

Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y *ne bis in idem* *

Isidoro Blanco Cordero

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante

BLANCO CORDERO, ISIDORO. Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y *ne bis in idem*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2020, núm. 22-16, pp. 1-47.

<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc22-16.pdf>

RESUMEN: Tradicionalmente los Estados Unidos de América han sido los líderes mundiales en la persecución extraterritorial de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, procesando a las empresas multinacionales por delitos cometidos fuera de sus fronteras. Esta expansiva normativa está tratando de ser contrarrestada por la de otros Estados (Reino Unido, Francia) que han ampliado notablemente el alcance extraterritorial de su normativa penal anticorrupción. Esta situación eleva el riesgo de que una multinacional sea perseguida de forma reiterada por los mismos hechos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Es conveniente, por ello, explicar la situación actual y ofrecer soluciones que limiten los efectos adversos de estas persecuciones múltiples.

PALABRAS CLAVE: principio *ne bis in idem*, multinacionales, corrupción en las transacciones comerciales internacionales, FCPA, múltiples persecuciones.

TITLE: **Criminal liability of multinational companies for bribery in international business and *ne bis in idem***

ABSTRACT: Traditionally, the United States of America has been the world leader in the extraterritorial prosecution of bribery in international business, prosecuting multinational companies for crimes committed outside its borders. This expansive regulation is trying to be counteracted by that of other States (United Kingdom, France) that have notably expanded the extraterritorial scope of their anti-corruption criminal regulations. This situation raises the risk that a multinational company will be prosecuted repeatedly for the same acts of corruption in international business transactions. It is therefore advisable to explain the current situation and offer solutions that limit the adverse effects of these multiple persecutions.

KEYWORDS: *ne bis in idem* principle, multinationals, corruption in international business transactions, FCPA, multiple prosecutions.

Fecha de recepción: 15 septiembre 2020

Fecha de publicación en RECPC: 30 noviembre 2020

Contacto: isidoro.blanco@ua.es

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El riesgo de doble persecución y sanción de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales. 3. El Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997. 4. La Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos (Foreign Corrupt Practices Act - FCPA) de 1977 y su aplicación a las empresas multinacionales. 4.1. Aplicación en el espacio de la FCPA. 4.2 EE. UU. no reconoce el principio ne bis in idem en casos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. 4.3 La nueva política de coordinación de persecuciones penales con las autoridades de otros países. 5. La corrupción en las transacciones comerciales internacionales y el ne bis in idem en Francia: el caso Vitol. 6. El ne bis in idem en el Reino Unido en casos de corrupción. 7. Derecho español. 7.1 Hechos cometidos en territorio español. 7.1.1. Empresa investigada y condenada en otro país de la UE. 7.1.2. Empresa investigada y sancionada fuera de la UE. 7.2. Hechos cometidos fuera del territorio español: la jurisdicción universal y la protección de intereses. 8. Conclusiones. Bibliografía.

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación titulado "Manifestaciones de desigualdad en el actual sistema de justicia penal: examen crítico de las razones de necesidad, oportunidad y peligrosidad para la diferencia" (AEQUALITAS) Ref.: RTI2018-096398-B-I00 concedido en la convocatoria 2018 de Proyectos de I+D+i "Retos investigación" del programa estatal de I+D+i orientada a los retos de la sociedad, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

1. Introducción

La multinacional del ámbito de la sanidad Fresenius Medical, líder mundial en el suministro de equipamiento y servicios de diálisis, ha llegado a un acuerdo de enjuiciamiento aplazado (bajo la fórmula de *non-prosecution agreements* (NPA))¹ con las autoridades de los Estados Unidos de Norteamérica (EE. UU.)² (en concreto con el Departamento de Justicia (DOJ)³ y con la *Securities and Exchange Commission* (SEC))⁴, en el que se obliga a pagar 231 millones de dólares en multas y otros conceptos como consecuencia de las infracciones a la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act - FCPA*)⁵. Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA, con sede en Bad Homburg (Alemania), reconoce haber sobornado a médicos y funcionarios de salud pública de, al menos, 17 países de África, Oriente Medio y Europa. De acuerdo con la SEC, la empresa pagó alrededor de 30 millones de dólares en sobornos utilizando contratos de consultoría falsos, falsificando documentos y canalizando pagos ilícitos a través de un sistema de intermediarios externos. Según el DOJ, la empresa obtuvo al menos 140 millones de dólares en ganancias por

¹ Sobre este caso véase CASSIN, 2019.

² De acuerdo con la Fundeu, "la abreviatura se escribe duplicando las letras para indicar el plural y con puntos y espacio entre cada una de las partes (EE. UU.)". Asimismo, apunta que "*Estados Unidos* es la forma abreviada del nombre oficial *Estados Unidos de América*, y que puede usarse con artículo o sin él". <https://www.fundeu.es/recomendacion/ee-uu-eua-usa-us/>

³ El acuerdo con el DOJ puede verse en United States Department of Justice. Criminal Division. February 25, 2019, https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1148951/download?utm_medium=email&utm_source=govdelivery

⁴ La SEC resolvió el caso a través de una orden administrativa interna de 2019 (*internal administrative order*) y no acudió a los tribunales. La orden está disponible en <https://www.sec.gov/litigation/admin/2019/34-85468.pdf>

⁵ Ampliamente sobre este caso VILLEGAS GARCÍA; ENCINAR DEL POZO, 2019.

las coimas pagadas. España se encuentra entre los países en los que la multinacional acepta haber entregado gratificaciones ilícitas, donde presuntamente pagó en 2011 al médico jefe del área de nefrología de un hospital público más de 90.000 dólares por obtener una licitación. Además, presuntamente costeó en España viajes a conferencias médicas a otros médicos y realizó donaciones para financiar proyectos de los médicos⁶. De momento no tengo constancia de que existan investigaciones penales en España. Pero las autoridades españolas podrían plantearse investigar e imputar por delitos de corrupción no solo a los médicos que presuntamente recibieron los sobornos, sino también a la propia multinacional si concurren los requisitos que establece el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), bien porque los hechos se han cometido en territorio español o aplicando el criterio de la jurisdicción universal. Y ello pese a que la empresa haya llegado a un acuerdo con las autoridades estadounidenses⁷. A nivel internacional parece estar cuajando una práctica cada vez más arraigada, especialmente en EE. UU., consistente en perseguir a las multinacionales por delitos de corrupción, aunque hayan llegado a algún acuerdo de no persecución en otros Estados. La posible vulneración del *ne bis in idem* de esta práctica está siendo objeto de numerosas contribuciones en el extranjero, algo que contrasta con la escasa atención que se le presta a este problema a nivel nacional.

Las empresas que sobornan a funcionarios extranjeros corren enormes riesgos de ser perseguidas penalmente, incluso si el delito se ha cometido en países en los que no se castiga a las personas jurídicas. Algunos Estados se han dotado de una legislación muy expansiva que permite conocer a sus tribunales y autoridades competentes de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales cometidos fuera de sus fronteras. Por ejemplo, las empresas multinacionales y sus directivos han sido enormemente temerosos de la actuación del DOJ y de la SEC por la comisión de actos corruptos. Y es que EE. UU. se ha convertido en los últimos veinte años en líder mundial en la persecución de la corrupción internacional⁸. El amplio brazo de la ley estadounidense permite enjuiciar a empresas extranjeras, entre ellas muchas europeas, por delitos cometidos en el extranjero.

Este escenario, sin embargo, está cambiando en los últimos años. La actuación de las autoridades de EE. UU. en esta materia ha generado controversias internacionales con otros países⁹. Algunos de ellos no se muestran conformes con la posibilidad de que sus multinacionales sean perseguidas y sancionadas en EE. UU., incluso aunque los hechos se hayan cometido en terceros países. Conscientes de estos riesgos, algunos países han aprobado normas de amplio alcance extraterritorial que permiten perseguir a sus empresas por los delitos de corrupción cometidos en el extranjero. Tratan

⁶ CASSIN, 2019.

⁷ De acuerdo con la Fundeu, “el gentilicio recomendado y mayoritario es *estadounidense*, como indica el *Diccionario panhispánico de dudas*”. <https://www.fundeu.es/recomendacion/ee-uu-eua-usa-us/>

⁸ RENIERE, 2019, p. 168.

⁹ BREWSTER; DRYDEN, 2018, p. 224.

así de responder no solo al carácter expansivo de la legislación estadounidense, sino también a la presión de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que ha instado a sus Estados miembros a reforzar la lucha contra los sobornos extranjeros.

La legislación de EE. UU., la del Reino Unido y la de Francia autorizan la persecución de las empresas, aunque el delito de corrupción no se haya cometido en su territorio ni aquellas estén domiciliadas en tales países (cuando se cumplan una serie de requisitos que veremos a continuación). Por esta razón, las empresas globales deben estar vigilantes y ser plenamente conscientes de que estas legislaciones pueden tener impactos directos en su operativa, incluso si su actividad económica en estos países es limitada. Las multinacionales no estadounidenses han sido frecuentemente el objetivo de las acciones de las autoridades de EE. UU. en relación con la corrupción de funcionarios extranjeros. En el caso del Reino Unido, la *Bribery Act* es relativamente reciente (2010) pero su amplio alcance territorial hace prever que sus autoridades se declaren competentes para perseguir a empresas extranjeras. Algo parecido sucede, como vamos a ver, en Francia.

La investigación y sanción de la corrupción a nivel transnacional se ha vuelto global, ya no es cosa sólo de EE. UU., sino que ahora intervienen más Estados. Por ello, las multinacionales se encuentran en una situación de incertidumbre, no tanto por lo forma de actuar de las autoridades estadounidenses, cuanto por lo imprevisible de la actuación de estos nuevos Estados dotados de normas muy expansivas para perseguir la corrupción transnacional. Esto supone para las empresas que, aunque hayan sido condenadas en un Estado por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, siguen corriendo el riesgo de ser nuevamente perseguidas y sancionadas por los mismos hechos en otros países. Si el pago de sobornos ha formado parte de la estrategia comercial de la multinacional en varios países, todos ellos podrán perseguir los hechos¹⁰. Que se alcance un acuerdo en EE. UU. mediante “acuerdos de enjuiciamiento aplazado” bajo la fórmula de *deferred prosecution agreements* (DPA) o *non-prosecution agreements* (NPA) no va a impedir que otros Estados investiguen e incluso sancionen los mismos hechos, especialmente si se han cometido en su territorio¹¹.

¹⁰ ARRIETA, 2016.

¹¹ Informa Arrieta del caso de la empresa francesa de petróleo y gas *Total S.A.*, acusada de violar la FCPA al utilizar a intermediarios para realizar pagos ilegales a un funcionario del gobierno iraní con el fin de obtener concesiones de petróleo y gas. La empresa firmó un DPA con el Departamento de Justicia en 2013 y acordó pagar una multa de 245 millones de dólares. A su vez, los fiscales franceses acusaron a Total S.A. de corrupción de funcionarios públicos extranjeros. Cfr. ARRIETA, 2016. En 2018 Total fue condenada por el *tribunal correctionnel* de París a una pena de multa de 500.000 euros por corrupción de agentes públicos extranjeros en el marco de la obtención de un enorme contrato de gas en Irán en 1997. Aparentemente la empresa había pagado a los intermediarios alrededor de 30 millones de dólares en concepto de sobornos entre los años 2000 y 2004 (Le Monde avec AFP, “Total condamné à 500.000 euros d’amende pour corruption en Iran”, *Le Monde*, 21 décembre 2018, https://www.lemonde.fr/international/article/2018/12/21/total-condamne-a-500-000-euros-d-amende-pour-corruption-en-iran_5401005_3210.html).

Esta situación puede afectar también a las multinacionales españolas. Imaginemos que una empresa española es condenada o llega a un acuerdo con autoridades extranjeras por la comisión de delitos de soborno de funcionarios extranjeros, ¿podrá ser también perseguida en España? Y a la inversa, si una multinacional extranjera es condenada o llega a acuerdos de admisión de responsabilidad en el extranjero por sobornar a funcionarios españoles¹², ¿podrá ser procesada por los tribunales españoles? Además, las multinacionales tanto españolas como extranjeras no estarán tranquilas si son sancionadas penalmente en España por estos delitos, porque el riesgo de una nueva persecución en otros países, especialmente EE. UU., es muy elevado.

El objetivo de la presente contribución es explicar el alcance jurisdiccional de las normas que castigan los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y el riesgo que corren las empresas multinacionales de ser perseguidas y sancionadas por los mismos hechos en varios Estados. Para ello, vamos a exponer la normativa y la práctica de EE. UU., Reino Unido y Francia, y cómo están resolviendo sus tribunales los problemas de duplicidad de persecuciones y sanciones por los mismos hechos. Analizamos también la normativa española proponiendo criterios para resolver el problema de la doble persecución y sanción de las empresas multinacionales, españolas o extranjeras, por delitos de corrupción en los negocios.

2. El riesgo de doble persecución y sanción de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales

El riesgo de doble persecución y sanción es evidente si tenemos en cuenta los criterios de aplicación de la ley penal en el espacio que se utilizan para perseguir la corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El principio de territorialidad no resulta de mucha utilidad para evitar persecuciones múltiples, porque los hechos delictivos suelen ocurrir en varios Estados, lo que provoca que cada uno de ellos sea potencialmente competente para investigar todo el delito, aunque solo una parte se haya cometido en su territorio. Además, EE. UU. utiliza un criterio muy amplio de la territorialidad a la hora de declararse competente para perseguir estos delitos (cfr. *infra*)¹³. También se recurre al principio de personalidad activa, que permite a un Estado enjuiciar a sus propios nacionales cuando han cometido un delito fuera de su territorio. En el caso de las personas jurídicas, la nacionalidad se

¹² En España los delitos de corrupción en las transacciones económicas internacionales (junto con los delitos de corrupción entre particulares) están sometidos a la *jurisdicción universal*. Los Tribunales españoles son competentes para conocer de estos delitos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional (art. 23.4.n) LOPJ) siempre que se cumplan una serie de requisitos (que veremos más adelante). Entre ellos, que “el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España”. Asimismo, se ha de tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 419, 420, 421, 424 y 427 CP, que contiene los delitos de cohecho genéricos, y la regulación del art. 23.3.h) LOPJ, que prevé la aplicación de la legislación penal española con base en el principio real o de protección de intereses. Veremos estas cuestiones más adelante.

¹³ DAVIS, 2016, pp. 59/60.

determina normalmente de acuerdo con el criterio del lugar en el que tienen su sede o domicilio social, algo que puede generar problemas especialmente cuando se trata de multinacionales con filiales establecidas en los países donde se cometen los delitos. E incluso los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales están sometidos al principio de jurisdicción universal, como ocurre en España, si bien como veremos sometido a restricciones.

El incremento de Estados dotados de legislaciones que permiten la persecución de delitos de corrupción cometidos en el extranjero aumenta la probabilidad de que varios de ellos se declaren competentes para investigar y enjuiciar los mismos hechos de corrupción. En EE. UU. se alude a las “*carbon copy*” *prosecutions*¹⁴, esto es, las persecuciones sucesivas de la misma conducta por distintos Estados. Y lo sorprendente es que existen numerosos ejemplos de persecuciones múltiples por los mismos hechos, sin que en los Estados implicados exista ningún impedimento jurídico basado en la prohibición del *bis in idem*.

Lo habitual suele ser que la multinacional llegue a un acuerdo con las autoridades de un país, en el que reconoce su responsabilidad por el pago de sobornos a empleados públicos extranjeros en numerosos Estados. Posteriormente es objeto de una nueva persecución y/o sanción en otro Estado por los mismos hechos, normalmente el Estado en el que se han cometido los hechos o del que son nacionales los funcionarios corruptos. Este segundo Estado cuenta con una ventaja indudable, dado que puede tomar como base la investigación realizada por las autoridades del primero de los Estados¹⁵ y cuenta con el dato esencial de que la propia multinacional ha admitido las acusaciones. Esto puede incentivar a algunos países que no disponen de grandes recursos a emprender investigaciones transfronterizas, beneficiándose del trabajo de otras autoridades extranjeras. Pero es evidente que esta estrategia tiene un inconveniente claro: estas nuevas persecuciones y sanciones pueden suponer una violación del principio *ne bis in idem*¹⁶.

Se trata de auténticas persecuciones duplicadas, en las que aparentemente se enjuician los mismos hechos¹⁷, los mismos pagos realizados a los mismos funcionarios y en relación con los mismos contratos. Posiblemente esto es consecuencia de las dificultades de persecución de los delitos de carácter transnacional, como la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, que están sujetos a la investigación y sanción de múltiples Estados. Son inevitables cuestiones tales como la concurrencia de jurisdicciones, en las que ha de dilucidarse, entre otras cosas, si los intereses de algún Estado deben prevalecer sobre los del resto de Estados competentes, o lo injusto de un sistema imprevisible que no dispone de ningún mecanismo

¹⁴ BOUTROS; FUNK, 2012, p. 260.

¹⁵ HOLTMEIER, 2015, p. 498.

¹⁶ HOLTMEIER, 2015, p. 498.

¹⁷ En principio, nada sugiere que las sanciones impuestas en un Estado hayan tenido alguna repercusión en el cálculo de las penas impuestas en otros Estados.

para evitar la imposición de varias sanciones en procesamientos distintos por autoridades diferentes¹⁸. Especialmente cuando los Estados que efectivamente imponen las sanciones no son los realmente afectados por los casos de corrupción.

Por ello, son cada vez más las voces que reclaman la prohibición de las dobles persecuciones y sanciones en aplicación del principio *ne bis in idem*. Un importante problema, sin embargo, es que no existe un reconocimiento expreso de la validez transnacional del principio *ne bis in idem*, tampoco en el contexto de los delitos de corrupción transnacional. Esto posibilita que en aquellos casos en los que se ha llegado a un acuerdo de no persecución entre uno o varios Estados y una multinacional, esta pueda ser perseguida por otros Estados que tengan conocimiento de los hechos y que sean competentes para hacerlo. Se suele poner como ejemplo el caso Odebrecht, en el que existió un acuerdo coordinado entre EE. UU., Suiza y Brasil y, pese al mismo, otros Estados iniciaron sus propias investigaciones¹⁹.

