

50

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

HEI S. PRAEVIDE ET PRO

Revista

Julio 2022

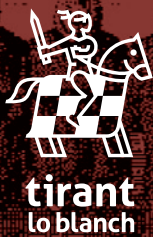
50

Revista Penal

ESPECIAL XXV ANIVERSARIO

Penal

Julio 2022



Revista Penal

Número 50

Sumario

Doctrina:

– Editorial. El número 50, todo un hito, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	5
– ¿Es el feminicidio un delito de odio?, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i>	9
– El ámbito de validez extraterritorial del (nuevo) régimen jurídico alemán de sanciones contra las empresas, por <i>Kai Ambos</i>	20
– La pena de muerte en América Latina. El abolicionismo en los Códigos, las ejecuciones extrajudiciales y algo más, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	31
– Consecuencias menos visibles (u ocultas) de la condena en el sistema español, por <i>José Luis de la Cuesta Arzamendi</i>	53
– La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial, por <i>Norberto J. De la Mata Barranco</i>	64
– Compliance anticorrupción, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	91
– 25 años de Revista Penal y de política criminal: el ocaso del principio “ <i>societas delinquere non potest</i> ”, por <i>Luigi Foffani</i>	103
– Sistema acusatorio, principio acusatorio, acusación y objeto del proceso penal, por <i>Juan Luis Gómez Colomer</i>	110
– La complicidad psíquica: entre el todo y la nada, por <i>M^a del Carmen Gómez Rivero</i>	130
– La corrupción como amenaza a la seguridad nacional, por <i>José L. González Cussac</i>	152
– El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción), por <i>Carlos Martínez-Buján Pérez</i>	162
– Evolución y características actuales del Derecho penal económico, por <i>Alessandro Melchionda</i>	184
– El principio de legalidad como instrumento y límite de las reformas penales, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	199
– Emergencia sanitaria y (des)protección penal de vida y salud, por <i>Juan Terradillos Basoco</i>	209
Sistemas penales comparados: Cambios fundamentales del Derecho Penal en los últimos 25 años: 1997/2022, (Fundamental changes in Criminal Law in the last 25 years: 1997/2022).....	227

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Simona Metrangolo (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



El ámbito de validez extraterritorial del (nuevo) régimen jurídico alemán de sanciones contra las empresas

Kai Ambos

Revista Penal, n.º 50 - Julio 2022

Ficha técnica

Autor: Kai Ambos

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho penal y procesal penal, Derecho comparado, Derecho penal internacional y Derecho internacional público en la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (GAU), Alemania. Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la GAU. Juez del Tribunal especial para Kosovo (Kosovo Specialist Chambers), La Haya, Países Bajos.

Title: The extraterritorial scope of the (new) German legal regime for sanctions against companies

Sumario: 1. La regulación (alemana) vigente. 2. Excurso: Ámbito de validez para las empresas desde la perspectiva del derecho internacional, en especial, el proyecto de tratado de la ONU referido a las “Empresas y derechos humanos”. 3. La futura regulación (alemana) propuesta. 3.1. Proyectos privados. 3.2. El art. 2 párr. 2 VerSanG-E. 4. Valoración.

Summary: 1. Current (German) legal regulation. 2. Excursus: Jurisdiction for corporations from the perspective of international law, in particular the Draft UN Treaty on “Business and Human Rights”. 3. The proposed future (German) regulation. 3.1. Private projects. 3.2. Section 2 para. 2 VerSanG-E. 4. Assessment.

Resumen: A diferencia de la regulación vigente (ver al respecto 1), el Proyecto de ley de sanciones contra las empresas (*Verbandsstrafengesetz-Entwurf*, VerSanG-E) prevé una ampliación considerable del ámbito de validez extraterritorial del régimen alemán de sanciones contra las empresas (3). Aunque el Proyecto no fue aprobado en el último periodo legislativo, su implementación también se encuentra contemplada en el “acuerdo de coalición” (*Koalitionsvertrag*) del nuevo gobierno federal alemán (*Bundesregierung*). Aquí se defiende que dicha ampliación está objetivamente justificada, pero debería ser regulada con más claridad (4). En ese contexto, también resulta de interés el Proyecto de tratado de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) referido a las “Empresas y derechos humanos”, el cual —de forma paralela a la discusión alemana— se propone establecer a nivel del derecho internacional un régimen de validez integral referido a las violaciones de derechos humanos por parte de las empresas (2).

Palabras clave: Ámbito de validez extraterritorial para las empresas, Proyecto de ley alemán de sanciones contra las empresas, Proyecto de tratado de la ONU sobre “Empresas y derechos humanos”, principio de personalidad activa, principio del domicilio.

Abstract: In contrast to the current law (1), the German draft law on corporate sanctions (*VerSanG-E*) provides for a considerable extension of the extraterritorial scope of the German corporate sanctions law (3). While the draft has not been adopted in the last parliamentary period, its implementation is also considered in the “coalition agreement” (*Koalitionsvertrag*) of the new German federal government (*Bundesregierung*). It is submitted in this paper that such an extension is objectively justified, but should be more clearly regulated (4). In this context the United Nations (UN) Draft Treaty on “Business and Human Rights” is also of interest; it aims —parallel to the German discussion— to establish a comprehensive regulation of the jurisdictional regime for corporate human rights violations from the perspective of international law (2).

Keywords: Extraterritorial jurisdiction for corporations, German draft law on corporate sanctions, UN Draft Treaty on “Business and Human Rights”, active personality principle, domicile principle.

Observaciones: Agradezco al Sr. Markus Busch, Fiscal Superior en el Tribunal Supremo Federal (Bundesgerichtshof, BGH) y director de la sección IIA4 del Ministerio Federal de Justicia (Bundesministerium der Justiz, BMJ), al Prof. Peter Rackow, Göttingen, y al Prof. Thomas Weigend, Köln por sus valiosas observaciones. Además, a mi doctorando Eric Armbrrecht por su ayuda en la preparación del texto. Traducción del original en alemán (“Extraterritorialer Geltungsbereich des (neuen) Verbandssanktionenrechts”) realizada por Gustavo Urquiza, LL.M. y doctorando en la GAU.

Rec.: 11/05/2022 **Fav.:** 19/05/2022

1. LA REGULACIÓN (ALEMANA) VIGENTE

Según el derecho vigente, en caso de delitos o infracciones administrativas de sus órganos u otro personal directivo, las personas jurídicas y las asociaciones de personas son sancionadas con multas previstas en la Ley de Contravenciones Administrativas (art. 30 *Ordnungswidrigkeitengesetz*, OWiG). Aunque el precepto no dice nada respecto a su ámbito de validez, tampoco lo limita de entrada a las personas jurídicas nacionales. Es decir, de acuerdo con su texto, también es posible imponer multas a personas jurídicas extranjeras¹.

