

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA EN EL DERECHO PENAL SUIZO

Dr. José Hurtado Pozo
Universidad de Fribourg – Suiza. Docente
visitante de la Academia de la Magistratura.

Sumario:

I. Introducción. II. Evolución doctrinaria. III. Responsabilidad de la persona jurídica (empresa) en el derecho privado y en el derecho administrativo. IV. Cuestionamiento del criterio *societas delinquere non potest*. V. Responsabilidad del jefe de la empresa. VI. Evolución legislativa. VII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho Penal basado en el sistema europeo continental y centrado en la responsabilidad individual resultante de la libertad de la persona, el reconocimiento de las entidades colectivas (designadas bajo el término genérico de empresas) constituye una verdadera revolución y da lugar a cambios estructurales fundamentales. Este cambio implica una revisión a fondo y de manera conjunta de criterios de política criminal, de dogmática penal y de sistema legislativo.

Los alcances y las formas son diversos de acuerdo con las especificidades de los contextos sociales, políticos y jurídicos en los que el cambio ha tenido lugar. Sus causas y proyecciones han sido amplia y detenidamente estudiadas. Las cuestiones doctrinarias han sido planteadas y discutidas desde hace mucho tiempo, aun cuando su desarrollo se ha intensificado en la medida en que tanto a nivel nacional e internacional se sentía la urgencia de reconocer a la empresa como sujeto de Derecho Penal para enfrentar con

mayor eficiencia las nuevas formas de criminalidad, fomentadas por el desarrollo de la economía, de los transportes, de las comunicaciones, en el que juega un papel cada vez más decisivo las empresas (nacionales y multinacionales).

En la medida que especialistas en la materia han presentado la problemática general y, así mismo, los aspectos particulares referentes a la responsabilidad penal de las empresas, me limitaré por mi parte y conforme a mi nivel de conocimientos en la materia a presentar de manera ejemplar el caso suizo, ya que la perspectiva especial helvética, nos permitirá revisar algunos de los aspectos más importantes del tema que nos ocupa.

Una de las novedades más importantes de la última reforma de la parte general del Código Penal suizo, culminada en enero de 2007, es sin duda alguna la inserción del art. 102, el mismo que prevé

la responsabilidad penal de la empresa. Esta novedad es el resultado de un largo y agitado debate, cuyo resultado sin embargo está lejos de haber colmado las expectativas de quienes preconizaban una real y efectiva imputación de responsabilidad penal a entidades colectivas.

La intervención del legislador, como siempre sucede, no ha suprimido ni amainado el debate tanto sobre los fundamentos de la responsabilidad penal de la empresa como sobre la conveniencia y eficacia de la solución adoptada. Ante el hecho consumado, los juristas, sin cesar de criticar las nuevas disposiciones, plantean propuestas de interpretación para lograr esclarecer las deficiencias de los textos legales y superar las deficiencias de los mismos.

II. EVOLUCIÓN DOCTRINARIA

En el inicio de la reforma de la parte general del Código Penal, mediante el anteproyecto de 1985¹, elaborado por Hans Schultz, no se atribuyó a la empresa responsabilidad penal alguna. Este rechazo se basó, a nivel doctrinario, en la negativa a abrir una brecha en el tradicional principio de que la responsabilidad penal sólo concierne a las personas físicas por estar fundada en la culpabilidad. En el nivel político criminal, según Schultz², de acuerdo con el principio de la proporcionalidad y del principio de la *ultima ratio*, no era necesario prever la represión penal de la empresa en la parte general y que, por el contrario, era más eficaz para resolver el problema estatuir medidas de derecho civil y de derecho administrativo. Durante mucho tiempo, el pensamiento de Schultz ejerció una gran influencia en la doctrina³ y en la jurisprudencia del Tribunal federal⁴.

En este consenso primigenio, cabe destacar la opinión discrepante de Hafter⁵, quien sostuvo, aunque de manera temporal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Apoyándose en la concepción de Gierke, consideró que el grupo o asociación de individuos (como “configuración natural”) constituye una unidad cerrada y real, con una voluntad conformada por las voluntades de sus miembros y que obran fuera del ámbito puramente individual. En su opinión, *el factor esencial de esta entidad es la organización, la misma que preexiste al derecho*⁶. Este factor no debe ser comprendido en el sentido de órgano u organismo admitido en las ciencias naturales, sino más bien, como la configuración de un ser inmaterial constituido a partir de las manifestaciones de voluntades individuales y cuyas actuaciones constituyen la actividad común que expresa la voluntad colectiva. El mencionado jurista añade que para cometer delitos es suficiente que la voluntad y la capacidad de obrar estén presentes. En este sentido Hafter sostuvo que las asociaciones tienen capacidad penal en la medida en que son capaces de intervenir en la vida social expresando su voluntad especial, la que nace de la organización de voluntades de sus miembros individuales.

Estas ideas no tuvieron eco y el mismo Hafter las abandonó al comentar el Código Penal de 1942. De acuerdo con su nueva posición, por ejemplo, las personas jurídicas sólo pueden ser sometidas a medidas de seguridad por no poder ser consideradas culpables⁷. A pesar de esta conversión, su primera opinión conservó cierta importancia en la medida en que se refiere a la noción de organización y a la necesidad de revisar las condiciones de punición centradas en la responsabilidad individual.

¹ SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zur Revision des allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches, Berne 1987, p. 112 ss (citado: Bericht AT); cf. idem, AT p. 115.

² SCHULTZ, Bericht AT p. 116 (en especial nota 312).