EE. UU. y otros países, como Israel y Brasil, indican que no existe una prohibición internacional del *bis in idem*. Sin embargo, esto no impide que tengan en cuenta las resoluciones de otros países, según las circunstancias, a la hora de decidir sobre los casos de corrupción que conocen²⁰. Existen supuestos en los que un Estado ha llegado a un acuerdo con una empresa a la que se sanciona por los mismos hechos por los cuales ya había concluido un acuerdo con otro Estado. Un ejemplo de esto se observa en Israel en el caso de *Teva Pharmaceutical Industries Ltd.*, que acordó, el 15 de enero de 2018, pagar 22,1 millones de dólares en multas a las autoridades israelíes como parte de una resolución sin juicio. En ella la empresa admitió haber pagado sobornos en Rusia y Ucrania, así como entregado gratificaciones indebidas en México para aumentar las ventas (la resolución en sí misma se basó en la violación de la Ley de Valores de Israel por falsedad contable)²¹. La resolución se produjo después de que en 2016 la empresa hubiese acordado pagar más de 519 millones de dólares a las autoridades estadounidenses por los mismos hechos²². Al decidir sobre lo adecuado de resolver el caso sin recurrir a un juicio, las autoridades israelíes tomaron en cuenta la cooperación de la empresa farmacéutica con la investigación, la aplicación de un programa integral de cumplimiento normativo y el hecho de que ya había sido sancionada por los delitos de soborno en EE. UU.²³

Esta postura coincide, al menos parcialmente, con la de aquellos Estados que

¹⁸ HOLTMEIER, 2015, p. 500.

¹⁹ Con las cuales Odebrecht acordó cooperar en los términos de las resoluciones que ya había alcanzado. OECD (2019), p. 171.

²⁰ Así, en el informe OECD, 2019, p. 170, se señala que Brasil informa de que la resolución de un caso en otro Estado no impide la investigación, el enjuiciamiento o la resolución posterior en Brasil sobre el mismo caso. No obstante, las autoridades brasileñas tendrían en cuenta los términos de la resolución firmada en el extranjero siempre que sea posible.

²¹ SOLOMON, 2018; también GELFAND, 2018.

²² DEPARTMENT OF JUSTICE, 2016.

²³ Cfr. OECD, 2019, p. 169.

tradicionalmente vienen considerando que debe tenerse en cuenta la condena impuesta en otro Estado por el mismo hecho mediante la reducción de la segunda condena (“*Anrechnungsprinzip*”, principio de deducción, principio de toma en consideración, principio de compensación o principio de cómputo). Lo habitual es exigir que haya habido una completa ejecución de la sentencia extranjera, si bien en caso de que la ejecución sea parcial entra entonces en funcionamiento el principio de compensación²⁴. Esto ocurre en *Alemania*, donde su Tribunal Constitucional ha señalado que no existe un reconocimiento internacional de la eficacia transnacional del principio *ne bis in idem*. Por ello, de acuerdo con el Derecho alemán, las decisiones extranjeras no impiden, en principio, la persecución de los hechos por los tribunales alemanes y la imposición de una pena²⁵. De acuerdo con el § 51 n° 3 StGB (*Strafgesetzbuch* – Código penal alemán), relativo al abono, en caso de condena en el extranjero por un hecho idéntico, se abonará la pena impuesta en el extranjero a la nueva pena en lo que ya haya sido ejecutada. Las excepciones a esta regla pueden proceder de los convenios bilaterales y multilaterales que incluyan una prohibición del *bis in idem*, algo que ocurre, como veremos, en el contexto de la UE, donde se reconoce expresamente la virtualidad de esta prohibición entre los Estados miembros²⁶.

El principio de agotamiento del procedimiento o principio de exclusión (“*Erledigungsprinzip*”) prohíbe terminantemente una posterior persecución y una segunda resolución sobre el mismo asunto (y referente a la misma persona). El criterio es que el principio *ne bis in idem* prohíbe un nuevo enjuiciamiento o cualquier persecución con base en los mismos hechos. En ocasiones será preciso iniciar un procedimiento para decidir sobre la identidad de los hechos²⁷. Con base en este criterio, algunos Estados reconocen que el *ne bis in idem* transnacional surte efectos a nivel nacional, si bien requieren que los hechos enjuiciados por la autoridad extranjera no hayan sido cometidos, en todo o en parte, en su territorio nacional (Francia)²⁸. Hay incluso algunos en los que este principio impide una nueva persecución a nivel nacional, incluso aunque los hechos se hayan producido en territorio del propio Estado, como ocurre en los Países Bajos²⁹.

Desde el punto de vista de las empresas multinacionales, que por su actividad suelen estar sometidas a la competencia jurisdiccional de varios Estados en casos de corrupción en el extranjero, el reconocimiento de efectos transnacionales al principio

²⁴ Ampliamente puede verse un estudio de Derecho comparado en DE LA CUESTA ARZAMENDI, 2002, pp. 755 ss.

²⁵ BVerfGE 75, 1, Beschluß, des Zweiten Senats vom 31. März 1987, - 2 BvM 2/86.

²⁶ Cfr. OECD, 2019, p. 169.

²⁷ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, 2002, p. 757, n° 6.3.

²⁸ Por eso, en el caso *Vitol*, al que aludiremos más adelante, si bien la empresa había alcanzado un acuerdo de culpabilidad con las autoridades estadounidenses, los tribunales franceses han entendido que los procedimientos en los Estados Unidos no impiden acciones legales en el sistema de justicia penal francés, puesto que los hechos también ocurrieron en territorio francés.

²⁹ Cfr. LELIEUR, 2013, p. 198, nota al pie 2.

ne bis in idem tiene la ventaja de que va a servir de incentivo para llegar a una resolución cuanto antes, normalmente mediante un acuerdo en el que admiten su responsabilidad en aquellos Estados donde ello sea posible. Las empresas procurarán colaborar activamente con las autoridades para concluir rápidamente un acuerdo, lo que va a impedir que otros Estados puedan perseguir los hechos. Sin embargo, este efecto bloqueo que produce el *ne bis in idem* puede presentar también algunos inconvenientes. Por ejemplo, el del *forum shopping*, esto es, que las empresas decidan optar por ser enjuiciadas o llegar a acuerdos en aquellos Estados en los que es probable que las sanciones y otras consecuencias sean menos severas³⁰, bloqueando así la persecución por parte de otros Estados que quizás se encuentran en mejor posición para hacerlo. También se ha apuntado la posibilidad de que ciertos Estados impongan sanciones menos severas a sus propias empresas para protegerlas de las consecuencias más estrictas que recibirían si fueran sancionadas por otros Estados³¹. En este sentido, por ejemplo, se informa de que en EE. UU. las sanciones económicas impuestas a las multinacionales extranjeras son superiores a las estadounidenses³².

En la medida en que existen más Estados dispuestos a perseguir de modo agresivo estos casos de corrupción, preocupa que las empresas multinacionales puedan ser sometidas a procesamientos sucesivos. Es cierto que los Estados tratan de evitar cada vez más problemas relacionados con el principio *ne bis in idem* recurriendo a distintos expedientes jurídicos, como la compensación de sanciones, acuerdos coordinados con las empresas entre varios Estados (por ejemplo, en el caso Odebrecht) o sobreseimientos de los casos. Algunas de estas soluciones mitigan ciertas preocupaciones, pero no parece que proporcionen un conjunto claro de principios que eviten las situaciones injustas derivadas de las persecuciones múltiples³³. Por ejemplo, en algunos casos no es posible alcanzar acuerdos entre distintas jurisdicciones por razón de las divergencias legislativas, procesales, diversidad de requisitos, etc.³⁴

Veamos si la normativa internacional en la materia, el Convenio de la OCDE de 1997, ofrece alguna pauta para resolver esta espinosa cuestión.

³⁰ Se refiere a este problema DE LA CUESTA ARZAMENDI, 2002, p. 759.

³¹ OECD, 2019, p. 168.

³² Ver los datos que ofrece GOLDEN, 2019, p. 917.

³³ HOLTMEIER, 2015, p. 506.

³⁴ Por ejemplo, explica Cassin que, en 2011, Johnson & Johnson (J&J) y DePuy resolvieron simultáneamente investigaciones paralelas contra ellos en EE. UU. y el Reino Unido por presuntos sobornos a funcionarios extranjeros en Rumania, Polonia y Grecia. J&J pagó en EEUU un total de 70 millones de dólares en concepto de multas penales y neutralización de ganancias, mientras que en el Reino Unido la *Serious Fraud Office* emitió una orden de recuperación civil de no más de 4,8 millones de libras teniendo en cuenta las sanciones impuestas en EE. UU. y el principio *ne bis in idem* (que impedía una nueva persecución penal), así como el hecho de que existía un embargo por valor de 5,7 millones de euros en procedimientos paralelos en Grecia. Cfr. CASSIN, 2011.

3. El Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997

Momento determinante en la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales fue la aprobación en 1977 de la llamada *Foreign Corrupt Practices Act* en EE. UU., para castigar penalmente el soborno de funcionarios públicos de gobiernos extranjeros por parte de empresas o ciudadanos estadounidenses. Conscientes de la necesidad de luchar contra este fenómeno a nivel internacional, EE. UU. comenzó una política internacional dirigida a fomentar que las legislaciones de otros Estados también castigaran penalmente estos comportamientos. Esta estrategia se materializó en el marco de la OCDE con la aprobación en 1997³⁵ del Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales³⁶. El Convenio es consciente del riesgo de persecuciones múltiples en los casos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y, por ello, su art. 4.3, tras afirmar los criterios de territorialidad y personalidad, dispone que “cuando más de una Parte tenga jurisdicción sobre un supuesto delito de los previstos en el presente Convenio, las Partes interesadas, a petición de una de ellas, celebrarán consultas con el fin de determinar la jurisdicción más apropiada para la persecución”.

El empleo del verbo “celebrarán” (“*shall ... consult*” en la versión inglesa) parece tener carácter imperativo³⁷, y exigir que las partes trabajen conjuntamente y diseñen un plan para asegurar que la empresa o la persona física en cuestión no sean sometidas a múltiples persecuciones. Además, la expresión que alude a la “jurisdicción más apropiada para la persecución” apunta a que, en caso de que existan múltiples investigaciones, solo un país debe perseguir los hechos³⁸.

Podría entenderse que el art. 4.3 está reconociendo el principio *ne bis in idem*, de manera que solo un Estado parte pueda perseguir los hechos, con independencia de que haya o no otros Estados involucrados³⁹. Sin embargo, el tenor literal del precepto señala que las obligaciones solo se activan cuando un país solicita una consulta⁴⁰. A esta misma conclusión han llegado los tribunales de EE. UU., donde es habitual referirse al asunto *United States v. Jeong* resuelto por el Quinto Circuito⁴¹. Se trataba del enjuiciamiento de un empresario (el señor Jeong) que ya había sido condenado en Corea del Sur por delitos de corrupción de funcionarios de EE. UU. para obtener

³⁵ Sobre los precedentes del Convenio cfr. BENITO SÁNCHEZ, 2012, p.72 ss.

³⁶ Instrumento de Ratificación del Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997, BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002.

³⁷ VAN ALSTINE, 2012, p. 1344.

³⁸ RENIERE, 2019, p. 200; DAVIS, 2016, p. 62.

³⁹ VAN ALSTINE, 2012, p.1344.

⁴⁰ VAN ALSTINE, 2012, p.1344; RENIERE, 2019, p. 200.

⁴¹ *United States v. Jeong*, 624 F.3d 706, 711 (5th Cir. 2010).

un contrato en el sector de las telecomunicaciones. Tras dicha condena, fue inducido por funcionarios estadounidenses a viajar a territorio de EE. UU. y, una vez allí, fue acusado de inmediato por el mismo delito. Corea del Sur también es parte del Convenio de la OCDE, por lo que el señor Jeong alegó que el art. 4.3 impedía una nueva persecución en EE. UU. por los mismos hechos. El Quinto Circuito rechazó esta alegación con base en el tenor literal del art. 4.3 del Convenio OCDE. A su juicio, la expresión “a petición de una de ellas” constituye una cláusula que condiciona la celebración de las consultas a la existencia de una petición. Y como ni EE. UU. ni Corea del Sur habían planteado tal petición formal, el tribunal concluyó que no era de aplicación el mencionado artículo.

No podemos remitirnos a los trabajos preparatorios del Convenio para interpretar este precepto, porque no existen. Sí que se han elaborado unos comentarios oficiales al Convenio, pero desafortunadamente no contienen ningún análisis de este precepto⁴², por lo que difícilmente se puede conocer la intención de los redactores. La doctrina estadounidense se ha pronunciado en el sentido de que, si bien el Convenio parece prever un único enjuiciamiento, ciertamente no defiende ni insiste en ello en todos los casos, pues hace depender esta solución de la petición de un Estado parte, lo que reduce la eficacia de aquel a la hora de evitar persecuciones múltiples⁴³. Los redactores, dice algún autor, claramente esperaban que, en caso de múltiples investigaciones, solo un país enjuiciara el caso⁴⁴. Pero la redacción no ha sido muy afortunada.

4. La Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos (*Foreign Corrupt Practices Act - FCPA*) de 1977 y su aplicación a las empresas multinacionales

Como venimos diciendo, la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)) fue la primera en tipificar penalmente el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. De manera muy resumida, se puede decir que tipifica dos grandes grupos de comportamientos⁴⁵: a) Delitos de corrupción, que castigan el acto pagar u ofrecer un pago corrupto a un empleado público extranjero con el fin de obtener una ventaja indebida u obtener o retener negocios, o encaminar negocios a la misma. b) Disposiciones sobre libros y registros, que exigen a los emisores de valores extranjeros o nacionales que estén registrados en las bolsas de valores de EE. UU. que cumplan con su normativa sobre el mantenimiento de registros y controles contables internos. Tales entidades deben llevar una contabilidad que refleje de forma precisa y justa las operaciones (incluidos

⁴² OECD, 1997.

⁴³ Así HOLTMEIER, 2015, p. 517, nota al pie 152.

⁴⁴ En esta línea, DAVIS, 2016, p. 62.

⁴⁵ Ampliamente sobre esta ley VILLEGAS GARCÍA; ENCINAR DEL POZO, 2019.

los propósitos de las operaciones de una organización), y diseñen y mantengan un sistema adecuado de controles contables internos. El DOJ y la SEC son los organismos competentes para aplicar las disposiciones relativas a los delitos de corrupción y a la contabilidad de la FCPA⁴⁶.

4.1. *Aplicación en el espacio de la FCPA*

Quizás lo que más preocupa a las empresas multinacionales (y también a los individuos) son los criterios de competencia jurisdiccional que contiene la FCPA. El ámbito de aplicación en el espacio de la FCPA comprende no solo los delitos cometidos en suelo estadounidense, sino también los realizados fuera de su territorio. Se puede así exigir responsabilidad, de acuerdo con dicha ley, incluso si el acto corrupto se lleva a cabo en su totalidad o mayormente fuera de EE. UU., siempre que se cumplan una serie de requisitos⁴⁷.

La FCPA se aplica a lo que denomina textualmente preocupaciones o cuestiones nacionales (*domestic concerns*)⁴⁸, que incluyen a los ciudadanos, nacionales y residentes en EE. UU., así como a cualquier empresa que tenga su lugar principal de negocios en EE. UU. o esté organizada de acuerdo con su legislación. Las empresas estadounidenses pueden ser consideradas responsables por las actividades de sus directivos, administradores, empleados, agentes externos (*third-party agents*) (con independencia de su nacionalidad)⁴⁹. Para que sea de aplicación la FCPA no es necesario que el ciudadano, nacional o residente, esté físicamente presente en territorio de EE. UU.

También se aplica a los emisores de valores de cualquier mercado bursátil de EE. UU. que están obligados a informar a la SEC. Por ejemplo, empresas que cotizan en la Bolsa de Valores de Nueva York, incluidas las españolas, están sometidas a las disposiciones de la FCPA cualquiera que sea el lugar del mundo en el que se encuentren situadas sus sedes y domicilios sociales. Especialmente se aplican a tales emisores las disposiciones sobre el mantenimiento de libros y registros y los controles contables. Igualmente, la FCPA comprende a los directores, agentes, empleados y accionistas que actúen en nombre de un emisor⁵⁰.

En 1998 el senado de EE. UU. ratificó el convenio de la OCDE, que exige a los Estados parte incluir el criterio de la territorialidad, razón por la cual se modificó la FCPA para incorporar dicho criterio⁵¹. Esencialmente, está sujeta a la FCPA toda persona que realice cualquier acto que fomente el pago de un soborno o una oferta

⁴⁶ Estos organismos también trabajan con otras agencias federales (por ejemplo, con la Oficina Federal de Investigaciones ("FBI") y socios de las fuerzas del orden para investigar y procesar las violaciones de la FCPA.

⁴⁷ Ampliamente RENIERE, 2019, pp. 184 ss.

⁴⁸ 15 U.S.C. §78dd-2.

⁴⁹ 15 USC § 78dd-2(h)(1).

⁵⁰ 15 U.S.C. §78dd-1.

⁵¹ 15 U.S.C. § 78dd-3.

de soborno mientras está en el territorio de EE. UU., incluso si no es un emisor de valores o una empresa nacional⁵². Se prohíbe a cualquier persona extranjera utilizar el correo o cualquier medio o instrumento de comercio interestatal de EE. UU. con esos fines. Por ejemplo, puede ser procesado en este país un individuo, cualquiera que sea su nacionalidad, que durante su estancia en el país realice algún acto que suponga la intervención en un pago corrupto a un empleado público extranjero⁵³. Las autoridades estadounidenses han realizado una interpretación muy amplia acerca de lo que ha de entenderse por territorio de EE. UU.⁵⁴. En especial el DOJ y la SEC consideran que activan la competencia jurisdiccional -puesto que implican el empleo del correo o de cualquier medio o instrumento de comercio interestatal-, conductas tales como realizar una llamada de teléfono o enviar un correo electrónico⁵⁵, mensaje de texto o fax desde, hacia o a través de EE. UU. que tengan relación con un pago corrupto. Lo mismo ocurre con el envío de una transferencia bancaria desde o hacia un banco estadounidense o la utilización del sistema bancario de este país de cualquier otro modo⁵⁶. Igualmente, si un extranjero asiste a una reunión en territorio de EE. UU. en la que se negocie un acto corrupto, e incluso los conspiradores, aunque ni siquiera estos asistan a la reunión⁵⁷. El DOJ y la SEC también afirman que las entidades y personas extranjeras pueden responder de acuerdo con la FCPA si ayudan e incitan (*aid and abet*), conspiran o actúan como agentes de un emisor o ciudadano, nacional, residente o entidad de EE. UU., con independencia de si la entidad o persona extranjera en sí realizó alguna acción durante su estancia en el país⁵⁸. En definitiva, también los inductores, conspiradores y otros partícipes con ciudadanos estadounidenses responden, aunque no hayan realizado sus conductas en territorio de EE. UU.

