

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO SUIZO

José Hurtado Pozo

Sumario: I. Introducción. A. Criminalidad económica. B. La realidad de la criminalidad económica. C. La cooperación entre Suiza y la Unión Europea. D. El secreto bancario y la ayuda judicial. E. Cooperación con Estados Unidos. II. Derecho penal económico. A. Marco constitucional. B. Función del derecho penal económico. C. Configuración del derecho penal económico. D. Recurso al derecho penal económico. 1. Legislación. 2. Autorregulación. 3. *Whistleblowing*. E. Carácter subsidiario, accesorio y fragmentario del derecho penal económico. F. Código Penal o legislación complementaria. G. Derecho penal administrativo, derecho penal común y derecho penal económico. H. Derecho penal fiscal. I. Análisis jurídico del secreto bancario. III. Principio de la legalidad. A. Delitos especiales. B. Delitos de peligro abstracto. C. Leyes penales en blanco. D. *Aufgangtatbestände*. E. Interpretación. F. Fraude a la ley. IV. Teoría del delito. A. Causalidad e imputación objetiva. B. Error. C. Participación delictuosa. D. Responsabilidad penal de la empresa. 1. Evolución

legislativa. 2. Régimen de la responsabilidad principal subsidiaria. 3. Particularidades del artículo 102, inciso 1, del CP suizo. 4. Particularidades del artículo 102, inciso 2, del CP suizo. 5. Pena.

I. INTRODUCCIÓN

A. Criminalidad económica

Desde el siglo XIX, el desarrollo del sistema económico generó una delincuencia muy particular, llamada «criminalidad económica», a causa de las condiciones laborales de los trabajadores y del afán de ganancia intenso de las clases dirigentes.

Actualmente, la criminalidad económica es definida con frecuencia como el conjunto de comportamientos delictuosos cometidos en el marco de las relaciones económicas mediante la explotación abusiva de la confianza necesaria para el desenvolvimiento de la vida económica y perjudicial para la libre expresión de la voluntad de los actores económicos¹. El descubrimiento de tales comportamientos y la punición de los responsables son muy complicados debido a la multiplicidad de maneras de cometerlos. Los progresos técnicos, en particular la informática, hacen que esta situación sea más grave y compleja.

B. La realidad de la criminalidad económica

Un estudio² realizado en 1997 sobre empresas suizas ha demostrado que 62% de ellas fueron víctimas de delitos económicos, pero que solo ocho casos habían sido denunciados ante la justicia penal. El barómetro de los fraudes de 2008, establecido por *KPMG International Cooperative*³, ha confirmado esta tendencia según la cual pocos asuntos llegan a conocimiento de las autoridades judiciales. Así, resulta evidente que la mayor parte del iceberg permanece sumergido (cifras negras) y que solo una mínima parte de la criminalidad económica es conocida.

La situación no es diferente en otros países. Por ejemplo, en Alemania, un informe más reciente de KPMG, realizado respecto a trecientas empresas,

1 Müller, 2001 p. 425; Queloz, 1999, p. 29.

2 El estudio ha sido realizado por la sociedad de revisión de PricewaterhouseCoopers, como lo señala Cassani, 2002, p. 21. Además, cfr. Müller, 2001.

3 KPMG se trata de una red global de firmas de servicios profesionales que brindan servicios de auditoría, fiscales y de asesoramiento financiero y de negocios en numerosos países. Ver: <<https://home.kpmg.com/es/es/home/about.html>>.

con la ayuda de las estadísticas policiales, ha demostrado que la criminalidad económica ha continuado aumentando desde hace diez años. Este estudio matiza esta afirmación explicando que esto se debe tanto a la toma de conciencia de la existencia de esta criminalidad, del reforzamiento de la represión y de las condenas impuestas, como a la mejora de las medidas de control en el seno de las empresas. Lo que no impide que más de la mitad de las empresas son víctimas de delitos económicos, en la mayor parte de los casos de estafas. Estas cifras corresponden a los casos conocidos y no tienen en cuenta los asuntos que permanecen impunes (cifras negras). Por último, se puede señalar que, según este estudio, las dos terceras partes de los asuntos han sido descubiertos, en 2010, gracias a la iniciativa de las empresas, mientras que en 2006 fueron algo más de la mitad⁴.

En Suiza, dos criterios deben ser tomados en cuenta para apreciar la evolución de la criminalidad económica: primero, la prioridad dada a la autorregulación como medida de lucha contra la criminalidad económica (por ejemplo, las reglamentaciones sobre las inversiones bancarias o las transacciones en el mercado de valores)⁵, la cual resulta en parte de la fuerte influencia de los *lobbies*⁶; segundo, la falta de iniciativa del Estado, el cual solo interviene en principio por denuncias o informaciones (deber de informar) de parte de terceros (por ejemplo, las víctimas de los delitos económicos). Esta segunda remarca supone una toma de conciencia de terceros respecto a su responsabilidad en la prevención y la represión de estos delitos. Asimismo, sería necesario que los órganos privados y las autoridades administrativas o judiciales instauren medidas de cooperación organizada a nivel nacional e internacional para controlar eficazmente la criminalidad económica.

C. La cooperación entre Suiza y la Unión Europea

Entre las fuentes de divergencias en la lucha contra la delincuencia económica, es necesario destacar la aplicación restrictiva por parte de Suiza de las convenciones internacionales (bilaterales o multilaterales). Por ejemplo, la aplicación muy formal de los compromisos europeos, como la «Convención 141» del Consejo de Europa relativa al blanqueo, detección, secuestro y confiscación de los productos

4 KPMG, 2012, p. 9 y ss. Además, cfr. Schnee, Thomas, 2006.

5 Queloz, 2003, p. 14.

6 Los grupos de influencia son grupos organizados no gubernamentales; por ejemplo, asociaciones, empresas o federaciones de intereses económicos, bancarios y financieros, que buscan influenciar en las decisiones políticas sin buscar gobernar directamente. Cfr. Balmelli, 2001, p. 351.

de un crimen⁷. Así, a pesar que esta convención, en su artículo 6, se refiere a la disimulación de un bien «de origen ilícito» para calificar un comportamiento de lavado de dinero, Suiza ha restringido su ayuda solo a los casos en que la infracción preliminar, de la cual procede el dinero blanqueado, constituye un crimen en el sentido del derecho suizo⁸. Esta interpretación se basa en la comprensión sistemática de lo dispuesto respecto al artículo 1, literales a y e, de dicha convención⁹. En estas disposiciones, por un lado, los «productos» son comprendidos como toda ventaja económica obtenida por la comisión de una infracción penal y, por otro, el «delito precedente» como aquel que genera los productos susceptibles de ser objeto de actos de lavado. Así, el «origen ilícito» de los bienes se explica en el hecho que estos provienen de un delito precedente.

La otra fuente es el hecho de que las infracciones bursátiles (artículos 161 y 161bis del CP suizo) no son del todo conformes con las directivas sobre abusos del mercado¹⁰. En efecto, dichas infracciones son consideradas como delitos por el derecho suizo y no como crímenes, por lo que estos comportamientos no constituyen infracciones previas al lavado de dinero. Lo contrario sucede en la mayor parte de los países de la Unión Europea y en EE.UU., los cuales no estatuyen esta restricción. Sin embargo, se puede indicar que, con el fin de ampliar la prohibición de la explotación de la información privilegiada a todos los hechos susceptibles de influenciar los cursos bursátiles, Suiza ha derogado, el 1 de enero de 2008, el inciso 3 del aludido artículo 161¹¹. Esta modificación tenía por objetivo, además de lograr una aplicación más eficaz de estas disposiciones a nivel nacional, precisamente permitir la ayuda internacional en caso de abusos manifiestos. Esta ampliación de la noción de «hecho confidencial» ha ocasionado que estas normas no sean del todo conformes con las recomendaciones revisadas de 2003 del GAFI, ni con las directivas europeas del Consejo de Europa sobre el blanqueo de dinero. Para atenuar las críticas de la comunidad internacional, el legislador suizo debería modificar su ley penal, calificando de crímenes los delitos previstos en los citados

7 «Convenio Europeo sobre blanqueo, detección, embargo y confiscación de los productos del delito», del 8 de noviembre de 1990; disponible en: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_52.pdf>.

8 Queloz, 2003, p. 16.

9 Ídem.

10 Cfr. «Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo» sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado), del 28 de enero de 2003; disponible en: <<http://www.boe.es/doue/2003/096/L00016-00025.pdf>>.

11 Artículo 161, párrafo 3, del antiguo CP: «Son considerados como hechos, en el sentido de los párrafos 1 y 2, la emisión inminente de nuevos derechos de participación, un agrupamiento de empresas o todo hecho análogo de importancia comparable».

artículos 161 y 161bis, para permitir que figuren entre las infracciones que pueden dar lugar al blanqueo de dinero.

Para ilustrar la problemática de la ayuda internacional en materia de lucha contra la criminalidad económica, es también interesante recordar un aspecto esencial de la cooperación entre Suiza y EE.UU. En el marco del asunto que opuso la UBS a las autoridades americanas, estas exigieron a Suiza ayuda administrativa total, lo que implicó un cambio sustancial en materia de ayuda internacional respecto a EE.UU. En este asunto, la justicia americana comunicó, en junio de 2008, que el banco suizo había ayudado a numerosos clientes a defraudar al fisco americano y que este último quería obtener informaciones sobre los titulares de las cuentas concernidas.

Por decisión de la Autoridad Federal Supervisora del Mercado Financiero Suizo (FINMA¹²), la UBS transmitió entonces una lista de 250 clientes, a condición que no se inicie ninguna persecución penal contra ella; además, pagó una multa de 780 millones de dólares americanos. A continuación, las autoridades americanas continuaron reclamando la identidad de los titulares de otras cuentas abiertas en la UBS, lo que condujo a nuevas y difíciles negociaciones¹³. Estas culminaron con un acuerdo, basado sobre todo en el artículo 26 («intercambio de informaciones») de la convención entre Suiza y EE.UU. contra la doble imposición en materia del impuesto sobre la fortuna, que implica una ayuda administrativa sobre los clientes sospechosos de fraudes fiscales (documentos falsos o inexactos, presentaciones engañosas) superiores a 250 mil francos suizos o sospechosos de infracciones graves y durables y cuyas cuentas hayan generado una renta anual no menor de 100 mil francos suizos durante tres años mínimo y que acumulen un haber mínimo de un millón de francos suizos. La asistencia administrativa también ha sido aceptada en relación con sociedades *offshore* bajo condiciones similares¹⁴. Este acuerdo

12 Autoridad independiente encargada de vigilar el mercado financiero suizo. Ejerce su poder público respecto a los bancos, aseguradoras, bolsas de valores, negocios de valores inmobiliarios, instituciones de depósitos de fondos, distribuidores e intermediarios de seguros. Sus objetivos son también los de proteger acreedores, inversores, asegurados y el funcionamiento de los mercados de valores (ver: <<https://www.finma.ch/fr/#Order=4>>).

13 Cfr. *Département fédéral de justice et police, Communiqué du 31 mars 2010, UBS: signature du protocole modifiant l'accord d'entraide administrative avec les Etats-Unis*; disponible en: <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/news/2010/ref_2010-03-311.html> (consultado el 16 de mayo de 2010); igualmente, *Communiqué du 14 avril 2010, L'accord UBS révisé soumis au Parlement, Le Conseil fédéral approuve le message*; disponible en: <<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/fallubs.html>> (consultado el 16 de abril de 2010).

14 Cfr. *Département fédéral de justice et police, Accord UBS: tableau synoptique*; disponible en: <<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/fallubs.html>> (consultado el 20 de abril de 2010).

compromete igualmente a las partes a firmar un nuevo protocolo, comprendiendo la revisión del artículo 26 de la convención contra la doble incriminación. Resulta de esas negociaciones una flexibilización de la posición suiza en cuanto a la estricta aplicación del secreto bancario¹⁵.

El secreto bancario es otro asunto de divergencias entre la Unión Europea y Suiza¹⁶. Concretamente, esta última puede intercambiar informaciones con las autoridades fiscales de ciertos países sobre la base de convenciones bilaterales contra la doble imposición (cooperación administrativa) o con autoridades judiciales extranjeras conforme a la «Ley federal sobre asistencia recíproca internacional en materia penal» (EIMP)¹⁷.

Suiza ha suscrito, con numerosos países de la Unión Europea, convenciones bilaterales contra la doble imposición y acuerdos multi o bilaterales sobre intercambio de informaciones en materia fiscal. Todos estos acuerdos están acorde con los modelos establecidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)¹⁸, salvo la reserva hecha por Suiza respecto al artículo 26 de dicho modelo, por la que precisa que solo proporcionará informaciones en caso de delito fiscal y no de simple sustracción fiscal.

A fines de 2004, Suiza firmó nueve acuerdos bilaterales reforzando su cooperación económica con la Unión Europea. En el contexto del acuerdo sobre la fiscalidad del ahorro¹⁹, se comprometió especialmente a prever una retención del impuesto sobre los ahorros realizados en Suiza por particulares con domicilio fiscal en la Unión Europea. Los clientes de las bancas suizas tienen la posibilidad de consentir el intercambio de informaciones o de aceptar una retención de impuesto a la renta y, de esta manera, el secreto bancario es respetado. El acuerdo prevé también una asistencia administrativa, en caso de delito fiscal, sobre la base

15 *Le Temps*, UBS, le prix du scandale, in *Dossier sur le secret bancaire*, article du 8 octobre 2009; disponible en: <http://www.letemps.ch/Page/Uuid/7e239086-cd0e-11dd-b87c-1c3fffea55dc/UBS_le_prix_du_scandale> (consultado el 20 de abril de 2010).

16 Cfr. acápite I.D. del presente trabajo.

17 *Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale* (RS 351.1); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19810037/index.html>>.

18 Es un organismo de cooperación internacional, conformado por treinta y cuatro países. Su objetivo es promover políticas destinadas a mejorar el bienestar económico y social de las personas (ver: <<http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>>).