³ CLERC, François, Introduction à l'étude du Code pénal suisse PG, 1942, p. 70 ss; GRAVEN, Philippe, L'infraction pénale punissable, 2e éd., 1996 p. 72 s. (citado: Graven, L'infraction); KENEL, Philippe, La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais - Une solution pour la Suisse, thèse, Genève 1991, p. 264 ss; BOLLE, Pierre-Henri, La responsabilité pénale des personnes morales, FJS, n. 6 (1981); SCHWANDER, Vital, Das schweizerische Strafgesetzbuch, 2e éd., 1964, n. 129; Rehberg, Jürg, Strafrecht I, 5e éd., 1995, p. 49 s.; Stratenwerth, Günter, Schweizerisches Strafrecht AT, § 9, n. 3; TRECHSEL, Stephan, Kurzkommentar, art. 1, n. 45; HAFTER, Ernst, Lehrbuch des schweizerischen Strafrecht, 1942, AT, p. 71 ss (citado: AT); THORMANN, Philipp/VON OVERBECK, Alfred, Das schweizerische Strafgesetzbuch, AT I, art. 6 n. 4; LOGOZ, Paul/Sandoz, Yves, Commentaire du Code pénal suisse, 2e éd., 1976, PG, art. 9 n. 2; SCHMID, Niklaus, Schweizerische Aktiengesellschaft, 1974, p. 101 ss; Schultz, Hans, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, 4e éd., 1982, AT I, p. 115 ss (citado: AT).

⁴ ATF 85 IV 99 s./JdT 1959 IV 157; ATF 97 IV 203; 100 IV 40; 105 IV 175.

⁵ HAFTER, Ernst, Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, Berlin, 1903 (citado: Hafter, Straffähigkeit); cf. Schwander, Vital, Der Einfluss der Fiktions- und Realitätstheorie auf die Lehre von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Personen in: Jus et lex, Festschrift Gutzwiller, 1977, p. 603 ss.

⁶ HAFTER, Straffähigkeit, p. 50.

⁷ HAFTER, AT p. 71 ss.

III. RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA (EMPRESA) EN EL DERECHO PRIVADO Y EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Contrariamente a lo que sucedía en el Derecho Penal, en el que la empresa era considerada incapaz de responsabilidad, otros dominios jurídicos han manejado y manejan conceptos diferentes sobre el tema. Así, en Derecho Civil, se ha reconocido, desde hace tiempo, que las personas jurídicas pueden asumir todos los derechos y obligaciones, aun cuando éstos fueran inseparables de la especificidad de las personas naturales. De esta forma, las personas jurídicas han sido consideradas capaces de actuar (por ejemplo, suscribir contratos), responder por perjuicios causados a terceros (reparar daños por actos ilícitos, incumplimiento de contratos, etc.) y soportar las sanciones civiles previstas en la ley (interdicción de ejercer ciertas actividades).

En Derecho Administrativo en general y, en particular, en Derecho Penal Administrativo, se han previsto, con anticipación notable del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o empresas, disposiciones orientadas a impedir la impunidad en caso de comisión de infracciones con ocasión de la gestión y explotación de empresas. Un ejemplo típico, además seguido en otras leyes federales, es el art. 6 DPA (ley federal sobre derecho administrativo). El primer inciso de esta disposición se corresponde con el primero del art. 102 CP, en la medida en que prevé como regla general que son las personas físicas las que, en principio, responden por las infracciones que se cometan en el seno de la empresa. Así, según la primera regla del art. 6 DPA, si una infracción es cometida en la gestión de una persona jurídica, de una sociedad en nombre colectivo o en comandita, de una empresa individual o colectiva sin personalidad jurídica o de alguna otra manera en el ejercicio de una actividad para un tercero, las disposiciones penales son aplicables a las personas físicas que han cometido el acto.

La posibilidad de *penar* al autor material es extendida a sus superiores, conforme al inciso 2 del art. 6 DPA, cuando el jefe de empresa, el empleador, el mandante o el representado omite, intencional o negligentemente y en violación de una obligación jurídica, no previene, por un lado, la comisión de una infracción por parte de su subordinado, el mandatario o el representante o, por otro, de suprimir sus consecuencias. Las disposiciones según las que será reprimido son las aplicables al autor que ha obrado con intención o negligencia. Finalmente, en el inciso 3 del art. 6, se estatuye que si el papel de jefe de empresa, de empleador, de mandante o representado es una de las

entidades colectivas mencionadas, la regla del inciso dos es aplicada a los órganos y a sus miembros, a los asociados gerentes, dirigentes efectivos o liquidadores responsables. Esta regulación recuerda mucho a los casos de responsabilidad del jefe de empresa y, así mismo, a los considerados en el art. 29 CP. Disposición que prevé la imputación a las personas físicas, actuando en una de las posiciones indicadas en el sistema de la empresa, las calidades especiales de la que ésta es titular; lo que permite reprimirlas aun cuando no posean la calidad exigida en el tipo legal que describe una infracción especial propia o impropia, pero que si la posee la empresa por la que ha actuado.

Después de haberse creado las vías para reprimir a los responsables individuales y por razones prácticas, se estatuye en art. 7 DPA una responsabilidad objetiva de la empresa para reprimirla. Así, se establece la posibilidad de condenar a la persona jurídica, la sociedad en nombre colectiva o en comandita, la empresa individual o la entidad colectiva sin personalidad jurídica a condición, por una parte, que la multa imponible a la infracción cometida en concreto (no la multa prevista en la disposición legal correspondiente) no exceda el monto de cinco mil francos suizos y, por otra, que el procedimiento a seguirse contra la persona, punible según el art. 6 DPA, necesite que se recurra a medidas de investigación desproporcionadas respecto a la sanción a imponerse. El art. 7 no otorga a la autoridad competente poder absoluto de decidir si imputa o no el hecho cometido al ente colectivo, ya que debe establecer la condición objetiva de la desproporcionalidad entre la importancia de la sanción que deberá imponer al responsable y la carga de los medios de investigación necesarios a poner en marcha para llegar a condenarlo. Si no se dan estas dos condiciones, sin embargo, la autoridad competente podrá aplicar el art. 102, inc. 1, en caso no llegue a identificar al responsable material de la infracción.

Diversas leyes federales complementarias reenvían a los arts. 6 y 7 DPA respecto a la comisión de infracciones en las empresas. Es el caso, por ejemplo, del art. 26 LCD (indicando el mismo límite de la multa) y de los arts. 87 LTVA y art. 125 LD (en los que se fija el límite de la multa imponible *in concreto* en cien mil francos suizos).