El DOJ, en particular, a través de sus declaraciones públicas y de los casos en los que ha intervenido, parece entender que incluso un contacto fugaz con el territorio estadounidense puede constituir un nexo suficiente para afirmar su competencia jurisdiccional sobre empresas e individuos extranjeros por conductas llevadas a cabo fuera de EE. UU.⁵⁹. Por ejemplo, en un acuerdo con *JGC Corp.*, una empresa japonesa de ingeniería y construcción acusada de hacer presuntos pagos corruptos a funcionarios del gobierno nigeriano, el DOJ sugirió que las transferencias realizadas a través de cuentas bancarias corresponsales en EE. UU. podían ser suficientes para

⁵² 15 U.S.C. §78dd-3(a).

⁵³ Además, el recurso a las figuras de la conspiración y la complicidad (*aiding and abetting*) amplían notablemente el alcance de la FCPA al permitir su aplicación a las personas físicas y empresas extranjeras por conductas realizadas fuera de EE. UU. que constituyan alguna forma de cooperación al delito.

⁵⁴ Cfr. WILSON, 2014, pp. 1063-1087.

⁵⁵ Informa GOLDEN, 2019, p. 917, que hasta el 70% del tráfico mundial de Internet pasa a través de un solo condado de Virginia Occidental (EE. UU.).

⁵⁶ Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, 2012, p. 11.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 12.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Cfr. HECKER; LAPORTE, 2013.

afirmar la competencia jurisdiccional con base en el criterio de la territorialidad⁶⁰. Es más, en el acuerdo del DOJ con *Magyar Telekom, Plc.*, una filial húngara de *Deutsche Telekom* y (en ese momento) un emisor de recibos de depósito estadounidenses en la Bolsa de Nueva York, afirmó su competencia jurisdiccional con base en el criterio de la territorialidad por la transmisión y almacenamiento de dos correos electrónicos en servidores de EE. UU.⁶¹

Con todo, existen decisiones judiciales recientes que expresan que esta competencia jurisdiccional tan amplia no está exenta de límites⁶². Así, los tribunales han cuestionado la interpretación extensiva que realizan el DOJ y la SEC, de manera que para que puedan conocer las autoridades judiciales de EE. UU. exigen que el delito se cometa mientras el autor se encuentra en el territorio estadounidense⁶³. En esta línea, en el asunto *United States v. Hoskins*⁶⁴ de 2018 un tribunal ha resuelto que el criterio de la territorialidad no permite perseguir a un sujeto acusado de conspiración y complicidad en actos corruptos (llevados a cabo por autores en EE. UU.), porque nunca había pisado el territorio de este país ni había trabajado para una empresa estadounidense.

4.2. EE. UU. no reconoce el principio *ne bis in idem* en casos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales

La cláusula que prohíbe el *ne bis in idem* (*Double Jeopardy Clause*) de la Quinta Enmienda a la Constitución de EE. UU. dispone que no “se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito”. Esta prohibición ha sido interpretada de manera restrictiva. Así, solo se aplica a los enjuiciamientos llevados a cabo por la misma instancia soberana, es decir, prohíbe que el gobierno federal o algún Estado federado procese dos veces a alguien por los mismos hechos, pero no impide que el gobierno federal procese a una persona condenada o absuelta por un Estado federado, o viceversa, que un Estado federado enjuicie a una persona condenada o absuelta por otro, y no da ningún valor a los enjuiciamientos en el extranjero. Por otro lado, no existen demasiadas restricciones a la hora de impedir la acumulación de sanciones administrativas y penales por los mismos hechos. En el caso *United States v. Hudson*⁶⁵ el Tribunal Supremo de EE. UU. sostuvo que las sanciones administrativas pueden acumularse a una condena penal o incluso imponerse tras una absolución, a menos que exista una “prueba muy clara” de que el legislador pretendía que la sanción administrativa fuera de naturaleza

⁶⁰ *U.S. v. JGC Corp.*, No. 11-cr-260, Information (Apr. 6, 2011), n° 20(e) y 22.

⁶¹ *U.S. v. Magyar Telekom, Plc.*, No. 1: 11CR00597, Información, 29 de diciembre de 2011, n° 2, 24, 26 (c) y 47.

⁶² Cfr. HECKER; LAPORTE, 2013.

⁶³ *U.S. v. Patel*, No. 1:09-cr-00335, Trial Tr. 5:11-14, 7:17-8:2 (D.D.C. June 6, 2011).

⁶⁴ *United States v. Hoskins* - 902 F.3d 69 (2d Cir. 2018).

⁶⁵ *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93, 1997.

penal o de que las sanciones fueran “tan punitivas”, en esencia, que tuvieran la naturaleza de auténticas penas. Por ello, en materia de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, es muy común que una multinacional sea objeto de investigaciones simultáneas o sucesivas por parte del DOJ y la SEC por la misma conducta y condenada a realizar cuantiosos pagos a ambos organismos⁶⁶.

Los tribunales estadounidenses se han negado a reconocer eficacia al principio *ne bis in idem*, con el fundamento de que, en la medida en que están involucradas las legislaciones de dos o más Estados soberanos, los comportamientos son distintos y, por lo tanto, no están siendo castigados dos veces. De acuerdo con la doctrina de la “doble soberanía” que mantiene el sistema jurídico de EE. UU., los tribunales consideran que, si un solo acto viola simultáneamente las leyes de dos Estados soberanos, el sujeto ha cometido dos delitos distintos. Por lo tanto, en la medida en que cada Estado soberano proceda de acuerdo con sus leyes, un sujeto puede ser acusado y condenado por ambos delitos. Recientemente el Tribunal Supremo ha negado de nuevo la validez del *ne bis in idem* a nivel nacional, entre el nivel federal y el nivel estatal⁶⁷.

Pese a esta situación, existen determinadas pautas o directrices que sigue el DOJ, que limitan el doble enjuiciamiento y sanción de los mismos actos. Destaca la llamada *Dual and Successive Prosecution Policy* (“Petite Policy”)⁶⁸, dirigida a los fiscales del país. Esta directriz impide el inicio o la continuación de un enjuiciamiento federal tras un enjuiciamiento estatal o federal previo basado sustancialmente en los mismos hechos, salvo que concurren ciertas circunstancias⁶⁹.

Así está la situación a nivel nacional. A nivel internacional no existe ningún límite legal que impida al DOJ emprender un nuevo procedimiento por hechos que ya han sido investigados y/o enjuiciados en otro país. El principio *ne bis in idem* no se aplica a casos de corrupción transnacional, por lo que EE. UU. puede perseguir a multinacionales que ya han sido enjuiciadas en otros países⁷⁰. A ello se une que, como se ha

⁶⁶ DAVIS, 2016, pp. 63-64.

⁶⁷ Caso *Gamble v. United States*, 587 U.S. (2019). Cfr. sobre este caso MULLEN, 2019, pp. 207-219; ESCOBAR VEAS, 2019.

⁶⁸ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2018.

⁶⁹ Primera, que el caso afecte a un interés federal especialmente importante; segunda, que la acusación en el caso juzgado no haya reivindicado de manera demostrable dicho interés; tercero, que el gobierno crea que la conducta del sujeto constituye un delito federal y que la prueba admisible probablemente será suficiente para obtener y sostener una condena por un juez imparcial. Como se puede observar, no se reconoce así ningún derecho a los acusados y condenados en otros procesos, sino simplemente la opción que tienen los fiscales de no proceder en estos casos con las salvedades descritas.

⁷⁰ ARRIETA, (2016). Pone como ejemplo el caso de la filial de la multinacional farmacéutica de origen británico GlaxoSmithKline (GSK). Su condena por delitos de soborno en China motivó múltiples persecuciones en otros países. En 2013, las autoridades chinas acusaron a GSK de emplear agentes para sobornar a funcionarios de salud pública chinos para promover el uso de sus productos. Un tribunal chino condenó en 2014 a la multinacional por haber pagado 482 millones de dólares en sobornos y le impuso una multa de 490 millones de dólares. Posteriormente, el Reino Unido y EE. UU. iniciaron investigaciones sobre las prácticas de ventas y distribución de GSK. La *Serious Fraud Office* del Reino Unido inició una investigación en 2014, pero el caso fue cerrado en 2019 por falta de pruebas. En EE. UU. la SEC llevó a cabo una investigación sobre

dicho, las sanciones que pueden imponer el DOJ y la SEC pueden servir para que las autoridades de otros países resulten advertidas de los delitos cometidos en su territorio o por sus nacionales. Esto ha motivado que en algunos casos otros Estados se hayan decidido también por investigar y enjuiciar los hechos⁷¹.

Hasta el año 2018, fecha en la que se introducen en el *Justice Manual* algunas referencias a los supuestos de múltiples persecuciones en el extranjero, el fiscal del caso debía valorar si los hechos habían sido ya enjuiciados en otro país y, junto con otros aspectos, decidía si los perseguía o no de nuevo. Era extremadamente difícil prever o evaluar el sentido de la decisión del fiscal⁷². En la práctica, los fiscales disfrutaban de un alto grado de discrecionalidad a la hora de valorar si existe causa probable de que se ha cometido un delito, y su decisión normalmente no es revisable⁷³. Las directrices que seguían los fiscales se encontraban en el documento conjunto del DOJ y la SEC titulado *FCPA A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*⁷⁴ del año 2012, así como en una serie de principios de aplicación elaborados tanto por el DOJ⁷⁵ como por la SEC⁷⁶. Ninguno de ellos mencionaba en aquel momento el problema de los enjuiciamientos múltiples o los problemas del *ne bis in idem* internacional. Hasta 2018, a falta de una posición oficial⁷⁷, se podían observar básicamente tres líneas de actuación de las autoridades estadounidenses:

1. Una primera marcada por lo que algún autor denomina enjuiciamientos “yo también” o “*me too*” (“*me too*” prosecutions)⁷⁸. Las autoridades estadounidenses investigan y persiguen hechos que ya han sido enjuiciados en un país extranjero. Se cita como ejemplo el caso de la petrolera estatal noruega *Statoil*, que en junio de

la empresa. En septiembre de 2016, GSK acordó pagar una multa civil de 20 millones de dólares para resolver el caso, pero no admitió ni negó las acusaciones (CASSIN, 2016). Informa Arrieta que las autoridades de otras jurisdicciones donde opera GSK, incluidas Rumania, Polonia y otras, han comenzado a investigar el supuesto uso de pagos ilícitos por parte de la empresa para promover la venta de productos.

⁷¹ En este sentido, ARRIETA, 2016, pone el ejemplo de la empresa francesa Alstom, que se declaró culpable de infracciones a la FCPA en 2014 y acordó pagar más de 772 millones de dólares en multas. Esto motivó que otros países decidieran también procesar a la empresa. Antes de ese acuerdo, en 2011, las autoridades suizas habían multado a Alstom S.A. con aproximadamente 40 millones de dólares por no haber evitado el soborno dentro de la empresa. Posteriormente, la Serious Fraud Office (SFO) del Reino Unido presentó cargos por la presunta mala conducta de la empresa en Lituania. La empresa se declaró culpable y fue multada con más de 6 millones de libras esterlinas y se comprometió a pagar casi 11 millones de libras en compensaciones al gobierno de Lituania. Asimismo, algunos ejecutivos fueron condenados por estos hechos en Reino Unido (ROBERTSON, 2019). La empresa también ha sido objeto de una investigación en Brasil por corrupción.

⁷² DAVIS, 2016, p. 65.

⁷³ DAVIS, 2016, p. 65.

⁷⁴ FCPA, 2012.

⁷⁵ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *U.S. Attorneys' Manual*, posteriormente denominado *Justice Manual*.

⁷⁶ SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934. Release No. 44969 / October 23, 2001. ACCOUNTING AND AUDITING ENFORCEMENT. Release No. 1470 / October 23, 2001. Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934 and Commission Statement on the Relationship of Cooperation to Agency Enforcement Decisions.

⁷⁷ Expone DAVIS, 2016, pp. 66-67, los comentarios de algunos miembros del Departamento de Justicia expresados en seminarios y otros actos.

⁷⁸ En palabras de DAVIS, 2016, pp. 67.

2004 fue condenada en Noruega por delitos de corrupción. Con posterioridad, el DOJ y la SEC comenzaron a investigar el caso que concluyó con un acuerdo en 2006 en el que *Statoil* se comprometía a pagar multas adicionales por lo que aparentemente parecían ser los mismos hechos⁷⁹.

2. En algunas ocasiones, pocas, el DOJ expresó de manera demostrable un interés en la investigación de un caso, pero decidió no proceder a su persecución por razón de la existencia de un enjuiciamiento completado en el extranjero⁸⁰.

3. Por último, en ciertos casos se produjo una cooperación y coordinación entre el DOJ y las autoridades judiciales extranjeras, al menos aparentemente. Esto parece deducirse de algunos indicios tales como la existencia de anuncios públicos simultáneos, reconocimiento mutuo en comunicados de prensa y, al menos en algunos casos, la distribución de responsabilidades a través del reconocimiento del denominado "crédito" (que veremos más adelante) por razón del pago de multas y otras sanciones en otro Estado⁸¹. No queda claro, sin embargo, cómo se ha gestionado esta coordinación, ni tampoco cómo se han distribuido las cantidades impuestas en concepto de sanción entre las distintas autoridades nacionales⁸².

4.3. *La nueva política de coordinación de persecuciones penales con las autoridades de otros países*

En 2018, como decimos, se introducen en el *Justice Manual* algunas referencias al tratamiento que ha de darse a los supuestos de múltiples persecuciones en el

⁷⁹ DAVIS, 2016, p. 63. Probablemente en este caso y en otros similares la empresa no fue capaz de prever las consecuencias que podrían derivarse del amplio alcance de la FCPA. Es posible que si hubiera anticipado la existencia de algún nexo con EE. UU. pudiera haber negociado un acuerdo con los fiscales estadounidenses con el fin de obtener una sanción pecuniaria menos onerosa.

⁸⁰ La doctrina estadounidense señala que no es fácil determinar qué casos son estos, pues el Departamento de Justicia, con carácter general, y como cuestión de política, no explica sus decisiones de no enjuiciar. Señala Davis que en el caso de la compañía holandesa SBM Offshore, la secuencia de eventos parece ser apuntar en este sentido. En 2012, SBM anunció públicamente que había sido objeto de una investigación por parte del Departamento de Justicia por haber realizado pagos ilícitos en varios países extranjeros. En noviembre de 2014, SBM anunció que había alcanzado un resultado negociado con las autoridades fiscales holandesas (equivalente a un NPA), que le obligó a pagar una multa muy significativa y evitó el enjuiciamiento en los Países Bajos. Al día siguiente, SBM anunció que el Departamento de Justicia le había informado que ya no estaba investigando el asunto. DAVIS, 2016, pp. 67-68.

⁸¹ Así DAVIS, 2016, p. 68, cita el caso *Johnson & Johnson*, en el que el acuerdo señala que la sanción de 21.400.000 dólares impuesta a la multinacional tiene en cuenta las sanciones económicas impuestas por el Reino Unido y Grecia. Cfr. *Letter from U.S. Department of Justice, Criminal Division, Fraud Section to Johnson & Johnson, Inc., Case 1:11-cr-00099-JDB*, Document 1-1 (Jan. 14, 2011), p. 5 (disponible en <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/04/27/04-08-11deputy-dpa.pdf>).

⁸² Explica DAVIS, 2016, p. 68, que en ocasiones las expresiones públicas en las que se alude a la "cooperación" entre autoridades ocultan en realidad la falta de una coordinación real. Cita como ejemplo, el acuerdo anunciado públicamente con la multinacional petrolera francesa Total SA, en cuyo comunicado de prensa el Departamento de Justicia expresó su "profundo aprecio por la cooperación y asociación de las autoridades policiales francesas", a pesar de que Total aparentemente no llegó a un acuerdo complementario con las autoridades francesas, y por lo tanto se enfrentó a un procesamiento allí incluso después de firmar el acuerdo con el Departamento de Justicia.

extranjero. En dicha reforma parece priorizarse la coordinación con las autoridades extranjeras para llegar a un acuerdo conjunto sobre una cuantía global a pagar por la empresa. El DOJ emitió una circular el 9 de mayo de 2018 en la que confirma esta nueva dirección⁸³. En ella se dispone que han de esforzarse, según corresponda, para coordinar y tener en cuenta la cuantía de las multas, sanciones y/o el decomiso pagado a otras agencias federales, estatales, locales o extranjeras que estén persiguiendo a una empresa por la misma conducta.

El *Justice Manual* proporciona orientación a los fiscales sobre cómo deben determinar si iniciar o rechazar el enjuiciamiento cuando otro país también está procesando los hechos. Estos factores son: (1) la “fuerza” del interés del otro país en el enjuiciamiento; (2) la capacidad y disposición del otro país para enjuiciar eficazmente; y (3) la condena u otras consecuencias que se puedan imponer en caso de que la persona sea condenada en el otro país⁸⁴. Desde el DOJ se alude a la importancia de actuar de manera coordinada con las autoridades extranjeras para garantizar la mayor probabilidad de asegurar la resolución más justa para el individuo o entidad⁸⁵.