19 *Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts* (RS 0.641.926.81). Dicho acuerdo ha sido suscrito el 26 de octubre de 2004 en el marco de las bilaterales II; disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20042402/index.html>>.

de las convenciones contra la doble imposición²⁰. Asimismo, Suiza ha concluido acuerdos en materia de lucha contra el fraude, apuntando hacia el contrabando y otras formas de delitos relacionados con los impuestos indirectos, como el impuesto sobre el valor añadido (TVA), los derechos aduaneros y las subvenciones. Se compromete a otorgar —obligación que no aceptaba— la ayuda judicial y administrativa respecto a los delitos relativos a los impuestos indirectos.

En marzo de 2009, frente a presiones internacionales en el contexto de la crisis financiera, Suiza abandonó la distinción entre fraude fiscal y evasión fiscal respecto a las personas no domiciliadas en su territorio. A partir de entonces, en el marco de las convenciones de doble imposición, admitirá —caso por caso y a demanda justificada— los pedidos de informaciones fiscales de los Estados, independientemente de la realización de un delito fiscal²¹.

Ante las exigencias de la Unión Europea y de la OCDE, Suiza debía negociar la revisión de las convenciones sobre la doble imposición con la finalidad de respetar su compromiso de otorgar también ayuda administrativa fiscal en los casos de evasión/sustracción fiscal. Doce convenciones debían ser suscritas para que Suiza no aparezca en la «lista gris». Suiza ha satisfecho esta condición a fines de septiembre de 2009; sin embargo, deberá enfrentar la presión internacional que le exige acepte el intercambio automático de informaciones de carácter fiscal, lo que ella no quiere conceder.

D. El secreto bancario y la ayuda judicial

La concepción suiza del secreto bancario constituye también un escollo a la cooperación internacional en la lucha contra la criminalidad económica debido a la manera como es concebido y aplicado. Según la concepción suiza, el secreto bancario consiste en un deber de discreción tanto del banco, como de sus órganos, empleados y mandatarios, respecto a las relaciones comerciales que tenga con sus clientes y, por tanto, sobre los asuntos financieros de estos últimos. Protege, en primer lugar, la esfera privada de los clientes contra la consulta injustificada de las informaciones relativas a su situación patrimonial²². Este secreto debe,

20 Cfr. Redondo, Braillard, Schwamm & Artigot, 2009, pp. 22 a 25.

21 DFF (*entraide judiciaire en matière fiscale*). Así, por ejemplo, Francia ha firmado un agregado a su convención de doble imposición el 27 de agosto de 2009, permitiendo el intercambio de información en el caso de fraude fiscal, excluyendo la protección del secreto bancario suizo. El acuerdo es conforme a los estándares dispuestos por la OCDE.

22 DFF, *Protection de la sphère privée*.

de la manera más amplia posible, comprender «no solo los hechos, sino también las apreciaciones de valor y las apreciaciones del banco»²³.

E. Cooperación con Estados Unidos

Con EE.UU., Suiza ha concluido una convención sobre la doble imposición en materia de impuestos sobre las rentas, el 2 de octubre de 1996²⁴; además del acuerdo de interpretación, el 23 de enero de 2003. A diferencia de aquellas suscritas con la Unión Europea, esta convención no sigue el modelo de la OCDE y el intercambio de informaciones es mucho más amplio. En efecto, Suiza asume la obligación de prestar asistencia administrativa en caso de delitos no reconocidos por su sistema de imposición, pero que sean de una gravedad equivalente al fraude fiscal sancionado en ese país («*tax fraud and the like*»).

El litigio reciente que ha concernido a los clientes de la UBS en EE.UU. ha llevado a Suiza a conceder una ayuda administrativa completa, llegando a sacrificar el principio del secreto bancario. El asunto se hizo público en junio de 2008 cuando la justicia norteamericana comunicó que la UBS había ayudado a sus clientes a defraudar el fisco norteamericano y que este último deseaba obtener las informaciones los clientes concernidos. El banco UBS proporcionó los nombres de 250 clientes a pedido de la FINMA en contrapartida del abandono de procesos penales en su contra; sin embargo, debió pagar una multa de 780 millones de dólares. En febrero de 2009, el fisco norteamericano ha demandado, en la vía civil, a los 52 mil titulares de cuentas abiertas en el banco UBS. Este banco ha rechazado esta demanda con el apoyo de las autoridades federales, haciendo valer que su aceptación implica la violación del derecho suizo. A mediados de agosto de 2009, se llevó a cabo un acuerdo²⁵ con EE.UU. comportando la relevación de los nombres de 4450 clientes y la cesación de los procesos contra el banco UBS en los casos en que EE.UU. lograría identificar 10 mil clientes, incluyendo las declaraciones voluntarias²⁶.

Este acuerdo se basa, especialmente, en el artículo 26 («intercambio de informaciones») de la convención entre Suiza y EE.UU. sobre la doble imposición

23 Lombardini, 2002, p. 630.

24 *Convention du 2 octobre 1996 entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu* (RS 0.672.933.61).

25 *Accord du 19 août 2009 entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements de l'Internal Revenue Service des États-Unis d'Amérique relative à la société de droit suisse UBS SA*, concluido y puesto en vigencia el 19 de agosto de 2009 (RS 0.672.933.612).

26 *Le Temps, UBS, le prix du scandale*.

en materia de impuestos sobre la renta. La ayuda administrativa se prestará respecto a las cuentas de los clientes sospechosos de fraude (documentos falsos o inexactos, montajes fraudulentos) a partir de un haber de 250 mil francos suizos y de los clientes sospechosos de infracciones graves y durables cuyas cuentas hayan generado una renta anual de por lo menos 100 mil francos suizos durante un mínimo de tres años y comprendiendo un haber mínimo de un millón de francos suizos. La asistencia administrativa es igualmente válida para las sociedades *offshore* bajo las mismas condiciones. Sin embargo, el Tribunal Administrativo Federal, en la sentencia del 21 de enero de 2010²⁷, ha juzgado insuficiente la base jurídica del acuerdo UBS, concluido el 19 de agosto de 2009, para conceder ayuda administrativa en los 4200 casos de sustracción fiscal grave y reiterada, cuestionando así la aplicación de este acuerdo²⁸.

Esto ha dado lugar al protocolo, modificando el acuerdo UBS por el cual las partes se comprometen a firmar el nuevo protocolo relativo a la revisión del artículo 26 de la convención de la doble imposición, hasta el 30 de setiembre de 2009 a más tardar. El secreto bancario ha resultado inaplicable en este asunto.

II. DERECHO PENAL ECONÓMICO

A. Marco constitucional

El derecho penal económico está estrechamente relacionado con el sistema económico²⁹, cuyos fundamentos y límites están regulados en la Constitución. En Suiza, la «constitución económica»³⁰ —es decir, el conjunto de disposiciones constitucionales que regulan las relaciones entre el Estado y la economía— es el resultado de una serie de reformas de diversa inspiración y cuya amplitud es compleja³¹.

En la revisión completa de la Constitución, en 1874, se hizo, por primera vez, una referencia expresa a la libertad económica al tratarse de la «libertad de comercio y de industria» (artículo 31 de la Cst.)³². Durante el periodo de transición del siglo XIX al XX, la Constitución suiza fue modificada varias veces

27 Sentencia del *Tribunal Administratif Fédéral* del 21 de enero de 2010 (A-7789/2009).

28 *Département fédéral de justice et police, L'accord UBS révisé; Département fédéral de justice et police, Protocole modifiant l'accord avec les Etat-Unis.*

29 Tiedemann, 2010a, N. 31.

30 Rhinow, 1988, artículo 31 Cst., N. 1 y ss. *sur la Constitution économique de la Suisse: fondement et conceptions.*

31 Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N. 878 y ss.

32 Rhinow, 1988, artículo 31 Cst.; Häfelin, Haller & Keller, 2008, N. 615; Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N. 887.

con la finalidad de aumentar las competencias económicas de la confederación y, de una manera limitada, restringir la libertad económica³³. El periodo de la postguerra fue decisivo para el desarrollo de leyes destinadas a controlar y reprimir ciertos comportamientos de índole económica. La reforma constitucional estaba entonces orientada a prever las medidas necesarias en época de crisis³⁴. De esta manera, se atribuyó a la confederación una competencia general para regular la actividad económica (artículo 31, inciso 2, de la Cst.)³⁵, sus atribuciones económicas³⁶ fueron aumentadas y se le autorizó, en casos excepcionales, a derogar el principio de la libertad económica³⁷.

La reglamentación actual es el resultado de la última revisión de la Constitución suiza, puesta en vigencia el 1 de enero de 2000. La mayor parte de las disposiciones son reunidas en la sección 7, titulada «Economía» (artículos 94 a 107 de la Cst.)³⁸: el artículo 94 prevé, de manera esquemática, los principios constitucionales directores de la economía; los artículos 95 al 107³⁹ regulan, por un lado, el funcionamiento y las estructuras como sectores tradicionales de la política económica de la confederación (en particular, los artículos 95, 96, 100 y 101 de la Cst.) y, por otro, la competencia y las tareas que se refieren a los dominios

33 Auer, Malinverni y Hottelier citan los ejemplos siguientes: «[...] constitución de un monopolio federal sobre el alcohol y limitación del número de restaurantes sirviendo bebidas alcohólicas (1985), creación de un monopolio federal para la emisión de billetes de banco (1981), legislación sobre los artes y oficios (1908), sobre la navegación marítima y fluvial (1919), sobre la circulación vehicular y la navegación (1921), sobre la residencia y el establecimiento de (1925)» (2006, N. 888). Además, cfr. Rhinow, 1988, artículo 31 Cst., N. 128 y ss., sobre las restricciones de la libertad de comercio y de la industria en general.

34 Cfr. Rhinow, 1988, artículo 31 Cst., N. 65 y ss., sobre la repartición de competencias entre la confederación y los cantones.

35 Rhinow, 1988, artículo 31bis Cst., N. 37 y ss.

36 Auer, Malinverni y Hottelier citan los ejemplos siguientes: «[...] la energía atómica (1957), el cinema (1958), la protección de inquilinos (1972, 1986), la política coyuntural (1978), la protección de los consumidores (1981), el control de precios (1982), la energía (1990) y la agricultura (1996)» (2006, N. 890).

37 El derecho constitucional en vigencia habilita a la confederación a derogar excepcionalmente al principio de la libertad económica: artículo 94, inciso 4; artículo 100, inciso 3; artículo 101, inciso 2; artículo 102, inciso 2; artículo 103 *in fine*; y artículo 104, inciso 2 de la Cst. Además, cfr. Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N. 889 y N. 908.

38 Häfelin, Haller & Keller, 2008, N. 623; Fleiner, Misic & Töpperwien, 2005, N. 542 y ss.

39 Los artículos son: «Actividad económica lucrativa privada» (artículo 95), «Política en materia de concurrencia» (artículo 96), «Protección los consumidores» (artículo 97), «Bancos y seguros» (artículo 98), «Política monetaria» (artículo 99), «Política conyuntural» (artículo 100), «Política económica exterior» (artículo 101), «Aprovisionamiento del país» (artículo 102), «Política estructural» (artículo 103), «Agricultura» (artículo 104), «Alcohol» (artículo 105), «Juegos de azar» (artículo 106) y «Armas y materiales de guerra» (artículo 107).

específicos (por ejemplo, la confederación es habilitada para tomar medidas para proteger a los consumidores, según el artículo 97 de la Cst., o para legislar sobre los bancos y bolsas de valores, según el artículo 98 de la Cst.).

Otras disposiciones importantes figuran fuera de la sección «Economía»⁴⁰, se trata del principio de la libertad económica (artículo 27 de la Cst.), la garantía de la propiedad (artículo 26 de la Cst.), la libertad de establecimiento (artículo 24 de la Cst.), las disposiciones sobre competencias como las relativas a la protección del medioambiente y a la zonificación territorial (artículos 74 y 75 de la Cst.), al trabajo a la seguridad social (artículo 110 y ss. de la Cst.), a la legislación sobre el derecho civil, comprendida la libertad contractual (artículo 122 de la Cst.) o al régimen financiero (artículo 126 y ss. de la Cst.). Todas estas disposiciones constitucionales tienen una gran importancia para la economía, ya que reglamentan las actividades económicas. En sí, constituyen límites de la libertad económica debido a que los actores son obligados a obrar conforme a la legislación vigente. Sin embargo, también representan una seguridad para el sistema económico porque permiten prever ciertos peligros y comportamientos.

Si bien el artículo 27 de la Cst. garantiza un sistema económico liberal⁴¹, su buen funcionamiento solo puede ser asegurado si es completado con medidas estatales (fomento, coordinación, vigilancia, legislación). La intervención del Estado se dirige a salvaguardar la economía pública y a favorecer un contexto apropiado para la economía privada (artículo 94, incisos 2 y 3, de la Cst.), respetando ante todo el principio de neutralidad en la competencia⁴².

El Tribunal Federal ya había deducido del artículo 31 de la aCst, en relación con la libertad de competencia, los principios de la neutralidad del Estado en este dominio, de igualdad de tratamiento de los comerciantes y de la unidad del espacio económico suizo. Los jueces federales reconocieron a la libertad económica alcances más amplios que la de un derecho fundamental (derecho subjetivo ante el Estado), destacando que el Estado debía abstenerse de tomar medidas de intervención «en la libre competencia para asegurar o favorecer ciertas ramas de la actividad lucrativa o ciertas formas de explotación y que tienden a dirigir la actividad económica de acuerdo a un plan determinado»⁴³. El Consejo Federal, en cuanto él, ha afirmado que el conjunto de reglas constitucionales relativas

40 Sobre las disposiciones citadas, cfr. Ehrenzeller, Mastronardi, Schweizer & Vallender, 2008; Fleiner, Mistic & Töpferwien, 2005, *Part IV, Fundamental Rights and Freedoms*.

41 Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N. 904.

42 *Ibidem*, N. 614.

43 ATF 103 Ia 586, c. 3c.; ATF 109 Ia 116, c. 4b.

a la economía contienen «una opción en favor de una economía que se inspira en la concurrencia y consciente de sus responsabilidades sociales»⁴⁴.