Aún si los jueces federales han razonado a partir del principio de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas y admitido las excepciones previstas en la

legislación federal y en las legislaciones cantonales basadas en el art. 333 CP⁸. Por ejemplo, han confirmado una sanción penal, impuesta por la autoridad cantonal de policía a una persona jurídica, en razón a que, en su opinión, algunas contravenciones pueden ser cometidas “independientemente de todo factor subjetivo y, en consecuencia, es perfectamente posible que ellas sean ejecutadas por las personas morales”⁹. De esta manera, los jueces federales han recurrido a la responsabilidad objetiva para justificar la imposición de una pena a las personas jurídicas.

El aspecto central de la cuestión es la determinación del fundamento de la pena, ya que de la respuesta que se dé depende la admisión o el rechazo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este contexto, no sorprende que se haya cuestionado a fondo el adagio *societas delinquere non potest*¹⁰ en tanto regla absoluta del Derecho Penal material.

IV. CUESTIONAMIENTO DEL CRITERIO *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*

Un primer cuestionamiento de esta concepción se planteó, precisamente, en el Derecho Administrativo y con ocasión de la reforma de la ley federal sobre los bancos. La Comisión Federal de Bancos, en 1982, se preguntó si los principios generales del Código Penal y del Derecho Penal Administrativo eran también aplicables a dicha ley (art. 51bis), en la medida en que preveía “una sanción administrativa comparable a una multa tradicional”¹¹ para reprimir entidades bancarias responsables de actos inadmisibles.

Para estar mejor informada sobre la índole de esta sanción, la comisión de bancos solicitó un informe a Graven y Junod. Estos autores afirmaron, respecto a la responsabilidad, primero que el art. 13 de la convención relativa a la obligación de diligencia de los bancos (CDB) es la única disposición legal dirigida a hacer frente a la delincuencia de entidades colectivas y, además, de que esta norma no contradice el principio

de culpabilidad –*culpa in instruendo o in vigilando*–, ni el de la carga de la prueba del derecho procesal penal. En su opinión, cuando se elaboró el mencionado art. 13, se tuvo en cuenta la complejidad y diversidad tanto de la organización de las empresas como de sus actividades, en tanto que son elementos condicionantes esenciales de la realización de delitos económicos en el marco de sus actividades.

De modo que aun cuando intervengan personas individuales, todos esos factores permiten afirmar que su realización se presenta como una actividad independiente de estas personas individuales. Graven y Junod concluyeron sosteniendo que el abandono del adagio *societas delinquere non potest* se justifica si la noción de culpabilidad evoluciona en función de las circunstancias sociales y que no tiene el carácter de incambiable. Lo que les permitió sostener que la culpabilidad de las personas jurídicas puede ser concebida como una especie de culpabilidad concomitante, propia a la índole de estas entidades¹².

Esta tendencia hacía el reconocimiento de la responsabilidad penal de la empresa resurgió y se reforzó cuando, nuevamente fuera del Derecho Penal, se plantea la necesidad de modificar la ley federal relativa a la protección del medio ambiente¹³. En esta ocasión, el Consejo Federal admitió que la regulación de este ámbito y su protección efectiva dependían del reconocimiento de dicha responsabilidad. De esta manera, el Consejo Federal seguía la evolución del derecho europeo, ya que Suiza debía decidir si suscribía las convenciones referentes a la protección del medio ambiente y a la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en ocasión de transacciones comerciales internacionales (OCDE). El art. 2 de esta última indica que las partes deben tomar las « medidas necesarias, conforme a sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de corrupción de agentes públicos extranjeros » y de legislar en materia de responsabilidad de las personas jurídicas.

⁸ STAUFFACHER, E., La criminalisation du comportement collectif suisse, *in*: De Doelder, Hans/Tiedemann, Klaus, La criminalisation du comportement collectif, XIVème Congrès international de droit comparé, Kluwe Law International, 1996, p. 351.

⁹ ATF 101 Ia 110; ATF 64 53; ATF 82 IV 45/JdT 1871 I 1021.

¹⁰ SCHMID, Niklaus, Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorgane, 1988, p. 156 s.; GRAVEN, Philippe/Junod, Charles-André, Societas delinquere potest?, *in*: Mélanges Robert Patry, 1988, p. 351 ss; Graven, L'infraction, p. 74 s.; Lütolf, Sandra, Strafbarkeit der juristischen Person, Zürich 1997, p. 95 ss et 197 (citado: Lütolf, Strafbarkeit).

¹¹ GRAVEN, Philippe/Junod, Charles-André, Societas delinquere potest?, *in*: Mélanges Robert Patry, 1988, p. 354 ss.

¹² GRAVEN/Junod, p. 357, 362.

¹³ Cf. Message du Conseil fédéral, 21 septembre 1998, p. 158.

V. RESPONSABILIDAD DEL JEFE DE LA EMPRESA

La ampliación de la responsabilidad penal a las empresas o personas jurídicas corresponde a la evolución económica y social, caracterizada por la mundialización de las relaciones financieras, comerciales, industriales y el surgimiento de nuevas formas de organización y administración empresariales. Además, el papel de estos entes colectivos en el ámbito político y económico (nacional e internacional) es cada vez más importante.

En el dominio del sistema de control penal, la reacción es sobrepasada por el crecimiento constante de la llamada criminalidad por lo que concierne a las empresas¹⁴, en particular, la delincuencia económica. Respecto a ésta, precisamente, las empresas desempeñan un rol significativo¹⁵, como marco y fuente de ese tipo de conductas delictivas. En las estadísticas criminales, se nota un aumento notable y continuo¹⁶ de delitos como, por ejemplo, la estafa, la competencia desleal, el lavado de dinero, el tráfico de armas y de drogas, la contaminación ambiental.

El desarrollo de la organización de las empresas ha determinado una disminución de la transparencia de sus estructuras, de por sí ya bastante complejas. Por ejemplo, la toma de decisiones especialmente complicadas y la división de tareas (delegación de competencias a todos los niveles) producen la dilución de la responsabilidad por los perjuicios cometidos.