El DOJ es consciente de que existen países en los que la prohibición del *bis in idem* impide en enjuiciamiento de una empresa (o persona física) dos veces por los mismos hechos. Por lo que se recomienda a los fiscales que coordinen sus actuaciones con tales países, para permitirles perseguir los hechos. Si los fiscales estadounidenses deciden coordinarse con las autoridades extranjeras, los negociadores deben decidir cómo “darse crédito” (*to credit*) mutuamente. Por ejemplo, un país puede imponer la sanción penal y otro puede exigir la restitución (*disgorgement*), en semejanza a lo que suele hacer el DOJ con la SEC. También puede decidirse que, una vez concretada la cuantía adecuada de la sanción, se cobre una parte y la cantidad restante se deje como crédito a otros países que se estén ocupando del caso⁸⁶. Al determinar cuánto crédito se ha de dar a otro país en particular hay una serie de factores que los fiscales anticorrupción estadounidenses van a valorar, entre ellos, el territorio en el que se cometió el delito, el lugar en el que se produjeron los daños y perjuicios, el Estado en el que residen las víctimas, la sede de las empresas involucradas, la nacionalidad de las personas responsables, el Estado que inició la investigación y el tiempo y los recursos invertidos por cada Estado⁸⁷.

A pesar de los importantes beneficios que tiene una resolución coordinada, en ocasiones puede no ser apropiada o simplemente puede que no sea posible. Por ejemplo, una autoridad extranjera puede no estar dispuesta a coordinarse con EE. UU. O

⁸³ Ver el documento del *Deputy Attorney General* titulado *Policy on Coordination of Corporate Resolution Penalties*, <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1061186/download> que modifica el *Justice Manual* que, entre otras cosas, introduce un nuevo título, 1-12.100 - *Coordination of Corporate Resolution Penalties in Parallel and/or Joint Investigations and Proceedings Arising from the Same Misconduct*.

⁸⁴ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2018, § 9-27.240.

⁸⁵ KAHN, 2018, pp. 132-133.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 135.

⁸⁷ *Ibidem*.

la autoridad extranjera puede optar por no investigar el caso y, en su lugar, tratar de acumular (*to “pile on”*) un acuerdo al que se alcance con el DOJ. Del mismo modo, las empresas pueden intentar aislar a las diversas autoridades investigadoras y tratar de negociar con cada una de ellas en lugar de alcanzar una resolución coordinada⁸⁸. Al determinar si es apropiado coordinarse con las autoridades extranjeras y tener en cuenta los pagos realizados a estas, los fiscales estadounidenses deben considerar, dice el *Justice Manual*, “[lo] ofensivo o indignante de la conducta inapropiada de una empresa; los preceptos legales sobre sanciones, multas y/o decomisos; el riesgo de demora injustificada en la obtención de una resolución final; la idoneidad y puntualidad de la revelación de información de una empresa y su cooperación con el Departamento, aparte de la revelación de información y la cooperación con otras autoridades competentes”⁸⁹.

Por ejemplo, en el caso *United States v. Odebrecht S.A.* se enjuiciaba a una empresa multinacional del sector de la construcción con sede en Brasil por haber presuntamente intervenido en un esquema generalizado dirigido a pagar sobornos por valor de cientos de millones de dólares a funcionarios gubernamentales de varios países. La investigación fue iniciada por las autoridades brasileñas, las cuales aportaron mucho tiempo y recursos en el caso, y gran parte del plan se desarrolló en territorio de Brasil. Sin embargo, además de Brasil, parte de las conductas se llevaron a cabo en EE. UU. y Suiza. Parte del dinero de los sobornos fue lavada a través de instituciones financieras suizas. Varias de las entidades *offshore* utilizadas para depositar y pagar los sobornos fueron creadas y gestionadas por personas ubicadas en EE. UU., y aparentemente dos empleados de Odebrecht intervinieron en los hechos desde EE. UU., a través de la celebración de reuniones y el movimiento de ganancias de origen delictivo⁹⁰. Puesto que gran parte de los hechos tuvo lugar en Brasil, y que había importantes intereses patrimoniales involucrados de este país, Suiza y EE. UU. acordaron dar crédito del 80% de la multa a Brasil, y dividieron el 20% restante entre ambos países⁹¹.

En definitiva, como se ha indicado ya, las tendencias en la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales se dirigen a implicar a las autoridades de los países involucrados en los hechos⁹². Entre los años 2016 a 2017 se han contabilizado al menos siete importantes resoluciones en las que han cooperado

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 136-137.

⁸⁹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (2018), § 1-12.100.

⁹⁰ Así lo informa KAHN, 2018, pp. 135-136.

⁹¹ *Plea Agreement, United States v. Odebrecht S.A.*, No. 16-643-RJD (E.D.N.Y. 2016), párrafo n° 21.

⁹² En un ejemplo reciente de 2019, se llegó a un acuerdo con una empresa extranjera que se comprometió a pagar una sanción por valor de 296.184.000 dólares por delitos de corrupción cometidos en Brasil e Irak. Esta cantidad fue repartida entre Brasil, que cobrará 214.331.033 y EE. UU. que recibirá 81.852.967 dólares. Cfr. *United States of America v. TechnipFMC plc*. Información obtenida de la base de datos que mantienen la *Stanford Law School* y la empresa *Sullivan & Cromwell LLP* con la denominación *Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse* (“FCPAC”).

autoridades de EE. UU., Brasil, Suecia, Países Bajos, Reino Unido y Singapur. Las sanciones totales impuestas a las empresas fueron de unos siete mil quinientos millones de dólares, de los cuales mil ochocientos se pagaron a EE. UU.⁹³

Si bien el DOJ rechaza normalmente renunciar a su jurisdicción, aunque los hechos estén siendo perseguidos en otros países, sí que admite que los acuerdos alcanzados con las autoridades extranjeras puedan ser tenidos en consideración mediante una reducción de la cuantía de la sanción en atención a lo pagado por la empresa a la autoridad extranjera. Es una práctica habitual del DOJ tener en cuenta tales acuerdos una vez que se ha calculado la cuantía de la multa utilizando la metodología de las *United States Sentencing Guidelines*, reduciéndola con base en circunstancias tales como la revelación de información por parte de la empresa, su cooperación y/o la reparación de los daños y perjuicios. Al decidir las sanciones potenciales que merece una empresa, el DOJ valora normalmente la gravedad de la conducta y no tiene en cuenta si el país en cuyo territorio se cometió el hecho o en el que tiene su sede la empresa ha impuesto una menor cuantía de pena o de multa. Esto significa que, incluso si la multa pagada a otro país es adecuada de acuerdo con su legislación, el DOJ valorará si conforme a las *United States Sentencing Guidelines* el resultado a pagar es una multa más elevada. De ser así, probablemente exigirá que se pague la diferencia a EE. UU. o a otro país involucrado en la resolución coordinada⁹⁴.

En algún supuesto el DOJ ha llegado incluso a sobreseer el asunto. Así, en 2018 la empresa *Guralp Systems Limited* recibió una carta formal de sobreseimiento del caso por parte del DOJ “a pesar de la evidencia de violaciones de la FCPA derivadas de los pagos de GSL” a un funcionario de Corea del Sur. La aplicación de la *Política de Coordinación de Resoluciones Corporativas* del DOJ combinada con la *Política de Cumplimiento Corporativo* dio como resultado una solución favorable para la empresa: sobreseimiento del caso y concesión de un crédito a las autoridades extranjeras en concepto de restitución o neutralización de ganancias⁹⁵. Entre los motivos por los que se llegó a esta conclusión está la colaboración voluntaria de la empresa con el DOJ mediante la aportación de documentos e información relevante para la investigación, los importantes esfuerzos correctivos emprendidos por GSL y el hecho de que la empresa tiene su sede en el Reino Unido, donde está siendo objeto de un investigación paralela por parte de la Oficina de Fraudes Graves (SFO) por infracciones legales relacionadas con la misma conducta (y se ha comprometido a aceptar la responsabilidad que se le imponga).

⁹³ Información aportada por EPSTEIN, 2018.

⁹⁴ LUSKIN; JENNINGS, 2018.

⁹⁵ *In re Guralp Systems Ltd.*, Letter to Matthew Reinhard from Daniel S. Kahn, Deputy Chief, Fraud Section, DOJ (Aug. 20, 2018). <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/1088621/download>

5. La corrupción en las transacciones comerciales internacionales y el *ne bis in idem* en Francia: el caso Vitol

La presión internacional de EE. UU. se ha tratado de ver en el origen de la aprobación en Francia de la Ley Sapin II. Son conocidas sus críticas a la falta de acción de otros países para perseguir y castigar la corrupción en las transacciones comerciales internacionales pese a haber asumido las obligaciones del Convenio de la OCDE. Un análisis comparativo evidencia, se dice desde el otro lado del Atlántico, que algunos Estados han sido más agresivos, eficaces y han conseguido muchos más resultados que otros en la aplicación de normativas anticorrupción⁹⁶. Se alega para ello el informe comparativo que realiza la OCDE sobre la aplicación del Convenio en los Estados parte⁹⁷, que se dice que demuestra que no todos los Estados han sido igual de enérgicos en el cumplimiento de las obligaciones de dicho convenio. Entre los Estados que no han sido muy eficaces (se apunta desde EE. UU.) se encuentra Francia, donde hasta antes de la aprobación de la Ley Sapin II no se había condenado a ninguna empresa por delitos de corrupción de funcionarios extranjeros. Las autoridades estadounidenses reaccionaron contra esta situación persiguiendo a las empresas francesas por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Se recurrió para ello a los criterios jurisdiccionales de la FCPA, como la presencia en EE. UU. de tales empresas, porque tenían filiales en este país, porque parte de las actividades ilícitas habían tenido lugar en su territorio o incluso porque en los pagos corruptos se habían utilizado dólares estadounidenses⁹⁸. Esto motivó que cuatro importantes y conocidas empresas francesas llegaran a acuerdos de culpabilidad y/o acuerdos de procesamiento diferido (*guilty pleas and/or Deferred Prosecution Agreements*) con las autoridades estadounidenses, aceptando el pago de más de dos mil millones de dólares⁹⁹. Como consecuencia de esta presión estadounidense por vía de persecución de las empresas, Francia decidió modificar su legislación impulsando reformas en el año 2015¹⁰⁰ que fructificaron en 2016 mediante la aprobación de la denominada Ley Sapin II¹⁰¹.

Esta Ley permite la aplicación extraterritorial de la legislación de este país a las empresas que cometan delitos de corrupción en el extranjero. Su art. 21 modifica el art. 435-11-2 del Código penal francés, en el sentido de que la jurisdicción francesa

⁹⁶ Así lo indica DAVIS, 2017a, p. 339, que es un antiguo fiscal adjunto de los Estados Unidos en el distrito sur de Nueva York.

⁹⁷ OECD, *Country Reports on the Implementation of the OECD Anti-Bribery Convention*, <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/countryreportsonteimplementationoftheoecdanti-briberyconvention.htm>

⁹⁸ DAVIS, 2017a, p. 339.

⁹⁹ A juicio de DAVIS, 2017a, p. 339, las cuatro empresas podrían y deberían haber sido procesadas en Francia.

¹⁰⁰ DAVIS; HECKER; GUNKA, 2016, p. 9.

¹⁰¹ LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

es competente para enjuiciar a cualquier persona física y / o jurídica sospechosa de haber corrompido a un funcionario público extranjero si esta última “ejerce toda o parte de su actividad económica en territorio francés”¹⁰². El criterio, por lo tanto, es que la actividad económica se realice (total o parcialmente) en Francia. Cualquier empresa extranjera que tenga una actividad comercial en Francia puede ser procesada por los tribunales franceses por corrupción de funcionarios públicos cometida en el extranjero. Adopta así una actitud mucho más agresiva que antes en la persecución extraterritorial de los delitos de corrupción cometidos por empresas en el extranjero¹⁰³.

Además, la Ley Sapin II elimina una serie de exigencias que limitaban la competencia de la fiscalía francesa para perseguir actos de corrupción cometidos en el extranjero. Ya no se exige, por ejemplo, el requisito de doble incriminación (art. 435-11-2 CP francés), de manera que no es necesario que la conducta constituya un delito tanto en Francia como en el país en el que se ha cometido, y los fiscales pueden perseguir el delito incluso en ausencia de denuncia presentada por la víctima o la autoridad del país en el que se ha cometido.

No existe, sin embargo, una regulación expresa sobre la aplicación del principio *ne bis in idem* transnacional. Existen dos casos en el marco del denominado Programa *Oil-for-Food* o Petróleo por alimentos, que permiten vislumbrar la posición que tendrá en los próximos años la jurisprudencia francesa respecto de este principio. En 2007 las autoridades francesas iniciaron investigaciones sobre unas veinte empresas sospechosas de haber violado el Programa Petróleo por alimentos, creado y administrado por la Organización de las Naciones Unidas en 1996, que permitía operaciones humanitarias estrictamente limitadas y supervisadas con el régimen de Iraq, sometido a un embargo internacional por la invasión de Kuwait en 1990. Este programa permitió al régimen de Saddam Hussein vender pequeños volúmenes de petróleo iraquí a empresas extranjeras, a precios determinados por la ONU y en cuentas administradas por esta organización internacional, para adquirir con la moneda extranjera obtenida alimentos y productos de primera necesidad. Sin embargo, a partir de 2000 el régimen iraquí violó el programa de la ONU, en particular la Resolución 986 del Consejo de Seguridad, al decidir aplicar un “recargo” en las ventas del 10% del valor del barril de crudo al margen de las cuentas administradas por la ONU. De esta manera, solo podían comprar petróleo iraquí u obtener contratos públicos en el país aquellas empresas extranjeras que decidían pagar este 10% adicional de forma completamente oculta, mediante bolsas de dinero en efectivo depositadas en las embajadas iraquíes en el extranjero o mediante pagos en cuentas a nombre de empresas pantalla. Al descubrirse esta práctica, el entonces Secretario General de la ONU Kofi

¹⁰² Sobre la interpretación de esta expresión, *cfr.* Circulaire du 2 juin 2020 de politique pénale en matière de lutte contre la corruption internationale, elaborada por el Ministerio de Justicia francés.

¹⁰³ DAVIS; LEVINE; GUNKA, 2016.

Annan decidió crear una comisión de investigación independiente (llamada Comisión Volcker). Tras dos años de trabajo, la comisión emitió un informe el 27 de octubre de 2005, que explica que, en tres años de aplicación, el sobrepago supuso unos ingresos de alrededor de mil millones de dólares al régimen iraquí. El informe describe con gran precisión los mecanismos de pago empleados, así como los nombres de las empresas extranjeras e intermediarias involucradas en estos pagos ilegales al régimen iraquí. Este informe motivó la apertura de investigaciones en EE. UU., Francia y otros países. La constatación de que había empresas francesas implicadas en este escándalo determinó que se iniciara una investigación judicial en Francia por los delitos de administración desleal (*abus de biens sociaux*), complicidad en administración desleal, tráfico de influencias y soborno activo de funcionarios públicos extranjeros. La investigación francesa se dividió en dos grupos de empresas, lo que motivó la denominación de los casos como Oil-for-Food I y Oil-for-Food II.

El caso Oil-for-Food I implicaba a diversas empresas e individuos. Entre las empresas presuntamente implicadas en este escándalo de corrupción se encontraba *Vitol*. Esta empresa había alcanzado un acuerdo de culpabilidad (*Deferred Prosecution Agreement* (DPA)) el 20 de noviembre de 2007 ante el Tribunal de Nueva York admitiendo haber cometido un delito de robo agravado por razón de la cuantía (*grand larceny*) de acuerdo con el Derecho penal de Nueva York. La justicia francesa procedió también penalmente contra *Vitol* en Francia por los mismos hechos. Para evitar esta nueva persecución, la empresa alegó ante los Tribunales franceses que el acuerdo de culpabilidad alcanzado en EE. UU. impedía que pudiese ser de nuevo perseguida en Francia. Lo contrario supondría una vulneración del principio *ne bis in idem*. El 8 de julio de 2013, un Tribunal Penal de París (*tribunal correctionnel de Paris*) pronunció una primera sentencia en este caso¹⁰⁴, absolviendo a todos los acusados. Los jueces entendieron que la empresa *Vitol* había pagado importantes multas en EE. UU. por los mismos hechos. Además, aplicando el *ne bis in idem*, consideraron la acusación extinguida, debido al efecto de cosa juzgada. El Tribunal Penal de París decidió que el acuerdo de culpabilidad alcanzado por *Vitol* con las autoridades estadounidenses impedía el procesamiento en Francia y que la aplicación del artículo 14 (7) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no está limitada exclusivamente a las decisiones procedentes de sentencias nacionales, sino que se extiende a las persecuciones en múltiples jurisdicciones cualquiera que sea el lugar en el que se hayan cometido los hechos¹⁰⁵. En cuanto a los otros acusados, los jueces consideraron que no estaban presentes todos los elementos de los delitos que se imputaban, en concreto, el delito de corrupción activa de funcionarios extranjeros. La fiscalía recurrió la absolución de todos los acusados ante el tribunal de apelación.

¹⁰⁴ Sobre esta sentencia cfr. LELIEUR, 2014, pp. 103-108; ROME, 2013, p. 1737; D'AVOUT; BOLLEE, 2016, pp. 2025 ss.

¹⁰⁵ LELIEUR, 2015, pp. 540-543.

El mismo Tribunal Penal de París emitió un segundo fallo el 18 de junio de 2015¹⁰⁶, en el caso denominado *Pétrole contre nourriture II*, que absuelve también a otras personas físicas y jurídicas por hechos similares con los mismos argumentos jurídicos.

