

DOCUMENTO DE TRABAJO

**LAS GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS
COMETIDAS POR EMPRESAS:
¿POTENCIALES ACTOS DE CORRUPCIÓN?**

Rosa Ana Alija Fernández

Universitat de Barcelona

Proyecto DER2015-67026-P

*La territorialidad como límite de la jurisdicción del Estado ante conductas de actores
privados no estatales que repercuten en la efectividad de los derechos humanos
internacionalmente reconocidos*

(financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España)



**UNIVERSITAT DE
BARCELONA**

1. Tratados internacionales sobre corrupción.

La implicación de empresas en la comisión de graves violaciones de derechos humanos constitutivas de crímenes de Derecho internacional a través de su cooperación con regímenes militares y dictatoriales suele traducirse en la obtención de un beneficio económico de los actos de violencia estatal y en la facilitación de la comisión de tales crímenes mediante el aporte de los medios materiales necesarios para perpetrarlos, o incluso mediante la participación directa en la represión¹.

Los estudios sobre la relación entre corrupción y derechos humanos tienden a dar por hecho que un gobierno corrupto es un gobierno que previsiblemente viola los derechos humanos². En idéntico sentido, también demuestran que la impunidad por delitos económicos retroalimenta la impunidad por graves violaciones de derechos humanos³. Más allá de estas cuestiones, la relación entre corrupción, empresas y derechos humanos presenta otra dimensión menos explorada, pero no por ello menos importante, dadas las implicaciones que puede tener, en particular porque podría facilitar la represión penal de estas conductas, incluso extraterritorialmente. Nos referimos a la posibilidad de que la comisión de violaciones de derechos humanos pueda en sí misma ser considerada un delito de corrupción, a la luz de los tratados internacionales que regulan esta materia.

Cinco son los principales convenios que en el ámbito universal y/o regional regulan la cooperación penal internacional en relación con delitos de corrupción:

- la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada mediante la Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003⁴ [en adelante Convención ONU];
- el Convenio penal sobre la corrupción (ETS n° 173), adoptado en el seno del Consejo de Europa (Estrasburgo, 27 de enero de 1999)⁵ [en adelante, Convenio CoE];

¹ MANACORDA, S., "Towards an Ant-Bribery Compliance Model: Methods and Strategies for a "Hybrid Normativity"", en MANACORDA, S., CENTONZE, F. y FORTI, G. (eds.), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2014, pp. 16-17.

² COCKCROFT, L., *Corruption and Human Rights: A Crucial Link*, Transparency International Working Paper, Transparency International, Berlin, 19 de octubre de 1998, p. 1; aunque matizando, CARRANZA, R., "Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes?", *International Journal of Transitional Justice*, vol. 2, 2008, p. 311. Los resultados empíricos alcanzados por Todd Landman & Carl Jan Willem Schudel confirman en cierta medida esta afirmación (LANDMAN, T. y SCHUDEL, C. J. W., *Corruption and Human Rights: Empirical Relationships and Policy Advice*, Working Paper, The International Council on Human Rights Policy, Review Meeting: Corruption and Human Rights, Geneva, 28-29 July 2007, p. 19, párr. 36), si bien modulan la relación causa-efecto (*ibid.*, p. 19, párr. 37). Desde una perspectiva positiva, argumentan que la promoción y protección de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción se complementan y refuerzan mutuamente NASH ROJAS, C., AGUILÓ BASCUÑÁN, P. y BASCUR CAMPOS, M. L., *cit.*, pp. 29-32.

³ CARRANZA, R., *cit.*, p. 314.

⁴ En vigor desde el 14 de diciembre de 2005. En febrero de 2020 contaba con 187 Estados Partes; además, Barbados y Siria la han firmado, aunque no la han ratificado, si bien Barbados es parte de la Convención OEA.