La ineficacia de los medios brindados por el sistema de represión basado en la responsabilidad individual se puso en evidencia, como también sucedió en otros países, en ciertos casos notorios y en los que resultaba escandalosa la impotencia para reprimir debidamente a los entes colectivos y no sólo a alguno de sus miembros individuales por delitos cometidos en ocasión de las actividades de la empresa. A título de ejemplo pueden citarse los casos Bührle, Von Roll y Schweizerhalle. En éstos, si bien es cierto que los tribunales llegaron a castigar a personas naturales (en especial, sobre la base del criterio de la responsabilidad del jefe de la empresa), se comprobó la ineficacia de esta reacción

respecto a la manera como la entidad colectiva (persona jurídica, empresa, colectividad) creaba el riesgo o promovía la ejecución de comportamientos delictuosos.

En el caso Von Roll, el Tribunal Federal recurrió al criterio de la responsabilidad del jefe de la empresa, sin que esto implique atribuir una responsabilidad a la empresa misma. Dicho criterio implica que el jefe de empresa está comprometido por su responsabilidad como garante respecto a la infracción determinada, cuya realización debía y podía impedir o, en todo caso, suprimir sus efectos. Según el art. 102, como lo veremos, la imputación de la responsabilidad penal no está ligada directamente a infracción cometida en el seno de la empresa. El recurso al criterio de la responsabilidad del jefe de empresa resta validez en la medida en que resulte menos complicado de quien tiene el deber de garante mencionado, lo que deviene en algo bastante difícil, sobre todo tratándose de empresas con estructuras bastante complejas y en las que la división de tareas y de decisión no es plenamente transparente.

VI. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

En el desarrollo de la reforma de la parte general del Código Penal suizo la cuestión relativa a la responsabilidad penal de la empresa se ha presentado cada vez de manera más necesaria y urgente. Las propuestas formuladas en los diversos proyectos y las opiniones manifestadas en los procedimientos de consultación muestran de modo claro la complejidad del problema y los obstáculos a sobrepasar para reglamentar la materia de manera coherente y debidamente fundamentada. Estas dificultades se manifiestan en la culminación del proceso de reforma con la previsión del nuevo art. 102 CP.

¹⁴ Avant-projet et rapport explicatif relatif à la modification du Code pénal et du Code pénal militaire concernant la punissabilité de l'organisation criminelle, la confiscation, le droit de communication du financier, ainsi que la responsabilité de l'entreprise, 1991, p. 49.

¹⁵ SCHMID, RPS 105 (1988), p. 156; cf. également Queloz, Nicolas, Criminalité économique et criminalité organisée: comment les différencier? in: Bauhofer, S./Queloz, N./Wyss, E., Wirtschaftskriminalität, 1999, p. 38.

¹⁶ LÜTOLF, Strafbarkeit, p. 81.

VI.1 Proyecto de 1991

Una primera propuesta para que se regule la responsabilidad penal de la empresa fue hecha por la comisión de expertos encargada de proponer medidas para combatir el *blanqueo* de dinero¹⁷.

Siguiendo esta orientación, la comisión que elaboró el anteproyecto de 1991, relativo a la punición de la organización criminal, la confiscación y la responsabilidad de la empresa, introdujo tres nuevas disposiciones regulando la responsabilidad penal de la empresa (arts. 100quater a 100sexies). Su punto de partida fue la constatación de la insuficiencia de las medidas de Derecho Privado y de Derecho Administrativo para enfrentar la delincuencia de la empresa. Consecuentemente, admitió la responsabilidad penal de los entes colectivos y propuso un conjunto de sanciones apropiadas. Con este objeto, atenuaron el rigor del criterio de la responsabilidad individual para permitir la represión directa de las empresas.

Según el proyecto de la comisión¹⁸, para imputar un delito a la empresa se debe comprobar, por un lado, que éste haya sido cometido sea por una persona obrando en calidad de órgano, miembro de un órgano o de director de una persona jurídica, de una sociedad o de una empresa individual, sea por quien, sin ser titular de esas calidades, dirige de hecho la empresa o ejerce en su seno un poder de decisión independiente. Por otro, que la infracción sea ejecutada en el marco de las actividades de la empresa y del autor individual. Además, estipula que la empresa será igualmente sancionada incluso desconociendo quién de las personas que ejercen los cargos antes mencionados ha cometido la infracción y, finalmente, cuando a causa de carencias de organización, no puede imputarse a una persona determinada la violación de deber jurídico reprimido penalmente. Estas reglas no excluyen la represión de la persona física responsable de la infracción según los casos.

El criterio corresponde al modelo consistente en transferir la responsabilidad individual a la empresa en tanto que responsabilidad colectiva. Así, se justifica la represión tanto del autor individual como de la

empresa. En opinión de la comisión, considerando que los cuadros directivos de la empresa son generalmente los autores de los delitos, mediante la solución propuesta se impide que éstos y la empresa eviten la sanción imputando la responsabilidad a un subordinado.

La falta de organización es considerada como fuente de riesgos de que se cometan nuevos delitos, lo que da a la empresa un carácter peligroso. De ahí que se disponga que la fijación de la sanción se hará según la gravedad del acto y la responsabilidad de la empresa respecto al riesgo de reiteración de la infracción.

Simultáneamente, la comisión previó un tipo de responsabilidad autónoma de la empresa en el caso que no sea identificado el autor individual del delito, debido a que, por falta de organización, resulta imposible atribuir a un miembro de la empresa ejecución de la infracción o la violación de la obligación de control o vigilancia.

Esta propuesta no implicó una ruptura clara con el principio de la responsabilidad penal individual. Lo mencionado se pone en evidencia, por ejemplo, en el hecho que las consecuencias jurídicas de la comisión del delito respecto a la empresa no son calificadas de penas sino de “sanciones”; criterio que recuerda al adoptado en el derecho de la Comunidad Europea, en relación con los carteles y que la doctrina califica de “*derecho cripto penal*”¹⁹ (Derecho Penal Accesorio, alternativo a la responsabilidad penal de las empresas).