El 26 de febrero de 2016, el Tribunal de Apelación de París decidió que el principio *ne bis in idem* no impide la persecución de los hechos en Francia. Para ello, recurre tanto a la normativa nacional como a la internacional aplicable. En relación con la nacional, los artículos 113.9 del Código penal francés y el art. 692 del Código de procedimiento penal francés disponen que cuando un francés ha sido condenado en firme en el extranjero y ha cumplido su pena o esta ha prescrito, no puede ser juzgado en Francia por aplicación de los principios de personalidad activa o de jurisdicción universal de acuerdo con la legislación francesa. Advierte el Tribunal de Apelación de París que esto no sucede en el caso examinado en la medida en que una parte de los hechos de corrupción se ha cometido en territorio francés, por lo que es posible una nueva persecución en Francia en aplicación del principio de territorialidad. Apparentemente uno de los intermediarios implicados tenía una cuenta bancaria domiciliada en Francia destinada a canalizar a través de ella las comisiones ocultas. En cuanto a la normativa internacional, se descarta la aplicación del art. 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la medida en que no se trata de relaciones entre Estados pertenecientes a la UE. El Tribunal confirma la aplicación del artículo 14 (7) del PIDCP a los casos en que las decisiones de los tribunales penales extranjeros tienen que ver con hechos cometidos en Francia¹⁰⁷. El Tribunal de Apelación, sin embargo, interpreta que el PIDCP no solo requiere que los hechos sean idénticos, sino también que el interés del Estado sea el mismo, esto es, que coincida el bien jurídico protegido. Y en este sentido, señala que el delito por el que llegó a un acuerdo en EE. UU. (*grand larceny* o robo agravado, un delito de carácter económico) no es el mismo por el que se pide el procesamiento en Francia (“soborno de funcionarios públicos extranjeros”, que tutela la lealtad en las transacciones económicas internacionales). Por ello, el Tribunal de Apelación de París niega que el principio *ne bis in idem* impida la persecución de los hechos en Francia, al no existir identidad de hechos. La doctrina se ha mostrado crítica con esta sentencia, especialmente en relación con la exigencia de que los delitos por los que se está procediendo tengan el mismo bien jurídico protegido¹⁰⁸, y reivindica que los tribunales franceses acojan la jurisprudencia de los tribunales europeos (TEDH y TJUE) en relación con lo que debe entenderse por identidad de hechos a efectos del *ne bis in idem*¹⁰⁹. Esta

¹⁰⁶ Sobre este fallo cfr. D'ORNANO, 2016, p.152; LELIEUR, 2015, pp. 540-543.

¹⁰⁷ Sobre esta sentencia cfr. LELIEUR, 2016, pp.1240 ss.

¹⁰⁸ LELIEUR, 2016, pp.1240 ss., se refiere a la posición retrógrada y difícilmente comprensible de la *Cour d'appel* en relación con lo que debe entenderse por identidad de hechos en relación con el alcance internacional del *ne bis in idem*, especialmente del art. 14.7 PIDCP.

¹⁰⁹ D'AVOUT; BOLLEE, 2016, pp. 2025 ss.

posición francesa no es práctica a nivel internacional, dicen los autores, en la medida en que las legislaciones penales de los países son distintas, por lo que es difícil que las calificaciones jurídicas de los hechos en los diversos Estados sean idénticas y persigan los mismos objetivos¹¹⁰.

El 14 de marzo de 2018, el Tribunal Supremo francés (*Cour de Cassation*) confirmó que el principio *ne bis in idem* no era aplicable al caso¹¹¹, en la medida en que el delito se había cometido, al menos en parte, en territorio francés. El Tribunal de Apelación había admitido que la jurisdicción francesa era competente para conocer de los hechos porque Vitol “tenía su centro de interés económico y financiero en París” y porque había organizado en París la comercialización del petróleo y el pago de los recargos ilícitos por su adquisición. En su recurso, alegan los representantes de la empresa que la referencia al centro de interés económico y financiero constituye un concepto tributario que no permite sin más la aplicación de la ley francesa, ni tampoco afirmar que ha existido un concierto u organización previa en territorio francés para la comisión de los hechos. El principio de territorialidad en el Derecho penal francés no exige que todos los elementos constitutivos del delito se hayan cometido en su territorio (art. 1 CP francés). Por ello, el juez francés también es competente para conocer de los hechos cuando solo parte de ellos se ha realizado en su territorio (art 113-2, párrafo 2 CP francés). El Tribunal Supremo francés, siguiendo la línea del Tribunal de Apelación, adopta una interpretación amplia del concepto de jurisdicción territorial francesa del artículo 113-2 del Código Penal para excluir la aplicación del principio *ne bis in idem* en el caso Vitol. De acuerdo con el Tribunal, “los tribunales franceses tienen jurisdicción sobre el soborno de funcionarios extranjeros cuando la comisión del delito haya sido decidida y organizada en territorio francés, donde se pagaron los importes de la remuneración”. Pues bien, la *Cour de Cassation* entiende que no es aplicable el *ne bis in idem* en la medida en que los delitos enjuiciados se han cometido dentro del territorio de la jurisdicción francesa. De acuerdo con el Derecho penal francés, la combinación de los artículos 113-6, 113-7 y 113-9 del Código Penal determina que el principio *ne bis in idem* solo se aplica al enjuiciamiento de delitos enteramente cometidos en el extranjero. No se trata de un supuesto en el que los hechos hayan sido enjuiciados en otro país de la UE (algo que impediría un nuevo procesamiento por aplicación del artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), sino de un caso perseguido en EE. UU. Llega a la conclusión de que, si bien los artículos 113-9 del Código Penal y 692 del Código de Procedimiento Penal prohíben a los tribunales franceses juzgar hechos que han sido definitivamente enjuiciados en el extranjero (fuera de la UE), esto sucede si se trata de aplicar las excepciones al principio de territorialidad (personalidad activa o jurisdicción universal). Pero no si Francia persigue los hechos

¹¹⁰ LELIEUR, 2016, pp. 1240 ss.

¹¹¹ Cfr. GALLOIS, 2018; ROBERT, 2018, pp. 459-463.

con base en el principio de territorialidad, al haberse cometido los hechos en territorio francés.

Con anterioridad al caso Petróleo por alimentos y la situación de Vitol, la *Cour de Cassation* se había pronunciado en el caso Tesler¹¹². Jeffrey Tesler se había declarado culpable ante las autoridades de EE. UU. en 2011 por infracciones de la FCPA relativas al soborno de funcionarios públicos nigerianos entre los años 2000 y 2004 cometidas en Nigeria y en Francia¹¹³. Tras cumplir una pena de prisión y pagar una multa importante, los tribunales franceses se declararon competentes para perseguir los hechos. En septiembre de 2016, el Tribunal de Apelaciones de París confirmó la decisión inicial del Tribunal Penal de París de desestimar el caso, puesto que la declaración de culpabilidad en EE. UU. le había privado de su derecho de defensa en Francia¹¹⁴. El 17 de enero de 2018, el Tribunal Supremo francés revirtió esta decisión¹¹⁵. Consideró que el acusado no había sido privado de su derecho a un juicio justo porque su enjuiciamiento por los tribunales franceses no estaba basado en el contenido del acuerdo celebrado con el DOJ estadounidense, de manera que podía seguir ejerciendo sus derechos de defensa y a no declararse culpable. Asimismo, el Tribunal Supremo francés rechazó el argumento de que no podía ser enjuiciado nuevamente en Francia porque ello supondría una vulneración del principio *ne bis in idem*, con el argumento de que las decisiones extranjeras no se habían convertido en cosa juzgada en Francia. Decidió asimismo que los tribunales franceses son competentes para conocer del caso, puesto que los hechos de los que se acusa a Tesler se habían cometido, incluso parcialmente, en territorio francés. Las empresas y los individuos no pueden alegar un acuerdo de culpabilidad firmado con las autoridades de EE. UU. para beneficiarse de la protección *ne bis in idem* si el delito se ha cometido, aunque sea parcialmente, en territorio francés¹¹⁶.

El problema de estos casos que tienen relación con EE. UU. es que los acuerdos celebrados con el DOJ y/o con la SEC suelen incluir cláusulas “bozal”. Estas prohíben a individuos, empresas o cualquier persona asociada con las empresas incluidas en el acuerdo hacer cualquier declaración que no coincida con la versión pactada de los hechos. Si el DOJ considera que una declaración pública, que puede serlo la defensa pública ante tribunales extranjeros, es contraria a la versión de los hechos convenida, puede proceder de nuevo contra la persona o empresa. Esto puede limitar el derecho a la defensa en Francia. Por esta razón, los tribunales franceses consideran que los acusados no van a resultar vinculados por la declaración de culpabilidad a la hora de ejercer sus derechos de defensa, pese a que tales declaraciones de

¹¹² La información sobre el caso en EE. UU. es accesible en la base de datos de la Universidad de Stanford <http://fcpa.stanford.edu/enforcement-action.html?id=238>

¹¹³ La descripción del caso puede verse en el informe DEBEVOISE & PLIMPTON, 2019, pp. 48-49. También puede verse información en el STEPTOE, 2019, p. 76.

¹¹⁴ Cour d'appel de Paris, chambre 5-13, 21 septembre 2016. Sobre esta decisión cfr. DAVIS, 2017b.

¹¹⁵ Cour de cassation, Chambre criminelle, 17 janvier 2018, n° 16-86.491.

¹¹⁶ Cfr. DEBEVOISE & PLIMPTON, 2019, p. 49.

culpabilidad normalmente obligan a renunciar al derecho a reclamar su inocencia ante otros tribunales en relación con el mismo delito. Esto, con todo, coloca a las empresas en una situación extrema ante las autoridades de EE. UU. Queda a la discreción del DOJ la determinación de si la defensa de la empresa ante los tribunales franceses constituye una declaración pública que contradice la versión de los hechos contenida en el acuerdo.

En el caso *Total / Irán*, el gigante del ámbito energético Total SA fue llevado a juicio en septiembre de 2018 ante el Tribunal Penal de París¹¹⁷. La empresa fue acusada del presunto pago de 30 millones de dólares en sobornos a funcionarios iraníes de alto rango entre 2000 y 2004, a cambio de concesiones de yacimientos de gas. El 21 de diciembre de 2018 el Tribunal Penal de París declaró a Total culpable de corrupción de funcionarios públicos extranjeros¹¹⁸. Inicialmente, el juicio debía durar varios días, pero se interrumpió debido al acuerdo alcanzado en mayo de 2013 con el DOJ de EE. UU., que prohibía a Total realizar cualquier declaración pública, en juicio o de otra manera, que fuera contraria al reconocimiento de la responsabilidad o de los hechos descritos en ese acuerdo¹¹⁹. Pese a ello, el Tribunal Penal de París condenó a Total por los mismos hechos. Los fiscales solicitaron la imposición de una multa por valor de 750.000 euros (el máximo que se podía imponer al tiempo de cometer el delito) y el decomiso de 250 millones de euros correspondiente a la su-puesta cantidad del producto del delito de corrupción. El Tribunal finalmente impuso una multa de 500.000 euros, pero no ordenó el decomiso.

La amplia apreciación jurisprudencial del principio de territorialidad sugiere que Francia está decidida a participar de una manera más activa en la lucha contra la corrupción de funcionarios extranjeros¹²⁰.

6. El *ne bis in idem* en el Reino Unido en casos de corrupción

En el Reino Unido se reconoce el principio *ne bis in idem* o *double jeopardy*. De acuerdo con las denominadas teorías del *autrefois*, absolución *autrefois* o condena *autrefois*, nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo delito. Por ello, si el acusado ha sido previamente absuelto o condenado por el mismo delito por el que

¹¹⁷ Información sobre este caso puede verse en el informe disponible en <https://www.debevoise.com/insights/publications/2019/01/fcpa-update-january-2019>, pp. 51-52.

¹¹⁸ Ver la información sobre este proceso en “Total condamné à 500 000 euros d’amende pour corruption en Iran”, *Le Monde*, Dec. 21, 2018, https://www.lemonde.fr/international/article/2018/12/21/total-condamne-a-500-000-euros-d-amende-pour-corruption-en-iran_5401005_3210.html

¹¹⁹ El acuerdo está disponible en <https://www.justice.gov/iso/opa/resources/9392013529103746998524.pdf>

¹²⁰ El Tribunal Supremo francés ha entendido que el artículo 4 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 14 (7) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que garantizan el principio *ne bis in idem*, solo se aplican cuando “ambos procedimientos se han iniciado en el territorio del mismo Estado”.

está siendo acusado, una declaración de *autrefois* impedirá la persecución¹²¹. La legislación antisoborno del Reino Unido se recoge en la denominado Bribery Act aprobada en 2010. En ella se otorga un amplio alcance extraterritorial a la aplicación de esta Ley, que dispone que los delitos de soborno cometidos por una empresa (regulados en el art. 7 de la Bribery Act) serán perseguidos “con independencia de si las acciones u omisiones que forman parte del mismo tuvieron lugar en el Reino Unido o en otro lugar” (art. 12.5 de la Bribery Act)¹²².

De acuerdo con los informes del Capítulo del Reino Unido de *Transparencia Internacional*, la *Serious Fraud Office* (SFO), el organismo encargado de perseguir la corrupción, ha concluido que el principio *ne bis in idem* impide un nuevo enjuiciamiento en el Reino Unido de las empresas que han sido condenadas en otros Estados. Señala incluso que los acuerdos que alcanzan las personas físicas o jurídicas con del DOJ de EE. UU. tienen el carácter de cosa juzgada que impide una nueva persecución en el Reino Unido¹²³.

Se suele citar como ejemplo de la posición de las autoridades británicas el caso *DePuy International Ltd.* De acuerdo con la SFO, esta empresa presuntamente realizó pagos a intermediarios con el fin de sobornar a profesionales médicos que trabajaban en el sistema griego de salud pública. En el comunicado de prensa de la SFO se afirmó que la sanción penal de la conducta realizada en Grecia se logró mediante la conclusión de un Acuerdo de Enjuiciamiento Diferido entre la matriz de *DePuy International Limited* y el DOJ de EE. UU. El director de la SFO llegó a la conclusión de que el principio *ne bis in idem* impide un nuevo enjuiciamiento en el Reino Unido¹²⁴. Ello no evitó, sin embargo, que se emitiera una orden de recuperación civil contra *DePuy International Ltd.* en la que se obligó al pago de 4,8 millones de libras más costas en reconocimiento de su conducta ilícita en relación con productos ortopédicos en Grecia entre 1998 y 2006¹²⁵. La SFO informó que abordó el asunto desde una perspectiva global, trabajando para que la consecuencia jurídica formara parte de un acuerdo global que neutralizara todos los beneficios ilegales obtenidos y, al mismo tiempo, supusiera una sanción. De acuerdo con la información facilitada, las ventas a los hospitales públicos griegos totalizaron alrededor de 33,5 millones de libras, de los cuales alrededor de 14,8 millones pasaron a *DePuy International*. Esta última cuantía estaría contaminada al proceder de una conducta delictiva¹²⁶. No se entiende, sin embargo, cómo se calculó el importe de los 4,8 millones de libras, si bien la SFO parece referirse al acuerdo global, las multas impuestas en EE. UU. y los activos congelados en Grecia. El principio *ne bis in idem* es el que ha

¹²¹ Cfr. ampliamente The Law Commission Consultation Paper No 156, *Double Jeopardy. A Consultation Paper*, 1999, nº 2.3.

¹²² Cfr. SANTANA VEGA, 2015, pp. 2-3.

¹²³ Transparency International UK, 2012, nº 356.

¹²⁴ *Ibidem*, nº 314.

¹²⁵ *Ibidem*, nº 313.

¹²⁶ *Ibidem*, nº 315.

evitado que se imputara penalmente a *DePuy International*, pese a que había abundante prueba para ello¹²⁷.

Esta postura de la SFO no está exenta de críticas. Se alega que no existe ningún pronunciamiento judicial que declare que un acuerdo de DPA en EE. UU. equivalga a una sentencia firme sobre el caso¹²⁸. Asimismo, el capítulo del Reino Unido de Transparencia Internacional se ha mostrado contrariado por la aplicación a casos como el indicado en el párrafo anterior, en especial cuando se trata de supuestos en los que está implicado EE. UU. Propone que la SFO explique públicamente su opinión sobre la aplicación del *ne bis in idem* en esta materia. Sin desconocer la relevancia de este principio, entiende que no debe emplearse para evitar los procesos penales en el Reino Unido, en aquellos casos en los que existe un gran interés público en defender la primacía de los tribunales británicos. Recurrir al *ne bis in idem* como motivo para no proceder penalmente, dice, exige que la SFO razone y justifique públicamente esta decisión. El capítulo del Reino Unido de Transparencia Internacional no aboga por enjuiciar y multar a las empresas por el mismo delito en varias jurisdicciones, pero hay casos en los que las empresas dentro del mismo grupo, o los acusados individuales, deben ser procesados en sus países de origen¹²⁹.

7. Derecho español

Entra dentro de lo posible que una empresa española resulte perseguida o llegue a un acuerdo con autoridades extranjeras por la comisión de delitos de corrupción de funcionarios extranjeros¹³⁰. La cuestión que se puede suscitar es si va a poder ser perseguida también en España por los mismos hechos. En el CP español se ha articulado una doble vía para perseguir los delitos de corrupción o cohecho de funcionarios públicos extranjeros. Por un lado, el art. 286 ter CP, entre los delitos “Delitos de corrupción en los negocios”, castiga el hecho de corromper o intentar corromper a un funcionario público extranjero con el fin de que actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para “conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales”. Se trata, por tanto, de supuestos de corrupción que se producen en contextos competitivos. Por otro lado, incluso aunque no concurra dicha dimensión competitiva, la conducta de la empresa española (o de sus integrantes) será reconducible a los tipos generales del delito de cohecho de los arts. 419, 420, 421, 424 y 427 CP. De acuerdo con el art. 427 CP se pueden aplicar los delitos

¹²⁷ *Ibidem*, nº 316.

¹²⁸ Así FLETCHER; PURNELL, 2019.

¹²⁹ Transparency International UK, 2012, nº 361.

¹³⁰ Por ejemplo, una importante constructora española está siendo investigada en Panamá por presuntos casos de corrupción. Cfr. “Panamá pide asistencia judicial a España y otros tres países por caso FCC”, *La Vanguardia*, 31 de agosto de 2020, <https://www.lavanguardia.com/vida/20200831/483240557308/panama-pide-asistencia-judicial-a-espana-y-otros-tres-paises-por-caso-fcc.html>

de cohecho genéricos cuando se trate de una conducta realizada por o que afecte a un funcionario público extranjero¹³¹.

Puede también plantearse la situación inversa, que una multinacional extranjera soborne a funcionarios españoles y resulte perseguida o llega a acuerdos de admisión de responsabilidad en el extranjero. Se discutirá nuevamente si la justicia penal española puede proceder contra esta empresa.