⁵ En vigor desde el 1 de julio de 2002, con 48 Estados Partes a febrero de 2020 (todos los miembros del Consejo de Europa más Bielorrusia); además, ha sido firmado por México y Estados Unidos. En el marco

- el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, adoptado en por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en París el 17 de diciembre de 1997)⁶ [en adelante, Convenio OCDE];
- la Convención Interamericana contra la Corrupción (B-58), adoptada por la Organización de Estados Americanos (OEA) en Caracas el 29 de marzo de 1996)⁷ [en adelante, Convención OEA], y
- la Convención de la Unión Africana (UA) sobre la prevención y lucha contra la corrupción, adoptada en Maputo el 11 de junio de 2003⁸ [en adelante, Convención UA].

Aquí se examinarán con vistas a identificar el hipotético encaje en sus disposiciones de las graves violaciones de derechos humanos.

2. Conductas delictivas previstas en los tratados internacionales sobre corrupción.

Al margen del impacto que la corrupción pueda tener en el disfrute de los derechos humanos, lo que aquí interesa es poder subsumir las violaciones de derechos humanos en alguna/s de las modalidades delictivas que recogen los tratados internacionales señalados. A tal fin, se identificarán a continuación los tipos penales previstos en los distintos instrumentos objeto de análisis.

Los cinco tratados mencionados recogen diversos comportamientos que los Estados deberán tipificar en sus ordenamientos jurídicos internos, aunque, como se verá, unos textos lo hacen con más amplitud que otros. Asimismo, hay ciertas variaciones en cuanto a los agentes (públicos –nacionales e/o internacionales- y/o privados) implicados como sujetos activos y pasivos del delito.

La Convención de Naciones Unidas, la única de ámbito universal, cubre una amplia variedad de supuestos en los que pueden estar implicados tanto funcionarios públicos (nacionales, extranjeros o de una organización internacional) como actores privados. En consecuencia, recoge delitos tanto especiales como comunes, además de algunos que presentan una naturaleza dual en cuanto al potencial sujeto activo. Así, de entre los comportamientos delictivos previstos, los siguientes comportamientos pueden constituir tanto delitos comunes como especiales, en función del sujeto activo:

- El **soborno**, tanto de funcionarios públicos (nacionales, extranjeros o de una organización internacional) (arts. 15 y 16) como en el sector privado –en el curso

del Consejo de Europa se ha adoptado el Convenio Civil sobre Corrupción (ETS nº 174), que no será objeto de análisis en este documento, centrado exclusivamente en la jurisdicción penal.

⁶ En vigor desde el 15 de febrero de 1999, con 44 Estados Partes a febrero de 2020 (todos los miembros de la OCDE más Argentina, Brasil, Bulgaria, Colombia, Costa Rica, Lituania, Perú, Rusia y Sudáfrica).

⁷ En vigor desde el 3 de junio de 1997, con 34 Estados Partes a febrero de 2020 (todos los miembros de la OEA salvo Cuba).

⁸ En vigor desde el 5 de agosto de 2006. En febrero de 2020, 43 de los 55 Estados Miembros de la UA eran partes de la Convención y otros 6, firmantes. Solo Cabo Verde, República Centroafricana y Marruecos no habían realizado acción alguna en relación con este tratado, si bien los tres son parte de la Convención ONU.

de actividades económicas, financieras o comerciales- (art. 21), en dos modalidades:

- a) Como delito común (soborno activo), consiste en la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, 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 cumplimiento de sus funciones oficiales (en el caso de los funcionarios extranjeros o de una organización internacional, la finalidad es más específica, ya que el soborno debe estar orientado a lograr que actúen o se abstengan 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”, de acuerdo con el art. 16.1). El soborno en el sector privado se configura de manera similar, con la diferencia de que el destinatario del soborno será una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, no se prevé que el beneficio indebido pueda redundar en una entidad, y la finalidad deberá ser su acción o inacción “faltando al deber inherente a sus funciones”.
 - b) Como delito especial (soborno pasivo), implicará que un funcionario público (arts. 15 y 16) solicite o acepte, en forma directa o indirecta, 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 cumplimiento de sus funciones oficiales. Esta modalidad está también prevista respecto del sector privado (art. 21), siendo extrapolables las particularidades señaladas en el punto anterior.
- El **tráfico de influencias** (art. 18) –siempre en el sector público-, de nuevo con dos variantes del tipo, en función del sujeto activo:
- a) Como delito común (tráfico de influencias activo), consistirá en la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona.
 - b) Como delito especial (tráfico de influencias pasivo), la acción típica consistirá en la solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.