El derecho de contravenciones administrativas mismo se rige por un *principio de territorialidad* estricto: en ese sentido, solo pueden ser sancionadas contravenciones administrativas que hayan sido cometidas en el ámbito de validez espacial de la OWiG, o sea, dentro del territorio de la República Federal de Alemania, o en una embarcación o aeronave alemana (art. 5 OWiG). El lugar de comisión es el lugar en el que se actúa o se produce el resultado (principio de ubicación, art. 7 OWiG). Es decir, si se sigue el derecho de contravenciones administrativas, a favor de lo cual habla ya el hecho de que las empresas —de acuerdo con la situación legal vigente— están sometidas a aquél y no al derecho penal, entonces, no existe un (verdadero) ámbito de validez extraterritorial del régimen sancionatorio de las empresas, sino únicamente una extensión (impro-

pia) de su ámbito de validez a través del denominado principio del *peabellón*².

Una verdadera *extensión* del ámbito de validez solo podría tener lugar mediante la aplicación de los arts. 5-7 del Código Penal (*Strafgesetzbuch*, StGB), lo cual, sin embargo, requeriría que las multas contra las empresas fuesen comprendidas como sanciones penales —lo que no resulta convincente— o que el ámbito de validez fuera determinado de acuerdo con el hecho de referencia y que éste constituyera un delito —lo cual podría resultar defendible. En el supuesto de la responsabilidad por una infracción del deber de vigilancia por parte de un directivo basada en el art. 130 OWiG también rige en último caso la territorialidad estricta del art. 5 OWiG, pues dicha infracción solo constituye una contravención administrativa (“handelt ordnungswidrig” [“actúa contraviniendo”]) y no un delito³. En cambio, el art. 30 OWiG se refiere también a delitos, por lo cual aquí también viene en consideración la aplicación de los arts. 5-7 StGB⁴. Sin embargo, esto requeriría que las multas contra las empresas no fuesen comprendidas como simples medidas del derecho contravencional, sino como sanciones *sui generis*, pues de no ser así, también en el contexto del art. 30 OWiG vendría únicamente en consideración la territorialidad estricta del art. 5 OWiG⁵. Si —en mi opinión, de modo no convincente— se decide aplicar los arts. 5-7 StGB a los hechos de la empresa, entonces, el principio de personalidad activa abriría el ámbito de validez del art.

1 Cfr. *Rogall*, en: Mitsch (ed.), *Karlsruher Kommentar OWiG*, 5. ed. 2018, § 30 nm. 33; *Niesler*, en: Graf/Jäger/Wittig (ed.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2. ed. 2017, § 30 OWiG nm. 8; *Gürtler/Thoma*, en: Göhler (ed.), *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Kommentar, 18. ed. 2021, § 30 nm. 1; *Schneider*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS) 2013, 488, 489.

2 Respecto a la anterior opinión referida a la extensión territorial por medio del principio del *peabellón* v. *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 5. ed. 2018, § 3 nm. 26.

3 Cfr. también *Ziegler/Voelker*, en: Gassner/Seith (ed.), *OWiG HK*, 2. ed. 2020, § 130 nm. 1 (“responsabilidad del dueño relacionada con la imposición de multas”); *Busch/Böhme*, en: Busch/Hoven/Pieth/Rübenstahl (ed.), *Antikorruptions-Compliance*, 2020, p. 245 nm. 21.

4 *Rogall* (nota 1), § 30 nm. 88.

5 A favor, de forma convincente, *Schneider* (nota 1), 490 s.

30 OWiG (art. 7, párr. 2, núm. 1 alt. 1 StGB) cuando un delito fuese cometido por un directivo alemán de una empresa (alemana o extranjera [!]) con sede en el extranjero —y con una punibilidad idéntica en el lugar de comisión del hecho—. De esa forma, la fiscalía competente (art. 40 OWiG) podría iniciar las investigaciones respectivas (pero en virtud del art. 46, párr. 1 OWiG, arts. 153 y ss. Ordenanza Procesal Penal [*Strafprozessordnung*, StPO] en particular, del art. 153c StPO, archivarlas de nuevo).

Yendo más allá, el ámbito de aplicación del art. 30 OWiG podría activarse incluso *posteriormente* —por medio de la cláusula de nueva ciudadanía del art. 7, párr. 2, núm. 1, alt. 2 StGB— si el autor, inicialmente extranjero, adquiere posteriormente la nacionalidad alemana⁶. Mientras que en el primer caso, en el momento de comisión del delito, sigue existiendo al menos una conexión nacional por medio de la nacionalidad alemana, ella falta en el segundo caso, por lo cual, se trata de una extensión del ámbito de aplicación que resulta cuestionable desde la perspectiva del derecho internacional⁷. En cualquier caso, está claro que ya actualmente —a través del principio de personalidad activa— en aquellos supuestos en los que delitos son cometidos en el extranjero por directivos *alemanes* el régimen sancionatorio empresarial alemán, en la forma prevista en el art. 30 OWiG, podría ser extendido a sus empresas.

Sin embargo, esta extensión no sólo requiere que los arts. 3 y ss. StGB sean considerados aplicables, sino que ella también resulta cuestionable desde la perspectiva del derecho internacional debido a la falta de un (suficiente) factor de conexión nacional, al menos en el caso de la cláusula de nueva ciudadanía, y, en realidad, sólo puede justificarse convincentemente si la empresa está sujeta a la jurisdicción territorial o personal alemana, es decir, si se trata de una empresa alemana⁸. No obstante, cabe señalar que la aplicación del principio

de personalidad activa podría ser eludida si la empresa en cuestión sólo emplea a extranjeros como personal directivo.

2. EXCURSO: ÁMBITO DE VALIDEZ PARA LAS EMPRESAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL, EN ESPECIAL, EL PROYECTO DE TRATADO DE LA ONU REFERIDO A LAS “EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS”

Para la determinación del ámbito de validez para las empresas rige en principio el mismo marco jurídico internacional que para las personas físicas. Por lo tanto, debe considerarse —sobre todo, mediante el principio de no injerencia— los intereses soberanos contrapuestos a una extensión de la competencia penal correspondientes a aquellos Estados posiblemente afectados por una extraterritorialización del ámbito de validez⁹. Por lo demás, el ámbito de validez para las empresas en cuanto tales (en caso de que se reconozca su responsabilidad penal) es determinado por el principio del domicilio o de la sede¹⁰. El domicilio puede ser concretado mediante diferentes criterios (normativos y/o fácticos)¹¹.

El proyecto de un grupo de trabajo de la ONU sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales referida a los derechos humanos¹² constituye un buen ejemplo de un régimen que prevé un ámbito de validez integral para empresas basado en el principio del domicilio. En primer lugar, de acuerdo con ello, el deber estatal de garantizar el cumplimiento u observancia (*compliance*) de los derechos humanos por parte de las empresas está referido a todas las actividades empresariales que se lleven a cabo en el territorio de un Estado, que estén sometidas a su jurisdicción o que por cualquier otro motivo estén sujetas al control del Estado¹³. El deber se extiende al establecimiento de un sistema integral de responsabilidad legal de las empresas por

6 V. al respecto, con ejemplo, *Schneider* (nota 1), 490.

7 Respecto al principio de no intervención y puntos de referencia, v. en ese sentido *Ambos* (nota 2), § 2.

8 *Schneider* (nota 1), 491 s.; crítico también *Busch/Böhme* (nota 3), p. 242 nm. 12.

