evolución de las medidas de diligencia debida, sea en el ámbito de los derechos humanos en la cadena de valor, sea en la prevención de los delitos contra el sistema financiero y financiación del terrorismo, estas se presentan como una estrategia de doble finalidad [30]. De un lado, persiguen el clásico objetivo de evitar la comisión de delitos dentro de la empresa. De otro, suponen una materialización de la idea de autorregulación expresada anteriormente, a propósito de la división de tareas y responsabilidades entre el Estado y las empresas, para que las últimas colaboren como agentes delegados por el Estado para vigilar la legalidad de las actividades de sus clientes y socios de negocio. En este último aspecto, esta labor de vigilancia opera, principalmente, con el objetivo de identificar conductas ilícitas de terceros mientras que, a la vez, forma parte de una estrategia transnacional de fomento de intereses públicos que el Estado, aisladamente, no es capaz de alcanzar.

Dejando aparte las particularidades de cada contexto histórico, observo que los deberes y reglamentos de diligencia debida con relación a terceros re-

[30] Arnold, *Business Ethics Quarterly*, (20-3), 2010.

presentan un giro hacia un estado de prevención y seguridad colectivos [31]. Pero ya no en el sentido característico de los años ochenta, cuando se hablaba de la sociedad de riesgo, o de la industria o tecnología como fuente de peligros [32]. Sino más bien en el sentido de que se extienden los deberes de mantenimiento de un estado se seguridad también a la responsabilidad de algunos *players*, como son ciertos miembros del sector privado.

En efecto, los años ochenta y noventa asistieron a un acelerado avance de las tecnologías de producción y formas de interacción social –globalización– que despertaron la consciencia colectiva para las consecuencias dañinas para el medio ambiente (industria química, avances en el sector de transportes) y otras áreas sociales. De hecho, como ponía de relieve Silva Sánchez [33], estos años estuvieron marcados por una política criminal de contención de los peligros de la llamada «sociedad de riesgo» (según la expresión acuñada por el sociólogo alemán Ulrich Beck). Una política criminal de contención de los riesgos de procedencia humana por vía de la expansión sustantiva del Derecho penal con la creación de delitos contra los bienes jurídicos colectivos (delitos contra el medioambiente, contra el orden socioeconómico, contra la ordenación del territorio etc.) En una palabra, de uso del Derecho penal para contrarrestar la sensación de inseguridad social generada por las tecnologías y por la actuación de las empresas.

Diferentemente de este momento histórico, si antes los riesgos y deberes de prevención se situaban en las industrias, de un modo más genérico, ahora se personalizan o concretan en los agentes que integran esas industrias peligrosas y también en los que, sin formar parte de ellas, interactúan con dichos agentes. Tal y como se ha venido advirtiendo en este texto, se observa una tendencia de refuerzo de la prevención y seguridad, pero con un modelo de gestión de peligros que está ahora compartido con un deber del sector privado de actuar como un vigilante *longa manus* del Estado. Hasta el punto de exigir el cuidado de la propia casa y el de la casa ajena.

El sentido de la responsabilidad institucional, que sostenía Jakobs, de «construir un mundo en común» parece estar extendiéndose a los ámbitos de vigilancia y control de peligros ajenos, siempre y cuando haya un punto de conexión entre la empresa y el potencial resultado dañino.

---

[31] En este sentido, Sieber, «Der Paradigmenwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht», en Tiedemann *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachin Vogel*, 2016.

[32] Para una síntesis de esta discusión, véase: Esteve Pardo, *Tecnica, riesgo y Derecho*, 1999.

[33] Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1999, pp. 19 ss.

Ahora bien, como ponen de relieve también los estudios de Derecho mercantil, una cosa es imponer que en la actuación de la empresa en su propio interés se respeten los intereses de los demás afectados por su desarrollo (es decir, la responsabilidad por las consecuencias de la organización empresarial) «*y otra bien distinta es priorizar en la gestión social los intereses de sujetos distintos a los socios* [34]». En términos más familiares a la dogmática penal, otra cosa bien distinta es exigir a las empresas que se ocupen de las consecuencias que van más allá de su exclusiva esfera de organización. Y esto parece confundirlo la Directiva, pues si bien es verdad que la Propuesta de Directiva de diligencia debida de sostenibilidad corporativa pretende impulsar a las multinacionales a adquirir el control de su cadena de suministro, también es verdad que parece exigir además un nivel de control que va más allá de su ámbito de gestión. El problema, como pone de relieve Nieto Martín en el contexto de nuestra discusión, es que «las multinacionales no siempre afectan directamente como personas jurídicas los Derechos humanos, sino que lo hacen terceros relacionados con ellas [35]».

Se puede tratar de conceptualizar la diligencia debida por la vía de los equivalentes funcionales, siendo la diligencia debida un buen concepto normativo con el que poner en marcha las funciones de imputación/restricción de la responsabilidad que, en personas físicas, cumplen el dolo y la de las posiciones de garantía. No obstante, esta solución presenta el problema de que se trata de categorías pensadas para personas físicas y orientadas a la evitación de un resultado. No abarcan una dimensión imprescindible de la diligencia debida: la de los deberes positivos. Por eso, al final del texto se hará una propuesta orientada a abarcar de un modo completo el deber corporativo de diligencia. A saber, no como un deber vinculado al resultado, sino –en la línea de la propuesta de Directiva– como un deber de medios.

13.2 IMPRUDENCIA

Como se ha venido sosteniendo, la Propuesta de Directiva de diligencia debida parece exigir de las multinacionales un deber de minimizar los riesgos de terceros: riesgos ajenos a su proceso de toma de decisión interno, pero que están fuertemente vinculados con su cadena de valor, como son las empresas

[34] Cfr. Trevijano, «Interés social y gestión social sostenible», *La Ley Mercantil*, (89-2545), 2022, p. 7.

[35] Nieto Martín, «Hacia un Derecho penal económico europeo de los Derechos humanos», *InDret penal* (3), 2020, p. 154.

de la cadena de suministro o los terceros contratantes en el extranjero. En definitiva, la Propuesta de Directiva de diligencia debida parece incorporar también el riesgo de terceros dentro del ámbito de responsabilidad de la multinacional, con la finalidad de impulsarlas a gestionar su negocio de modo lícito y ético en una esfera más amplia que su propia organización exclusiva de la actividad u objeto societario.

En este caso, se trata de reflexionar sobre la estructura dogmática de dicho deber de diligencia, a fin de valorar si es posible imputar a la empresa contratante la responsabilidad por los fallos detectados en la cadena de valor.

Para aproximarse al tema desde un punto de vista formal, podría plantearse el supuesto de que los riesgos de los subcontratados (terceros en la cadena de valor) sean incluidos en el abanico de los riesgos inherentes a la actividad empresarial, como una fuente de peligro especial. Por ejemplo, que a una multinacional del sector textil se le pueda atribuir los daños ambientales causados por su proveedor de tejidos, que haya contaminado las aguas del río con colorantes [36].

Es decir, los criterios de «riesgo permitido» que orientan la conducta de la empresa implicarían incluir también el control del modo de producción de las empresas proveedoras, y de esta manera calificar el ámbito de riesgo desaprobado suficiente para atribuir un resultado a la conducta imprudente de la multinacional.

En términos de la estructura de imputación objetiva de responsabilidad penal, ello requiere considerar que se amplía el ámbito de organización de la empresa para incluir también los peligros que *no están* bajo su gestión exclusiva o, en el caso del ejemplo referido, incluir en el mapa de riesgos de las empresas aquellos riesgos de delitos medioambientales que no están directamente relacionados con su actividad fin. En otras palabras, los deberes de diligencia debida sobre los riesgos de los proveedores formarían parte del conjunto de medidas de control de riesgos característicos de la imprudencia, con una importante salvedad: la imprudencia estaría relacionada con la falta de aplicación de las medidas de diligencia debida sobre los subcontratados y proveedores (auditorías y planes de monitoreo), pero no con el riesgo de la actividad fin

[36] El ejemplo real está en las ciudades chinas donde se tiñen producen millares de piezas «jeans» al año, donde los desechos de los lavados de color han cambiado las condiciones de agua potable de los pueblos cercanos a las fábricas, alterando también la posibilidad de pesca en la zona. Disponible en: http://edition.cnn.com/2010/WORLD/asiapcf/04/26/china.denim.water.pollution/index.html. Acceso en 13/07/2022.

del proveedor en la cadena de valor [37]. Una suerte de «deber de cuidado ampliado», por cuya infracción se imputa responsabilidad: a la responsabilidad por la negligencia en la auto-gestión del negocio, se añade la posibilidad de castigar por la negligencia en la hetero-gestión de las circunstancias que rodean a dicho negocio.

Frente a este escenario, dependiendo del modelo de responsabilidad de la persona jurídica acogido –autorresponsabilidad o heterorresponsabilidad– se llegan a conclusiones distintas. En el modelo de autorresponsabilidad, el incumplimiento de la diligencia debida (en el contexto de un defecto de organización) consistiría en el injusto propio de la persona jurídica y calificaría el elemento subjetivo –dolo [38] o culpa– suficiente para la imputación del resultado. Conviene subrayar, sin embargo, que esta no es una posición dominante en la doctrina. Como subraya Nieto Martín [39], en un modelo mixto o de heterorresponsabilidad, el elemento subjetivo debe estar conectado con un comportamiento de las personas físicas, y lo relevante para la responsabilidad penal de la persona jurídica debe ser el defecto de organización interno que haya mediado la comisión del delito de parte de sus trabajadores. Este no es el lugar para entrar a ahondar en esta cuestión. Pero sin pretender entrar en los detalles del complejo tema de los modelos de la auto- o heterorresponsabilidad de la persona jurídica, a mi modo de ver, no habría inconvenientes para adoptar un modelo de autorresponsabilidad desde que estuviesen claramente tipificados los deberes de diligencia debida como delito autónomo de infracción de un deber positivo, como se sostiene más adelante.

En definitiva, es controvertido que la infracción del deber de diligencia debida *sobre terceros* pueda conllevar directamente a la imputación de responsabilidad a la empresa. Sin embargo, si se admite esta posibilidad de forzar la interpretación de la falta de diligencia debida como elemento subjetivo de imprudencia de la empresa para plantearse una posible responsabilidad de

---

[37] Cfr. Bäumges/Jürgens, «Vorbereiter, Challenger, Verantwortlicher, Überwacher – die Rolle CCZ von Compliance bei der Umsetzung des LkSG», *CCZ*, (2022-195); Salminen/Rajavuori, «Transnational sustainability laws and the regulation of global value chains: comparison and a framework for analysis», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, (26-5), 2019.

[38] Según García Cavero, la falta de medidas de diligencia debida de la persona jurídica podría ser calificada como dolo de la empresa, a no cumplir con la norma de comportamiento que le está destinada. García Cavero, «La imputación subjetiva a la persona jurídica», *InDret*, (2-2022),

[39] Nieto Martín, «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal», *Anuário de Derecho penal. Temas de Derecho penal económico.*, 2013, p. 188. En las palabras del autor: «Si no cabe hablar de comportamientos empresariales dolosos, tampoco es posible hablar de comportamientos imprudentes, ni mucho menos reducir la infracción de la persona jurídica a una participación imprudente del delito –doloso o imprudente– cometido por la persona individual. Lo importante, desde el punto de vista de la asignación de responsabilidad penal a la persona jurídica, es –sencillamente– la gravedad del defecto de organización».

las multinacionales (por infringir un deber de diligencia sobre terceros), hay que prestar atención también a dos hechos concretos –ambos superables mediante ajustes legislativos. En primer lugar, la Directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial hace referencias abstractas a «los potenciales efectos adversos sobre los DD. HH. y el medioambiente». Ello requiere concretar en el tipo penal, en los Códigos penales de cada Estado miembro, qué clases de daños y qué tipos penales se encajarían en todo el abanico de efectos sobre los derechos humanos que la actividad empresarial puede conllevar [40].

En segundo lugar, sería precisa la reforma de algunos tipos de la parte general para incluir la previsión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en delitos imprudentes [41], además de añadir al listado del artículo 31 bis CP los delitos de trata de personas y los delitos contra los derechos de los trabajadores, además de los delitos de favorecimiento de la inmigración ilegal del artículo 318 bis [42]. Piénsese, por ejemplo, en los delitos contra la integridad física (lesiones, amenazas), delitos contra la libertad (detenciones ilegales, amenazas, coacciones). En suma, haría falta la labor de definir qué medidas de diligencia se refieren a qué tipos penales, y cuáles son las afectaciones de dichos tipos penales que se calificarían como efectos sobre los derechos humanos atribuible a la empresa.

13.3 ¿SON LAS MULTINACIONALES GARANTES DE LA CADENA DE SUMINISTRO?

Si se exige algo más para la responsabilidad penal de la persona jurídica que la infracción del deber de diligencia debida, la solución de la responsabi-

[40] Un indicador para esta tarea serían los reglamentos internacionales que vienen concretando las áreas de actividad de mayor riesgo para el medioambiente y el impacto social, como por ejemplo las guías de la OECD para las industrias textiles, de extracción de minerales, etc. Véase: *OECD Forum for due diligence in the Garment and Footwear Sector*, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict Affected and high-risk areas; Child Labour Risks in the minerals supply chain, OECD Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the Extractive Sector*.

[41] Los delitos que pueden ser cometidos por la persona jurídica por imprudencia son *a)* las insolvencias punibles (el art. 261 bis CP se remite a los «delitos comprendidos en este Capítulo», que incluye la modalidad imprudente, el art. 259.3 CP); *b)* los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art., 328, cuya modalidad imprudente se contempla en el art. 331 CP); y *c)* los delitos de financiación del terrorismo (art. 576.5 CP) y de blanqueo de capitales (art. 302.2 CP) que conectan la responsabilidad de la persona jurídica a la imprudencia grave en el incumplimiento de las obligaciones de prevención.

[42] Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de reforma del artículo 177 *bis* CP (delito de trata de personas) para incluir la modalidad imprudente o incluso en la necesidad de incluir delitos contra la integridad física dentro del rol de delitos del artículo 31 bis CP.

lidad por imprudencia se encuentra con importantes limitaciones de orden dogmático, especialmente cuando tratamos de la conducta de las empresas subcontratadas, proveedores, las filiales y otros agentes que intervienen en su cadena de suministro y sobre las cuales no hay ninguna posibilidad de interferencia en la gestión.

En el caso de estos últimos, una estructura de imputación penal con estas características tendría dificultades para resistir al análisis del principio de responsabilidad, pues los terceros subcontratados a lo largo de la cadena de valor son empresas que se organizan de forma autónoma e independiente y sometidos, por lo tanto, a las consecuencias de la toma de decisiones autorresponsables [43].

Con relación a la toma de decisiones autorresponsables, entiéndase aquí aquellas decisiones de negocio entre dos empresas independientes, capaces de responder penalmente por los déficits de gestión propios. La capacidad de toma de decisiones autónomas en la empresa ya se observa, en principio, en las filiales en el extranjero [44] con relación a la gobernanza de la matriz. Y es todavía más acentuada cuando se trate de empresas independientes de la matriz contratante [45]. En efecto, la estructura de conexión entre las varias empresas intervinientes en la cadena de producción multinacional supone desafíos para fundamentar la capacidad de control y gestión sobre los riesgos, pues el estilo de distribución de tareas es variado.

La autonomía de las decisiones dentro de la empresa proveedora dependerá, *grosso modo*, de si existe una relación de jerarquía o de control de parte de la matriz/compradora o si, al revés, hay una red relacional y modular [46], de coordinación en cadena –y no una de mando/control–. Las características del proceso de toma de decisiones sobre la red tendrán relevancia en el momento de determinar la capacidad de la multinacional dirigente para influir y controlar la cadena de valor.

---

[43] Cf. Robles Planas, «Principios de imputación en la empresa», en Bacigalupo Zapater *et al.* (eds.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, p. 492.

[44] *Vid.* Terwindt *et al.*, «Supply Chain Liability: Pushing the Boundaries of the Common Law?», (8-3), 2017, p. 22.

[45] La relación de posible control entre matriz y subcontratada estuvo en el centro de la discusión del caso KiK, la empresa alemana que adquiría cerca de 75 % de la producción textil de una fábrica en Paquistán que fue objeto de un incendio, en el cual se murieron 262 trabajadores calcinados. En la demanda de responsabilidad civil movida por los familiares en contra de la empresa alemana, la defensa de esta argumentó que la relación comercial contractual no conllevaba cualquier posibilidad de control sobre el modo de producción del proveedor paquistaní. El elemento clave de la demanda, con todo, consistía en confrontar si el deber (cumplido por Kik) de auditar las empresas proveedoras era suficiente, o si debiera haber intervenido directamente en la producción de la proveedora.

[46] Beckers, «Globale Wertschöpfungsketten: Theorie und Dogmatik unternehmensbezogener Pflichten», *ZfPW*, (2021), 2021, p. 226.

La asimetría de poderes entre las empresas que conforman dicha cadena de valor es otro factor relevante a considerar respecto a la capacidad de control y, consecuentemente, responsabilidad penal de la que adquiere los productos/servicios [47]. Es decir, la gestión *de facto* que una multinacional puede llegar a ejercer sobre un tercero subcontratado la acercaría a una gestora de toda la cadena de riesgos manejados por el proveedor [48].

En definitiva, la atribución de responsabilidad dependerá de la efectiva capacidad de decisión de la multinacional sobre sus socios de negocio/proveedores. En otras palabras, que las empresas de la red de valor tengan o no capacidad de decisión autónoma sobre su modelo de producción. Pues la doctrina de la imputación objetiva niega la imputación del resultado a las personas que lo hayan posibilitado de modo indirecto, especialmente en los casos en que medie el *comportamiento autorresponsable* de terceros en la producción del resultado típico. Además, las facilitaciones no dolosas de delitos de terceros han sido consideradas impunes en el ámbito de la imprudencia, considerando, en este particular, la impunidad de la participación imprudente [49]. Aunque es importante anotar que este es un tema discutido por la doctrina, con opiniones divergentes.

Independientemente de cómo se argumente en este punto, para que fuese posible atribuir a la matriz los resultados de las filiales y proveedores o subcontratados, en definitiva, deberá existir una situación real de posibilidad de gestión fáctica y poder de decisión real de la multinacional sobre ellos. Solamente frente a una configuración con estas características sería posible plantearse, eventualmente, la responsabilidad de la multinacional por el resultado lesivo generado por los terceros, de forma dolosa o imprudente, por vía de una estructura de deber de control de riesgos del negocio o de la infracción de un deber de garantía.

En efecto, considerándose que los modelos de producción se organizan por vía de delegación y distribución de tareas, y que lo esperado es la aplicación de medidas de diligencia debida, la estructura de imputación para la multinacional sería la comisión por omisión.

---

[47] Además, entre las empresas multinacionales y la cadena de proveedores existen otros actores externos, como los auditores, asociaciones de trabajadores, órganos de supervisión públicos, que también tienen poder de influir en la cadena de valor, con capacidad para colaborar en la separación de esferas de responsabilidad entre las empresas en la cadena. Artículo 3 de la Directiva de diligencia debida determina la verificación de requisitos en materia de diligencia debida, sobre el *compliance* de la empresa o de alguno de los agentes que interviene en su cadena de suministro.

[48] Fleischer, «Zur deliktsrechtlichen Verantwortlichkeit von Auftraggebern in der Lieferkette», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, (40-46), 2019.

[49] Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva*, 1995, p. 49.

Pero ¿son las multinacionales garantes de su cadena de suministro de modo que la falta de supervisión de los terceros en su cadena de valor pudiese generar la responsabilidad por el tipo de la parte especial?

Al respecto, y como es de sobra conocido, los fundamentos de los deberes de garante son tan complejos como variados son sus fundamentos. Un consenso razonablemente indiscutido les asienta en tres elementos básicos: la injerencia, la gestión exclusiva de una fuente de peligro y la asunción de una tarea de protección y vigilancia. De ese modo, y simplificando al extremo el argumento, el elemento clave para fundamentar la responsabilidad de la transnacional por los tipos de la parte especial, en comisión por omisión, consistiría en la gestión exclusiva del peligro, en el mantenimiento de los riesgos dentro de su ámbito de dominio/gestión.

Ante todo, conviene poner de relieve que la publicación de una Directiva de diligencia debida de sostenibilidad, como fuente normativa especial, no cambia esta estructura esencial de imputación objetiva de las omisiones para las empresas. Por la importante razón de que son los fundamentos materiales los únicos que pueden dar lugar a la imputación objetiva del resultado. Es decir, la gestión exclusiva de los riesgos, la asunción efectiva de un deber de garante, la desestabilización de una fuente de peligros, son los elementos decisivos de la responsabilidad, y no la creación de un deber jurídico extrapenal, aunque se refiera a los deberes concretos de prevención y cuidado. Es decir, la edición de deberes de naturaleza mercantil, regulatoria, civil o administrativa no fundamenta, automáticamente, la atribución de deberes de garante a la multinacional. Como bien sintetiza Lascuraín Sánchez en el contexto de la responsabilidad corporativa, «no todo deber jurídico es un deber de garantía [50]».

En un primer plano, como titular originario del riesgo, la empresa (sus directores o consejo de administración) debe mantener bajo control los riesgos inherentes a su actividad y aquellos que se hallan en su ámbito de dominio. En un segundo momento, la responsabilidad por omisión de la empresa se fundamenta en la delegación de los deberes originarios hacia los delegados dentro de la estructura organizativa, trasformando la naturaleza del deber de garante en un deber residual de supervisión y vigilancia, que debe seguir de la correcta selección y dotación de recursos al delegado [51]. Estos deberes de supervisión y vigilancia,

[50] Cfr. Lascuraín Sanchez, «La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales», en Nieto Martín, Adán (ed.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, p. 176.

[51] Por fin, la atribución de responsabilidad depende de que la gestión del peligro esté bajo la esfera de organización exclusiva de la empresa o sus delegados, y de que la omisión de la conducta salvadora del garante sea materialmente equivalente a la acción, (es decir, que la omisión represente un papel definitivo en la concreción del daño del mismo modo que hubiese sido una intervención activa). También habría que comprobarse la posibilidad de evitación del resultado, así como la relación de causalidad entre este y la

según subraya Silva Sánchez [52], se concretan en dos etapas: un deber previo de obtención de conocimiento acerca de cómo el subordinado gestiona las tareas que le han sido delegadas; y un deber posterior de corregir la actuación defectuosa en el ámbito de su organización a partir del momento en que se la detecte. Pero para corregirla, debe existir previamente la potestad de toma de decisiones y gestión de los recursos desde la posición de jerárquicamente superior.

Las posiciones de garante a partir del deber residual de supervisión y vigilancia están desarrolladas para los supuestos de una relación vertical entre delegante/delegado, en la cual preexiste un vínculo de subordinación y la potestad real de corregir el curso del peligro [53]. Esto es posible, sin lugar a duda, dentro de la estructura –por amplia y compleja que sea– de una empresa gestionada de manera centralizada por un órgano de administración. Pues, para establecer el alcance del deber de vigilancia, hay que tener claras las potestades de control del delegante y también las características concretas de la actividad [54]. Si están presentes los elementos de imputación que se acaban de describir (identificación de los riesgos inherentes a la empresa, gestión exclusiva o asunción de las tareas de control, falta en el deber de supervisión y vigilancia frente a las tareas delegadas, relación de equivalencia material entre acción y omisión y causalidad entre conducta y resultado), entonces el castigo de la empresa transnacional por eventuales delitos contra los derechos humanos y medio ambiente en la cadena de valor (por los tipos de la parte especial afectados) tendría su fundamento en el ejercicio pleno de la libertad por las consecuencias sobre la previa de organización defectuosa de la empresa, por gestionar de modo inadecuado los riesgos de su actividad.

Ahora bien, cuando tratamos de filiales y subcontratadas, nos hallamos más bien en una relación de supervisión o vigilancia *horizontal* [55], que no resulta de la distribución interna de tareas dentro de la organización de la empresa. En este contexto, a mi juicio, aunque se trate de actividades empresariales

---

omisión. Demetrio Crespo, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, 2009, p. 105; Bacigalupo Zapater, Compliance *y Derecho Penal*, p. 115.

[52] Cfr. Silva Sánchez, «Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial», en Kuhlen *et al.* (eds.), Compliance *y teoría del Derecho Penal*, 2013, p. 88.

[53] Con más detalles, Montaner Fernández, *Estudios penales y criminológicos*, (XXXV), 2015, p. 758.

[54] Incluso así, no se trata de un deber de garante absoluto, «pues resulta excesivo extender la responsabilidad penal del vigilante a todas las posibles acciones delictivas que pudiera cometer el vigilado, cuando presenten alguna clase de relación con la conducta que debe ser controlada». Silva Sánchez, «Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial», en Kuhlen *et al.* (eds.), Compliance *y teoría del Derecho Penal*, 2013, p. 81.

[55] Para una primera aproximación al tema, aunque tratando de la relación de garantía horizontal entre los órganos colegiados de cumplimiento, véase: Turienzo, «Principios de imputación en las relaciones horizontales. A propósito del órgano colegiado de cumplimiento», *Política criminal* (16-32), 2021.

relacionadas, como es el caso de las filiales con relación a la matriz, estamos frente a esferas separadas de competencia y de responsabilidad. Se afirma que la estricta separación de esferas «no permite fundamentar la existencia de un deber especial de neutralización de riesgos o evitación de resultados que se producen en esferas de organización ajenas» [56].

En este contexto, el solo hecho que la matriz o la multinacional tenga constancia de la conducta irregular de sus filiares o de subcontratadas en la cadena de valor no sería suficiente para activar un deber de garante extensivo, cuando le falte la posibilidad efectiva de gestión de este riesgo en las personas jurídicas que intervienen en la cadena de valor. Hasta donde alcanzo, el elemento subjetivo de conocimiento debe estar mediado por un deber anteriormente imputable a los miembros de la empresa, es decir, antes de la imputación subjetiva por el conocimiento de las irregularidades, hay que remarcar la posibilidad de imputación objetiva en virtud de la mala gestión de los riesgos propios. Ello nos lleva al raciocinio de las conductas neutrales: cuando una conducta no es objetivamente imputable a un sujeto, pero este podría conocer que su actividad podría ser utilizada por terceros para cometer un delito, y tratándose de esferas de organización separadas en las cuales no se puede apreciar un deber de garante, solo podría apelarse a la vigencia subsidiaria de deberes positivos generales [57] o, en nuestro caso, de un deber positivo especial de colaboración de la empresa (transnacional).

13.3.1 **Deber de diligencia vinculado a los medios: la colaboración empresarial como un deber positivo especial**

Más allá de los problemas derivados de los resultados lesivos antijurídicos imputables con base en estructuras equiparables a la imprudencia o a las posiciones de garantía, hay que tener en cuenta que la Directiva también impone obligaciones positivas. Es decir: dicha propuesta pone de relieve que la obligación de aplicar medidas de diligencia debida de DD. HH. no pretende atribuir a las empresas el objetivo de prevenir toda suerte de delitos, sino que se trata, eminentemente, de una *obligación de medios* [58].

---

[56] Véase Silva Sánchez, «Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial», en Kuhlen *et al.* (eds.), Compliance *y teoría del Derecho Penal*, 2013, p. 85.

[57] *Vid.* Robles Planas, «Deberes negativos y positivos en derecho penal», *InDret* (4), 2013.

[58] «*This Directive should not require companies to guarantee, in all circumstances, that adverse impacts never occur or that they will be stopped […] the main obligations in this Directive should be ´obligations of means»*. Considerando núm. 15 la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva.

En definitiva, el objetivo de la Directiva de diligencia debida y de las demás iniciativas ESG es fomentar la implementación de sólidos programas de *compliance*. De modo que las posibilidades de castigo de las multinacionales no se referirían, en todos los casos, al delito de resultado que se haya cometido en este ámbito alargado de su actividad fin (que incluye filiales y proveedores), sino que vendría de la mano de la dejadez en poner en marcha un programa de cumplimiento efectivo; por no controlar y vigilar a su cadena de suministro, sus socios de negocio, o por no facilitar los informes de operación no-financiera [59]. La expresión utilizada por ley alemana de diligencia en la cadena de suministro, recientemente publicada, resume bien el deber de que se trata: *Bemühengspflichten*. [60] Un deber de esforzarse para implementar controles para fomentar el respecto a los DD. HH. y el cuidado con el medioambiente.

En esta línea, a mi juicio, este modelo de deber de diligencia debida incitado por la Directiva se presenta, así, como un deber especial distinto del deber negativo general de no dañar. Los sistemas de *compliance* de DD. HH. que se pretenden fomentar por vía de estas reglas de *soft law* (contenidas no solo en la Directiva de DD. HH., pero en una serie de otras relativas al medioambiente y cadena de suministro) pueden llegar a ser algo más que la simple organización para no cometer delitos. En efecto, estos pueden consistir, más bien, en ciertos deberes o incumbencias de fomento [61], de adopción de una nueva función de agente de control sobre toda la red involucrada en la producción y distribución final del producto.

Desde este punto de partida, conviene plantearse qué clase de deber jurídico fundamentaría la sanción (penal o administrativa) por infringir esta «obligación de medios» de las empresas, impuesta por la Directiva de diligencia debida. En términos dogmáticos, a mi entender, ello indica la imposición de un deber positivo especial, subsidiario al deber de no causar daños, de colaboración o una incumbencia de las empresas como método de aseguramiento de los riesgos de terceros.

---

[59] Como ocurre en la *Non-financial Reporting Directive - NFRD*, Directiva 2014/95/UE. Según esta Directiva, las grandes empresas deben que publicar información relacionada con asuntos medioambientales, los temas sociales y el trato a los empleados, el respeto de los derechos humanos la lucha contra la corrupción y el soborno y la diversidad en los consejos de administración de las empresas (en términos de edad, género, formación académica y profesional).

[60] Wagner/Ruttloff, «Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Eine erste Einordnung», *NJW*, 2021, p. 246.

[61] Según Silva Sánchez, los efectos de la co-regulación entre Estado y empresas generaría un efecto de incumbencia positiva sobre el *compliance* de las empresas, en el sentido de fomentar la mejora de las condiciones externas a la empresa. Serían incumbencias (y no deberes), en su opinión, porque a ellas no están aparejadas sanciones. Silva Sánchez, «La eximente de «modelos de prevención de delitos». Fundamento y base para una dogmática», en Ragués i Vallès/Robles Planas (eds.), *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, 2018, p. 241.

Tomando como base que el deber/incumbencia de vigilar y controlar los riesgos de terceros presupone una delegación –o ejecución compartida– de las medidas de evitación del delito de naturaleza cuasi- policial, considero que esta división de tareas entre Estados y sector privado cambia la naturaleza del deber de las empresas transnacionales sujetas a la Directiva de diligencia debida. Se trataría, más bien, de plantearse la responsabilidad de las empresas en el topo de la cadena de valor como el resultado de un deber subsidiario de *vigilancia de las transnacionales sobre empresas de menor porte, con el cometido de fomentar a nivel internacional los estándares de producción de los Estados europeos* y, con ello, de intensificar la protección de los derechos humanos más fundamentales a nivel internacional.

Antes mismo de la publicación de la Propuesta de directiva de diligencia debida, Nieto Martín ya había puntualizado lo que podría constituir la naturaleza jurídica de los deberes de diligencia. Según el autor, las normas europeas que establecen deberes a las empresas transnacionales destinadas a garantizar que su actividad sea respetuosa con los DD. HH. formarían parte de una incipiente estrategia de imponer «obligaciones positivas de las empresas [62]», que podríamos calificar como un deber positivo especial de colaboración. Es decir, un deber de adoptar programas de cumplimiento que permitan identificar y evitar los delitos cometidos por los terceros en la cadena de valor, que faciliten la tarea de los órganos del sistema de justicia criminal de los Estados donde actúan las multinacionales, de identificar las irregularidades en los socios de negocios con los cuales mantienen relaciones de negocio. En suma, un deber específico de prevención y denuncia referido a los socios de negocio.

Los planteamientos más relevantes sobre la naturaleza de los deberes positivos y negativos se manifiestan en el Derecho penal –sin perjuicio de su discusión filosófica más extendida [63]– por vía de las discusiones sobre la razón de imputación de responsabilidades. Como es de sobra conocido, el fundamento básico de la responsabilidad penal consiste en el deber de no dañar a nadie (*neminem laede*), en organizar su libertad individual de forma que de ella no resulten daños o lesiones a los demás. El deber de no dañar es una institución negativa básica sobre la cual se asientan los cimientos del Derecho penal y su quebranto da lugar a la *responsabilidad por las consecuencias* de la

[62] Nieto Martín, *InDret* (3), 2020, p. 140.

[63] Véase, por ejemplo, Garzón Valdés, «Los deberes positivos generales y su fundamentación», *Doxa* (3), 1986.

organización previa de la libertad [64]. Jakobs la ha configurado extendidamente como responsabilidad por organización [65], o, en los términos más extendidos, como los *delitos de dominio del hecho*.

Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho penal positivo (leyes penales vigentes y normas constitucionales), y especialmente bajo la concepción de un Estado social como es el nuestro, el principio de responsabilidad por organización, o responsabilidad por las consecuencias –como anclaje exclusivo de la imputación penal– resta insuficiente para justificar la imposición de deberes con consecuencia penal [66]. A tal efecto, es imprescindible recurrir a los razonamientos de solidaridad y a los deberes de tolerancia [67] y, de manera general, a los deberes positivos que permiten obligar a los ciudadanos a ocuparse de tareas o protección de intereses que van más allá del deber de no dañar y de la responsabilidad por las consecuencias [68].

La clase de deberes positivos (especiales y generales) estuvo tradicionalmente limitada a las ponderaciones de la ética en la filosofía, y solamente de forma muy excepcional se permite transportarles a las exigencias del Derecho Penal. En efecto, la excepción a la regla general del *neminem laede* y *casus sentit dominus* [69] en Derecho penal está dada por los deberes mínimos de solidaridad que suponen, según Silva Sánchez, una «cláusula de cierre de un modelo liberal de relación entre los ciudadanos [70]». Así, el principio de solidaridad se concreta en los deberes *positivos* subsidiarios de Derecho penal de prestar socorro (donde no hay solo el deber de soportar el daño, sino también el de actuar positivamente para revertirlo), y de prestar auxilio o tolerar la intervención ajena de salvación frente a casos de estado de necesidad agresivo (donde el daño sí puede ser atribuido a actos lesivos de terceros, aunque justificados o no penalmente

---

[64] Cfr. Sánchez-Vera, «Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal», *Cuadernos de política criminal* (68), 1999, p. 348.

[65] Cfr. Jakobs, *La competencia por organización en el delito omisivo*, 1994.

[66] Extendidamente, Pawlik, «Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtigfertigenden Aggressivnotstandes», *JRE*, (22), 2014, p. 155.

[67] Perdomo Torres, *Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand*, 2011, p. 46; Pawlik, *JRE*, (22), 2014, p. 156; Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legitima defensa*, 1994, p. 21.

[68] *Vid.* Coca Vila, «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *Indret* (1), 2011.

[69] Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legitima defensa*, 1994, p. 62. El autor apunta que el *casus* es un «principio operativo de segundo nivel», vinculado a la autonomía individual, y que sirve de baremo para determinar el grado de responsabilidad de cada sujeto frente a peligros amenazantes.

[70] Silva Sánchez, Jesús María, «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión: las estructuras de los artículos 195.3 y 196 del Código Penal», *Manuales de formación continuada. Ejemplar dedicado a: Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, (4), 1999, p. 156.

imputables)[71]. El clásico ejemplo del deber de solidaridad penalmente tipificado, como se sabe, es el deber de socorro de los artículos 195.1 y 195.3 CP.

El planteamiento del deber colaboración se fundamenta en la teoría de los deberes positivos, en tanto deberes de fomento de determinados bienes o del interés público. Se trata, fundamentalmente, de la idea de atribuir un deber de «apoyo» a la preservación de derechos y libertades que incumbe, en primer lugar, al Estado y a sus funcionarios. En efecto, identificar el deber de colaboración equivale a apuntar hacia una forma de atribuir a los particulares una competencia especial de *cuasi funcionarios*, es decir, de colaboradores de los funcionarios *de iure* para cumplir tareas que hayan sido previamente determinadas por el Estado o, en el caso de la Directiva en comento, por las instituciones europeas.

De ese modo, los deberes de colaboración se hallan en el contexto de una forma de responsabilidad subsidiaria frente a la responsabilidad penal por consecuencia de la organización plena de las situaciones de riesgo, como una clase de deberes referido a la infracción de un «deber de medios», de adoptar acciones positivas de fomento o de ayudar, o de información y o de vigilancia sobre terceros. Por ejemplo, en el deber de socorro tras injerencia imprudente, el deber de denunciar delitos (art. 264 LECrim), deber de prestar informaciones tributarias o de comunicar operaciones sospechosas en el blanqueo de capitales.

Ello ocurre cuando un sujeto (o empresa) presenta una conexión indirecta con el ámbito de peligro, porque este se halla en los efectos expandidos de la actividad profesional, pero escapa al completo dominio. Así, la subsidiariedad de este deber se justifica porque se encuentra a personas, empresas o profesiones que configuran un «estado de cosas» en el cual se generan resultados lesivos que no son directamente imputables a su capacidad de organización o a su rol[72].

En el ámbito de la Propuesta de Directiva de diligencia debida, la imposición de deberes de colaboración a las empresas podría resultar como un llamado a la responsabilidad (que podría resultar en responsabilidad penal) de las empresas que mantienen una cercanía importante con la producción de un resultado lesivo a los derechos humanos, pero que no poseen la plena organización o gestión del ámbito de dicho peligro, o que no realizan una conducta (activa u omisiva) a la cual se pueda imputar objetiva y directamente la responsabilidad por el resultado.