En cambio, se configuran exclusivamente como delitos especiales:

- la **malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes**, “en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo” (art. 17), o bien la malversación o peculado de bienes, cometidos intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella (art. 22);
- el **abuso de funciones** (art. 19), que consiste en la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad, y
- el **enriquecimiento ilícito** (art. 20), esto es, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Por su parte, se configura exclusivamente como delito común el **blanqueo del producto del delito** (art. 23). Nótese asimismo que la convención recoge los delitos de encubrimiento (art. 24) y obstrucción a la justicia (art. 25) en relación con las conductas delictivas que enumera, configurándolos, en ambos casos, como delitos comunes.

El Convenio CoE también hace una regulación amplia de los posibles comportamientos delictivos en este ámbito, comenzando por el delito de corrupción⁹ (arts. 2 a 11), equivalente al soborno en la Convención ONU. Así pues, considera delictivos tanto “el hecho de proponer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida” a alguna de las distintas personas enumeradas en el convenio¹⁰ para sí misma o para alguna otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones –corrupción activa- como el hecho de que una de esas personas solicite o reciba, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida para sí mismo o para algún otro, o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, con el fin de realizar o de abstenerse de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones –corrupción pasiva-. También considera delictivos el tráfico de influencias (art. 12), el blanqueo del producto de delitos de corrupción (art. 13)¹¹, y los delitos contables (art. 14).

Por su parte, la Convención OEA se limita a recoger en su art. VI un listado de conductas típicas (sin categorizarlas) que califica de “actos de corrupción” y entre los que se incluyen: el soborno pasivo (art. VI.1.a); el soborno activo (art. VI.1.b); el abuso de funciones (art. VI.1.c); el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos de corrupción indicados (art. VI.1.d), y la participación como

⁹ La versión en inglés del texto habla de *bribery*, por lo que, para mantener la homogeneidad con el resto de instrumentos y remarcar el contenido específico de esta conducta, aquí se considera preferible referirse a ella como “soborno”.

¹⁰ Agentes públicos nacionales, miembros de asambleas públicas nacionales, agentes públicos extranjeros, miembros de asambleas públicas extranjeras, personas que dirijan o trabajen en cualquier calidad para una entidad del sector privado (en el curso de una actividad mercantil), funcionarios internacionales, miembros de asambleas parlamentarias internacionales y jueces y de agentes de tribunales internacionales.

¹¹ Por remisión al art. 6.1 y 2 del Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (ETS n° 141).

autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos de corrupción enumerados (art. VI.1.e). Además, permite a los Estados, por acuerdo mutuo, ampliar el alcance de la convención en sus relaciones respecto de cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella (art. VI.1.2). Asimismo, el art. VIII incluye el soborno transnacional (a funcionarios públicos de otro Estado) y el art. IX recoge el enriquecimiento ilícito. En ambos casos, la convención prevé dos posibles escenarios, con diferentes consecuencias jurídicas: por una parte, entre aquellos Estados que los hayan tipificado en sus ordenamientos jurídicos internos, será considerado un acto de corrupción a los efectos de la convención; por otra parte, aquellos Estados Partes que no lo hayan tipificado deberán igualmente brindar la asistencia y cooperación prevista en la convención en relación con estos delitos, en la medida en que sus leyes lo permitan.