9 Cfr. detalladamente *Ambos* (nota 2), § 2 nm. 1-5 con una discusión de la decisión del Caso Lotus de la Corte Permanente de Justicia Internacional).

10 Al respecto de modo genérico *Ambos*, en: von Heintschel-Heinegg (ed.), *Münchener Kommentar zum StGB* (MüKo StGB), 4. ed. 2020, Comentarios previos al § 3, nm. 34.

11 V. también *Vagts*, *Harvard Law Review* 83 (1969-70), 739, 740 (con miras a la “traditional Anglo-American rule”, según la cual depende de bajo qué ordenamiento jurídico ha sido fundada la empresa, así como con miras a los “continental systems”, los que en lugar de eso se orientan al lugar real de la actividad empresarial o sede de la empresa).

12 Human Rights Council (HRC), Open-ended Intergovernmental Working Group (OEIGWG), *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises* (“Draft Treaty on Business and Human Rights”), Third Revised Draft 17.08.2021 (<<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>>, última visita el 02.05.2022). Esta tercera versión contiene, entre otras cosas, ligeras modificaciones con respecto a la segunda versión del 6.8.2020, las cuales son abordadas en el texto principal.

13 *HRC-OEIGWG Draft Treaty 2021* (nota 12), Art. 6.1., 6.2., 6.6 (“empresas comerciales dentro de su territorio, jurisdicción, o de otro modo bajo su control” [“business enterprises within their territory, jurisdiction, or otherwise under their control”][Trad. G.U.]).

las violaciones de los derechos humanos que resulten de sus actividades o relaciones comerciales nacionales o transnacionales¹⁴. Los ordenamientos jurídicos nacionales deben prever “sanciones penales, civiles y/o administrativas eficaces, proporcionales y disuasorias” para aquellos casos en los que “las actividades empresariales hayan causado o contribuido a violaciones de los derechos humanos”¹⁵. Además, debe garantizarse que las empresas estén en condiciones de satisfacer las reclamaciones de indemnización basadas en su responsabilidad civil. A este respecto, el Proyecto prevé que las empresas sean obligadas a implementar y mantener mecanismos con fines de aseguramiento financiero, como bonos de seguros (*insurance bonds*) u otras garantías financieras¹⁶. Sin embargo, el derecho aplicable no sólo se basa en el principio de territorialidad (lugar de producción y de los efectos del daño¹⁷), sino también en el principio del domicilio (lugar de sede de la empresa)¹⁸.

La *competencia (jurisdiccional)* (“adjudicative jurisdiction”)¹⁹ relacionada con las actividades de las empresas que dan lugar a violaciones reales o potenciales de derechos humanos se evalúa esencialmente sobre la base de la existencia de tres criterios (art. 9.1.):

- (i) el principio de territorialidad (entendido como el lugar de comisión de la conducta relevante y de la producción del daño, incluyendo sus efectos)²⁰,
- (ii) el principio del domicilio (lugar donde se ha producido la conducta ilícita de las personas jurídicas o físicas²¹ o donde se encuentra el afectado²²) y
- (iii) el principio de personalidad pasiva (nacionalidad del afectado)²³.

Cabe señalar que la versión anterior del art. 9.1. —en la que aún no existía una referencia al afectado²⁴— ya había sido criticada al considerarse que su ámbito de validez abarcaría un número (demasiado) grande de Estados²⁵. Sin embargo, el ámbito de aplicación de ese precepto ha sido ampliado nuevamente, añadiendo los criterios relacionados con el afectado²⁶, con lo cual se cede a la presión de “algunas delegaciones y muchas organizaciones” no gubernamentales²⁷.

En los arts. 9.1.(c) y 9.2. figuran disposiciones más precisas en relación con el *principio del domicilio*. Según éstas, la competencia será ejercida por los tribunales de los Estados en los que estén domiciliadas las empresas que en el curso de sus actividades económicas

14 HRC-OEIGWG Draft Treaty 2021 (nota 12), Art. 8.1 (“sistema amplio y adecuado de responsabilidad jurídica” de empresas “que realicen actividades empresariales... por las violaciones de los derechos humanos que puedan derivarse de sus propias actividades empresariales, incluidas las de carácter transnacional, o de sus relaciones comerciales” [“comprehensive and adequate system of legal liability”... “conducting business activities ... for human rights abuses that may arise from their own business activities, including those of transnational character, or from their business relationships”] [Trad. G.U.]).

15 HRC-OEIGWG Draft Treaty 2021 (nota 12), Art. 8.3 (“... sanciones penales, civiles y/o administrativas efectivas, proporcionadas y disuasorias cuando las personas físicas o jurídicas que realizan actividades empresariales hayan causado o contribuido a violaciones de los derechos humanos”. [“... effective, proportionate, and dissuasive criminal, civil and/or administrative sanctions where legal or natural persons conducting business activities have caused or contributed to human rights abuses”] [Trad. G.U.]).

16 HRC-OEIGWG Draft Treaty 2021 (nota 12), Art. 8.5.

17 V. en ese sentido con respecto al “effects principle” *Ambos* (nota 10), Comentarios previos al § 3 nm 21 ss.

18 HRC-OEIGWG Draft Treaty 2021 (nota 12), Art. 11.2. (b) (donde la empresa “que supuestamente ha cometido los hechos está domiciliado” [“alleged to have committed the acts or omissions is domiciled”] [Trad. G.U.]).

19 Respecto a la división tripartida entre “jurisdicción para prescribir/legislar”, “para adjudicar” y “para implementar” (“jurisdiction to prescribe/legislate”, “to adjudicate” y “to enforce”) v. *American Law Institute*, Restatement of the Law, Band I, 1987, p. 230 s.; al respecto *Ambos* (nota 10), Comentarios previos al § 3 nm 2 con nota 8, nm 4, 124 con referencias adicionales.

20 HRC-OEIGWG Draft Treaty 2021 (nota 12), Art. 9.1 (a) y (b).

21 HRC-OEIGWG Draft Treaty 2021 (nota 12), Art. 9.1 (c).

22 HRC-OEIGWG Draft Treaty 2021 (nota 12), Art. 9.1 (d) segunda alternativa.

23 HRC-OEIGWG Draft Treaty 2021 (nota 12), Art. 9.1 (d) primera alternativa.

24 HRC, OEIGWG, Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises, Second Revised Draft 6.8.2020 (<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf>, última visita el 02.05.2022), Art. 9 párr. 1.

25 *Consejo de Derechos Humanos (CDH)*, Informe sobre el sexto período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/46/73, 14.1.2021 (<<https://daccess-ods.un.org/tmp/4817533.49304199.html>>, última visita el 02.05.2022), nm. 34 (“gama excesivamente amplia de Estados”).