Frente a estos supuestos, cabe pensar en un deber positivo subsidiario de solidaridad intensificada de las empresas frente a la protección de los derechos

---

[71] Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legitima defensa*, 1994, p. 62; Seelmann, «Ideengeschichte des Solidaritätsbegriffs im Strafrecht», en Von Hirsch *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 36.

[72] Cfr. Carlos de Oliveira, *Los deberes de colaboración en el blanqueo de capitales*. Tesis doctoral. UPF, 2021, pp. 239 ss.

humanos en las zonas de mayor vulnerabilidad social donde pueden decidir subcontratar una parte de su cadena de valor. ¿Pero por qué las empresas deberían cooperar con el Estado en este cometido? Independientemente de las concepciones éticas y reputacionales de la empresa, entiendo que los motivos de la cooperación pueden situarse en un continuo entre lo positivo –el deber de fomentar ambientes más seguros de desarrollo de la actividad empresarial– y lo negativo –referido a que hay una posibilidad, aunque disminuida, de acercamiento del contexto de riesgo, pues existe un vínculo débil entre las multinacionales y las empresas de menor porte que integran la cadena de valor.

Con todo, una cosa es que se pueda identificar en la diligencia debida sobre terceros un deber positivo especial frente a los derechos humanos. Otra cosa, muy distinta, es que los deberes positivos tengan el rango de fundamentar la imposición directa de una pena de delito de la parte especial, como si fuesen algo equivalente a la infracción de un deber de garante. Como sostiene Robles Planas, el castigo por la infracción de deberes positivos de esta naturaleza depende de la previsión expresa [73], es decir, de tipificación en la parte especial del CP pues, como se ha dicho, su infracción responde a un fundamento distinto del deber (negativo) de no dañar. Este deber distinto subyace a los delitos que la Directiva de sostenibilidad y diligencia debida pretende evitar (daños ambientales, trata de personas, terrorismo, trabajo esclavo, amenazas).

Además, el deber de colaboración debe ser tratado como un deber subsidiario, de naturaleza débil, que representa más bien la demanda de la protección de un estadio de peligro. Evidentemente, cuando se den las circunstancias de gestión del peligro de parte de la multinacional, o de intervención efectiva en las decisiones de la cadena de suministro (de modo a quebrantar las decisiones autorresponsables de los socios de negocio/proveedores e integrarse en la gestión de los riesgos) seguirá vigente la imputación de responsabilidad de la persona jurídica por la organización exclusiva del resultado de daño/peligro concreto, por vía de la posición de garante. La posibilidad de fundamentar el castigo bajo el razonamiento de un deber de colaboración con el fomento de un estado de seguridad de los derechos humanos es subsidiaria, para los casos en los que no exista tal posición de garantía.

Por otro lado, los deberes positivos de colaboración también pueden, incluso, ser formulados en términos de deberes de denuncia, y su infracción puede dar lugar al encubrimiento del autor del delito contra los derechos humanos o del medio ambiente. Estas conductas, a su vez, como bien expone Sánchez-

[73] Nolan, en Deva/Bilchitz (eds.), *Human Rights obligations of business. Beyond the corporate responsibility to respect?*, 2013, p. 17.

Ostiz, configuran una categoría de responsabilidad que se acerca a la incriminación de conductas post-consumativas, es decir, de reproche de los sujetos que no participan de la ejecución del delito, conocen de su existencia en un momento posterior y deciden seguir aprovechándose del delito que ya está consumado [74].

Hay que subrayarse, sin embargo, que la tipificación expresa de un deber de colaboración de protección de los derechos humanos, dada la amplitud de sus términos, tomaría la forma, a mi juicio, de una criminalización de los deberes de *compliance,* de los deberes de medios referidos en la directiva. Por lo tanto, debería tomar la forma de una tipificación de los deberes positivos específicos de *compliance* sobre terceros (deberes de diligencia debida, identificación de riesgos y potenciales efectos adversos, de comunicación, y monitoreo) que, hoy por hoy, no existe.

Por fin, el hecho de definir la diligencia debida como un deber positivo significaría fundamentar el deber bajo criterios de distribución de libertades, que «desprivatiza» el conflicto entre empresa y víctima. En otras palabras, establecer que se trata de un deber positivo de aplicar medidas de diligencia se apartaría de la concepción más tradicional de la protección de los DD. HH., que ubica a la víctima en el centro de las intervenciones jurídicas. Pues substituye la relación empresa-víctima por una relación empresa-Estado/administración de justicia, lo cual también es más coherente con el modelo de autorregulación sobre el cual se basa gran parte de las políticas de prevención de delitos a nivel internacional. Y ello debería tener efectos también en la atribución de pena, atenuando la responsabilidad, pues desconecta el injusto de la conducta de colaboración con el resultado lesivo provocado por los socios de negocio o filiales.

13.3.2 **Conclusiones y reflexión final: propuesta de transposición**

Frente a todo lo que se ha dicho sobre el deber de diligencia, son dos las conclusiones posibles. De un lado, es posible extender el deber de las multinacionales *vinculando los deberes de diligencia debida con el resultado*, cuando haya una relación suficiente de gestión y control de las multinacionales sobre la cadena de suministro. Sin embargo, como se ha indicado anteriormente, ello supondría adoptar un criterio de interpretación de la responsabilidad de las personas jurídicas según el cual la simple infracción de las medidas de diligencia

[74] Este autor cuestiona el hecho de que el encubrimiento haya sido considerado por la doctrina como una forma de participación post-delictiva o, más específicamente, como una categoría *cuasiparticipativa*. Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *¿Encubridores o cómplices? contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, 2004, p. 185.

debida equivaldría al dolo de la persona jurídica (en un modelo de autorresponsabilidad de la empresa); o realizar una interpretación extensiva de las posibilidades de imputación por imprudencia. Además de enfrentarse a las dificultades de establecer una posición de garantía entre multinacional y proveedor.

De otro lado, a mi juicio, la solución la más adecuada a los principios de imputación penal consistiría en reconocer el deber de diligencia debida tal y como se presenta en la Directiva europea, es decir, como un *deber de medios, de implementación de mecanismos de prevención, denuncia, monitoreo y aplicación de planos de corrección*. En suma, como un deber especial de monitoreo de la cadena de suministro. El contenido de este deber legal de la diligencia debida consistiría en una obligación para las empresas de desarrollar medidas eficaces y adecuadas para la regulación de la cadena de suministro según su área de actuación y de acuerdo con el estado de la técnica específico de cada sector productivo [75].

Un punto de partida para la referencia normativa del contenido del deber se hallaría en las directrices sectoriales sobre diligencia debida, como las elaboradas por la OCDE para sectores específicos, para la especificación de la eficacia y la idoneidad. Por otro lado, las normas de cuidado elaboradas por asociaciones civiles y grupos de expertos también podrían integrar el conjunto de mejores prácticas éticas para completar el deber de diligencia.

En este sentido, hay una convergencia entre los fines de delegación de deberes entre el Estado y el sector privado, que se ha mencionado en el inicio de este estudio, en la forma de una combinación de gobernanza privada y pública. Pues si el Estado delega a las empresas un deber especial de vigilancia sobre toda la cadena de suministro internacional, es razonable que permita que una parte del complemento del contenido normativo tenga origen en las reglas específicas del sector.

Este sería una forma adecuada de concretar el deber positivo de fomento de los derechos humanos y sostenibilidad en la cadena de suministro, como forma de deber subsidiario y de cláusula de cierre para los supuestos en los cuales no exista la efectiva gestión y control de la multinacional frente a sus socios de negocio/proveedores.

A parte del fundamento de deber positivo, a mi juicio, podría plantearse una vez más la similitud de los deberes de diligencia debida de DD. HH. y aquellos relativos a la prevención del blanqueo de capitales, con el fin de proponer una regulación alternativa. En este sentido, sería posible la creación de un delito especial semejante a la lógica del blanqueo de capitales o de la receptación: que

[75] *Vid.* Nolan, en Deva/Bilchitz (eds.), *Human Rights obligations of business. Beyond the corporate responsibility to respect?*, 2013.

incrimine los actos de aprovechamiento del delito de terceros, como una forma de «blanqueo» de los materiales o servicios de la cadena de valor que hayan sido producidos infringiendo derechos humanos o sin sostenibilidad ambiental.

Como se ve, son distintas las posibilidades de fundamentar la posible responsabilidad penal de las multinacionales por infracciones de la diligencia debida en la cadena de valor. Ninguna de ellas, sin embargo, absolutamente adecuada a los principios de imputación penal vigentes. Por esta razón, y a modo de colofón, entiendo que la recomendación más adecuada de intervención del Derecho penal en esta área consiste en la elaboración de un tipo penal nuevo, específico, que conforme un modelo de un delito de infracción de deber positivo especial, con el contenido de un deber de colaboración con los fines de preservación de los derechos humanos y medio ambiente a lo largo de la cadena de valor.

14. EL DEBER DE VIGILANCIA DE LAS EMPRESAS MATRICES: A PROPÓSITO DE LA LEY FRANCESA DE 27 DE MARZO DE 2017 [1]

Maite Álvarez Vizcaya[*]
Universidad Carlos III de Madrid

14.1 INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos de los trabajadores se ha venido articulando a través de distintos instrumentos de negociación que se encontraban bajo el paraguas protector de la normativa laboral, pero esta se ha demostrado claramente insuficiente frente a la actividad desarrollada por las empresas de carácter transnacional [2] que si por algo se caracterizan es por su marcada extraterritorialidad.

El fenómeno de la globalización no solo está transformando las reglas del juego económico sino también, y cada vez en mayor medida, los sistemas de anclaje tradicionales del mundo jurídico. El Estado, el poder legislativo, estaba acostumbrado a establecer las bases de regulación, de comportamiento y de solución de conflictos que se generaban en su ámbito de soberanía, y el territorio nacional marcaba el ámbito de competencia y de jurisdicción.

Cuando las empresas empiezan a deslocalizar sus modos de producción y gestión se inicia un proceso de «pérdida de pie» por parte del Estado frente

---

[*] Profesora Titular de Derecho penal. Universidad Carlos III de Madrid.

[1] El presente trabajo se enmarca en el Proyecto I+D *La responsabilidad penal de empresas transnacionales por violaciones a los Derechos Humanos y al medio ambiente* (DER2017-85144-C2) y en el *Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad* (ON TRUST-CM: H2019/HUM-5699. Proyecto financiado por la Consejería de Ciencia, Universidades e Investigación de la Comunidad de Madrid y cofinanciado por el Fondo Social Europeo).

[2] *Vid.* en este sentido Moreau, M. A.: «L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales» en *Droit social*, 2017, p. 792 (1).

al empoderamiento empresarial [3]. Se produce una falta de control de su actividad no solo desde una perspectiva económica sino sobremanera a nivel jurídico, la formalización de sus contratos, los problemas que genera la discusión sobre la tributación de los beneficios obtenidos y, cómo no, también en las cuestiones que afectan a la posible comisión de conductas de carácter irregular y las responsabilidades que de ello se puedan derivar. En definitiva, el Estado se ve notablemente afectado como «productor» de normas que cada vez tienen menor incidencia [4].

La mayor irrelevancia de la dimensión territorial de los procesos de producción [5] es lo que da lugar a que sean las grandes compañías internacionales las que pasan a ser el eje alrededor del cual gira, en mayor medida, las condiciones laborales de los trabajadores, la protección de su salud y el respeto a sus derechos fundamentales.

Controlar la actividad empresarial más allá de las fronteras estatales se está demostrando un auténtico reto. El traslado de la producción a países débiles desde el punto de vista de la protección de los derechos de los trabajadores, de las condiciones en las que desarrollan el trabajo, su salud, y de la protección del medio ambiente, genera lógicamente un incremento notable de beneficios a las empresas debido a las menores exigencias salariales y ausencia de controles medio ambientales todo ello bajo el mantra de un aumento de la competitividad, pero lo que no puede negarse es que indudablemente genera también una notable desprotección, o quizás más bien explotación, de quienes trabajan para estas grandes multinacionales.

Como muchos han puesto de relieve, «la consecuencia de esta asimetría entre la dimensión transnacional de las actividades empresariales y el carácter nacional de las normas laborales, es la generación de un claro vacío de regulación en lo que al funcionamiento de los procesos globales de producción se refiere» [6]. Se hace cada vez más patente la necesidad de afrontar y regular la responsabilidad de las empresas, independientemente de dónde desarrollen su trabajo, por los daños o los perjuicios que puedan derivarse de su actividad.

Desde distintos ámbitos se está realizando con gran esfuerzo la tarea de construir un espacio que posibilite la responsabilidad jurídica de las empre-

[3] *Vid.* en este sentido AUVERGNON, P.: «El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas transnacionales, o cómo no dejar que los zorros cuiden libremente del gallinero mundial», en *Lex social*, vol. 10 núm. 2, 2020, pp. 207 ss.

[4] NIETO MARTÍN, A.: «Transformaciones del *ius puniendi* en el Derecho global» en *Ius puniendi y global law*, Dir. Adán Nieto y Beatriz García Moreno, (ed. Tirant lo Blanch), Valencia 2019, pp. 17 ss.

[5] DAURAREILH, I.: «La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas controladoras», *Trabajo y Derecho*, núms. 55-56, julio-agosto 2019, p. 2.

[6] DAURAREILH, I.: «La ley francesa sobre el deber…», *op. cit.*, p. 2.

sas transnacionales frente a los daños que el desarrollo de su actividad en determinadas condiciones pueda generar. Hechos de todos conocidos [7] han puesto de manifiesto la urgente necesidad de controlar la actividad de estas multinacionales, focalizando este interés sobre todo en el ámbito de las relaciones laborales, la protección del medio ambiente y la tutela de los derechos humanos.

Este espacio puede ubicarse en un contexto reglamentario internacional que permita controlar la labor transnacional de las empresas de manera que su actividad pueda ser objeto de un control cada vez más exigente [8]. Este se ha desarrollado hasta ahora través de un marco normativo en principio no vinculante, propiciado por instancias internacionales, en el que cabe destacar como más relevantes la declaración tripartita de principios de la OIT sobre las empresas multinacionales y la política social [9], las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales [10] y los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 16 de junio de 2011.

Este notable esfuerzo normativo no ha significado más que el inicio de lo que se está demostrando un largo proceso [11], pues, a pesar del tiempo transcurrido desde la aprobación de este conjunto de documentos, «la persistencia de violaciones de derechos humanos cometidas por empresas, la impunidad de las mismas por estas violaciones y la situación de indefensión de las víctimas» [12] queda bastante patente.

---

[7] En los últimos años catástrofes de distinta naturaleza han saltado a la primera página de los periódicos y de los noticiarios poniendo de relieve la fragilidad de nuestro modo de vida en cuanto a la tutela de la salud de los trabajadores o de la protección del medio ambiente, así, a modo de ejemplo, el encallamiento el 24 de marzo de 1989 del petrolero Exxon Valdez que derramó 257.000 barriles de petróleo en las costas de Alaska, o el derrumbe del edificio Rana Plaza en Bangladesh, el 24 de abril de 2013, que causó 1129 muertos y 2500 heridos.

[8] Caillet, M-C.: «Du devoir de vigilance aux plans de vigilance: quelle mise en oeuvre?», en *Droit Social* 2017, p. 819 (1).

[9] La OIT adoptó esta declaración en el año 1977 habiendo sufrido distintas modificaciones *Vid.* Guamán Hernández, A.: «Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos» en *Lex social*, julio-diciembre 2018, p. 219, nota 5.

[10] *Vid.* ampliamente Guamán Hernández, A.: «Diligencia debida en derechos humanos…», *op. cit.*, pp. 225 ss.

[11] En este ámbito cabe destacar que en nuestro país se ha implementado el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos (*BOE* de 14 de septiembre de 2017) en el que se da traslado de los principios rectores elaborados por Naciones Unidas para la protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial. Este plan se concibe como un marco normativo no vinculante y en el que, como se expresa en su punto I.- «se plasma el compromiso de España de proteger los derechos humanos, también frente a cualquier impacto negativo que la actividad empresarial pudiera tener sobre ellos, y de proporcionar a las eventuales víctimas de los mismos un remedio efectivo».

[12] Guamán Hernández, A.: «Diligencia debida en derechos humanos…», *op. cit.*, p. 220.

Es en este contexto en el que debe ubicarse la Ley francesa de 27 de marzo de 2017 sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y las empresas contratistas. Ésta supone un paso más, y no de escasa importancia, en el camino por responsabilizar a las empresas transnacionales de su actividad y de los perjuicios que puedan derivarse de la misma. Avance que cabe calificar de notable ya que escapa de la esfera de la mera recomendación para constituirse en norma, la primera a nivel mundial [13] con carácter vinculante para las mismas, contemplando como obligación, incluyendo a sus filiales, proveedores y subcontratas, la elaboración de un plan de vigilancia que detecte los riesgos que, para el medio ambiente, la salud y los derechos humanos puedan derivarse de su actividad.

14.2 LA LEY FRANCESA NÚM. 2017-399, DE 27 DE MARZO DE 2017, SOBRE EL DEBER DE VIGILANCIA DE LAS SOCIEDADES MATRICES Y LAS EMPRESAS CONTRATISTAS

La normativa que se está desarrollando en el ámbito de la Responsabilidad Social de las Empresas es cada vez más numerosa. En ella se explicitan reglas generales de comportamiento, indicadores de conducta y, objetivos, de manera que las empresas deben de adecuar sus líneas de actuación a los mismos teniendo presente los riesgos que para los derechos humanos, salud, medio ambiente, etc., pueden generar con su actividad. Como se acaba de mencionar, «los principios rectores de la Organización de cooperación y desarrollo económico (OCDE), los de Naciones Unidas, así como la Declaración tripartita de La Organización Internacional del Trabajo (OIT), conforman hoy en día un corpus de recomendaciones de buenas prácticas adoptadas por los Estados y aceptadas por la mayoría de las empresas multinacionales» [14].

Sin embargo, aquí nos encontramos ante la primera ley que se ha ocupado de establecer unos deberes de actuación [15], configurando un deber de vigilancia de la empresa matriz o principal sobre todas las organizaciones que se integran en ella, unas dentro de otras, asumiendo el juego de muñecas rusas y

[13] Según el Observatorio de responsabilidad corporativa (https://observatiorsc.org) se están desarrollando tanto en Finlandia, que lo incluye en su programa de gobierno, como en Holanda iniciativas legales en esta misma dirección. Consultado el 6 de junio de 2022.

[14] Caillet, M. C.: «Du devoir de vigilance aux plans de vigilance..» *op. cit.*, p. 2.

[15] Las empresas han venido desarrollando en el marco de la denominada responsabilidad social de las empresas códigos de buena conducta y principios deontológicos de funcionamiento, pero siempre en el ámbito del cumplimiento voluntario. *Vid.* en este sentido Auvergnon, P.: «El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas…», *op. cit.,* p. 208.

que normalmente se utiliza para eludir las responsabilidades que se puedan derivar de actuaciones dudosas o negligentes debido a lo intrincado de su conexión. Será de la infracción de este deber de vigilancia en materia de derechos humanos y tutela medio ambiental del que se derive la posibilidad de imponer una sanción [16].

Durante su tramitación fue objeto de fuertes controversias parlamentarias ya que en opinión de muchos su aprobación supondría para Francia una pérdida de atractivo económico en el ámbito internacional lo que conduciría a desincentivar las inversiones extranjeras en territorio francés y afectaría a la competitividad internacional de las empresas francesas [17]. Sin embargo, a pesar de sus imperfecciones y de los múltiples acuerdos y consiguientes cesiones a las que se vio sometida en su tramitación, y que, como veremos a continuación, han desfigurado el marco original de la misma [18] pues se abandonó el planteamiento de la inversión de la carga de la prueba a lo que debe añadirse la resolución del Consejo Constitucional de 23 de marzo de 2017 que limitó el *quantum* de la indemnización abandonando el planteamiento inicial de «castigar» con hasta 10 millones de euros por los posibles daños causados, esta ley no sólo es pionera, sino que, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina francesa, representa una gran originalidad [19] respecto a la normativa vigente.

La obligación de vigilancia instaurada por la ley se concreta en la elaboración y puesta en marcha por parte de la sociedad matriz de un Plan de vigilancia, que despliega su ámbito de dominio más allá de la propia actividad directa de la empresa para extender su actuación a la actividad desarrollada por sus filiales y también por sus proveedores [20]. Trata de dar carta de naturaleza en el ordenamiento jurídico francés a que la cadena de producción es un factor de

---

[16] Así Daurareilh, I.: «La ley francesa sobre el deber…», *op. cit.,* p. 3: «(…) esta ley es la primera, tanto en establecer de forma explícita y vinculante un deber de actuación diligente en materia de derechos humanos y tutela medioambiental en cabeza de las sociedades que se sitúen al frente de grupos empresariales y redes de empresas colaboradoras, sean estos de dimensión transnacional o no, como en desarrollar su contenido, configurándolo como un "deber de vigilancia" sobre todas las organizaciones que se integran en unos u otras, cuya falta de acatamiento se encuentra sujeta además a responsabilidades jurídicamente exigibles, tanto de orden administrativo como civil».

[17] Mougeolle, P.: «Sur la conformité constitutionelle de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'order» en *La Revue des droits de l'homme*, 2017, p. 2

[18] *Vid.* Auvergnon, P.: «El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas…», *op. cit.* p. 209. En el mismo sentido señalando que el proyecto inicial era mucho más ambicioso, *vid.* Durán Ayago, A.: «*Lex Damni* vs. *Lex Societatis* en la aplicación de la ley francesa del deber de vigilancia e las empresas matrices sobre sus filiales: crónica de un diálogo necesario», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 63/2020, p. 188.

[19] Moreau, M. A.: «L'originalité de la loi française du 27 mars 2017…», *op. cit.,* p. 792 (1).

[20] Sachs, T.: «La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre: les ingrédients d'une corégulation», en *Revue de droit du travail* 2017, p. 380 (2).

riesgo grave en el ámbito de los derechos humanos, de las libertades fundamentales, de la salud y de la seguridad de las personas y del medio ambiente [21].

Nos encontramos pues ante una obligación de medios, no de resultados, puesto que de lo que se trata es de exonerar a la empresa matriz de responsabilidad si se prueba que esta ha puesto los medios necesarios y razonables para prevenir los daños que pudieran derivarse de su actividad o de la de sus proveedores. Hecho esto no cabe imputarle responsabilidad por el daño efectivamente causado [22] derivado de su actividad.

Puede afirmarse que esta ley pretende alcanzar un doble objetivo: de un lado promover la puesta en marcha de procedimientos con el objeto de prevenir las violaciones de derechos humanos en el seno de las mismas; y de otro, permitir que las víctimas obtengan un resarcimiento por los daños que han sufrido derivados de la falta de previsión de la empresa [23]. Siguiendo el planteamiento de Sachs, para alcanzar este objetivo se utiliza un mecanismo que la autora denomina de «corregulación» [24] en el que se replantea el monopolio del Estado en cuanto a la producción de normas de regulación y, a su vez, se reconoce el papel que en este mismo ámbito deben jugar los actores privados añadiendo instrumentos de regulación que las empresas deben implementar [25].

En palabras de Guamán «puede por tanto afirmarse que la ley es un mecanismo de *hard law* que descansa sobre un proceso típico del ámbito de la RSE, como son los mecanismos de diligencia debida (*soft law*), dotándolo de obligatoriedad, pero dejando a los empresarios un margen de libertad para determinar el contenido y alcance de los mecanismos internos» [26].

Lo relevante, y esa es la pretensión de la ley y lo que hace de ella un «texto a la vez ambicioso y razonable» [27] es que incita a los actores sociales a autorregular-

---

[21] Moreau, M. A.: «L'originalité de la loi française du 27 mars 2017…», *op. cit.,* p. 792 (2).

[22] Cuzacq, N.: «Commentaire des propositions de loi au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'orde», en *Revue du Droit du Travail*, núm. 4, 2014, p. 265 Entiende este autor, siguiendo a Thibierge, que nos encontramos ante un nuevo modelo de responsabilidad-anticipación, propio del s. xxi, frente a modelos anteriores: responsabilidad-sanción (s. xix); y responsabilidad-indemnización (s. xx), p. 266.

[23] Sachs, T.: «La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères…», *op. cit.*, p. 380. Siguiendo esta misma idea *Vid.* Guamán Hernández, A.: «Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos» en *Lex social*, julio-diciembre 2018, p. 238

[24] Sachs, T.: «La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères…», *op. cit.,* p. 380 (2). Comparte este mismo planteamiento Guamán Hernández, A.: «Diligencia debida en derechos humanos…», *op. cit.,* p. 238.

[25] En el mismo sentido Auvergnon, P.: «El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas…», *op. cit.,* p. 214.

[26] Guamán Hernández, A.: «Diligencia debida en derechos humanos…», *op. cit.,* p. 238. En el mismo sentido Caillet, M. C.: «Du devoir de vigilance aux plans de vigilance..», *op. cit.*, p. 2.

[27] Sachs, T.: «La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères…», *op. cit.,* p. 380 (3).

se, todavía lamentablemente, el grado de 'juridicidad' no es lo más relevante sino la manera de orientar el comportamiento de las empresas implicadas en el proceso.

¿Quiénes son los sujetos afectados por la norma? La ley prevé que toda sociedad que emplee, al cierre de dos ejercicios consecutivos, al menos a cinco mil trabajadores, tanto de forma directa como indirecta, y tenga fijada su sede social en el territorio francés, o al menos diez mil trabajadores directamente o indirectamente y tenga su sede social en territorio francés o en el extranjero, se verá afectada por la ley y, en consecuencia, deberá establecer de manera efectiva un plan de vigilancia.

Este plan consistirá en la adopción de medidas de vigilancia razonables tendentes a identificar los riesgos y a prevenir los atentados graves contra los derechos humanos y las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas, así como el medio ambiente, resultado de las actividades de la sociedad y de aquellas otras que controla. La idea fuerza de la ley es captar toda la cadena de producción o de suministro de las grandes empresas [28] para que no puedan eludir, a través de los distintos entramados de ingeniería jurídica y de subcontratación, las responsabilidades que se derivan de no haber previsto los riesgos que pueden derivarse de su funcionamiento.

14.2.1 **El plan de vigilancia**

Como ya se ha indicado, las empresas tienen la obligación de redactar un Plan de Vigilancia para afrontar los riegos que puedan afectar a los derechos humanos, los derechos sociales de los trabajadores, la salud y el medio ambiente. Este plan tiene como finalidad elaborar un procedimiento de identificación de riesgos actuales o potenciales de posible violación de los derechos enunciados que puedan ser creados directa o indirectamente (relaciones con los distribuidores, proveedores, subcontratas) por las empresas, debiendo adoptar medidas no solo para identificar sino también para prevenir dichos riesgos [29].

El plan conforme a lo previsto en el art 1 de la ley debe comprender:

1. Una cartografía de los riesgos destinada a su identificación, análisis y jerarquización.
2. Un procedimiento de evaluación de la situación de las filiales, subcontratistas o proveedores con los que se mantenga una relación comercial consolidada.

---

[28] Daurareilh, I.: «La ley francesa sobre…», *op. cit.,* p. 4.
[29] Caillet, M. C.: «Du devoir de vigilance aux plans de vigilance..», *op. cit.*, p. 2.

3. Acciones adaptadas a la atenuación de los riesgos detectados y a la prevención de perjuicios graves.

4. Un mecanismo de alerta relativo a la existencia o no de riesgos establecido en colaboración con las organizaciones sindicales representadas en cada empresa.

5. Creación de un dispositivo de seguimiento de las medidas puestas en marcha y de evaluación de su eficacia.

Tanto el Plan de vigilancia como los resultados de su puesta en marcha deben de hacerse públicos. Asimismo, la ley prevé que el Consejo de Estado, por medio de un decreto, pueda completar las medidas de vigilancia acabadas de exponer, así como precisar los procedimientos de elaboración y de puesta en marcha del mencionado Plan. Este decreto tiene carácter opcional [30], por lo que aún en ausencia del mismo, la ley se puede aplicar.

En el artículo 2 se prevé la posibilidad de derivar una responsabilidad civil por los perjuicios que la ejecución de estas obligaciones habría permitido evitar. Tal y como señala Daugareilh, nos encontramos ante una responsabilidad civil extracontractual de las casas matrices «que se inscribe (…) dentro de la lógica de la denominada 'responsabilidad-anticipación', toda vez que lo que hace es obligar a las mismas a resarcir los daños que la puesta en marcha de los planes de vigilancia habría permitido evitar» [31].

Aquí no nos encontramos ante una responsabilidad por hecho ajeno, el incumplimiento es propio puesto que lo que se sanciona es la infracción del deber de vigilancia que recae directamente en la empresa matriz [32].

Este Plan debe de ser elaborado, lógicamente, por la propia empresa en colaboración con aquellos grupos de interés de la empresa o sociedad [33]. El carácter un tanto impreciso del término «grupos de interés» o «personas interesadas» abre la puerta a una diversa interpretación sobre quiénes deberían ser realmente los concernidos en su elaboración, así cabe realizar una interpretación restrictiva entendiendo por interesados a aquellos que mantienen un vínculo con la empresa (por ejemplo el accionariado de la misma) [34] o por el con-

[30] En el artículo 1 I. *in fine* se establece claramente que el «Consejo de Estado *puede* completar las medidas de vigilancia previstas».

[31] Daurareilh, I.: «La ley francesa sobre…», *op. cit.,* p. 5.

[32] Daurareilh, I.: «La ley francesa sobre…», *op. cit.,* p. 5.

[33] Artículo L.223-102-4 I al 5 del Código de comercio francés.

[34] En este sentido expresa Auvergnon, P.: «El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas…», *op. cit.,* p. 216, que el hecho de que el punto cuarto de las medidas que deben de ser tenidas en cuenta para la elaboración del Plan prevea expresamente la participación de los sindicatos puede «llevar sorprendentemente a excluir cualquier contribución de otras formas de representación de los trabajadores o de otras organizaciones, por ejemplo, ONG».

trario, una de carácter más amplio, reconduciendo el grupo de interés a todos aquellos individuos o grupos de personas que puedan verse afectados de alguna manera por las actividades desarrollas en el seno de la actividad empresarial [35].

La opinión mayoritaria parece interpretar que el espíritu de esta ley se decanta por una definición amplia del término «grupo de interés» lo que permitiría que además de los sindicatos [36] puedan participar otras personas interesadas dentro de la cadena de suministro y también un amplio espectro de organizaciones de carácter social [37].

Como se puede observar, la ley ofrece más un procedimiento de acción, en línea con lo que podríamos denominar el sistema de la *compliance*. Parece que lo que se pretende es dar un amplio margen a las empresas para que puedan incluir a quienes puedan tener interés en participar en el mismo, más que el hecho de imponer la obligación de intervenir a unos determinados sujetos en su realización [38]. Esto abre la puerta a la participación tanto de ONGs cuya finalidad sea la salvaguarda de derechos fundamentales como de aquellas que dirijan su actividad a la protección del medio ambiente. La ley deja un amplio margen para que todos aquellos que se encuentren en la cadena de suministro puedan participar en la elaboración del Plan de vigilancia. En definitiva, dada la elasticidad de los términos empleados, parece que la sociedad principal será bastante libre para poder elegir a quienes participen en el proceso de elaboración del Plan.

No obstante, la posibilidad de participación por parte de quienes estén interesados no implica que los planes no puedan ser elaborados directa y unilateralmente por la empresa, puesto que el único deber que impone la ley es el de consultar [39], «la empresas están llamadas a escuchar a las partes interesadas,

---

[35] *Vid.* en este sentido Caillet, M. C.: «Du devoir de vigilance aux plans de vigilance..», *op. cit.*, pp. 4 ss. Quien entiende que el término «*partie prenante*» es equivalente al «*stakeholder*» inglés, término utilizado para ampliar el círculo de personas 'interesadas' o concernidas de alguna manera en la actividad o por la actividad de una determinada empresa y que va más allá del accionariado de la misma. En el mismo sentido se pronuncia Auvergnon, P.: «El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas…», *op. cit.,* 214, para quien «En su forma actual, la ley no contiene ninguna obligación en cuanto a la identidad y legitimidad de los actores que pueden intervenir en la elaboración del plan de vigilancia. La expresión "grupos de interés", una traducción de la noción anglosajona de *stakeholders*, se refiere *a priori* a las ONG, pero también a los sindicatos, asociaciones de protección de los consumidores, asociaciones de protección de accionistas, etc.».

[36] Recordar que el cuarto punto de medidas que debe tenerse en cuenta en la elaboración del Plan, prevé »un mecanismo de alerta y recopilación de notificaciones frente a la existencia o aparición de riesgos, establecidos de forma concertada con las organizaciones sindicales representativas de la empresa en cuestión», de lo que se puede deducir que los sindicatos, tradicionalmente vinculados a la defensa de los derechos de los trabajadores, de integran sin duda alguna en el término "grupos de interés".

[37] En este sentido, Guamán Hernández, A.: «Diligencia debida en derechos humanos…», *op. cit.*, p. 242; Daurareilh, I.: «La ley francesa sobre…», *op. cit.,* p. 4; Caillet, M. C.: «Du devoir de vigilance aux plans de vigilance..», *op. cit.*, p. 4.

[38] Sachs, T.: «La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères…», *op. cit.,* p. 380 (5).

[39] Daurareilh, I.: «La ley francesa sobre…», *op. cit.,* p. 4.

y sobre todo a identificar aquellas que podrían estar afectadas por sus actividades o relaciones comerciales» [40], lo que implicará una previsión de reuniones y consultas con todos aquellos potencialmente afectados por la implementación de un determinado proyecto, pero no una obligación directa para ello.

14.2.2 **Mecanismos de control para asegurar la eficacia del Plan y las sanciones previstas por su incumplimiento**

El incumplimiento de las obligaciones previstas, es decir, la elaboración y puesta en marcha del Plan de vigilancia, dará lugar da lugar a distintas consecuencias de orden sancionatorio.

La ley prevé una doble vía de reclamación: en primer lugar, se abre una fase de requerimiento a la empresa por parte de las «partes interesadas» para que, en el caso de que no haya formalizado el Plan, lo haga. Para ello la ley le concede un plazo de tres meses. En caso de negativa, estas pueden acudir al Juez competente que puede exigir su elaboración. El incumplimiento de la misma dará lugar a la imposición de una multa. Quizás sea este uno de los puntos más débiles de la ley puesto que no se establece con claridad cuál es el Juez competente, lo que abre una puerta a la elusión de las obligaciones establecidas en la ley ya que permitirá un peregrinaje jurídico en busca de la jurisdicción competente [41] que propiciará una dilación del procedimiento, y en consecuencia del cumplimiento de las obligaciones legales.

En segundo lugar, el artículo 2 de la ley prevé la posibilidad, conforme a lo dispuesto en los artículos 1240 y 1241 del Código civil francés, de ejercitar una demanda civil contra la empresa obligada a la ejecución del Plan por los daños que el incumplimiento de esta obligación hubiera podido causar [42]. El hecho generador de la sanción es el incumplimiento de las obligaciones, es decir, la inexistencia de un Plan o el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el mismo [43].

---

[40] Caillet, M. C.: «Du devoir de vigilance aux plans de vigilance..», *op. cit.*, p. 4.

[41] Así Auvergnon expone como ejemplo el caso de la Compañía TOTAL y la demanda interpuesta por dos ONG francesas y cuatro ugandesas que después de varios e infructuosos intentos nos han conseguido «encontrar» un tribunal que se declare competente para escuchar sus demandas, *Vid.* ampliamente Auvergnon, P.: «El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas…», *op. cit.,* pp. 218 ss.

[42] Hannoun, C.: «Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017», en *Droit social*, 2017 p. 806, p. 1, por ello solo si la omisión en el deber de llevar a cabo un Plan es la causa del daño realizado se podrá considerar responsable a la empresa matriz.

[43] Auvergnon, P.: «El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas…», *op. cit.,* p. 220. Estamos ante una obligación de medios, no de resultados, *Vid.* Durán Ayago, A.: «*Lex Damni* vs. *Lex*

Originariamente la ley, en su primera redacción, tenía un horizonte más amplio y ambicioso, pretendía levantar el velo social y facilitar la imputación directa por el daño causado por una filial o por el o los proveedores a la sociedad madre [44]. Este mecanismo de carácter sancionatorio preveía la posibilidad de imponer por vía judicial una multa de hasta 10 millones de euros a aquellas empresas que incumpliesen el deber de vigilancia y por tanto pretendía una responsabilidad por el daño causado atribuible directamente a la empresa por no haber ejecutado su trabajo conforme a la debida diligencia. Atribuía directamente la posible responsabilidad de los daños causados si se demostraba la falta de diligencia de la empresa. Posibilidad que, como veremos a continuación, fue vetada por el Consejo Constitucional francés ya que consideró que vulneraba el principio de legalidad y las garantías que de él se derivan en cuanto a la delimitación de los hechos y las sanciones que los acompañan.

Dado que el sistema que implementa la ley asemeja, como ya se ha señalado con anterioridad, a la *compliance*, hay quien pone de manifiesto que la lógica del sistema conduce a que sean distintos los órganos que elaboran el Plan de aquellos que controlan su cumplimiento. Por ello, para su eficacia, debería delegarse el seguimiento de las medidas en una organización externa [45].