El art. 4 de la Convención UA también opta por establecer un listado de los actos de corrupción que quedarán cubiertos por la convención, que incluye: el soborno pasivo y activo de funcionario público (art. 4.1. a y b); el abuso de funciones (art. 4.1.c); la malversación, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por parte de un funcionario u otra persona (art. 4.1.d); el soborno en el sector privado (art. 4.1.e); el tráfico de influencias (art. 4.1.f); el enriquecimiento ilícito (art. 4.1.g, desarrollado en el art. 8); el uso u ocultación del producto de los actos enumerados (art. 4.1.h), y la participación de diversas formas en la comisión o tentativa de tales actos. Adicionalmente, el art. 6 recoge el blanqueo del producto de la corrupción. Al igual que ocurre con la Convención OEA, los Estados pueden, por acuerdo mutuo, ampliar el alcance de la convención en sus relaciones respecto de cualquier otro acto de corrupción y delitos conexos no contemplados en el art. 4 (art. 4.2).

El instrumento con un alcance más restringido es el Convenio OCDE, que limita su ámbito material al delito de corrupción¹² (soborno activo) de agentes públicos extranjeros, definido en su artículo 1.1 como el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.

3. Las violaciones de derechos humanos por empresas transnacionales como una forma de corrupción.

Como se puede observar, más allá de las diferencias en la condición de agente público o privado de los sujetos activos y pasivos y la finalidad que se pretende buscar (incidir en las funciones propias de un cargo público o en las actividades económicas), la conducta común a todos los instrumentos analizados es el soborno, delito en el que sería posible encajar las violaciones de derechos humanos (graves o no) cometidos por empresas, como

¹² La documentación de la OCDE en español no utiliza el término “corrupción”, sino “cohecho”, aunque, siguiendo la terminología utilizada en la versión en inglés del texto y para mantener la homogeneidad con el resto de instrumentos, aquí se prefiere traducirlo por “soborno” (*bribery* en inglés).

se argumentará a continuación, tomando como referencia aquellos que, dado su número de Estados partes, reflejarían un consenso más generalizado, al menos en términos geográficos (Convención ONU y Convención OCDE), aunque sin obviar las alusiones a los otros tratados mencionados cuando se considere oportuno.

Al margen de la potencial implicación de empresas nacionales en delitos de soborno activo o pasivo, en relación con las empresas transnacionales presenta un particular interés la modalidad de soborno recogida en términos similares tanto en el art. 16 del Convenio ONU como en el art. 1 de la Convención OCDE¹³. En ella, el ofrecimiento, la promesa o la concesión de un beneficio indebido se dirige a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con vistas a que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales. El análisis de los elementos del tipo (el beneficio indebido en provecho propio o ajeno, el comportamiento del agente público buscado con la acción y la finalidad que se pretende lograr con la comisión del delito) permite sustentar la afirmación de que las violaciones de derechos humanos por empresas transnacionales podrían encajar en esta de esta modalidad de soborno típica.

En cuanto al primero, subsumir en el delito de soborno las violaciones de derechos humanos en los términos apuntados exige demostrar que ha habido una promesa, un ofrecimiento o una concesión a un agente público extranjero (o bien una solicitud o aceptación por su parte) de un beneficio indebido. La determinación de la condición de agente público plantea algunas divergencias entre los textos objeto de análisis. Así, el Convenio CoE establece que “se interpretará con referencia a la definición de «funcionario», «oficial público», «alcalde», «ministro» o «juez»” en el derecho interno del Estado en el que la persona ejerza tales funciones (art. 1.a), lo que resulta en un ámbito de aplicación personal más restringido que el de los otros dos instrumentos, en los que, además del funcionario público *strictu sensu*, se considera agente público a toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial, sea electo o designado, permanente o temporal, remunerado u honorario. En lo que respecta al beneficio no tiene que ser necesariamente de carácter económico, sino que puede ser inmaterial¹⁴. Lo relevante es que se produzca una mejora de la posición del agente o un tercero con respecto a su situación antes de la comisión del delito¹⁵. Tampoco el agente público tiene por qué ser el destinatario del beneficio, sino que este puede favorecer a una tercera persona o incluso a una entidad (el informe explicativo del Convenio CoE pone como ejemplos de posibles beneficiarios un pariente, una organización de la que el sobornado forme parte, o el partido político al que pertenezca)¹⁶.