Entendemos que la competencia jurisdiccional de los Tribunales españoles dependerá del lugar en el que se haya cometido el delito que se imputa a la empresa. Son imaginables dos posibles escenarios: que el delito se haya cometido total o parcialmente en territorio español, o que haya sido cometido totalmente en el extranjero. Como se ha indicado ya, la LOPJ contiene criterios de aplicación de la ley penal en el espacio a efectos de determinar si los hechos pueden ser enjuiciados por la jurisdicción española.

7.1. *Hechos cometidos en territorio español*

El principio de territorialidad supone la aplicación de la ley penal española a los actos de corrupción llevados a cabo en el territorio nacional, con independencia de la nacionalidad de los intervinientes en el delito, sean personas físicas o jurídicas. Este criterio se contiene en el art. 8.1 del Código Civil¹³² y en el n° 1 del art. 23 LOPJ, que, al determinar la competencia de los órganos judiciales españoles, dispone, como punto de partida, que “en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte”.

Si los hechos han sido realizados total o parcialmente en territorio español, serán competentes las autoridades judiciales españolas sin ningún tipo de limitación. Los Tribunales españoles son competentes para conocer de los actos corruptos cometidos en todo o en parte en territorio español y por persona física o jurídica nacional o extranjera. La cuestión se complica cuando el hecho ha sido objeto de investigación y sanción por otro país competente de acuerdo con su legislación para conocer de los hechos (por ejemplo, EE. UU. de acuerdo con los criterios explicados). Imaginemos que la empresa ha llegado a un acuerdo de enjuiciamiento aplazado bajo la fórmula de *deferred prosecution agreements* (DPA) o *non-prosecution agreements* (NPA) o ha sido penalmente condenada por los Tribunales de otro Estado. ¿Podrán conocer en ese caso los Tribunales españoles? ¿El principio *ne bis in idem* vetará su intervención? Entiendo que la solución dependerá de si el Estado extranjero que ha enjuiciado los hechos pertenece o no a la Unión Europea.

¹³¹ Véase el trabajo de SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 647 ss.

¹³² “1. Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”.

7.1.1. Empresa investigada y condenada en otro país de la UE

Tratándose de una multinacional que ha sido objeto de investigación y sanción en un Estado miembro de la UE, no es posible volverla a enjuiciar y sancionar en otro Estado miembro UE. El principio *ne bis in idem* en la UE está consagrado en el art. 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales (CFR)¹³³ y en el art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS)¹³⁴. No existe, sin embargo, un acuerdo en cuanto a su contenido y alcance. Se discute, por ejemplo, qué debe entenderse por “*idem*” y los criterios de aplicación del “*bis*”. Por ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha desarrollado un interesante cuerpo jurisprudencial sobre la interpretación de este principio.

Merece la pena un inciso sobre el diálogo que se ha establecido en los últimos años en relación con el principio *ne bis in idem* entre los dos tribunales europeos que se han ocupado de él, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el TJUE¹³⁵. Hasta aproximadamente 2016 ambos tribunales interpretaron este principio en el sentido de ofrecer un elevado nivel de protección al acusado. Especialmente cuando se trataba de la concurrencia de sanciones penales y sanciones administrativas de carácter punitivo, de manera que la imposición de estas últimas también daba lugar a la prohibición del *bis in idem*¹³⁶. Sin embargo, esto ha cambiado tras dicha fecha, en la que ha comenzado una interpretación más restrictiva del principio, tratando en todo momento de evitar automatismos a la hora de aplicarlo. Muy especialmente ha sido clara esta evolución en relación con lo que se considera como *bis*. Es sabido que en numerosos Estados miembros de la UE es posible aplicar sanciones penales y administrativas en determinados ámbitos (doble vía), especialmente en el contexto de la delincuencia económica. Pues bien, ambos Tribunales europeos han revisado sus posturas al pronunciarse en recientes resoluciones¹³⁷ sobre la normativa de tales Estados que permite la imposición conjunta de sanciones penales y administrativas con respecto a la misma conducta, reduciendo de manera significativa el ámbito de aplicación del principio *ne bis in idem*¹³⁸.

Brevemente podemos señalar que los elementos para poder aplicar el principio *ne*

¹³³ Artículo 50. Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito. “Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley”.

¹³⁴ “Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena”.

¹³⁵ Sobre esto, cfr. ampliamente PÉREZ MANZANO, 2018, pp. 383-420.

¹³⁶ Como indican LASAGNI; MIRANDOLA, 2019, p. 127.

¹³⁷ En cuanto al TEDH, cfr. ECtHR, A and B v Norway [GC], Appl. 15 November 2016; Respecto al TJUE, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asuntos Luca Menci, C-524/15, 20 de marzo de 2018, ECLI:EU:C:2018:197; Garlsson Real Estate SA y otros, C-537/16, 20 de marzo de 2018, ECLI:EU:C:2018:193, y los asuntos acumulados C-596/16 (Enzo Di Puma/Consob) y C-597/16 (Consob/Antonio Zecca) de 22 de marzo de 2018, ECLI:EU:C:2018:192.

¹³⁸ Así LASAGNI; MIRANDOLA, 2019, p. 127.

bis in idem son: (1) el inicio de al menos dos procedimientos de naturaleza penal (*bis*), 2) relativos a los mismos hechos (*idem*), 3) contra la misma persona, y 4) una sentencia firme.

1) Respecto del contenido del *bis*, constituye un motivo que impide que una persona pueda ser perseguida por los mismos hechos en un Estado miembro que “haya sido juzgada en sentencia firme” en otro Estado miembro (art. 54 CAAS). Para apreciar que una persona ha sido “juzgada en sentencia firme” se ha de atender, de acuerdo con el TJUE, al Derecho del Estado que haya dictado la resolución penal de que se trata¹³⁹. Además, desde el punto de vista gramatical, es claro que en español dicha expresión se refiere a la resolución de un juez o tribunal, que es a quien corresponde la tarea de juzgar. Sin embargo, esta alusión plantea dificultades exegéticas importantes, en parte consecuencia de los diversos significados que tienen las expresiones utilizadas en los idiomas auténticos del Convenio¹⁴⁰. Se discute, por ejemplo, qué clase de resoluciones se consideran sentencias firmes. Una interpretación histórica permite observar que, durante la tramitación del CAAS, Bélgica propuso que tuvieran cabida resoluciones extrajudiciales. Alemania, sin embargo, defendió durante la fase de ratificación que dicho precepto se refería exclusivamente a las “sentencias extranjeras”. Esto lleva a algunos a entender que sólo caben en dicha expresión del art. 54 CAAS las sentencias y resoluciones que hayan sido emitidas por un Tribunal¹⁴¹. Es esta también la interpretación mayoritaria a nivel de Derecho comparado¹⁴². Por el contrario, la decisión del TJUE de 11 de febrero de 2003 en los asuntos acumulados *Gözütok y Brügge* va en el sentido de una interpretación más amplia del art. 54 CAAS¹⁴³. De acuerdo con ella, el campo del principio *ne bis in idem* no está limitado solo a las decisiones definitivas de los tribunales penales, sino que abarca también las decisiones pronunciadas por el fiscal, cuando estas terminen definitivamente las persecuciones. El TJUE declara que el principio es de aplicación también “a procedimientos de extinción de la acción pública, (...) por los que el ministerio fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado

¹³⁹ STJUE (Gran Sala), asunto *Piotr Kossowski*, C-486/14, de 29 de junio de 2016, ECLI:EU:C:2016:483, nº 35.

¹⁴⁰ Así VAN DEN WYNGAERT, 1999, p. 269, donde analiza las distintas versiones de la norma en los diferentes idiomas; DANNECKER, 2004, p. 170. También se refieren a esta cuestión, entre otros muchos, KÜHNE, (2003), p. 306; VOGEL; NOROUZI, 2003, p. 1061, en alemán se utiliza la expresión “*rechtskräftig abgeurteilt*”.

¹⁴¹ DANNECKER, 2004, p. 170.

¹⁴² Así el estudio comparado de DE LA CUESTA ARZAMENDI, 2002, p. 755, nº 5.2.

¹⁴³ SANTOS VARA, 2003, parece estar de acuerdo con esta decisión, ya que la transacción penal es admitida en la mayoría de los Estados miembros como manifestación del *ius puniendi*. Además, esta Interpretación, dice, se deriva también del Protocolo nº 7 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y del artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

determinado importe fijado por el ministerio fiscal”¹⁴⁴. Asimismo, se ha considerado que es resolución judicial firme, en el sentido de dicho artículo, una resolución definitiva de absolución por falta de pruebas¹⁴⁵, una absolución definitiva por prescripción del delito que dio lugar a la incoación de diligencias penales¹⁴⁶ y un auto de sobreseimiento por el que se decide no remitir el asunto a un tribunal competente para conocer sobre el fondo que impide, en el Estado contratante en el que dictó dicho auto, nuevas diligencias por los mismos hechos contra la persona a la que ampara dicho auto (a menos que aparezcan nuevas pruebas contra ella)¹⁴⁷.

Por otro lado, el TJUE ha rechazado la aplicación del principio *ne bis in idem*, tal y como se prevé en el artículo 54 del CAAS, “a una decisión de las autoridades judiciales de un Estado miembro de archivar un asunto después de que el ministerio fiscal haya decidido no proseguir la acción penal debido únicamente a que se han iniciado actuaciones penales en otro Estado miembro contra el mismo imputado y por los mismos hechos, sin que exista apreciación alguna en cuanto al fondo”¹⁴⁸. También “a una resolución por la cual una autoridad de un Estado contratante, después de examinar el fondo del asunto de que conoce, ordena, en una fase previa a la inculpación de una persona sospechosa de un delito, el archivo de las diligencias penales, cuando esta resolución de archivo, de acuerdo con el Derecho nacional de ese Estado, no extingue definitivamente la acción pública y no impide por tanto que se emprendan nuevas diligencias penales, por los mismos hechos, en ese Estado”¹⁴⁹. E incluso a la resolución de sobreseimiento adoptada por la fiscalía que finaliza el procedimiento de instrucción si las autoridades judiciales competentes no han examinado los elementos que conforman la propia sustancia de la situación jurídica, como la audiencia de la víctima y la del testigo¹⁵⁰.

En relación con el problema objeto de estudio en este trabajo, se va a discutir cuál es el valor de los acuerdos a los que lleguen las empresas en aquellos Estados miembros en los que así se prevea. Por ejemplo, en Francia existe la *convention judiciaire d'intérêt public*, que evita continuar con la acción penal contra una persona jurídica si cumple una serie de obligaciones que acuerda en el convenio. Se discutirá si dicho convenio significa que la persona jurídica ha “sido juzgada en sentencia firme” en otro Estado miembro (art. 54 CAAS) y, por lo tanto, bloquea la posibilidad de un nuevo procesamiento en otro Estado miembro. Lo habitual suele ser que el acuerdo

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de febrero de 2003 en los asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01 (Petición de decisión prejudicial del *Oberlandesgericht Köln* y *Rechtbank van eerste aanleg te Veurne*): *Hüseyin Gözütok* (C-187/01) y *Klaus Brügge* (C-385/01), 11 de febrero de 2003, ECLI:EU:C:2003:87, nº 48.

¹⁴⁵ *Van Straaten*, C-150/05, 28 de septiembre de 2006, ECLI:EU:C:2006:614.

¹⁴⁶ *Gasparini y otros*, C-467/04, de 28 de septiembre de 2006, ECLI:EU:C:2006:610.

¹⁴⁷ *M.*, C-398/12, 5 de junio de 2014, ECLI:EU:C:2014:1057.

¹⁴⁸ *Miraglia*, C-469/03, 10 de marzo de 2005, ECLI:EU:C:2005:156, nº 35. Sobre este caso, cfr. BLANCO CORDERO, 2005.

¹⁴⁹ *Turanský*, C-491/07, 22 de diciembre de 2008, ECLI:EU:C:2008:768, nº 45.

¹⁵⁰ *Kossowski*, C-486/14, 29 de junio de 2016, ECLI:EU:C:2016:483.

al que llega la empresa con las autoridades del Estado sea convalidado por una autoridad judicial. En Francia, el convenio es propuesto por la fiscalía, debe ser aceptado por la persona jurídica y debe ser sometido a la validación de un juez tras una audiencia pública. Precisamente la intervención de un juez con su acto de validación puede ser un argumento importante para entender que se trata de una resolución firme que impide un nuevo procesamiento. Si seguimos las orientaciones marcadas en los asuntos acumulados *Gözütok y Brügger* por el TJUE, parece probable que tales convenios cumplan los requisitos necesarios para bloquear persecuciones en otros Estados miembros.

2) En cuanto a lo que debe entenderse por *idem*, el TJUE¹⁵¹, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, opina que viene determinado por “la identidad de los hechos materiales, entendido como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido”¹⁵². Sigue así el criterio de la identidad de los hechos materiales, cualquiera que sea su calificación jurídica o el bien jurídico protegido¹⁵³. Evidentemente si los hechos objeto de persecución difieren, el *ne bis in idem* deja de ser aplicable. Tratándose de corrupción internacional esto puede ocurrir cuando intervienen multinacionales cuyas actividades se extienden en el espacio y en el tiempo. La resolución de las autoridades de un Estado UE puede referirse a hechos que no cubren la totalidad de las actuaciones delictivas de la empresa que son objeto de enjuiciamiento en otro Estado UE. Ello obligará a valorar si existe una igualdad sustancial o esencial entre los hechos sometidos a doble persecución, en cuyo caso esta resultará prohibida por el *bis in idem*, o si son hechos distintos, en cuyo caso será posible el inicio de nuevos procesos penales. Esta cuestión, sin embargo, no será fácil.

3) La aplicación del principio *ne bis in idem* presupone que es la misma persona la que es objeto de las sanciones o procedimientos penales en cuestión. De acuerdo con la redacción del artículo 54 CAAS y el propósito de las disposiciones del Título VI del Tratado de la UE, queda claro que solo “una persona que haya sido juzgada en sentencia firme” puede beneficiarse del principio *ne bis in idem*. En consecuencia, este principio no se aplica a personas que no sean aquellas cuyo juicio finalmente ha sido resuelto en un Estado¹⁵⁴. El TJUE ha interpretado el significado del requisito de “la misma persona” en un caso en el que debía valorar la relación entre la persona física y la persona jurídica para concretar si existía tal identidad personal. Concluyó que no existe identidad de personas cuando la sanción tributaria se ha impuesto a una

¹⁵¹ También el TEDH, caso *Sergey Zolotukhin v. Russia*, nº 14939/03. Judgment 10.2.2009 [GC], nº 84.

¹⁵² Van Esbroeck, C-436/04, de 9 de marzo de 2006, ECLI:EU:C:2006:165, nº 36; *Gasparini y otros*, C-467/04, nº 54, *Van Straaten*, C-150/05, nº 48; *Kraaijenbrinck*, C-367/05, 18 de julio de 2007, ECLI:EU:C:2007:444, nº 26.

¹⁵³ Van Esbroeck, C-436/04, nº 35-36; *Kraaijenbrinck*, C-367/05, nº 36.

¹⁵⁴ *Gasparini y otros*, C-467/04, 28 de septiembre de 2006, ECLI:EU:C:2006:610.

sociedad dotada de personalidad jurídica y el proceso penal se ha incoado contra una persona física, aunque la persona física sea el representante legal de la empresa sujeta a sanciones tributarias¹⁵⁵. En los casos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, se discutirá en el posterior proceso penal si la empresa que ha sido objeto de sanción penal en un país es la misma que la que está siendo objeto de persecución y sanción en otro. Muy especialmente cuando se trate de personas jurídicas que se integran en el mismo grupo de empresas¹⁵⁶.

4) Por último, está el requisito de que, “en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena” que se contiene en el artículo 54 del CAAS. El criterio de que la sanción “se ha ejecutado” o “se está ejecutando” se incluye en el art. 54 CAAS, pero no en el art. 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (tampoco en el art. 4 del Protocolo 7 CEDH). A pesar de esta falta de uniformidad, el TJUE ha reconocido la relevancia del requisito para la aplicación del principio *ne bis in idem* en el área de libertad, seguridad y justicia de la UE y ha subrayado su compatibilidad con la Carta de los Derechos Fundamentales¹⁵⁷. En su jurisprudencia, el TJUE considera que los procedimientos de extinción de la acción pública¹⁵⁸ y la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad¹⁵⁹ deben considerarse sanciones que se están ejecutando o que se han ejecutado. Del mismo modo, ha aceptado que el concepto de sanción que “no puede ejecutarse ya” del art. 54 CAAS se cumple cuando, en virtud del Derecho del Estado donde fue condenado, no haya podido ejecutarse directamente la pena que le fue impuesta por razón de particularidades procesales¹⁶⁰. Por el contrario, el TJUE rechazó el cumplimiento del criterio de que la sanción “se ha ejecutado” o “se está ejecutando” cuando el inculgado haya permanecido por breve tiempo en detención preventiva y/o en prisión provisional, y cuando, según el Derecho del Estado de condena, el tiempo de tal privación de libertad deba computarse a efectos de la posterior ejecución de la pena privativa de libertad¹⁶¹ y en el caso de que se haya pagado únicamente la multa penal impuesta a una persona condenada por la misma resolución a una pena privativa de libertad que no se ha ejecutado¹⁶².

En definitiva, estos son los requisitos que deben cumplirse para que el principio *ne*

¹⁵⁵ Asuntos acumulados *Orsi y Baldetti*, C-217/15 y C-350/15, de 5 de abril de 2017, ECLI:EU:C:2017:264.

¹⁵⁶ Y especialmente si existe una empresa matriz. Sobre la posibilidad de enjuiciar a la matriz por los delitos cometidos por sus filiales, cfr. BLANCO CORDERO, 2018, pp. 53-80; BLANCO CORDERO, 2019, pp. 893-906.

¹⁵⁷ *Spasic*, C-129/14 PPU, de 27 de mayo de 2014, ECLI:EU:C:2014:586.

¹⁵⁸ Asuntos acumulados *Gözütok y Brügge*, C-187/01 y C-385/01.

¹⁵⁹ *Kretzinger* C-288/05, de 18 de julio de 2007, ECLI:EU:C:2007:441.

¹⁶⁰ *Bourquain* C-297/07, de 11 de diciembre de 2008, ECLI:EU:C:2008:708.

¹⁶¹ *Kretzinger* C-288/05.