El incumplimiento del plan de vigilancia (que puede ir desde la no elaboración del mismo, a una elaboración o aplicación defectuosa, o la simple falta de control en su puesta en marcha) sólo dará lugar a la responsabilidad de la empresa si se demuestra la existencia de una vinculación causal entre la falta de vigilancia y la materialización del daño quedando la carga de la prueba en manos de quien interpone la demanda [46], lo que vuelve a poner sobre el tapete las dificultades que se presentan para una satisfactoria aplicación de la ley.

Societatis en la aplicación de la ley francesa…», *op. cit.*, p. 189; Sachs, T.: «La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères…», *op. cit.,* p. 380 (9).

Daurareilh, I.: «La ley francesa sobre…», *op. cit.,* p. 4.

[44] Hannoun, C.: «Le devoir de vigilance des sociétés mères…», *op. cit.,* p. 1.

[45] En este sentido Auvergnon, P.: «El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas…», *op. cit.,* p. 216, si bien el autor señala que el control que ejercen estas empresas, que están experimentando un fuerte desarrollo en los últimos años, y que se han venido especializando en "auditorías sociales" también están siendo objeto de fuertes críticas ya que se pone en duda su independencia así por ejemplo el caso del Rana Plaza cuyo edificio había sido auditado según las normas del código BSCI un año antes de que sucediese su derrumbamiento.

[46] Daurareilh, I.: «La ley francesa sobre…», *op. cit.,* p. 5. En el mismo sentido Auvergnon, P.: «El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas…», *op. cit.,* p. 220, para quien «Si se comprueba la existencia de daños, la víctima podrá obtener una indemnización siempre que se demuestre que la correcta aplicación del plan habría evitado los daños» y Hannoun, C.: «Le devoir de vigilance des sociétés mères…», *op. cit.,* p. 1.

14.3 IMPOSIBILIDAD DE UNA RESPUESTA «PUNITIVISTA» A LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE VIGILANCIA: DECISIÓN NÚM. 2017 DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL

Tal y como hay se ha señalado, la tramitación parlamentaria de la ley no fue pacífica y una vez aprobada fue recurrida al *Conseil Constitutionnel* por entender que parte de sus disposiciones podrían adolecer de inconstitucionalidad.

Las principales cuestiones planteadas fueron dos: la primera relativa al incumplimiento de los criterios derivados del principio de legalidad establecido para los delitos y las penas puesto que la delimitación del hecho que genera la infracción carece de la necesaria precisión infringiendo el criterio de determinación; la segunda, al entender que se ve afectada la libertad de empresa puesto que la exigencia de redactar y publicar un Plan de vigilancia puede llevar aparejada la divulgación de informaciones relativas a estrategias comerciales o industriales de la empresa que podrían afectar a su capacidad competitiva en el mercado [47]. Como se expondrá a continuación, únicamente el primero de los motivos fue admitido y dio lugar a la derogación de parte del parágrafo II del artículo 1 de la ley.

Era opinión general que el hecho de que el legislador hubiese previsto la imposición de una multa civil por importe de hasta 10 millones de euros como consecuencia de la posible infracción en la realización del Plan, dotaba a la sanción de un carácter conminatorio que la acercaba, por su alto carácter punitivo, a las penas que se pueden imponer por la comisión de un delito. De ahí que se suscitase la cuestión de si cumplía los requisitos de constitucionalidad derivados de las exigencias del principio de legalidad establecido para los delitos y sus correspondientes penas.

Los argumentos esgrimidos por los senadores recurrentes fueron los siguientes: en primer lugar, la utilización de la expresión 'identificar aquellos riesgos que puedan suponer un grave atentado a los derechos humanos, la salud y el medio ambiente', resulta demasiado imprecisa y, en consecuencia, de no fácil delimitación. De ahí la dificultad que surge a la hora de precisar cuándo y de qué manera se ha incumplido el deber de diligencia necesario y cuál es este para entender que se ha creado el riesgo adecuado para atentar a la salud, por ejemplo. A esta falta de claridad en cuanto al hecho generador de la sanción, se suma que no resulta especificado si es suficiente el incumplimiento de uno de los puntos establecidos en el Plan o, por el contrario, se deberían infrin-

[47] *Vid.* Guamán Hernández, A.: «Diligencia debida en derechos humanos…», *op. cit.*, p. 243.

gir varios, si sería suficiente una única infracción o una reiteración en el tiempo de alguna o algunas de ellas para entender que se ha incumplido el Plan.

En segundo lugar, la capacidad que otorga la ley al Consejo de Estado para completar reglamentariamente las medidas de vigilancia previstas cuando lo considere oportuno se escapa por completo de la exigencia de taxatividad y determinación.

En consecuencia, debido a esta falta de precisión les parecía excesivo asociar a esta conducta una sanción de 10 millones de euros, así que los senadores que interpusieron el recurso sostuvieron que las disposiciones recurridas desconocían los principios de necesidad y de proporcionalidad de las penas [48].

El Consejo constitucional partió de la base de que los principios de legalidad y proporcionalidad, recogidos en el artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, no solo se aplican a las penas conectadas a la comisión de un delito sino también son predicables de toda sanción que tenga un carácter punitivo, aunque no sea de carácter penal. Desde esta premisa, entiende que en esta ley el legislador ha instaurado una nueva obligación de carácter civil a la que asocia una sanción con carácter punitivo [49]. Si el legislador quiere castigar con un efecto tan gravoso el incumplimiento de determinadas obligaciones debería determinarlas con mayor precisión, estas deben de ser lo suficientemente claras y determinadas para cumplir la exigencia de taxatividad que se deriva del principio de legalidad.

A su entender, no queda clara la naturaleza y la determinación de las medidas del Plan, qué debe entenderse por «vigilancia razonable» y, en consecuencia, cuándo se infringe este. A lo que se añade el hecho de que la propia ley prevea que el Consejo de Estado pueda, mediante reglamento, ampliar el contenido del Plan de vigilancia. La imprecisión relativa a las normas sobre las que debe construirse el Plan y el reenvío a las violaciones graves de derechos humanos hace difícil la identificación de la norma precisa que debe ser respetada [50].

Y así, en este caso, teniendo en cuenta la generalidad de los términos empleados, el carácter indeterminado que tiene, en su opinión, el término «Derechos Humanos y libertades fundamentales» no cumplen los requisitos que se derivan del artículo 8 de la Declaración y, en consecuencia, es contraria a la Constitución. En definitiva, dada la difusa descripción del hecho que puede ser infringido, el *Conseil* considera que no es oportuno ligar a su infracción una sanción que puede alcanzar los 10 millones de euros.

---

[48] Décision núm. 2017-750 DC du 23 mars 2017, nm. 5.
[49] Décision núm. 2017-750 DC du 23 mars 2017, nm. 7.
[50] Guamán Hernández, A.: «Diligencia debida en derechos humanos…», *op. cit.*, p. 244.

Lógicamente hubo quién defendió la absoluta conformidad constitucional del texto legal argumentando que la disposición contenida en el parágrafo II era acorde al principio de legalidad puesto que la ley define claramente en su artículo 1 el Plan de vigilancia y las características que el mismo debe tener, incluso si la referencia a «atentados graves contra los derechos humanos» pudiera parecer difusa, el hecho de añadir el término grave permite ponerlo en relación con la interpretación que se ha generado en Derecho internacional público respecto a los delitos de lesa humanidad, genocidio, etc., lo que le confiere precisión al término, de ahí que la imposición de una sanción que podría alcanzar los 10 millones de euros por la infracción de un Plan que «que conlleva medidas de vigilancia razonables destinadas a identificar los riesgos y a prevenir los atentados graves contra los derechos humanos y las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas así como al medio ambiente» cumple con el mandato de taxatividad derivado del principio de legalidad [51].

14.4 VALORACIÓN SOBRE LA PUESTA EN MARCHA DE LA LEY

La globalización ha supuesto un rotundo cambio en las tradicionales cadenas de producción en las que los lazos entre la empresa principal y todas aquellas que la abastecen se han ido modificando; de una mera provisión de materias primas hemos pasado a una subcontratación en la propia elaboración del producto que pasa a ser encargado a empresas radicadas en países en vías de desarrollo y en los que los derechos sociales de los trabajadores se encuentran muy lejos de los estándares utilizados en aquellos en los que se encuentra la sede social de la empresa principal. El control que se ejerce sobre estas empresas subcontratadas suele ser prácticamente nulo dado que nuestros sistemas jurídicos siguen funcionando sobre el patrón de competencia territorial. La globalización ha puesto claramente de manifiesto la desigualdad y las deficiencias que supone, sobre todo en el ámbito de los derechos de los trabajadores, el ejercicio de la actividad empresarial.

Como ya se ha señalado, desde organismos internacionales (OIT, OCDE, Naciones Unidas), se ha intentado establecer un espacio de control a través de un marco normativo que se ha caracterizado por moverse en el ámbito de los principios programáticos sin establecer un núcleo jurídico vinculante para

[51] *Vid.* MOUGEOLLE, P.: «Sur la conformité constitutionelle de la proposition..», *op. cit.,* pp. 3 ss., donde el autor desarrolla ampliamente la conformidad de la ley a las exigencias jurídicas de taxatividad y de legalidad.

los actores afectados [52]. Es por lo que podemos calificar a la Ley francesa como pionera [53] puesto que no solo establece un elenco de obligaciones para empresas con un determinado volumen, sino que además asocia al incumplimiento de la obligación una sanción. También debe sumarse como auténtica innovación el hecho de carecer de carácter sectorial (por ejemplo, textil, minería…) sino que su vocación es de transversalidad pues lo relevante para verse obligado por la ley es el hecho de tener un determinado número de trabajadores y no la clase de actividad que se desarrolla [54].

No obstante, su promulgación estuvo rodeada de pesimismo, pues no hubo muchas dudas de que la ingeniería jurídica de las multinacionales no tendría gran dificultad para elaborar planificaciones que permitirían escapar del ámbito de aplicación de la ley y, en consecuencia, de las sanciones que la misma impone [55] aunque tampoco hubo coraje jurídico suficiente para establecer una responsabilidad directa de la empresa matriz por los daños causados por sus subcontratistas ante la violación, en muchos casos flagrante, de las condiciones en las que se lleva a cabo el trabajo de manufactura.

Trascurridos varios años desde su puesta en marcha la valoración que se ha hecho de la misma no puede calificarse de favorable [56]. Esta evaluación se ha realizado, fundamentalmente, por distintas organizaciones no gubernamentales que son quienes están realizando una labor más proactiva, poniendo de manifiesto las insuficiencias en su aplicación, haciendo especial hincapié en el

---

[52] Aquí puede ubicarse el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos de España publicado en el *BOE* de 14 de septiembre de 2017 en el que «se plasma el compromiso de España de proteger los derechos humanos, también frente a cualquier impacto negativo que la actividad empresarial pudiera tener sobre ellos, y de proporcionar a las eventuales víctimas de los mismos un remedio efectivo.» Plan que recoge los principios rectores no vinculantes desarrollados por la OIT y NN. UU. y las directrices de la OCDE para empresas multinacionales mencionados con anterioridad.

[53] Hasta ahora únicamente Alemania (*Sorgfaltspflichtengesetz*, 2021) ha introducido una ley de diligencia debida, otros países como Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo y Suecia tienen previsto hacerlo próximamente. Si bien los Países Bajos han introducido una ley de carácter más específico relativa al trabajo infantil (*Wet zorgplicht kinderarbeidm* 2019).

[54] Como señala Durán Ayago, A.: «*Lex Damni* vs. *Lex Societatis* en la aplicación de la ley francesa…», *op. cit.*, p. 186, «se trata de la primera legislación a nivel mundial, que contempla, como obligación vinculante, el deber de vigilancia por parte de las empresas, incluyendo sus filiales, proveedores y subcontratas, con independencia de en qué parte del mundo se encuentren. Esto supone romper con los principios de personalidad jurídica propia y responsabilidad patrimonial separada (…) abogando por el deber de vigilancia y el control de dirección, lo que supone un giro radical en la conformación de las responsabilidades en los grupos de empresas».

[55] Cuzacq, N.: «Commentaire des propositions de loi au devoir…», p. 266, cuyo augurio sobre sobre las lagunas que presentaba la entonces proposición de ley, y la lógica elusión de la misma que este hecho favorecería, parecen haberse hecho, en cierta medida, realidad.

[56] Crítico con la escasa eficacia de la ley Auvergnon, P.: «El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas…», *op. cit.,* pp. 209-10. En el mismo sentido señalando las dificultades de la puesta en marcha operacional de esta ley, *vid.* Caillet, M. C.: «Du devoir de vigilance aux plans de vigilance..» *op. cit.*, pp. 7 ss.

escaso interés demostrado por las empresas a la hora de implementar los Planes de vigilancia exigidos por la norma.

Así, desde el Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa se manifiesta que «resulta que la situación real se aleja bastante de lo establecido por la ley. De hecho, hay una fuerte heterogeneidad entre los datos desglosados por las empresas. Algunas ni siquiera publicaron el plan pedido mientras que otras, aunque lo hayan hecho, han cumplido con la ley de manera diferente, aplicando niveles distintos de rigor y, en la mayoría de los casos, haciendo referencia únicamente a los riesgos de la compañía sin mención alguna a los peligros relativos al medio ambiente y a los terceros» [57].

De lo que cabe deducir que muchos de los planes presentados carecen del rigor necesario, siendo a menudo incompletos o inexistentes a lo que se añade la escasa participación de los accionistas en su elaboración, la ausencia de descripción de la cadena de suministro afectada por el Plan, así como una escasa identificación de los riesgos [58].

Desde el ámbito de la doctrina científica se han realizado distintas propuestas *de lege ferenda* para mejorar el contenido del texto legal poniendo de manifiesto la necesidad de implementar distintos mecanismos para alcanzar un mejor funcionamiento de la ley, como por ejemplo la publicación de una lista anual de compañías sujetas a la misma, la designación de una entidad administrativa que realice un seguimiento de su aplicación, así como revertir la carga de la prueba que, como ya se ha señalado anteriormente, recae en las víctimas lo que dificulta en buena medida la efectividad del texto legal. También se señala que se debería ampliar su ámbito de aplicación, de manera que haya un mayor número de empresas afectadas por la misma [59].

El espíritu abierto por esta legislación ha encontrado eco y en este momento tenemos una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 [60] en la que se establecen los

[57] *Vid.* Observatorio de responsabilidad social corporativa, https:/obertvatoriorsc.org/avances-en-devida-diligencia-en-materia-de-derechos-humanos-en-la-ue (acceso el 6 de junio de 2022). En el mismos sentido Durán Ayago, A.: «*Lex Damni* vs. *Lex Societatis* en la aplicación de la ley francesa…», *op. cit.*, p. 191.

[58] *Vid.* htpps://amisdelaterre.org, donde literalmente exponen que «Sobre 80 planes de vigilancia analizados por nuestra asociación, la mayoría no responden más que muy parcialmente a las exigencias de la ley, especialmente en términos de identificación de riesgos de violaciones, de su localización y de las medidas puestas en marcha para prevenirlos. (…) Si la ley está poco o mal aplicada es ilusorio encarar una disminución de los daños al medio ambiente o a las violaciones de los derechos humanos de los que son víctimas los trabajadores y la población en todo el mundo» (acceso el 6 de junio de 2022).

[59] Durán Ayago, A.: «*Lex Damni* vs. *Lex Societatis* en la aplicación de la ley francesa…», *op. cit.*, pp. 191 ss.

[60] Procedimiento 2022/0051 (COD), COM (2022) 71 final.

criterios de diligencia debida que las empresas deben tomar para identificar y prevenir los riesgos adversos. La pretensión de hacer responsables directamente a las empresas por esta falta de deber de diligencia abriría la puerta, tal y como ya se ha señalado, a la posibilidad de responder directamente por los posibles daños que se causen en el ejercicio de la actividad empresarial.

Señalan algunos autores que vamos camino de un *ius puniendi* sin Estado unido a la aparición de un Derecho global [61], y probablemente esta legislación sea la que marque el inicio de este camino. No cabe duda de que la construcción de este nuevo «entramado» jurídico será ardua y controvertida. Dudas sobre la legitimidad de estas nuevas leyes que basan su propio contenido en la llamada corregulación, así como la siempre problemática cuestión de quién es el órgano de control adecuado, estarán siempre presentes [62].

Pero este futuro no solo se puede construir desde la legislación. Si realmente creemos que las condiciones de trabajo y sanitarias de aquellos que nos cosen la ropa son infrahumanas y no cumplen con el estándar de respeto y dignidad en el ejercicio del trabajo que tenemos en Europa, quizás deberíamos empezar este camino nosotros mismos no consumiendo vorazmente. Debemos también ser conscientes de que la protección del medio ambiente no se acaba reciclando nuestra basura en limpios contenedores sino promoviendo condiciones dignas, saludables y ecoeficientes en todo el planeta. Como casi siempre estamos ante lo que debería ser una ineludible cuestión de educación.

[61] En este sentido, *vid.* ampliamente NIETO MARTÍN, A.: «Transformaciones del *ius puniendi…», op. cit.,* pp. 18 ss.

[62] NIETO MARTÍN, A.: «Transformaciones del *ius puniendi* en el Derecho…», *op. cit.*, pp. 91 ss.

15. LA LEY ALEMANA DE DILIGENCIA DEBIDA EN LAS CADENAS DE SUMINISTRO

KATHARINA BECKEMPER
Universität Leipzig

15.1 INTRODUCCIÓN

El 11 de junio de 2021, el legislador alemán promulgó la Ley sobre Diligencia Debida Corporativa en las Cadenas de Suministro (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz* –en adelante LkSG según su siglas en alemán–) [1], la cual entró en vigor el 1 de enero de 2023 y verá ampliado su ámbito de aplicación el 1 de enero de 2024.

Aunque Alemania es uno de los primeros países europeos en promulgar una ley de este tipo, no es en absoluto un caso especial [2]. Francia, por ejemplo, fue pionera en 2017 con la *Loi de vigilance* [3], una ley similar. Sin embargo, la situación jurídica alemana se inserta sobre todo en un debate internacional [4], que culminó en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unida [5]. [6] Acon-

[1] BGBl. 2021, parte I, p. 2959.

[2] WAGNER, Eric/RUTTLOFF, Marc, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz – Eine erste Einordnung», *NJW* 2021, 2145. Véase también STÖBENER DE MORA, Patricia Sarah/NOLL, Paul, «Grenzenlose Sorgfalt? Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz», parte 2, *NZG* 2021, 1285, 1289.

[3] LOI n. 2017-399 de 27 de marzo de 2017 relativa al deber de vigilancia de las sociedades mercantiles de las empresas donantes de bienes.

[4] Véase también EHRMANN, Eric, «Der Regierungsentwurf für das Lieferkettengesetz: Erläuterung und erste Hinweise zur Anwendung», *ZVertriebsR* 2021, 141 también con referencia a un reglamento inglés y holandés.

[5] https://www.auswaertiges-amt.de/blob/266624/b51c16faf1b3424d7efa060e8aaa8130/un-leitprinzipien-de-data.pdf.

[6] Así, SCHMIDT, Jessica, «Lieferkettengesetzgebung: Sorgfalt!», *EuZW* 2021, 273, 274, que considera que una normativa alemana, y no europea, tiene poco sentido.

tecimientos puramente fácticos, como el derrumbamiento de una fábrica de costura en Bangladesh [7] o el proceso civil entablado por los trabajadores que aún permanecen en la empresa contra el fabricante de moda KiK ante un tribunal regional alemán, también han impulsado el debate [8]. En un principio, el legislador alemán no quiso reaccionar con una ley, sino que confió en la voluntariedad de las empresas que encuentran riesgos para los derechos humanos en su actividad [9]. El Plan de Acción Nacional para la Aplicación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos [10] pretendía animar a las empresas a adoptar medidas voluntarias contra los riesgos para los derechos humanos, pero al mismo tiempo se anunciaba que si la acción voluntaria de las empresas no se cumplía en grado suficiente, se introduciría una normativa jurídicamente vinculante.

Vinculada a lo anterior estaba la expectativa concreta de que para 2020 al menos el 50 % de las empresas con más de 500 empleados establecieran procesos adecuados. Esta expectativa también se incluyó en el acuerdo de coalición. Así, el gobierno federal anunció que las grandes empresas serían legalmente responsables si a finales de 2019 se llegaba a la conclusión de que la vía de la asunción voluntaria de compromisos no era suficiente [11].

Como era de esperar es lo que ocurrió [12]. El gobierno alemán consideró insuficientes los esfuerzos de las empresas, con la consecuencia ya mencionada de que se sintió obligado a aprobar la Ley alemana de Obligaciones de Abastecimiento de la Cadena de Suministro, ya fuera siquiera por haberlo dicho antes. No obstante, cabe destacar que ya existía una obligación de información no financiera antes de esta ley. Según los artículos 289b y 289c del Código de Comercio alemán (HGB), las grandes empresas orientadas al mercado de

---

[7] Gehling, Christian/Ott, Nicolas/Lüneborg, Cäcilie, «Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Umsetzung in der Unternehmenspraxis», *CCZ* 2021, 230; Lötzsch, Markus/Fifka, Matthias, «Einführungen einer CE-Kennzeichnung zum vorbeugenden Schutz von Menschenrechten in Wertschöpfungsketten», *EuZW* 2020, 179.

[8] Véase sobre la dirección jurídica de la iniciativa empresarial sostenible Ekkenga, Jens/Schirrmacher, Carsten/Schneider, Björn, «Offene Fragen zur rechtlichen Steuerung nachhaltigen Unternehmertums», *NJW* 2021, 1509.

[9] Véase sobre las acciones voluntarias Gehling, Christian/Ott, Nicolas/Lüneborg, Cäcilie, «Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Umsetzung in der Unternehmenspraxis», *CCZ* 2021, 230. Sobre la propuesta de responder con un marcado CE: Lötzsch, Markus/Fifka, Matthias, «Einführungen einer CE-Kennzeichnung zum vorbeugenden Schutz von Menschenrechten in Wertschöpfungsketten», *EuZW* 2020, 179.

[10] https://www.auswaertiges-amt.de/blob/297434/8d6ab29982767d5a31d2e85464461565/nap-wirtschaft- menschenrechte-data.pdf.

[11] Dohrmann, Vanessa, «Das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz als Vorbild für den europäischen Gesetzgeber? - Un análisis crítico», *CCZ* 2021, 265.

[12] Ehrmann, Eric, «El proyecto gubernamental para la Ley de la cadena de suministro: explicación y primeras notas sobre su aplicación», *ZVertriebsR* 2021, 141.

capitales están obligadas a informar sobre cuestiones medioambientales, laborales y de derechos humanos en el informe de gestión. Por lo tanto, ya existía antes una obligación menor de *diligencia debida* sobre estos aspectos [13].

15.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN

15.2.1 **Empresas obligadas**

La LkSG no se dirige a todas las empresas, sino solo a las «grandes» [14]. La ley no define las grandes empresas en función del volumen de negocios, que también habría sido un posible enfoque [15], sino que se centra exclusivamente en el número de empleados. A partir del 1 de enero de 2023, todas las empresas que empleen a más de 3.000 trabajadores estarán obligadas a cumplir la normativa, y a partir del 1 de enero de 2024 el número se reducirá a 1.000. Se calcula que el ámbito de aplicación se limitará así a unas 700-3.000 empresas en total [16], sin contar, por supuesto, con que un número nada desdeñable de empresas estarán obligadas indirectamente al transmitirse los requisitos de empresa a empresa [17]. Las empresas demandadas transmitirán sus obligaciones a sus respectivas partes contratantes, por lo que cabe suponer un ámbito de aplicación mucho mayor [18].

15.2.2 **Ámbito de aplicación material**

Las empresas obligadas a cumplir la ley tienen que actuar con la diligencia debida para garantizar una cadena de suministro justa. Sin embargo, la ley se limita a dos riesgos: las violaciones de los derechos humanos y los daños medioambientales. Como se verá a continuación, el legislador ha optado por una densidad normativa muy diferente entre sí. Sin embargo, lo que es común en ambos ámbi-

---

[13] Para más información sobre la normativa alemana, véase también Hillmer, Hans-Jürgen, «Lieferkettengesetz bringt neue Verpflichtungen, aber auch Chancen», *BC* 2021, 305.

[14] Wagner, Eric/Rutloff, Marc, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz – Eine erste Einordnung», *NJW* 2021, 2145.

[15] Preferentemente Ehrmann, Eric, «Der Regierungsentwurf für das Lieferkettengesetz: Erläuterung und erste Hinweise zur Anwendung», *ZVertriebsR* 2021, 141, 142.

[16] Ehrmann, Eric, «El proyecto de ley gubernamental sobre la cadena de suministro: explicación y primeras notas sobre su aplicación», *ZVertriebsR* 2021, 141, 142.

[17] Wagner, Eric/Rutloff, Marc, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz – Eine erste Einordnung», *NJW* 2021, 2145.

[18] Wagner, Eric/Rutloff, Marc, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz – Eine erste Einordnung», *NJW* 2021, 2145.

tos es que no se impone a las empresas una responsabilidad de garantía para la prevención de violaciones de los derechos humanos o del medio ambiente [19], sino la aplicación de un deber de diligencia para contener los riesgos. En alemán, esto se denomina «Bemühenspflicht « [20]. Aunque la propia ley no menciona este término [21], es la mejor forma de describir lo que la LkSG impone a las empresas: Esforzarse por minimizar los riesgos para los derechos humanos y el medio ambiente ejerciendo la diligencia debida en el extranjero. Los términos más importantes que recoge la ley al respecto son los de riesgo y atención necesaria.

15.3 RIESGOS

La ley define jurídicamente muchos términos, en primer lugar, el riesgo para los derechos humanos y riesgo medioambiental.

15.3.1 **Riesgo para los derechos humanos**

La técnica reguladora de la ley alemana no es sencilla debido a sus referencias. En primer lugar, el apartado 1 del artículo 2 de la LkSG define los derechos protegidos por ley como los derivados de los convenios de protección de los derechos humanos enumerados en los números 1 a 11 del anexo.

Según el artículo 2, apartado 2, frase 2, de la LkSG, un riesgo para los derechos humanos es una situación en la que, debido a circunstancias de hecho, existe una probabilidad suficiente de violación de las prohibiciones, que posteriormente se enumeran específicamente en el artículo 2, apartado 2, números 1 a 11, con la adición de una cláusula general que figura en el número 12. Así pues, los derechos humanos no se formulan positivamente, sino con referencia a los convenios de derecho internacional, a los que se hace referencia en el anexo [22].

En los números 1 a 11, la ley hace referencia a diversos acuerdos y especifica las prohibiciones que contienen. La enumeración que aquí se hace se

[19] Wagner, Eric/Rutloff, Marc, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz – Eine erste Einordnung», *NJW* 2021, 2145.

[20] Wagner, Eric/Rutloff, Marc, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz – Eine erste Einordnung», *NJW* 2021, 2145; Dohrmann, Vanessa, «Das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz als Vorbild für den europäischen Gesetzgeber? – A critical analysis», *CCZ* 2021, 265, 267; Gehling, Christian/Ott, Nicolas/Lüneborg, Cäcilie, «Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Umsetzung in der Unternehmenspraxis», *CCZ* 2021, 230, 232.

[21] Wagner, Eric/Rutloff, Marc, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz – Eine erste Einordnung», *NJW* 2021, 2145.

[22] Véase también Ehrmann, Eric, «Der Regierungsentwurf für das Lieferkettengesetz: Erläuterung und erste Hinweise zur Anwendung», *ZVertriebsR* 2021, 141, 142.

mantiene deliberadamente en forma de xilografía en aras de la claridad y de una mejor legibilidad [23]. Para más detalles, hay que remitirse a la Ley o a los acuerdos y convenios mencionados.

— El punto 1 contiene la prohibición de emplear a un niño sujeto a la educación obligatoria o menor de 15 años según la ley del lugar de empleo.

— El apartado 2 prohíbe las denominadas formas más graves de trabajo infantil para menores de 18 años, que incluyen, en particular, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la venta de niños o el trabajo forzoso (apartado 2a); la utilización o el reclutamiento de niños para la prostitución o la producción de pornografía (apartado 2b); la utilización de niños para trabajos ilícitos (apartado 3c); y los trabajos que, por su naturaleza, puedan ser nocivos para la salud o la moralidad de los niños.

— El apartado 3 prohíbe el empleo de personas en trabajos forzados. Los indicios de trabajo forzoso pueden incluir la retención del salario y/o de los documentos de trabajo, la restricción de la libertad de movimiento y el uso de amenazas [24].

— La esclavitud y servidumbre de adultos se incluye en el número 4. También se incluyen otras formas de opresión, como la explotación extrema [25].

— El número 5 menciona los riesgos para la seguridad en el trabajo. Por ejemplo, se prohíbe hacer caso omiso de las obligaciones en materia de salud y seguridad en el trabajo aplicables en virtud de la legislación del lugar de trabajo si ello crea un riesgo de accidentes laborales o riesgos para la salud relacionados con el trabajo, en particular debido a normas de seguridad manifiestamente inadecuadas (núm. 5a), la falta de medidas de protección adecuadas cuando se trabaja con sustancias químicas, físicas o biológicas (núm. 5b) o la falta de medidas para prevenir la fatiga excesiva debido a un control insuficiente de las horas de trabajo (núm. 5c) y a una formación e instrucción insuficientes de los trabajadores (núm. 5d). Como se ha subrayado, el factor decisivo es la legislación del lugar de empleo. Sin embargo, si el contenido de esta ley es muy inadecuado en relación con el nivel de seguridad y salud en el trabajo, puede aplicarse la disposición general del núm. 12 del apartado 2 del artículo 2 [26].

---

[23] Una presentación aún más breve y clara la ofrecen Ehmann, Eric/Berg, Daniel, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz (LkSG): Ein erster Überblick», *GWR* 2021, 287, 288.

[24] Ehmann, Eric, «El proyecto de ley gubernamental sobre la cadena de suministro: explicación y primeras notas sobre su aplicación», *ZVertriebsR* 2021, 141, 143.

[25] Ehmann, Eric, «El proyecto de ley gubernamental sobre la cadena de suministro: explicación y primeras notas sobre su aplicación», *ZVertriebsR* 2021, 141, 144.

[26] Ehmann, Eric, «El proyecto de ley gubernamental sobre la cadena de suministro: explicación y primeras notas sobre su aplicación», *ZVertriebsR* 2021, 141, 144.

— En el apartado 6 se menciona la llamada libertad de asociación y, en particular, el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos. Esta obligación de protección no ha estado exenta de críticas en Alemania. Se objeta que la formación de un sindicato puede estar prohibida en el país de empleo. Sin embargo, no puede ser tarea de una empresa oponerse a las disposiciones legales de otros Estados [27]. Por tanto, en caso de prohibición legal, debe permitirse a las empresas permanecer inactivas [28].

— El número 7 regula la prohibición de la desigualdad de trato. Según la LkSG, esto significa trato desigual en el empleo por motivos de origen nacional y ético, origen social, estado de salud, discapacidad, orientación sexual, edad, género, opinión política, religión o creencia, pero con la restricción de que este trato desigual no se base en los requisitos del empleo. Sin embargo, difícilmente puede significarse la introducción de normas occidentales en todos los países. Por lo tanto, aquí solo se debe una igualdad de trato adecuada [29]. Las críticas que a veces se plantean no son sorprendentes dada la vaguedad de las ideas sobre la igualdad de trato [30].

— El apartado 8 establece que la obligación de un salario justo, que vendrá determinado por el salario mínimo del país respectivo y el ordenamiento jurídico aplicable en él, y medido con arreglo a la legislación del lugar de empleo.

— Se incluye una referencia a la protección del medio ambiente en el núm. 9, que contiene la prohibición de provocar cambios perjudiciales en el suelo, contaminación del agua, contaminación atmosférica, emisión de ruidos perjudiciales o consumo excesivo de agua si con ello se destruyen las bases naturales de la vida (núm. 9a), el acceso al agua potable (núm. 9b) o las instalaciones sanitarias (núm. 9c) o se perjudica la salud de una persona.

— El apartado 10 prohíbe la privación de tierras, aguas y bosques que proporcionen medios de vida a una persona. Los mecanismos de protección previstos en el ordenamiento jurídico nacional en caso de desalojos forzosos (por ejemplo, garantías procesales) no deben ser socavados por los proveedores. Sin embargo, como se ha subrayado anteriormente, la empresa solo puede

[27] Ehmann, Eric, «El proyecto de ley gubernamental sobre la cadena de suministro: explicación y primeras notas sobre su aplicación», *ZVertriebsR* 2021, 141, 144.

[28] Sin embargo, véase también Ehmann, Eric/Berg, Daniel, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz (LkSG): Ein erster Überblick», *GWR* 2021, 287, 290, quienes señalan las dificultades de delimitación entre la mera inactividad y la participación activa en la formación de un sindicato, por ejemplo, mediante la notificación.

[29] Ehmann, Eric, «El proyecto de ley gubernamental sobre la cadena de suministro: explicación y primeras notas sobre su aplicación», *ZVertriebsR* 2021, 141, 144.

[30] Ehmann, Eric/Berg, Daniel, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz (LkSG): Ein erster Überblick», *GWR* 2021, 287, 290.

y debe controlar las acciones de los proveedores y no las del Estado. Por tanto, los errores en cualquier procedimiento de ejecución estatal no están cubiertos por el deber de diligencia de la empresa.

— Se prevé una ampliación en la ley con el número 11, que regula de forma general la prohibición de contratar a las fuerzas de seguridad si torturan, ponen en peligro la vida y la integridad física o violan la libertad de asociación y sindicación.

— En el núm. 12 figura una cláusula general amplia, según la cual se prohíbe cualquier acción u omisión contraria al deber que pueda perjudicar directamente una posición jurídica protegida de manera especialmente grave y cuya ilicitud resulte evidente de una apreciación razonable de todas las circunstancias en cuestión.

15.3.2 **Riesgos medioambientales**

En contraste con los riesgos para los derechos humanos, definidos de forma muy amplia, el legislador se ha ceñido estrictamente a los convenios para los riesgos relacionados con el medio ambiente. De conformidad con el artículo 2 III de la LkSG en relación con el anexo, se derivan de determinadas disposiciones del Convenio de Minamata sobre el mercurio de 2013, del Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes de 2001 (Convenio COP) modificado por el Reglamento (UE) núm. 2019/1021, así como del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación de 1988 y del Reglamento (CE) núm. 2013/2006 relativo a los traslados de residuos. Según el artículo 2 III, un riesgo medioambiental es, en términos simplificados y resumidos, una condición en la que, sobre la base de las circunstancias reales, existe una probabilidad suficiente de que se produzca una de las infracciones enumeradas en el mismo en relación con la producción y el uso de mercurio y productos químicos y la exportación e importación de residuos.

15.4 DILIGENCIA DEBIDA

El núcleo de la nueva ley son las obligaciones de diligencia debida impuestas a las empresas afectadas [31]. El artículo 3 (1) obliga a las empresas a

[31] Ehmann, Eric/Berg, Daniel, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz (LkSG): Ein erster Überblick», *GWR* 2021, 287, 288 hablan de «norma básica».

observar en sus cadenas de suministro las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente establecidas en la LkSG de *forma adecuada* con el objetivo de prevenir o minimizar los riesgos para los derechos humanos o el medio ambiente o poner fin a estas violaciones [32].

Esto también aclara que las empresas no están obligadas a evitar el resultado [33]. No se las considera directamente responsables si se produce una violación de los derechos humanos o un daño al medio ambiente, sino «solo « por no haber actuado con la diligencia debida. Así pues, la ley no contiene un deber de prevenir el resultado, sino el mencionado deber de diligencia. En la literatura alemana se critica que la reserva de la adecuación de las medidas apenas ofrece a las empresas directrices para determinar cuáles son las medidas adecuadas requeridas [34].

Sin embargo, esto puede rebatirse con el hecho de que la ley detalla el deber de diligencia. En esencia, este deber de diligencia puede desglosarse en tres pasos: La empresa debe establecer un sistema de gestión de riesgos adecuado y eficaz y anclarlo en todos los procesos empresariales (1), debe establecer medidas eficaces de control y supervisión (2) y establecer un sistema de información (3).

En general, la forma adecuada de actuar de acuerdo con las obligaciones de diligencia debida viene determinada por el tipo y el alcance de la actividad empresarial de la empresa, la gravedad típicamente esperada de la infracción, su reversibilidad y probabilidad, así como el tipo de contribución a la causalidad o la capacidad de la empresa para influir en el autor directo del riesgo o la infracción, que debe depender del tamaño de la empresa y del volumen de pedidos [35].

15.4.1 **Sistema de gestión de riesgos**

Según el apartado 1 del artículo 4 de la LkSG, la empresa debe implantar un sistema de gestión de riesgos, que debe estar implementado en todos los procesos empresariales relevantes a través de medidas adecuadas. La ley también establece cuándo debe presumirse que un sistema de gestión de riesgos es

[32] Dohrmann, Vanessa, «Das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz als Vorbild für den europäischen Gesetzgeber? – Un análisis crítico», *CCZ* 2021, 265, 268.

[33] Ehmann, Eric/Berg, Daniel, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz (LkSG): Ein erster Überblick», *GWR* 2021, 287, 288; Wagner, Eric/Rutloff, Marc, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz – Eine erste Einordnung», *NJW* 2021, 2145.

[34] Wagner, Eric/Rutloff, Marc, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz – Eine erste Einordnung», *NJW* 2021, 2145.

