

## La responsabilidad penal de las personas jurídicas en suiza

José du Puit

### I. Evolución legislativa y doctrina

**(p. 161)** Grosso modo, pueden distinguirse cuatro etapas en la evolución legislativa y doctrinaria: primero, la negación de dicha responsabilidad a partir de lo establecido en los arts. 172 y 326 del Código penal; segundo, la confirmación del principio *societas delinquere non potest* en el derecho penal administrativo federal; tercero, el cuestionamiento de dicho principio con ocasión del proceso de revisión de la Ley federal de Bancos; y, cuarto, la propuesta, formulada en el anteproyecto de parte general, de inserción en el Código penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

**(p. 162) a.** Los arts. 172 y 326 del Código penal se refieren al problema creado por la comisión de una infracción contra el patrimonio en el marco de la gestión de una persona moral o de una sociedad (sin personalidad jurídica). La cuestión que se plantea, en tal situación, es de saber si la agrupación puede ser directamente perseguida y condenada penalmente. De acuerdo con la opinión dominante, en los artículos citados se responde negativamente, designando expresamente las personas físicas que sólo pueden ser sancionadas. El principio *societas delinquere non potest* es así reconocido, y por tanto no se instituye ninguna presunción de culpabilidad en contra de las personas jurídicas.

**b.** La responsabilidad solidaria de las agrupaciones ha sido estatuida en algunas leyes complementarias. Estas disposiciones suponen la derogación de lo dispuesto en las disposiciones de la parte general del Código; derogación autorizada por el art. 333 del mismo código. Así, por ejemplo, el art. 134, inc. 4, del Decreto federal sobre el impuesto federal reconoce la responsabilidad de la empresa en materia de delitos fiscales. La responsabilidad solidaria también es admitida en la ley federal sobre agentes de comercio (arts. 13 a 15) y en la ley federal referente a los productos alimenticios (art. 56, inc. 1).

En la ley federal concerniente al derecho penal administrativo, se parte del principio general de la no responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, se establece una excepción al preverse, en su art. 7, una forma de responsabilidad. Según esta disposición, se castigará a la empresa en lugar del autor de la infracción " cuando la multa imponible no exceda cinco mil francos y que la investigación comportaría necesariamente la aplicación de medidas coercitivas desproporcionadas con la pena en que incurrirían las personas mencionadas en el art. 6".

**c.** El cuestionamiento del principio *societas delinquere non potest* tuvo lugar durante el proceso de revisión de la Ley federal relativa a la Banca. En 1982, la Comisión federal de Bancos se planteó la cuestión si los principios generales del Código penal y del derecho penal administrativo, aplicables a la Ley federal de Bancos (art. **(p. 163)** 51bis), se oponían a la introducción de " una sanción administrativa comparable a la multa aplicada en caso de contravenciones " para reprimir la entidad bancaria responsable de actos ilícitos. Al respecto, es de señalar que la Convención relativa a las obligaciones de cuidado de la Banca ya preveía una sanción de la misma índole y, así mismo, que tal multa es admisible si no tiene efectivamente carácter penal o administrativo penal. A esta cuestión, se respondió negativamente por dos fundamentos. En primer lugar, los " actos ilícitos ", fundamento de la sanción, eran equivalentes cualitativamente a las infracciones penales y, en segundo lugar, la multa no tenía la finalidad de confiscar el beneficio obtenido mediante el acto ilícito, sino más bien de restablecer el orden público perturbado. De esta manera, no se incorporó en la nueva Ley federal de Bancos la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

**d.** Sobre la base de la propuesta hecha por Schultz en su anteproyecto de parte general, la Comisión revisora planteó el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Antes de presentar la reglamentación establecida en el proyecto de la Comisión revisora, nos parece necesario describir brevemente la posición de la jurisprudencia respecto al problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Según la jurisprudencia, el principio *societas delinquere non potest* constituye una regla general no escrita. Pues, una disposición que la estableciera contradiría el *principio de culpabilidad* y el de la *proporcionalidad de las penas*. Los jueces federales recurren a los tres argumentos tradicionales:

1. Si bien las personas naturales pueden adquirir todos los derechos y asumir todas las obligaciones que no sean inseparables a la condición natural de la persona física (art. 53 del Código civil), no pueden - por definición - actuar; por tanto sólo pueden cometer un acto relevante para el derecho penal por intermedio de sus órganos (art. 54 Código civil). Las personas jurídicas no son capaces de actuar conforme al derecho penal.