La libertad económica, consagrada en el artículo 27 de la Cst., es un derecho constitucional que reconoce al particular la facultad de denunciar ante la justicia las restricciones injustificadas (en el sentido del artículo 36 de la Cst.) que el Estado podría establecer a escoger y ejercer libremente una profesión y de denunciar las violaciones estatales a la libre concurrencia. Ella es concretada por una serie de leyes que reglamentan las relaciones de producción y de intercambio que hacen vivir el sistema económico. Hay que mencionar en especial las leyes federales sobre los derechos de autor y derechos conexos (LDA⁴⁵), contra la competencia desleal (LCD⁴⁶), sobre los cárteles y otras restricciones de la competencia (LCart.⁴⁷), sobre el mercado interior (LMI⁴⁸) y la concerniente a la supervisión de los precios (LSPr.⁴⁹)⁵⁰.

La libertad económica tiene la doble función de derecho fundamental y de principio director del sistema económico y de la libre competencia. Esta segunda función implica el rechazo de una economía planificada (administrativa y centralizada), la garantía del establecimiento de una economía independiente del Estado, la protección de la competencia⁵¹ y el reforzamiento de la unidad federal del sistema. Esta función, llamada «federativa»⁵², tiene por finalidad establecer un mercado común, único y unificado⁵³. Así, «la Constitución federal institucionaliza la libertad económica para asegurar a los agentes económicos la defensa de sus derechos individuales y garantizar las condiciones generales necesarias para enmarcar el desarrollo de estos últimos»⁵⁴.

44 Mensaje de 1981, p. 1324 y ss.

45 *Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins* (RS 231.1); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19920251/>>.

46 *Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale* (RS 241); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19860391/>>.

47 *Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence* (RS 251); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19950278/index.html>>.

48 *Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur* (RS 943.02); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19950280/>>.

49 *Loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix* (RS 942.20); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19850345/index.html>>.

50 Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N. 913 y ss.

51 Además, el principio de la competencia solo puede ser derogado por la misma Constitución. Cfr. Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, p. 887.

52 Sobre la función federativa, cfr. Rhinow, 1988, artículo 31, N. 52 y ss.; igualmente, Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N. 909.

53 Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N. 909.

54 *Ibidem*, N. 600.

La protección de esta libertad económica no es, sin embargo, absoluta y puede ser limitada como toda libertad constitucional (artículo 36 de la Cst.), respetando el principio de la legalidad, de proporcionalidad y respondiendo a un interés preponderante. La confederación y los cantones no pueden derogar la libertad económica salvo modificación de la Constitución o si esta lo prevé (artículo 94, inciso 4, de la Cst.)⁵⁵. Es el caso, por ejemplo, de las medidas tomadas en el ámbito del crédito, de la moneda, del comercio exterior y de las finanzas públicas (artículo 100, inciso 3, de la Cst.)⁵⁶ y de las medidas de política económica exterior (artículo 101 de la Cst.).

Según el mensaje del Consejo Federal, promover la prosperidad común implica fomentar «el progreso científico y económico, así como estimular la economía mediante las actividades desarrolladas por el Estado en materia de infraestructura (trabajos públicos, transportes, formación, política monetaria y de créditos)»⁵⁷. La confederación y los cantones son responsables social y políticamente. En este sentido, les incumbe favorecer, por ejemplo, la seguridad económica de la población (artículos 2, inciso 2, y 94, inciso. 2, de la Cst.). Cuidan en especial de tomar las medidas útiles para proteger a los consumidores (artículo 97 de la Cst.), luchar contra las consecuencias sociales y económicas perjudiciales para la libre competencia (artículo 96 de la Cst.)⁵⁸, realizar una política monetaria favorable a «los intereses generales del país» (artículos 98 de la Cst. y 5, inciso 1, LBN⁵⁹), estimular el progreso científico (artículo 64 de la Cst.) y, por último, establecer las infraestructuras necesarias a las actividades económicas⁶⁰.

B. Función del derecho penal económico

La determinación de la función del derecho penal económico está naturalmente vinculada a la función atribuida al derecho penal en general. Sobre el particular, hay que recordar *grosso modo* dos corrientes de opinión: por un lado, la que la concibe como el hecho de motivar a las personas a no cometer actos contrarios

55 Häfelin, Haller & Keller, 2008, N. 719 y ss.; Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N. 962 y 992.

56 Según el mensaje de 1996, «fuera de estos dominios, la política conyuntural debe estar fundada sobre medidas compativles con el principio de la libertad económica» (p. 311).

57 Mensaje de 1996, p. 299.

58 En caso de necesidad, el Estado puede prohibir los cárteles.

59 *Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale suisse* (RS 951.11); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20021117/index.html>>.

60 Respecto a las disposiciones citadas, cfr. Ehrenzeller, Mastronardi, Schweizer & Vallender, 2008.

a los bienes jurídicos; por otro, la que sostiene que se trata más bien de restablecer la validez de la norma cuestionada mediante la comisión de la infracción y así asegurar la identidad normativa de la sociedad.

La primera⁶¹ supone la existencia de un vínculo psicológico entre el mandato normativo y la manera de comportarse de las personas, lo que permite que lo dispuesto en la norma influya en la motivación de estas. Las disposiciones penales tendrían en consecuencia un efecto de prevención general negativa. En parte, esta tesis se justifica en la medida que, en principio, la ejecución de las infracciones supone una reflexión preliminar del autor antes que se decida a obrar. Sin embargo, esta concepción puede ocasionar abusos, ya que sería necesario de recurrir a penas cada vez más severas con la esperanza que intimiden a los posibles infractores.

La segunda corriente de opinión es patrocinada por los partidarios del funcionalismo⁶², quienes consideran que la intervención penal sobreviene demasiado tarde —una vez cometida la infracción—. De esta manera, niegan que las normas puedan motivar a las personas a actuar de una manera determinada. Según ellos, el derecho penal solo puede restablecer la validez comunicativa social de la norma violada⁶³.

Las consecuencias prácticas de aplicar una de estas concepciones no son muy grandes en la medida en que la protección de los bienes jurídicos pasa por el reforzamiento de las normas violadas y que el restablecimiento de la validez de las mismas concluye con la salvaguarda de los bienes jurídicos. Las diferencias se manifiestan más bien en las consecuencias vinculadas con los problemas analíticos y sistemáticos concerniendo ciertas categorías dogmáticas (por ejemplo, la imputación objetiva, la culpabilidad, la participación).

Como el sistema económico es dinámico, el derecho penal económico debe adaptarse constantemente para no constituirse en una carga para el desarrollo de la vida económica. La evolución creciente de las necesidades individuales hace necesaria la creación de normas que regulen las condiciones indispensables para asegurar la producción de bienes y servicios. La intervención estatal garantiza así la existencia y la estabilidad del sistema económico.

61 Jescheck & Weigend, 1996, p. 7; Roxin, 2006, AT I, § 2, N. 1 y ss.

62 Jakobs, 1993, 1/N. 4 y ss., 15; Günther, 2002, p. 215 y ss.

63 Jakobs, 1982, p. 75 y ss.

C. Configuración del derecho penal económico

El buen funcionamiento del sistema económico solo puede ser asegurado si el Estado reglamenta los mercados de manera eficaz, previendo todo monopolio⁶⁴. En efecto, la puesta en marcha del principio de la libre circulación de capitales, de mercaderías y de servicios se manifiesta en el libre juego de la oferta y la demanda, poniendo así los productores y los distribuidores en competencia. El Estado debe, por tanto, ejercer una vigilancia atenta para que el desarrollo del mercado no devenga en asunto de «uno solo». En el cumplimiento de esta tarea, puede recurrir a los medios aportados por el derecho penal económico. Este último designa en efecto los comportamientos punibles en materia de competencia: competencia desleal (publicidad, violación del secreto de fábrica y de negocios, precios abusivos); cárteles (fusiones, concentraciones y agrupaciones ilícitas de empresas, acuerdos y entendimientos desleales); corrupción activa y pasiva; y atentados contra el derecho de la propiedad intelectual (permisos, topografías, diseños industriales, marcas y derechos de autor).

Para garantizar los sistemas de pago, es indispensable reprimir los actos que se cometen en su perjuicio, tales como la fabricación, la falsificación o la puesta en circulación de falsa moneda o divisas y el abuso de cartas-cheques.

La estabilidad de las tasas de interés y de los cursos de acciones en las bolsas solo puede ser preservada si el Estado, quien controla los intercambios, reprime los comportamientos que los ponen en peligro; por ejemplo, la fabricación y la falsificación de títulos-valores, el ejercicio de una actividad bancaria o bursátil sin autorización o el incumplimiento de los deberes de información y de vigilancia en estos ámbitos, el delito de *insider trading* (delitos de iniciados o de explotación de información privilegiada) o aun las falsas informaciones sobre empresas.

Además, la eficacia y la rapidez de las transacciones económicas se basa en gran parte en el sistema de créditos. La estafa, el abuso de cartas-cheques, la falsificación de títulos, los delitos cometidos en la quiebra (bancarrotas fraudulentas, gestión desleal, disminución de activos en detrimento de los acreedores, etc.) y el blanqueo de dinero son delitos que conciernen a dicho sistema de créditos y finanzas.

Los consumidores son los actores principales de la vida económica y es necesario sancionar las violaciones de sus derechos. Se reprime así comportamientos tan diversos como, por ejemplo, la alteración y especulación de productos, la publicidad engañosa, la producción y la comercialización de productos peligrosos

64 Cfr. *supra* acápite II.A.

para la salud de las personas (LRFP⁶⁵), la falsificación y la venta de mercaderías, el telemarketing⁶⁶ engañoso, la estafa.

El régimen del libre mercado no excluye la intervención del Estado, por una parte, para corregir las deficiencias de funcionamiento y las disparidades engendradas por las acciones de los actores poderosos y, por otra, para satisfacer las necesidades sociales que dicho régimen es incapaz de satisfacer. En materia de concurrencia desleal, por ejemplo, el Estado reprimirá el hecho de que un productor denigre los productos de otro, salde abusivamente sus precios o practique intereses usurarios.

Para cubrir los gastos, el Estado necesita medios financieros que obtiene mediante los impuestos. Para garantizar estos ingresos, se reprime las infracciones fiscales y aduaneras, así como los actos que perjudican el sistema de subvenciones.

D. Recurso al derecho penal económico

1. Legislación

Vista la evolución y la complejidad de este, la necesidad de legislar en el dominio del derecho penal económico se acrecienta, aunque su utilización debe ser mesurada. En Suiza, el derecho penal económico carece de homogeneidad, ya que la mayor parte de las disposiciones se encuentran dispersas en las diversas leyes relacionadas con el mundo económico⁶⁷; por ejemplo, en los dominios fiscal, bancario, de la concurrencia, de la propiedad intelectual, de los mercados financieros, de las sociedades, de los seguros, del trabajo, de la energía o del medioambiente.

El recurso fácil al derecho penal económico crea el peligro de caer en la represión simbólica. En efecto, contrario a las modificaciones de las leyes administrativas, las nuevas disposiciones penales no imponen necesariamente un mecanismo de control y pueden así permanecer inaplicables.

En su versión inicial, el CP suizo ya preveía disposiciones relacionadas con el sistema económico. Se trata en particular de las relativas a los ataques contra el patrimonio, los que constituyen delitos de derecho penal económico en la medida en que perjudican o ponen en peligro el sistema económico o sus instituciones.

65 *Loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits* (RS 221.112.944); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19930205/>>.

66 Es una forma de telemercadotecnia mediante la cual un vendedor recurre de manera sistemática para, por teléfono u otro medio de comunicación, establecer relaciones directas con un número potencialmente elevado de prospectos o clientes. Su objetivo es comercializar servicios o productos.

67 Tiedemann, 2010a, N. 2 y ss.

Además de las infracciones patrimoniales, el CP comprendía también algunas disposiciones referidas directamente a las normas civiles o administrativas relacionadas con la economía; por ejemplo, los comportamientos que violan las reglas legales sobre la contabilidad (artículo 325 del CP suizo) o aquellas sobre la protección de los inquilinos de locales de habitación o comerciales (artículo 325bis del CP suizo).

Frente al aumento fuerte de la criminalidad económica, Suiza ha debido reaccionar mejorando sus leyes y dotándose de un arsenal de medidas penales destinadas a limitar este fenómeno. Así, se ha visto obligada a perfeccionar su legislación. Por ejemplo, ha previsto disposiciones sobre blanqueo de dinero (artículos 305bis y 305ter del CP suizo), la manipulación de los cursos de los valores tratados en la bolsa (artículo 161bis del CP suizo), la corrupción (artículos 322ter a 322octies del CP suizo). También, ha tenido que revisar y organizar sus autoridades de represión para reforzar el control de su sistema económico.

Concretamente, la criminalidad económica no es fácil de descubrir. Se trata, con frecuencia, de actos que no perjudican víctimas directas y que son en principio constatados por alguna denuncia. Además, se trata de una delincuencia especializada cuya represión requiere de conocimientos profundos del orden económico, exigiendo la competencia de jueces y tribunales especializados.

En el derecho penal suizo, el inciso 1 del artículo 337 de su CP prevé que las infracciones en materia de criminalidad organizada⁶⁸ (artículos 260ter, 305bis y 322ter al 322septies del CP suizo) y de financiamiento de terrorismo (260quinquies del CP suizo). Se encuentran sometidas a la jurisdicción federal si los hechos punibles han sido cometidos, de manera preponderante, en el extranjero o si han tenido lugar en varios cantones sin que uno de ellos tenga la prioridad sobre los demás. Conforme al inciso 2 del artículo 337 del CP suizo —en relación con el inciso 3—, las infracciones en materia de criminalidad económica (infracciones contra el patrimonio y falsedad de títulos) pueden ser comprendidas por la jurisdicción federal cuando el Ministerio Público de la confederación ha iniciado una investigación. Este está habilitado a comenzar dicho procedimiento si determinadas condiciones (enumeradas en el inciso 2 del artículo 337 del CP suizo) son realizadas.