[35] Wagner, Eric/Rutloff, Marc, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz – Eine erste Einordnung», *NJW* 2021, 2145.

eficaz, es decir, cuando permite identificar y minimizar los riesgos para los derechos humanos y el medio ambiente y prevenir o minimizar dichas violaciones. Pero esto es solo bajo la premisa de que la empresa ha contribuido a ello dentro de la cadena de suministro.

También hay detalles sobre cómo establecer un sistema de gestión de riesgos de este tipo. Comienza con la asignación de responsabilidades, determinando quién es el responsable dentro de la empresa de supervisar el sistema. La dirección debe ser informada de la labor de esta persona u órgano al menos una vez al año. Así pues, la ley establece la obligación de nombrar a un responsable. La medida en que esta persona u órgano es el mismo que el responsable del cumplimiento general se juzga de forma diferente.

La disposición del artículo 5 de la LkSG que prescribe un análisis de riesgos no es sorprendente, porque todo sistema de gestión de riesgos debe comenzar con un análisis de riesgos. En este sentido, la ley solo aclara una cuestión de rutina. Los detalles adicionales contenidos en el artículo 5 de la LkSG tampoco son sorprendentes para los implicados que ya se han ocupado de un sistema de gestión de riesgos. Por tanto, la ley solo aporta aclaraciones al exigir que los riesgos se ponderen y prioricen adecuadamente, que la empresa garantice la comunicación de los riesgos y que, además de una revisión anual, esta se lleve a cabo si se producen cambios en la actividad empresarial.

La ley impone aquí deberes que apenas se especifican porque el diseño del análisis de riesgos queda en gran medida abierto [36]. Sin embargo, en mi opinión, esta falta de detalle es contraproducente ya que un análisis de riesgos depende naturalmente del caso individual y apenas está sometido a directrices legislativas. En el proceso legislativo, sin embargo, hay recomendaciones como la aplicación de un procedimiento en dos fases [37]. En la literatura alemana también se aboga por elaborar una denominada lista blanca en la que figuren los países en los que está garantizada la aplicación de las posiciones jurídicas protegidas, como en el caso de los proveedores de la Unión Europea [38]. En este caso, debería permitirse prescindir del análisis de riesgos. Aunque esta propuesta resulte convincente, es probable que al final solo suponga una pequeña diferencia para las empresas, ya que un análisis de riesgos para los proveedores de los Estados miembros puede ser muy somero.

---

[36] Wagner, Eric/Rutloff, Marc, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz – Eine erste Einordnung», *NJW* 2021, 2145, 2148.

[37] RegE, BT-Drs. 19/28649, 44.

[38] Dohrmann, Vanessa, «Das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz als Vorbild für den europäischen Gesetzgeber? – Un análisis crítico», *CCZ* 2021, 265, 259.

15.4.2 **Medidas preventivas y correctoras**

a) Medidas adoptadas por la empresa

Las medidas que debe establecer la empresa figuran en el artículo 6 de la LkSG. Según este, la empresa debe adoptar medidas preventivas si identifica un riesgo en el marco del análisis de riesgos. El primer paso en este proceso es una declaración política en la que la empresa debe, entre otras cosas, definir sus expectativas con respecto a los proveedores y comunicarlas (§ 6, párrafo 2, LkSG). En los apartados siguientes se distingue entre las medidas que deben adoptarse en el ámbito de la propia empresa (apartado 3) y las medidas preventivas contra un proveedor directo (apartado 4) [39]. La estrategia de derechos humanos debe aplicarse en la propia área de negocio de la empresa a través de prácticas adecuadas de adquisición y compra, formación y medidas de supervisión. Por el contrario, las medidas previstas con respecto a los proveedores directos son la comunicación de las expectativas, las garantías contractuales de cumplimiento de las normas, también la formación cuando proceda, y la celebración de condiciones contractuales dirigidas eficazmente a combatir las violaciones de los derechos humanos.

Si la empresa descubre que la violación de un deber relacionado con los derechos humanos o el medio ambiente ya se ha producido o es inminente en su propio sector empresarial o en un proveedor directo, la empresa debe tomar medidas inmediatas para evitar o poner fin a la violación o minimizar el alcance de la misma (Sección 7 LkSG).

La ley distingue entre medidas correctoras en el seno de la propia empresa en Alemania y medidas correctoras destinadas a sus filiales y demás eslabones de su cadena de suministro.

En su propio ámbito empresarial, las medidas deben conducir al cese de la infracción. La ley es clara al respecto. En su propio ámbito empresarial, las medidas deben llevar al cese de la violación de los derechos humanos, no hay peros que valgan.

En cambio, en sus propios negocios en el extranjero, las medidas deben «por regla general» aportar una solución.

La ley es aún más generosa en caso de violación de los derechos humanos o de las obligaciones medioambientales por parte de un proveedor directo. En este caso, la empresa debe elaborar y aplicar medidas con un calendario

[39] Véase Ehmann, Eric/Berg, Daniel, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz (LkSG): Ein erster Überblick», *GWR* 2021, 287, 290.

concreto para poner fin a los riesgos o minimizarlos. En este punto, el legislador alemán adopta un enfoque ejemplar y propone considerar en primer lugar la elaboración de un plan conjunto. Después se mencionan medidas como la fusión con otras empresas o incluso la suspensión temporal de la relación comercial.

Sin embargo, la rescisión de las relaciones comerciales solo se prevé como *ultima ratio* si la violación es grave, las medidas no son eficaces y no se dispone de medios menos restrictivos. Esto se regula expresamente en el apartado 3 del artículo 8, según el cual la rescisión de las relaciones comerciales solo es necesaria si la violación de una posición jurídica protegida o de una obligación medioambiental debe calificarse de grave y la aplicación de otras medidas no proporciona una solución [40].

La eficacia de las medidas correctoras también se revisará al menos una vez al año o cuando cambien las circunstancias reales.

b) Procedimiento de reclamación

La empresa debe establecer un procedimiento interno adecuado para la presentación de reclamaciones de conformidad con el artículo 8 de la LkSG o participar en un procedimiento externo correspondiente que permita a las personas (también sin barreras) [41] señalar los riesgos e incumplimientos de los derechos humanos y medioambientales, incluidos los de los proveedores indirectos. Para ello, la empresa obligada debe publicar la información y las normas del procedimiento. El procedimiento debe ser accesible a los posibles interesados, mantener la confidencialidad y garantizar una protección eficaz contra desventajas o castigos como consecuencia de una denuncia. Cuando se reciba una denuncia, se acusará recibo al denunciante y se discutirán con él los hechos del caso. Los responsables del procedimiento de denuncia deberán ofrecer un procedimiento imparcial, ser independientes, estar libres de instrucciones y obligados a guardar secreto.

Para las empresas que operan en todo el mundo, establecer un procedimiento de reclamación puede resultar complejo. Las soluciones basadas en la web son una buena opción [42].

---

[40] Véase también Ehmann, Eric/Berg, Daniel, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz (LkSG): Ein erster Überblick», *GWR* 2021, 287, 290.

[41] Gehling, Christian/Ott, Nicolas/Lüneborg, Cäcilie, «Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Umsetzung in der Unternehmenspraxis», *CCZ* 2021, 230, 238.

[42] Gehling, Christian/Ott, Nicolas/Lüneborg, Cäcilie, «Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Umsetzung in der Unternehmenspraxis», *CCZ* 2021, 230, 238.

c) Obligación de documentación

El cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida debe documentarse continuamente en la empresa y la documentación debe conservarse durante al menos siete años (§ 10, apartado 1, LkSG). La empresa debe elaborar un informe anual sobre el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida en los cuatro meses siguientes al final del ejercicio, en particular sobre los riesgos detectados y las medidas adoptadas.

También debe informar sobre la evaluación del impacto y la eficacia de las medidas y sobre las conclusiones extraídas. La empresa debe poner el informe a disposición del público en su página web de forma gratuita durante al menos siete años (artículo 10, apartado 2, de la LkSG) y describir en él qué riesgos para los derechos humanos o el medio ambiente ha identificado, qué medidas se han adoptado, cómo evalúa los impactos y las medidas y qué conclusiones ha extraído para el futuro de la evaluación. En parte, se aboga por simplificar la obligación de documentación e información integrando la inclusión en la documentación sobre medidas de cumplimiento [43]. También se sugiere la coordinación con las declaraciones que debe hacer con arreglo a los artículos 289f y 315 b del Código de Comercio alemán (HGB) [44].

Por supuesto, esto plantea la cuestión del interés de las empresas por el secreto. La obligación de documentar y hacer públicas las posibles violaciones de los derechos humanos permite el escrutinio público [45]. Sin embargo, las empresas pueden tener debidamente en cuenta sus intereses en el secreto. Habrá que observar cómo se aborda esta obligación en la práctica, ya que no puede descartarse que los proveedores afectados puedan ser identificados a partir del contexto.

15.5 RESPONSABILIDAD CIVIL

Con el fin de crear seguridad jurídica para las empresas de que no se aplicará ninguna responsabilidad civil, durante las negociaciones en el Bundestag se insertó la disposición expresa del artículo 3 de la LkSG para su

[43] Dohrmann, Vanessa, «Das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz als Vorbild für den europäischen Gesetzgeber? – Un análisis crítico», *CCZ* 2021, 265, 272.

[44] Gehling, Christian/Ott, Nicolas/Lüneborg, Cäcilie, «Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Umsetzung in der Unternehmenspraxis», *CCZ* 2021, 230, 239.

[45] Wagner, Eric/Rutloff, Marc, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz – Eine erste Einordnung», *NJW* 2021, 2145, 2147.

aclaración [46]: «El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente ley no dará lugar a ninguna responsabilidad civil». La exposición de motivos de la ley subraya que la LkSG no es una ley protectora en el sentido del artículo 823, apartado 2, del BGB y que los nuevos deberes de diligencia se aplican y sancionan más bien en procedimientos administrativos y mediante el derecho administrativo de infracciones. Por lo tanto, en el Derecho alemán no existe indemnización civil por violación de los derechos humanos [47]. Al mismo tiempo, sin embargo, no debe eliminarse la responsabilidad contractual o extracontractual existente en otros ámbitos. Por lo tanto, el artículo 3 (2) frase 2 LkSG indica que «La responsabilidad civil establecida independientemente de esta Ley no se ve afectada». Esta aclaración pretende establecer el *statu quo* y evitar que la situación jurídica existente se modifique por la aplicación de la nueva LkSG. Esto es bastante nuevo en el Derecho alemán [48]. Al fin y al cabo, la LkSG constituye un deber de diligencia, cuya violación, sin embargo, sigue sin tener consecuencias ordenadas por el Derecho civil. En última instancia, sin embargo, la aclaración significa que la responsabilidad en virtud del artículo 823 I del Código Civil alemán (BGB), por ejemplo, no se ve afectada.

15.6 SANCIONES

La LkSG introduce una serie de nuevas infracciones para los que basta la negligencia. Incluso es probable que esto llegue a ser muy importante, porque los problemas de intencionalidad parecen estar preprogramados [49].

La cuantía de la multa se gradúa en el artículo 24, apartado 2, de la LkSG en función de la gravedad de la infracción de la diligencia debida y asciende a un máximo de 100.000 euros para las infracciones leves, a un máximo de 500.000 euros para las infracciones más graves y a un máximo de 800.000 euros para las infracciones graves. Debido a la referencia a la sección 30 (2) frase 3 OWiG en esta disposición, la multa para personas jurídicas y asociaciones de personas se multiplica por diez hasta 8.000.000 y 5.000.000 euros respectivamente en relación con infracciones graves y más graves. Los detalles

[46] Stöbener de Mora, Patricia Sarah/Noll, Paul, «¿Grenzenlose Sorgfalt? Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz», parte 2, *NZG* 2021, 1285.

[47] Stöbener de Mora, Patricia Sarah/Noll, Paul, «¿Diligencia sin límites? Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz», parte 2, *NZG* 2021, 1285, 1287.

[48] Ehmann, Eric/Berg, Daniel, «Das Lieferkettensorgfaltsgesetz (LkSG): Ein erster Überblick», *GWR* 2021, 287, 292.

[49] Mitsch, Wolfgang, «Lieferkettengesetz und Ordnungswidrigkeitenrecht», *NZWiSt* 2021, 409, 411.

para la evaluación específica de la multa a imponer se establecen en el artículo 24 (4) LkSG, que diferencia, por ejemplo, en función de la gravedad de la infracción administrativa y sus efectos.

En el caso de las personas jurídicas con un volumen de negocios medio anual superior a 400 millones de euros, puede imponerse alternativamente una multa de hasta el 2 % del volumen de negocios medio anual por infracciones del artículo 24 I núm. 6, 7 letra a. Se trata de la primera vez que el legislador alemán vincula el volumen de negocios a la sanción sin que ello provenga de la legislación europea [50].

Además, las empresas pueden ser excluidas de la contratación pública durante un máximo de tres años en caso de infracciones de la diligencia debida legalmente establecidas y sujetas a una multa superior a un determinado nivel (art. 22 de la LkSG). Como era de esperar, se está discutiendo si las infracciones administrativas, con sus amenazas de multas a veces considerables, satisfacen el principio de certeza que también se aplica en la legislación sobre infracciones administrativas. La indeterminación de los términos utilizados en la ley ha quedado probablemente clara en las líneas anteriores. Esto no puede evitarse debido a la complejidad de las circunstancias de la materia. Sin embargo, el legislador se encontró con la dificultad de tener que (o querer) referirse a los términos indeterminados en una norma sancionadora [51]. Esto parece especialmente problemático en el caso de disposiciones tan indeterminadas como el § 2 II núm. 12 LkSG. La técnica de referencia utilizada también contribuye a la confusión [52]. Sin embargo, esta técnica está generalmente aceptada en Alemania, por lo que la referencia como tal no es problemática. El único problema es el contenido de las disposiciones a las que se hace referencia. No obstante, en este caso no debe plantearse el veredicto de inconstitucionalidad, ya que cabe suponer que los profesionales del Derecho se pondrán de acuerdo sobre una práctica [53].

---

[50] Críticamente Stöbener de Mora, Patricia Sarah/Noll, Paul, «Grenzenlose Sorgfalt? Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz», Teil 2, NZG 2021, 1285, 1288, porque el volumen de negocios no refleja los resultados económicos de la empresa.

[51] Kamann, Hans-Georg/Irmscher, Philipp, «Das Sorgfaltspflichtengesetz – Ein neues Sanktionsrecht für Menschenrechts- und Umweltverstoß in Lieferketten», *NZWiSt* 2021, 249, 253.

[52] Kamann, Hans-Georg/Irmscher, Philipp, «Das Sorgfaltspflichtengesetz – Ein neues Sanktionsrecht für Menschenrechts- und Umweltverstoß in Lieferketten», *NZWiSt* 2021, 249, 254; pero véase también Mitsch, Wolfgang, «Lieferkettengesetz und Ordnungswidrigkeitenrecht», *NZWiSt* 2021, 409, 411, quien señala que las respectivas referencias a las normas individuales aumentan la claridad.

[53] Críticamente, sin embargo, Kamann, Hans-Georg/Irmscher, Philipp, «Das Sorgfaltspflichtengesetz – Ein neues Sanktionsrecht für Menschenrechts- und Umweltverstoß in Lieferketten», *NZWiSt* 2021, 249, 254 en relación con la inclusión de normas sobre mejores prácticas.

15.7 OBSERVACIÓN FINAL

¿Es la ley alemana una buena ley? Desde un punto de vista intencional, sin duda [54]. Desde el punto de vista artesanal, se caracteriza sobre todo por el hecho de que en todas partes se subraya que las empresas alemanas no tienen obligaciones de resultado y que, por regla general, no se prevé la ruptura de las relaciones comerciales. Deben ejercer la diligencia necesaria y razonable o, en otras palabras, tienen un «deber de esforzarse».

Esto no puede ni debe reinterpretarse como una responsabilidad de impedir el resultado. Sin embargo, esto es exactamente lo que se teme [55].

El hecho de que apenas se diera precisión en la ley a la diligencia debida era probablemente inevitable. Se trata de un fenómeno que puede observarse en todas las normativas que regulan el gobierno corporativo sostenible. Sin embargo, no se pueden ignorar las voces críticas que advierten de que no siempre será posible aplicar realmente los requisitos en todos los países. La consecuencia sería entonces una retirada forzosa indirecta de las zonas en las que la aplicación de los requisitos legales no es factible debido a dificultades políticas [56]. Corresponde a quienes aplican la ley decidir qué medidas concretas pueden seguir exigiéndose a las empresas en tales situaciones [57].

---

[54] Así Gehling, Christian/Ott, Nicolas/Lüneborg, Cäcilie, «Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Umsetzung in der Unternehmenspraxis», *CCZ* 2021, 230, 240; pero véase también Mitsch, Wolfgang, «Lieferkettengesetz und Ordnungswidrigkeitenrecht», *NZWiSt* 2021, 409, 413, que considera que la ley es un lavado verde.

[55] Ekkenga, Jens/Schirrmacher, Carsten/Schneider, Björn, «Offene Fragen zur rechtlichen Steuerung nachhaltigen Unternehmertums», *NJW* 2021, 1509, 1513. Stöbener de Mora, Patricia Sarah/Noll, Paul, «¿Grenzenlose Sorgfalt? Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz», parte 2, *NZG* 2021, 1292, que abogan por una interpretación prudente de las cláusulas abiertas individuales y una aplicación juiciosa de la ley.

[56] Ekkenga, Jens/Schirrmacher, Carsten/Schneider, Björn, «Offene Fragen zur rechtlichen Steuerung nachhaltigen Unternehmertums», *NJW* 2021, 1508, 1513.

[57] Gehling, Christian/Ott, Nicolas/Lüneborg, Cäcilie, «Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Umsetzung in der Unternehmenspraxis», *CCZ* 2021, 234.

16. UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO COMPARADO A LA REGULACIÓN DE LAS CADENAS DE SUMINISTRO Y LAS FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD

Tania García Sedano*
Universidad Carlos III de Madrid

16.1 INTRODUCCIÓN

Según la Organización Internacional del Trabajo se estima que en el año 2022 existen cuarenta millones de personas sometidas a formas contemporáneas de esclavitud [1].

Es indiscutible que ese dato pone de manifiesto la urgencia en la adopción de medidas para poner fin a esa lacra.

En los últimos años han surgido iniciativas normativas que imponen obligaciones empresariales, fundamentalmente en el contexto de las cadenas globales de suministro, tendentes a prevenir la presencia de formas contemporáneas de esclavitud. El presente capítulo pretende hacer una aproximación desde el derecho internacional y el derecho comparado a los distintos modelos regulatorios con el propósito de perfilar los contornos de una óptima configuración de la responsabilidad empresarial por lo acontecido en su estructura y actividad mercantil.

---

* Magistrada Suplente en la Audiencia Provincial de Madrid, Profesora asociada de la Universidad Carlos III de Madrid, colaboradora en la Universidad Pontificia de Comillas y Consultora Externa de la OIT.

[1] Organización Internacional del Trabajo. *Global estimates of modern slavery, forced labour and forced marriage*. Geneva, 2022, p. 5.

16.2 INICIATIVAS LEGISLATIVAS FRENTE A LA PRESENCIA DE FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD EN LAS CADENAS DE SUMINISTRO

16.2.1 **Un recordatorio frente a la amnesia legal**

La proscripción de la esclavitud fue consagrada por primera vez en la Convención sobre la esclavitud de 1926 y en la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956 [2].

En el derecho internacional de los derechos humanos se ha reconocido el derecho a no ser sometido a esclavitud, trabajo forzoso o servidumbre [3]. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 4, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 8.

El Comité de Derechos Humanos, en su observación general núm. 31 (2004) [4] relativa a la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados parte en el Pacto, estableció la necesidad de que los Estados ejerzan la debida diligencia para proteger a las personas no solo por violaciones de los derechos reconocidos sus agentes si no también por actos de particulares o entidades privadas.

El derecho a no ser sometido a esclavitud constituye un derecho absoluto e inalienable [5] y una norma de *jus cogens* de conformidad con la resolu-

---

[2] No podemos dejar de recordar el papel que el capitalismo industrial desempeñó en la abolición de la esclavitud y sus prácticas análogas. Sobre este particular Williams, E. *Capitalismo y esclavitud*. Traficantes de sueños, Madrid, 2011, p. 22. Por el contrario, en la actualidad, las formas contemporáneas de esclavitud tienen como fenómeno causal la internacionalización, a escala planetaria, del sistema económico capitalista asociado aúna ideología neoliberal. Coomaraswamy, R. *Informe sobre la trata de mujeres, la migración de mujeres y la violencia contra la mujer.* 2000. Documento núm. E/CN.4/2000/68. Párrafo 59. Gallagher, A. «Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground? A Response to James Hathaway» in *Virginia Journal of International Law,* vol. 49, núm. 4, 2009, p. 790. Desde otro prisma, Naim, M. «Five Wars of Globalization» in *American University International Law Review* núm. 18. 2002, p. 2.

[3] En el ámbito regional europeo el artículo 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconoce el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre ni a realizar un trabajo forzoso u obligatorio. En el mismo sentido se pronuncian la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en su artículo 5, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 6, y el artículo 10 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

[4] Comité de Derechos Humanos. Observación general núm. 31 [80] Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. Documento: CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. Párrafo 8.

[5] Sobrino Heredia, J. M. «Artículo 5: Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzoso» en Mangas Martín, A. *Carta de los Derechos Fundamentales: Comentario Artículo por artículo.* Fundación BBVA.2008, p. 180.

ción dictada por la Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction [6] y crea una obligación *erga omnes arising out of human rights law* [7].

En el año 2011, el Consejo de Derechos Humanos aprobó, por unanimidad, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos que constituyen el marco de referencia esencial para prevenir y reparar las eventuales vulneraciones de derechos humanos vinculadas con la actividad empresarial [8] y establecen, Principio núm. 1, la obligación estatal de proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por las empresas.

Con el propósito de trabajar en la elaboración de un tratado vinculante sobre los derechos humanos y las empresas, en junio de 2014, se estableció un grupo de trabajo intergubernamental en el seno de Naciones Unidas [9].

Por su parte, la Agenda 2030 se articula mediante 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y 169 metas, conexas, de carácter integrado e indivisible [10]. Por lo que se refiere al objeto de este capítulo, la meta 8.7 de la Agenda 2030 [11] insta a los

---

[6] Corte Internacional de Justicia, caso *Barcelona Traction, Light and Power Company* (Belgium v. Spain)*, Limited, arrêt, C. I. J. Recueil 1970.* Párrafos 33, 34 y 35. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso trabajadores de la hacienda Brasil verde *vs*. Brasil, de fecha 20 de octubre de 2016. Párrafo 218: «Los *representantes* señalaron que la prohibición del trabajo esclavo es una obligación de *jus cogens* en el derecho internacional y que tiene además carácter *erga omnes*». Allain, J. *Slavery in International Law of human exploitaitation and trafficking*. Martin Nijhoff, Leiden, Boston. 2012, p. 109. Bassiouni, CH. «Enslavement as an International Crime», *New York University Journal of International Law and Politics,* 1991, p. 448. Buergenthal, T. *et al., Grundzüge des Völkerrechts.* CF Müller, 1988, p. 117.

[7] En ese sentido, Atak, I., y Simeon, J. C., «Human Trafficking. Mapping the Legal Boundaries of International Refugee Law and Criminal Justice», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, 2015, p. 1033. Bassiouni, M. C., «Enslavement as an International Crime». *op. cit*. p. 445. Bassiouni CH. «International Crimes: Ius Cogens and Obligatio Erga Omnes» in *Law and contemporary problems,* vol. 59: núm. 4, p. 63. Bassiouni M. C. «International crimes: the ratione materiae of international criminal law» in I*nternational Criminal Law*, vol. I Sources, Subjects and Contents, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden. 2008, p. 138. Oppenheim L. *Tratado de Derecho Internacional Público,* tomo I, vol. I. Bosch, Barcelona. 1961, p. 307.

[8] Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos, 2018/2763(RSP), párrafo h.

[9] La Resolución A/HRC/RES/26/9, párrafo 1, tiene por objeto: «*elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos*». Por su parte, la Resolución A/HRC/26/L22 presentada en la vigésimo sexta sesión del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, celebrada el 26 de junio de 2014 se adoptó por solo veinte votos a favor, catorce en contra y trece abstenciones.

[10] Naciones Unidas. Asamblea General. *Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015*. Documento: A/69/L.85, párrafo 18.

[11] Organización Internacional del Trabajo. *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: Retos y oportunidades.* Conferencia Internacional del Trabajo, 106.ª reunión, Ginebra. 2017, párrafo 29. p. 11. Naciones Unidas. Asamblea General. *Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015*. Documento: A/69/L.85. Meta 8.7.

Estados a la adopción de medidas para poner fin a las formas contemporáneas de esclavitud [12].

En el contexto de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, aprobada en 1998, pretende coadyuvar al mantenimiento del vínculo entre crecimiento económico y progreso social. Su aplicación vincula a todos los Estados miembros de la OIT con independencia de la ratificación de los respectivos convenios [13].

En el seno de la OIT ya el Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930, estableció la proscripción de todo trabajo forzoso en provecho de particulares, o de personas jurídico-privadas [14]. Por su parte, el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930, establece en su artículo quinto la obligación de los Estados de adoptar medidas para la prevención y la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso y se destaca la necesidad de proporcionar a las víctimas protección y acceso a acciones jurídicas y de reparación apropiadas y eficaces, tales como una indemnización. La Recomendación 203 [15] sin referirse específicamente a cadenas de suministro, insta a los Estados a orientar y apoyar a los empleadores y a las empresas a fin de que adopten medidas eficaces para identificar, prevenir y mitigar los riesgos de trabajo forzoso u obligatorio y para informar sobre la manera en que abordan esos riesgos, en sus operaciones, productos o servicios prestados, con los cuales pueden estar directamente relacionados.

16.2.2 **Propuestas normativas en el contexto de Derecho Comparado**

Con carácter preliminar debemos explicitar que no nos encontramos ante una cuestión de ética empresarial si no de una exigencia de cumplimiento de obligaciones de derechos humanos que, en ningún caso, pueden dejarse al al-

[12] Organización Internacional del Trabajo. Información actualizada sobre la Alianza 8.7 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Ginebra, 2019. En esa línea, se presentó la Alianza 8.7 que constituye una iniciativa multipartita con el fin de apoyar el logro de la Meta 8.7. La Alianza se concentra, fundamentalmente, en cuatro ámbitos: coordinar mejor la investigación y el intercambio de conocimientos, estimular la innovación, incrementar y movilizar los recursos.

[13] Gily Gil, J. L., y Ushakova, T.,»La declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo» en *Documentación Laboral*, 1999, núm. 59, pp. 104 ss.

[14] Artículos 4 y 5. Recomendación núm. 203 sobre las medidas complementarias para la supresión efectiva del trabajo forzoso, adoptada por la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo en su 103.ª reunión, celebrada en Ginebra el 11 de junio de 2014, artículo 4 j).

[15] Recomendación sobre las Medidas Complementarias para la Supresión Efectiva del Trabajo Forzoso, adoptada por la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo en su 103.ª reunión, celebrada en Ginebra el 11 de junio de 2014, artículo 4 j).

bur de la buena voluntad empresarial [16]. Efectivamente el derecho internacional de los derechos humanos, pese a su vinculatoriedad, *de facto* goza de una efectividad inferior a la *lex mercatoria* y por ello se hace necesario la adopción de instrumentos internacionales que reconozcan con carácter vinculante la responsabilidad empresarial [17].

A continuación, analizaremos las iniciativas legislativas existentes en derecho comparado para mejorar la transparencia y la diligencia debida por parte de las empresas, que serán clasificadas en atención al ámbito territorial en el que han sido adoptadas.

1.º Derecho Anglosajón

Las iniciativas existentes en el ámbito anglosajón se caracterizan por el establecimiento de obligaciones que pretenden garantizar la transparencia y trazabilidad a través de la difusión pública de la conducta empresarial, sin la imposición de sanciones.

Se trata de una tendencia desconcertante, pues se ha evidenciado que los programas de auditoría generalmente no son útiles para detectar o corregir vulneraciones de derechos laborales en las cadenas de suministro [18]. En todo caso, la cuestión no solo es detectar vulneraciones graves de derechos humanos vinculadas a formas contemporáneas de esclavitud si no fundamentalmente erradicar las mismas.

A) *Estados Unidos*

A.1) California Transparency in Supply Chains Act

La Ley de Transparencia en la Cadena de Suministro de California [19] es la primera norma que estableció la obligación empresarial de publicitar, cómo las

[16] Naciones Unidas. Situación de los defensores de los derechos humanos. Documento: A/72/170. Párrafos 35,36 y 37.

[17] Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos, 2018/2763(RSP), párrafo N.

[18] Lebaron, G.; Lister, J., y Dauvergne, P., «Governing Global Supply Chain Sustainability through the Ethical Audit Regime» in *Globalizations*, 14:6, 2017, p. 959. Existen posturas contrapuestas sobre la eficacia de estas iniciativas para la erradicación de las formas contemporáneas de la esclavitud, Bhoola, U. I«Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias», Documento: A/HRC/30/35. Párrafo 50.

[19] En octubre de 2010, la Senate Bill 657 fue aprobada como Ley convirtiéndose en la California Transparency in Supply Chains Act.

empresas a lo largo de su cadena de suministro luchan para que las formas contemporáneas de esclavitud no estén presentes.

Esta Ley [20] es aplicable a vendedores minoristas y fabricantes que desarrollan su actividad en el Estado de California y tengan unos ingresos, mínimos, brutos globales anuales de US $ 100 millones. Establece la obligación de que las empresas divulguen en su sitio web información relativa a la verificación de las cadenas de suministro de productos para evaluar y abordar los riesgos de que esté presenten presentes formas contemporáneas de esclavitud, la realización auditorías, certificación de trazabilidad de los materiales incorporados en el producto, mantenimiento de estándares y procedimientos de responsabilidad para empleados o contratistas que no cumplan con las obligaciones empresariales en la materia que nos ocupa y el establecimiento de capacitaciones sobre el objeto de la ley [21].

Ciertamente, la eficacia es limitada ya que no se exige la adopción de medidas preventivas ni que se actualicen las medidas adoptadas para erradicar las formas contemporáneas de esclavitud en la cadena de suministro [22].

A.2) Leyes Federales de Estados Unidos

En el ámbito federal estadounidense se han dictado algunas normas que poseen especial virtualidad en este contexto y por ello haremos un análisis de las mismas.

Siguiendo un criterio cronológico, la primera ley con repercusión en este contexto es la Ley de Aranceles de 1930 [23] que prohíbe la importación de mer-

---

[20] Muñoz Fernández, A., Sales Pallarés, L., «Leyes internas sobre transparencia de multinacionales: los particulares como agentes de la lucha contra las nuevas formas de esclavitud», Zamora F. J., García Cívico, J., Sales Pallarés, L. (eds.), *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, Madrid, 2013, p. 120.

[21] En 2015, la Oficina del Procurador General de California publicó una guía de recursos que busca abordar cada uno de los requisitos de la Ley y proporciona modelos basados en divulgaciones reales de la compañía que se ajustan al lenguaje y el espíritu de la ley. Harris, K. D., Attorney General, 2015. *The California Transparency in Supply Chains Act. A Resource Guide* [online]. California Department of Justice, Office of the Attorney General. Available from: https://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/sb657/resource-guide.pdf. Accessed 31 de enero de 2020. Greer,. B. T «Opaque Transparency: Why California's Supply Chain Transparency Act is Unenforceable» in *Oñati Socio-legal Series,* v. 8, n. 1 (2018), 32-49.p.40. Pickles, J.; Zhu Shengjun. «The California Transparency in Supply Chains Act», *Working Paper* núm. 15, 2013, p. 3.

[22] Bhoola, U. *Informe de la* Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Documento: A/HRC/30/35. Párrafo 32. Greer, B. T. & Purvis. J. G. «Corporate Supply Chain Transparency: California's Seminal Attempt to Discourage Forced Labour», *The International Journal of Human Rights*, 20(1), 2016, p. 62. Gebauer, S. «Compliance Is Not Enough: Best Practices in Responding to the California Transparency in Supply Chains Act. Corporate Compliance and Ethics Professional», *White Paper.* Minneapolis, MN: Society of Corporate Compliance and Ethics. 2011, p. 3.

[23] Tariff Act of 1930 (Hawley-Smoot Tariff Act or Smoot-Hawley Act).

cancías extraídas, producidas o fabricadas, total o parcialmente, en cualquier país extranjero mediante la utilización de trabajo forzoso [24] o servidumbre so pena de pena [25].

La Ley de Comercio y Desarrollo de 2000 [26] estableció la obligación del Secretario de Trabajo de adoptar iniciativas de transparencia en determinados países beneficiarios para que cumplan el compromiso de eliminar las peores formas de trabajo infantil. Cinco años más tarde, la Ley de Reautorización de Medidas de Protección para las Víctimas de la Trata de 2005 [27], estableció una nueva obligación para el Secretario de Trabajo, a través de la Oficina de Asuntos Internacionales del Trabajo, consistente en la realización de actividades adicionales para monitorear y combatir el trabajo forzoso y el trabajo infantil en países extranjeros. Entre esas actividades se incluye la elaboración de una lista pública de aquellos bienes que se considere que han sido producidos por trabajo forzado o trabajo infantil así como la adopción de medidas tendentes a asegurar que los mencionados productos no son importados a Estados Unidos.

Por su parte, la Ley de Reautorización de simplificación aduanera y de aplicación de medidas comerciales [28] amplió la prohibición de importar determinados productos a aquellos fabricados [29] por trabajo convicto, forzado o trabajo impuesto bajo sanciones penales o coacción, entendiéndose de conformidad con la Ley de Protección de Víctimas de Tráfico de 2000 [30], incluyéndose el supuesto en que el empleador retuviese el pasaporte u otros documentos de viaje de un trabajador extranjero para obligar a la producción de ese bien; o que durante la producción se sometiese a algún trabajador a trata de seres humanos. Estableciendo cómo sanción, para el caso de contravención, una pena de multa cuyo importe se calcula en proporción al valor de los bienes importados.

La Ley de reautorización de la protección de las víctimas de la trata de personas de 2003 [31] y la Ley de protección a víctimas de la trata de personas de 2005 [32]establecen la rescisión de los contratos federales cuando un contratista o subcontratista federal participe en trata de seres humanos, o utilice trabajo forzado en la ejecución de la subvención, contrato o acuerdo cooperativo.

---

[24] Bhoola, U. «Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias», Documento: A/HRC/30/35. Párrafo 37.

[25] La Sentencia *China Diesel Imports, Inc. v. U. S.*, 18 C. I. T. 1086, 1089 (1994) realiza un análisis de la *ratio legis* de la Ley y su aplicación en algunos supuestos.

[26] Trade and Development Act of 2000, 106th Congress (1999-2000).

[27] Trafficking Victims Protection Reauthorization Act of 2005, 109th Congress (2005-2006).

[28] Customs Facilitation and Trade Enforcement Reauthorization Act of 2009,111th Congress (2009-2010).

[29] Sección 307.

[30] Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000, 106th Congress (1999-2000).

[31] Trafficking Victims Protection Reauthorization Act of 2003, 108th Congress (2003-2004).

[32] Trafficking Victims Protection Reauthorization Act of 2005, 109th Congress (2005-2006).

Los Decretos Presidenciales 13126, sobre Prohibición de la adquisición de productos producidos por trabajo infantil forzado o por contrato, y 13627, sobre Fortalecimiento de la protección contra la trata de personas en contratos federales, abordan la eventual presencia de formas contemporáneas de esclavitud en los contratos suscritos por el gobierno y requieren que los contratistas federales, los subcontratistas y sus empleados tengan un plan de cumplimiento contra la trata que incluya, entre otros elementos, un mecanismo de queja y procedimientos para evitar que los subcontratistas de cualquier nivel de la cadena de suministro participen en la trata de personas.

En 2018 se aprobó la de ley de transparencia en la cadena de suministros [33] que exige a determinadas empresas que divulguen información, en su página web, que describa las medidas adoptadas para identificar y abordar las condiciones de trabajo forzoso, esclavitud, trata de personas y las peores formas de trabajo infantil dentro de sus cadenas de suministro. Por lo que nos conlleva, es relevante que la información describa cualquier tipo de riesgo identificado dentro de la cadena de suministro, y las medidas tomadas para eliminar esos riesgos; los sistemas de evaluación especificándose si la evaluación fue realizada por un tercero o por un empleado de la compañía; concretando si en el proceso se ha incluido la consulta con las organizaciones sindicales y si incorpora sus conclusiones; los esfuerzos de la matriz para garantizar que en los distintos eslabones de la cadena de suministro se controlan e investigan las condiciones de trabajo y las prácticas laborales de dichos proveedores; si dichos proveedores cuentan con sistemas adecuados para identificar los riesgos de formas contemporáneas de esclavitud dentro de su propia cadena de suministro; y si se evalúa que dichos sistemas cumplen con las políticas del la matriz o si realizan esfuerzos prescindiendo de dichas políticas.

B) *Reino Unido*

Reino Unido ha sido el primer país en implementar una Ley nacional sobre esclavitud moderna [34] y en ese sentido no se puede obviar el papel inspirador que ha desempeñado tanto en la visibilización del fenómeno como en la

[33] Business Supply Chain Transparency on Trafficking and Slavery Act of 2018, 115th Congress (2017-2018).