**(p. 164) 2.** La persona moral no puede comportarse culpablemente, debido a que por su propia naturaleza no poseen las capacidades síquicas constitutivas de la imputabilidad y, en consecuencia, de la culpabilidad (capacidad de comprender el carácter ilícito del acto y capacidad de determinarse según esta apreciación) (ATF 85 IV 100/JdT 1959 IV 157).

3. La pena se basa, según el art. 63 del Código penal, en la culpabilidad del autor y busca la expiación y la prevención. De modo que la pena sólo se dirigen a las personas físicas, únicas capaces de pensar, querer y sentir. Este no es el caso de las personas jurídicas.

Permaneciendo en el contexto del razonamiento del Tribunal federal y considerando la legislación vigente, se puede objetar que resulta un tanto contradictorio reconocer, en derecho civil y administrativo, a la persona jurídica como un actor real de la vida económica y jurídica y no admitirlo en derecho penal. Es de recordar que también es poco comprensible que el Tribunal federal reconozca a la persona jurídica como víctima de los delitos contra el honor y negar su calidad de autor de delitos. En buena cuenta, el Tribunal federal reconoce implícitamente la capacidad de actuar de las personas morales.

En el ámbito del derecho penal administrativo, resulta también poco claro que el Tribunal federal admita que la persona jurídica percibe a la sanción administrativa como castigo o disuasiva y, al mismo tiempo, lo niegue con relación a la pena.

Por último, señalemos que los legisladores cantonales como comunales no están sometidos al principio *societas delinquere non potest*. Así, el Tribunal federal ha declarado lícita la condena impuesta a una persona jurídica en base de la Ley sobre sentencias municipales del Cantón de Vaud. Ley que prevé, en su art. 9, inc. 2, que ciertas contravenciones son " cometidas independientemente de todo factor subjetivo, de modo que resulta perfectamente posible que sean cometidas por las personas morales " (ATF 101 Ia 110). Según los jueces federales, el derecho cantonal puede adoptar reglas generales que se alejen de las establecidas en el derecho penal federal, en particular en lo referente a las responsabilidades penales de las personas morales.

## **(p. 165) II. Concepción de los autores del Anteproyecto**

Los autores del anteproyecto parten de la constatación, en primer lugar, del desarrollo, en los últimos años y en diversos países, de la llamada " criminalidad de empresa ". Fenómeno que se produce de manera particular, mas no únicamente, en el ámbito de la delincuencia económica. Delincuencia que comprende una gran diversidad de comportamientos delictivos : blanqueo de dinero, estafas de todo tipo, violaciones -motivadas por consideraciones económicas - de las prescripciones de seguridad establecidas para proteger la vida, la salud o el medio ambiente, violaciones de las reglas de la concurrencia y de las prohibiciones de importación y de exportación (por ejemplo, de material de guerra).

En segundo lugar, de la confirmación que, debido a circunscribirse la responsabilidad penal sólo a las personas físicas, la represión penal de ese tipo de delincuencia es insuficiente tanto a nivel de la intimidación como de la prevención. Esta deficiencia es puesta en evidencia haciéndose referencia a

que en los países anglosajones, desde hace años, se ha admitido la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Admitiendo hipotéticamente que las personas jurídicas estuvieran sometidas al derecho penal vigente, centrado en la responsabilidad individual, los expertos consideran, como obstáculos que dificultarían o impedirían una represión eficaz de la criminalidad de empresa, los elementos siguientes :

**a.** Según el art. 48, inc. 2 del Código penal, el monto de la multa debe fijarse de acuerdo con la situación económica del condenado. De modo que dicho monto sería netamente inferior al que podría fijarse con relación a una persona jurídica en razón a su poder económico. Esta no sería muy afectada en su economía. Además, la amenaza penal pierde su efecto disuasivo respecto a la empresa en la medida en que las ventajas obtenidas mediante el delito compensan ampliamente el perjuicio causado por la pena pecuniaria. El pago de la multa deviene un riesgo que la persona jurídica calcula entre las pérdidas en su presupuesto.