2. Autorregulación

Se trata de un sistema por el cual una institución u organismo ejerce el control de su propio funcionamiento, para lo cual establece él mismo la reglamentación

68 Trechsel & Lieber, 2008, N. 1, asimismo, el artículo 337.

respectiva. Este mecanismo ha sido definido como la elaboración e instauración, por sujetos de derecho privado (por ejemplo, asociaciones), de normas que los conciernen directamente y por las cuales ellos son regidos⁶⁹. La autorregulación constituye un componente fundamental del mercado financiero suizo que releva de la competencia de la FINMA. Dichas normas prevén las reglas de conducta (diligencia, lealtad, información), la distribución de inversiones colectivas de capitales (selección, colaboración y vigilancia de distribuidores), la gestión de fondos (especialmente la evaluación de la fortuna), la transparencia y los fondos inmobiliarios (sobre todo, su evaluación correcta)⁷⁰. Sin embargo, hay que destacar que la autorregulación ha sido reforzada estos últimos años, por ejemplo, en el sector bursátil.

La autorregulación se presenta de tres maneras⁷¹:

- La autorregulación autónoma o libre, que es privada, independiente de toda intervención estatal (por ejemplo, las recomendaciones de la Asociación Suiza de Bancas y de las reglas de conducta de la Asociación Suiza de Gerentes de Fortuna).
- La autorregulación estandarizada, que concierne a las normas creadas en el marco de la autorregulación autónoma y que son reconocidas por la FINMA o, algunas veces, en el caso de la autorregulación obligatoria (se aplican a los miembros de los organismos que las han elaborado y, asimismo, a un círculo más amplio de destinatarios)⁷².
- La autorregulación obligatoria, que es establecida expresamente por el legislador (en el artículo 25 de la LBA, por ejemplo, se ordena a los organismos de autorregulación establecer un reglamento concerniendo los intermediarios financieros para precisarles ciertas obligaciones de diligencia y regular las modalidades de aplicación).

En el dominio bancario, existe, además de la vigilancia administrativa de la FINMA, una autorregulación mediante la Asociación Suiza de Banqueros. En este sentido, los bancos suizos adoptan diversas reglas deontológicas de acuerdo con su potestad de vigilancia. La «Convención relativa a la obligación de diligencia

69 *Rapport 2007 de la CFB sur l'autorégulation* (p. 9).

70 *Swiss Funds Association, Règles de conduite*; disponible en: <<https://www.sfama.ch/fr/autoregulation-documents-modeles/regles-de-conduite>>.

71 *Commission Fédérale des Banques*, pp. 10-11.

72 *Ibidem*, p. 10.

de los bancos» (CDB)⁷³ es un buen ejemplo. Esta última funciona relativamente bien, sobre todo para develar casos de corrupción⁷⁴.

Por el contrario, en el ámbito bursátil, este sistema de control muestra deficiencias. Por ejemplo, la aplicación de los artículos 161 y 161bis del CP suizo se encuentra comprometida debido a la falta de un sistema de control efectivo⁷⁵ capaz de detectar las manipulaciones abusivas y denunciar o perseguir a los responsables. La atribución de competencias no está bien definida entre las diversas autoridades administrativas y penales, lo que debilita la represión de los abusos en el mercado bursátil. Así, la vigilancia superior de este mercado es, actualmente, de la competencia de la FINMA, la que autoriza la creación y explotación de bolsas de valores⁷⁶. Además, la vigilancia de las operaciones de negocios de títulos de valores con la finalidad de prevenir abusos en el mercado, como el delito de *insider trading*, es realizado por la FINMA y por las bolsas de valores. Por último, en caso de investigación, la FINMA coopera con las autoridades penales cantonales. Careciendo estas de conocimientos especializados en este dominio, es la FINMA quien investiga entonces de manera preliminar. Esto genera problemas porque ella constituye una autoridad administrativa, por lo que no brinda las garantías procesales que ofrece una autoridad penal y, además, solo puede sancionar con multas⁷⁷.

Hay que destacar dos instrumentos de autorregulación vigentes en Suiza: el código suizo de buena práctica para la gestión de empresas (*Corporate Governance*)⁷⁸ y la directiva 4 *SIX Swiss Exchange* sobre la regulación del mercado⁷⁹, los cuales son regularmente adaptados a las necesidades del sistema económico y han dado buenos resultados⁸⁰. Recordemos que la *Corporate Governance* concierne tanto

73 *Convention relative à l'obligation de diligence des banques*; disponible en: <<http://www.swissbanking.org/fr/20080410-vsbs-cwe.pdf>>.

74 Cassani, 2002, § III, let. B, párrafo 4.

75 Weber & Tewlin, 1992, p. 34.

76 Cfr. FINMA, *Guide pratique*; disponible en: <<https://www.finma.ch/fr/documentation/tout-sur-la-documentation/>> (consultado el 20 de abril de 2010).

77 *Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch* (p. 7). Hasta ahora se ha estimado inapropiado que la CFB, respectivamente FINMA, acumule las funciones administrativas y penales y se ha renunciado en especial a la posibilidad de que pueda reprimir mediante sanciones financieras hasta de 50 millones de francos por medio de decisiones administrativas. La conformidad de este sistema con la CEDH y la Constitución han sido cuestionadas.

78 Adoptada en julio de 2002 por la *Fédération des Entreprises Suisses*.

79 Adoptada el 22 de febrero de 2010 y puesta en vigencia el 1 de abril de 2010. La *SIX Swiss Exchange* prevé diversas directivas, las cuales precisan y completan los reglamentos aplicados.

80 «*Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise*» (*Fédération des Entreprises Suisses*).

a las relaciones entre los órganos al interior de una empresa como a las relaciones entre la empresa con el exterior (por ejemplo, el mercado de capitales)⁸¹.

3. *Whistleblowing*

El recurso *whistleblowing*, propuesto por la doctrina⁸², es una alternativa al control arduo del sistema económico y a las dificultades de descubrir los actos delictuosos en este dominio. El *whistleblower* es «una persona que devela casos de corrupción u otra infracción en su lugar de trabajo y que los pone en conocimiento sea a nivel interno o informando al público. Solo se transforma, en sentido técnico, en un denunciante cuando pone en conocimiento sus sospechas a una autoridad de persecución penal». Su actuación puede proceder, a veces, de una obligación contractual, regulada en el código de comportamiento o en un reglamento de la empresa, así como de una obligación legal: por ejemplo, el artículo 321 del Código de Obligaciones (deber de fidelidad del empleado), así como los artículos 8 y 9, inciso 1, de la «Ley federal de lucha contra el lavado de activos y financiación del terrorismo» (LBA), en relación con el artículo 305bis del CP suizo (obligación del intermedio financiero de informar sobre sospechas relativas a valores patrimoniales relacionadas con una infracción)⁸³.

La denuncia puede ocasionar consecuencias graves para el *whistleblower* en razón de la falta de protección legal suficiente⁸⁴. Él puede enfrentarse al silencio del empleador o a una acción civil o penal de este. En derecho penal, el *whistleblower* corre el riesgo de una querrela por difamación (artículo 173 del CP suizo) o una denuncia por violación de secreto bancario (artículos 47 de la «Ley federal de bancos y cajas de ahorro» y 43 de la «Ley federal sobre la bolsa y comercio de valores mobiliarios»), comercial (artículo 162 del CP suizo) o de función (artículo 320 del CP suizo). En ámbito civil, el *whistleblower* puede ser licenciado⁸⁵.

Recientemente, el Tribunal Federal ha calificado de abusivo el licenciamiento inmediato de un empleado que había informado al abogado acreditado por una sucursal bancaria, donde él trabajaba, sobre sospechas relacionadas con irregularidades cometidas por su director en el marco de una operación financiera. El Tribunal Federal ha destacado que la comunicación de informaciones a un abogado, debidamente comisionado por la banca y en consecuencia también sometido al secreto bancario, no constituía una transmisión de datos confidenciales

81 Bockli, 2000, p. 133.

82 Von Kaenel, 2007, p. 309 y ss.

83 Carranza & Micotti, 2008, pp. 21-25.

84 Cassani, 2008, p. 69 y ss.

85 Carranza & Micotti, 2008, Rz. 33 a 35 y 57 a 62.

a un tercero y no violaba el deber de fidelidad previsto en el artículo 321 del Código de Obligaciones (CO)⁸⁶.

Para mejorar la situación, Von Kaenel⁸⁷ propone que se integren cláusulas relativas al *whistleblowing* en el código suizo de buenas prácticas y que ciertas instituciones, como la bolsa suiza, prevean reglas en el mismo sentido. Además, un anteproyecto de revisión parcial del Código de Obligaciones⁸⁸, concerniendo el derecho laboral (artículos 321a bis; 336, inciso 2, literal d; y 362, inciso 1, del anteproyecto del CO, por ejemplo) y que, siendo sometido al procedimiento de consulta, tiende a reglamentar «la indicación de buena fe de hechos reprochables»⁸⁹. El proyecto de un nuevo artículo 22 concerniendo la «Ley federal sobre el personal de la confederación» (LPers.)⁹⁰ tiene la misma orientación⁹¹.

E. Carácter subsidiario, accesorio y fragmentario del derecho penal económico

El derecho penal económico es de carácter de accesorio⁹², que deriva de su relación estrecha con el sistema económico. Sin embargo, si bien sirve para reforzar la protección ya brindada a los bienes jurídicos por otras ramas del orden jurídico, goza de cierta autonomía referida, primero, a los efectos del derecho, pues las sanciones son generalmente aplicadas sin tener en cuenta las consecuencias que el mismo comportamiento puede acarrear conforme a otras ramas del derecho (de derecho civil o administrativo); segundo, ella explica que las nociones propias a otros dominios del derecho no sean a veces retomadas en el derecho penal económico; y, por último, el derecho penal económico también incrimina comportamientos distanciándose de las demás ramas jurídicas y elabora nociones propias.

Esta autonomía es propia a todo el derecho penal, pero no de la misma manera. Las infracciones contra el patrimonio constituyen un ejemplo típico en la medida en que las nociones de propiedad y de posesión no son las mismas que aquellas

86 *Arrêt du Tribunal fédéral du 8 juillet 2008, 4A_2/2008, c. 6.1 y 7.3.2.*

87 Von Kaenel, 2007, p. 317.

88 *Code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur)*; disponible en: <<https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1662/Vorlage.pdf>> (consultado el 20 de abril de 2010).

89 *Conseil fédéral, révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur). Rapport explicatif relatif à avant-projet*, p. 33; disponible en: <<https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1662/Bericht.pdf>> (consultado el 20 de abril de 2010).

90 *Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération* (RS 172.220.1); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20000738/index.html>>.

91 Augsburger-Bucheli & Perrin, 2009, p. 629.

92 Tiedemann, 2010a, N. 2 y ss.

del derecho civil. Por el contrario, en derecho penal económico, ella es restringida por sus vinculaciones estrechas con el derecho económico. Por ejemplo, en caso del delito de contaminación de aguas, su comprensión está condicionada fuertemente por las disposiciones de la «Ley federal sobre la protección de las aguas» (LEaux.)⁹³.

Acaece igualmente que, en razón a cambios sociales, el derecho penal sea utilizado para garantizar ciertos bienes jurídicos que no están amparados por otros dominios del derecho; por ejemplo, en el caso del financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 260quinquies del CP suizo.

Además, el derecho penal económico es fragmentario⁹⁴. Solo debe incriminar los comportamientos que perjudican o ponen en peligro de manera grave los intereses y las relaciones económicas. No obstante, la manera amplia de redactar los tipos legales relativos a los delitos económicos es objeto de muchas críticas, en el sentido de que extiende demasiado sus ámbitos de aplicación. Por esto, sería mejor recurrir a otros recursos como las sanciones administrativas o de orden civil. La FINMA, por ejemplo, puede anular la autorización de ejercer la actividad comercial de un banco si este no cumple con las condiciones bajo las cuales fue concedida o si viola de modo grave sus obligaciones legales (artículo 23quinquies de la LB) o retirar la autorización de ejercer su actividad a una bolsa en caso de violación grave (artículo 36 de la LBVM⁹⁵). La comisión federal de concurrencia puede imponer multas administrativas (hasta el 10% del monto de negocios realizados en Suiza en el curso de los tres últimos ejercicios) a una sociedad que hubiera efectuado prácticas desleales en disfavor de sus competidores (artículo 49a de la LC).

En los dominios del derecho bursátil y del derecho fiscal, por ejemplo, las reticencias a utilizar la amenaza penal son evidentes. Así, las disposiciones penales específicas instauradas son poco aplicadas debido a que su ámbito de aplicación es demasiado estrecho. Tratándose, por ejemplo, de la manipulación de los cursos de las acciones en la bolsa (artículo 161bis del CP suizo), la jurisprudencia ha buscado completar esta laguna aplicando el artículo 146 del CP suizo (estafa). Además, se percibe una «bagatelización» de las infracciones bursátiles y fiscales: las infracciones son previstas como simples delitos de poca gravedad (artículos 161 y 161bis del CP suizo; artículos 186 de la «Ley federal sobre el impuesto federal directo» o LIFD; artículo 59, inciso 1, de la «Ley federal sobre la armonización de los impuestos

93 Artículo 70 de la *Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux* (RS 814.20); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19910022/index.html>>.

94 Tiedemann, 2010a, N. 63b.

95 *Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières* (RS 954.1); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19950081/>>.

directos de los cantones y municipios» o LHID), al contrario de la estafa común y de las infracciones contra el patrimonio que son calificadas de crímenes⁹⁶.

Por último, en materia fiscal, la vía judicial penal es esquivada distinguiendo sustracción de impuestos y fraude fiscal: la primera constituye una simple falta y su represión es competencia de las autoridades administrativas; solo cuando es cometida mediante falsificación de documentos, constituye un delito y es reprimido por jueces penales ordinarios⁹⁷. Esta distinción genera dificultades de eficacia tanto respecto a la prevención como a la represión de las infracciones fiscales. En efecto, desde la perspectiva de la constatación de los hechos, las autoridades administrativas cuentan con pocos medios a su disposición, a veces solo con las informaciones dadas por el mismo contribuyente. Asimismo, una sanción de derecho penal administrativo no equivale a una sanción penal a nivel de la gravedad y de la publicidad (inscripción en el registro judicial)⁹⁸.