En segundo lugar, en cuanto al comportamiento que se pretende obtener del agente público –esto es, que actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales-, conviene recordar que el Estado –y por ende sus agentes y órganos-

¹³ También el art. 5 del Convenio CoE recoge el soborno a funcionarios públicos extranjeros, pero no se introduce la finalidad de obtener ventajas en la realización de actividades económicas internacionales.

¹⁴ Para el CoE serían ejemplos ilustrativos unas vacaciones, comida y bebida, un caso tramitado con más celeridad, mejora de las perspectivas laborales... (COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption*, 1999, párr. 37).

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, párr. 36.

tiene tres obligaciones básicas respecto de los derechos humanos: respetarlos, garantizarlos y protegerlos. En este sentido, es perfectamente factible que la finalidad buscada mediante el soborno sea que el agente del Estado, mediante su acción u omisión, no respete, garantice o proteja derechos humanos internacionalmente reconocidos. La obligación de proteger –que se concreta en la obligación del Estado de impedir las interferencias de terceros en el disfrute de los derechos humanos- resulta aquí particularmente interesante, puesto que abre las puertas a que las propias empresas cometan violaciones de derechos humanos que, a su vez, y volviendo al elemento precedente, puedan favorecer al agente público o a terceros. Así, no parece descabellado que se pudiera apreciar delito de soborno en supuestos en los que se cometen violaciones de derechos humanos por parte de empresas con el beneplácito de las autoridades estatales y de ello se deriva un beneficio (inmaterial) para dichas autoridades, como puede ser el mantenimiento de su posición de poder mediante la “neutralización” de opositores o el control de un determinado territorio por el partido del que el funcionario forma parte.

Este último escenario enlaza con el elemento de la finalidad de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales. Es precisamente esta intención especial la que permite abarcar con más precisión la reciprocidad de las ventajas que, en contextos de graves violaciones de derechos humanos, se suelen derivar de las estrechas conexiones entre el poder político y las empresas, en comparación con el delito de soborno de un funcionario público nacional, pensado esencialmente para evitar prácticas inadecuadas en provecho propio de los agentes del Estado, mientras que los beneficios resultantes para quien realiza el soborno serían irrelevantes a los efectos del delito¹⁷. Al respecto, si bien resulta claro qué implica la consecución o conservación de un contrato, más vaga es la referencia a un beneficio irregular. Según la OCDE, este debe ser entendido como algo a lo que la empresa interesada no tendría claramente derecho¹⁸, pero la duda surge en cuanto al marco normativo de referencia para determinar la legalidad del beneficio, que podría ser tanto el propio ordenamiento jurídico interno como el ordenamiento jurídico internacional, no solo en la medida en que el Estado haya asumido voluntariamente obligaciones jurídicas internacionales derivadas de normas dispositivas, sino también y sobre todo por la aplicación de normas imperativas (incluidas las relativas al respeto de la dignidad humana).

Un caso que puede servir para ilustrar la traslación de estos argumentos a la práctica es el de la participación, durante la dictadura argentina, de diversas empresas automovilísticas internacionales –como Mercedes-Benz, Fiat o Ford¹⁹- en la represión de trabajadores

¹⁷ En la misma línea argumental, otro delito que también podría servir para encajar las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas transnacionales podría ser el tráfico de influencias (art. 18 de la Convención ONU), en la medida en que también parte de la premisa de que hay beneficios en dos direcciones: para el funcionario público o cualquier otra persona y para el instigador original del acto o cualquier otra persona.

¹⁸ Vid. los comentarios a la Convención OCDE, en OCDE, *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y Documentos Relacionados*, OECD, 2010, disponible en https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf, p. 14, párr. 5.