[34] La Modern Slavery Act del Reino Unido de 2015 es la primera legislación nacional en utilizar el término «esclavitud moderna» como aglutinador de categorías como la esclavitud, el trabajo forzoso, la servidumbre y la trata de seres humanos. Broad, R., y Turnbul, N. «From Human Trafficking to Modern Slavery: The Development of Anti-Trafficking Policy in the UK « in *European Journal on Criminal Policy and Research,* June 2019, volume 25, Issue 2, p. 119.

construcción de un régimen político jurídico sobre las formas contemporáneas de esclavitud [35].

La británica Ley sobre la Esclavitud Moderna está integrada por una introducción, siete Partes y cinco anexos. Por lo que ahora nos interesa, la sexta parte de la Ley lleva por rúbrica «transparencia en las cadenas de suministro (…)» con lo que se pretende subsanar la deficiencia de transparencia en las cadenas de suministro [36] desde la consideración de que la presión de los consumidores revierta determinados comportamientos empresariales [37].

De conformidad con la sección 54, las organizaciones comerciales sujetas a la Ley, corporaciones con un volumen de negocios o facturación del grupo, es decir, la facturación total de una empresa y sus subsidiarias, de £ 36 millones o más que tienen su sede social o desarrollan su actividad en Reino Unido [38], tienen la obligación de publicar, en cada ejercicio fiscal, una declaración sobre las medidas adoptadas para garantizar que en sus cadenas de suministro o actividad no están presentes las formas contemporáneas de esclavitud [39].

La Ley contiene un listado de contenidos susceptibles de inclusión en la declaración: estructura empresarial, cadenas de suministro y negocios, política comercial en relación con la trata de seres humanos y la esclavitud así como la aplicación del principio de diligencia debida en su estructura y actividad, sectores dentro de su actividad empresarial sensibles a la esclavitud y la trata de personas, medidas adoptadas y su efectividad; para concluir las medidas de capacitación tendentes a evitar la presencia de estas realidades en su ámbito comercial.

La regulación contenida plantea dos cuestiones de indudable calado. En primer lugar, qué debe entenderse por organización comercial, el concepto es definido de un modo muy amplio y permitirá que puedan subsumirse en él

---

[35] Simic, A., y Blitz, B. « The modern slavery regime: a critical evaluation» in *Journal of the British Academy*, 7(s1), p. 2. En ese sentido, Noruega está trabajando en la aprobación de una Ley sobre formas contemporáneas de esclavitud que estaría inspirada en la Ley Británica. Sobre esta cuestión: Norway Today, 12 de enero de 2020. Disponible *on line*: https://norwaytoday.info/news/norwegian-law-against-modern-slavery-on-the-docket/. No obstante, cuando se aprobó la *Modern Slavery Act* la tipificación de algunas formas de explotación ya estaba tanto en la agenda internacional como de Naciones Unidas.

[36] Gadd, D. & Broad, R. «Troubling Recognitions in British Responses to Modern Slavery», *British Journal of Criminology*. volume 58, Issue 6, November 2018, p. 1443.

[37] O'Connell Davidson, J. «New Slavery, Old Binaries» in Global Networks, 10, 2 (2010), p. 253.

[38] Home Office. *Transparency in Supply Chains etc. A Practical Guide*. London 2017. Available online at: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/649906/Transparency_in_Supply_Chains_A_Practical_Guide_2017.pdf (last accessed 22 november 2019).

[39] Esta posibilidad está, claramente, inspirada en las medidas previstas por la *California Transparency in Supply Chains Act. Sobre la efectividad y seguimiento empresarial.* Ver debate parlamentario sobre el proyecto de ley de transparencia no aprobado el 19 de octubre de 2012 c668.

entidades sin fines de lucro. En segundo lugar, la acción llevar a cabo un negocio o parte de él no está definida por la Ley, pero el Ministerio del Interior [40] ha elaborado una orientación para dotarla de contenido.

Por último, las obligaciones impuestas por la sección 54 son exigibles ante los tribunales. La legitimación activa se atribuye a la Secretaría de Estado y el procedimiento es de naturaleza civil.

No obstante, no está resultando sencillo el exigir responsabilidades a las corporaciones por delitos vinculados a formas contemporáneas de esclavitud acaecidos en la cadena de suministro [41].

La Ley ha sido objeto de críticas al dejar abierta la posibilidad de que las empresas con sede en el Reino Unido puedan no publicar lo acontecido en las cadenas de suministro si los bienes producidos no son introducidos en el mercado británico [42].

C) *Australia*

C.1) *Modern Slavery Bill*

En el contexto federal australiano [43], se ha aprobado una Ley de esclavitud moderna [44] claramente influenciada por la *Modern Slavery Act* de Reino Unido, aunque nace con el espíritu de superar las deficiencias de la Ley británica [45].

Así, la *Modern Slavery Bill* ha optado por tipificar la esclavitud, las prácticas análogas a la esclavitud y el trabajo forzoso en el Código Penal [46].

Asimismo, establece la obligación para las empresas y otras organizaciones que tengan unos ingresos consolidados de 100 millones que informen

---

[40] Home Office. *Transparency in Supply Chains etc. A Practical Guide*. London 2017. Available online at: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/649906/Transparency_in_Supply_Chains_A_Practical_Guide_2017.pdf (last accessed 22 november 2019).

[41] Chamberlain, G. «How High Street Clothes Were Made by Children in Myanmar for 13p an Hour» in *The Guardian Observer,* 5 February, available online at https://www.theguardian.com/world/2017/feb/05/child-labour-myanmar-high-street-brands (last accessed 27 December 2019).

[42] Bhoola, U. «Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias», Documento: A/HRC/30/35, párrafo 31.

[43] Minister for Justice, the Hon Michael Keenan MP, «Proposed new laws to help end modern slavery», *Media release*, 16 August 2017. Available on line: https://www.ministerjustice.gov.au/Media/Pages/Proposed-new-laws-to-help-end-modern-slavery-16-August-2017.aspx (accessed 27 January 2020).

[44] Modern Slavery Act 2018, núm. 153, 2018.

[45] Sinclair, A. y Nolan, J. «Developments in the Field Modern Slavery Laws in Australia: Steps in the Right Direction?» in *Business and Human Rights Journal*, 0, 2019, p. 2.

[46] Criminal Code Act 1995, núm. 12, 1995.

anualmente sobre los riesgos de la esclavitud moderna en sus operaciones y cadenas de suministro, y las medidas que han tomado para evaluar y abordar esos riesgos y la efectividad de su respuesta [47]. Las declaraciones deberán ser aprobadas por la junta directiva u órgano equivalente. La Ley crea un registro administrativo de entidades informantes y de las declaraciones emitidas.

Una de las principales novedades es la introducción de controles en la contratación pública.

Hay una cuestión que ensombrece la efectividad de la Ley y es la ausencia de sanción ante el incumplimiento de la obligación de presentar la declaración o un incumplimiento parcial por presentarla incompleta.

C.2) *New South Wales modern slavery law*

En Nueva Gales del Sur en Australia se aprobó, en el año 2018, una ley estatal sobre formas contemporáneas de esclavitud [48] que se aplica a organizaciones comerciales con empleados en el mencionado estado que suministren bienes y servicios con fines de lucro y tengan facturación total de $ 50 millones o más en un ejercicio fiscal.

Una distinción notable del resto de la legislación del contexto anglosajón es la introducción de sanciones financieras, en lugar de dejar al albur del escrutinio público el cumplimiento.

Establece la creación de un registro electrónico disponible públicamente en el que se identificarán organizaciones cuyos bienes o servicios son potencialmente producidos con alguna presencia de formas contemporáneas de esclavitud. Esta posibilidad constituye una novedad en el contexto anglosajón pues es una réplica de las listas sucias que estuvieron vigentes en Brasil [49].

---

[47] Artículo 6: «Una declaración de esclavitud moderna debe, en relación con cada entidad informante cubierta por la declaración: (a) identificar la entidad que informa; (b) describirá la estructura, operaciones y cadenas de suministro de la entidad que informa; (c) describa los riesgos de las prácticas modernas de esclavitud en las operaciones y las cadenas de suministro de la entidad que informa, y cualquier entidad que la entidad que reporta posee o controla; (d) describa las acciones tomadas por la entidad que informa y cualquier entidad que posee o controla la entidad que informa, para evaluar y abordar esos riesgos, incluyendo los procesos de diligencia debida y remediación; (e) describa cómo la entidad que informa evalúa la efectividad de tales acciones; (f) describa el proceso de consulta con: (i) cualquier entidad que posea o controle la entidad que informa; (ii) en el caso de una entidad que informa cubierta por una declaración según la sección 14, la entidad que da la declaración; (g) incluir cualquier otra información que la entidad que informa, o la entidad que da la declaración, considere relevante».

[48] Modern Slavery Act 2018, No 30, New Gales South.

[49] El registro de empleadores que utilizaban mano esclava conocido como «lista sucia» fue establecido por los Decretos 1.234 / 2003 y 540/2004 del MTE, de fecha 19 de octubre de 2004, y luego convertido en Decreto interministerial 02/2011–MTE / SDH, de fecha 12 de mayo de 2011. el registro era actualizado cada seis meses y enviado a los Ministerios de Hacienda, Integración Nacional, Desarrollo Agrario,

2.º Derecho Continental

A) *La Unión Europea*

En el contexto de la Unión Europea, el Parlamento Europeo [50] ha instado a los Gobiernos de los Estados miembros a que pongan en vigor medidas jurídicas que garanticen la transparencia de las cadenas de suministro. Asimismo, ha urgido a la Comisión para que intensifique sus esfuerzos para la consecución de coherencia entre las políticas de la Unión en materia de comercio, desarrollo y medio ambiente en todos los tratados, y los compromisos internacionales contraídos por la Unión en materia de derechos humanos, igualdad de género y trabajo digno [51].

Por otro lado, tanto en la Estrategia Comercial de la UE [52] como en las Conclusiones del Consejo sobre las cadenas de valor mundiales [53], de 12 de mayo de 2016, se adoptan medidas en diversos ámbitos con el propósito de garantizar que en las cadenas de suministro no este presente la trata de seres humanos.

Para concluir, la Unión [54] se ha mostrado satisfecha con la iniciativa, nacida en el seno del grupo de trabajo intergubernamental creado en el seno de

---

Medio Ambiente, la Secretaría Especial de Derechos Humanos y bancos públicos y privados y la sociedad civil para que cada institución adopte las medidas apropiadas en su respectivo ámbito de competencia. La inclusión del nombre en el registro se producía tras la conclusión del proceso administrativo sancionador iniciados como consecuencia de la inspección laboral, artículo 2. En diciembre de 2014, la Corte Suprema de Brasil declaró la suspensión de la «lista sucia» de mano de obra esclava. Por tanto, los mencionados Decretos fueron suspendidos hasta que concluya el procedimiento de acción directa de inconstitucionalidad 5209.

[50] Pe. Lochbihler, B. Comisión de Asuntos Exteriores. Subcomisión de Derechos Humanos. «Proyecto de informe sobre la lucha contra el tráfico de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE». Documento: 2015/2340(INI), párrafo 12. El propio Parlamento Europeo ha pedido a la Comisión que presente una propuesta de normas mínimas relativas a la responsabilidad en cadena de las empresas. Parlamento Europeo. Resolución, de 23 de octubre de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo. Documento núm.: 2013/2107(INI). Recomendación núm. 22. En el mismo sentido OIT. Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949 (núm. 94).

[51] PE. «Propuesta de resolución del Parlamento Europeo *sobre la aplicación de las recomendaciones del Parlamento del año 2010, relativas a los estándares sociales y medioambientales, los derechos humanos y la responsabilidad civil de las empresas*». Documento núm.:2015/2038(INI), párrafo D.3.

[52] «Comunicación de la Comisión, *Comercio para todos, Hacia una política de comercio e inversión más responsable*». Documento: COM (2015)497. «Informe sobre la aplicación de la estrategia de política comercial, *Comercio para todos, Una política comercial equilibrada y progresista para encauzar la globalización*». Documento: COM (2017) 491.

[53] Entre ellos, transparencia, empleo y condiciones laborales, medio ambiente y cambio climático, diálogo social, contratación pública, comercio, cooperación al desarrollo y relaciones internacionales.

[54] Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos, 2018/2763(RSP), párrafo 13.

Naciones Unidas, de creación un instrumento vinculante sobre empresas transnacionales [55].

Legislativamente, la Unión Europea aprobó la Directiva 2014/95/UE del Parlamento europeo y del Consejo [56] que tiene como objetivo identificar riesgos para mejorar la sostenibilidad e incrementar la confianza de los inversores, los consumidores y la sociedad en general. Para ello aumenta la divulgación de información no financiera, cómo pueden ser los factores sociales y medioambientales.

Por otro lado, ha regulado las cadenas de suministro tomando cómo punto de partida el producto objeto de las mismas. Así, en primer lugar, el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 establece obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro aplicable a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo. La relevancia de esta norma radica en que define el concepto de cadena de suministro de minerales [57] y de diligencia debida imponiendo obligaciones a las corporaciones y a los Estados.

En relación con las obligaciones de diligencia debida, estas se traducen en obligaciones para los importadores de la Unión en relación con los sistemas de gestión de riesgos, las auditorías externas independientes y la comunicación de información con el fin de identificar y abordar los riesgos reales y potenciales vinculados a las zonas de conflicto o de alto riesgo para impedir o reducir los efectos negativos asociados a sus actividades de abastecimiento [58].

Jurisprudencialmente, debemos destacar que el Tribunal General de la Unión Europa en sentencia de fecha 20 de julio de 2017 [59] confirmó la deci-

---

[55] Presidencia del Oeigwg. Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos Resolución: A/HCR/RES/26/9.

[56] Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

[57] Su artículo 2 contiene varias definiciones relevantes por lo que ahora nos interesa. Así, su párrafo c) define: «cadena de suministro de minerales» como: «el sistema de actividades, organizaciones, actores, tecnologías, información, recursos y servicios que opere en el desplazamiento y procesamiento de los minerales desde el lugar de extracción hasta su incorporación en el producto final».

[58] Artículo 3.

[59] Tribunal General de la Unión Europea. Sentencia de fecha 20 de julio de 2017. Asunto T619/15. Debemos precisar que esta resolución no se fundamenta en el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 si no en la Resolución 2121 (2013) aprobada por el Consejo de Seguridad en fecha 10 de octubre de 2013, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7042.ª sesión, celebrada el 10 de octubre de 2013. Documento: S/RES/2121 (2013), y en la Resolución 2134 (2014), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7103.ª sesión, celebrada el 28 de enero de 2014. Documento: S/RES/2134 (2014). En el ámbito de la Unión Europa con el propósito de dar cumplimiento a las mencionadas resoluciones el Consejo de la Unión Europea impuso medidas restrictivas contra República Centroafricana adoptando la Decisión 2013/798/PESC del Consejo de 23 de diciembre de 2013.

sión, adoptada por el Consejo de la Unión Europea, de inmovilización de capitales de por considerar que determinados diamantes procedían de República Centroafricana y que habían sido exportados de manera ilícita**.**

Esta resolución constituye un punto de inflexión pues se trata de la primera Sentencia en la que un Tribunal de la Unión condena a una empresa y su filial por hechos, cometidos extraterritorialmente, vulneradores de la legislación internacional sobre comercio de diamantes de conflicto.

En segundo lugar, el Reglamento (UE) núm. 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 establece las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera, así como una obligación de diligencia debida materializada en el control, por parte de los comerciantes, de la trazabilidad [60]. Este reglamento establece la obligación de diligencia debida que se articula a través de un sistema [61] que debe ser de carácter general, evaluado periódicamente, y que contenga las medidas y procedimientos que faciliten en relación con el suministro el acceso a la descripción, incluidos el nombre comercial y el tipo de producto, así como los datos concretos que prueben que tanto la madera y como los productos de madera cumplen la legislación aplicable. Los procedimientos de evaluación de riesgo que permitan al agente analizar y evaluar el riesgo de comercialización de madera aprovechada ilegalmente o de productos derivados de esa madera.

La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro alimentario [62]. La aplicación de la misma se dirige a la protección del derecho de la competencia prohibiendo determinadas prácticas comerciales desleales que se producen en relación con las ventas de productos alimenticios [63] de un proveedor que es una pequeña y mediana empresa a un comprador que no es una pequeña y mediana empresa [64].

---

[60] Artículos 1 y 4.

[61] Artículo 6.

[62] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro alimentario. Documento: COM/2018/173 final–2018/0082 (COD). De Schutter, O. *Combatir la concentración en las cadenas de suministro de alimentos: Papel del derecho de defensa de la competencia en la lucha contra el abuso de posición dominante del comprador*. Nota Informativa núm. 3, 2010, p. 5.

[63] Esta cuestión se ha abordado en el contexto de la Unión desde el año 2014. Es destacable, entre los precedentes del proyecto de Directiva, el Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas. Documento: COM(2016) 32 final.

[64] Su relevancia resulta indiscutible, así la propia agencia estadística de la Unión, Eurostat, ha creado un mecanismo para mejorar el acceso a datos estadísticos de precios en cadenas de suministro alimentarias. Food Price Monitoring Tool (FPMT). Para más información, consultar, disponible en línea: http://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/foodprice/

Es preciso, señalar que la Comisión Europea, pese a los requerimientos del Parlamento, es reticente a la aprobación de normas para un sector decisivo [65] como es el de la confección [66]. El último avance legislativo está representado por la Directiva (sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y que está pendiente de transposición por los Estados miembros.

B) *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*

La Ley sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices y subcontratantes fue aprobada en el año 2017 [67]. Con posterioridad el *Conseil Constitutionnel*, en su decisión núm. 2017-750 DC de 23 de marzo de 2017, declaró inconstitucionales algunos párrafos de los artículos 1, 2 y 3. No obstante, declaró constitucionales las obligaciones impuestas para las empresas y el interés general de su contenido.

Por lo que se refiere al espíritu de la Ley, Sachs [68] afirma que la norma tiene un propósito doble. El primero, sería otorgar a las víctimas la posibilidad de reparación por parte de las empresas y el segundo, coadyuvar a la implementación de mecanismos para prevenir que se produzcan violaciones de derechos humanos en el ámbito empresarial.

Para ello, modifica el artículo L. 225-102-4 del Código de Comercio e incluye la adopción de un «plan de vigilancia» como mecanismo preventivo de posibles violaciones de derechos humanos [69].

---

[65] Tokatli, N. «Global Sourcing: Insights from the Global Clothing Industry – The Case of Zara, A Fast Fashion Retailer» in *Journal of Economic Geography*, 8(1), p. 28. Bhoola, U. «Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias», Documento: A/HRC/30/35, párrafo 24. Bhoola, U. «Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, sobre su misión a El Salvador», Documento: A/HRC/33/46/Add.1. Párrafo 40.

[66] Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos, 2018/2763(RSP), apartado N.

[67] LOI núm. 2017-399 du 27 mars 2017.

[68] Sachs, T. «La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre: les ingrédients d'une corégulation» in *Revue de droit du travail*, núm. 6, 2017, p. 385.

[69] El Plan de Vigilancia deberá contener: 1.- Un mapa de riesgos que identifique, analice y jerarquice los mismos. 2.- Procedimientos de evaluación de las filiales, subcontratas y proveedores en relación con el mapa de riesgos. 3.- Medidas para aminorar los riesgos y prevenir posibles violaciones de derechos 4.- Establecimiento de un mecanismo de alerta frente los riesgos que deberá adoptarse de conformidad con las organizaciones sindicales representativas 5.- Un mecanismo de evaluación y seguimiento del plan.

La ley utiliza dos criterios [70]: el concepto de control empresarial, directo o indirecto, y enuncia un listado de relaciones comerciales que son incardinables en el ámbito de aplicación del Plan. De este modo, el ámbito de aplicación se extiende no solo a la empresa matriz y las filiales, si no también a proveedores y subcontratistas con al menos 5.000 asalariados en Francia o 10.000 en el mundo, ya sea en su sede o en sus filiales.

C) *España*

Nuestro país se caracteriza en lo normativo por una regulación fragmentaria, y claramente mejorable en esta materia. En primer lugar, el artículo 31 bis 177 bis párrafo 7 establece la pena a imponer a las personas jurídicas por la comisión del delito de trata. En ese sentido, no podemos desconocer que el párrafo 9 del meritado 177 bis configura el delito de trata como un delito antecedente [71] respecto de aquellos que tuvieran por finalidad la efectiva explotación [72]. Así, si efectivamente, se alcanzase la finalidad perseguida por el artículo 177 bis este delito entraría en concurso real con cualquiera de los delitos consumados o intentados [73].

Debe esbozarse que el artículo 177 bis párrafo 1 apartado a) ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico conceptos acuñados por distintos instrumentos internacionales que han dado respuesta a este fenómeno [74]. De este modo, el artículo 177 bis párrafo 1 apartado a) plantea la necesidad de definir y delimitar el alcance de conductas de nuevo cuño y ello para dar debido cumplimiento a las exigencias impuestas por el principio de legalidad pe-

---

[70] Guamán Hernández, A. «Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos» en *Lex Social*, julio-diciembre, 2018. p. 238.

[71] Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de mayo de 2007, Roj: STS 3255/2007, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 15 de septiembre de 2014, Roj: SAP B 11117/2014.

[72] Consejo Fiscal. Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Madrid. 2009. p. 100.

[73] Pérez Alonso, E. J. «La trata de seres humanos en el derecho penal español» en Villacampa Estiarte, C. *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 104. Cuerda Riezu, A. *Concurso de delitos y determinación de la pena*. Tecnos, Madrid, 1992, p. 168. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de mayo de 2015, Roj: STS 2070/2015.

[74] Pomares Cintas, E. «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral» en *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, 13-15, 2011, p. 17. Pomares Cintas, E. «¿Qué modalidades de explotación laboral están relacionadas con el delito de trata de seres humanos?» en Pomares Cintas, E. *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 127. En el mismo sentido, Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas de Naciones Unidas. «Análisis de algunos importantes conceptos del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional». Tema 3 del programa provisional. Documento: CTOC/COP/WG.4/2010/2. Enero de 2010. Párrafo 7.

nal [75]. Sin embargo y pese a las últimas reformas no se ha tipificado ninguna de estas figuras jurídicas lo que produce un vacío legal ciertamente escandaloso [76] que se hace especialmente grave en el caso de que la autoría sea atribuible a una persona jurídica.

En ese sentido y a la sazón uno de los principales escollos radica en que la responsabilidad de las personas jurídicas no está prevista para todos los delitos tipificados en el Código Penal, si no exclusivamente para aquellos que el Legislador expresamente lo haya tipificado sin que pueda encontrarse una explicación acerca de la selección de infracciones [77].

Para concluir, los programas de cumplimiento se han configurado como una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de la persona jurídica [78], lo que dificultará en muchos supuestos la imputación de personas jurídicas.

A través de la Ley 11/2018 [79] se traspone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2014/9/UE del Parlamento europeo y del Consejo [80]. La ley se aplica a sociedades o grupos de sociedades que estén obligadas a formular cuentas consolidadas, tengan 500 trabajadores o más en plantilla, sean consideradas de interés público o durante dos ejercicios consecutivos reúnan dos de estos tres requisitos: que su activo consolidado supere los dos millones euros; que el importe de su cifra de negocios ascienda a cuatro millones de euros; o que su plantilla supere los 250 trabajadores.

Lo esencial es que establece la obligación de publicar un estado de información no financiera [81] que, por lo que nos interesa, se vincula con el estable-

---

[75] Pese a ello, existen supuestos en los que el juzgador interpreta estas figuras jurídicas. Encontramos un ejemplo significativo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de fecha 25 de noviembre de 2016. Roj: SAP AB 908/2016.

[76] Pérez Alonso, E. «Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud» en Pérez Alonso, E. (Dir.) *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud.* Tirant lo Blanch, Valencia. 2017, p. 353. En el mismo sentido, Pomares Cintas, E., «Directrices para el análisis y persecución penal de la explotación económica en condiciones de esclavitud o similares» en Pérez Alonso, E. (Dir.) *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud, op. cit.,* p. 789.

[77] Quintero Olivares, G. «Los programas de cumplimiento y el derecho penal» en Demetrio Crespo, E., y Nieto Martín, A. (Dir.), *Derecho Penal económico y derechos Humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2018, p. 126.

[78] Quintero Olivares, G. *Estudio preliminar Comentarios a la Reforma Penal de 2015*. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 46.

[79] Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. *BOE* 29 de diciembre de 2018.

[80] Directiva 2014/9/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos societarios.

[81] También deberá contener información sobre cuestiones medioambientales, cuestiones sociales y relativas al personal, lucha contra la corrupción y el soborno, y información sobre la sociedad.

cimiento de procedimientos de diligencia debida, así como su aplicación; la prevención de riesgos de vulneración de derechos humanos; o medidas para mitigar, gestionar y reparar posibles abusos, entre otros.

Por su parte la Ley de Contratos del Sector Público establece como prohibición para contratar el haber sido condenado mediante sentencia firme por delito de trata de seres humanos [82].

Para concluir, España ha ratificado el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930 [83] pero no ha dado cumplimiento a ninguna de las obligaciones internacionales contraídas.

16.3 CONCLUSIONES

La erradicación de lo que fue abolido genera profundas cuestiones relativas a la rentabilidad del negocio que subyace a las formas contemporáneas de esclavitud así como a la efectividad de las normas vigentes.

Sería deseable que en la órbita de Naciones Unidas prosperasen las iniciativas existentes para la adopción de un tratado vinculante y se dotase de efectividad a las normas internacionales vigentes.

Algunos Estados han adoptado marcos normativos que articulan la responsabilidad empresarial a través de programas de cumplimiento. A la luz de los distintos abordajes se evidencia la frágil utilidad de esta opción si no se prevén sanciones en caso de incumplimiento.

[82] Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. *BOE* de 9 de noviembre de 2017.

Sobre este particular, *BOCG* de fecha 23 de enero de 2018, se ha aprobado en fecha día 12 de diciembre de 2017, en la Comisión de Cooperación Internacional para el Desarrollo, una Proposición No de Ley relativa a incluir una cláusula contra los minerales de conflicto en todos los contratos públicos de suministro tecnológico y los criterios de responsabilidad en todos los contratos públicos de servicios y suministros.

[83] Instrumento de ratificación del Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, hecho en Ginebra el 11 de junio de 2014. *BOE* de 21 de diciembre de 2017.

17. INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD Y *GREENWASHING*[*]

Alberto Muñoz Arenas
Montserrat Núñez Chicharro
Inmaculada Alonso Carrillo
Elena Merino Madrid
Universidad de Castilla-La Mancha

17.1 MARCO CONCEPTUAL DEL *GREENWASHING*

El origen del término *greenwashing*[1] se fijó en 1986 de la mano del ambientalista y activista neoyorquino Jay Westervelt[2]. Posteriormente, en la década de los noventa[3], se empezó a utilizar el término para hacer referencia a aquellas organizaciones que a través de determinadas actuaciones o informaciones intentaban engañar a los consumidores, mostrando una imagen y una reputación que no se correspondía con la realidad (Salas, 2018). Por su parte, Greer y Bruno (1996) discutieron el concepto en su obra sobre el marketing medioambiental.

Según su traducción literal, equivaldría al concepto de «lavado verde». Por su parte, el Diccionario de Cambridge[4], lo define como: «*Comportamientos o actividades que hacen creer que una empresa está haciendo más de lo*

[*] La versión final de este trabajo se cerró el día 4 de noviembre de 2022.

[1] Proviene del término *whitewashing* (blanqueo de dinero) pero con la connotación «verde» en referencia al medio ambiente.

[2] Jay Westervelt hizo una crítica a la industria hotelera americana por utilizar una estrategia de reutilización de las toallas en este sector, con la propuesta de no lavarlas a diario, con el objetivo de ahorrar agua, que posteriormente se demostró no ser real.

[3] El libro *The Greenpeace Book of Greenwashing* publicado en 1992 ya utilizó el término, aunque con poca repercusión a nivel internacional.

[4] Disponible *online*: https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/greenwashing.

que realmente hace por proteger el medioambiente». En la misma línea, Greenpeace define el *greenwashing* como «*el acto de engaño al consumidor para que la percepción de los productos y los objetivos de una empresa sean vistos como ecológicamente amigables*».

El término, por tanto, nació estrechamente relacionado con el marketing ecológico (Salas, 2018) y su efecto sobre el medioambiente. En este sentido, parte de la literatura considera que el término *greenwashing* está asociado única y exclusivamente al ámbito medioambiental (Chen y Chang, 2013) surgiendo el término *bluewashing* [5] para hacer referencia a las prácticas empresariales poco éticas que tengan efectos negativos sobre aspectos sociales y humanitarios (Seele, 2007). Sin embargo, otra parte de la doctrina considera que el término *greenwashing* es más amplio y puede aplicarse a todos los ámbitos, tanto medioambiental, económico como social, en relación con los tres pilares básicos de la responsabilidad social corporativa (Lyon y Maxwell, 2011; Walker y Wan, 2011; Yu *et al.,* 2020). Por ello, han ido surgido otras definiciones que son más abiertas y no se ciñen exclusivamente a los efectos medioambientales. A modo de ejemplo, Walker y Wan (2011) lo definen como la brecha que existe entre las acciones sociales corporativas que la empresa pretende hacer y las que realmente hace y que los autores identifican como acciones corporativas simbólicas (*green talk*) y sustanciales (*green walk*), respectivamente. Por su parte, Lyon y Maxwell (2011) definen el *greenwashing* como una revelación de la información favorable sobre el rendimiento medioambiental o social de una compañía sin proporcionar información completa sobre los aspectos negativos.

Con independencia de la definición del término, se identifica el *greenwashing* con dos aspectos, el primero hace referencia a que en las prácticas de *greenwashing* existe una revelación de información selectiva, por la que las empresas muestran o potencian los aspectos positivos a la vez que obvian o evitan los aspectos negativos. Y, en segundo lugar, existe una distancia entre la estrategia real de la empresa y la que comunica, directa o indirectamente, en línea con la brecha que existe entre las acciones corporativas simbólicas y sustanciales mencionadas anteriormente.

Existen diferentes tipos de *greenwashing* [6]. En función del nivel de la empresa al que afecta, se habla del *greenwashing* corporativo y el *greenwashing*

[5] En alusión al color azul de la bandera de Naciones Unidas (Seele y Gatti, 2017).

[6] La ONG Greenpeace hace una clasificación de diferentes modalidades de *greenwashing* distinguiendo entre (Alejos, 2013): negocio sucio (promover un producto o programa como ambientalmente amigable, pero la esencia de la actividad empresarial es mayormente insostenible y contaminante); publicidad engañosa (publicidad y campañas formalizadas para exagerar un logro ambiental con el fin de distraer la atención de problemas ambientales); giro político (compromisos y declaración de intenciones «verdes» por parte de la empresa, aunque paralelamente realice lobbies para influir en contra de regula-

de producto o servicio (Delmas y Burbano, 2011). En el primer caso, se produce una revelación de información distorsionada de la empresa en su conjunto mientras que, en el segundo caso, la distorsión se produce sobre un producto o servicio concreto. A partir de esta clasificación, Torelli *et al.* (2020) recogen cuatro niveles diferentes:

— Nivel corporativo (recoge los aspectos engañosos relacionados con la imagen y reputación de la compañía);
— Nivel estratégico (se refiere a los aspectos engañosos relacionados con la estrategia futura de la empresa);
— Nivel «oscuro» (recogiendo la información engañosa que deriva en actividades ilegales ocultas); y
— Nivel producto (que se hace referencia a información engañosa sobre un producto concreto).

Desde el punto de vista del mercado, esto es, de la información que la sociedad dispone para identificar las diferentes prácticas llevadas a cabo por las empresas, así como el efecto que dicha información (real o no) puede causar sobre las empresas, Seele y Gatti (2015) dividen el *greenwashing* en: falso, genuino, potencial e inexistente (ver Tabla 1).

Tabla 1. Tipos de *Greenwashing*

Tipo	Definición
Greenwashing falso.	Una empresa es acusada falsamente de practicar *greenwashing*, perjudicando su imagen y reputación en el mercado.
Greenwashing genuino.	Una empresa es acusada de practicar *greenwashing* con pruebas reales, por lo que la empresa pierde poder y su imagen ante los consumidores y el mercado se ve dañada.
Greenwashing potencial.	Una empresa consigue engañar a los consumidores y al mercado con sus acciones corporativas simbólicas, beneficiándose de esas actuaciones sin que existan pruebas que demuestren lo contrario.
Greenwashing inexistente.	Las acciones corporativas simbólicas y sustantivas coinciden realmente por lo que no hay en realidad *greenwashing*.

Fuente: Elaboración propia a partir de Seele y Gatti (2015).

ciones medioambientales); y, obedecer la ley (señalar como un logro voluntario conductas que en realidad son exigidas por ley).

Se han utilizado diferentes teorías para explicar por qué las empresas llevan a cabo estas prácticas. Las principales teorías pasan por la Teoría de la Legitimidad y la Teoría de las Señales, entre otras. La Teoría de la Legitimidad (Schocker y Sethi, 1974) es una teoría sociopolítica que se basa en la consideración de que existe un «contrato» entre empresa y sociedad [7] por el que la empresa llevará a cabo sus actividades considerando las normas y valores establecidos en la sociedad, alineándose con ellos (Meyer y Rowan, 1977). No hacerlo de esa manera supondría para la empresa graves consecuencias que irían desde la pérdida de confianza por parte de la sociedad hasta multas o sanciones. En el contexto de esta teoría, la presión por parte de la sociedad, en general, y de las diferentes organizaciones no gubernamentales, activistas, e incluso de consumidores, en particular, para que cada vez se suministre información que va más allá de lo económico y que comprende aspectos sociales, humanos y medioambientales en sus prácticas empresariales, hace que las empresas se vean «obligadas» a ello. En este sentido, los informes que recogen información voluntaria sobre los citados aspectos (ya sea en forma de informe de RSC, de sostenibilidad, etc.) se erigen como herramientas fundamentales para poder «justificar» su legitimidad (Clarke y Gibson-Sweet, 1999; Woodward *et al.,* 1996).

Por su parte, la Teoría de las Señales (Spence, 1973; Connelly *et al.,* 2011) defiende que el suministro de información voluntaria por parte de las empresas contribuye a mitigar la asimetría de información que existe entre la empresa y sus *stakeholders*. En este contexto, las empresas (como comunicadoras) están interesadas en enviar información, entre otras cuestiones, sobre sus políticas sociales y medioambientales (señales) a los *stakeholders* y al mercado (receptores) (López-Santamaría *et al.,* 2021) usando los informes de RSC o de sostenibilidad para transmitir su gestión sobre dichas políticas con la intención de mostrar su superioridad frente a otras empresas (Mahoney *et al.,* 2013) y mejorar su imagen corporativa y su reputación (Uyar *et al.,* 2020). Las señales emitidas por las organizaciones se pueden clasificar en tres grupos (Connelly *et al.,* 2011):

1. Señales de intención, que se relacionan con las acciones futuras;
2. Señales de camuflaje, que están concebidas para ocultar una posible responsabilidad organizacional y buscan desviar la atención de una potencial vulnerabilidad que podría surgir de una acción corporativa; y

[7] Este contrato está basado en (Shocker y Sethi, 1973): a) La entrega de algunos fines socialmente deseables a la sociedad en general; y, b) la distribución de beneficios económicos, sociales o políticos a los grupos de los que deriva su poder. Por tanto, las empresas tienen que demostrar que la sociedad requiere sus servicios y, a su vez, que la sociedad da su aprobación al grupo que se beneficia con las actividades de la empresa.

3. Señales de necesidad que comunican exigencias organizacionales.

En cualquier caso, para que las señales sean eficaces y consigan el objetivo deseado, aquellas deben ser visibles, claras y de calidad (Connelly *et al.,* 2011).

En base a las dos teorías anteriores, las empresas se sienten «presionadas» para alcanzar la legitimidad ante la sociedad y para enviar señales «buenas» a los *stakeholders*, revelando, en ocasiones, información sobre sus diferentes prácticas corporativas que no siempre coinciden con lo que realmente hacen o, simplemente, deciden no informar deliberadamente sobre aspectos que se considerarían negativos. En ambos casos, las empresas estarían incurriendo en prácticas de *greenwashing*, que en principio pueden producir beneficios pero que cuando se hacen públicas producen el efecto contrario, al reducirse ante la sociedad su legitimidad (Seele y Gatti, 2017) con todas las consecuencias negativas que eso conlleva, tales como el perjuicio sobre su reputación y sobre los beneficios empresariales.

La literatura es unánime al señalar que las prácticas de *greenwashing* son perjudiciales para los diferentes *stakeholders* (consumidores, proveedores, trabajadores, etc., y sociedad, en general) y para la propia empresa. Fundamentalmente, se disminuirá la credibilidad de la empresa dañando seriamente su reputación (Maas *et al.,* 2014), lo que provocará en los consumidores una desconfianza que derivará en escepticismo, al conocer que la publicidad y las actuaciones reales no coinciden (Nyilasy *et al.,* 2014), reduciendo así sus intenciones de compra (Zhang *et al.,* 2018), afectando también a la intención de compra de los productos de otras empresas del mismo sector (Wang *et al.,* 2019). También provocará una desconfianza general en la sociedad lo que afectará negativamente en su valor de mercado (Parguel *et al.,* 2015), provocando que la empresa pierda, en su caso, su ventaja competitiva (Alejos, 2013).

Todos estos efectos negativos demuestran que los reguladores deben intervenir para mitigar las consecuencias del *greenwashing* para la sociedad en su conjunto (Yu *et al.,* 2020; Uyar *et al.,* 2020).