E. Código Penal o legislación complementaria

Conforme a los objetivos de coherencia y eficacia buscados por la política criminal, se propone generalmente que las disposiciones por las que se incriminan actos económicos sean reunidas en el Código Penal. Esta idea ha sido concretada en especial en el proyecto alternativo del CP alemán (*Alternativ-Entwurf - Straftaten gegen die Wirtschaft*) de 1977⁹⁹, el mismo que ha servido de modelo para algunos legisladores (por ejemplo, es el caso de Portugal).

El legislador suizo no ha sido influenciado por el proyecto alternativo alemán y, en consecuencia, las disposiciones de derecho penal económico se encuentran sobre todo fuera del CP. Sin embargo, en su parte especial, se prevén ciertas infracciones que pueden ser calificadas de económicas en la medida en que comportan un abuso de confianza, su ejecución implica contar con conocimientos económicos o perjudican gravemente intereses económicos generales y su ejecución excluye toda violencia. Se trata, por ejemplo, de los artículos 146 y 147 (estafa), 138 (abuso de confianza), 143 (sustracción de datos), 158 (gestión desleal), 161 (explotación del conocimiento de hechos confidenciales), 162 (violación del secreto de fabricación o de secreto comercial), 251 (falsificación de documentos), 273 (servicios de información económica) y 305bis del CP suizo (blanqueo de dinero). Se pueden considerar también la corrupción activa y pasiva (artículos 322ter al 322septies

96 Cassani, 2002, p. 25.

97 *Ibidem*, p. 27.

98 *Ibidem*, p. 28.

99 Cfr. Lampe, Lenckner, Stree, Tiedemann & Weber, 1997; Tiedemann, 2010a, N. 68 y ss.

del CP suizo), así como las normas penales en materia de quiebra (artículos 163 y ss. y 323 y ss. del CP suizo).

G. Derecho penal administrativo, derecho penal común y derecho penal económico

La noción de «derecho penal administrativo» se refiere al conjunto de normas contenidas en las leyes administrativas y que incriminan ciertos comportamientos y prevén las sanciones penales correspondientes. Se distingue del derecho penal común por los fines que persigue. En efecto, a diferencia del derecho penal general, cuya finalidad es la protección de bienes e intereses jurídicos fundamentales, el derecho penal administrativo solo busca asegurar el funcionamiento correcto de la administración. En esta perspectiva, las infracciones penales serían los comportamientos que afectan bienes jurídicos protegidos, mientras que las infracciones administrativas violarían mandatos de la administración¹⁰⁰.

En una sentencia de 1974, el Tribunal Federal afirmó que las multas administrativas «no presentan todas las características del derecho penal propiamente dicho. En especial, las disposiciones general del Código Penal no son generalmente aplicables»¹⁰¹. La índole matizada de esta decisión mostraba ya un abandono de los criterios¹⁰² rígidos aceptados anteriormente y que desplazaban con más nitidez el derecho penal administrativo fuera del derecho penal común.

Amparados en la reserva a su favor, los cantones han dictado numerosas leyes administrativas conteniendo disposiciones penales que constituyen una gran parte del derecho penal accesorio o complementario. Las infracciones previstas en estas leyes establecen exigencias particulares, las mismas que no corresponden siempre a las disposiciones de la parte general del CP suizo. Para poner orden en esta legislación, un conjunto de disposiciones generales concebidas para el «derecho penal administrativo» fueron integradas en la «Ley federal sobre el derecho penal administrativo» (DPA)¹⁰³ del 22 de marzo de 1974. Es de lamentar, sin embargo, que el régimen instaurado mediante esta ley no comprende todos los dominios del derecho administrativo. Por ejemplo, en el derecho fiscal coexisten «dos sistemas basados en una concepción diferente del derecho penal fiscal, uno (DPA) favorable

100 Schmidt, 1948, p. 226.

101 ATF 100 Ia 39.

102 ATF 82 I 306 c. 3; ATF 93 I 460 c. 2 y 4; ATF 94 I 82 c. 3b.

103 *Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif* (RS 313.0); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19740066/index.html>>.

a un acercamiento con el derecho penal ordinario, otro (la legislación penal fiscal) aún impregnada de concepciones ya superadas»¹⁰⁴.

Según el artículo 1 de la DPA, la ley se aplica «cuando una autoridad administrativa federal está encargada de perseguir y de juzgar las infracciones». El legislador ha escogido así un criterio formal para la aplicación del derecho administrativo. Esta ley ha modificado sensiblemente los criterios admitidos en Suiza, en particular por el Tribunal Federal. En efecto, de acuerdo con el artículo 2 de la DPA, «las disposiciones generales del Código Penal suizo son aplicables a los actos reprimidos por la legislación administrativa federal a menos que la presente ley o una ley administrativa no disponga lo contrario».

El artículo 3 de la DPA prevé, sin embargo, un régimen especial para las contravenciones: la multa no puede ser convertida en pena privativas de libertad ni registrada en el registro judicial de condenas (artículo 10, inciso 1, de la DPA). Según esta disposición, es «considerada contravención en el sentido de la presente ley, la falta que la ley administrativa especial designa con dicha expresión y la contravención sancionable con una multa disciplinaria». En Alemania, el legislador, siguiendo la doctrina, ha adoptado un sistema consistente en separar claramente las infracciones penales (crímenes y delitos, *Verbrechen und Vergehen*) de las contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*), las cuales son sancionadas mediante una pena de multa (*Geldstrafe*) y una pena pecuniaria administrativa (*Geldbusse*).

No obstante, hay que admitir que esta distinción no se basa en un factor esencial, sino que se trata solo de una gradación del reproche que dichas infracciones suscitan. En realidad, la calificación de un acto incriminado como infracción penal o contravención depende del legislador. En este contexto, se debe aceptar que no hay tampoco diferencia de fondo entre la multa administrativa y la pena pecuniaria del derecho penal común, pues ambas consisten en el pago de una suma de dinero determinada.

Las principales derogaciones al derecho penal común están enumeradas en los artículos 4 a 11 de la DPA, de acuerdo con la reserva contenida en el artículo 2 de dicha ley. Las sanciones administrativas derivan del establecimiento de una responsabilidad objetiva; es decir, no es indispensable constatar el dolo o culpa del agente.

En consideración a que la distinción entre las infracciones penales administrativas y las infracciones penales comunes carece de circunstancias materiales específicas, el legislador dispone de un amplio poder que puede dar lugar a abusos y hacer superfluo el control establecido en los artículos 6 y 7 de la CEDH relativos a las garantías procesales. Para descartar este riesgo, la Corte Europea

104 Monti, 2001, p. 9 y referencias citadas.

de Derechos Humanos ha afirmado que ella decide libremente si la causa sometida es o no de índole penal. Los Estados no pueden, por tanto, escapar a la aplicación de las disposiciones de la CEDH calificando una infracción de administrativa en lugar de penal.

Los jueces de la corte europea, para decidir si la infracción forma parte de la «materia penal», sin ignorar la calificación dada por el Estado concernido, tienen en cuenta, por un lado, la naturaleza de la infracción, de las personas que pueden ser sancionadas (todos o un número limitado por un estatus especial) y de su finalidad tanto preventiva como represiva; por otro, de la severidad y naturaleza de la sanción impuesta al prevenido. El Tribunal Federal ha modificado su jurisprudencia conforme a los criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁰⁵.

H. Derecho penal fiscal

La parte especial del CP suizo no prevé infracciones fiscales específicas¹⁰⁶. Estas están contenidas en numerosas leyes administrativas, a las cuales reenvía el artículo 333 del CP suizo. Dichas disposiciones penales forman parte del derecho penal complementario, el mismo que no debe ser percibido como un «simple apéndice del procedimiento de imposición»¹⁰⁷, como ha sucedido en Suiza. Al respecto, se debe tener en consideración el hecho que el derecho penal fiscal busca proteger los créditos por impuestos de la colectividad pública y, de manera indirecta, la repartición correcta de la carga fiscal entre los contribuyentes¹⁰⁸.

El poder de recaudar impuestos pertenece a la confederación, a los cantones y a las colectividades territoriales que dependen de estas entidades (por ejemplo, las comunas, los distritos, las parroquias, etc.)¹⁰⁹. En virtud del artículo 3 de la Cst., la confederación recauda los impuestos que la Constitución le atribuye¹¹⁰. Los cantones perciben todos los que no son de la competencia exclusiva de la confederación (artículo 134 de la Cst.)¹¹¹, mientras que las competencias fiscales de las colectividades territoriales dependen enteramente del derecho cantonal¹¹².

105 Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Affaire A. P., M. P. et T. P. c. Suisse*, N.º 71/1996/690/882, 29 août 1996, § 39 y ss.

106 Respecto a la legislación cantonal en materia fiscal, el reenvío figura en el artículo 335, inciso 2, del CP suizo.

107 Torrione, 2005, p. 907.

108 *Ibidem*, p. 908.

109 Oberson, 2007, § 2, N. 1.

110 *Ibidem*, § 2, N. 2.

111 *Ibidem*, § 2, N. 6.

112 *Ibidem*, § 2, N. 12 y ss.

La legislación penal fiscal comprende el conjunto de disposiciones penales previstas en las leyes fiscales federales y cantonales, como la LIFD¹¹³, la LHID¹¹⁴ y las leyes cantonales respectivas, así como las leyes sobre los impuestos a las sucesiones y las donaciones, sobre los derechos de transmisiones de inmuebles y de inscripción. Comprende también las normas penales fiscales federales de la materia; por ejemplo, de impuesto anticipado, derechos de timbre (LT)¹¹⁵, de LTVA¹¹⁶ y de derechos aduaneros (LD)¹¹⁷. Además, cada una de estas legislaciones específicas reprime las contravenciones fiscales, mientras que los delitos y el procedimiento en materia de persecución de la infracción son regulados por el DPA¹¹⁸.

Según el artículo 333, inciso 1, del CP suizo, las disposiciones generales de dicho código son aplicables a las infracciones previstas en otras leyes federales, si estas no disponen lo contrario. Es el caso, por ejemplo, de la LIFD¹¹⁹. A nivel cantonal, el artículo 335 del CP suizo prevé una competencia punitiva amplia a favor de los cantones y con respecto a las contravenciones de policía que no son objeto de la legislación federal (inciso 1) y en relación con las infracciones al derecho procesal y al derecho administrativo (artículo 2). Este poder otorgado a los cantones ha sido, sin embargo, sensiblemente limitado en dominio fiscal mediante la entrada en vigor, el 1 de enero de 1993, de la LHID¹²⁰ y de la LIFD. La primera prevé que los cantones deben adaptarse a la legislación federal en un plazo de ocho años; si no lo hicieran, las disposiciones federales son directamente aplicables. El legislador, de esta manera, ha buscado someter a las mismas condiciones generales de la represión las infracciones penales en lo que concierne al impuesto federal directo y a los impuestos cantonales (artículos 174 y ss. de la LIFD y 55 y ss. de la LHID)¹²¹.

113 *Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct* (RS 642.11); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19900329/index.html>>.

114 *Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes* (RS 642.14); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19900333/index.html>>.

115 *Loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre* (RS 641.10); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19730173/index.html>>.

116 *Loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée* (RS 641.20); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20081110/index.html>>.

117 *Loi fédérale du 18 mars 2005 sur les douanes* (RS 631.0); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20030370/index.html>>.

118 Oberson, 2007, § 26, N. 1; Torrión, 2005, p. 918 y ss.

119 *Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct* (RS 642.11).

120 *Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes* (RS 642.14); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19900333/index.html>>.

121 Monti, 2012, p. 18.

Si las disposiciones generales se aplican a las infracciones reprimidas por la LIFD, no se aplica por el contrario a las infracciones comprendidas por el derecho penal cantonal (la LHID es derecho cantonal armonizado), salvo reenvío expreso de este último o si estas disposiciones enuncian un principio de rango constitucional. La doctrina siempre ha admitido que «las reglas generales del Código Penal son aplicables a la represión de las contravenciones del derecho cantonal armonizado, aun en ausencia de un reenvío expreso»¹²².

Esta armonización de criterios legislativos y dogmáticos en derecho fiscal permite una coherencia mayor del sistema en la perspectiva de los principios del derecho común. Quedan, sin embargo, abiertas las cuestiones particulares ya señaladas relativas a las especificidades del derecho penal económico.

Una de las características del sistema fiscal suizo es la distinción que se hace entre la sustracción consumada (evasión fiscal), simple contravención castigada con una multa por la administración fiscal cantonal (artículo 175, inciso 1, de la LIFD) y el uso de documentos falsos (fraude fiscal), delito reprimido con pena privativa de libertad o de una multa no mayor de 30 mil francos suizos por la autoridad penal competente (artículo 186, inciso 1, de la LIFD).

Esta distinción ha producido dificultades, pues hasta el año 2009, a causa de la doble incriminación en materia de ayuda judicial, Suiza solo colaboraba con otros Estados si un delito era igualmente punible según la ley suiza. Ahora bien, dado que la evasión fiscal no constituye delito, la EIMP¹²³ la excluye expresamente como infracción. Así, un pedido de ayuda judicial era inadmisibile si el proceso concernía un acto tendiente a disminuir recetas fiscales o contraviniendo las medidas de política monetaria, comercial o económica. Procedía, sin embargo, una demanda de ayuda en el sentido de la tercera parte de la EIMP si el procedimiento tenía como objeto una estafa en materia fiscal (artículo 3, inciso 3, de la EIMP). Los recientes acontecimientos han llevado a Suiza a renegociar esta distinción a nivel internacional. Actualmente, ha aceptado ampliar la noción de fraude fiscal.

I. Análisis jurídico del secreto bancario

El secreto bancario consiste en un deber de discreción del banco —como de sus órganos, empleados y mandatarios— respecto a las relaciones comerciales que tenga con sus clientes y, por tanto, sobre los asuntos financieros de estos últimos. Protege, en primer lugar, la esfera privada de los clientes contra la consulta injustificada

122 *Ibidem*, p. 19.

123 *Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale* (RS 351.1); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19810037/index.html>>.

de las informaciones relativas a su situación patrimonial¹²⁴. Este secreto debe ser lo más amplio posible, comprende «no solo los hechos, sino también las apreciaciones de valor y las apreciaciones del banco»¹²⁵.