¹⁶² *Spasic*, C-129/14 PPU.

bis in idem impida un nuevo proceso de una empresa por delitos de corrupción cometidos en varios países. Si bien el TJUE ha aclarado muchos de los aspectos problemáticos, todavía surgirán dificultades cuando se trata de determinar si los hechos enjuiciados en el segundo Estado miembro coinciden con los ya resueltos en el primero, o si la empresa perseguida en el segundo Estado es la misma que ha sido sancionada en el primero, especialmente cuando se trate de filiales pertenecientes al mismo grupo.

7.1.2. Empresa investigada y sancionada fuera de la UE

El principio *ne bis in idem* consagrado en las disposiciones nacionales e internacionales mencionadas anteriormente no suele aplicarse a aquellas situaciones transnacionales en las que discurren procesos penales paralelos contra la misma persona en dos o más jurisdicciones penales diferentes. Como se ha indicado ya, los Estados entienden que aquellas disposiciones se refieren a la dimensión nacional del principio, que impide procedimientos penales acumulativos contra la misma persona por los mismos actos delictivos dentro de la misma jurisdicción penal.

Por ello, si los hechos se han cometido en todo o en parte en territorio español, nada impide que los Tribunales patrios sean competentes para su enjuiciamiento, con independencia de que el responsable sea una multinacional española o extranjera. Incluso si ha recaído sentencia firme en otro país o existe algún acuerdo de enjuiciamiento aplazado o de reconocimiento de culpabilidad.

Cuestión distinta es que esta persecución reiterada debería evitarse. Y en caso de no ser posible, deberían adoptarse criterios que evitaran una doble sanción. Por ello, si los hechos perseguidos en España coinciden en su totalidad con los sancionados en el otro Estado, los Tribunales españoles deberían tener en cuenta las sanciones impuestas (económicas o de otro tipo), o garantizar una adecuada atenuación de la segunda sanción¹⁶³. También sería conveniente que tuvieran en cuenta dichas sanciones en caso de que los hechos solo coincidan parcialmente, si bien en proporción con la parte de los hechos que se solapan.

Asimismo, si los tribunales españoles conocen que los hechos están siendo investigados por las autoridades de otros Estados, sería una buena práctica la coordinación de las persecuciones. La experiencia de las autoridades estadounidenses es interesante y ofrece muchos y variados criterios a tener en cuenta. Con todo, las diferencias entre las normativas nacionales pueden hacer difícil, si no inviable, cualquier cooperación. Especialmente en países como España, donde no se reconoce la posibilidad de alcanzar acuerdos con las personas jurídicas que impidan su procesamiento (algo que posiblemente debería ser revisado).

¹⁶³ En este sentido, cfr. las Resoluciones de la Asociación Internacional de Derecho Penal, *XVII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en Beijing (China) 12 al 19 de septiembre de 2004*, Sección IV: Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio '*ne bis in idem*', en *Resoluciones de los Congresos de la Asociación Internacional de Derecho Penal (1926 – 2014)*, 2015, n° I.8, p. 638.

Desde luego que el problema del *ne bis in idem* desaparece cuando se persiguen hechos que no coinciden (ausencia del *bis*). En ocasiones se trata de conductas de corrupción llevadas a cabo por la multinacional durante años en varios continentes y que implican a empleados públicos de numerosos países. Puede ocurrir que la sentencia recaída o el acuerdo alcanzado en un país se refiera a hechos que constituyen solo una parte de la totalidad de las actuaciones delictivas de la empresa. Por ello, si otro Estado decide perseguirla por hechos distintos, incluso que formen parte del mismo esquema de corrupción sistemática diseñado por la multinacional, no va a ser de aplicación el principio *ne bis in idem*¹⁶⁴. Ejemplo de esta situación puede ser el caso de Siemens, multinacional que llegó a acuerdos en los que se comprometía a pagar sanciones en varios países por conductas que no coincidían totalmente. Un caso de gran relevancia, por su impacto no solo mediático, sino también por la escala y el alcance geográfico de las irregularidades descubiertas. La multinacional llegó a un acuerdo con las autoridades estadounidenses y también con las autoridades de otros países (por ejemplo, Alemania, Italia, Grecia y otros) por hechos cometidos en ellos y no cubiertos (en principio) por aquel acuerdo¹⁶⁵. Se trata de supuestos en los que los acuerdos que alcanzan con las distintas autoridades nacionales en diferentes lugares del mundo parecen no superponerse¹⁶⁶. En cualquier caso, conviene valorar si los hechos se integran en un esquema generalizado de conducta de la multinacional, y tratar de coordinar los esfuerzos de los distintos Estados para lograr una persecución eficaz y equitativa.

Adicionalmente puede ocurrir que los procedimientos para enjuiciar los hechos difieran de unos Estados a otros. Por ejemplo, los procesos mediante los que se recuperan los bienes procedentes de la corrupción pueden tener un carácter civil. Este tipo de procedimientos no van a activar, en principio, el *ne bis in idem*¹⁶⁷.

7.2. Hechos cometidos fuera del territorio español: la jurisdicción universal y la protección de intereses

Ya hemos explicado que el CP español ha articulado una doble vía para perseguir los delitos de corrupción o cohecho de funcionarios públicos extranjeros. Por un lado, el art. 286 ter CP y, por otro, lo previsto en los tipos generales del delito de cohecho de los arts. 419, 420, 421, 424 y 427 CP. En ambos casos la legislación penal española puede aplicarse a hechos cometidos totalmente en el extranjero.

a) Los delitos de corrupción en las transacciones económicas internacionales

¹⁶⁴ ODUOR; FERNANDO; FLAH; GOTTWALD; HAUCH; MATHIAS; PARK; STOLPE, 2016, p. 68; en el mismo sentido, HOLTMEIER, 2015, pp. 503-504.

¹⁶⁵ Cfr. sobre el asunto Siemens, ampliamente, ODUOR; FERNANDO; FLAH; GOTTWALD; HAUCH; MATHIAS; PARK; STOLPE, 2016, p. 143 ss.; también HOLTMEIER, 2015, p. 504.

¹⁶⁶ HOLTMEIER, 2015, p. 505.

¹⁶⁷ ODUOR; FERNANDO; FLAH; GOTTWALD; HAUCH; MATHIAS; PARK; STOLPE, 2016, p. 68.

(junto con los delitos de corrupción entre particulares) están sometidos a la jurisdicción universal (art. 23.4.n) LOPJ)¹⁶⁸. Es cierto que la reforma del CP de 2015 eliminó el contenido del art. 445 CP que, incluido en el Capítulo X del Título XIX (Delitos contra la Administración pública), llevaba como rúbrica “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. La reforma de 2015, además de modificar el delito, lo trasladó al art. 286 ter CP, dentro de los “Delitos de corrupción en los negocios” (Sección 4º, del Capítulo XI, del Título XIII, del Libro II CP) y eliminó la alusión a la corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Entiendo que ello no impide considerar que la referencia que realiza el art. 23.4.n) LOPJ a los delitos de corrupción en las transacciones económicas internacionales se refiere hoy día al art. 286 ter CP (pese a que se encuentre ahora entre los delitos de corrupción en los negocios)¹⁶⁹. Por lo tanto, los Tribunales españoles son competentes para conocer de estos delitos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional (art. 23.4.n) LOPJ), siempre que se interponga previamente querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal (art. 23.6 LOPJ). Los requisitos para el ejercicio de esta competencia jurisdiccional son: que el procedimiento se dirija contra un español; que el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; que “el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España”; o, que “el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España”¹⁷⁰. Interesa en este trabajo este último supuesto, esto es, cuando el delito haya sido cometido por una persona jurídica, empresa organización o grupo con sede o domicilio social en España.

El nº 5 del art. 23 LOPJ regula lo que se conoce como subsidiariedad de la jurisdicción española¹⁷¹. De acuerdo con el criterio de la subsidiariedad que incorpora la

¹⁶⁸ Informan de procesos de investigación contra empresas españolas por posible violación de la *FCPA* en relación con hechos cometidos fuera de España, VILLEGAS GARCÍA; ENCINAR DEL POZO, 2019.

¹⁶⁹ Así lo entiende también SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 645.

¹⁷⁰ Advierte SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 645, que el precepto no tiene en cuenta el caso más frecuente desde un punto de vista criminológico que, dice, se trate de un delito cometido por un sujeto que sea colaborador, empleado o directivo no español, de una sociedad filial radicada en el país extranjero correspondiente y de una sociedad matriz española. Tampoco el caso de que el delito haya sido cometido por empleado o directivo no español de una sociedad no española ni tampoco filial, sino simplemente colaboradora de una entidad española que desarrolle su actividad en el país en el que se comete el delito.

¹⁷¹ La Exposición de Motivos de la LO 1/2014 dice expresamente: “También se delimita con carácter negativo la competencia de los tribunales españoles, definiendo con claridad el principio de subsidiariedad. En ese sentido, se excluye la competencia de los tribunales españoles cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento en un Tribunal Internacional o por la jurisdicción del país en que hubieran sido cometidos o de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión, en estos dos últimos casos siempre que la persona a la que se imputen los hechos no se encuentre en España o, estando en España vaya a ser extraditado a otro país o transferido a un Tribunal Internacional, en los términos y condiciones que se establecen.

En todo caso, los jueces y tribunales españoles se reservan la posibilidad de continuar ejerciendo su jurisdicción si el Estado que la ejerce no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente

LO 1/2014, los Tribunales españoles no van a poder conocer de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales en dos situaciones: a) cuando se ha iniciado un proceso por un tribunal internacional, algo poco probable hoy día porque ningún tribunal de estas características es competente para enjuiciar delitos de corrupción; b) si se ha iniciado un procedimiento por el “Estado del lugar en que se hubieren cometido los hechos o el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión”¹⁷².

Tratándose de los delitos de corrupción examinados en este texto, ya hemos visto que en el momento en el que se hayan realizado en parte en territorio nacional, los Tribunales españoles serán competentes con base en el criterio de la territorialidad. Si se han cometido en su totalidad fuera de España, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, cederá la jurisdicción española cuando esté conociendo algún Estado en cuyo territorio se han realizado los hechos de corrupción. También cederá cuando, habiéndose cometido el hecho íntegramente en el extranjero, esté conociendo de los hechos el Estado de nacionalidad de la persona jurídica. Recordemos que en este caso es el criterio de la sede o domicilio social el que determinará la nacionalidad de la empresa. No cederá la jurisdicción universal española, según esto, cuando esté conociendo cualquier otro Estado que no tenga ningún tipo de conexión con los hechos. Aquí será objeto de debate jurídico cuándo existe conexión territorial con los hechos en caso de que estén siendo objeto de enjuiciamiento por un Estado que realice una interpretación amplia de este criterio. Por ejemplo, se podrá discutir si el mero hecho de que un mensaje de correo electrónico atravesase por los servidores de EE. UU. puede atraer su competencia jurisdiccional para conocer de la totalidad de los hechos cometidos en el extranjero.

b) La duplicidad de regulaciones que existen en el CP para el castigo de la corrupción de funcionarios extranjeros se refleja también en la persecución extraterritorial de los delitos genéricos de cohecho de los artículos 419 y siguientes CP que, recordemos, son delitos contra la Administración pública. La jurisdicción penal española se extiende a estos delitos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 23.3.h) LOPJ, siempre que los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como delitos contra la Administración Pública española. El art. 23.3 LOPJ regula el conocido principio real

hacerlo. La valoración de estas circunstancias, que por su relevancia corresponderá a la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, se llevará a cabo conforme a los criterios recogidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”. Exposición de Motivos de la *LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal*, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014, párrs. 6º y 7º.

¹⁷² Se precisa en esta segunda situación que es de aplicación la subsidiariedad si el presunto responsable no se encuentra en territorio español o se ha comenzado un procedimiento de extradición al lugar donde se hayan cometido los hechos, al lugar de donde sean nacionales las víctimas o el presunto responsable se ponga a disposición de un tribunal internacional. En caso de que la extradición no sea autorizada, podrán proceder los Tribunales españoles.

o de protección de intereses, de acuerdo con el cual la ley penal española se aplica de forma excepcional a hechos cometidos fuera del territorio nacional, tanto si los comete un nacional como un extranjero, siempre que afecten a intereses básicos del Estado. Silva Sánchez ha señalado muy oportunamente que la equiparación que realiza el art. 427 CP entre la protección de la Administración pública española y las Administraciones extranjeras (y las de las organizaciones internacionales), permite perseguir hechos de corrupción de funcionarios extranjeros cometidos fuera del territorio nacional en aplicación del art. 23.3.h) LOPJ¹⁷³. La aplicación de este principio de protección de intereses no está sometido a ningún requisito de conexión, salvo el propio de la afectación de intereses básicos del Estado español y el formal de la exigencia de previa interposición de querrela por el agraviado o el Ministerio Fiscal (art.23.6 LOPJ). Silva Sánchez señala que el punto de conexión exigible en este caso es que hayan intervenido en el hecho ciudadanos españoles, propuesta interesante que pienso que pretende evitar una expansión desmedida de la aplicación de la ley penal española en el espacio¹⁷⁴. Sin embargo, la LOPJ no exige este punto de conexión y admite que los hechos sean cometidos tanto por un nacional como por un extranjero. Posiblemente la limitación pueda ser otra, entender que, pese a lo que dice el art. 427 CP, la aplicación del principio de protección de intereses solo se aplica, de acuerdo con el tenor literal del art. 23.3.h) LOPJ, cuando el delito afecto a la Administración pública “española”, dejando fuera a las Administraciones extranjeras. Esto tiene sentido en la medida en que el principio real o de protección de intereses requiere que el delito afecte a intereses básicos del Estado español, algo que no ocurre si los hechos afectan a la Administración pública extranjera.

Esta interpretación permitiría perseguir en España hechos de corrupción de empleados públicos españoles llevados a cabo por multinacionales en el extranjero. Los problemas de aplicación del principio real o de protección de intereses son evidentes si tenemos en cuenta que, con anterioridad a la reforma de la LOPJ de 2014, se sometía al principio *ne bis in idem*. En efecto, la extensión de la ley española a delitos cometidos en el extranjero se supeditaba a que el delincuente no hubiera sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o en este último caso, a que no hubiera cumplido la condena (art. 23.5 LOPJ en la redacción anterior a LO 1/2014). La reforma de la LOPJ operada por LO 1/2014 suprime este requisito para el principio de protección de intereses. Esto permite que los tribunales nacionales sean competentes para conocer de los mismos hechos que afecten a empleados públicos españoles, incluso aunque hayan sido juzgados (y los delincuentes, personas físicas o jurídicas, condenados) en el Estado en cuyo territorio se han cometido los hechos (o de origen de la multinacional). Como se ha señalado anteriormente, debería evitarse una nueva persecución reiterada en España. Si se estima que esto no es posible, deberían

¹⁷³ SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 648.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

adoptarse criterios que evitaran una doble sanción, como tener en cuenta las sanciones impuestas (económicas o de otro tipo), o garantizar una adecuada atenuación de la segunda sanción.

8. Conclusiones

1. A nivel internacional, el principio *ne bis in idem* se prevé como un derecho del individuo en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, si bien se interpreta que se está refiriendo únicamente a su aplicación dentro de los Estados (aplicación estrictamente nacional). No existe, por lo tanto, un reconocimiento del principio *ne bis in idem* con relevancia transnacional (con la salvedad de lo indicado en la UE). Precisamente entre los riesgos que corren las empresas multinacionales se encuentra el de ser perseguidas de forma reiterada por distintos países cuando cometen delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales¹⁷⁵. Este riesgo es consecuencia del amplio alcance extraterritorial de la ley penal de algunos Estados (tradicionalmente EE. UU., y ahora también Reino Unido y Francia) que permite a sus tribunales y otras autoridades declararse competentes para investigar y sancionar actos de corrupción que no se han producido en su territorio. Suele tratarse de Estados desarrollados, que imponen importantes sanciones económicas a las multinacionales, muy a menudo por delitos que cometen en los países en vías de desarrollo. Es ciertamente paradójico que esta modalidad de corrupción suela tener como víctima a países en vías de desarrollo, pero la sanción económica se pague a los países desarrollados¹⁷⁶. Urge, por ello, repensar esta situación.

2. Es evidente que la corrupción produce efectos negativos en la economía, distorsionando los mercados y limitando el desarrollo de los países¹⁷⁷. Pero que las multinacionales sean perseguidas por varios Estados puede motivar que estas no inviertan en aquellos países en los que el riesgo de cometer delitos corrupción es elevado. Además, va a desincentivar que estas colaboren de manera voluntaria con las autoridades, en la medida en que ello puede dar lugar a sanciones en varios Estados por los mismos hechos. Incluso va a evitar que las multinacionales lleguen a acuerdos de no persecución o de admisión de la culpabilidad por miedo a persecuciones múltiples¹⁷⁸. Se disuade así a las empresas de realizar investigaciones internas para detectar conductas corruptas y de informar de los delitos detectados¹⁷⁹.

3. Conviene, por tanto, adoptar medidas para neutralizar el efecto negativo de la pluralidad de persecuciones. Especialmente si el principio *ne bis in idem* no despliega

¹⁷⁵ BOUTROS; FUNK, 2012, p. 260.

¹⁷⁶ GOLDEN, 2019, pp. 916 ss.

¹⁷⁷ Ampliamente TRZCINSKI, 2013, p. 1280.

¹⁷⁸ BULOVSKY, 2019, p. 551.

¹⁷⁹ TARUN; TOMCZAK, 2010, p. 154.

sus efectos cuando se trata de casos transnacionales. Una medida que parece imponerse es la posibilidad/obligación de que los Estados implicados en la persecución de hechos corruptos sustancialmente idénticos *cooperen* para alcanzar un resultado equitativo. La mejor vía para lograr este tipo de colaboración es, posiblemente, la reforma del Convenio de la OCDE, de manera que los Estados resulten obligados a entablar consultas, negociar y repartir, en su caso, las sanciones económicas impuestas¹⁸⁰.

4. Esto, con todo, no será fácil. En algunos Estados, como España, se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no se permiten acuerdos de sobreseimiento sometidos a condición (aunque sí la conformidad de personas jurídicas hoy en art.787.8 LECrim), lo que puede obstaculizar la cooperación con las autoridades de otros Estados. Convendría asimismo que se reconociera legalmente la posibilidad de repartir las sanciones con otros Estados, especialmente aquellos que son víctimas de la corrupción de las multinacionales.