17.2 MARCO NORMATIVO-CONTABLE DE LA INFORMACIÓN NO FINANCIERA PARA ATAJAR LAS PRÁCTICAS DE *GREENWASHING*

Considerando todo lo anterior, el *greenwashing* representa una práctica que afecta principalmente a la imagen externa que la empresa ofrece de sus actividades. Por tal razón, las áreas implicadas son diversas *(marketing*, publi-

cidad, comunicación, divulgación de información, etc.) como también lo son las medidas que intentan combatirla. En última instancia, es el consumidor-ciudadano el principal afectado por unas prácticas perjudiciales para el medioambiente y para la sociedad en su conjunto. La reacción de los órganos reguladores ha sido emitir medidas para proteger a los consumidores y para condenar la competencia desleal que realizan estas empresas. Tal es el propósito de la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales, la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, la Recomendación 2013/179/UE para medir y comunicar el comportamiento ambiental de productos y organizaciones, la Directiva (UE) 2019/771 sobre la compraventa de bienes, la Nueva Agenda del Consumidor de la Unión Europea (2020), el Reglamento UE 2020/852 sobre inversiones sostenibles, o la Directiva 2014/65/UE sobre mercados de instrumentos financieros que en su nueva versión (MiFID II, 2021) incluye factores de sostenibilidad para evitar este tipo de prácticas fraudulentas.

En el proceso de estrechar las posibilidades de distorsión informativa que pretenden las prácticas de *greenwashing*, podemos decir que la Contabilidad, como sistema de información, control, gestión y predicción, puede ofrecer garantías a los usuarios, ayudándoles a tomar decisiones fiables y eficaces. Para ello, la Contabilidad externa o Contabilidad financiera proporciona información de calidad, cuyo objetivo es mostrar la imagen fiel del patrimonio, de los resultados y de la situación financiera de la empresa. Con este propósito, la normalización contable en España se lleva a cabo a través del Real Decreto 1514/2007 que aprueba el Plan General de Contabilidad [8], norma angular del ordenamiento contable en nuestro país. A esta norma le acompaña un cuerpo de normas y principios contables generalmente aceptados, establecidos en el Código de comercio y demás legislación mercantil; el Plan de Pymes, las adaptaciones sectoriales del Plan; las normas de desarrollo contable que establece el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas; y la demás legislación española aplicable.

En este contexto legislativo, la información contable que se rinde de cara al exterior no solo tiene el propósito de cumplir con determinados requerimientos legales, mercantiles o fiscales, sino que representa en sí misma una

[8] El PGC-2007 ha sido modificado por el *Real Decreto 1/2021, de 12 de enero, por el que se modifican el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre; el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre; las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas aprobadas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre; y las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos aprobadas por el Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre*.

fuente autónoma de conocimiento. En este sentido, la información contable, recogida en las Cuentas anuales (Balance, Cuenta de Resultados, Estado de cambios en el patrimonio neto, Estado de flujos de efectivo y Memoria) aunque no es exacta, debe ser razonable, imparcial y objetiva, en base al cumplimiento de los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados, de manera que permita a los usuarios tomar decisiones fundamentadas. Entre los usuarios de esta información contable externa se encuentran accionistas, inversores, prestamistas, clientes, proveedores, trabajadores, administraciones, y la sociedad en su conjunto. El propósito de esta información es ofrecer la imagen fiel del Patrimonio, así como de la situación económica y financiera de la organización. Y para que la información contable muestre esa imagen fiel la normativa exige que cumpla los requisitos exigidos por la normativa contable (Marco Conceptual del PGC-2007):

Relevancia. La información es relevante cuando es *útil* para la toma de decisiones económicas, es decir, cuando *ayuda a evaluar* sucesos pasados, presentes o futuros, o bien a confirmar o corregir evaluaciones realizadas anteriormente. En particular, para cumplir con este requisito, las cuentas anuales deben *mostrar adecuadamente los riesgos a los que se enfrenta la empresa*.

Fiabilidad. La información es fiable cuando está *libre de errores* materiales y es *neutral*, es decir, está *libre de sesgos*, y los usuarios pueden confiar en que es la imagen fiel de lo que pretende representar.

Una cualidad derivada de la fiabilidad es la *integridad*, que se alcanza cuando la información financiera contiene, de forma *completa*, todos los datos que pueden influir en la toma de decisiones, sin ninguna omisión de información significativa.

Comparabilidad. La comparabilidad debe extenderse tanto a las cuentas anuales de una empresa en el tiempo como a las de diferentes empresas en el mismo momento y para el mismo periodo de tiempo. Debe permitir *contrastar* la situación y rentabilidad de las empresas, e implica un tratamiento similar para las transacciones y demás sucesos económicos que se producen en circunstancias parecidas.

Claridad. La claridad implica que, sobre la base de un razonable conocimiento de las actividades económicas, la contabilidad y las finanzas empresariales, los usuarios de las cuentas anuales, mediante un examen diligente de la información suministrada, puedan *formarse juicios* que les faciliten la toma de decisiones.

En consecuencia, la transmisión que la Contabilidad realiza de la *imagen fiel* de la realidad económica, financiera y patrimonial de las empresas represen-

ta una fuerza de resistencia frente a aquellas prácticas que pretenden ofrecer una imagen distorsionada de la actividad empresarial. Es así como la Contabilidad conforma un cuerpo informativo integral imprescindible para conocer la gestión de los recursos empresariales y para ofrecer garantías sobre el adecuado o inadecuado cumplimiento de sus obligaciones económicas, legales y sociales.

Conscientes de la necesidad de atajar las prácticas de *greenwashing*, los estándares internacionales en materia contable están paulatinamente dando respuesta a la necesidad de una información más fiable y veraz. Esta preocupación está siendo especialmente notable en los últimos años en los aspectos relacionados con la sostenibilidad, el medio ambiente, los Derechos Humanos y laborales, la diversidad o la corrupción, como respuesta a la mayor sensibilidad social sobre estos asuntos. Con el propósito de avanzar en este proceso, la Directiva 2014/95/UE vino a modificar la Directiva 2013/34/UE sobre divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y grupos. La transposición de la Directiva 2014/95/UE al ordenamiento español, aunque llegó con bastante retraso, se realizó, en un primer momento, mediante el Real Decreto Ley 18/2017 y, posteriormente, a través de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, que ha supuesto la modificación del Informe de Gestión, del Informe anual de Gobierno corporativo y de determinados aspectos de la actuación de los auditores. El propósito general de esta regulación ha sido ampliar y mejorar la transparencia y la divulgación de la información de carácter no financiero, especialmente susceptible, por los vacíos normativos, a las prácticas de *greenwashing*.

Como consecuencia de lo anterior, se modificó el Código de Comercio, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley de Auditoría de Cuentas para extender el alcance de la regulación hacia aspectos no financieros. De este modo, la normativa es de obligado cumplimiento para todas las sociedades con más de 250 trabajadores [9] que o bien tengan la consideración de entidades de interés público o bien, durante dos ejercicios consecutivos, reúnan a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos una de las circunstancias siguientes:

— Que el total de las partidas del activo sea superior a 20.000.000 de euros.
— Que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 40.000.000 de euros.

[9] Estos límites han comenzado a aplicarse a partir del año 2021, antes de esta fecha la normativa hablaba de sociedades con más de 500 trabajadores.

En la medida en la que el *Estado de información no financiera*, de acuerdo con la Directiva comunitaria y posterior transposición a la normativa española, se ubica en el ámbito de la información contable, debería cumplir con los requisitos exigidos por la normativa, tal como se han expuesto anteriormente (relevancia, fiabilidad, comparabilidad y claridad). Además, las *Directrices sobre la presentación de informes no financieros* (Unión Europea, 2017), que incluyen unos indicadores clave de resultados no financieros tanto de carácter general como sectorial, con el fin de facilitar la divulgación pertinente, útil y comparable de información no financiera por parte de las empresas, reconocen con carácter vinculante que la información no financiera de calidad debe ser: 1) significativa; 2) fiel, equilibrada y comprensible; 3) completa pero concisa; 4) estratégica y prospectiva; 5) orientada a las partes interesadas; y, 6) coherente y sistemática.

Por su parte, la Ley 11/2018 no establece características básicas cuando habla de la información no financiera, pero lo cierto es que al describir el contenido del *Estado de información no financiera* sí puntualiza que se debe incluir información significativa sobre cuestiones medioambientales, sobre cuestiones sociales y relativas al personal, respeto a los Derechos Humanos, información relativa a la lucha contra la corrupción y el soborno, e información sobre la sociedad. De la misma manera, la propia ley hace referencia a la coherencia y la comparabilidad de la información no financiera divulgada.

En última instancia, el propósito de la adaptación normativa, al concretar la información no financiera que se ha de ofrecer, es *identificar riesgos* para mejorar la sostenibilidad y *aumentar la confianza* de los inversores, los consumidores y la sociedad en general. Para ello, se ha procedido a incrementar la divulgación de información no financiera, en el entendido de que al hacerlo:

— Se facilita la comprensión de la organización empresarial y de sus negocios;

— Se mejora la coherencia y la comparabilidad de la información no financiera, al estandarizarla;

— Se contribuye a medir, supervisar y gestionar el rendimiento de las empresas y su impacto en la sociedad;

— Se ayuda a la transición hacia una economía mundial sostenible que combine la rentabilidad a largo plazo con la justicia social y la protección del medio ambiente.

Para articular la divulgación de este tipo de información se ha introducido en la normativa mercantil y contable, tal y como hemos señalado anterior-

mente, a través de la Ley 11/2018 sobre información no financiera, la elaboración de un *Estado de información no financiera* que, según la nueva redacción dada al artículo 49.6 del Código de comercio, «incluirá la información necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad respecto, al menos, a cuestiones medioambientales y sociales, al respeto de los Derechos Humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno, así como relativas al personal, incluidas las medidas que, en su caso, se hayan adoptado para favorecer el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la no discriminación e inclusión de las personas con discapacidad y la accesibilidad universal.» Más concretamente, el *Estado de información no financiera* incluirá los siguientes aspectos:

a) *Modelo de negocio.* Es decir, «una breve descripción que incluirá su entorno empresarial, su organización y estructura, los mercados en los que opera, sus objetivos y estrategias, y los principales factores y tendencias que pueden afectar a su futura evolución.»

b) *Políticas.* Es decir, las herramientas con las que pretende conseguir tales objetivos. Concretamente incluirá «los procedimientos de diligencia debida [10] aplicados para la identificación, evaluación, prevención y atenuación de riesgos e impactos significativos y de verificación y control, incluyendo qué medidas se han adoptado.»

c) *Resultados.* Los resultados de las políticas implementadas, «debiendo incluir indicadores clave de resultados no financieros pertinentes que permitan el seguimiento y evaluación de los progresos y que favorezcan la comparabilidad entre sociedades y sectores, de acuerdo con los marcos nacionales, europeos o internacionales de referencia utilizados para cada materia.»

d) *Riesgos.* Incluirá los principales riesgos relacionados con sus actividades, entre ellos «sus relaciones comerciales, productos o servicios que puedan tener efectos negativos en esos ámbitos, y cómo gestiona dichos riesgos, explicando los procedimientos utilizados para detectarlos y evaluarlos de acuerdo con los marcos nacionales, europeos o internacionales de referencia

[10] Se entiende por «diligencia debida» o «debida diligencia» al «proceso continuo de gestión que una empresa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias (sector en el que opera, contexto en que realiza su actividad, tamaño y otros factores) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los Derechos Humanos. Esta responsabilidad subsiste más allá del cumplimiento de la ley, y con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de Derechos Humanos. Es una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas en todas las situaciones» (Intermon Oxfam, 2013, p. 50).

para cada materia. Debe incluirse información sobre los impactos que se hayan detectado, ofreciendo un desglose de los mismos, en particular sobre los principales riesgos a corto, medio y largo plazo.»

e) *Indicadores.* Se incorporarán «indicadores clave de resultados no financieros que sean pertinentes respecto a la actividad empresarial concreta, y que cumplan con los criterios de comparabilidad, materialidad, relevancia y fiabilidad» que sigan estándares aplicables de manera general y en sintonía con las directrices de la Comisión Europea y del Global Reporting Initiative.

Más en particular, el *Estado de información no financiera* incluirá información significativa sobre las siguientes cinco áreas o aspectos fundamentales:

I. *Información sobre cuestiones medioambientales.* Información detallada sobre los efectos actuales y previsibles de las actividades de la empresa en el medioambiente y en su caso, la salud y la seguridad, los procedimientos de evaluación o certificación ambiental; los recursos dedicados a la prevención de riesgos ambientales; la aplicación del principio de precaución, la cantidad de provisiones y garantías para riesgos ambientales. Más concretamente, medidas relacionadas con la contaminación; economía circular y gestión de residuos; uso sostenible de los recursos; cambio climático; y protección de la biodiversidad.

II. *Información sobre cuestiones sociales y relativas al personal.* Información sobre el empleo (distribución por sexos, edad, países; tipos de contratos; remuneraciones por sexo, edad, etc.; brecha salarial, etc.); organización del trabajo (horas de trabajo y absentismo; medidas de conciliación, etc.); Salud y seguridad (condiciones laborales; accidentes de trabajo, etc.); Relaciones sociales (diálogo social; convenios colectivos; etc.); Formación (medidas adoptadas; horas de formación; etc.); Accesibilidad; e Igualdad (medidas para promover la igualdad de oportunidades; planes de igualdad; medidas contra la discriminación; etc.).

III. *Información sobre el respeto de los Derechos Humanos.* Se refiere a la información relacionada con la aplicación de procedimientos de debida diligencia en materia de Derechos Humanos; prevención de los riesgos de vulneración de Derechos Humanos y, en su caso, medidas para mitigar, gestionar y reparar posibles abusos cometidos; denuncias por casos de vulneración de Derechos Humanos; promoción y cumplimiento de las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo relacionadas con el respeto por la libertad de asociación y el derecho a la negocia-

ción colectiva; la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; y la abolición efectiva del trabajo infantil.

IV. *Información relativa a la lucha contra la corrupción y el soborno.* Recoge información sobre las medidas adoptadas para prevenir la corrupción y el soborno; medidas para luchar contra el blanqueo de capitales, y aportaciones a fundaciones y entidades sin ánimo de lucro.

V. *Información sobre la sociedad.* Se refiere a la información relacionada con los compromisos de la empresa con el desarrollo sostenible (impacto en la sociedad; relaciones con la comunidad; patrocinios; etc.); subcontratación y proveedores (relaciones y supervisión con los proveedores especialmente en la negociación de cuestiones sociales, laborales y medioambientales); consumidores (medidas de seguridad, salud, reclamaciones, quejas y su resolución); e información fiscal (beneficios y tributación por país, subvenciones recibidas, etc.)

Para dar mayor relevancia a este tipo de información, la Ley 11/2018 ha establecido que el *Estado de información no financiera* se incluya dentro del Informe de gestión que acompaña a las Cuentas anuales o bien que sea presentado separadamente. En todo caso, se debe presentar como punto separado en el orden del día para su aprobación por la Junta general de accionistas. De cara a las garantías para los usuarios, el Código de Comercio establece que una sociedad habrá cumplido con el requisito de presentar el *Estado de información no financiera*, si emite un informe separado, correspondiente al mismo ejercicio:

— Que indique de manera expresa que dicha información forma parte del informe de gestión;

— Que incluya la información que se exige para dicho estado;

— Que se someta a los mismos criterios de aprobación, depósito y publicación que el informe de gestión.

Finalmente, el *Estado de información no financiera* se pondrá a disposición pública de forma gratuita y fácilmente accesible en el sitio web de la organización, dentro de los seis meses posteriores a la fecha de finalización del año financiero y por un período de cinco años. Finalmente, la norma exige que este Estado sea verificado por un prestador independiente.

En consecuencia, el *Estado de información no financiera* representa un gran paso para ampliar el espectro informativo de la actividad empresarial. Sin embargo, las dificultades inherentes asociadas a la naturaleza cualitativa

de este tipo de información y la falta de una regulación más exhaustiva no han evitado las críticas hacia una normativa que adolece de carencias y limitaciones a la hora de ofrecer una información de mayor calidad y fiabilidad capaz de estrechar la información fraudulenta propia de las prácticas de *greenwashing*.

17.3 LIMITACIONES Y CONSECUENCIAS DEL MARCO NORMATIVO SOBRE INFORMACIÓN NO FINANCIERA EN LAS PRÁCTICAS DE *GREENWASHING*

La actual corriente reguladora sobre divulgación de los aspectos relacionados con el desempeño no financiero en las empresas, sin duda constituye un importante avance en la lucha contra el *greenwashing* pero no está exenta de ciertas limitaciones. En términos generales se podrían identificar, entre otras, las siguientes:

— la *inmadurez en el proceso normalizador* contable de la información no financiera;

— la *falta de un estándar de aplicación* general;

— la *escasa motivación por parte de las empresas* para abordar dicha divulgación considerando lo costoso del proceso de gestión de la información no financiera;

— la *falta de un régimen sancionador* en relación con el contenido y la calidad del proceso de rendición de cuentas de dicha información; y

— la *inexistencia de un marco general y obligatorio para abordar los procesos de verificación*.

Estas limitaciones provocan la ineficacia del marco normativo actual generando una oportunidad para continuar con las prácticas fraudulentas del *greenwashing*.

En este sentido, Kurpierz y Smith (2020) señalan que para combatir la práctica de *greenwashing* resultaría útil considerar la similitud con las prácticas fraudulentas en la divulgación de los informes financieros, a pesar de que la mayor diferencia estriba en el carácter obligatorio de los primeros frente al mayoritariamente carácter voluntario de la información no financiera. Los citados autores en su trabajo utilizan el modelo del triángulo del fraude para comprender la motivación de la conducta de los *greenwashers*.

De acuerdo con dicho modelo, el triángulo del fraude financiero se estructura en tres componentes (Albrecht *et al.,* 2004):

1. *Presión*. En este sentido, cabría analizar la relación coste/beneficio como primera consecuencia del actual marco normativo.

La revelación de información no financiera tiene su origen en la revelación de información voluntaria, se explica entre otras a través de las teorías de la legitimidad, de las señales y de los *stakeholders*. El hecho de que las empresas utilicen los modelos de información sobre responsabilidad social o de sostenibilidad con un propósito u otro puede estar vinculado con la Teoría de coste y beneficio según la cual el beneficio que las empresas obtendrían por desempeñar de un modo responsable estaría supeditado a la esperanza de rentabilidad social y económica de sus actuaciones (Verrechia, 1983; Caby y Piñeiro-Chousa, 2006; Caby *et al.,* 2020). De este modo, algunas empresas valoran si cuesta más arriesgarse a presentar información distorsionada sobre el impacto de sus actividades o realizar una verdadera apuesta por el control y divulgación de sus impactos negativos (Sun y Zhang, 2019).

Hasta el momento, la balanza no está equilibrada y parece que se inclina hacia las prácticas de *greenwashing* dado que la presión que ejercen las acciones sancionadoras es menor a los beneficios derivados de esta práctica. Esta tendencia ha sido corroborada por diferentes estudios que ponen de manifiesto que todavía hoy en día siguen existiendo una serie de deficiencias importantes en relación a la calidad, contenido y veracidad de la información de carácter no financiero. En concreto en España y a pesar de que la Ley 11/2018 incorpora algunos aspectos importantes respecto al resto de los países de Europa [11], las conclusiones a las que llega el trabajo del Observatorio RSE (2021) determinan que la información que presentan las empresas se refiere a buenas prácticas y se aleja de cómo gestionan todos estos parámetros sostenibles por lo que «se incurre así en un *greenwashing* frente al inversor, que carece de esa información y de su impacto en la cuenta de resultados» (Observatorio RSU, 2021). Por otra parte, la European Coalition for Corporate Justice (2021) realizó un estudio sobre la aplicación efectiva de la Directiva comunitaria 95/2014 y llegó a la conclusión de que el sistema actual de informes no financieros no garantiza ni el respeto a los derechos humanos por parte de las empresas europeas, ni el respeto al medioambiente en las cadenas de suministro globales.

De acuerdo con Wang *et al.* (2011) a medida que el importe de las sanciones por incumplimiento normativo es mayor, la estrategia de *greenwashing*

[11] La Directiva comunitaria 95/2014 solo obliga a que el auditor certifique si hay o no EINF, pero permitía a los estados miembros que incorporaran como requisito adicional que la información no financiera estuviera verificada por parte de un prestador independiente. España se acogió a esta posibilidad, pero fueron muy pocos los países. En concreto, el artículo 49.6 del Código de comercio modificado por la Ley 11/2018 señala que «*la información incluida en el estado de información no financiera será verificada por un prestador independiente de servicios de verificación.*»

resulta menos ventajosa que la estrategia de innovación verde. Sin embargo, este cambio no se produce en todas las empresas a la misma velocidad, de hecho, el estudio de Sun y Zhang (2019) indica que la presión fiscal y la sancionadora ejerce un mayor efecto en las empresas dominantes y el cambio de estrategia se produce con mayor rapidez, aunque las empresas dependientes o las que conforman su cadena de suministro se ven presionadas por las dominantes y en el largo plazo siguen las reglas del juego.

2. *Oportunidad*. Este elemento estructural del fraude se refiere a la posibilidad y facilidad de defraudar obteniendo beneficios a través de la divulgación de información fraudulenta. En este sentido, se puede observar que, si bien existen normas sobre desempeño medioambiental más estrictas y modelos de contabilidad sobre información financiera obligatorios para cierto grupo de empresas, en la actualidad aún presentan importantes limitaciones.

Estudios previos han contribuido a la idea de una necesaria regulación sobre la divulgación de información no financiera de carácter obligatorio. Entro otros, el estudio de Perea *et al.* (2019) concluye que la divulgación de información no financiera de carácter obligatorio afecta a la capacidad o la voluntad de las organizaciones de utilizar la revelación voluntaria como medio de comunicación simbólico para gestionar la legitimidad de la organización. También el estudio realizado por Mahoney *et al.* (2013) manifestó la necesidad de una divulgación obligatoria que permita la comprensión imparcial del rendimiento social y medioambiental. Conceptualmente, la idea es impedir la oportunidad de que las firmas puedan presentar información fraudulenta o de llevar a cabo prácticas de *greenwashing* a través de rigurosos controles internos, unas normas de presentación de la información exhaustivas y una adecuada conservación de los registros sobre las operaciones que realiza (Kurpiez y Smith, 2020). En realidad, se trata de seguir el mismo proceso que siguieron los grupos de interés para combatir los informes financieros fraudulentes, es decir, el desarrollo, codificación y formalización de reglas y normas de presentación de la información (Kurpierz y Panci, 2015; Tschopp y Huefner, 2015).

En línea con lo anterior y reconociendo el esfuerzo de consenso de los grupos interesados, al proceso de normalización, cuyo itinerario se ha descrito en los epígrafes anteriores, aún le queda bastante para alcanzar el nivel de desarrollo e implantación de los modelos contables de información financiera. De hecho, después de varios años desde la entrada en vigor de la Directiva comunitaria 95/2014 en materia de información no financiera se pone de ma-

nifiesto la necesidad de someterla a una importante revisión y todo ello, principalmente por las siguientes razones:

— En primer lugar, porque se considera que la información que se divulga actualmente es insuficiente para los inversores y el público en general. Los inversores necesitan conocer el impacto que las empresas tienen sobre las personas y el medioambiente para cumplir con sus propios requisitos de divulgación y estar mejor informados sobre los riesgos de sostenibilidad.

— Por otro lado, la falta de estandarización en la divulgación de información no financiera y sostenibilidad dificulta mucho la comparabilidad de datos entre empresa.

Concretamente, en relación con la falta de estandarización, la ausencia de «estándares o normas internacionales bien definidas» representan una debilidad importante dado que con frecuencia los criterios de redacción y métodos de evaluación de estas son inexistentes o quienes los realizan son empresas certificadoras dependientes de la propia compañía. Por lo tanto, se pone de manifiesto la necesidad de un informe que se elabore de manera consensuada siguiendo unos estándares homogéneos y comparables, a la vez que relevantes y fiables, que sirva para medir los progresos y permita tomar decisiones al respecto (Hallama *et al.,* 2011). Es precisamente esta falta de consenso en su elaboración e interpretación lo que ha generado la falta de confianza de los grupos de interés en torno a la información no financiera que divulgan las empresas [12].

Quizá por este motivo, probablemente, una de las cuestiones más polémicas con respecto a este Estado es la relacionada con su verificación. El artículo 49.6 del Código de comercio modificado por la Ley 11/2018 señala que «*la información incluida en el Estado de información no financiera será verificada por un prestador independiente de servicios de verificación».* De este modo, la normativa española ha aplicado la opción más exigente reconocida por la Directiva 2014/95/UE, esto es, verificar la información incluida en el contenido del *Estado de información no financiera*, y no solo su mera existencia (Miras, 2021). Si bien existen diferentes interpretaciones sobre cuál ha de ser el posible perfil profesional del verificador (Lizcano *et al.,* 2019), las condiciones concretas que ha de reunir quedan aún pendientes de una futura regulación específica (ICAC, 2019). Los auditores legales y las sociedades de auditoría únicamente deben comprobar que se haya facilitado el estado no financiero o el informe separado. Además, los Estados miembros deben poder

[12] https://ideas.pwc.es/archivos/20201204/ha-llegado-el-momento-de-armonizar-el-reporting-nofinanciero-a-nivel-mundial/.

exigir la verificación de la información incluida en el estado no financiero o en el informe separado por parte de un prestador independiente de servicios de verificación. Por otra parte, del informe de verificación se espera que incremente la veracidad de la información no financiera aportando mayores garantías para sus usuarios, sin embargo, de acuerdo con la propuesta de modificación de la directiva sobre Información no financiera (UE, 2020) la ausencia de un estándar comúnmente acordado para el aseguramiento de los informes de sostenibilidad crea el riesgo de diferentes entendimientos y expectativas de en qué consistiría un trabajo de aseguramiento razonable para diferentes categorías de información sobre sostenibilidad, especialmente con respecto a divulgaciones cualitativas y prospectivas. En suma, la necesidad de que el encargo de aseguramiento se realice a un prestador independiente unido a la falta de formación específica de muchos profesionales de la auditoría, así como a la diversidad de marcos de información dificulta el cumplimiento de los requisitos y características exigibles y en consecuencia afecta a la calidad del informe. Los aspectos anteriores explican que sean las auditoras denominadas como Big Four [Deloitte, KPMG, Ernst & Young (EY) y Price Water House Coopers (PwC)] las que en mayor medida realizan los trabajos de aseguramiento.

3. *Racionalizaci*ón. Por último, el tercer componente del modelo del triángulo del fraude es la justificación de las organizaciones frente *al greenwas*hing como algo inevitable, es un asunto más difícil de debilitar y representa en algunos casos una verdadera limitación en el corto plazo que hace pensar que lo más recomendable es combatir estos comportamientos debilitando los otros dos aspectos en primer lugar (Kurpirz y Smith, 2020).

En definitiva, debilitar cualquiera de estos componentes, según Kurpierz y Smith, repercutiría positivamente en el menor uso de *greenwashing* por parte de las compañías, por lo que las medidas para mejorar y fortalecer la normativa reguladora deberían estar muy atentas a estas consecuencias y combatirlas en sus propuestas futuras.

17.4 ORIENTACIÓN FUTURA PARA PREVENIR LAS PRÁCTICAS DE *GREENWASHING*

En base a los comentarios realizados en los párrafos anteriores, podemos poner de manifiesto que no es algo nuevo que hoy en día se le concede cada vez más importancia a la información de carácter no financiero sobre aspectos relacionados con la sostenibilidad, el medioambiente, los Derechos Humanos y laborales, la diversidad o la corrupción. El problema existente actualmente

se basa en que la mayoría de las empresas suelen proyectar una imagen corporativa positiva sobre los citados aspectos, aunque en ciertas ocasiones dicha imagen no coincide con la realidad debido a la práctica de «*greenwashing*» (Falcão *et al.,* 2020).

El principal objetivo que se pretende con la información no financiera es lograr el «mismo nivel de claridad, especificidad y confianza» en torno a las medidas e indicadores no financieras que el alcanzado para los informes financieros, desarrollando «un conjunto de estándares para la presentación de información no financiera, que sean fiables y comparables entre sí» (Macchiavello y Siri, 2020). En definitiva, para aumentar la confianza de los consumidores, inversores y demás grupos de interés, las empresas deberían eliminar el «*greenwashing*» de sus comunicaciones corporativas y publicar informes no financieros honestos, fiables y creíbles, que describan de forma detallada el impacto social, ambiental, y de gobierno corporativo de las operaciones de la compañía.

En el contexto descrito, es necesario plantear soluciones y propuestas de mejora para que la información no financiera que presenten las empresas sobre cuestiones de sostenibilidad consiga satisfacer las demandas y expectativas de los grupos de interés.

En este sentido, entre las posibles medidas se podría pensar en una legislación que obligue a la elaboración y divulgación de este tipo de información y que, además, establezca prohibiciones y sanciones para cualquier tipo de comportamientos fraudulentos, puesto que la responsabilidad voluntaria de las empresas no resulta completamente fiable. En este punto, se ha puesto de manifiesto que las autorregulaciones y códigos de conducta propios de cada empresa se encuentran más encaminados a la mejora de su credibilidad y reputación que a la obtención de resultados.

Esta medida supone un camino largo que comenzó hace algunos años. En concreto, tal como hemos mencionado anteriormente, la Directiva comunitaria de 2014/75/UE supuso el primer paso hacia la normalización de la información no financiera, aumentando la transparencia informativa. En España, la transposición de esta Directiva tuvo lugar con la publicación de la Ley 11/2018 que, como se indicó anteriormente, obligaba, a partir de este año, a determinadas empresas a incluir en su informe de gestión, un estado de información no financiera. En él debe reflejarse el impacto de su actividad en temas ambientales y sociales, de personal y respeto de los derechos humanos, y su lucha contra la corrupción y el soborno.

Por otra parte, el Reglamento (UE) 2019/2088, de 27 de noviembre, sobre divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servi-

cios financieros, obliga a los distintos actores del mercado financiero a informar sobre la forma en que integran sus riesgos de sostenibilidad y como se concreta la sostenibilidad, atendiendo a los aspectos ambientales, sociales y de gobernanza, en los productos financieros que ofrecen o sobre los que asesoran a los inversores y ahorradores. Esta norma, conocida como la SFDR por sus siglas en inglés, supone un cambio sustancial tanto en las políticas internas de los operadores financieros, en referencia a la información a facilitar, como en la clasificación de los productos financieros sostenibles. En cualquier caso, requiere incrementar el esfuerzo de transparencia en materia de sostenibilidad al sector financiero, dificultando las prácticas de *greenwashing* dañinas para el mercado.

Este reglamento no es una iniciativa aislada enfocada a la transparencia de la información, sino que forma parte de las propuestas normativas incluidas en el Plan de Acción en Finanzas Sostenibles [13] de la Comisión Europea del 2018 [14], dentro de las medidas regulatorias entre las que destaca la de la taxonomía, los estándares de productos, índices de referencia sostenibles, divulgación de información no financiera en las empresas, gobernanza corporativa, ecoetiquetas, etc.

En parte, el Reglamento (UE) 2019/2088, anteriormente comentado, no solo afecta al sector financiero, sino que, indirectamente, tiene incidencia en otro tipo de empresas, afectando a la aportación de nuevos datos en los informes de sostenibilidad y sus exigencias de transparencia. En concreto, las empresas no financieras tendrán que revelar la parte de su volumen de negocios, de su capital y de sus gastos de funcionamiento que proceden de actividades económicas ambientalmente sostenibles. Las empresas financieras tendrán que revelar en qué medida financian o invierten en actividades económicas ambientalmente sostenibles (Garayoa, 2021).

Por otra parte, en la Comisión Europea, el Parlamento y los diferentes gobiernos de la UE se decidió que el *greenwashing* debe terminar y definieron una serie de requisitos para que una actividad pudiera ser considerada real-

[13] Según la CNMV, las finanzas sostenibles tienen por objeto la incorporación de elementos ambientales, sociales y de buen gobierno en la gestión empresarial, así como en la toma de decisiones de inversión. Como establece la actualización de la estrategia de la Comisión Europea que refuerza su plan de acción para financiar el crecimiento sostenible, es necesario fomentar la reorientación de los flujos de capital que faciliten alcanzar un crecimiento más sostenible e inclusivo, gestionar los riesgos financieros derivados del cambio climático y fomentar la transparencia y la visión a largo plazo en las actividades financieras y económicas.

La CNMV está comprometida, en el ejercicio de sus competencias y como organización, con el desarrollo de un sistema financiero estable y que contribuya al objetivo de sostenibilidad y continuará impulsando iniciativas que faciliten el crecimiento sostenible de nuestras empresas y de nuestra economía. Por ello, una de las cuatro líneas estratégicas definidas por la CNMV para el periodo 2021-2022 es, precisamente, facilitar el papel del mercado de valores en esta transición, asegurando la fiabilidad de la información al inversor, y para ello el Plan de actividades 2021 incluye diversos objetivos.

[14] Eurozona Spainsif - Spainsif

mente como sostenible y contribuya sustancialmente a la consecución de estos seis objetivos (Artículo 17 del Reglamento 2020/852 [15]):

1.º Mitigación del cambio climático.
2.º Adaptación al cambio climático.
3.º Uso sostenible y la protección del agua y los recursos marinos.
4.º Transición hacia una economía circular.
5.º Prevención y control de la contaminación.
6.º Protección y restauración de la biodiversidad y los ecosistemas.

Además, el artículo 8 del citado Reglamento 2020/852 modifica el Reglamento (UE) 2019/2088 sobre la Taxonomía y tiene por objeto aumentar la transparencia en el mercado y evitar el *greenwashing*, proporcionando información a los inversores sobre la alineación medioambiental de las actividades económicas de las empresas financieras y no financieras. Esta divulgación proporcionará a los inversores información uniforme y transparente sobre el rendimiento medioambiental de las empresas y los activos que financian. También ayudará a los inversores y al público a comprender la trayectoria de las empresas hacia la sostenibilidad medioambiental.

Por otra parte, en abril de 2021 se publicó una propuesta de Directiva, en la que a pesar de que precisa de la trasposición nacional y, por tanto, abre puertas a las discrecionalidades nacionales, ya no se habla de Información no financiera, sino que se presenta una propuesta sobre Directiva de Información corporativa sobre sostenibilidad (por sus siglas en inglés: CSRD) y, por tanto, se le da un nuevo enfoque a la información no financiera (De Castro, 2021). Esta propuesta se espera que se aplique a los informes que presenten las empresas en el ejercicio 2024 sobre la información de 2023 y pretende mejorar el flujo de información sobre sostenibilidad en el ámbito empresarial y hacer que los informes de sostenibilidad de las organizaciones sean más coherentes, y que los grupos de interés puedan disponer de información comparable y fiable en materia de sostenibilidad. Los cambios propuestos afectarán a los siguientes aspectos:

1. El ámbito de aplicación se extenderá a todas las grandes empresas [16] y a las empresas que coticen en Bolsa, también para aquellas que a pesar de tener

[15] Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y que modifica el Reglamento (UE) 2019/2088.

[16] Se definen como grandes empresas todas aquellas que cumplan dos de los tres criterios siguientes: ingresos por encima de los 40 millones de euros; activos totales por encima de 20 millones de euros o más de 250 empleados.

su domicilio en países que no pertenecen a la UE, operan en este territorio y a las PYMES que coticen (exceptuando las microempresas). Se incluyen en el ámbito de aplicación las empresas subsidiarias de grupos extracomunitarios.

2. La nueva directiva propone normas de presentación de información en materia de sostenibilidad, de modo que se estandarice toda esta información. Se encarga al EFRAG (European Financial Reporting Advisory Group) el desarrollo de unos estándares cuya adopción será obligatoria y que serán revisados, al menos, cada tres años desde su adopción. Los estándares tienen que buscar que la información sea relevante, representativa, verificable y comprensible, y se desarrollarán dos versiones:

a) Una para las grandes empresas, que a su vez se implantarán en dos fases:

i. Una primera fase, formada por un conjunto de estándares sobre temas de sostenibilidad y áreas de divulgación de la información.

ii. Una segunda fase, formada por un conjunto de estándares que incorpora información complementaria y adaptaciones sectoriales

b) Y otra versión para reconocer la problemática de las PYMES.

En este contexto, las nuevas tecnologías, tales como la Inteligencia Artificial o el análisis del Big Data, podrían contribuir a lograr una mayor estandarización en el formato y métricas de las Memorias de Sostenibilidad, mejorando su elaboración y la evaluación de los comportamientos de las empresas. Estas herramientas permitirían recopilar información de diversas fuentes, como ONGs, webs especializadas, noticias y notas de prensa procedentes de distintos medios de comunicación, procesando esta gran cantidad de datos sobre el impacto social y ambiental de las empresas y convirtiéndolos en información más estandarizada y comparable. Todo ello incidiría fundamentalmente en la fiabilidad de los datos disponibles y permitiría monitorizar las emisiones de las empresas y sus comportamientos, así como revisar y verificar la información proporcionada en las Memorias de Sostenibilidad (Macchiavello y Siri, 2020).

3. Se proponen nuevas normas sobre requisitos obligatorios en materia de informe no financiero para las empresas, cubriendo asuntos medioambientales, sociales y de gobernanza. Surge el concepto de la doble materialidad o el deber de informar tanto sobre cómo los factores de sostenibilidad afectan en el modelo de negocio y evolución de la empresa (materialidad financiera)

como de la influencia de las actividades de la empresa en el medioambiente y en las personas (materialidad de sostenibilidad).