Las bases legales del secreto bancario son de derecho civil, ya que su fundamento es el vínculo contractual entre el banco y el cliente (contrato de mandato). La esfera privada del cliente es, además, protegida por las disposiciones sobre la protección de los derechos de la personalidad (en el sentido del artículo 27 del CC suizo) concerniendo la vida económica y privada (situación financiera, rentas, relaciones profesionales y personales)¹²⁶, así como por la LPD¹²⁷. Por último, en el nivel penal, el artículo 47, inciso 1, de la LB prevé que quien, en calidad de órgano, empleado, mandatario o liquidador de un banco, o también de órgano o de empleado de una sociedad de auditoría, revela un secreto que se le ha confiado o del cual tenía conocimiento en razón de su cargo o de su empleo (literal a), o quien incite a un tercero a violar el secreto profesional (literal b), será castigado con una pena privativa de libertad no mayor de tres años o una pena pecuniaria. Según el artículo 47, inciso 2, de la misma ley, si el autor obra por negligencia será sancionado con una multa no mayor de 250 mil francos suizos.

El secreto bancario no es, sin embargo, absoluto. En primer lugar, puede ser levantado por el mismo cliente, quien puede liberar al banco de su deber de discreción hasta obligarlo a comunicar informaciones a terceros. Límites legales son impuestos, en segundo lugar, como las derogaciones del secreto bancario previsto por el derecho de quiebra, el derecho penal, el derecho administrativo y la legislación sobre ayuda judicial en materia penal. Hay que destacar, en particular, el dispositivo legal importante de lucha contra el blanqueo de dinero, que exige el conocimiento de la identidad del titular de los fondos y el origen preciso de los mismos¹²⁸. El secreto bancario puede, por tanto, ser levantado, por ejemplo, en el marco de una investigación penal —cuando existen sospechas de blanqueo de dinero—, de una investigación sobre los bienes de un jefe de Estado o de ministros, de delitos de *insider trading*, de corrupción o de sospechas relacionadas con actos de terrorismo.

Por último, en materia fiscal, la cuestión es siempre muy delicada. A nivel nacional, las autoridades administrativas pueden requerir una atestación

124 *Département fédéral des finances, Protection de la sphère privée.*

125 Lombardini, 2002, p. 630.

126 *Ibidem*, p. 629.

127 *Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données* (RS 235.1); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19920153/>>.

128 *Département fédéral des finances, Protection de la sphère privée.*

de integridad¹²⁹ al contribuyente cuando hay sospechas fundadas de sustracción o de tentativa de sustracción. En caso de sospechas de uso de documentos falsos (artículo 186 de la LIFD), la autoridad administrativa debe denunciar el caso a la autoridad penal competente, a quien no se puede oponer el secreto bancario¹³⁰. A nivel internacional, el intercambio de informaciones fiscales se realiza por intermedio de la asistencia administrativa basada en las convenciones bilaterales contra la doble imposición, así que entre autoridades judiciales, conformemente a la EIMP¹³¹. El reciente litigio entre la UBS y el fisco americano ha cuestionado el secreto bancario a nivel internacional.

III. PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

El carácter específico de la técnica legislativa utilizada en la elaboración de los tipos legales y la finalidad de las normas del derecho penal económico implican cuestionamientos a la aplicación estricta del principio de la legalidad. Solo analizaremos algunos aspectos de esta problemática.

A. Delitos especiales

Los delitos económicos son en gran parte delitos especiales; es decir que solo pueden ser cometidos por un círculo determinado de personas, las cuales tienen una relación particular con el bien jurídico protegido. La realización del delito supone así la violación de un deber especial del agente, en razón de una de sus calidades personales. Esta calidad está expresa o implícitamente establecida en la ley como elemento del tipo legal. Según el artículo 163 del CP suizo, por ejemplo, la quiebra fraudulenta solo puede ser obra del deudor. Solo es autor, en el marco de los artículos 47 de la LB y 43 de la LBVM, el miembro de un órgano, empleado, mandatario o liquidador de un banco, de una bolsa o de un negociante, o también el miembro de un órgano o el empleado de una sociedad de auditoría. Ciertas obligaciones especiales conciernen a los intermediarios financieros o a los aseguradores privados, por ejemplo, en materia de vigilancia, información, denuncia, concurrencia o blanqueo de dinero.

129 La atestación de integridad se basa en el artículo 127, inciso 1, de la LIFD, concordada con el artículo 126, inciso 2, de la LIFD y figura en la *Formule 13b*; disponible en: <<http://www.estv.admin.ch/bundessteuer/dienstleistungen/00666/index.html?-lang=fr>> (consultado el 20 de abril de 2010).

130 Lombardini, 2002, pp. 647 y 649.

131 *Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale* (RS 351.1).

En este contexto, el artículo 29 de CP suizo desempeña un papel muy importante. Según esta disposición, cuando el tipo legal prevé como elemento constitutivo o circunstancia agravante especial la violación por parte del agente de un deber particular, el mismo que, en el caso, solo incumbe a la entidad colectiva (persona moral, sociedad, empresa) en nombre de la cual ha obrado el autor, este deber será imputado a este último. En este caso, es necesario que el agente (persona natural) haya obrado en calidad de órgano de una persona moral o de miembro de tal órgano (literal a); en calidad de asociado (literal b); en calidad de colaborador de una persona moral, de una sociedad o de una empresa de razón individual disponiendo de un poder de decisión independiente en el sector de actividad a su cargo (literal c); o en calidad de dirigente de hecho que no es ni un órgano o un miembro de un órgano, ni un asociado ni un colaborador (literal d)¹³².

El artículo 29, en tanto norma general, es aplicable a todos los delitos—no solo a delitos contra el patrimonio o aquellos cometidos en ocasión de una quiebra— cuya punibilidad está fundada en un deber particular y que han sido cometidos en el marco de una relación de representación.

B. Delitos de peligro abstracto

Otra particularidad del derecho penal económico es el recurso a la incriminación de comportamientos ilícitos peligrosos en sí mismos, cuya simple ejecución basta para consumar el delito. En este caso, es superfluo que un resultado (daño o puesta en peligro concreto del objeto del delito), diferenciado de la acción, se produzca.

Para evitar una ampliación excesiva de la represión, se requiere, en derecho penal económico en especial, examinar si el bien jurídico está o no vinculado de manera más o menos directa con intereses individuales o posibles de ser individualizados. Por ejemplo, en el caso del delito de *insider trading*, resulta comprensible justificar la represión del comportamiento, ya que la libertad de intercambios en el mercado bursátil no es protegida como bien jurídico autónomo, sino más bien en función de sus relaciones con bienes individuales como el patrimonio o la libertad de decisión. Se trata de los derechos de los inversionistas a participar en dicho mercado de manera libre e igual.

Por el contrario, en los casos de delitos fiscales, ese vínculo con intereses individuales casi no existe o es extremadamente difuso. La creación de un peligro directo para bienes individuales o bienes colectivos es superflua. El comportamiento incriminado consiste en violar un mandato legal. El artículo 175 de la LIFD prevé que debe obrarse de manera que permita que una imposición

132 Artículo 29 del CP suizo, versión vigente desde la reforma del CP de 2007.

sea efectuada correctamente. En este sentido, sería de admitir que se trata de una infracción de derecho administrativo. Pero, el peligro en derecho penal económico se materializa por la acumulación de esos comportamientos individuales. Así, aun cuando estos, tomados separadamente, solo tienen un efecto mínimo sobre el sistema económico, es imperativo sancionarlos penalmente si se quiere proteger los elementos esenciales de este sistema (libre competencia, sistema de crédito, etc.).

Es el caso, por ejemplo, de quien, con el designio de influenciar notablemente el curso de los valores mobiliarios tratados en bolsa suiza, para procurarse o procurar a un tercero un enriquecimiento ilícito, difunde con mala fe informaciones engañosas (artículo 161bis del CP suizo). La manipulación efectuada por el autor no debe influenciar realmente el curso de los valores mobiliarios; pues basta que, según la ley, tenga la voluntad específica de provocar este resultado (elemento subjetivo del tipo legal). Los intereses de los inversionistas (participantes en la actividad bursátil) son solo indirectamente concernidos, en la medida en que el curso de la bolsa no desempeñaría su función de indicador fiable del valor de los bienes negociados. Se trata más bien de garantizar «la confianza que estos tienen en la integridad y el funcionamiento correcto y sin discriminaciones del mercado de capitales»¹³³, el mismo que corre el riesgo de ser perturbado por los actos dirigidos a manipular el curso de valores. Variaciones manipuladas e injustificadas del curso de valores pueden, efectivamente, producir desconfianza en el público —respecto a la calidad de un título valor— y el crédito del emisor de dicho título puede ser perjudicado. La posible afectación de estos intereses diversos permite caracterizar el hecho de manipular y explica la necesidad de reprimirlo penalmente.

El blanqueo de dinero (artículo 305bis, inciso 1, del CP suizo) es también una infracción de peligro abstracto. Su realización supone que el acto de blanqueo «sea apropiado para obstaculizar el acceso de las autoridades de persecución penal a los valores patrimoniales provenientes de un crimen»¹³⁴, sin que sea indispensable una obstaculización efectiva. Así, por ejemplo, la disimulación de dinero procedente de un tráfico de drogas, la colocación de este dinero o el intercambio, constituyen actos de obstaculización. En este sentido, se afirma, según la concepción admitida en Suiza, que el blanqueo de dinero es una puesta en peligro abstracta de la administración de justicia¹³⁵.

133 Mensaje del Conseil Fédéral suisse (1993, p. 1327); Iffland, 1994, pp. 35, 49 y ss.

134 Sentencia del Tribunal Federal del 20 de mayo de 2009 (6B_1021/2008, c. 2.1).

135 Corboz, 2002, N. 3; adicionalmente, cfr. el artículo 305bis del CP suizo.

Según la doctrina reciente¹³⁶ y la jurisprudencia, las infracciones de gestión desleal y de estafa tienen la misma noción de perjuicio patrimonial; es decir, debe existir un perjuicio real del patrimonio, pero también, según el Tribunal Federal, «una puesta en peligro de este [patrimonio] de modo que tenga como efecto disminuirlo desde un punto de vista económico»¹³⁷. En cuanto a la falsificación de documentos (artículo 251 del CP suizo), es concebida como una infracción contra el interés colectivo de la «*publica fides*» y constituye una infracción de puesta en peligro, dirigida a proteger los particulares en sus relaciones de negocios, en beneficio de la colectividad¹³⁸. Se trata de una puesta en peligro abstracta de la administración de justicia¹³⁹.

C. Leyes penales en blanco

El recurso a leyes penales en blanco está condicionado por el cambio frecuente y profundo de las actividades económicas y de las relaciones que de estas se derivan. Esto hace indispensable que los órganos estatales (sobre todo la administración) mantengan el poder de determinar los elementos constitutivos de los tipos legales previstos en la ley principal.

Por ejemplo, el artículo 47 de la «Ley federal sobre productos alimenticios y artículos de uso» (LDAI)¹⁴⁰, que reprime —entre otros— el hecho de fabricar productos alimenticios que pongan en peligro la salud, es completado por el artículo 3 de la misma ley, en el que se define la noción de sustancia alimenticia. Igualmente, el artículo 23 de la «Ley federal concerniente a la supervisión de precios» (LSPr.)¹⁴¹, que sanciona la práctica de precios abusivos —como lo es el omitir el mandato de reducir los precios (literal a), aumentar el precio a pesar de la prohibición de hacerlo (literal b) o sobrepasar un precio fijado consensualmente (literal c)—, no puede ser comprendido sino refiriéndose a las normas por las que se ha fijado la reducción o aumento de los precios.

Una vez admitido el papel de las leyes penales en blanco en el ámbito del derecho penal económico, se impone reflexionar sobre el respeto al principio

136 Trechsel & Cramer, 2008, N. 23; además, cfr. el artículo 146 del CP suizo y referencias indicadas.

137 ATF 121 IV 104, c. 2c.

138 Corboz, 2002, N. 2; adicionalmente, cfr. el artículo 251 del CP suizo.

139 *Ibidem*, N. 3; adicionalmente, cfr. el artículo 305bis del CP suizo.

140 *Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires et les objets usuels* (RS 817.0); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19920257/index.html>>.

141 *Loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix* (RS 942.20); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19850345/>>.

de la legalidad. En la medida en que el tipo legal solo describe parcialmente el comportamiento delictuoso, se puede deducir que el deber de prever de manera expresa la infracción, en el sentido del artículo 1 del CP suizo, no es totalmente cumplido («un acto expresamente reprimido por la ley»). Esta exigencia, también válida en derecho penal económico, busca reforzar la seguridad jurídica.

El reenvío en las leyes en blanco puede realizarse en referencia a otras leyes (leyes penales en blanco impropias) o a disposiciones administrativas (leyes penales en blanco propias). En el primer caso, el reenvío a una norma del mismo rango no falta al respeto del principio de la legalidad. En la segunda hipótesis, por el contrario, el método es más discutible por que el carácter penal del comportamiento dependería entonces de una decisión de orden administrativo. Este reenvío podría ser percibido como una violación del principio de legalidad, salvo que los elementos que hacen el comportamiento punible ya estén suficientemente determinados por la ley penal y, en consecuencia, la disposición administrativa solo responda a ciertas cuestiones de fondo de la incriminación como tal.

En conclusión, las imprecisiones y los reenvíos indicados son inevitables en derecho penal económico; pero esto no significa que el principio de legalidad debe ser abandonado o debilitado al extremo que devenga superfluo. En derecho penal económico, tomando en cuenta sus particularidades, la interpretación de las disposiciones legales debe hacerse de manera estricta. Así, los elementos normativos y, en especial, las cláusulas generales, deben ser comprendidos en el sentido generalmente reconocido.