26 HRC-OEIGWG Draft Treaty 2021 (nota 12), Art. 9.1. (d).

27 Cfr. *CDH*, Informe sobre el sexto período de sesiones (nota 25), nm 34 (“... algunas delegaciones y muchas ONG sostuvieron que era apropiado... para hacer frente a los problemas de acceso a la justicia en ese contexto. Pidieron que se ampliara el artículo 9, párrafo 1, para permitir la competencia de los tribunales de los Estados de los que las víctimas fueran nacionales o en que tuvieran su residencia”).

hubieran violado derechos humanos o contribuido a esa violación. Sin perjuicio de otras posibles definiciones en los instrumentos internacionales o en los ordenamientos jurídicos nacionales, la sede (de la empresa) se define (“se considera domiciliado” [“considered domiciled”], art. 9.2.)²⁸ por el lugar donde la empresa:

- (i) está inscrita o registrada (“place of incorporation or registration”),
- (ii) mantiene su administración principal (“central administration”) o su gerencia,
- (iii) tiene su sede comercial principal (“principal place of business”) o desarrolla su actividad comercial habitual (“activity on a regular basis”)²⁹, o
- (iv) posea su patrimonio principal o lleve a cabo su actividad principal (“principal assets or operations are located”)³⁰.

En el caso de los criterios relativos al lugar de la actividad comercial (iii) se trata —aparte de otros cambios menores— de una adición posterior realizada en el proyecto más reciente³¹. Por consiguiente, se puede decir en resumen que la sede empresarial es determinada tanto normativa (lugar de establecimiento) como fácticamente (lugar de la sede principal, lugar de la actividad empresarial y/o del patrimonio).

Por si esto no fuese suficiente, el ámbito de validez se amplía aún más con la exclusión de la regla del *forum non conveniens* y la adopción del *forum necessitatis*³². Con respecto a lo primero, el art. 9.3. aclara —de nuevo y de forma incluso más apodíctica que en la versión anterior³³— que los tribunales competentes “evitarán imponer cualquier obstáculo legal, incluida

la doctrina del *forum non conveniens*, para iniciar procedimientos...”³⁴. En cuanto a la jurisdicción necesaria (alternativa) —*forum necessitatis*— el art. 9.5. prevé condiciones concretas bajo las cuales la jurisdicción de un Estado, en el que la persona (jurídica o física) *no tiene* su sede, puede ser declarada competente. De acuerdo con ello, es necesario que no pueda considerarse “ninguna otra jurisdicción efectiva” y que exista una “conexión” con el Estado en cuestión sobre la base de uno de los tres criterios siguientes³⁵:

- (i) la presencia del demandante (afectado) en el territorio del Estado en cuestión,
- (ii) la existencia de bienes patrimoniales del demandado; o
- (iii) una actividad esencial del demandado³⁶.

Si se toma como modelo esta regulación de la jurisdicción —que, por cierto, no contiene ninguna disposición sobre conflictos de competencia, ni sobre la prohibición de doble incriminación (*ne bis in idem*)—³⁷ nos encontramos frente a una jurisdicción extensa del Estado de origen (Estado sede) de la empresa con respecto a todas las actividades extraterritoriales de dicha empresa. Dicho de otro modo, la sede de la empresa activa la jurisdicción del Estado de origen o de la sede con independencia de la existencia de otras circunstancias, como la nacionalidad de las personas físicas o de los empleados que hayan causado un determinado daño en nombre de la empresa. Sin embargo, no debe pasarse por alto que —como era de esperarse— en particular la disposición sobre competencia judicial³⁸ ha generado una considerable controversia, en el curso de la cual

28 Por razones didácticas he variado ligeramente la secuencia.

29 HRC-OEIGWG Draft Treaty 2021 (nota 12), Art. 9.2. (a), (c), (d).

30 HRC-OEIGWG Draft Treaty 2021 (nota 12), Art. 9.2. (b).

31 Cfr. HRC-OEIGWG Draft Treaty 2020 (nota 24), Art. 9 párr. 2.

32 Cfr. CDH, Informe del sexto período de sesiones (nota 25), nm. 34; v. también con anterioridad CDH, Informe del quinto período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/43/55, 9.1.2020, (<https://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=A/HRC/43/55>, última visita el 02.05.2022) nm. 80 (respecto a las exigencias referidas a ello provenientes de “Muchas delegaciones y ONG”).

33 HRC-OEIGWG Draft Treaty 2020 (nota 24), Art. 9 párr. 3: “Cuando las víctimas decidan presentar una demanda ante un tribunal en virtud del artículo 9.1, la jurisdicción será obligatoria y, por lo tanto, ese tribunal no podrá rechazarla sobre la base del *forum non conveniens*” (“Where victims choose to bring a claim in a court as per Article 9.1, jurisdiction shall be obligatory and therefore that courts shall not decline it on the basis of *forum non conveniens*.”) [Trad. G.U.].

34 HRC-OEIGWG Draft Treaty 2021 (nm 12), Art. 9.3. (“shall avoid imposing any legal obstacles, including the doctrine of *forum non conveniens*, to initiate proceedings ...”).

35 HRC-OEIGWG Draft Treaty 2021 (nm 12), Art. 9.5. (“ninguna otra jurisdicción efectiva ... está disponible y hay una conexión con el Estado”) [“... no other effective forum ... is available and there is a connection to the State ...”] [Trad. G.U.].

36 HRC-OEIGWG Draft Treaty 2021 (nota 12), Art. 9.5. (a)-(c).

37 Cabe señalar que varias delegaciones y organizaciones se han pronunciado a favor de la creación de una disposición adecuada que regule los posibles conflictos de jurisdicción y la cuestión de la *res judicata* (CDH, Informe sobre el sexto período de sesiones [nota 25], nm. 34); v. ya anteriormente CDH, Informe del quinto período de sesiones (nota 32), nm 79 (“... algunas delegaciones observaron que ello podría dar lugar a conflictos de competencia y propusieron que en el instrumento jurídicamente vinculante se aclarase la forma de proceder en caso de concurrir distintas reivindicaciones de potestad jurisdiccional.”).

38 Esta se remonta al artículo 7 del Proyecto del 2019, v. HRC, OEIGWG, Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises, Revised Draft 16.7.2019, (<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf>, última visita el 02.05.2022).

algunas delegaciones han cuestionado incluso la conveniencia general de la jurisdicción extraterritorial³⁹ y advertido que un enfoque demasiado “expansivo” “podría violar los principios de la igualdad soberana y de la integridad territorial”⁴⁰.

3. LA FUTURA REGULACIÓN (ALEMANA) PROPUESTA

3.1. Proyectos privados

El art. 2 (“ámbito de aplicación espacial”) del proyecto de Colonia⁴¹ (*Kölner Entwurf*) prevé —junto a una comisión del hecho dentro del país (art. 2 Nr. 1, 2)— su aplicabilidad alternativa en caso de “infracciones”, cuando la empresa tiene su sede en el país (art. 2 Nr. 3) o “la infracción fue cometida contra la República Federal de Alemania, contra un alemán o contra una empresa con sede en el país”⁴²NdelT (art. 2 Nr. 4). Aquí se entiende como “infracciones” aquellos “comportamientos antijurídicos”, “que realizan el tipo objetivo de una ley penal” (art. 1 párr. 3).