**(p. 166) b.** Debido a que la responsabilidad penal se basa sobre un esquema simple de escalas causales sucesivas y del comportamiento culpable del autor individual, no es posible comprender la complejidad de los actos de la persona jurídica. Las infracciones cometidas por ésta son, con frecuencia, el fruto de un desarrollo complejo de hechos, condicionado por la descentralización y la repartición de competencias al interior de una agrupación. Los niveles de acción y de decisión están muy fraccionados. Los efectos del accionar de la persona jurídica son el resultado de diversos actos u omisiones de diversas personas. Por esto, el esquema tradicional resulta inadecuado para fijar las responsabilidades individuales relacionadas directamente con el suceso perjudicial. Las carencias en la organización y planificación de empresa, al origen de los delitos cometidos, no pueden servir de base a la intervención del derecho penal. De manera que el límite de la eficacia del derecho penal está determinado por la identificación de los responsables individuales. Además, los miembros de la jerarquía superior de la persona jurídica, responsables generalmente de la tendencia de la persona jurídica a fomentar la comisión de delitos, no son inquietados. El peso de la ley recae, por tanto, casi siempre en los subalternos.

**c.** Las deficiencias del esquema tradicional aparecen con mayor evidencia, en los casos en que la "irresponsabilidad organizada" de la empresa (debida a la superposición inextricable de competencias y de procesos de decisión al interior de la empresa) impide la identificación de los autores individuales y, en consecuencia, alguna forma de represión.

**d.** El sistema de la responsabilidad penal individual tampoco es eficaz frente a determinados efectos criminógenos de la especial organización y estructuración de las personas jurídicas o sociedades. Así, en relación con la criminalidad consistente en la comisión de delitos de peligro abstracto o de delitos cuya finalidad no es el provecho personal sino más bien el de la agrupación, las barreras de inhibición pueden ser debilitadas o eliminadas por las técnicas empleadas para neutralizar o disminuir los problemas. Por ejemplo, **(p. 167)** cuando los cuadros superiores aprueban tácitamente o fomentan discretamente los comportamientos ilícitos ; o cuando el fracaso o el poco éxito económico de una política empresarial rígidamente orientada al máximo beneficio son sancionados con la negación de un ascenso, el desplazamiento o el licenciamiento de un empleado o funcionario. En estos casos, la responsabilidad por estas formas de actuar debe ser buscada en los mandos superiores de la persona jurídica.

**e.** En cuanto a las penas, es de señalar que la confiscación, actualmente la sola sanción penal aplicable a las empresas (art. del Código penal), se revela insuficiente en la perspectiva de la prevención. Frente a las personas jurídicas, en general económicamente fuertes, sus efectos disuasivos son manifiestamente mínimos ; ya que comporta el simple riesgo de ser obligada a restituir el provecho eventual. Además, su eficacia está aún más restringida porque resulta, frecuentemente, imposible de aportar la prueba, conforme lo exige el derecho vigente, de las ventajas patrimoniales efectivamente obtenidas.

**f.** Tampoco la disolución de la persona jurídica cuando su fin es ilícito o contrario a las buenas costumbres, prevista en el art. 57, inc. 3, del Código civil, resulta siendo el medio adecuado para combatir la criminalidad de empresa. Primero, esta medida es raramente aplicable porque es muy raro que la persona jurídica persiga sólo o esencialmente fines ilícitos. Segundo, su aplicación está

restringida a las agrupaciones con personalidad jurídica, de modo que es inaplicable a las que carecen de esta forma jurídica. Estas últimas son muy frecuentemente las principales responsables de la criminalidad de agrupaciones.

### III. Comentarios a las disposiciones del Anteproyecto

#### Título sexto : Responsabilidad de la empresa

##### Art. 100quater : **Condiciones**

1. *Si un acto reprimido como crimen o delito es cometido por quien obra en calidad de órgano, de miembro de un órgano o de director de una persona jurídica, de una sociedad o de una (p. 168) empresa individual (empresa) o por quien sin tener esas calidades, dirige de hecho la empresa o ejerce en su seno un poder de decisión independiente, la empresa será reprimida con las sanciones previstas en el presente título.*

*De la misma manera se procederá cuando no sea posible establecer cual, de las personas indicadas, ha cometido la infracción, o cuando, a causa de deficiencias en la organización, la violación de un deber jurídico reprimido penalmente no puede ser imputada a una persona determinada*