Si se analizan de cerca las sanciones propuestas, se comprueba que son de índole diversa²⁰. Por ejemplo, el pago de una suma de dinero constituye una pena pecuniaria disimulada; la prohibición de ejercer una actividad²¹ es una medida de seguridad, cuyo fin es de limitar los riesgos de reiteración; la disolución de la empresa puede ser considerada como una medida de seguridad o una pena equivalente a la pena de muerte. Así el factor común a estas medidas es el fin que se les atribuye: impedir la comisión de nuevos delitos en ocasión de las actividades de una empresa, la misma que ha descuidado su organización interna (riesgo de reiteración de delitos)²².

¹⁷ Avant-projet et rapport explicatif, 2^{me} train de mesures contre le blanchiment d'argent et le crime organisé, p. 47 ss.

¹⁸ Avant-projet et rapport explicatif, 1991, p. 57 s.

¹⁹ Roth, RPS 115 (1997), p. 349.

²⁰ Avant-projet et rapport explicatif, 1991, p. 58 ss.

²¹ Avant-projet et rapport explicatif, 1991, p. 61.

²² Avant-projet et rapport explicatif, 1991, p. 60.

VI.2 Proyecto de 1998

El proyecto de 1991 fue ampliamente criticado tanto por los partidarios como por los opositores al reconocimiento de la responsabilidad penal de la empresa. Lo que motivó que el Consejo Federal renovara la perspectiva que había adoptado. Esto se concretizó en el proyecto de 1998.

Los autores de este proyecto abandonaron la responsabilidad *quasi causal* de la empresa prevista en el proyecto de 1991 y estatuyeron una responsabilidad autónoma basada en las deficiencias de organización de la empresa. Los expertos consideraron que la responsabilidad de la empresa difiere de la individual en la medida en que debe ser comprendida en una acepción social y como resultante de las carencias organizativas de la empresa. Así, se trataba de fijar el sistema de gestión de riesgos y cuya falta condiciona la actividad delictuosa. La deficiente organización impide la identificación del responsable y diluye la responsabilidad en «una falta de responsabilidad organizada».

Por considerárseles insuficientes, las diversas medidas coercitivas del proyecto de 1991 fueron abandonadas en favor de una sola sanción penal: la pena de multa. Este cambio substancial implicó el reconocimiento de la culpabilidad de la empresa. No se hizo referencia, a diferencia del proyecto de 1991, a la peligrosidad (riesgo de comisión de nuevos delitos) entre los factores a considerar para individualizar la pena de multa.

VI.3 Reforma de 2007

A) Sistema de imputación

Las disposiciones establecidas en el proyecto de la parte general del Código Penal de 1998 fueron extraídas e introducidas en la ley modificatoria de la parte especial relativa al financiamiento del terrorismo. Así, los nuevos arts. 100*quater* et 100*quinquies* entraron en vigencia el 1 de Octubre de 2003.

En el texto definitivo de la parte general del Código Penal, figuran estas dos disposiciones con los números 102 y 102a. En los incisos 1 y 2 de la primera, se prevén dos reglas, que se refieren a la comisión, por un lado, de todo delito y, por otro, de algunos delitos

enumerados de manera exhaustiva. En ambos casos, el delito debe haber tenido lugar al interior de la empresa y en ocasión de la realización de sus actividades económicas²³.

Según la primera regla (art. 102, al. 1), la empresa es considerada responsable penalmente cuando, debido a su organización deficiente, no se puede imputar el delito a una persona natural determinada. De acuerdo con la segunda (art. 102, al. 2), la empresa puede ser sancionada penalmente si, sin importar que el autor material del delito sea castigado, se le puede reprochar no haber tomado todas las medidas de organización «razonablemente necesarias» para evitar la ejecución de uno de los delitos expresa y exhaustivamente enumerados. De modo que la regulación es mixta en el sentido que la primera regla prevé la responsabilidad de la empresa a título subsidiario, mientras que la segunda prevé la responsabilidad directa de la empresa.

Conforme al art. 102, inc. 3, la pena de multa, única pena aplicable a las empresas, debe ser individualizada teniendo en cuenta su falta de organización, el perjuicio causado y su capacidad económica. Al respecto, vale destacar que no se menciona la culpabilidad, como si se hace en el art. 103, inc. 3, que regula la pena de multa en general. Según esta disposición, la multa, no sometida al sistema de días multa como la pena pecuniaria (art. 34), será fijada considerando la situación del responsable de modo a que corresponda a la «falta cometida» (*faute commise*).

B) Condiciones de imputación

El sujeto a quien se imputa la responsabilidad penal es designado por el término empresa. Su significación es más amplia que la de la expresión personas jurídicas, pues comprende también corporaciones sin personalidad jurídica, pero que disponen, a falta de órganos en sentido formal, de *cuasi* órganos, es decir personas físicas mediante las cuales “piensa y obra”²⁴.

Con la finalidad de evitar problemas de interpretación, el legislador menciona de manera exhaustiva (art. 102 inc. 4), las entidades que deben ser consideradas: personas jurídicas de derecho privado (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades cooperativas), personas

²³ Roth, in CEDIDAC 49 (2002), p. 94.

²⁴ ROTH, in CEDIDAC 49 (2002), p. 83.

jurídicas de derecho público (salvo las corporaciones territoriales, por ejemplo, la Confederación, los cantones y las comunas)²⁵, las sociedades (colectivas, en comandita, simples) y las empresas individuales. Si realizan actividades comerciales, las fundaciones, las asociaciones y las sociedades privadas del derecho cantonal también son consideradas como personas jurídicas.