El proyecto de Múnich⁴³ (*Münchener Entwurf*) sigue esa extensión del ámbito de validez (art. 1 Abs. 3 c), d)). Sin embargo, con respecto a la sede nacional de la empresa el proyecto señala más explícitamente que la ley debe ser aplicable en caso de “infracciones relacionadas con la empresa independientemente del lugar de comisión, si la empresa tiene su sede en el país o una parte de ella opera aquí”⁴⁴NdelT (art. 1 párr. 3 d)). Sin embargo, el concepto de “infracciones” es entendido aquí no solo en un sentido jurídico-penal, sino de un modo más amplio, como “acciones u omisiones antijurídicas, que realizan el tipo de una ley penal o de una contravención administrativa” (“rechtswidrige Handlungen oder Unterlassungen, die den Tatbestand eines

Strafgesetzes oder einer Ordnungswidrigkeit erfüllen“) (art. 2 párr. 1).

3.2. El art. 2 párr. 2 VerSanG-E

Por un lado, el art. 2 párr. 2 VerSanG-E pretende asumir el derecho existente y, por otro, ampliarlo parcialmente. Lo primero se desprende de la formulación, no fácil de entender: “Como hecho punible de una empresa vale un hecho al que no es aplicable el derecho penal alemán”⁴⁵NdelT. De ello se sigue en primer lugar que: si el derecho penal alemán resulta aplicable al delito en cuestión, al igual que bajo la actual regulación legal, la empresa puede ser sancionada por los delitos cometidos por un directivo. Pero por otra parte, en contra de la actual regulación legal (arts. 130, 5, 7 OWiG), ello también debe valer cuando la infracción es cometida por otra persona (que no sea un directivo) y existe una infracción del deber de supervisión en el sentido del art. 130 OWiG. A diferencia de la regulación actual (art. 30 frente al art. 130 OWiG), el art. 3 párr. 1 VerSanG-E no distingue más entre una infracción administrativa y un delito, sino que se refiere únicamente al “hecho de una empresa” (*Verbandstat*) —es decir, a “un *hecho punible* (!) por medio del cual se han infringido deberes que conciernen a la empresa o por medio del cual ésta se ha enriquecido o debería haberse enriquecido” (art. 2, párr. 1 núm. 3 VerSanG-E)⁴⁶—, independientemente de si aquél fue cometido por un directivo (art. 3 párr. 1 núm. 1 VerSanG-E) o por alguien ajeno a la dirección como consecuencia de una infracción del deber de supervisión del directivo (art. 3 párr. 1 núm. 2 VerSanG-E). Además, no debe depender del lugar en el que se infringe el deber de vigilancia⁴⁷ y se menciona —como complemento— que por regla general —debido a la sede nacional de la empresa en cuestión— se

39 CDH, Informe del quinto período de sesiones (nota 32), nm. 79.

40 Ibid (“... permitir la jurisdicción extraterritorial de manera generalizada podría violar los principios de igualdad soberana e integridad territorial.”).

41 Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend, *Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*, 2017, p. 4, 24 s.

42 NdelT Texto original: “die Zuwiderhandlung gegen die Bundesrepublik Deutschland, gegen einen Deutschen oder gegen einen Verband mit Sitz im Inland begangen wurde”.

43 Saliger/Tsambikakis/Mückenberger/Huber, *Münchener Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*, 5.9.2019.

44 NdelT Texto original: “verbandsbezogene[n] Zuwiderhandlungen unabhängig vom Begehungsort, wenn der Verband seinen Sitz im Inland hat oder der betreffende Verbandsteil im Inland tätig ist.”

45 NdelT Texto original: “Einer Verbandsstraftat steht eine Tat gleich, auf die das deutsche Strafrecht nicht anwendbar ist”.

46 “eine Straftat (!), durch die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte”. El precepto se basa en el art. 30 párr. 1 OWiG. Resaltado por el autor.

47 Proyecto de Ley del Gobierno Federal (Gesetzentwurf Bundesregierung, GesE BReg), Bundestag-Drucksache (BT-DrS) 19/23568, 21.10.2020, p. 67: “Para aquellos casos en los que, además de la existencia de un hecho de la empresa, la sanción de la empresa requiere una organización, selección, orientación o supervisión insuficientes (art. 3 párr. 1 numeral 2), la nueva regulación no impone ningún requisito especial en cuanto al lugar en el que deberían haberse tomado las medidas necesarias.” [“Für die Fälle, in denen die Sanktionierung des Verbandes über das Vorliegen einer Verbandstat hinaus unzureichende Organisation, Auswahl, Anleitung oder Aufsicht erfordert (§ 3 Absatz 1 Nummer 2), stellt die Neuregelung keine besonderen Anforderungen an den Ort, an dem die erforderlichen Maßnahmen hätten vorgenommen werden müssen.”] [Trad. G.U.]

ha de partir de que el hecho ha sido cometido en el territorio nacional⁴⁸. Sin embargo, si el hecho en cuestión (*Anlassstat*) no constituye un hecho jurídico-penal de la empresa en el sentido del art. 3 párr. 1 VerSanG-E, sino una contravención administrativa, entonces, sigue siendo aplicable el art. 30 OWiG.

Para la persecución de los delitos de personas naturales se puede seguir recurriendo a los arts. 3 y ss. StGB y, en ese sentido, no debe fundamentarse ninguna extensión del ámbito de validez⁴⁹. Sin embargo, esto significa que —como ocurre ya con la actual regulación legal— a través del principio de personalidad activa previsto en el art. 7, párr. 2, Nr. 1 StGB el derecho penal alemán es aplicable a un hecho cometido en el extranjero que sea imputable a una empresa con sede en el extranjero (como hecho cometido por un directivo suyo —alemán—).

Un hecho extraterritorial de la empresa (“al que no es aplicable el derecho penal alemán”) está (sin embargo) sujeto al derecho penal alemán; él es equiparado si, según el art. 2 párr. 2 VerSanG-E, se cumplen —acumulativamente— los siguientes requisitos:

- (1) el hecho es un delito según el derecho penal alemán,
- (2) el hecho está amenazado con una pena en el lugar del hecho o dicho lugar no se encuentra sometido a ninguna jurisdicción penal,
- (3) la empresa tiene su sede en el país al momento del hecho, y
- (4) se trata de un hecho de la empresa en el sentido del recién citado párr. 1 Nr. 3.