2. *La represión de las personas físicas es reservada.*

#### **Comentario :**

De manera general, se indica que la infracción cometida debe ser un crimen o un delito. De modo que esta disposición no es aplicable en relación con las contravenciones. La infracción debe ser cometida en el contexto de las actividades de una agrupación. Esta puede ser una persona jurídica en sentido estricto, pero también una sociedad o asociación que no posea dicho estado. Esto último es puesto en evidencia cuando, luego de haber utilizado los términos "société" y "entreprise individuelle", se coloca entre paréntesis la palabra "entreprise" (empresa). La misma que debe ser comprendida en su acepción de organización autónoma de producción de bienes o de servicios destinados al comercio; es decir organización que realiza negocios. La persona natural, autora del delito o crimen, debe haber actuado en su condición de órgano o de director de la empresa o en tanto que responsable de facto de la misma. Su comportamiento puede consistir tanto en un acto de comisión como de omisión y, particularmente, de omisión impropia (no impedir la actividad delictuosa de sus miembros y asumir las consecuencias en tanto que empleador).

La responsabilidad de la empresa, independiente de la responsabilidad de una persona natural, es admitida, en los párrafos 5 y 6 del inciso primero, en dos circunstancias: en primer lugar, cuando no es posible justamente de identificar a dicha persona y, en segundo lugar, (p. 169) si debido a las deficiencias de organización de la empresa, la violación de una obligación de control o cuidado no puede ser imputada a una persona determinada. En relación con el primer caso, se da como ejemplo el caso de la orden dictada por el directorio de una empresa disponiendo la puesta en circulación de productos perjudiciales para la salud, sin que se llegue a determinar quién es el directamente responsable. Para explicar la segunda hipótesis, se señala el caso de los daños causados por una empresa que explota una instalación peligrosa o que transporta materias tóxicas, sin que se pueda hacer responsable a una persona determinada de la violación de las reglas de cuidado propias a dichas actividades, debido a la deficiente organización de la empresa.

Del inciso segundo de la disposición comentada se desprende con claridad que el objetivo es el de establecer una responsabilidad penal propia de la empresa. Responsabilidad que no debe servir para que queden impunes los autores materiales cuando sean individualizados. Ambas responsabilidades son complementarias, por lo que se puede esperar que así se combata mejor la criminalidad. La empresa o sus dirigente no podrán librarse de sus responsabilidades penales sacrificando, aun cuando sea debidamente recompensado, a uno de sus subalternos.

## Art. 100quinquies : Sanciones

1. Las sanciones aplicables a una empresa son :

- a. El sometimiento a una obligación financiera de hasta diez millones de francos en caso de crimen o cinco millones de francos en caso de delito ;
- b. La prohibición de ejercer una actividad determinada por una duración de uno a cinco años, o a título definitivo, bajo amenaza de sanciones previstas en los incisos a o c ;
- c. La disolución de la empresa ;

2. La prohibición de ejercer una actividad determinada y la disolución de la empresa pueden ser suspendidas durante un plazo de prueba de dos a cinco años.

**(p. 170)** El juez podrá imponer a la empresa, durante el plazo de prueba, reglas de conducta destinadas a favorecer la reparación del daño o a prevenir la reiteración de infracciones de la misma naturaleza.

*El juez podrá imponer la ejecución si, durante el plazo de prueba, la empresa no respeta las reglas de conducta impuestas, o si se le imputa la comisión de una nueva infracción.*

3. En todo caso, el juez puede colocar la empresa, por una duración máximo de cinco años, total o parcialmente, bajo la vigilancia de una autoridad o de una persona designada por él.

## Art. 100sexies Determinación e individualización de la sanción

*El juez escoge la sanción y fija la medida de acuerdo a la gravedad del acto y al riesgo de reiteración de las infracciones de las que la empresa es responsable. El puede acumular las sanciones.*

### Comentario :

Las sanciones previstas para las empresas son diversas y apropiadas a su naturaleza. La oportunidad y la conveniencia de su aplicación son determinadas por el órgano judicial, teniendo en cuenta, sobre todo, el principio general de la proporcionalidad y la finalidad consistente en evitar la comisión de nuevas " infracciones de empresa ". La naturaleza de las sanciones no es del todo clara, en la medida en que pueden algunas pueden ser percibidas como penas y otras como medidas de seguridad. De la manera como se ha regulado la responsabilidad de la empresa, se desprende que, al momento de escoger e individualizar la sanción, debe considerarse si la infracción constituye un mero incidente en la vida de la empresa, si es más bien el fruto de las insuficiencias estructurales y funcionales de la empresa o si se trata en buena cuenta de un posibilidad prevista en la planificación de la empresa.