4. Es obligatoria la verificación externa, siendo necesario un nivel de aseguramiento «limitado» [17], lo que a su vez obligará a modificar la Directiva relacionada con la auditoría de cuentas, puesto que los auditores deberán tener conocimientos relevantes para la auditoría legal de la información financiera, así como para el aseguramiento de los informes de sostenibilidad.

5. Esta información debe formar parte del informe de gestión de las empresas y debe ser publicada en formato digital que permita su tratamiento automatizado, desapareciendo la posibilidad de presentar un informe independiente.

6. Se establecen medidas administrativas y sancionadoras para quien incumpla los artículos 19.ª), 19 d) y 20.ª) de la Ley 11/2018 relativos a la información no financiera. En este sentido, las multas estarán en virtud del tipo y nivel de la medida o sanción dependerá de la gravedad y duración de la infracción del grado de responsabilidad de la persona o entidad responsable y de la importancia de los beneficios obtenidos o pérdidas evitadas como consecuencia del incumplimiento.

Con todo lo anterior, entendemos que la idea que subyace en todos estos cambios y nuevas normativas es caminar hacia una mejora de la transparencia informativa fiable en materia de sostenibilidad, evitando los fraudes en su divulgación para que los *stakeholders* confíen en la información revelada por las empresas y la consideren como un elemento clave en el proceso de toma de decisiones.

[17] En esta modalidad, el proveedor de aseguramiento llevará a cabo las pruebas necesarias para reducir el riesgo del aseguramiento a un grado aceptable y obtener evidencia suficiente que le permita emitir una opinión negativa en la que corrobore que la información no está sujeta a errores. Para emitir esta conclusión, se basará en la evaluación del procedimiento de gestión y en la evidencia obtenida, centrándose en determinados asuntos que le llamen la atención. En este caso, el nivel de riesgo asumido por el proveedor es aceptable, aunque es superior al del aseguramiento razonable (Larrinaga *et al.,*2020).

18. RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO: DE LA GESTIÓN DE LA LEGALIDAD A LA LEGITIMIDAD [1]

Adán Nieto Martín
Universidad de Castilla-La Mancha

18.1 LEGITIMIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se entiende básicamente de dos formas distintas. Para la primera la imposición de una pena –o una sanción administrativa– constituye una forma de regulación, semejante a los impuestos u otro tipo de incentivos, positivos o negativos, que utiliza el legislador o la administración (impuestos, ventajas fiscales, subvenciones, sanciones de distinta naturaleza, transparencia…). Desde esta comprensión, la sanción constituye un incentivo destinado a que la dirección de la entidad establezca procedimientos internos eficaces para prevenir y detectar los comportamientos ilícitos que tengan lugar en la organización. La pena a la persona jurídica no implica la formulación de ningún tipo de reproche o este es un aspecto secundario. Lo verdaderamente relevante es que la pena confiere un mayor poder de disuasión que se compensa con la aplicación de las garantías penales. Desde este planteamiento, el que la sanción sea penal, administrativa o de cualquier otra naturaleza resulta una cuestión, en realidad, de segundo orden [2]. Por esta razón podemos incluir, con todos los matices que se quiera,

[1] Este trabajo ha sido anteriormente publicado en *La ley compliance penal*, núm. 4, 2021.

[2] Por ejemplo, Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, 2008. En lo que concierne estrictamente a la interpretación del artículo 31 bis, considero que también es la posición de Feijóo Sánchez B., Réplica a Javier Cigüela, *InDret*, 2/2016, p. 5.

también dentro de esta posición a todos aquellos que proponen la existencia de diferencias cualitativas entre las verdaderas penas y las sanciones/penas a las personas jurídicas, pues la mayoría de estos autores cuanto menos le conceden efectos regulatorios [3]. A esta visión, regulatoria, de la responsabilidad penal de la persona jurídica cabría oponer otra genuinamente penal. La responsabilidad penal implica culpabilidad, una auténtica culpabilidad, y la imposición de la pena conlleva por ello un reproche de naturaleza ético social [4].

Pese a la aparente distancia que separa ambas opciones, a la hora de la verdad, son pocas las consecuencias prácticas que se derivan de mantener una u otro posición. Concebir la responsabilidad penal en términos de regulación u otorgarle un carácter genuinamente penal, no implica diferencias sustanciales a la hora de establecer el modelo de imputación. Desde ambas visiones se está generalmente de acuerdo en que la base del reproche consiste en un defecto de organización. La asunción del modelo de la autorresponsabilidad constituye hoy doctrina mayoritaria. Tampoco la distinción entre ambas visiones afecta a la construcción de los programas de cumplimiento. La concepción regulatoria está de acuerdo en que una parte fundamental del cumplimiento normativo es la creación de una cultura de legalidad en la empresa. Entre otras razones, porque un saber puramente técnico, como es el control interno, viene señalando desde hace años que el cultivo de valores constituye un control más en la empresa [5]. Finalmente, la diferente comprensión de la responsabilidad penal carece también de importancia en el diseño de las sanciones. La conocida polémica entre el modelo económico, estructural o las teorías más basadas en la *enforcement pyramide* no dependen en modo alguno de la decisión inicial.

Este trabajo busca una salida al significado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro del sistema penal que entrañe además consecuencias prácticas. El derecho penal y la pena constituyen algo más que un instru-

[3] En este punto, y sin ánimo de exhaustividad, cabría señalar los destacados intentos de Cigüela Sola, J.,» El injusto estructural de la organización», *InDret* 1/2016 o de Goena Vives, B., *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, 2017, pp. 165 ss, quien indica que se trata de un modelo de atribución, donde se prescinde del reproche de culpabilidad. Con más razón la responsabilidad penal de la persona jurídica tiene un genuino derecho regulatorio para aquellos que no la consideran ni tan siquiera de naturaleza penal, como Robles o Gracia Martín. Al respecto de todas estas posiciones *vid*. Feijóo Sánchez, B., *El delito corporativo en el Código penal español*, Civitas, 2015, pp. 33 ss y Galán Muñoz, A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, 2017.

[4] En esta segunda opción, minoritaria, se encontrarían claramente los trabajos de Gómez Jara, C., *vid*., un resumen de su posición, con respuestas a las críticas efectuadas contra la misma, «La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Arroyo Jiménez, L./ Nieto Martín, A., Autorregulación y Sanciones, Thomson, 2.ª Ed., 2015, pp. 249 ss; pionera en esta línea fue sin duda Bacigalupo Segasse, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, 1998.

[5] Cfr. Cigüela Sola, J., «*Compliance* más allá de la ciencia penal», *Indret* 4/2019.

mento regulatorio [6], pero en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas hace falta concretar en qué consiste precisamente ese «algo más».

La propuesta que se realiza en este lugar consiste en adoptar el concepto de legitimidad como epicentro del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica. En síntesis, el argumento que se desarrollará en las siguientes páginas será el siguiente. La imposición de una pena tiene un valor comunicativo, que la distingue de otro tipo de medidas reguladoras. En el caso de las personas jurídicas, la imposición de la pena tiene como efecto una pérdida de legitimidad, que no debe confundirse con el daño reputacional. Este es un hecho empírico y social, mientras que la imposición de la pena implica una deslegitimación de carácter normativo. Mediante la comisión de un delito, la empresa pierde parte de la confianza que el ordenamiento deposita en las organizaciones, en virtud de la cual se confía en sus dirigentes, concediéndoles un gran margen de autonomía para autorregularse (II).

La pena a la persona jurídica entendida como pérdida de legitimidad conecta el debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la responsabilidad social corporativa (RSC), cuya función principal es hoy, precisamente, garantizar la legitimidad de la empresa en su entorno [7]. La legitimidad constituye actualmente uno de los grandes retos de la gestión empresarial y ello por dos razones. La primera es porque resulta un elemento imprescindible para que una organización realice correctamente sus funciones y se desenvuelva con éxito. Una organización o institución sin suficiente legitimidad tendrá problemas de todo tipo: conseguir clientes, trabajadores apropiados, buena relación con las autoridades públicas etc.. La segunda es aún más importante y afecta a las grandes corporaciones. Estas han dejado de ser un sujeto económico, para convertirse en un sujeto político. [8] Su poder es semejante al de otros actores políticos por su capacidad para intervenir en la vida pública y

---

[6] Expresa también la preocupación de que el derecho penal se disuelva dentro del derecho regulatorio Silva Sánchez, J. M., «¿Derecho penal regulatorio?», *InDret* 4/2020.

[7] El punto de partida de esta orientación de la RSC se encuentra en Suchman, M. C., «Managing legitimacy: Strategic and institutional approaches», *Academy of Management Review*, 1995, 20, p. 3. El concepto de legitimidad se entiende en este trabajo en el sentido que se le otorga dentro de la RSC: «proceso mediante el cual la organización justifica ante sus iguales o sistemas subordinados su derechos a existir» o «congruencia entre los valores sociales asociados o implícitos en las actividades de la organización y las actividades y normas de comportamiento adecuado existentes en el sistemas sociales», cfr. Rendtorff, R., «The Concept of Business Legitimacy: Corporate Social Responsibility, Corporate Citizenship, Corporate Governance as Essential Elements of Ethical Business Legitimacy», en Crowther, D./ Seifi, S./ Wond, T., *Responsibility and Governance,* Springer, 2018, p. 47.

[8] *Vid*. Scherer, A./Palazzo, G., «Corporate Legitimacy as Deliberation: A Communicative Framework», *Journal of Business Ethics* (2006), 66, pp. 71 ss.; *ibidem*, «The New Political Role of Business in a Globalized World: A Review of a New Perspective on CSR and its Implications for the Firm, Governance, and Democracy», *Journal of Management Studies*, 48:4, June, 2001.

la influencia de sus decisiones en la vida de terceros. La gestión de las grandes organizaciones empresariales necesita por ello aproximarse a los criterios de legitimación organizaciones políticas, como el Estado [9].

La responsabilidad social corporativa, en este escenario, está llamada a superar su papel tradicional, situado al margen del ordenamiento jurídico, en el marco de la voluntariedad, para pasar a ser un elemento transformador de la regulación jurídica del gobierno corporativo. Se trata de plantear cuál debe ser el papel de *stakeholders* [10]en la gestión de la empresa y de institucionalizar en su gobierno corporativo la representación de los *stakeholders* (*Stakeholdersdemocracy*). [11] Con este fin se han realizado una serie de propuestas como el incremento de la transparencia de los balances no financieros o la existencia de representantes de intereses públicos en los órganos de gobierno (III).

La coincidencia entre el sentido de la responsabilidad penal de personas jurídicas y de la responsabilidad social implica que la función de los programas de cumplimiento va más allá de la gestión de los riesgos legales de la empresa y en especial el derivado de la responsabilidad penal. El objetivo de los programas de cumplimiento radica en garantizar la legitimación social de la actividad de la empresa frente a la comunidad y frente al ordenamiento jurídico. La relación entre legitimación y legalidad es de inclusión. Obviamente una empresa para ser legítima necesita respetar las normas jurídicas, pero este objetivo representa solo un primer paso (IV).

La segunda consecuencia que implica la compresión de la pena como deslegitimación afecta al sistema de penas. La realización de un comportamiento delictivo por parte de la persona jurídica implica que el ordenamiento jurídico deja de confiar en su capacidad de autoorganización. Por esta razón, a la comisión de un delito debe dársele respuesta a través de sanciones más contundentes que la multa, a la hora de expresar la pérdida de legitimidad. Al igual que la prisión representa una sanción genuinamente penal, también resulta necesario diseñar una nueva generación de sanciones penales para las personas jurídicas, con mayor potencial comunicativo que la multa (V).

---

[9] Parker, C., *The Open Corporation. Effective Self-Regulation and Democracy*, Cambridge University Press, 2002.

[10] Como es conocido el concepto de portadores de interés (*stakeholders*) ha sido acuñado en el marco de la RSC. Desde el trabajo inicial de Freeman *(Strategic Management: A Stakeholders Approach*, 1984), han sido innumerables los artículos que se han ocupado del mismo; al respecto *vid*. solo el también clásico Donaldson T./Preston L., «The stakeholder theory of the corporation: concepts, evidence and implications», *Academy of Management Review* 1995, vol. 20, núm. 1, pp. 65 ss.

[11] Cfr. Matte, D./Crane, A., «What is stakeholder democracy? Perspectives and issues», *Business Ethics: A European Review*, vol. 14, núm. 1, January 2005.

Esta propuesta que abarca desde el fundamento de la responsabilidad, hasta el tipo de penas resulta imprescindible para dar un sentido a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal internacional o en situaciones, similares, que entrañan violaciones graves a Derechos humanos.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos como el genocidio o la lesa humanidad no puede tener exclusivamente un significado regulatorio. Tanto el injusto que realizan como las penas deben tener un significado social y jurídico diferente al de un incentivo para una mejor autorregulación.

18.2 LA PENA COMO DESLEGITIMACIÓN

La idea de que la imposición de una pena entraña una pérdida de legitimización responde a una preocupación similar a la que alumbró el nacimiento de la denominada teoría expresiva de la pena. Cuando Joel Feinberg la formuló a mediados de los sesenta, lo hizo con el fin de resolver una duda similar a la que se expresaba al comienzo de este trabajo: ¿Qué distingue a las penas (*punishments*) del resto de las sanciones (*penalities)* existentes? Como es conocido, Feinberg encontró la diferencia en su capacidad expresiva, en entender la pena como un acto de comunicación, mediante el que se comunica socialmente desaprobación o censura al responsable del delito [12].

Las teorías expresivas de la pena nunca han tenido demasiado éxito, al menos en los países de la Unión Europea [13]. Ello se explica por varias razones. La desaprobación más que una función o fin de la pena representa un elemento que la define. Por esta razón su utilidad práctica es reducida. Lo importante son los fines de prevención general y especial de la pena, que tienen contenidos mucho más pragmáticos. Al quedar fuera de los fines de la pena, su carác-

[12] Feinberg, J., «The expressive function of punishment», *The Monist*, vol. 49, núm. 3, July, 1965, pp. 397 ss.; Harcourt, B. E., «Joel Feinberg on crime and punishment: exploring the relationship between the moral limits of criminal law and the expressive function of punishment», 5 *Buffalo Criminal Law Review* (2001), pp. 145 ss.

[13] Como indica Rodríguez Horcajo «no se puede negar que suponen un elemento en auge en la doctrina norteamericana», en *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, 2016, p. 44. En nuestro país, por ejemplo, Gómez Jara ha elaborado una teoría particular de las teorías expresivas a partir de la teoría de los sistemas y dando especial relevancia al dolor que supone la imposición de la pena como forma de comunicación, *vid*. Gómez-Jara Díez, C., «La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?», *InDret* 2/2008.

ter expresivo, resulta una tautología [14]. Es verdad que el concepto de pena puede ser utilizada con la pretensión de añadir un requisito de legitimación más a la imposición de una pena. De hecho, Feinberg vincula la pena con el denominado *harm principle* [15]: hay desaprobación porque la pena debe reservarse para los comportamientos más dañosos socialmente. No obstante, y en este terreno de juego, otros principios como el de proporcionalidad, efectiva protección de bienes jurídicos etc. son argumentos más útiles y precisos para justificar la necesidad de pena y su cuantía que la desaprobación [16].

En el plano social o empírico, nadie puede negar que la imposición de una pena a una persona física implica desaprobación y por tanto también deslegitimación y que esta desaprobación contribuye también a la intimidación. Este efecto, sin embargo, no puede traducirse normativamente, dotándolo de un contenido jurídico preciso. La deslegitimación, en el caso de las personas físicas, debe ser considerada un daño colateral que debe evitarse o reducirse en lo posible. Si el fin de la pena es la resocialización, ¿qué ganamos estigmatizando socialmente a su autor?, ¿no supone esta censura poner las cosas más difíciles para su posterior reinserción social? La desaprobación supondría una suerte de pena difamante. Con el fin de salvar estos obstáculos, algunos partidarios de las teorías expresivas mantienen que en realidad la desaprobación tiene lugar exclusivamente en el plano estrictamente jurídico y referido no al autor sino al comportamiento [17]. Pero en este caso su función resulta enteramente similar a la función dialéctica –de negación de la negación– que la pena tenía para Hegel y hoy tiene en las teorías de la prevención general positiva: la pena comunicaría la vigencia de la norma, frente a la conducta del infractor.

El problema principal de las teorías expresivas de la pena en relación a las personas físicas es en realidad de índole constitucional. Resulta constitucionalmente inadmisible dotar de efectos normativos a la deslegitimación o censura comunicativa que produce la pena. No resulta acorde con la dignidad humana que el Estado señale que unos ciudadanos son más legítimos

[14] *Vid*. una acertada crítica en Peñaranda Ramos, E., «Lección 8. La Pena: Nociones Generales», en Lascuraín Sánchez, J. A., *Introducción al Derecho penal*, 1.ª edición, Tecnos, p. 244.

[15] *Vid*. especialmente el análisis que hace Harcourt, 5 *Buffalo Criminal Law Review*, (2001), pp. 159 ss.

[16] Lo que no impide reconocer que también, como por ejemplo ha puesto reiteradas veces de manifiesto Feijoo Sánchez, la pena y su magnitud deben establecerse de acuerdo a la importancia que la sociedad le otorga a la norma de comportamiento infringida, «La pena en la ley: ¿Conminación o comunicación con ciudadanos? » (en prensa).

[17] Cfr. Peñaranda Ramos, en Lascuraín Sánchez, J. A., *Introducción al Derecho penal*, 1.ª edición, Tecnos, p. 244.

que otros a través de la pena [18]. La idea de que la pena supone una deslegitimación y la pérdida de confianza en la capacidad del ciudadano para comportarse conforme a la legalidad, tampoco tiene mucho sentido en el marco de la ejecución de la pena individual. El tratamiento penitenciario solo es legítimo en la mayoría de los sistemas constitucionales a condición de que sea voluntario. Ello quiere decir que el Estado no puede entrar en el interior de las personas y modificar su personalidad sin su consentimiento, aunque sea con el fin de procurar que sus comportamientos se ajusten a la legalidad. Incluso dentro del fin resocializador de la pena se ha mantenido tradicionalmente que esta debe limitarse a perseguir que la persona lleve en el futuro una vida sin delito, pero sin que ello autorice a modificar, por ejemplo, convicciones o planteamientos ideológicos del sujeto.

La función expresiva de la pena entendida como deslegitimación, sí que en cambio puede ayudarnos a entender el sentido de la pena e incluso su ejecución en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues los obstáculos constitucionales que acabamos de señalar no resultan relevantes. El daño reputacional como efecto social o empírico de la pena puede dotarse de contenidos normativos [19]. La deslegitimación de la persona jurídica que se expresa a través de la pena supone una advertencia de que el derecho puede dejar de reconocerla como persona. Las personas jurídicas solo tienen sentido en cuando resultan socialmente útiles y sirven al libre desarrollo de la personalidad de los individuos, respetando la legalidad. Por eso históricamente su creación ha estado sujeta, por ejemplo, a la obtención de autorizaciones. La existencia de la pena de disolución, existente prácticamente todos los ordenamientos, muestra la posibilidad de dejar de reconocer la personalidad jurídica de una organización. Su paralelo en derecho penal de personas físicas, que sería la pena de muerte, resulta absolutamente inadmisible de acuerdo con los valores constitucionales europeos.

La imposición de la pena implica que el derecho pierde la confianza en la utilidad social y, por tanto, en la legitimidad de la persona jurídica. La confianza que el ordenamiento deposita en ella a través del reconocimiento de su personalidad se va deteriorando. La forma más gráfica de describirlo sería asimilarlo al «carnet de conducir por puntos». La comisión de sucesivos deli-

[18] Al respecto recientemente Lascuraín Sánchez, J. A., «Azotes no, pero prisión prolongada sí», https://almacendederecho.org/.

[19] Se ha mostrado manifiestamente en contra de esta pretensión, Gómez Tomillo, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª ed., Thomson, 2015, pp. 48 ss. Desde un punto de vista empírico, ciertamente la existencia o no de un «estigma» puede depender de los casos, pero lo que aquí se propone es un «estigma» fundamentalmente normativo, que se traduce en una reducción de la libertad de la persona jurídica para autoorganizarse.

tos va restando puntos de legitimidad que justifican que las penas puedan ser cada vez más invasivas, recortando capacidad de autoorganización, hasta acabar con la disolución. [20] Esta deslegitimación se expresaría en la conformación de una serie de sanciones cuyo objetivo sería restar capacidad de organización a los dirigentes de la entidad. Se trata de sanciones que, a diferencia de la multa, no afectan al patrimonio de la entidad, sino al poder de sus gestores, de ahí su mayor capacidad para expresar la realización de un injusto genuinamente penal.

Si la imposición de la pena entraña deslegitimar, su ejecución debe conllevar la recuperación de la confianza perdida o, dicho de otro modo, el incremento de la responsabilidad social. Al igual que socialmente interesa resocializar a los individuos que delinquen, también interesa que las empresas aumenten su legitimidad y grado de responsabilidad social en el futuro. La recuperación de la legitimidad mediante la ejecución vendría de la mano de dos fines específicos de la pena. En primer término, la finalidad de satisfacer los intereses de las víctimas o de los afectados por la infracción [21], dándoles un protagonismo en la ejecución de la pena mucho mayor que el que tienen en el caso de las personas físicas, donde además su presencia levanta considerables recelos. En segundo término, dando garantías de no repetición, lo que implica que la ejecución de la pena se oriente a la mejora de los programas de cumplimiento.

Ni la deslegitimación como significado de la pena, ni la satisfacción de los intereses de la víctima o la garantía de no repetición (prevención especial), colisionan con la prevención general o intimidación, que continúa siendo uno de los fines indiscutibles de la pena. El que el objetivo de la pena sea disminuir el poder de los dirigentes empresariales tiene una mayor capacidad intimidatoria que la multa. Mientras que las sanciones pecuniarias podían ser asimiladas como costes de producción, no ocurre igual con la pérdida de poder. La multa

[20] *Vid.* por ejemplo la propuesta que hace Braithwaite, J., «Strategic socialism, strategic privatisation and crises», *Australian Journal of Corporate Law*, 2013, 28, pp. 35 ss.

[21] No puedo adentrarme en este lugar en la discusión acerca del concepto de víctima y su relación con los afectados por un comportamiento delictivo. Pero desde luego, la idea de que la mera existencia de un bien jurídico supraindividual, como el existente en el delito de cohecho o en el fraude fiscal, implica la inexistencia de afectados me parece equivocada otra cosa es que puedan ser considerados víctimas, en el sentido de la legislación que les confiere derechos dentro del proceso penal. Afortunadamente en los últimos tiempos comienza a producirse un interesante debate sobre la victimología corporativa, que puede arrojar en breve claridad sobre esta cuestión. *Vid*. las consideraciones que en este punto realizan entre otros Forti, G., (Dir)., *Victims and Corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, Wolters Kluwer. Cedam, 2018; Guardiola Lago, M. J., «¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, 2020; Hall, M., *Victims of Environmental Harm. Rights, recognition and redress under national and international law*, Routledge, 2013; Planchadell Gargallo, A., «Las víctimas en los delitos de corrupción (Panorama desde las perspectivas alemana y española)», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, 2016, pp. 1-77; Saad Diniz, E., *Victimología Corporativa*, Tirant lo Blanch, 2019.

como pena reina del derecho penal de la persona jurídica, no acababa por destacar por su mayor potencialidad preventivo general, frente a las multas administrativas. Sólo el contexto penal de su imposición servía para explicar *de facto* las diferencias existentes.

Por otro lado, y como inmediatamente va a comprobarse, una ejecución de la sanción orientada a las víctimas conecta con el modelo de cumplimiento normativo cimentado en los *stakeholders*. Las víctimas desde el punto de vista la RSC son en realidad portadores de interés. De este modo, si los programas de cumplimiento los sitúan en el centro del sistema, resulta coherente que también lo haga la ejecución de la sanción.

18.3 LA GESTIÓN DE LA LEGITIMIDAD COMO OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA

Existe acuerdo en que la legitimidad constituye hoy uno de los grandes temas dentro de la gestión empresarial, sobre todo de las grandes empresas [22]. Tradicionalmente la actividad de la empresa quedaba legitimada atendiendo a los beneficios sociales que generaba o simplemente se daba por supuesta. En Europa la existencia de mayores dosis de regulación suponía además que el legislador se encargaba de fijar un punto de equilibrio entre las demandas sociales e intereses colectivos afectados por la actividad de la empresa y los intereses económicos perseguidos por los socios. Esta mayor regulación restaba importancia al problema de la legitimidad.

La evolución fue parcialmente distinta en los Estados Unidos y por esta razón la Responsabilidad Social Corporativa RSC apareció con antelación. Hay varias razones, que explican este hecho: genéticamente en la sociedad americana desde sus tiempos fundacionales siempre anidó una cierta desconfianza hacía las corporaciones; la representación de los intereses sociales en su gestión, especialmente de los trabajadores a través de los sindicatos, era menor que en Europa, donde por ejemplo países como Alemania los habían incluido en los órganos de cogestión [23]; además en los EEUU existió siempre una oposición fuerte a la regulación estatal, desde los años dorados del *progressivism* [24]. En este contexto, la Responsabilidad Social Corporativa RSC cumplía

[22] *Vid*. autores citados en nota 4.

[23] *Vid.* al respecto las referencias históricas en Alfaro, J., «La sociedad anónima alemana y la sociedad anónima española«, https://almacendederecho.org/49460-2

[24] Laufer, W., «The missing account progressive corporate criminal law», *New York University Journal of Law and Business*, vol. 14, núm. 1, 2017, pp. 71 ss.

con doble función: servía como forma de comunicación social de la empresa con el fin de mitigar la contestación social a su actividad y además era utilizada como instrumento de negociación ante los sucesivos gobiernos con el fin de convencerles que la autorregulación voluntaria de la empresa era más eficiente que la regulación estatal [25].

En efecto, en estos primeros momentos la RSC constituyó una cuestión de estrategia empresarial frente a la sociedad y el regulador. Se trataba de integrar preocupaciones sociales y medioambientales en la gestión de la empresa de manera voluntaria. Aunque no se formulara expresamente, ello significaba ya una gestión del contexto de legitimidad de la empresa. Tener buenas relaciones con el entorno, con los trabajadores, consumidores, etc., en definitiva, el *Good Will,* implicaba una mayor facilidad para realizar su actividad. No obstante, en esta primera fase no se plantearon cambios más profundos que pudieran llegar a redefinir la finalidad de las empresas, su objetivo social, ni mucho menos extraer de todo ello cambios que pudieran afectar a su gobierno corporativo. Los intereses económicos de los *shareholders* continuaban ganando por goleada a los intereses sociales de los *stakeholders*. Como se establecía en la definición que realizaba la Comisión Europeo la voluntariedad era además una nota consubstancial a la RSC [26].

A partir de los años noventa, esta situación comenzó a cambiar paulatinamente, dando lugar a una serie de tendencias más innovadoras dentro de la RSC. El cambio ha venido motivado por un conjunto de acontecimientos ligados al aumento de poder de las grandes empresas sobre los ciudadanos y sobre las decisiones públicas. Su gran poder económico hace que sus decisiones no solo influyan en ciudadanos que se relacionan con ellas contractualmente (consumidores, trabajadores), sino en el resto de la sociedad.

El poder de las multinacionales ha aumentado igualmente como consecuencia de la pérdida de poder regulador por parte del Estado como consecuencia de la globalización, que les permite elegir el ordenamiento más propicio para sus intereses, pero también porque ha aumento su capacidad de establecer normas vinculantes para un círculo nada despreciable de destinatarios. Gran parte de la regulación actual es *private law*, estándares confeccionados por las propias empresas. Las entidades certificadoras tienen una influencia en la regulación mundial del comercio internacional superior al derecho

[25] *Vid*. sobre este proceso de evolución Brammer, S./J ackson, G./ Matten, D., «Corporate Social Responsibility and institutional theory: new perspectives on private governance», *Socio Economic Review* (2012), 10, pp. 3 ss.

[26] *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas.* Bruselas, 18.7.2001. COM(2001) 366 final.

estatal, en ámbitos como la calidad de los alimentos [27]. Pero no se trata solo del fenómeno de la estandarización, también el legislador estatal utiliza cada vez más frecuente la autorregulación lo que aumenta nuevamente su capacidad para afectar la vida de los ciudadanos. La autorregulación puede ser descrita como una técnica de delegación de funciones públicas [28], mediante la que el estado por razones, por ejemplo, de complejidad técnica deja en manos de las empresas la definición de los contenidos normativos.

La autorregulación como técnica de regulación resulta, por ello, una manera de ejercer el poder por delegación que elude los controles con que el derecho constitucional y administrativo someten al poder público. La posibilidad de ejercer este poder de manera desviada es notable. Los procesos de decisión de las empresas tienen como objetivo la consecución de beneficios económicos, y dentro de esta maquinaria es fácil que se perviertan los objetivos públicos que se persiguen a través de la autorregulación o la delegación de tareas de *enforcement*, pues existe una probabilidad más que alta de conflicto de intereses. Tomando como ejemplo la legislación sobre blanqueo de capitales, uno de los casos más conocidos de autorregulación, para una entidad financiera resulta contra natura establecer protocolos que impidan el ingreso de dinero, como establece la legislación antiblanqueo. Por todo ello, ya sea como expresión de un mayor poder o como requisito de eficiencia, la autorregulación debe estar sujeta a una serie de condiciones de legitimidad, transparencia y *accountability*. Desde esta perspectiva, los programas de cumplimiento son uno de los sectores de la autorregulación más necesitados de legitimidad y de controles, en cuanto que ponen en manos de las empresas una de las actividades más delicadas del poder estatal como son funciones derivadas del *ius puniendi*: prevenir, detener y colaborar con la persecución de hechos delictivos.

En este contexto, sumariamente expuesto, es en el que nacen las nuevas orientaciones de la RSC que critican el hecho de que hasta ahora la regulación de las sociedades y el propio gobierno corporativo respondan en exclusiva a la tensión clásica entre propiedad y control, con el objetivo de preservar intereses patrimoniales de accionistas e inversores [29]. Es verdad

---

[27] Sobre ello, Nieto Martín, A., «Transformaciones del *Ius Puniendi* en el Derecho global», en Nieto Martin, A./Garcia Moreno, B., *Ius Puniendi y Global Law, Hacia un Derecho penal sin Estado*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 78 ss.

[28] En lo que sigue Bamberger, K., «Regulation as delegation: private firms, decisionmaking, and accountability», *Duke Law Journal*, vol. 56, 2006, pp. 380 ss.

[29] *Vid*. los números monográficos dedicados a esta cuestión en *Business Ethics: A European Review*, vol. 14 number 1 January 2005, y *Journal of Business Ethics*, vol. 162, issue 2, March 2020.

Thematic Symposium: Emerging Paradigms of Corporate Social Responsibility, Regulation, and Governance.

que el derecho de sociedades no tenía por qué asumir la defensa de otros intereses, pues para eso ya estaban otras ramas del ordenamiento jurídico, pero es que precisamente, como acaba de verse, el legislador cada vez resulta más incapaz de otorgar una protección adecuada, sobre todo en un contexto global.

En estas coordenadas el debate se centra en generar instituciones y regulaciones que incrementen la legitimidad de las corporaciones. La directriz general es que en su dirección y gestión se apliquen reglas de representación, de transparencia y de *accountability* similares –o cuanto menos inspiradas– a las que regulan la actuación de los público. Todo ello con el fin de situar a los *stakeholders* en un papel más central frente los *shareholders*. No es extraño que, al hilo de todo este movimiento, incluso en la última cumbre de Davos, se haya hablado de *stakeholders capitalism* [30]. Veamos ahora cuáles son esas formas de institucionalización y su conexión con el cumplimiento normativo.

18.4 LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS INTERESES DE LOS *STAKEHOLDERS* Y EL SENTIDO DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

18.4.1 **Teoría de la regulación y legitimidad**

La demanda de una mayor legitimidad en la gobernanza empresarial, que enarbolan hoy las nuevas corrientes de RSC, coinciden con propuestas procedentes de la teoría de la regulación y del derecho público, que apuntan en una dirección similar a la hora de proponer estrategias con el fin de incrementar el cumplimiento de la ley por parte de las empresas.

Una de las obras más visionarias que probablemente se hayan escrito en la teoría de la regulación es la de Christopher Stone [31] que en 1975 planteaba no solo la mayoría de los problemas que hoy discutimos, sino que también aportaba soluciones muy similares a las que van a proponerse. Su tesis principal es que el derecho tiene que adoptar una estrategia más incisiva para conseguir que el comportamiento de las empresas se ajuste a la legalidad y respete los intereses sociales. La regulación de su comportamiento tiene que basarse

[30] World Economic Forum, «Manifiesto de Davos 2020: El propósito universal de las empresas en la Cuarta Revolución Industrial», accesible en https://www.weforum.org/the-davos-manifesto/manifesto.

[31] Stone, C., *Where the Laws End. The Social Control of Corporate Behavior*, Harper & Row, 1975.

en presupuestos distintos a los que se utilizan en relación a los individuos. Estos en su toma de decisiones tienen en cuenta valores, criterios morales que pierden peso cuando se trata de una decisión colectiva. Por mucho que a los dirigentes de una empresa se les motive a respetar la legalidad a través de sanciones, el carácter intimidante de estas tiene un peso relativo en la toma de decisiones [32]. El riesgo patrimonial que representa una sanción pecuniaria se diluye entre la multitud de riesgos que tiene la firma y al final, como riesgo lejano, acaba siendo una cuestión de segundo orden.

El camino, según Stone, consiste en intervenir en su «conciencia» [33], en sus procesos de toma de decisión, con el fin de propiciar decisiones respetuosas con la legalidad y con los intereses públicos. Se trata de introducir contrapesos en estos procedimientos que inclinen las decisiones empresariales a favor de los intereses colectivos y el cumplimiento normativo. Esta propuesta señala un cambio de rumbo importante en la conformación del derecho de sociedades que, de un lado, tradicionalmente ha rechazado intervenir con la finalidad de orientar la toma de decisiones de entes colectivos y, de otro, tiene como objetivo resolver los conflictos entre accionistas y administradores, sin detenerse a pensar en los otros conflictos sociales que genera la actividad empresarial. Es cierto, podría contraargumentarse, que el derecho del medioambiente, del consumidor etc.. se encargan ya de la tutela de estos intereses, pero lo que estos autores señalan es, precisamente, que para que una regulación sea eficaz debe intervenirse en los procesos de toma de decisión. Este objetivo, se había intentado ya alcanzar a través de determinadas teoría de dirección o *management* empresarial como la *team production* [34] *o la stewardship theory* que buscaban precisamente que los directivos realizaran ponderaciones de los diversos intereses en juego, si bien siempre se reconocía que el equilibrio resultaba complicado por la prevalencia de los intereses económicos dentro de la empresa [35].

El diagnóstico de Stone ha sido confirmado por otros estudios actuales también procedentes de la teoría de la regulación, como el realizado por Short y Toffel, donde, partiendo de un análisis empírico, constatan que el respeto a

---

[32] Sobre las diferencias también entre las formas de decisión colectiva e individual también Bamberger, K., «Regulation as delegation: private firms, decisionmaking, and accountability», *Duke Law Journal*, vol. 56, 2006, pp. 417 ss.

[33] El término consciencia se entiende en este contexto simplemente como la toma en consideración de valores en los procedimientos de toma de decisión, orientados prioritariamente por fines económicos, *vid*. al respecto con referencias Schort, J./Toffel, M., «Making Self-Regulation More Than Merely Symbolic: The Critical Role of the Legal Environment», *Administrative Science Quarterly*, 55 (2010), pp. 361 ss.

[34] Blair, M./Sout L., «A Team production theory of corporate law», *Virginia Law Review*, vol. 85, March 1999, núm. 2, pp. 247 ss.

[35] Al respecto Parker, C., *The Open Corporation. Effective Self-Regulation and Democracy*, Cambridge University Press, 2002, pp. 3 ss.

la legalidad en una corporación no puede depender de una suerte de «caja negra» donde por un lado se introduce el *in put* de la amenaza de sanción y por otro lado se espera el *out put* de la actuación de la empresa en conformidad con la ley. Esta estrategia suele arrojar resultados negativos y fomenta un cumplimiento cosmético, que acaba proporcionando a las empresas una coartada moral para infringir la ley. Los programas de cumplimiento acaban, paradójicamente, por ello debilitando la adherencia de las empresas a las normas legales [36]. La coartada moral puede incluso llegar a exigir sobredimensionarlos, incurriendo en sobrecostes absurdos.

La obra de Stone, además de un diagnóstico, propone al legislador una serie de caminos para alterar las decisiones de una empresa a favor de los intereses colectivos. Es este sentido, cabría señalar la remodelación de los órganos de dirección con el fin de que estén presentes administradores que expresamente defiendan intereses colectivos o, de una manera menos radical, la necesaria existencia de informes preceptivos, antes de la toma de decisiones, que pongan de manifiesto los problemas medioambientales o de derechos humanos que tiene un nuevo negocio u operación. Esta estrategia regulatoria, que consiste en entrar de lleno en los «procesos cerebrales» de la organización para orientar sus decisiones, no es habitual en el marco de las personas físicas, a la que el derecho normalmente respeta su autonomía a la hora de decidir [37], pero no tiene por qué serlo en el caso de las personas jurídicas, en cuanto que no existe ninguna colisión con los valores constitucionales. El interés afectado, y a ponderar, sería el patrimonio, pero no desde luego la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad. La pretensión de influir en la *corporate conscience* coincide, como puede apreciarse, con las pretensiones de reformular el gobierno corporativo con el fin de caminar hacia una *stakeholder democracy* que busca precisamente la mayor representatividad de los distintos intereses afectados por la empresa y en este camino convergen también propuestas que se han hecho desde el marco del derecho administrativo con el fin de incrementar la legitimidad de la autorregulación.