De esos requisitos, sólo el tercero es nuevo, porque el primero es puramente declarativo (de lo contrario, el hecho no sería punible y, por lo tanto, tampoco susceptible de persecución), el segundo corresponde a la regulación para los casos del principio de personalidad en el art. 7 StGB, y el cuarto es en realidad redundante, porque surge ya de la definición del hecho de la empresa que se toma como referencia. Sin embargo, a este respecto, el proyecto vincula evidentemente el ámbito de validez con el concepto de delito: solo existe un delito en el sentido del art. 2 párr. 1 Nr. 3 VerSanG-E (“hecho de la empresa” como “delito”) si también es aplicable el Derecho penal alemán; si esto no es así, entonces no

hay un hecho de la empresa/delito, por lo que resulta necesaria la equiparación prevista en el art. 2 párr. 2 VerSanG-E. Sólo de esa forma tiene sentido la referencia del párr. 2 Nr. 4 al párr. 1 Nr. 3: se trata de un “hecho de la empresa” al que, sin embargo, no se aplica el derecho penal alemán, por lo que no vale como un “delito” en el sentido del párr. 1 Nr. 3 y, entonces, resulta necesaria la equiparación del párr. 2. Sin embargo, esta lectura no sólo es muy complicada, sino también poco convincente en el fondo, porque hace depender el concepto de delito —la definición de una conducta como delictiva— de que se haya abierto el ámbito de validez. Sin embargo, una cuestión es si una determinada conducta constituye un delito, y otra cuestión, que debe distinguirse de ésta, es si a esa conducta le es aplicable un determinado derecho penal o si se ha abierto el ámbito de validez de un determinado ordenamiento jurídico-penal. El régimen aplicativo (o competencial) del derecho penal (*Strafanwendungsrecht*) es ciertamente una parte constitutiva de las normas primarias del derecho penal, pues describe un ámbito respecto del cual el derecho penal nacional correspondiente se adjudica una pretensión de valoración; sin embargo, no forma parte del tipo de injusto (en el sentido de los elementos típicos recogidos “entre paréntesis”), sino que constituye una mera condición objetiva de punibilidad⁵⁰. Por lo tanto, la posibilidad de perseguir a una empresa a nivel nacional mediante la apertura del ámbito de validez del Derecho penal nacional debe distinguirse —al igual que la perseguibilidad de las personas físicas— de la cuestión referida a si la conducta correspondiente debe valorarse como prohibida por el Derecho penal. Por consiguiente, como hacen los proyectos privados, las “infracciones” relevantes pueden ser determinadas independientemente de la cuestión del ámbito de validez y hacer depender éste —con respecto a la empresa— de su sede nacional. Aunque con ello el ámbito de validez es regulado (adicionalmente) fuera del StGB (es decir, en la VerSanG), esto también ocurre con otras leyes (véase, por ejemplo, el art. 1 Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*, VStGB) y en el fondo resulta inocuo, porque la regulación adicional constituye una *lex specialis*.

48 GesE BReg (nota 44), p. 67: “Debido a la exigencia de una sede de la empresa en la República Federal de Alemania, estas medidas podrían o deberían haberse tomado (en todo caso también) siempre desde la República Federal de Alemania.” [“Aufgrund des Erfordernisses eines Sitzes des Verbandes in der Bundesrepublik Deutschland hätten diese Maßnahmen nämlich stets (jedenfalls auch) aus der Bundesrepublik Deutschland heraus erfolgen können beziehungsweise müssen.”] [Trad. G.U.]

49 GesE BReg (nota 44), p. 77.

50 Cfr. *Ambos* (nota 2), § 1 nm 9; *el mismo* (nota 10), Comentarios previos al § 3 nm 3.

De acuerdo con esta lectura, el factor decisivo en el proyecto del gobierno es también una⁵¹ *sede nacional* de la empresa en cuestión, su nacionalidad⁵² —que debe determinarse en función de la sede—, pero (ya) no la nacionalidad del autor (como persona natural)⁵³. Esto ha sido criticado como una “extensión masiva”⁵⁴, por ser “demasiado amplia”⁵⁵ y no ser “necesaria”⁵⁶. El Consejo Federal (*Bundesrat*) teme, además, que se produzca una “dedicación desmesurada de las agencias de persecución penal alemanas a delitos cometidos en el extranjero”, lo cual “no sería manejable con los recursos existentes”⁵⁷; por lo tanto, tendrían que imponerse “más requisitos” con respecto a la exigencia de la sede nacional de la empresa⁵⁸.

4. VALORACIÓN

La regulación propuesta resulta adecuada y la extensión es legítima⁵⁹; sin embargo, debería estar vinculada exclusivamente a la sede (nacional) de la empresa —renunciando a la complicada diferenciación entre hecho de la empresa y delito equivalente (art. 2 párr. 2 primera suboración)— y crear en el contexto de la responsabilidad de las empresas un régimen autónomo para el ámbito de validez. Como se ha explicado anteriormente (2.), el principio de la sede también es reconocido en el derecho internacional.

Como se ha expuesto, en virtud de la legislación actual las empresas transnacionales alemanas (y también las extranjeras) pueden ya en este momento en virtud del art. 7 párr. 2 Nr. 1 StGB estar expuestas a la jurisdicción penal alemana por los delitos cometidos por los directivos alemanes. Sin embargo, pueden evitarla contratando a directivos extranjeros⁶⁰. Por lo tanto,

como señala acertadamente el proyecto del Gobierno, “no es conveniente dar prioridad a la nacionalidad del directivo...”⁶¹, sobre todo, porque esto, como se ha demostrado anteriormente, también plantea problemas en virtud del derecho internacional. Más apropiado resulta basar el art. 2 párr. 2 Nr. 3 VerSanG-E en —y sólo en el hecho de [!— “si la empresa tiene una sede en la República Federal de Alemania”⁶².

Los proyectos privados de Colonia y Múnich son más convincentes a este respecto porque están formulados de forma inequívoca. Aunque se quedan cortos con respecto a la legislación actual, en la medida en que ésta, como se ha explicado anteriormente, también permite imponer multas a las empresas *extranjeras* en caso de que directivos alemanes cometan delitos en el extranjero. Sin embargo, la legislación actual no resulta convincente por varias razones. Por un lado, ella presupone la aplicación —rechazada anteriormente— del art. 7 StGB en el marco del art. 30 OWiG; por otro lado, adolece de la contradicción fundamental de fundar la perseguibilidad nacional de una empresa extranjera (persona jurídica) por medio de la conducta de sus empleados alemanes (personas naturales). Sin embargo, si se trata principal o exclusivamente de la responsabilidad de la persona jurídica “empresa”, entonces, también debería tenerse en cuenta su “nacionalidad” a través del principio de la sede, especial y precisamente cuando se trata de una extensión de esta clase del derecho penal. Una pregunta independiente de ésta es cómo se entiende la infracción de la empresa, es decir, sólo jurídico-penalmente (como en el proyecto de Colonia) o como una contravención administrativa (como en el proyecto de Múnich). Esta cuestión debe decidirse en

51 GesE BReg (nota 44), p. 76 (según el cual la empresa debe tener una sede nacional, ya sea una sede administrativa, un domicilio social o ambas).

52 Respecto a la determinación de la nacionalidad de las empresas de acuerdo con el principio de la sede o de su fundación, cfr. *Schneider* (nota 1), 494 s.

53 Sin embargo, como se ha explicado antes en el texto principal, la nacionalidad alemana del autor en cuestión podría permitir ya la aplicación del derecho penal alemán en virtud del art. 7 párr. 2 Nr. 1 StGB, de modo que el requisito negativo del art. 2 párr. 2 VerSanG-E (“el derecho penal alemán no [es] aplicable” [“das deutsche Strafrecht nicht anwendbar”]) no es satisfecho en absoluto y con ello este precepto no resulta aplicable.

54 *Knauer*, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2020, 441, 443; crít. también *Schweiger*, ZIS 2021, 139.