De esta calidad de sujeto de la responsabilidad penal, debe ser distinguido el sujeto que comete el delito. A partir de la expresión “cometido en el seno de una empresa”, empleada en el texto legal, se desprende que debe ser cometido por un miembro de la empresa, vinculado a la organización y sometido a la jerarquía de la empresa, por ejemplo, miembros de sus órganos, empleados, obreros. Poco importa el lugar y nivel que ocupan en la estructura organizativa de la empresa. Por el deber que la empresa tiene de vigilar y controlar las personas que contrata y de escoger, instruir y fijar sus competencias, la responsabilidad de la empresa puede darse por actos de las personas en las que ha delegado tareas importantes relativas al control y vigilancia de sus actividades económicas. Un *extraneus* a la empresa –asesor jurídico o consejero empresarial- no puede dar lugar a la responsabilidad penal de la empresa, salvo si puede ser calificado de órgano de facto de la empresa debido al papel importante que tiene en el sistema de esta última.

La identidad del autor material del delito sólo juega un papel decisivo en el ámbito de la responsabilidad subsidiaria, ya que ésta supone que el agente no sea identificado. Esta identificación es superflua en caso de responsabilidad directa, debido a que la empresa es responsable penalmente aun cuando el agente haya sido identificado y éste sea también considerado responsable del delito.

El comportamiento delictuoso que da lugar a la responsabilidad de la empresa está constituido, en cuanto a la responsabilidad subsidiaria, por todo delito previsto en el Código Penal, la legislación federal penal complementaria y la legislación fiscal

de los cantones. Por el contrario, tratándose de responsabilidad directa, sólo es cuestión de los delitos expresamente mencionados en el art. 102, inc. 2 (art. 260ter, 260quinquies, 305bis, 322ter, 322quinquies, 322septies, inc. 1, y l'art. 4a, inc. 1, let. a, de la ley federal del 19 de Diciembre de 1986 contra la competencia desleal). Se trata de delitos de participación en una organización criminal, de lavado de dinero y formas graves de corrupción. Las faltas o contravenciones (art. 104) no son por tanto consideradas.

La comisión del delito debe tener lugar a la ocasión del “ejercicio de las actividades comerciales” y conforme a los fines de la empresa. Por comerciales deben comprenderse los actos relacionados con el mercado²⁶, por ejemplo cuando se oferta bienes o servicios a título oneroso, así cuando se ejerce actividades complementarias a dicha actividad comercial (por ejemplo, producción de mercaderías, elaboración de proyectos). El criterio aplicable es funcional considerando el ámbito en el que la empresa desarrolla sus actividades. No es decisivo que el delito cometido tenga consecuencias beneficiosas para la empresa.

Los fines de la empresa constituyen un factor esencial en la medida en que se busca impedir que las acciones incorrectas (*Exzesse*)²⁷ de los miembros de la empresa la perjudiquen. Genera responsabilidad de la empresa, por ejemplo, el lavado de dinero concerniendo la fortuna de clientes y realizado en el marco de una actividad comercial conforme a los fines de intermediario financiero, a pesar de que la ley y los reglamentos internos de la empresa prohíban operaciones de lavado de dinero²⁸.

C) Cambios conceptuales: culpabilidad

Si el reconocimiento de la responsabilidad de la empresa en el ámbito del Derecho Penal implica la posibilidad de imponerle una pena, uno de los factores centrales²⁹ es, evidentemente, la culpabilidad; en la medida en que se considere indispensable mantener el principio “no hay pena sin culpabilidad”. Ahora

²⁵ PRADEL, Droit pénal général, N. 532. : Esta excepción es, en principio, coherente con la idea que se tiene del poder punitivo del Estado, éste no puede sancionarse así mismo.

²⁶ CASSANI, Droit pénal économique, p. 682.

²⁷ ROTH, in ECS N. 7, p. 18.

²⁸ CASSANI, Droit pénal économique, p. 682.

²⁹ En lo que concierne la capacidad de obrar, por el contrario, se admite sin discusión que en el caso de la empresa la acción penalmente significativa es la realizada por sus órganos en el marco de sus competencias; cf. Stratenwerth, G. Strafrechtliche Unternehmenshaftung, Festschrift für R. Schmitt, Tübingen 1993, p. 299; Schünemann, B., Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Köln, Berlin, Bonn, München, 1979, p. 97. Les notions de dol et négligence sont également dans un deuxième niveau de la discussion.

bien, como la noción de culpabilidad, elaborada con respecto a la responsabilidad individual de las personas naturales, se funda en la concepción de persona como ser consciente de sí mismo y de su libertad, resulta que no puede ser definida de la misma manera respecto a las personas jurídicas u otras entidades colectivas.

Entre quienes se inclinan en favor de la responsabilidad penal de la empresa, los criterios divergen sobre la manera de fundar y delimitar la noción de culpabilidad de la misma y hasta se llega a negar la necesidad de considerarla como condición de la punición. La falta de acuerdo sobre un criterio mínimo impide la regulación legislativa de la responsabilidad de la empresa (Alemania³⁰, España³¹) y el hecho de haberla introducido en la ley no ha amainado el debate teórico (Francia³²).

Según Tiedemann³³, la culpabilidad puede ser concebida de manera diferente a la culpabilidad individual fundada sobre un reproche ético. Con este objeto, es de recurrir a categorías sociales y jurídicas. En su opinión, en el caso de la empresa la culpabilidad se basa en un reproche social basado en sus deficiencias de organización, de modo que se puede hablar de una culpabilidad por organización (*Organisationsverschulden*). La misma que está en relación con la infracción cometida por una persona individual, hecho que desempeña el papel de factor de conexión (*Anknüpfungstat*). Así, se reprocha a la empresa no haber tomado las medidas de prevención indispensables para garantizar el desarrollo de sus actividades de manera correcta y la no comisión de delitos. Si algunos de sus miembros delinquen en el seno

de la empresa, la ejecución de estos comportamientos se presenta como incorrecciones debidas a la empresa misma.