D. *Aufgangtatbestände*

Se crítica con frecuencia el recurso, en derecho penal económico, a la técnica de los tipos legales llamados «de recuperación» (*Auffangtatbestände* ou *Aufgreiftatbestände*, *catch-all clauses*)¹⁴². Se trata de disposiciones subsidiarias en las que se ha simplificado las condiciones de incriminación estatuidas en una disposición penal y que están destinadas a ser aplicadas cuando el comportamiento del autor no cae en el ámbito de aplicación de esa disposición penal. De esta manera, se aligera la tarea probatoria, aumentándose la probabilidad de que el agente sea reprimido.

A título de ejemplo, en el marco de las infracciones contra el patrimonio, el artículo 137 del CP suizo (apropiación ilícita) entra en consideración cuando el comportamiento del agente no está comprendido por otra disposición (artículo 139 del CP suizo [hurto]; artículo 138 del CP suizo [abuso de confianza]). Es igualmente el caso de la incriminación por falsificación de documentos (artículo 251 del CP suizo) en relación con actos económicamente reprobables, pero que

142 Tiedemann, 2010a, N. 64 y ss.

no reúnen las condiciones de aplicación de ninguna disposición especial. Otro ejemplo concierne a los artículos 322quinquies (otorgamiento de una ventaja) y 322sexies del CP suizo (aceptación de una ventaja), establecidos con miras de completar la represión de la corrupción activa (artículo 322ter del CP suizo) y pasiva (artículo 322quater del CP suizo). Las dos primeras infracciones reprimen el hecho de otorgar una ventaja y, como corolario, la forma pasiva de esta misma infracción; es decir, la aceptación de una ventaja. Ninguna relación de intercambio entre el otorgamiento de la ventaja y un acto determinado es exigida. Basta que se haya otorgado o aceptado una liberalidad en la perspectiva de cumplir un acto del cargo. Son comprendidos por los artículos 322quinquies y 322sexies del CP suizo, por ejemplo, los comportamientos denominados «alimentación progresiva» y «mantenimiento del clima», que no son comprendidos por las disposiciones que reprimen la corrupción activa y la corrupción pasiva¹⁴³.

E. Interpretación

Circunscribir la función del derecho penal a la de reforzar los otros dominios jurídicos conduce a afirmar que son las nociones de estos últimos las que permiten interpretar mejor las normas penales. Es una cuestión por tanto de saber en qué medida dichos conceptos deben ser adoptados.

Una corriente doctrinal estima que las disposiciones del derecho penal económico deben ser interpretadas en un sentido estrictamente económico; es decir, independientemente de los criterios admitidos en el derecho privado, comercial o administrativo. En este sentido, por ejemplo, la noción de director o gerente debe ser establecida de acuerdo con las necesidades de prevención penal, sin aferrarse a la definición dada por la legislación no penal. Se trata de una manifestación particular de la concepción que preconiza la autonomía del derecho penal frente a las demás ramas jurídicas.

No puede ignorarse que las situaciones jurídicas tomadas en consideración por el derecho penal económico son también reguladas por las otras ramas del orden jurídico. Por tanto, los criterios de las leyes civiles o administrativas entran en consideración, en particular, si se refieren estrictamente a los dominios concernidos. Por ejemplo, para determinar el contenido de una autorización procedente de la FINMA, obligatoria para abrir un banco, es indispensable referirse a las disposiciones de la «Ley federal sobre bancos y cajas de ahorro» (LB)¹⁴⁴. Por el contrario, cuando tal referencia no existe (como en el caso de las nociones

143 *Conseil fédéral, Rapport, 2003, p. 4651.*

144 *Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne* (RS 952.0); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19340083/index.html>>.

de patrimonio, propiedad o posesión), el derecho penal económico tiene cierta autonomía en la determinación del sentido o contenido; sin embargo, es imposible de fijar un límite preciso. Por tanto, la recepción o el rechazo de los criterios no penales deben hacerse caso por caso, teniendo en cuenta la estructura de las disposiciones legales y el tipo del comportamiento incriminado.

F. Fraude a la ley

La formulación de los tipos legales favorece, a veces, un procedimiento reprobable denominado «fraude a la ley». Es el caso cuando una persona obra intencionalmente, de manera que parece, a primera vista, conforme a la ley y logra esquivar las obligaciones impuestas por una disposición legal u obtener un resultado más favorable para ella¹⁴⁵. La ejecución del comportamiento no está expresamente previsto en un tipo legal, pero es contrario a la finalidad de protección de la disposición legal.

Para sancionar el fraude a la ley, se ha propuesto, por un lado, prever una disposición general que sancione el hecho de eludir la aplicación de una norma para burlar su finalidad. Por otro, establecer, en relación con una disposición que incrimina un delito determinado, una disposición específica para reprimir el fraude a la ley. Ambas propuestas son muy criticadas por que abren ampliamente la posibilidad de recurrir a la analogía¹⁴⁶.

Por ejemplo, según el artículo 36 de la «Ley federal sobre material de guerra» (LFMG)¹⁴⁷, el hecho de contravenir, intencionalmente, «de una u otra manera la presente ley, una de sus disposiciones de ejecución cuya violación es declarada punible, o una decisión referente a las disposiciones penales del presente artículo, sin que su comportamiento sea sancionable en virtud de otra disposición», constituye una contravención y es reprimida con detención o una multa no mayor de 100 mil francos suizos. La interpretación de la expresión «de una u otra manera» implica el recurso a un razonamiento por analogía, que el juez debe, prudentemente, realizar para no sobrepasar los límites del lenguaje utilizado por el legislador.

A falta de disposición expresa prohibiendo el fraude de la ley, un problema de interpretación del tipo legal concernido —en particular un problema en la comprensión de un elemento normativo o de una cláusula general— puede presentarse con frecuencia. Entonces, es indispensable interpretar los criterios

145 Cfr. Tiedemann, 1992, § 264, N. 109.

146 Tiedemann, 2010, N. 145; Stöckel, 1977, p. 134 y ss.

147 *Loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre* (RS 514.51); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19960753/index.html>>.

económicos del texto para determinar si el comportamiento realizado constituye un acto comprendido en el margen de libertad que deja la ley (por ejemplo, para intervenir en el comercio de material de guerra) o si constituye un acto que se aleja del objetivo perseguido por la disposición eludida.

IV. TEORÍA DEL DELITO

A. Causalidad e imputación objetiva

Los delitos económicos son principalmente delitos de peligro abstracto. En tanto delitos formales o de pura actividad, se consuman mediante la simple ejecución de la acción prevista en la disposición. Salvo que se trate de uno los tipos legales llamados «de aptitud» que requieren, por un lado, la ejecución de un comportamiento peligroso (apreciación *ex ante*) y, por otro, la posibilidad que la situación de peligro se presente (apreciación *ex post*).

Por ejemplo, la aplicación del artículo 47 (inciso 1, literal a) de la «Ley federal sobre alimentos y objetos usuales» (LDAI)¹⁴⁸ necesita la demostración de que el agente ha «fabricado, tratado, depositado, transportado o distribuido productos alimenticios» y que ha obrado «de tal manera que, a la ocasión de su uso, ellos [los productos] pongan en peligro la salud». Es igualmente el caso del comportamiento previsto en el artículo 47 (inciso 1, literal e) de la citada ley, que reprime a quien ha «importado o exportado alimentos y objetos de uso común peligrosos para la salud».

La teoría de la equivalencia de las condiciones solo puede dar soluciones satisfactorias si está previamente establecido que el acto es apropiado para provocar el resultado. Así, por ejemplo, en el caso de ingestión de medicamentos (Talidomida o Contergan¹⁴⁹) bajo receta médica durante el embarazo, subsisten dudas cuando el niño presenta malformaciones al nacer, en la medida en que no hay pruebas científicas constatando riesgos de que se produzcan este tipo de complicaciones a consecuencia de la absorción de esos productos¹⁵⁰.

Según la teoría de la causalidad adecuada, el comportamiento del autor debe ser «apropiado, según el curso ordinario de las cosas y la experiencia general de la vida, para producir o favorecer el resultado». Por el contrario, dicha relación está excluida si dicho resultado no se realiza debido a causas concomitantes que «constituyen

148 *Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires et les objets usuels* (RS 817.0); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19920257/index.html>>.

149 Bruns, 1972, p. 317 y ss.

150 Hurtado Pozo, 2008, N. 501.

circunstancias excepcionales o aparecen como propias a un comportamiento extraordinario, incensado o extravagante, que no podía esperarse»¹⁵¹.

Para superar estas dificultades relacionadas con la constatación de la causalidad, se han impuesto las concepciones de la teoría de la imputación objetiva. Según la versión más radical, ella concierne a toda la estructura del delito y no solo a la relación de causalidad. La versión moderada¹⁵² se limita, sobre todo, a la relación objetiva específica entre el comportamiento y el resultado. Según esta segunda concepción, el resultado es imputado al autor cuando se presentan las condiciones siguientes: existencia de una relación de causalidad según los criterios de las leyes naturales; la creación o aumento de un peligro no autorizado por el orden jurídico; la atribución del peligro al autor del comportamiento; la realización del peligro en el resultado del comportamiento; la concreción del riesgo prohibido por la norma. Estas condiciones son directamente deducidas del tipo legal y los criterios normativos así establecidos sirven para resolver correctamente los casos en los que las teorías de la causalidad no aportaban solución satisfactoria, pero sin abandonar en cierta manera el criterio de la causalidad natural¹⁵³. Esto implica que se tenga en cuenta el conjunto de las condiciones normativas que determinan el límite a partir del cual el resultado previsto por una disposición legal puede ser imputado al autor de un comportamiento determinado, sin recurrir como correctivos a las nociones de intención o negligencia.

Un dominio particular, en el que se ha analizado las cuestiones de causalidad y de imputación objetiva, es el de la responsabilidad por vicio en el producto, en el que las dificultades provienen del hecho que los expertos no logran probar que los daños o peligros concretos son provocados por la producción y la distribución de ciertas mercaderías (alimentos, medicamentos o artículos de uso corriente).

Para superar estas dificultades, se ha propuesto, por ejemplo, el criterio estadístico (causalidad general), que permitiría demostrar la existencia de la relación probable entre el acto y el resultado¹⁵⁴. En el caso, *Lederspray*, el Tribunal Federal alemán afirmó que era suficiente constatar la ausencia de toda otra causa substitutiva o de reserva (*Ersatzoder Reserveursachen*)¹⁵⁵. Esta concepción ha sido

151 ATF 100 IV 283/JdT 1975 I 455; ATF 103 IV 291/JdT 1979 IV 70; ATF 115 IV 102; ATF 115 IV 207/JdT 1991 IV 75; cfr. también ATF 98 IV 173/JdT 1973 IV 103; ATF 101 IV 28/JdT 1976 IV 107; ATF 121 IV 290; Hurtado Pozo, 2008, N. 506.

152 Roxin, 1970, p. 133 y ss.; Honig, 1930, p. 174 y ss.; Stratenwerth, 2000, N. 225.

153 Hurtado Pozo, 2008, N. 517.

154 Stratenwerth, 2005a, § 9, N. 21; Kaufmann, 1971, p. 572 y ss.; Hurtado Pozo, 2008, N. 501.

155 BGHSt 37, 106 (*Produkthaftung: Lederspray*).

aceptada por una gran parte de la doctrina¹⁵⁶; sin embargo, también ha sido criticada en el sentido de que no existe ninguna relación de causalidad en este caso y que la constatación de una aptitud general para causar el perjuicio (causalidad llamada estadística o general) es demasiado indeterminada¹⁵⁷.

B. Error

Conforme a la legislación (artículos 13 y 21 del CP suizo), la doctrina dominante y la jurisprudencia, hay que distinguir entre error de hecho o tipo legal y error de derecho o sobre la ilicitud. Este último desempeña un papel importante en el derecho penal económico debido a que este se encuentra constituido en gran parte por leyes complementarias y los comportamientos son incriminados, generalmente, mediante leyes penales en blanco. Los mandatos y las prohibiciones previstos en estas leyes conciernen a dominios particulares, cuyo desconocimiento será alegado con frecuencia. La ignorancia, por ejemplo, de las disposiciones de la «Ley federal sobre juegos de azar y casas de juego» (LMJ)¹⁵⁸ podrá ser invocada más fácilmente que la de las normas penales, reprimiendo el homicidio, el hurto o la falsificación de documentos. Sin embargo, la admisión de un error de derecho es muy limitada, pues los criterios de aplicación son bastante estrictos¹⁵⁹.

En caso de disposiciones penales en blanco propias, la incriminación penal es completada por leyes no penales que precisan los elementos, contribuyendo a reforzar la interpretación de la norma penal. Por esto, se admite que basta que el agente conozca los elementos previstos en esta última. Ciertas leyes penales en blanco prevén, por ejemplo, circunstancias cuyo conocimiento es indispensable para la configuración del dolo, a la manera de leyes en las que se fijan ciertos límites.

Por ejemplo, en caso de las disposiciones penales previstas en las leyes fiscales (artículo 174 de la LIFD), su conocimiento es, en general, indispensable para admitir que el autor ha obrado con intención; pues el respeto de los deberes fiscales solo es posible si se conocen las pretensiones tributarias del Estado. El desconocimiento del deber de pagar el impuesto es considerado como un error de hecho.

156 Tiedemann, 2010a, § 4, N. 172 ; Schünemann, Laufhütte, Rissing & Tiedemann, 2007, § 25, N. 196.

157 Hassemer, 1990, p. 27 y ss.

158 *Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur les jeux de hasard et les maisons de jeu* (RS 935.52); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20000269/>>.

159 ATF 112 IV 132 c. 4; ATF 118 IV 167 c. 4; ATF 129 IV 238.

Conforme a estos argumentos, la doctrina admite en general que, a condición de analizar en detalle la naturaleza de los elementos normativos con relación a cada tipo legal, su desconocimiento debe ser tratado como un error de hecho y que el error sobre la ilicitud solo se presenta si el autor cree que su comportamiento está cubierto por una causa de justificación¹⁶⁰.