55 Bundesrat Drucksache (BR-DrS) 440-1-20, 8.9.2020, p. 11 s.; respecto a la crítica del *Bundesrat* también *Schweiger* (nota 51), 138 ss.

56 Así las empresas económicas con fines de lucro según *Busekist/Izrailevych*, Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ) 2021, 40, 42.

57 BR-DrS (nota 52), p. 11, 12.

58 BR-DrS (nota 52), p. 11 s., donde se hace referencia, como exigencia adicional, a “la necesidad de una operación comercial esencial en el país” o “la producción de un daño relevante en el territorio nacional”.

59 En el resultado también *Schweiger* (nota 51), 139 s.

60 GesE BReg (nota 44), p. 54 (especialmente a los consorcios multinacionales, se les “posibilitaría evadir su responsabilidad por los delitos en el extranjero a través de una sede en la República Federal de Alemania y el empleo deliberado de trabajadores extranjeros.”); también p. 76. Sin embargo, el RegE no dice nada respecto a si esta praxis realmente existe. Según Markus Busch no hay cifras sobre ello (Institutseminar Verbandssanktionenrecht, Göttingen 9.7.2021).

61 GesE BReg (nota 44), p. 54; también p. 76.

62 GesE BReg (nota 44), p. 54.

el ámbito político-jurídico; ella no prejuzga el punto de referencia del régimen de aplicación del derecho penal.

Con ello, en el marco de un régimen sancionatorio autónomo de las empresas debería sustituirse la nacionalidad alemana del autor del delito de la empresa (en tanto persona física) por la *nacionalidad alemana de la empresa*, basada en su sede nacional, es decir, debe crearse un ámbito de validez que reproduzca el principio de personalidad activa limitada en el sentido del art. 7 párr. 2 Nr. 1 alt. 1 StGB⁶³. Aunque el Proyecto del Gobierno va en esta dirección a través del art. 2, párr. 2 (Nr. 3), sólo implementa de un modo incompleto este claro vínculo con la sede de la empresa, porque —a través de la criticada equiparación de la primera suboración del párr. 2 y de los requisitos acumulativos del párr. 2— se distingue entre el hecho de la empresa y su responsabilidad. En realidad, un hecho de la empresa (es decir, de una persona natural) también debería fundar la responsabilidad de la empresa (imputación de ese hecho con base en el modelo de atribución) y el ámbito de validez de la ley alemana debería activarse *a este respecto* si la empresa tiene una sede nacional. En cuanto se refiere a la persecución de las personas naturales responsables (empleados de la empresa), la activación del ámbito de validez debería regirse por los arts. 3-7 StGB, pero sin que con ello se active también el ámbito de validez con respecto a la empresa (pues esto debería basarse en el principio de la sede).

En caso de deficiencias organizativas o de supervisión (en el sentido del art. 130 OWiG, así como del art. 3, párr. 1, Nr. 2 Ver-SanG-E), dado el caso, manifestadas mediante delitos cometidos por empleados en el extranjero, la sede nacional de la empresa también activa

el ámbito de validez del Derecho penal alemán —y, por cierto, independientemente de que estas deficiencias se remonten regularmente a la central (nacional) de la empresa y las contramedidas correspondientes —debido al requisito de la sede— (al menos también) “puedan o tengan que tomarse desde Alemania”⁶⁴.

La subyacente extensión del ámbito de validez se basa en la *ratio* de la (ya adoptada) Ley de Cadenas de Suministro⁶⁵ (*Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz*) que se aplica a las empresas (alemanas) que operan a nivel transnacional con respecto a todas aquellas infracciones del deber cometidas a lo largo de la cadena de suministro⁶⁶. Ya en la actualidad, estas empresas se ven expuestas a ser perseguidas por delitos cometidos en el extranjero por parte de las jurisdicciones territoriales locales⁶⁷ o a una persecución extraterritorial por medio de jurisdicciones extranjeras⁶⁸. Consiguientemente, por un lado, puede suponerse que están preparadas para una persecución transnacional y extraterritorial y que mantienen departamentos de *compliance* lo suficientemente grandes como para evitar desde el principio incurrir en infracciones jurídicas; por otro lado, debería ser de su interés ser perseguidas y, en su caso, sancionadas en el ámbito nacional⁶⁹. Entonces, sería tarea de la política evitar un doble enjuiciamiento ampliando más allá de Europa el *ne bis in idem* previsto en el Art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y del Art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales⁷⁰.

Si la regulación conducirá a una sobrecarga de las autoridades fiscales, como teme el *Bundesrat*⁷¹, es algo que en la actualidad no se puede predecir con certeza⁷². Toda extensión del derecho penal o de su ámbito de validez lleva asociada una carga adicional (piénsese

63 GesE BReg (nota 44), p. 76.

64 GesE BReg (nota 44), p. 77.

65 Al respecto *Ambos*, Responsabilidad de empresas transnacionales por sus cadenas de suministro: la nueva legislación alemana <<https://almacenederecho.org/responsabilidad-de-empresas-transnacionales-por-sus-cadenas-de-suministro-la-nueva-legislacion-alemana>>, última visita el 02.05.2022.

66 Crítico en ese sentido *Strohmann*, ZIP - Zeitschrift für Strafrecht (ZIP) 2020, 105, 106, quien teme una responsabilidad por cualquier hecho de una empresa cometido en el marco de la cadena de suministro que vaya más allá de la potestad de dirección o instrucción.

67 Cfr. al respecto *Sachoulidou*, Neue Juristische Online Zeitschrift (NJOZ) 2021, 353, 357; respecto a las “sanciones duras” (“harsche[n] Sanktionen”) y la práctica persecutoria más agresiva, especialmente en el ámbito extranjero angloamericano véase también *Kubiciel*, Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (NZWiSt) 2016, 178, 179.

68 Cfr. respecto a la persecución (extraterritorial) de los delitos de corrupción por parte de EEUU y Gran Bretaña, por ejemplo, *Kraft*, FS-Wessing, 2015, p. 79 (85 ss.).

69 Así también el Kölner Entwurf, *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend*, NZWiSt 2018, 1, 9 según el cual en caso de investigaciones penales realizadas en el extranjero contra empresas que operan internacionalmente existe una “desventaja competencial actual para las empresas alemanas” [“aktuell bestehender Wettbewerbsnachteil für deutsche Unternehmen”]; *Saliger/Tsambikakis/Mückenberger/Huber* (eds.), Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, 2019, p. 47; también *Schweiger* (nota 51), 139.

70 Al respecto *Ambos* (nota 2), § 10 nm 163 ss.

71 BR-DrS (nota 52), p. 1, 27 (general) y 12 (hechos cometidos en el extranjero “no son manejables con los recursos disponibles” [“mit den vorhandenen Ressourcen nicht ansatzweise zu bewältigen”]).

