

LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE LAS ORGANIZACIONES EN MATERIA DE DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO¹

Pierre-Christian Collins Hoffman / Guy Pinsonnault

Sumario: I. Introducción. II. Proyecto de ley C-45 (responsabilidad penal de las empresas). A. La teoría de la identificación. B. Definiciones. 1. Organización. 2. Agente. 3. Cuadro superior. 4. Jurisprudencia reciente sobre la definición de «cuadro superior». 5. Infracciones con voluntad criminal (*mens rea*) (artículo 22, inciso 2, del CCr). 6. Participación, influencia u omisión del cuadro superior. 7. Determinación de la pena. 8. Factores de determinación. 9. Asunto *Maxzone Auto Parts* (2012). 10. Condiciones de *probation*. III. Conclusión.

1 Título original: «La responsabilité criminelle des organisations en matière d'infractions d'ordre économique», publicado en *Revue Canadienne du Droit de la Concurrence* 27(1), traducido al español por Joseph du Pruit. Disponible en: <http://www.mcmillan.ca/Files/172826_La%20responsabilite%20criminelle%20des%20organisations.pdf>.

I. INTRODUCCIÓN

El 31 de marzo de 2004, la ley modificadora del Código Criminal (responsabilidad penal de las organizaciones², proyecto de ley C-45) entró en vigencia en Canadá. Los cambios efectuados en el Código Criminal³ tenían la finalidad principal de facilitar la condena de las organizaciones por los delitos cometidos por sus representantes, para incitarlas a tomar más medidas destinadas a proteger sus empleados y el público. El proyecto de ley se origina principalmente por la tragedia, de 1992 en la mina Westray, en Nouvelle-Écosse, en donde un derrumbe producido por una gestión negligente y omisiones respecto a medidas de seguridad laboral causó el deceso de 26 trabajadores que se encontraban en la mina en el momento del desastre. Después de un proceso defectuoso y de procedimientos durante siete años, las imputaciones contra la sociedad de explotación minera Curragh Inc. y cuatro de sus administradores fueron retiradas por la Corona.

Paralelamente a los procedimientos penales, el gobierno de la Nouvelle-Écosse había instaurado una comisión investigadora pública para determinar las causas del accidente. Encargado de indagar sobre la tragedia, el juez K. Peter Richard recibió incesantes pedidos de la parte de los *Métallurgistes Unis d'Amérique* para que emitiera una recomendación sobre una reforma del régimen de la responsabilidad penal del empleador en materia de seguridad laboral. Aunque consideraba que esto sobrepasaba los alcances de su mandato, el juez Richard formuló la siguiente recomendación al gobierno federal:

El gobierno federal de Canadá, por intermedio del Ministerio de Justicia, debería llevar a cabo un estudio sobre la responsabilidad de los cuadros superiores y de los administradores de la empresa respecto a los actos reprehensible o negligentes de la empresa y debería presentar al Parlamento de Canadá las modificaciones legales necesaria para garantizar que los cuadros superiores y los administradores de empresas sean considerados responsables como se debe de la seguridad en el contexto laboral⁴.

En respuesta a los fracasos repetidos de los procesos, al descontento del público y a la vigorosa presión sindical, varios proyectos de ley privados fueron presentados para modificar el Código Criminal con el fin de facilitar la condena de los cuadros negligentes en la toma de medidas de seguridad laboral y sus organizaciones,

2 LC 2003, c. 21.

3 LRC 1985, c. C-46 (CCr).

4 Debates de la Cámara de los Comunes, 37.º parlamento, 2.ª sesión, vol. 138, N.º 119 (15/09/2003), p. 7325 (Harold Macklin).

para finalmente quedar en nada. El 12 de junio de 2003, los esfuerzos realizados culminaron con la presentación del proyecto de ley C-45.

Ahora bien, el campo de aplicación de la reforma propuesta por el juez Richard fue ampliado para comprender no solo las disposiciones referentes a la responsabilidad de las empresas por negligencia criminal en materia de seguridad laboral⁵; sino también para cubrir la comisión, por los «cuadros superiores», de delitos necesitando una prueba indubitable de un elemento subjetivo otro que la negligencia (artículo 22, inciso 2, del CCr). Así, el proyecto de ley C-45 tenía también la finalidad, entre otras, de facilitar la condena de una empresa por ciertos delitos cometidos en violación de la *Loi sur la concurrence*⁶, por fraude financiero o por toda otro delito con voluntad criminal (*mens rea*) cometida por un cuadro superior» con la finalidad de beneficiar a la empresa. Además de codificar un régimen de responsabilidad penal de las empresas en respuesta a los delitos cometidos por sus representantes, el legislador reemplazó la noción de «*ame dirigeante*» («dirigente gobernante») desarrollada por la jurisprudencia anterior por el concepto más extenso de «*cadre supérieur*» («cuadro superior»). La ley C-45 estatuye igualmente disposiciones sobre la determinación de la pena y establece las condiciones de *probation* elaboradas especialmente para las empresas.