¹⁹ Vid. DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA, *Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad. Represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado*, Tomos I y II, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2015.

activos en la reivindicación de sus derechos, mientras hacían negocios con los militares. Por ejemplo, existen indicios sólidos para vincular a la empresa Fiat con prácticas represivas (detenciones, palizas, asesinatos, secuestros y desapariciones) sobre más de 100 personas²⁰. En este supuesto, parece posible apreciar la concurrencia de los elementos del delito de soborno por parte de la empresa italiana mediante la concesión de un beneficio indebido a los agentes públicos argentinos con vistas a que la actuación de estos le comportara a su vez beneficios en la realización de actividades económicas internacionales y les permitiera conseguir y/o conservar contratos con el Estado. Así, la empresa colaboró con las autoridades de la dictadura para desplegar una logística informativa que era beneficiosa para ambas partes (al margen de otras ventajas económicas que la empresa obtuvo en el marco de esta relación, como contratos): los militares podían actuar contra los “subversivos” identificados por la empresa, mientras que, gracias a las acciones de los militares, la empresa se deshacía de “los trabajadores activistas que entorpecieran el proceso de producción y pusieran en jaque la productividad empresarial”²¹, lo que permitió un significativo incremento de la producción en algunas plantas²². Ante este escenario, no se puede dejar de señalar que Argentina era parte desde 1960 del Convenio de la OIT n° 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.

4. Una posible estrategia para la persecución extraterritorial de las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas

Los obstáculos para perseguir extraterritorialmente las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas podrían quedar atenuados con la aplicación de los tratados internacionales aquí analizados, puesto que todos ellos permiten a los Estados establecer amplios criterios de competencia jurisdiccional para la persecución y represión de los delitos que tipifican, competencia que se extiende incluso a una jurisdicción extraterritorial más o menos amplia. Este dato pone de manifiesto la voluntad de las Partes de poder contar con bases suficientes para hacer frente a la represión de la corrupción en sus ordenamientos jurídicos internos. No obstante, el margen de discrecionalidad que los tratados les dejan a la hora de limitar o ampliar tal competencia obliga a matizar esa lectura, puesto que, si bien los Estados parecen aceptar que la jurisdicción extraterritorial sobre los delitos de corrupción está legitimada, no necesariamente están dispuestos a ejercerla.

La Convención ONU, por ejemplo, obliga a los Estados a establecer su jurisdicción conforme a los principios de territorialidad y del pabellón (art. 42.1), y, en consonancia con el principio *aut iudicare aut dedere*, cuando el presunto delincuente se encuentre en el territorio del Estado y éste no lo extradite por ser nacional suyo (art. 42.3). Por el contrario, configura como facultativa la extensión de la jurisdicción sobre la base de los principios de personalidad pasiva (art. 42.2.a), personalidad activa –estricta (nacionales) y parcialmente ampliada (apátridas con residencia habitual en el territorio)- (art. 42.2.b), efecto –solo respecto del delito de blanqueo del art. 23.1.b.ii)-, y protección –el delito se comete contra el Estado parte- (art. 42.2.d). Asimismo, es igualmente facultativa la

²⁰ *Ibid.*, Tomo II, pp. 248-268.

²¹ *Ibid.*, p. 256.

²² *Ibid.*, p. 264.

asunción de jurisdicción en virtud del principio *aut iudicare aut dedere* respecto de no nacionales (art. 42.4) y de cualquier otra regla de competencia que los Estados Partes puedan haber establecido en su ordenamiento interno (art. 42.6), lo que justificaría incluso introducir una competencia extraterritorial fundamentada en la idea de la jurisdicción universal para su persecución y represión.