La sujeción a una obligación económica puede ser considerada como una sanción orientada a la represión. Se trata de una pena semejante a la multa, pero su monto no es fijado teniendo en cuenta la **(p. 171)** culpabilidad (como lo exige el art. 48 en caso de sanción individual), sino en consideración de lo que aparece como proporcionado para alcanzar el objetivo de evitar que la empresa reitere en el comportamiento delictuoso. El carácter punitivo de la sanción está evidenciado por los límites máximos establecidos (diez millones de francos en caso de crímenes ; cinco, tratándose de delitos). Esta pena puede significar un perjuicio económico tan grave que comporte un riesgo de desaparición de la empresa. Al respecto, debe jugar un papel importante la apreciación de la proporcionalidad, sobre todo teniendo en cuenta las demás sanciones.

La prohibición de ejercer una actividad determinada puede ser considerada sobre todo como una medida de seguridad. Su finalidad es, en particular, la de restringir el riesgo de que se vuelvan a cometer infracciones en el ejercicio de la misma actividad. Por esto, la prohibición debe limitarse al dominio de actividades que dieron lugar a la infracción; no puede ser, en consecuencia, general (por ejemplo, prohibir a una empresa dedicada al transporte de materiales, el transporte de substancias tóxicas). Esta prohibición puede ser definitiva o plazo fijo. Para garantizar el respeto de la prohibición se prevé su imposición bajo la amenaza de imponer la sujeción a una obligación económica o la

disolución de la empresa. Circunstancia que, en caso de desobediencia de la sentencia, da una cierta coloración punitiva a la prohibición de una actividad determinada.

La disolución de la empresa constituye la sanción más grave. En doctrina, ha sido comparada con la pena de muerte. Esto muestra los alcances de la sanción, cuya aplicación no depende de que la empresa esté orientada únicamente a realizar actividades ilícitas. Basta, en consecuencia, que una sola infracción haya sido cometida. Pero, teniendo en cuenta la gravedad de la sanción, la infracción debe ser muy grave o que se trate de una grave reiteración. Resulta difícil considerar la disolución como una medida de seguridad, aun cuando sea evidente que es la manera más eficaz de evitar la reiteración. Al respecto, es de recordar que los positivistas italianos calificaron de igual manera la pena de muerte, lo que sólo significaba un simple juego de palabras.

**(p. 172)** La interdicción de ejercer una actividad y la disolución pueden ser impuestas de manera condicional con un periodo de prueba de dos a cinco años y previsión de reglas de conducta. En cuanto a estas últimas se dispone que están destinadas a prevenir la reiteración de infracciones de la misma naturaleza (lo que no es sino una confirmación de la finalidad general de las sanciones previstas) y a promover la reparación de los perjuicios causados.

Si bien la suspensión de la ejecución de la disolución o de la prohibición de una actividad y la imposición de reglas de conducta están vinculadas necesariamente a la imposición de una sanción " principal ", la medida de someter a la empresa a la vigilancia, total o parcial, de una autoridad o de una persona designada por el juez, puede ser impuesta de manera autónoma " en todos los casos ". Esto es, aún en ausencia de otra sanción.

#### **IV. Conclusión**

De esta manera, se trata en Suiza de completar el arsenal penal para luchar más eficazmente contra la criminalidad de la empresa y, en particular, contra las nuevas formas de delincuencia. La solución propuesta se apoya en las experiencias legislativas y judiciales de otros países, especialmente anglosajones. La admisión de la responsabilidad penal de las personas morales en algunos países europeos, especialmente en Francia, ha reforzado la tendencia a completar el esquema de la responsabilidad penal individual mediante la responsabilidad colectiva de la empresa. El paso dado es importante, pero mesurado ; en la medida que se considera que el principio de la *ultima ratio* debe ser igualmente considerado en el derecho penal de la empresa. De allí que se preconice claramente la aplicación mesurada y oportuna de las sanciones previstas para reprimir las personas morales. Así, se sigue pensando que, muchas veces, medidas de orden administrativo o económicas pueden ser tan o más eficientes que el derecho penal. Pero al mismo, se reconoce que esas medidas no son suficientes y que por tanto resulta indispensable prever la responsabilidad penal de la empresa en sí misma.