72 El BReg no ve esa sobrecarga, porque desde su perspectiva “en el futuro no cualquier infracción menor será perseguida mediante un procedimiento exigente de sanción con un proceso principal” y estarían previstas diversas posibilidades de archivamiento (GesE BReg [nota 44], p. 145). Sin embargo, no se han realizado estudios sistemáticos al respecto (así, Busch, 9.7.2021).

en general solo en las investigaciones realizadas en el extranjero), pero dicha carga debe aceptarse si la regulación se encuentra objetivamente justificada. Por lo demás, el art. 38 VerSanG-E establece una disposición especial referida a una “Renuncia a la persecución en caso de expectativa de sanción en el extranjero”. Aunque dicha renuncia se deja a la discreción de las agencias de persecución (párr. 1: “puede”)⁷³, se hace referencia, entre otras cosas, al art. 153c StPO, el cual permite en general la renuncia a la persecución de delitos cometidos en el extranjero (art. 38 párr. 5 VerSanG-E)⁷⁴. El Gobierno Federal ve allí “suficientes posibilidades de abstenerse de la persecución en el caso de delitos en el extranjero”⁷⁵, pero el *Bundesrat* quiere ampliar esta posibilidad de archivamiento a cualquier delito en el extranjero, incluso cuando una infracción del deber de supervisión por parte del responsable se produce en Alemania⁷⁶. Sin embargo, esto parece ir demasiado lejos, porque si al menos el lugar de la acción (respecto a la infracción del deber de vigilancia) está en el territorio nacional, entonces, la jurisdicción penal alemana ya está dada con base en el principio de territorialidad (arts. 3, 9 StGB).

Bibliografía

AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht*, 5. ed. München: C.H. Beck, 2018.

- Comentarios previos al § 3, en: Bernd VON HEINTSCHEL-HEINEGG (ed.), *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, Tomo 1, §§ 1—37, 4. ed., München: C.H. Beck, 2020.
- Responsabilidad de empresas transnacionales por sus cadenas de suministro: la nueva legislación alemana <<https://almacenederecho.org/responsabilidad-de-empresas-transnacionales-por-sus-cadenas-de-suministro-la-nueva-legislacion-alemana>>, última visita el 02.05.2022.

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law*, Tomo I, 1987.

BR-DrS 440-1-20, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, 8.9.2020.

BT-DrS 19/23568, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, 21.10.2020.

BUSCH, Markus/BÖHME, Frank, en: Markus BUSCH/Elisa HOVEN/ Mark PIETH/ Mark RÜ-

BENSTAHL (ed.), *Antikorruptions-Compliance*, Heidelberg: C.F. Müller, 2020.

BUSEKIST, Konstantin/IZRAILEVYCH, Volodymyr, “Verbandsanktionengesetz. Was kritisieren eigentlich die Verbände — Ein kurzer Abriss”, *CCZ* 2021, 40-42.

GÜRTLER, Franz /THOMA, Anselm, § 30, en: Eric GÖHLER (ed.), *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Kommentar, 18. ed., München: C.H. Beck, 2021.

HENSSLER, Martin/HOVEN, Elisa/Kubiciel, Michael /WEIGEND, Thomas, *Kölner Entwurf eines Verbandsanktionengesetz*, *NZWiSt* 2018, 1-40

HUMAN RIGHTS COUNCIL, Open-ended Intergovernmental Working Group, *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises*, Revised Draft 16.7.2019, (<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_Revised-Draft_LBI.pdf>, última visita el 02.05.2022).

- OEIGWG, *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises*, Second Revised Draft 6.8.2020 (<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf>, última visita el 02.05.2022).
- OEIGWG, *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises* (“Draft Treaty on Business and Human Rights”), Third Revised Draft 17.08.2021 (<<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>>, última visita el 02.05.2022).
- Informe del quinto período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/43/55, 9.1.2020, (<https://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=A/HRC/43/55>, última visita el 02.05.2022).

⁷³ Críticos en ese sentido *Busekist/Izrailevych* (nota 53), 40, 42, quienes ven una infracción contra la prohibición de doble valoración.

⁷⁴ Respecto a otras posibilidades (amplias) de archivamiento v. arts. 35-37, 39-42 VerSanG-E.

⁷⁵ BT-DrS (nota 44), p. 144 (Réplica del gobierno federal).

⁷⁶ En ese sentido, debe añadirse al art. 38 párr. 5 VerSanG-E la siguiente oración 2: “El art. 153c párr. 1 StPO también es aplicable si el hecho de la empresa ha sido cometido en el extranjero o existe un caso del art. 2 párr. 2” [“§ 153c Abs. 1 der Strafprozessordnung ist auch dann anwendbar, wenn die Verbandstat im Ausland begangen wurde oder ein Fall des § 2 Abs. 2 vorliegt”] (BR-DrS (nota 52), p. 31).

- Informe sobre el sexto período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/46/73, 14.1.2021 (<<https://daccess-ods.un.org/tmp/4817533.49304199.html>>, última visita el 02.05.2022).
- KNAUER, Christoph, “Der Regierungsentwurf zur Einführung eines Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten – großer Wurf oder bittere Pille?” NStZ 2020, 441-452.
- KRAFT, Oliver, Deutsche Unternehmen im Anwendungsbereich von FCPA und UK Bribery Act - Strafbarkeitsvoraussetzungen und Handlungsempfehlungen, en Heiko AHLBRECHT et al (ed.), Festschrift (FS) für Jürgen Wessing, München: C.H. Beck, 2015, 79-100.
- KUBICIEL, Michael, “Die deutschen Unternehmensgeldbußen: Ein nicht wettbewerbsfähiges Modell und seine Alternativen Aufsatz”, NZWiSt 2016, 178-181.
- NIESLER, Lars, § 30 OWiG, en: Jürgen GRAF/Markus JÄGER/ Petra WITTIG (ed.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. ed. München: C.H. Beck, 2017.
- ROGALL, Klaus, § 30, en: Wolfgang MITSCH (ed.), Karlsruher Kommentar OWiG, 5. ed., München: C.H. Beck, 2018.
- SACHOULIDOU, Athina, “Entwurf eines Verbands-sanktionengesetzes — Eine kritische Auseinandersetzung mit den materiell-rechtlichen Kernvorschriften”, NJOZ 2021, 353-360
- SALIGER, Frank / TSAMBIKAKIS, Michael / MÜCKENBERGER, Ole/HUBER, Hans-Peter, *Münchener Entwurf eines Verbandsstrafgesetzes*, Baden-Baden: Nomos, 2019.
- SCHNEIDER, Anne, “Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Verbandsstrafrechts – de lege lata und de lege ferenda” ZIS 2013, 488-499.
- SCHWEIGER, Theresa, “Quo vadis Verbandsstrafrecht? Eine Stellungnahme im Anschluss an die Äußerungen des Bundesrates und der Bundesregierung zum Regierungsentwurf eines Verbandsstrafgesetzes” ZIS 2021, 137-154.
- STROHMANN, Martin, “Der Referentenentwurf des Verbandsstrafgesetzes – Anspruch und Wirklichkeit, ZIP 2020, 105-111.
- VAGTS, Detlev. F. “The multinational enterprise”, Harvard Law Review 83 (1969-70), 739-792.
- ZIEGLER, Matthias/VOELKER, Victoria, § 130, en: Kathi GASSNER/Sebastian SEITH (ed.), OWiG HK, 2. ed., Baden-Baden: Nomos, 2020.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*





www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com