5. La salvedad a todo esto se encuentra en la UE, donde el principio *ne bis in idem* tiene un reconocimiento expreso y el TJUE ha ido fijando directrices sobre su aplicación. Por ello, tratándose de una multinacional que ha sido objeto de investigación y sanción en un Estado miembro de la UE, no es posible volverla a enjuiciar y sancionar en otro Estado miembro UE. Entre los problemas que pueden surgir se encuentra el relativo al valor de los acuerdos de no persecución a los que lleguen las empresas en aquellos Estados miembros en los que así se prevea, y si estos bloquean la posibilidad de un nuevo procesamiento en otro Estado miembro. El análisis de la jurisprudencia del TJUE permite aventurar que sí que producirán ese efecto bloqueo, pero es algo que aún está por ver.

6. En el caso de España, si los hechos han sido cometidos fuera del territorio nacional, la doble regulación de los delitos de corrupción de funcionarios públicos españoles y los criterios de aplicación de la ley penal en el espacio en ambos supuestos (la jurisdicción universal y la protección de intereses) no impiden dobles persecuciones por los mismos hechos. Es conveniente, con todo, adoptar criterios que eviten la duplicidad de persecuciones y sanciones, bien renunciando a una nueva persecución o, de no ser posible, teniendo en cuenta las sanciones impuestas en el otro Estado.

7. Posiblemente muchos de los problemas examinados se solucionarían si internacionalmente se le reconocieran efectos al principio *ne bis in idem*. Pero aún estamos muy lejos de ello.

¹⁸⁰ Un reciente ejemplo muestra el riesgo de las múltiples investigaciones a las que pueden ser sometidas las multinacionales, pero también la colaboración entre las autoridades de diversos países para perseguir la corrupción transnacional. Se trata del caso Airbus, el gigante aeronáutico europeo, que ha llegado a un acuerdo con las autoridades de Francia, Reino Unido y EE. UU. para cerrar sus investigaciones en materia de corrupción obligándose al pago de 3.598 millones de euros más intereses y costes. Estas investigaciones se refieren al pago de sobornos para obtener contratos en varios países. Pese a ello, se informa de que las autoridades malasias investigan a la empresa por el presunto pago de sobornos a ejecutivos de una aerolínea. “Airbus acuerda pagar 3.600 millones para cerrar sus casos de corrupción”, *Expansión*, 3 de febrero de 2020, <https://www.expansion.com/empresas/industria/2020/02/03/5e37dde2e5fdea71768b4601.html>

Bibliografía

- ARRIETA, L.B. (2016), “How Multijurisdictional Bribery Enforcement Enhances Risks for Global Enterprises”, https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2016/06/08_arrieta/
- BENITO SÁNCHEZ, D. (2012), *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Iustel, Madrid.
- BLANCO CORDERO, I. (2005), “El principio *ne bis in idem* en la Unión Europea. (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5.^a) de 10 de marzo de 2005 en el Asunto C-469/2003: Asunto Miraglia)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 3, 2005, pp. 1972-1987.
- BLANCO CORDERO, I. (2018), “Responsabilidad penal de la sociedad matriz por los delitos cometidos en el grupo de empresas”, *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*. coord. por José María Suárez López, Jesús Barquín Sanz, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar, María José Jiménez Díaz, José Eduardo Sáinz Cantero Caparrós, Vol. 1, pp. 53-80.
- BLANCO CORDERO, I. (2019), “Negocios internacionales y responsabilidad penal de la empresa matriz por actos de corrupción cometidos en el extranjero”, *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, coord. por Manuel Cancio Meliá, Mario Maraver Gómez, Yamila Fakhouri Gómez, Daniel Rodríguez Horcajo, Gonzalo Javier Basso, Agustín Jorge Barreiro, Vol. 2, pp. 893-906.
- BOUROS, A.S.; FUNK, T.M. (2012), “‘Carbon Copy’ Prosecutions: A Growing Anticorruption Phenomenon in a Shrinking World”, *University of Chicago Legal Forum*, pp. 259-298.
- BREWSTER, R.; DRYDEN, Ch. (2018), “Building Multilateral Anticorruption Enforcement: Analogies between International Trade & Anti-Bribery Law”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 57, pp. 221-262.
- BULOVSKY, A.T. (2019), “Promoting Predictability in Business: Solutions for Overlapping Liability in International Anti-Corruption Enforcement”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 40, issue 3, pp. 549-578.
- CASSIN, R.L. (2011), “Johnson & Johnson In \$77 Million Global Settlement”, *The FCPA Blog*, <https://fcpablog.com/2011/04/08/johnson-johnson-in-77-million-global-settlement/>
- CASSIN, R.L. (2016), “GSK pays SEC \$20 million to settle China FCPA violations”, *The FCPA Blog*, <https://fcpablog.com/2016/09/30/gsk-pays-sec-20-million-to-settle-china-fcpa-violations/>.
- CASSIN, R.L. (2019), “Fresenius Medical pays \$231 million to settle widespread FCPA offenses”, *The FCPA Blog*, March 29, 2019, [https://fcpablog.com/2019/3/29/fresenius-medical-pays-231-million-to-settle-widespread-fcpa/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed:%20fcpablog/sLbh%20\(The%20FCPA%20Blog\)](https://fcpablog.com/2019/3/29/fresenius-medical-pays-231-million-to-settle-widespread-fcpa/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed:%20fcpablog/sLbh%20(The%20FCPA%20Blog))
- Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission (2012), *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, Nov. 14.
- DANNECKER, G. (2004), “La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa”, *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I*, Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar (coordinadores), Madrid, pp. 157-176.

- DAVIS, F.T. (2016), “International Double Jeopardy: US Prosecutions and the Developing Law in Europe”, *American University International Law Review*, 31(1), 2016, pp. 57-102.
- DAVIS, F.T. (2017a), “Where Are We Today In The International Fight Against Overseas Corruption: An Historical Perspective, And Two Problems Going Forward”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 23, Iss. 2, pp. 337-344
- DAVIS, F. (2017b), “Paris Court of Appeals Rules That US FCPA Guilty Plea Deprives Accused of Rights Under European Convention and Bars Further Proceeding in France”, <https://fcpaprofessor.com/paris-court-appeals-rules-us-fcpa-guilty-plea-deprives-accused-rights-european-convention-bars-proceeding-france/>
- DAVIS, F.; LEVINE, A.M.; GUNKA, Ch. (2016), “France’s New Anti-Corruption Framework: Potential Impact for Businesses in a Multijurisdictional World”, *Compliance & Enforcement*, https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/
- DAVIS, F.T.; HECKER, S.; GUNKA, Ch. (2016), “France Takes Steps to Implement Its Anti-Corruption Laws”, *FCPA Update. A Global Anti-Corruption Newsletter*, Volume 7 Number 10, pp. 8-20. https://www.debevoise.com/~media/files/insights/publications/2016/05/fcpa_update_may_2016.pdf
- D'AVOUT, L.; BOLLEE, S. (2016), “Droit du commerce international. Août 2015 - juillet 2016”, *Recueil Dalloz*, pp. 2025 ss.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2002), “Sección IV. Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio *ne bis in idem*. Relación general”, *Revue internationale de droit pénal*, 3^e et 4^e trimestres 2002, pp. 737-769.
- DEBEVOISE & PLIMPTON (2019), *FCPA Update*, 1 January 2019, Volume 10, Number 6, disponible en <https://www.debevoise.com/insights/publications/2019/01/fcpa-update-january-2019>.
- DEPARTMENT OF JUSTICE, (2016), Office of Public Affairs, “Teva Pharmaceutical Industries Ltd. Agrees to Pay More Than \$283 Million to Resolve Foreign Corrupt Practices Act Charges. Companies Agree to Pay Nearly \$520 Million to U.S. Criminal and Regulatory Authorities, Representing the Largest Criminal Fine Imposed Against a Pharmaceutical Company for Violations of the FCPA”, Justice News, Thursday, December 22, 2016, disponible en <https://www.justice.gov/opa/pr/teva-pharmaceutical-industries-ltd-agrees-pay-more-283-million-resolve-foreign-corrupt>
- D'ORNANO, A. (2016), “*Non bis in idem* : l'autorité de la chose jugée de la transaction pénale obtenue à l'étranger”, *Revue critique de droit international privé*.
- EPSTEIN, E. (2018), “FCPA, International Cooperation, Global Settlements and Focus on Latin America”, disponible en <https://medium.com/@evan.epstein/fcpa-international-cooperation-global-settlements-and-latin-america-focus-649d77ba4780>
- ESCOBAR VEAS, J. (2019), “*Ne bis in idem* y Doctrina de la Soberanía Dual: *Gamble v. United States*”, *Revista De Derecho*, (20), pp. 225-242. <https://doi.org/10.22235/rd.vi20.1842>.
- FCPA, (2012), *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. By the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, November 14.
- FLETCHER, R.; PURNELL QC, N. (2019), “Negotiating Global Settlements: The UK Perspective”, *Global Investigations Review - The law and practice of international investigations*. <https://globalinvestigationsreview.com/benchmarking/the-practitioner%E2%80%99s-guide-to-global-investigations-third-edition/1179140/negotiating-global-settlements-the-uk-perspective#footnote-081>

- GALLOIS, J. (2018), “Pétrole contre nourriture : précisions en matière de corruption d’agents publics étrangers et d’abus de biens sociaux”, *Dalloz Actualité*, le 4 avril 2018.
- GELFAND, C. (2018), “Teva Pharmaceuticals resolves bribery case with Israel authorities”, *The FCPA Blog*, <https://fcpublog.com/2018/1/15/teva-pharmaceuticals-resolves-bribery-case-with-israel-autho/>
- GOLDEN, N. (2019), “Conspicuous Prosecution in the Shadows: Rethinking the Relationship Between the FCPA’s Accounting and Anti-Bribery Provisions”, *Iowa Law Review*, Vol. 104, pp. 891-925.
- HECKER, S.; LAPORTE, M. (2013), “Should FCPA “Territorial” Jurisdiction Reach Extraterritorial Proportions?”, *American Bar Association International Law News*, Vol 42, issue 1, https://www.americanbar.org/groups/international_law/publications/international_law_news/2013/should_fcpa_territorial_jurisdiction_reach_extraterritorial_proportions/
- HOLTMEIER, J. (2015), “Cross-Border Corruption Enforcement: A Case for Measured Coordination Among Multiple Enforcement Authorities”, *Fordham Law Review*, Volume 84, Issue 2, pp. 493-523.
- KAHN, D. (2018), “Responding to the Upward Trend of Multijurisdictional Cases: Problems and Solutions”, *The Department of Justice Journal of Federal Law and Practice*, Volume 66, Number 5, pp. 132-133.
- KÜHNE, H.-H. (2003), “EuGN, Urteil v. 11.2.2003 – C-187/01 u. C-385/01 Gözütok u. Brügge. Anmerkung”, *JuristenZeitung (JZ)*, 6, pp.305-307
- LASAGNI, G.; MIRANDOLA, S. (2019), “The European *ne bis in idem* at the Crossroads of Administrative and Criminal Law”, *eucrim*, 2, pp. 126-135.
- LELIEUR, J. (2013), “‘Transnationalising’ *Ne Bis In Idem*: How the Rule of *Ne Bis In Idem* Reveals the Principle of Personal Legal Certainty”, *Utrecht Law Review*, Volume 9, Issue 4 (<http://www.utrechtlawreview.org>), pp. 109-210.
- LELIEUR, J. (2014), “L’affaire Pétrole contre nourriture devant la justice française – Libres propos sur le jugement du tribunal correctionnel de Paris du 8 juillet 2013”, *La Revue du Grasco*, n° 8, pp. 103-108.
- LELIEUR, J. (2015), “Créativité judiciaire en faveur des entreprises françaises dans l’affaire Pétrole contre nourriture II. T. corr. Paris, 18 juin 2015”, *AJ Pénal*, Novembre 2015, pp. 540-543.
- LELIEUR, J. (2016), “Première condamnation française de personnes morales pour corruption transnationale”, *Recueil Dalloz*, pp.1240 ss.
- LUSKIN, R.; JENNINGS, L.B. (2018), “Foreign corrupt practices in US law”, en RDIA n° 1, pp. 89- 102, disponible en https://www.u-paris2.fr/sites/default/files/document/cv_publications/6_rdia-foreign_corrupt_practices_in_us_law.pdf
- MULLEN, K. (2019), “Gamble v. United States: A Commentary”, *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, vol 14, n. 1, pp. 207-219.
- ODUOR, J.A.; FERNANDO, F.M.U.; FLAH, A.; GOTTWALD, D.; HAUCH, J.M.; MATHIAS, M.; PARK, J.W.; STOLPE, O. (2016), *Excluidos del Trato. Acuerdos en Casos de Soborno en el Extranjero y Repercusiones en la Recuperación de Activos*. Este trabajo fue publicado originalmente en inglés por el Banco Mundial como “*Jacinta Anyango Oduor, Francisca M. U. Fernando, Agustin Flah, Dorothee Gottwald, Jeanne M. Hauch, Marianne Mathias, Ji Won Park, et Oliver Stolpe, 2014. Left out of the Bargain: Settlements in Foreign Bribery Cases and Implications for Asset Recovery*. World Bank. © World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/16271>.

- OECD (sin fecha), *Country Reports on the Implementation of the OECD Anti-Bribery Convention*, disponible en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/countryreportsonteimplementationoftheoecdanti-briberyconvention.htm>
- OECD (1997), *Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, Adopted by the Negotiating Conference on 21 November 1997, disponible en https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf
- OECD (2019), *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*, www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm
- PÉREZ MANZANO, M. (2018), “‘The Spanish connection’: los caminos del diálogo europeo en la configuración del alcance de la prohibición de incurrir en ‘bis in idem’”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º. 22 (Ejemplar dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, Alicia González Alonso (dir.), Sabela Oubiña Barbolla (dir.)), pp. 383-420.
- RENIERE, J.M. (2019), “Fairness in FCPA Enforcement: A Call for Self-Restraint and Transparency in Multijurisdictional Anti-Bribery Enforcement Actions”, *Roger Williams University Law Review*, vol. 24, no. 1, pp. 167-208.
- Resoluciones de los Congresos de la Asociación Internacional de Derecho Penal (1926 – 2014)*, (2015), compilación de J.L. de la Cuesta; I. Blanco Cordero, *International Review of Penal Law*, Vol. 86, 1er/2e trimestres 2015.
- ROBERT, J.-H. (2018), “L'affaire Pétrole contre nourriture”, *Revue des sociétés*, 3, pp. 459-463.
- ROBERTSON, A. (2019), “Officials linked to corrupt Alstom deal in Lithuania face corruption probe”, *mlexmarketinsight*, 10 Jan 2019, <https://mlexmarketinsight.com/insights-center/editors-picks/area-of-expertise/anti-bribery-and-corruption/officials-linked-to-corrupt-alstom-deal-in-lithuania-face-corruption-probe>
- ROME, F. (2013), “Or noir et blanches colombes”, *Recueil Dalloz*, p.1737.
- SANTANA VEGA, D.M. (2015), “El delito corporativo de incumplimiento en la prevención de sobornos (Bribery Act 2010)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 17-15, pp. 1-32. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-15.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 17-15 (2015), 27 nov].
- SANTOS VARA, J. (2003), “El alcance del principio *non bis in idem* en el marco del Convenio Schengen (comentario a la sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003, *Hüseyin Gözütok y Klaus Brügge*)”, *iustel.com*, *RGDE*, n.º 1.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2018), “Doce tesis sobre el delito de corrupción de funcionarios extranjeros”, *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, coord. por Carlos Gómez-Jara Díez, Aranzadi Thomson Reuters pp. 643-655.
- SOLOMON, S. (2018), “Teva to pay NIS 75 million to Israel authorities to settle foreign bribe claims”, *The Times of Israel*, 15 January 2018. www.timesofisrael.com/teva-to-pay-nis-75-million-to-israel-authorities-to-settle-foreign-bribe-claims/
- STEPTOE (2019), *FCPA/Anti-Corruption Developments: 2018 Year in Review*, disponible en <https://www.steptoel.com/images/content/1/8/v4/189874/2018-FCPA-Year-in-Review-Final-Feb-28-2019.pdf>

- TARUN, R.W.; TOMCZAK, P.P. (2010), “A Proposal for a United States Department of Justice Foreign Corrupt Practices Leniency Policy”, *The American criminal law review*, 47(2), pp. 153-236.
- Transparency International UK (2012), *Deterring and punishing corporate bribery policy. Paper series. Number one. An evaluation of UK corporate plea agreements and civil recovery in overseas bribery cases*, Helen Garlick & Ian Trumper (eds).
- TRZCINSKI, L.M. (2013), “The Impact of the Foreign Corrupt Practices Act on Emerging Markets: Company Decision-Making in a Regulated World”, *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 45 Issue 4, pp. 1201-1285.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (2018), *Justice Manual*.
- VAN ALSTINE, M.P. (2012), “Treaty Double Jeopardy: The OECD Anti-Bribery Convention and the FCPA”, *Ohio State Law Journal*, Vol. 73, pp. 1321-1352.
- VAN DEN WYNGAERT, Ch. (1999), “Las transformaciones del Derecho penal internacional en respuesta al reto del crimen organizado”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1 y 2 trimestres 1999, trad. J. L. de la Cuesta Arzamendi, pp. 223-316.
- VILLEGAS GARCÍA, M.Á.; ENCINAR DEL POZO, M.Á. (2019), “El «caso fresenius»: el «día D» de la FCPA en España”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 140, (consultada la versión electrónica).
- VOGEL, J.; NOROUZI, A.B. (2003), „Europäisches "ne bis in idem" – EuGH, NJW 2003, 1173“, *Jus: Juristische Schulung*, Heft 11, pp. 1059-1062.
- WILSON, N.N. (2014), “Pushing the Limits of Jurisdiction Over Foreign Actors Under the Foreign Corrupt Practices Act”, *Washington University Law Review*, Volume 91, Issue 4, pp. 1063-1087.