La teoría de la regulación ha profundizado también en el modelo de supervisión que resulta más eficaz en aras a la consecución del cumplimiento normativo. En este sentido, la primera aportación relevante es que la mera voluntariedad y, por tanto, la ausencia de supervisión tal como propo-

[36] Schort, J./Toffel, M., *Administrative Science Quarterly*, 55 (2010), pp. 366 ss.

[37] Un ejemplo sería por ejemplo en la regulación alemana del aborto, la necesidad de que la mujer antes de abortar necesariamente tenga que recibir un asesoramiento con una orientación pro vida. Pero como se desprende del ejemplo, estas medidas de además de puntuales, son enormemente discutibles desde el punto de vista constitucional.

ne, la concepción tradicional de la RSC, no resulta eficaz a la hora de generar una autorregulación eficaz, pero tampoco resulta suficiente con una estrategia de supervisión puramente reactiva, como la seguida por el derecho penal y en general todo derecho sancionador. El modelo de supervisión tradicional del sistema sancionador se corresponde con la imagen del control de velocidad o la patrulla policial que situados en mitad de la carretera esperan «cazar» al infractor con el fin de sancionarlo o con la imagen de un inspector-policía, que visita sorpresivamente una empresa y supervisa su organización (por ejemplo, su plan de prevención de riesgos laborales) con el fin de descubrir algún tipo de irregularidad y sancionar. Este tipo de estrategia tiene poco éxito a la hora de fomentar una mejor organización preventiva e introducir la toma en consideración de intereses colectivos en los procesos de decisión. Por esta razón, se propone una supervisión más continua por parte de los reguladores destinada a acompañar y enseñar y no solo a inspeccionar y castigar [38].

En determinados casos de autorregulación relevantes a efectos penales una supervisión –aunque puramente reactiva– en materias como blanqueo de capitales, protección de datos, etc., pero en general el *criminal compliance* no está sujeto ningún tipo de supervisión. Las empresas solo se encontrarán con una revisión de su programa de cumplimiento cuando hayan cometido una infracción y estén en el marco de un procedimiento penal. Por esta razón tiene todo el sentido plantearse el desarrollo, por ejemplo, de agencias anticorrupción, como la existente en Francia, que supervise la implantación de programas de cumplimiento, y lo haga además de manera cooperativa.

En el marco del derecho tributario la OCDE, de la mano del denominado cumplimiento cooperativo, ha dado pasos decisivos en los últimos años en esta dirección. Orientando a un nuevo tipo de relación entre los cuerpos de inspección tributaria y las grandes empresas. Se trata de generar un clima de transparencia y de confianza, en lugar de una relación basada en la sospecha, lo que exige comunicación, con el fin de poner de relieve antes que ocultar cuáles son los problemas de cumplimiento y encontrar una salida juntas. El Derecho penal en este esquema no desaparece, pero queda al final del camino [39].

Estas últimas aportaciones, aunque no se han conectado con el problema de la legitimidad, lógicamente influyen en ella positivamente. La intervención de un poder público, en un clima de transparencia y confianza, en los procesos

[38] Schort, J./Toffel, M., *Administrative Science Quarterly*, 55 (2010), pp. 361 ss.
[39] Cfr. Martín Fernandez, J., *Cumplimiento cooperativo en materia tributaria*, Lefevre, 2018.

de decisión empresariales constituye, siguiendo la propuesta de Stone, un contrapeso más a la hora de dar importancia a los intereses públicos en la toma de decisiones. Igualmente con este mismo fin también puede utilizarse una mayor «meta-regulación» del cumplimiento normativo en algunos sectores [40]. Como hemos señalado, incentivar la autorregulación constituye en cierta medida una delegación de funciones públicas, una privatización, que aumenta el poder de las empresas y su capacidad de afectar a los derechos de los ciudadanos. Con el fin de compaginar la autorregulación y preservar los derechos de los ciudadanos, en los terrenos más sensibles sería conveniente una mayor «meta regulación». En este sentido, por ejemplo, debe valorarse positivamente la «meta-regulación» que el proyecto de ley alemán de responsabilidad penal de las personas jurídicas realiza sobre las investigaciones internas. No puede ponerse en duda, que las investigaciones internas que la empresa realiza con el fin de colaborar con la administración de justicia a cambio de una rebaja o exención de pena constituyen uno de los casos más peligrosos de privatización, desde el punto de vista de las garantías de los afectados. Por esta razón, una «meta regulación» que exija que en su ejecución se tengan presentes una serie de garantías básicas sirve para limitar el poder empresarial y proteger los derechos de los afectados [41].

Tras cuento se lleva dicho, y tal como se indicaba al comienzo de este epígrafe, tanto desde la RSC, como desde los estudios de la teoría de la regulación o el propio derecho público existen posiciones convergentes y complementarias. A las empresas debe exigírseles hoy una mayor legitimidad y esta debe alcanzarse a través de varias estrategias que conducen a que en su toma de decisiones y en sus procesos estén presentes los intereses públicos o, en otro lenguaje, de los *stakeholders*. En lo que sigue, en conexión con estas propuestas mostraré cómo determinadas reformas en los programas de cumplimiento normativo, tal como hoy mayormente los entendemos, pueden ser un elemento clave en este proceso. Esta nueva generación de programas cumplimiento podría resumirse en el eslogan «del cumplimiento orientado a los accionistas, al cumplimiento orientado a los portadores de interés». De este nuevo escenario, forman parte no solo la renovación de alguno de los elementos claves del cumplimiento normativo dentro de la empresa, sino también, externamente, la aparición de un nuevo tipo de supervisión –el cumplimiento cooperativo– y una meta-regulación que proteja los intereses más vulnerables.

---

[40] Sobre este concepto *vid*. Coglianese C./Mendelson E., «Meta-Regulation and Self-Regulation», en Cave, M./Baldwin, R./Lodge, M., *The Oxford Handbook on Regulation*, 2010.

[41] Para una breve exposición del proyecto alemán en este punto *vid*. Nieto Martín, A., «Reforma del proceso penal y regulación de las investigaciones internas», en https://almacendederecho.org/.

18.4.2 *Stakeholders compliance*

Hasta ahora los programas de cumplimiento constituyen una herramienta de dirección empresarial que se enmarca dentro de la gestión de riesgos. Como es conocido, la gestión de riesgos representa en la legislación societaria una parte importante del contenido del deber de diligencia de los administradores a los accionistas. Los códigos de gobierno corporativo y la legislación societaria consideran que esta es una actividad de la que necesariamente deben ocuparse los administradores. El cumplimiento normativo constituye, más allá del significado que tiene en el derecho penal, un elemento esencial del deber de diligencia debida, cuya finalidad no hace falta subrayarlo es la protección de los intereses patrimoniales de los accionistas. Por esta razón, además de la posible responsabilidad penal de la empresa, el diseño, implantación o supervisión deficiente de los programas de cumplimiento, puede dar lugar a acciones de responsabilidad social contra los administradores.

Como puede observarse, la función actual de los programas de cumplimiento responde claramente al eje sobre el que ha girado el derecho de sociedades, la tensión existente entre *shareholders* y administradores o la separación entre la propiedad y la gestión de la sociedad. Los programas de cumplimiento, aunque tienen como objetivo fomentar una cultura de la legalidad y respetar intereses públicos en realidad tienen el mismo vicio de origen que aparece en las teorías del *management*. Al final lo que prima son los intereses económicos de la empresa y de los *shareholders*. La cultura de la legalidad prevalecerá en cuanto que se mantenga dentro de un equilibrio aceptable con los intereses económicos. Por ello en su versión actual no puede decirse que formen parte de la llamada *stakeholders democracy*, de los instrumentos de contrapoder o del nuevo *check and balances* destinado a incrementar la legitimidad de la empresa a través de dar más protagonistas a los representantes de los intereses diversos.

La orientación actual de los programas de cumplimiento se aprecia con claridad en el papel que ocupa una posible sanción contra la empresa en el análisis de riesgos. La sanción a la persona jurídica es importante como riesgo, en cuanto que puede obstaculizar los objetivos que persigue la empresa. La valoración del riesgo legal o penal no es distinta a la que procede de riesgos estratégicos o del mercado. Un riesgo pequeño, por muy importantes que sea el daño a los intereses públicos o de terceras personas, no se tiene necesariamente en consideración.

La perspectiva de los accionistas o inversores es la que también prevalece a la hora de establecer las obligaciones de informar o la transparencia. La in-

formación sobre los programas de cumplimiento, como parte del sistema de control de riesgos, forma parte del informe de gestión. Lo que supone de nuevo una información elaborada y dirigida a accionistas o posibles inversores, pero no confeccionada pensando en los intereses sociales. Este último es el papel de los informes de RSC social corporativa. No hace falta insistir, sin embargo, que la pretensión de exactitud, exhaustividad o incluso las consecuencias legales que trae consigo las falsedades en uno y otro tipo de informe son absolutamente diferentes. Los informes de responsabilidad social corporativa han estado más cerca tradicionalmente de la publicidad y del marketing que del derecho de balances.

Igualmente relevante es la concepción del cumplimiento normativo como una parte del control interno y la atribución de las funciones de cumplimiento, a la comisión del consejo especializada en este punto, la comisión de auditoría y cumplimiento. Sin salirnos del marco del gobierno corporativo, la propuesta de Stone de introducir en el consejo de administración consejeros que representaran intereses públicos, parecen coincidir con tendencias actuales del derecho de sociedades como los consejeros independientes y la formación de comisión específicas del consejo, donde estos deben ser mayoritarios. No obstante, la aparición de estos nuevos órganos y figuras dentro del gobierno corporativo responde también a la protección de intereses patrimoniales, en este caso, por ejemplo, de los accionistas minoritarios en sociedades de capital disperso o concentrado. Su objetivo es, por tanto, solucionar un problema de agencia, derivado de la separación entre propiedad y control [42]. Por esta razón, cuando dentro del cumplimiento normativo, se confieren funciones a este tipo de órganos o consejeros, no se introducen los intereses públicos en la gestión empresarial.

Desgraciadamente esta tensión ha viciado el entendimiento de una parte tan fundamental del cumplimiento normativo en España e Italia como es el Órgano de Vigilancia (art. 31 bis 2. 2.º del CP) [43]. El encuadramiento del cumplimiento normativo en el control interno ha propiciado que tanto el legislador como las empresas consideren apropiado que sean las comisiones de auditoría las que realicen las funciones de órgano de vigilancia. Esta abducción ha im-

[42] Cfr. Gutiérrez Urtiaga, M./Sáez Lacave, M. I., «El mito de los consejeros independientes», *InDret* 2/2012.

[43] *Vid*. la excelente monografía de Valenzano, A. S., *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insuficiente vigilanza*, Jovene Editore, 2019, donde se confirma esta alineación del órgano de vigilancia con el control interno o las comisiones de auditoría, un fenómeno que es absolutamente habitual en España. *Vid*. al respecto Emisores Españoles. Grupo de trabajo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, Informe Final, 19 de junio de 2019, en https://emisoresespanoles.es/documentos/informe-grupos-trabajo-03.pdf.

pedido desarrollar plenamente la potencialidad que podría tener el órgano de vigilancia dentro un sistema de gobierno corporativo que diera cabida a los intereses de los *stakeholders*. Los órganos de vigilancia, por tanto, siguen respondiendo al mismo problema de agencia al que responde la gestión de riesgos y el control interno.

Tras lo dicho puede apreciarse cómo el diseño y la concepción del cumplimiento normativo contiene una malformación genética que le impide ser totalmente eficiente. Es una herramienta que sigue estando concebida para la protección de los intereses patrimoniales ligados a la buena gestión de la empresa, pero no para la protección de los intereses públicos que persigue el derecho penal u otros sectores del derecho público. Por esta razón los intereses patrimoniales, el beneficio de la entidad, acaba primando en los procesos de decisión. Desde luego, la opción que aquí se mantiene no debe entenderse como una propuesta de «socialización» de la gestión empresa. Esta debe seguir cumpliendo la función social que tiene asignada dentro de la economía de mercado. De lo que se trata es de dotar de autonomía y significado propio a los órganos de cumplimiento normativo dentro del sistema de gobierno corporativo, con el fin de conseguir un sistema más depurado de *check and balances* dentro de la entidad, entre el respeto a los intereses públicos y la obtención de beneficios.

En el diseño de este nuevo modelo de programas de cumplimiento se nutre de las propuestas coincidentes del mundo de la RSC y de la teoría de la regulación. Por expresarlo de un modo gráfico, el giro que se propone del cumplimiento normativo podría describirse gráficamente como un viaje, en el interior de la organización de la empresa, que parte del control interno para acercarse a la responsabilidad social corporativa. Siguiendo esta ruta, agruparé las propuestas de reforma en tres bloques: institucionales, procedimentales y de transparencia.

1.º La renovación institucional del cumplimiento normativo

La propuesta más antigua con el fin de incorporar los *stakeholders* al gobierno corporativo es la incorporación de representantes de intereses públicos a los consejos de administración. La propuesta va más allá de los consejeros independientes o los no ejecutivos que como acabamos de indicar gira en torno al eje tradicional al que responde el gobierno corporativo. Una voz sentada en el consejo de administración cuya función fuera defender exclusivamente el medio ambiente, los derechos humanos o la integridad

(anticorrupción) sería un mecanismo de creación de conciencia corporativa y un contrapeso a la toma de decisiones basadas en valoraciones puramente económicas. No está muy lejos de la forma de operar de este tipo de iniciativas, la actual política de paridad en los órganos de gobierno de las empresas, pues con ello se pretende también propiciar un mayor compromiso de la empresa con las políticas de igualdad y por tanto crear «conciencia» corporativa en este punto.

La idea de los representantes de intereses públicos no es, sin embargo, sencilla de ejecutar, ni tampoco proporciona sin más una garantía de efectividad [44]. Los problemas que han de afrontarse son varios. El primero es el de la captura. Se trata de un problema similar al conocido con relación al legislador o a los supervisores. El representante de intereses públicos corre riesgos similares o aún mayores. La representación puede acabar siendo una profesión, una forma de vida, que lógicamente solo puede realizarse si se contemporiza y se es amable con las empresas, que en definitiva eligen y retribuyen al representante. El segundo es el de la marginalización. El representante de intereses públicos será percibido como un cuerpo extraño o patógeno dentro de la organización, al que se tratará de eludir a la hora de compartir información y tomar decisiones. El tercer problema, conectado con el anterior, será de medios. Uno de los principales problemas que plantea la efectividad de las tareas de los administradores representantes de intereses públicos o *stakeholders* es que situados en la cabeza de la organización no tienen a su disposición medios materiales y humanos para llevar adelante sus funciones. Mientras que los intereses económicos de los accionistas tienen a su disposición todo los departamentos y recursos de la organización, los representantes de intereses públicos carecerían de brazo ejecutivo dentro de la entidad.

El problema de la captura requiere de una regulación mínima de esta figura dónde se establezcan determinados requisitos de mérito y capacidad y reglas relativas al conflicto de intereses. En su elección debería intervenir también algún tipo de agencia pública, que por ejemplo acreditase a los representantes acreditados o diese por ejemplo su conformidad a los propuestos por la empresa. En cuanto al problema de la marginalización resultarían necesarias igualmente medidas legislativas que aseguren su intervención, preceptiva en determinados asuntos, estableciendo sanciones eficaces para los casos en que se les impide el acceso a la información, pero también señalando cuáles son sus responsabilidades.

---

[44] Al respecto *vid*. las propuestas que ya realizara STONE, C., *Where the Law End, The Social Control of Corporate Behaviour*, Harper & Row, 1975, pp. 122 ss.

La resolución del problema de los medios pasa por constituir una rama independiente o autónoma dentro de la organización de la empresa con este objetivo. Esta rama no es otra que el cumplimiento normativo. Tal como se ha mostrado anteriormente, de acuerdo con la concepción actual, esta función forma parte del control interno, tanto funcionalmente, como metodológicamente. La institucionalización de la *stakeholders compliance* necesitaría independizar este departamento, dándole de entidad y autonomía dentro de la organización, bajo la dirección de un *chief compliance officer* que debiera convertirse en un Director General de Responsabilidad Social y Cumplimiento Normativo, con dependencia exclusiva de los administradores representantes de intereses públicos.

Lógicamente esta transformación, necesita de una base legal, donde podrían incluirse incluso orientaciones relativas al presupuesto y los medios con que ha de contar esta nueva sección de la organización empresarial. Una piedra propicia para edificar sobre ella este nuevo edificio sería, desde luego, el órgano de vigilancia. El órgano de vigilancia, como ya expuse, nació sin un diseño institucional claro, por esta razón la corriente le ha arrastrado del lado de los órganos de gobierno corporativo «tradicionales» (la comisión de auditoría), que como hemos explicado responden al eje propiedad-control. La ubicación del órgano de vigilancia dentro en el eje de equilibrio *stakeholders-shareholders* le convertiría en un órgano clave dentro del nuevo diseño del gobierno corporativo. Compuesto por los consejeros representantes de intereses públicos sería el contrapunto del consejo de administración.

El derecho de sociedades conoce en muchos países como Alemania o Italia conoce una administración dual, donde al consejo de administración se contrapone el *Aufsichtsrat* [45]. En realidad, ahora se trata de solucionar una tensión similar. La institución del consejo de vigilancia responde a la irrupción de los trabajadores y a la necesidad de institucionalizar sus intereses en el seno de la organización empresarial. El órgano de vigilancia obedece a una tensión similar, que incluye otros intereses colectivos como el medio ambiente, consumidores etc. La función de un órgano de vigilancia compuesto por los repre-

[45] En Italia, donde existe un sistema dualista de sociedad anónima, como el alemán, el artículo 6 del d. legs 231 establece la posibilidad de ubicar el órgano de vigilancia en el *colegio sindicale*, que es el órgano que supervisa el consejo de administración. La doctrina mayoritaria se opone a ello, al respecto VALENZANO, A. S., *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insuficiente vigilanza*, pp. 97 ss. El argumento decisivo es, a mi juicio, que el *colegio sindicale* sigue muy centrado en defensa de intereses patrimoniales ligados a la gestión de la entidad. En modo alguno, en su actual configuración, tienen asiento en él los portadores de los intereses colectivos más relevantes para la entidad. Como indica Valenzano sigue vigilando fundamentalmente la adecuación del sistema de control interno, que «tiende la satisfacción exclusivamente de los objetivos de eficiencia económica propios de la sociedad».

sentantes de intereses públicos no sería ejecutiva, sino de realizar una supervisión global del sistema de cumplimiento.

A estas propuestas, puede sumarse una tercera consistente en establecer representantes de intereses públicos más sectoriales. De manera menos ambiciosa, no se trataría de alterar la globalidad del cumplimiento normativo, sino únicamente algunas parcelas de la actividad empresarial, donde se aprecie con mayor urgencia la introducción de intereses públicos. Aquí cabe imaginar dos escenarios diferentes. El primero de ellos sería el de una empresa con importantes problemas o riesgos de cumplimiento en un determinado sector. Imaginemos, por ejemplo, una gran empresa textil que produce en países donde el trabajo infantil es una práctica habitual o incluso que ya ha tenido problemas por este motivo. Cabría pensar en este supuesto en la creación de una unidad de cumplimiento específica en esta materia (*compliance task force*) compuesta por personas independientes de la entidad, que actuara con total autonomía con el fin de establecer controles eficientes. El segundo escenario vendría determinado por la creación, por parte del legislador, de oficiales de cumplimiento en sectores específicos, con un fuerte status de independencia garantizado legalmente con el fin de asegurar la preservación de un interés público. Esta propuesta responde a una lógica similar a la que ya existe en diversos sectores del ordenamiento como la protección de datos, el blanqueo de capitales o el mercado de valores [46]. Los encargados de estas funciones de la entidad tienen un status de independencia especial que los conecta más con la agencia supervisora correspondiente en cada caso que con el consejo de administración. En todos estos supuestos, el legislador establece ya medidas no solo para dotarlos de independencia, sino para desvincular funcionalmente a estas personas de los órganos de dirección de la empresa. Así por ejemplo el deber de denuncia de una operación sospechosa por parte de los responsables de blanqueo de capitales no es el consejo de administración y este a su vez a la autoridad pública, sino que tiene un deber de denuncia directo a la autoridad pública. Este modelo de representantes públicos sectoriales podría ser extendido a otros sectores como el medio ambiente o la lucha anticorrupción, buscando no solo independencia, sino además la conexión con los grupos de interés a los que afecta la entidad o con el organismo público correspondiente.

[46] Al respecto de estos modelos de oficiales de cumplimiento, Kloppt, T., *Der compliance Beauftragte*, Duncker & Humblot, 2012, *vid.* igualmente acerca de los diversos modelos de responsables de cumplimiento, Nieto Martín, «La institucionalización de los sistemas de cumplimiento», en Nieto Martín, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 193 ss.

2.º Nuevos procedimientos

El segundo camino para introducir los intereses públicos y de los *stakeholders* consiste en diseñar concretos procedimientos dentro de la organización. Las organizaciones adoptan sus decisiones atendiendo a reglas y procedimientos más o menos formalizadas que en ocasiones conducen a decisiones patológicas. A estos efectos interesan especialmente aquellos supuestos en que se carece de una información adecuada o en las decisiones que se adoptan a partir de sesgos cognitivos, que ocultan o minimizan un determinado riesgo [47]. La alta dirección, por ejemplo, suele disponer de una información muy completa en materia financiera o económica, basada en una regulación correcta de los flujos de información, sin embargo, estos flujos no están tan bien definidos en relación a los aspectos que afectan a los intereses de los *stakeholders* [48]. Es frecuente igualmente que esta información se presente ante los directivos de manera sesgada, dulcificando o atenuando los problemas que una determinada actividad de la empresa va a generar en intereses colectivos. Las propuestas que en este punto se hacen consisten de nuevo en introducir regulaciones que afectan a la forma en que el «cerebro» de la organización toma sus decisiones, situando en la conciencia de la organización la voz de los intereses colectivos [49].

En este punto, el procedimiento más necesitado de renovación es el análisis de riesgos. Como ya indicamos, la perspectiva a partir de la cual se realiza esta actividad es puramente interna y orientada a la consecución de los objetivos económicos de la entidad. Lo cual es enteramente coherente con su conexión con el control interno. Orientado a la gestión de la legitimidad, como nuevo norte del cumplimiento normativo, el análisis de riesgos necesita un refuerzo con el fin de dimensionar adecuadamente los peligros que la actividad de la empresa genera para intereses públicos. Para que esto sea posible resulta necesario introducir «físicamente» estos intereses en el procedimiento de evaluación. Los Principios rectores de Naciones Unidas para empresas multinacionales muestran en este punto el camino a seguir [50]. Los Principios exigen que en dicho análisis participen expertos independientes y que en él además se consulten a las comunidades afectadas. Esta propuesta no surge de la nada. La

---

[47] Al respecto Cigüela Sola J., «*Compliance* más allá de la ciencia penal», *Indret* 4/2019, pp. 18 ss.

[48] Cfr. Bamberger, K., «Regulation as delegation: private firms, decision making, and accountability», *Duke Law Journal*, vol. 56, 2006, pp. 418 ss.

[49] Cfr. Stone C., *Where the law ends*, Harper & Row, 1975, pp. 199 ss.

[50] Sobre ello, Nieto Martín, A., «Hacia un Derecho penal económico europeo de los Derechos humanos», *InDret* 3/2020, pp. 151 ss.

utilización de expertos independientes (*Independent third party monitoring*), conectados con los representantes de intereses colectivos, es ya un mecanismo habitual con el fin de cumplir las obligaciones de diligencia debida en el caso de las cadenas de suministro.

Igualmente una nueva generación de normas de estandarización va progresivamente incluyendo también la participación de los portadores de interés en distintos procedimientos. Es significativamente el caso de la ISO 14001 en materia de medio ambiente y la ISO 2018 relativa a la prevención de riesgos laborales. Ambas contemplan la participación de las partes interesadas en el análisis de riesgos o en la identificación de daños derivados de la actividad empresarial. Las mencionadas normas ISO, en consonancia con lo que seguidamente va a exponerse requieren también medidas de transparencia, relativa a las medidas de cumplimiento, que son especialmente importantes en situaciones de crisis y emergencias [51].

3.º El desarrollo de la transparencia

La transparencia en cualquier organización constituye un método habitual para incrementar la legitimidad. No obstante, en el caso de las organizaciones empresariales, la transparencia solo ha tenido tradicionalmente una función frente al mercado. Su objetivo ha sido la tutela de los accionistas o inversores. El discurso sobre transparencia ligado al cumplimiento normativo o a la responsabilidad social se fundamenta también tradicionalmente sobre estos intereses. De un lado, se aduce que las empresas socialmente responsables son las más rentables, razón por la cual los inversores tienen derecho a este tipo de información, que en definitiva, al menos en el caso del cumplimiento normativo, sirve también para evaluar los riesgos legales de la empresa. De otro, la información societaria en estas materias se ha enfocado también al colectivo de los consumidores, con el fin de que los consumidores premien o castiguen la responsabilidad social de las empresas, convirtiendo el acto de consumo en un comportamiento de orientación política.

La necesidad de una mayor transparencia como herramienta de gestión de la legitimidad empresarial y orientada a los *stakeholders* solo ha comenzado a desarrollarse en tiempos más recientes. Su función es aumentar la *accountability* de la organización y el empoderamiento y el compromiso de los

[51] Giavazzi, S., *Compliance and victims' needs, rights and expectations in health, safety & environment management systems* (en prensa).

stakeholders. Esta nueva misión de la transparencia es fruto de las mismas preocupaciones que han alumbrado las nuevas orientaciones de la RSC, es decir, del aumento de poder de las corporaciones y de la importancia que hoy tiene la autorregulación para la consecución de intereses públicos [52]. La privatización de funciones públicas que ello supone genera obligaciones de transparencia de naturaleza similar a las que puedan tener las administraciones públicas.

Recientemente por ejemplo en el Reino Unido, California o Australia se han aprobado normas que obligan a las empresas a publicar en su página web sus medidas de diligencia debida con el fin de informar acerca de los mecanismos de prevención que adopta la empresa para prevenir el trabajo infantil o la denominada moderna esclavitud a lo largo de su cadena de suministro [53]. Este tipo de iniciativas debe enmarcarse, nuevamente, dentro de los Principios Rectores de Naciones Unidas para las empresas multinacionales, que apelan a las medidas de transparencia de las grandes empresas como forma de rendición de cuentas [54].

La *Global Reporting Initiative* [55], que constituye la norma más importante a la hora de establecer los estándares de transparencia, se ocupa desde hace tiempo en regular qué medidas de cumplimiento normativo deben ser relevadas en materia de medio ambiente, lucha contra la corrupción, trabajo infantil o el respeto a los derechos humanos. Su introducción pone ya de manifiesto que su objetivo es establecer un diálogo entre los *stakeholders* y la entidad, que a través de su empoderamiento sirva para influenciar las decisiones y el comportamiento de la organización. Así en materia de corrupción, por ejemplo, establece que las empresas deben comunicar información acerca del número total de operaciones evaluadas, los riesgos significativos que de corrupción que han sido identificados, las acciones de difusión y de formación de la polí-

---

[52] Cfr. Hess, D., «Social reporting and new governance regulation: the prospects of achieving corporate accountability through transparency», *Business Ethics Quarterly*, vol. 17, issue 3, pp. 453 ss. Un interesante análisis empírico sobre la efectividad de la obligación legal de revelación de la información no financiera en Jackson, G./Bartosch, J./Avetisyan, E./Kinderman, D./Knudsen, J. S., «Mandatory Non-financial Disclosure and its Influence on CSR: An International Comparison», *Journal of Business Ethics* (2020), 162, pp. 323 ss.

[53] Sobre estas normas *vid*. Sabia, R., «The Accountability of Multinational Companies for Human Rights Violations – Regulatory Trends and New Punitive Approaches Across Europa», *European Criminal Law Review*, vol. 11, 1/2021, pp. 3 ss.

[54] Principios rectores de Naciones Unidas para Principios operativos, 3 d y 16 d.

[55] https://www.globalreporting.org/. También es de gran interés la guía de reporte elaborada por la UE, Directrices sobre la presentación de informes no financieros (Metodología para la presentación de información no financiera, DO, 2017, C 215/01, p. 5.

tica anticorrupción y los casos de anticorrupción detectados por la empresa (GRI 205-1,2 y 3).

La Directiva de la UE 2022/2464 de la UE es seguramente el intento más global de establecer una información no financiera que afecta a materias tan importantes para el cumplimiento normativo como la corrupción, el medio ambiente o las violaciones a los derechos humanos, donde se incluye la normativa de la OIT sobre condiciones básicas de trabajo y prohibición del trabajo infantil. Como señala la Directiva en su preámbulo este tipo de información es una forma de control de las empresas multinacionales, que son las que únicamente están obligadas por la normativa: «la divulgación de información no financiera contribuye a medir, supervisar y gestionar el rendimiento de las empresas y su impacto en la sociedad». El aspecto más decisivo de la Directiva es que equipara los estados financieros al resto de los elementos que componen las cuentas anuales, exigiendo su publicación en el informe de gestión.

El peligro más importante de la información no financiera, y que afecta al cumplimiento normativo, es que la transparencia no acabe convirtiéndose en un sistema de publicidad para la empresa. La información puede utilizarse como «cosmética», con el fin de encubrir los defectos del programa de cumplimiento normativo. Se trataría de una manifestación más de la «*paradox of compliance*» descrita por William Laufer [56]. Para ello es preciso, en primer término, estandarizar los sistemas de *reporting*, lo que en parte ya sucede en cuanto que las empresas deben acomodar su información a alguno de los estándares existentes. El GRI que antes citábamos es el más importante, pero existen otros como los creados por la UE y las Naciones Unidas. Igualmente importante es que en el futuro se mejore el sistema de auditoría. La aprobación del Reglamento 2023/2772 sobre normas de presentación financiera en sostenibilidad supone un enorme paso hacia adelante en la estandarización, la completitud y la comparabilidad de este tipo de información.

La existencia de esta obligación confiere un nuevo significado al sistema de documentación como parte integrante de los programas de cumplimiento normativo. Como es conocido, un programa efectivo requiere de un buen sistema de documentación con el fin de poder demostrar su funcionamiento. No obstante, hasta ahora la generación y conservación de esta documentación tiene como cometido principal servir de instrumento de defensa de la entidad. En

[56] Laufer, W., «Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance», 52 *Vand. L. Rev.* (1999), 1341 ss.

caso de abrirse un proceso penal contra la persona jurídica, la documentación del sistema de cumplimiento, en la que por ejemplo se mostraban las horas de formación de los empleados en corrupción, sirve para demostrar ante el juez la existencia y el funcionamiento del programa. Una vez alumbrada la obligación de transparencia, la documentación relativa al cumplimiento pasa a cumplir una función similar a la contabilidad. Su cometido no solo es interno, sino que también consiste ahora en acreditar la veracidad de la información no financiera publicada. Con el fin de asegurar una mayor objetividad de esta información sería igualmente importante que en ella fuera obligatoria la consulta y la participación de todos los interesados. El principal problema en este punto es similar al que se plantea en todas las partes del programa de la *stakeholder democracy*: evitar la captura de los *stakeholders* con el fin de que su opinión no sea de nuevo una forma de encubrir las deficiencias que tiene el sistema de cumplimiento [57].

18.5 SISTEMA DE PENAS Y LA LEGITIMIDAD

Los apartados anteriores han puesto de manifiesto que los programas de cumplimiento debieran tener como objetivo gestionar algo más que el cumplimiento de la legalidad. Su finalidad residiría en garantizar la legitimidad de la empresa, de manera tal que los valores sociales que determinan sus actividades resulten coherentes con los que existen en la sociedad. De este modo, el defecto de organización señalaría un problema de legitimidad en la actuación de la persona jurídica, que se reprocharía a través de la imposición de la pena. Además, la ejecución de la pena debe servir para recuperar la legitimidad perdida, a través del cumplimiento de dos fines específicos de la pena: la reparación a la víctima y los afectados por el delito y la garantía de su no repetición.

Estos fines de la pena corporativa, acerca su sentido a los postulados que mantiene la justicia restaurativa teniendo como punto de partida los intereses de la víctima. De este tipo de sanciones para las empresas (por ejemplo, sanciones empoderativas) me he ocupado en otros lugares ampliamente [58].

---

[57] Cfr. Parker, C., *The Open Corporation. Effective Self-Regulation and Democracy*, Cambridge University Press, 2002, pp. 157 ss.

[58] *Vid.*, en esta obra, Nieto Martín, A.: «Justicia empresarial restaurativa y víctimas corporativas», p. X; Nieto Martín, A., Calvo Soler, R.: *Justicia restaurativa empresarial: un modelo para armar,* Reus, 2024.

18.6 CONCLUSIONES

No hace falta subrayar que el presente trabajo tiene un claro carácter *de lege desiderata* y que no se ciñe a la interpretación de ningún sistema de responsabilidad penal vigente. No obstante, y pese a este carácter, algunas de las ideas que en él se avanzan, concretamente las relativas a la confección de los programas de cumplimiento normativo, pueden ser ya acometidas. Nada impide a una empresa conformar por ejemplo el órgano de vigilancia conforme a las indicaciones que aquí se realizan o, lo que sería de gran interés, estrechar los lazos en el seno de la organización entre aquellos que se ocupan del cumplimiento normativo y el control interno y los departamentos de responsabilidad social corporativa. Ambos mundos viven hoy en la mayoría de las empresas alejados, sin percatarse de que su función resulta bastante similar. De hecho, quien no esté de acuerdo con el aparataje más teórico de este trabajo, podría tomar en consideración –operativamente– este tipo de ideas. Hace ya algún tiempo, que puse de manifiesto que el problema de la «cosmética» de los programas de cumplimiento era en realidad un problema de legitimidad, que solo podría solucionarse abriendo su diseño e implementación a terceros independientes, ajenos a la persona jurídica [59].

No hay que ocultar que como es natural prácticamente todas las ideas vertidas en este trabajo necesitan de desarrollos –y probablemente correcciones– ulteriores. Al igual que en la tierra la aparición del hombre es algo que ocurre en los últimos segundos, la responsabilidad de las personas jurídicas es un acontecimiento que habría de ubicar en la última milésima de segundo dentro de la historia del derecho. Existe, pues, una necesidad notoria de reflexionar sobre ella e ir encontrando su sentido. Como exponía al principio del trabajo, no hemos llegado mucho más allá del hecho de concebirla como una herramienta de regulación más, sin ningún tipo de especialidad en relación con otras existentes. Lo que, como indicaba en las primeras líneas del trabajo, contrasta e incluso chirría con el componente simbólico que lo penal tiene dentro de nuestra sociedad.

[59] Cfr. Nieto Martín A., «Cosmetic Use and Lack of Precision in Compliance Programs: Any Solution?», *Eucrim* 3/2012, pp. 124 ss.

Colección
Derecho Penal y Procesal Penal

Director:
Luis Rodríguez Ramos

Títulos publicados:

18. Responsabilidad penal y negocios estándar: los casos del asesor fiscal y del abogado, dos volúmenes
Mónica de la Cuerda Martín

19. Tratamiento jurídico-penal del acoso en España
Cristian Sánchez Benítez

20. El principio de responsabilidad penal por el hecho
Directores: Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín
Coordinadores: Juan Carlos Hortal Ibarra, Vicente Valiente Ivañez

21. El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España por Luis Silvela
Presentación por: Gonzalo Quintero Olivares

22. La pena y su renuncia en la justicia transicional. ¿Puede trasladarse el fundamento premial a la violencia terrorista?
David Gallego Arribas

23. Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español
Directores: Enrique Peñaranda Ramos, Laura Pozuelo Pérez
Coordinador: Nicolás Cantard

24. Límites de la protección del Derecho penal al inicio y fin de la vida humana en la sociedad moderna
Coordinadores: Juan Pablo Montiel, Laura Neumann, Helmut Satzger, Víctor Gómez Martín

25. Cibercrimen: Tendencias y desafíos actuales
Coordinadores: Marina Mínguez Rosique, David Gallego Arribas

26. El delito de trato degradante discriminatorio
David Miras Estévez

Verdes y justas ofrece una profunda y rigurosa reflexión jurídica sobre uno de los retos más complejos y actuales del Derecho penal contemporáneo: la responsabilidad de las empresas multinacionales en relación con los derechos humanos y la sostenibilidad. Dividida en dos volúmenes, esta obra colectiva aborda con enfoque interdisciplinar la emergencia normativa de la diligencia debida empresarial, sus implicaciones penales, civiles y administrativas, así como los desafíos que plantea su aplicación efectiva a nivel nacional e internacional. Junto con el análisis de los delitos económicos y medioambientales y la justicia restaurativa empresarial, se presta especial atención al papel del cumplimiento normativo como herramienta para asegurar el cumplimiento de las nuevas obligaciones que se imponen a las empresas. Desde las legislaciones francesa, alemana y europea hasta los marcos internacionales más recientes, la obra recoge las aportaciones de destacados juristas especializados en la materia. *Verdes y justas* constituye una herramienta imprescindible para comprender la transición desde una responsabilidad social corporativa voluntaria hacia un nuevo modelo jurídico de diligencia debida obligatoria y exigible.