Por su parte, Hirsch³⁴ considera que la empresa tiene una responsabilidad colectiva (*kollektive Haftung*) por el delito³⁵. La imposición de la pena supone, primero, un comportamiento ejecutado por un órgano o representante del ente colectivo; segundo, una vinculación funcional (*funktionaler Zusammenhang*) entre el delito y la actividad de la empresa; y, tercero, la determinación de la culpabilidad de la empresa mediante la culpabilidad del órgano o representante que ha cometido el delito. La empresa debía haber podido evitar la ejecución del acto delictivo.

En opinión de Heine³⁶, los criterios de imputación de responsabilidad penal a la empresa deben fijarse en función del criterio de la aumentación del riesgo específico al contexto de la empresa. Por ejemplo, en el caso de que la actividad empresarial esté sobre todo dirigida por procedimientos tecnológicos, resulta indispensable constatar la existencia de una posición de garante (*Ueberwachungsgarant*), que supone tanto la constatación de una gestión deficiente de los riesgos (*fehlerhaftes Risikomanagement*) y, así mismo, la concretización de un riesgo típico en el ámbito de la empresa (*betriebstypische Gefahrerwirklichung*). En esta perspectiva, el comportamiento individual indebido carece de importancia.

En esta perspectiva, Heine³⁷ determina la condición de autor de la empresa recurriendo al criterio del dominio de la organización funcional sistemática

³⁰ JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., Lehrbuch des Strafrechts, A. T. 5ed, Berlin, 1996, p. 227 ss.; Maurach R./Zipf, Strafrecht, A. T. I, 7ed, Berlin, 1977, p. 180 ss.

³¹ BAJO FERNÁNDEZ, M., Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial, Madrid 1978, p. 109, ss.; PEREZ MANZANO, M., La responsabilidad penal de las personas jurídicas, in AP 2, 1995, p. 15 ss. Cfr. ZUGALDIA, J. M., Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*, CPC, n. 11, 1980, p. 67 ss.

³² PRADEL, Jean, Droit pénal général, 16^e édition, Paris 2006/2007, Editions Cujas, p. 491 ss.; DANTI-Juan, M., La responsabilité pénale des sociétés, in Revue pénitentiaire de droit pénal, 2002, p. 91 ss.; Saint-Paul, J. C., La responsabilité pénale des personnes morales : réalité et fiction, in Le risque pénal dans l'entreprise, Litec, Carré Droit, 2003.

³³ "Die Bebusung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, p. 1172.

³⁴ Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1993; idem, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, ZStW 107 (1995), p. 285 ss.

³⁵ Cf. SCHÜNEMANN, B. Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Köln, Berlin, Bonn, München, 1979, p. 254.

³⁶ Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, Baden-Baden, 1995, p. 264 ss.; Lampe, «Systemunrecht und Unrechtssysteme», ZStW 106 (1994), p. 732 y ss.; Dannecker, «Das Unternehmen als „good corporate Citizen“ – ein Leitbild der europäischen Rechtsentwicklung?», en Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft, Alwart (Hrsg.), München, 1998, p. 27; Dannecker, «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher

³⁷ Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken, Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, T. 24, Nomos Verlag, Baden Baden, 1995, p. 311.

(*funktional-systematische Organisationsherrschaft*), en oposición al criterio del dominio del hecho (*Tatherrschaft*) relativo a la responsabilidad individual. El deficiente dominio de organización se da cuando la empresa no toma a tiempo las medidas para evitar los riesgos. En su opinión, la materialización del riesgo debe ser apreciada como una condición objetiva de punibilidad. Se trata más bien de combatir la creación de situaciones peligrosas que de imputar un hecho a la empresa sobre la base de la experiencia social. Heine concluye proponiendo que la noción de culpabilidad individual sea rechazada respecto a la empresa y que se adopte una noción de culpabilidad por la conducción de una actividad comercial (*Betriebsführungsschuld*)³⁸.

En Suiza, Roth³⁹ sostiene, luego de admitir que la empresa tiene la capacidad de actuar y que sus actos constituyen la manifestación de la voluntad colectiva, que ella puede ser considerada como responsable en virtud de la culpabilidad por culpa, en la medida en que puede violar un deber de prudencia o que uno de sus miembros no prevé el peligro o la producción de un resultado perjudicial. Así, el reproche se basará en un defecto de organización de la empresa; es decir una apreciación deficiente de los riesgos que debieron razonablemente ser previstos (un tipo de *Vorverschulden*). Como esta culpa tiene un sentido *sui generis* y muy marcado por razonamientos tomados de la economía de la empresa y de la sociología de organizaciones⁴⁰, no es necesario fijarse mucho en el aspecto subjetivo de la culpa. De esta manera, se produce una objetivización parcial de la culpa, pero que se justifica por su acercamiento a la noción de responsabilidad desarrollada en derecho civil.

Respecto a la culpabilidad intencional, Roth rechaza la idea de que se pueda deducir de los diversos actos cometidos por una empresa (especie de delito continuado) que haya actuado con una intención única. Sobre el particular explica que la intención es en principio un fenómeno psíquico regido por una unidad de tiempo⁴¹ y que exige la presencia de una persona natural. Por esto, estima que la noción de culpabilidad, sin distanciarse de la concepción tradicional, necesita ser ampliada y adaptada⁴² a las circunstancias particulares relativas a la responsabilidad penal de la empresa.

D) Regla de imputación y no de incriminación

En el marco de la legislación suiza, en particular de los arts. 102 y 102a CP, para comprender esta problemática, hay que precisar el punto de anclaje de la responsabilidad penal de la empresa.