También el art. 17 del Convenio CoE ofrece bases amplias para que los Estados establezcan jurisdicción sobre los delitos que recoge, si bien les concede de nuevo una gran discrecionalidad para decidir en qué supuestos asumen su competencia, lo que deberán hacer necesariamente cuando el delito se haya cometido total o parcialmente en su territorio (art. 17.1.a), previsión que, de acuerdo con el informe explicativo, cubriría también el principio del efecto²³. No ocurre otro tanto en relación con el principio de personalidad, que *a priori* sería activa, aunque se formula en términos laxos, tomando también en cuenta el cargo (lo que podría suponer atribución de competencia aun en ausencia del vínculo nacional, sobre una base más cercana al principio de protección, si bien parece bastante excepcional que el tipo de cargos a los que se hace referencia –funcionariales y/o representativos- sean desempeñados por no nacionales) y/o la implicación de nacionales en el delito (supuesto este último que podría dar cabida tanto al principio de nacionalidad activa como pasiva, o incluso a una peculiar variante “personal” del principio del efecto) . En estos supuestos en los que el parámetro de referencia para establecer la jurisdicción es la persona, el convenio permite que los Estados se reserven el derecho de no aplicar -o de no aplicar más que en casos o condiciones específicas- estas reglas de competencia (art. 17.2). No obstante, si un Estado hace una reserva en este sentido, surgirá para él la obligación de establecer competencia sobre los delitos recogidos en el convenio cuando el presunto autor del delito se encuentre en su territorio y “no pueda ser extraditado a otra Parte únicamente en virtud de su nacionalidad, previa una solicitud de extradición”, de manera que el principio *aut iudicare aut dedere* aparece como un mínimo alternativo al principio de personalidad activa. Como cláusula de cierre, el art. 17.4 del Convenio CoE ofrece la posibilidad a las Partes de establecer “cualquier competencia penal determinada conforme a su derecho interno”, lo que una vez más permitiría a los Estados prever incluso la jurisdicción universal sobre los delitos del convenio.

En lo que respecta a la Convención OEA, esta opta igualmente por establecer como bases jurisdiccionales obligatorias el principio de territorialidad (art. V.1) y el principio *aut iudicare aut dedere* cuando se deniegue la extradición por razón de la nacionalidad del presunto delincuente (art. V.3), mientras que configura en términos facultativos la asunción de jurisdicción en virtud del principio de personalidad activa –ampliado a la residencia habitual- (art. V.2) y admite una posible extensión de la jurisdicción penal en virtud de otras reglas previstas en los ordenamientos internos de los Estados.

Por su parte, la Convención OCDE adopta una perspectiva más bien conservadora a la hora de delimitar la jurisdicción de los Estados. Así, su art. 4 la funda en el principio de territorialidad (apartado 1) y de personalidad activa (apartado 2). Por consiguiente, solo en este segundo caso habría jurisdicción por hechos cometidos en el extranjero, si bien no es obligatorio para los Estados activar *ex novo* su competencia sobre la base de este criterio, sino que el mismo solo operará si ya está previsto en la legislación estatal. No obstante, con el fin de reforzar la eficacia del convenio, el apartado 4 dispone que “cada

²³ COE, *cit.*, párr. 79.

Parte examinará si su base actual de jurisdicción es eficaz para luchar contra la corrupción de agentes públicos extranjeros y, en caso negativo, tomará las medidas oportunas para subsanarlo”. Se abren así las puertas a una extensión extraterritorial de la jurisdicción estatal, que no es facultativa, sino obligatoria, si la regulación existente resulta insuficiente para perseguir las conductas delictivas contenidas en el convenio.

El instrumento que más se separa de estos planteamientos es la Convención UA, cuyo art. 13 fija como criterios de competencia jurisdiccional obligatorios: la territorialidad (art. 13.1.a); la personalidad activa, ampliada a la residencia (art. 13.1.b); el principio *aut iudicare aut dedere* en su formulación más general: el presunto delincuente está en el territorio y no es extraditado a otro Estado –con independencia de que la negativa a entregarlo venga o no determinada por su nacionalidad- (art. 13.1.c), y el principio de protección, si el delito afecta a los intereses vitales del Estado o tiene efectos perjudiciales en el mismo (art. 13.1.d). A mayores, la convención no excluye que los Estados puedan asumir jurisdicción penal en virtud de otras bases competenciales que estén establecidas en sus ordenamientos jurídicos internos (art. 13.2). En este orden de cosas, cabe recordar además que el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos y de los Pueblos (CAJDHP), anexo al Protocolo de Malabo (2014)²⁴, otorga a la CAJDHP competencia para juzgar crímenes de corrupción (art. 28A.1.8).