Un caso frecuentemente citado es el llamado *Slips dorés SAWECO*¹⁶¹. En 1971, una empresa manufacturera publicó en dos periódicos un anuncio promocionando la venta de «slips dorados». En él, se señalaba que se recompensaría con 100 francos suizos en caso que el *slip* comprado devendría dorado al ser lavado. La cuestión discutida era si este proceder consistía o no en una lotería. El responsable de la empresa fue sancionado por violaciones a las disposiciones de la LLP¹⁶². Los jueces federales rechazaron la alegación del procesado de que había actuado bajo la influencia de un error de derecho. El argumento decisivo, conforme a jurisprudencia constante, fue de que «solo quien comete un crimen o un delito, cuando tiene razones suficientes de creer que su acto no es del todo ilícito, puede invocar el error de derecho» y que «no basta que el autor haya tenido razones de creer que no era punible»¹⁶³. Se consideró que una «razón es suficiente cuando nada puede reprocharse al autor del hecho respecto a su error de derecho ya que este proviene de circunstancias que hubieran podido inducir en error a cualquier persona concienzuda»¹⁶⁴. El Tribunal Federal destacó, asimismo, que un problema jurídico particularmente complejo que el autor no puede resolver solo y que lo obliga a consultar un consejero jurídico, puede constituir circunstancias que excluyen la posibilidad de apreciar la ilicitud del comportamiento¹⁶⁵.

C. Participación delictuosa

La intervención colectiva delictuosa es tratada a nivel horizontal, distinguiendo la participación secundaria (instigador y cómplice) y la participación principal (coautores y autor mediato). Se trata de precisar tanto el carácter accesorio de la participación como la individualización de la responsabilidad de cada participante con miras a la fijación de la pena.

Desde una perspectiva, el análisis está muy condicionado por la realidad compleja de las actividades modernas que tienen lugar, sobre todo, en el marco

160 Cfr. Roxin, 2006, § 12, N. 92.

161 ATF 98 IV 293; JdT 1973 IV, p. 143 y ss.

162 *Loi fédérale du 8 juin 1923 sur les loteries et les paris professionnels* (RS 935.51).

163 ATF 98 IV 303; JdT 1973 IV, p. 149.

164 Ídem.

165 Ídem.

de empresas, por lo que es de gran importancia para el derecho penal económico. La cuestión es la de saber si, por un lado, el superior del agente es igualmente responsable de la infracción que este último ha cometido y, por otro, si en caso de delegación de poderes al subordinado de parte del superior, este puede ser exceptuado de pena.

Al respecto, es de recordar que el artículo 29 del CP suizo regula la punición de los actos cometidos en una relación de representación. Esta disposición permite reprimir el agente que obra en nombre de una entidad colectiva (empresa) y comete una infracción especial sin tener el mismo la calidad personal exigida por el tipo legal.

La responsabilidad de los superiores por los actos delictuosos cometidos por los subordinados es explicada con referencia a la noción de dominio de organización¹⁶⁶. Esta noción es una ampliación de la categoría de autor mediato. Consiste en una forma autónoma caracterizada por el hecho que el superior es responsabilizado en virtud del dominio que tiene sobre el sistema de organización de la entidad colectiva y sus miembros. El autor directo (inmediato) del delito, debido al poder del superior sobre la organización, deviene en un factor intercambiable y hasta sin importancia. En la medida en que la responsabilidad de este disminuye, la del superior aumenta, lo que acentúa la dimensión normativa del concepto ampliado de autor mediato.

D. Responsabilidad penal de la empresa

1. Evolución legislativa

En razón de la complejidad de su organización y de los riesgos creados por sus actividades, la empresa es una fuente de peligros, especialmente para las finanzas¹⁶⁷ y el medioambiente¹⁶⁸. La posibilidad de sancionar penalmente a la empresa juega, por tanto, un papel importante tanto a nivel económico y político como por la evolución rápida de la técnica¹⁶⁹. Ella no puede ser libre de obrar con la sola preocupación del provecho y la rentabilidad.

166 Roxin, 1963, p. 193 y ss.; cfr. también Graven, 1985, p. 497 y ss.

167 Cfr. Convenio del Consejo de Europa 173; artículo 18 de la *Convention pénale du 27 janvier 1999 sur la corruption, entrée en vigueur pour la Suisse le 1er juillet 2006* (RS 0.311.55); artículo 2 de la *Convention du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, entrée en vigueur pour la Suisse le 30 juillet 2000* (RS 0.311.21).

168 Jenny & Kunz, 1996, p. 95 y ss.; Seelmann, 1992, p. 452; Convenio del Consejo de Europa 172.

169 ATF 122 IV 103; JdT 1997 IV 124 (resumido).

Hasta el anteproyecto de 1991, elaborado por Schultz, el criterio predominante consideraba que bastaba prever medidas de derecho privado o de derecho administrativo para evitar o controlar la comisión de comportamientos indebidos en el seno de la empresa¹⁷⁰. Estas medidas abarcaban desde el sometimiento a una obligación económica o la prohibición de una actividad determinada, hasta la disolución de la empresa. El paso decisivo a favor de la responsabilidad penal de la empresa se dio en el proyecto de 1998, aun cuando sus autores se pronunciaron en favor solo de una responsabilidad subsidiaria.

2. Régimen de la responsabilidad principal subsidiaria

El nuevo artículo 102 del CP suizo prevé dos regímenes. El primero se extiende a todas las infracciones; en este caso, la empresa es penalmente responsable de manera subsidiaria y es castigada cuando, a causa de su organización deficiente, la infracción no puede ser imputada a una persona natural determinada (artículo 102, inciso 1, del CP suizo). El segundo régimen comprende ciertas infracciones mencionadas exhaustivamente (artículo 102, inciso 2, del CP suizo); en este caso, la empresa es directamente responsable y será castigada, independientemente de que se reprima o no al autor individual de la infracción, en la medida en que se le pueda reprochar no haber tomado todas las medidas de organización «razonables y necesarias» para evitar la infracción.

En las dos hipótesis, la imputación objetiva se realiza teniendo en cuenta que la infracción debe haberse cometido en el seno de la empresa y en el ejercicio de sus actividades comerciales y económicas. La primera condición tiene importancia respecto a un banco, por ejemplo, porque es necesario de aclarar, en caso de blanqueo de dinero, si es obra de sus clientes y no de sus colaboradores. Si los responsables son los primeros, el artículo 102, inciso 2, del CP suizo no se aplicará¹⁷¹.

La condición del artículo 102, inciso 1, del CP suizo, según la cual la infracción debe ser cometida en el marco de «una actividad comercial conforme al fin de la empresa», significa que el autor obra con medios ilícitos pero que su objetivo es lícito, en la medida que actúa en el marco de las actividades de la empresa y que la comisión de la infracción no puede constituir la finalidad de la ella. La obligación violada debe así concernir la organización de la empresa. Además, como es imposible identificar al autor de esta infracción, importa poco determinar

170 *Département fédéral de justice et police, Avant-projet et rapport explicatif 1991*, p. 49 y ss.; mensaje de 1998, p. 1947; cfr. Roth, 1997, p. 376 y ss.; Lütolf, 1997, p. 43 y ss.

171 Gillard, 2008, p. 62 y ss.

si la empresa se benefició o no con la infracción¹⁷². Así, la comisión de la infracción se inscribe en una relación funcional con las actividades de la empresa¹⁷³.

La otra condición común a los dos incisos de la disposición es la necesidad de la presencia del elemento subjetivo. Es posible describir los actos de la empresa utilizando las nociones de «intención» y «culpa», pero estas no se comprenden de la misma manera que en relación con la persona natural. La imputación objetiva debe examinarse en relación con la falta de organización.

Aun cuando el autor sea desconocido (artículo 102, inciso 1, del CP suizo), se debe examinar si obró con intención o culpa (artículo 12 del CP suizo)¹⁷⁴. Esta condición es, en particular, importante en el marco del artículo 102, inciso 2, del CP suizo, en el que todas las infracciones mencionadas son intencionales. No se debe deducir que es posible incriminar penalmente a una empresa en razón de una infracción intencional que hubiera sido cometida por culpa, «el objeto de la negligencia no es la infracción misma sino las condiciones en las cuales esta ha podido originarse»¹⁷⁵.

3. Particularidades del artículo 102, inciso 1, del CP suizo

Según el artículo 102, inciso 1, del CP suizo, un crimen o un delito cometido en el seno de una empresa, en el marco del ejercicio de sus actividades comerciales conforme a sus objetivos, es imputado a esta si no puede ser atribuida a ninguna persona física determinada en razón de la falta de organización de la empresa. En este caso, esta última es castigada con una multa no mayor de cinco millones de francos suizos.

La especificidad de esta disposición es que el autor individual permanece desconocido o que varios autores son sospechosos sin que se pueda determinar quién ha cometido el delito. En seguida, debe ser factible constatar deficiencias en la organización de la empresa. Las medidas que hubieran debido ser tomadas conciernen tanto a la gestión como a la vigilancia de recursos humanos. Por último, hay que probar una relación de causa/efecto entre la deficiencia interna de la empresa y la imposibilidad de descubrir al autor de la infracción.

La responsabilidad subsidiaria o residual de la empresa —prevista en el artículo 102, inciso 1, del CP suizo— es, sin embargo, insuficiente en la medida que deja

172 La imposibilidad de imputar el delito cometido a una persona física debe deducirse del defecto de organización.

173 Roth, 2003, p. 17 y ss.

174 Moreillon, 2008, p. 15, pf. 11.

175 Garbarski, 2006, p. 417 y referencias citadas.

la posibilidad de que la empresa, para evitar toda persecución penal, «fabrique un culpable».

4. Particularidades del artículo 102, inciso 2, del CP suizo

Según el artículo 102, inciso 2, del CP suizo, en caso de los delitos previstos en los artículos 260ter, 260quinquies, 305bis, 322ter, 322quinquies o 322septies, inciso 1, del CP suizo o en el artículo 4a, inciso 1, lit. a, de la LCD¹⁷⁶, la empresa es castigada independientemente de la punición de las personas naturales si puede reprochársele el no haber adoptado todas las medidas de organización razonables y necesarias para impedir el delito.

El artículo 102, inciso 2, del CP suizo se distingue en razón de la independencia de puniciones: la empresa puede ser perseguida sin tener en cuenta si la persona física es sancionable o no, «si debe reprochársele de haber o no tomado todas las medidas de organización razonables y necesarias para impedir tal infracción». Esta deficiencia debe estar en relación con el delito.

Esta acumulación de responsabilidades plantea la cuestión de la doble incriminación (la de las personas físicas y la de los entes colectivos o empresas), la misma que podría contradecir el principio *ne bis in idem*¹⁷⁷. Al respecto, los autores del anteproyecto de 1991 afirmaron que «no puede ser de otra manera por que la solución contraria equivaldría a privilegiar a los delincuentes pertenecientes a una empresa, de manera del todo inadmisibles desde el punto de vista de la igualdad ante la ley. Tendría también el efecto de permitir a la empresa de substraerse, como lo quisiera o casi, a sus responsabilidades librando a culpables de acuerdo su conveniencia». Además¹⁷⁸, debido a que el principio *ne bis in idem* supone la identidad de personas y la identidad de infracciones, esta doble represión es aceptable en la medida en que actor individual o colectivo es considerado responsable en virtud de sus propios actos.

Las medidas de seguridad que faltan en el sentido del artículo 102, inciso 2, del CP suizo son aquellas que hubieran sido necesarias y razonables para impedir la comisión de la infracción. Como en el derecho penal general, debe examinarse

176 *Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale* (RS 241); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19860391/>>.

177 Artículo 14, pf. 7 del Pacte ONU II; artículo 4, pf. 1, *du Protocole 7 à la CEDH*; ATF 123 II 464, E.2b; ATF 122 I 257, E.3; ATF 121 II 257, E.5; ATF 120 IV 10, E.2b; ATF 119 Ib 311, E.3; ATF 116 IV 262, E.3a; *Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N. 1392-1394*; Roth, 1997, p. 372 y ss.; Tiedemann, 1986, p. 1842 y ss.

178 *Département fédéral de justice et police, Avant-projet et rapport explicatif*, p. 58; mensaje de 1998, p. 157 y ss.

la previsibilidad del peligro, la diligencia que hubiera debido tener la empresa —similar a la del garante— y si había realmente contado con los medios para prevenir ese peligro¹⁷⁹. En este sentido, las violaciones de las reglas de conducta extrapenales —por ejemplo, los artículos 8 de la LBA¹⁸⁰; 9, inciso 2, de la OB¹⁸¹; así como la «Ordenanza de la autoridad federal de control de los mercados financieros sobre prevención de blanqueo de dinero y financiación del terrorismo» (OBA-FINMA)¹⁸² y la circular FINMA 2008/24 sobre vigilancia y control interno de los bancos en relación con el artículo 305bis del CP suizo¹⁸³—, los reglamentos y directivas de alcance interno y las normas de autorregulación constituyen indicios suficientes de las deficiencias de la organización de la empresa. Será, por tanto, menos fácil de reprocharles una falta si ninguna regla de conducta preveía la obligación violada.

5. *Pena*

El artículo 102 del CP suizo prevé una multa no mayor de cinco millones de francos suizos, lo que es insuficiente. Además, la sanción no es conforme con el sistema de la nueva versión de la parte general del Código, que prevé el sistema de días-multa para mejor individualizar la pena pecuniaria según la culpabilidad del autor (persona física). El legislador prescribe precisamente que el juez tendrá en cuenta la gravedad de la infracción, la falta de organización¹⁸⁴, el daño causado y la capacidad económica de la empresa cuando se fija el monto de la multa.

179 La imposibilidad de imputar el delito cometido a una persona física determinada debe derivarse de la falta de organización. Cfr. Macaluso, 2009, N. 54-55 y el artículo 102 del CP suizo.

180 *Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier* (RS 955.0).

181 *Ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne* (RS 952.02); disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20131795/>>.

182 *Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 18 décembre 2002 sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans le domaine des banques, des négociants en valeurs mobilières et des placements collectifs* (RS 955.022).

183 En relación con el régimen de la *Commission Fédérale des Banques, anterior a la FINMA*, cfr. Gillard, 2008, p. 52.

184 En lugar de falta de organización y de perjuicio causado, el artículo 102, inc. 2, del proyecto de 1998, mencionaba «el peligro de nuevos delitos de los que la empresa sería responsable».