Es evidente que el punto de partida es que el delito esté relacionado estrechamente con la empresa porque uno de sus miembros es el autor y porque ella ha sido cometida en ocasión de la actividad comercial de la empresa. Tratándose de la responsabilidad subsidiaria (art. 102, inc. 1), la imputación de responsabilidad penal a la empresa depende de si el autor material de la infracción ha sido identificado o no. Esta condición no es, por el contrario, decisiva en cuanto a la responsabilidad principal (art. 102, inc. 2), debido a que dicha imputación procede, se haya o no identificado al responsable de una de las infracciones indicadas en este inciso

Ahora bien, la identificación del autor material implica que se haya comprobado, en el mejor de los casos, que su comportamiento es típico, ilícito y culpable. Típico tanto en cuanto a la realización del aspecto objetivo del tipo legal, como a la presencia del aspecto subjetivo (intención o negligencia). Culpable, en tanto es capaz de culpabilidad, no ha obrado sobre la influencia de un error sobre la ilicitud y no está amparado por una circunstancia de inculpabilidad. Si en caso de no identificarse al agente, resulta difícil comprobar la presencia de todas estas condiciones de punición, en particular por ejemplo la intención o negligencia, la capacidad de comprender o de determinarse, es indispensable que demostrar que, al menos, un comportamiento típico (aspecto objetivo et aspecto subjetivo) e ilícito ha sido cometido. En este sentido amplio deben ser comprendidos los términos “crimen” y “delito”. Se trata de una forma de infracción que puede ser calificada de objetiva⁴³, la misma que también es utilizada en otros dominios; por ejemplo, en la aplicación de medidas de seguridad a una persona incapaz de obrar culpablemente.

³⁸ P. 288 ss.

³⁹ ROTH, RPS 115 (1997), p. 359.

⁴⁰ ROTH, RPS 115 (1997), p. 360.

⁴¹ ROTH, RPS 115 (1997), p. 362.

⁴² ROTH, RPS 115 (1997), p. 361.

⁴³ ROTH, in CEDIDAC 49 (2002), p. 95.

VII. CONCLUSIÓN

La imputación de la responsabilidad penal a la empresa y, en consecuencia, el hecho de imponerle una pena supone que se admita que puede ser objeto de un juicio de reprochabilidad, de culpabilidad. Ahora bien, además de que estas condiciones de penalidad no puedan ser concebidas de la misma manera que las referentes a las personas físicas, también debe considerarse que, según el art. 102, la responsabilidad de la empresa, comprendida la culpabilidad evidentemente bajo diversos criterios, no se refiere directamente a la ejecución del delito. Es decir, no es cuestión de comprobar de qué manera la empresa ejecutó la infracción, de determinar si la consumó con intención o culpa, si lo hizo bajo el amparo de una causa de justificación, si pudo o no saber que el hecho era contrario a derecho.

Tampoco es cuestión de precisar todas estas condiciones, en el supuesto que se admita que el art. 102 es una norma incriminadora y no una norma de imputación, respecto a una nueva infracción que haya sido establecida mediante esta misma disposición. Infracción que consistiría en el hecho de no haber tomado las medidas mínimas y necesarias que faciliten la identificación del autor material o que impidan la comisión de la infracción en el seno de la empresa y en el desarrollo de sus actividades comerciales.

El art. 102 es, más bien, una disposición de imputación de responsabilidad. En él, se establecen las condiciones bajo las cuales procede atribuir responsabilidad penal a la empresa en razón de la infracción cometida, en su seno y en el desarrollo de sus actividades, por una persona física. Las condiciones están, por un lado, referidas a la infracción cometida y, por otro, al reproche que puede ser expresado contra la empresa por qué no ha creado las condiciones para impedir la impunidad del agente o la comisión de la infracción.

Las primeras, siguiendo el texto legal, pueden ser enumeradas de la siguiente manera: la infracción debe haber sido cometida en el interior de la empresa (en consecuencia, por uno de sus miembros), en ocasión del desarrollo de sus actividades comerciales conformes a sus finalidades empresariales y, finalmente, la infracción no puede ser imputada a una persona física determinada.

La segunda está constituida por las deficiencias de organización debidas a la manera de actuar colectiva de la empresa misma. No es cuestión de determinar quiénes de los miembros de la empresa son responsables de la mala organización de la empresa, menos aún de la comisión concreta de la infracción. El reproche de culpabilidad está, entonces, directamente vinculado

con el hecho de que la deficiencia organizativa está en los orígenes del comportamiento delictuoso.

De esta manera, la responsabilidad de la persona individual y la de la empresa son autónomas y sólo están vinculadas por tener como factor de conexión la misma infracción. Así mismo, esta última no constituye una condición objetiva de punibilidad, pues su comisión está estrechamente vinculada con la culpabilidad por defecto de organización. En relación con la responsabilidad subsidiaria, impide que el autor sea identificado y, por tanto, promueve la impunidad, circunstancia que aumenta el riesgo que nuevas infracciones sean cometidas.

En cuanto a la responsabilidad principal, el defecto de organización ha favorecido la comisión de la infracción. Es decir, la empresa no se ha dotado de la organización eficaz indispensable para evitar que se cometan infracciones en su seno y en ocasión del desarrollo de sus actividades comerciales y en el marco de sus objetivos lícitos o que no se identifique a los responsables individuales.

De esta manera, a pesar de la semejanza de la terminología utilizada para designarlas, las condiciones de punición de la empresa son diferentes a las concernientes a las personas naturales. Dichas condiciones deben estar de acuerdo con la índole de la organización de la empresa y con sus funciones sociales específicas. La solución de los problemas que se presentan será difícilmente alcanzada si se continúa admitiendo una concepción realista de los criterios dogmáticos, por ejemplo, considerando al dolo y a la culpa sobre todo como fenómenos psíquicos. Como en el caso de la culpabilidad concebida como un juicio de reproche expresado al autor material, la culpabilidad de la empresa debe también ser determinada normativamente.

Si bien las categorías jurídicas, comprendidas las de sujeto de derecho y culpabilidad, sean de orden normativo y funcional, no existe libertad absoluta para fijar las condiciones de punición. Se trata de establecer criterios apropiados para regular y justificar la condición de la empresa como sujeto de Derecho Penal, al que se le puede imputar una responsabilidad e imponérsele una pena. La realización de esta tarea será la concretización de uno de los principales cambios en el Derecho Penal del sistema europeo continental y, en especial, en la reelaboración de categorías como la de la culpabilidad. Por todas estas razones se justifica que el tema de la responsabilidad penal de la empresa haya sido tratado en el marco de las 30 Jornadas Internacionales de Derecho Penal.