A la vista de estas previsiones, y teniendo en cuenta el alto índice de participación en estos tratados, parece posible afirmar que la persecución extraterritorial de la corrupción está generalmente admitida por los Estados y, por consiguiente, resulta mucho menos controvertida que la aplicación del principio de jurisdicción universal frente a violaciones graves de derechos humanos y crímenes de Derecho internacional, que sigue siendo vista por algunos Estados como una potencial intervención en asuntos internos²⁵ y tiende a ser fuente de tensiones diplomáticas entre los Estados implicados. En este sentido, no deja de resultar llamativo el art. 5 de la Convención OCDE, relativo al cumplimiento, que blinda frente a posibles interferencias político-económicas y diplomáticas la investigación y persecución de la corrupción de un agente público extranjero al señalar que en ellas “no influirán consideraciones de interés económico nacional, el posible efecto sobre las relaciones con otro Estado o la identidad de las personas físicas o jurídicas implicadas”.

Además, la mayoría de los instrumentos analizados obligan a los Estados a adoptar las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas implicadas en estos delitos²⁶ (excepción hecha de las Convenciones OEA y UA²⁷, que no hacen ninguna indicación expresa). Por consiguiente, su aplicación también respecto a las empresas no es facultativa, sino obligatoria. De esta forma se evita que la responsabilidad de la empresa quede diluida en la responsabilidad individual de quienes actúan en su nombre. No obstante, los tratados admiten que los Estados puedan configurar la

²⁴ En febrero de 2020, 15 Estados lo habían firmado, pero no contaba aún con ninguna ratificación.

²⁵ Sirvan de ejemplo la posición de Cuba en ONU, doc. A/69/174, *Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal. Informe del Secretario General*, 23 de julio de 2014, párr. 82-87, o de Togo en ONU, doc. A/72/112, *Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal. Informe del Secretario General*, 22 de junio de 2017, párr. 51.

²⁶ Art. 26.1 de la Convención ONU (cuando participen), art. 18.1 del Convenio CoE (cuando los delitos se cometan en su beneficio), y art. 2 de la Convención OCDE (en general, sin mayores precisiones). No obstante, la responsabilidad que se establezca no tiene por qué ser necesariamente penal, admitiéndose otras, como la civil o la administrativa.

²⁷ El Estatuto de la CAJDHP le atribuye competencia penal sobre las personas jurídicas en su art. 46C.

responsabilidad de las personas jurídicas con carácter tanto penal como civil o administrativo²⁸, de manera que, si optan por las dos últimas modalidades, la persecución penal conforme a los criterios expuestos más arriba no será procedente.

5. Conclusiones.

Parece factible reconducir las violaciones de derechos humanos (en particular cuando son graves) cometidas por empresas a delitos de corrupción, a tenor de la caracterización que de estos delitos hacen los tratados internacionales en la materia. Esta puede ser una estrategia útil para impulsar la persecución extraterritorial de las empresas, sobre la base de los mismos tratados. No obstante, deben tenerse en cuenta diversas limitaciones, como el margen de discrecionalidad que las propias disposiciones convencionales ofrecen a los Estados a la hora de establecer su jurisdicción en los ordenamientos internos, o el hecho de que no todos los Estados prevén la responsabilidad penal de las empresas. Por otra parte, hay que tener presente que optar por esta vía de represión debería ser subsidiaria, mientras se logra afianzar una política criminal auténticamente centrada en el objetivo de proteger la dignidad humana, en la que se impulse una cooperación decidida de los Estados para perseguir y reprimir las violaciones de derechos humanos *per se*, y no en tanto que otros tipos delictivos, como la corrupción.

²⁸ Art. 26.2 de la Convención ONU; art. 3.2 de la Convención OCDE y OECD (2011), p. 15, párr. 20; art. 19.2 del Convenio CoE y COE, *cit.*, párr. 88.