En casi diez años de existencia y hasta muy recientemente, las disposiciones del proyecto C-45 regulando la responsabilidad penal de las empresas (artículo 22, incisos 1 y 2, del CCr) no habían sido jamás aplicadas por los tribunales. La primera sentencia sobre el fondo, tratando la responsabilidad penal de una empresa por infracción con voluntad criminal (*mens rea*), fue dictada el 9 de agosto de 2013 por el honorable François Tòth de la Corte Superior de Quebec, en el asunto R. c. Pétroles Global Inciso⁷. De acuerdo con su sentencia, la Corte determinó que dicha empresa era penalmente responsable por la participación de sus cuadros superiores en un cartel de gasolina. La decisión del juez Tòth fue recurrida ante la Corte de Apelaciones de Quebec⁸.

Vistos los desarrollos jurisprudenciales recientes, el presente artículo tiene por objetivo de presentar globalmente la responsabilidad penal de las empresas en derecho penal canadiense por las infracciones con voluntad criminal (*mens rea*). Además, se analiza los alcances de las modificaciones del proyecto de ley C-45 en materia de delitos económicos, en cuanto a la determinación de la pena y a la imposición de condiciones de *probation* previstas para las organizaciones.

5 Artículos 22 (inciso 1) y 217 (inciso 1) del CCr (supra nota 2).

6 LRC 1985, c. C-34.

7 2013 QCCS 4262, 2013 JQ 11100 (Global).

8 Pétroles Global Inc. c. R., 2013 QCCA 1604, 2013 JQ 11922.

II. PROYECTO DE LEY C-45 (RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS)

A. La teoría de la identificación

El proyecto de ley C-45, imputando responsabilidad penal a las organizaciones por infracciones penales cometidas por sus «cuadros superiores», consagra un régimen al límite de la responsabilidad por hecho de tercero. Como lo explica la Corte Suprema del Canadá, en materia de responsabilidad civil, tal régimen de responsabilidad se justifica por una doble finalidad: la disuasión y la indemnización adecuada:

La aplicación de la doctrina de la responsabilidad por hecho de tercero reposa sobre el principio según el cual es justo que quien organiza en una colectividad una empresa creando riesgos para esta última sea considerado responsable cuando dichos riesgos se materializan y causan perjuicios materiales o físicos a las personas. La indemnización efectiva es uno de los objetivos perseguidos. La disuasión es otro. Se espera así que, por temor de ser responsabilizados, los empleadores o mandantes sean incitados a tomar las medidas para disminuir los riesgos de perjuicios⁹.

En materia penal, la previsión de un régimen de responsabilidad por el hecho de tercero pueda cumplir la finalidad de disuasión. Los tribunales han sido reticentes a imponer una «*vicarious liability*» a las personas morales debido a la ausencia de objetivo de indemnización por parte del derecho penal¹⁰. Los tribunales han rechazado la idea misma de imputar alguna responsabilidad penal a las personas morales. En la sentencia *Canadian Dredge & Dock Co.*¹¹, la Corte Suprema había mencionado que no se podía, en virtud de ninguna teoría, concluir racionalmente que otras personas que las físicas pudiesen encontrarse al origen de la voluntad criminal (*mens rea*) indispensable para la prueba de un acto delictuoso:

Ni la noción de la responsabilidad por el hecho de tercero, ni la teoría de la identificación ni ninguna otra doctrina permite de racionalizar completamente la responsabilidad penal de una empresa. A diferencia de las personas físicas, una empresa no tiene espíritu y no puede por tanto lo que se denomina en derecho penal voluntad criminal [*mens rea*]. Para los delitos exigiendo voluntad criminal [*mens rea*], el derecho penal no considera al propietario empleador

9 Jacobi c. Griffiths, 1999 2 RCS 570, pf. 69, 174 DLR (4th) 71.

10 Fridman, 1990, pp. 315-316.

11 *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, 1985 1 RCS 662, 1985 ACS 28 (Canadian Dredge).

como responsable de los actos ilegales de sus empleados, al menos que haya habido autorización expresa o implícita¹².

Otros han criticado la responsabilidad penal de las empresas considerando que es una represión que afecta injustamente a todos los individuos en el seno de la empresa y aún a terceros, a quienes no se les ha probado culpabilidad alguna. En EE.UU., el profesor Albert W. Alschuler ha escrito:

Of course criminal punishment cannot really be borne by a fictional entity. As Baron Thurlow, a Lord Chancellor of England, put it sometime before 1792, a corporation has «no soul to damn, no body to kick.» This punishment is inflicted instead on human beings whose guilt remains unproven. Innocent shareholders pay the fines, and innocent employees, creditors, customers, and communities sometimes feel the pinch too. The embarrassment of corporate criminal liability is that it punishes the innocent along with the guilty¹³.

Para establecer la responsabilidad penal de una persona moral mediante un vínculo mínimo racional entre esta y el delito cometido por una persona física, los tribunales canadienses, a lo largo del último siglo, han adoptado y desarrollado la «teoría de la identificación», que permite relacionar la responsabilidad del «alma dirigente» con la de la persona moral de «manera directa», en lugar de estatuir una responsabilidad por el hecho de otro¹⁴.

Los tribunales han aplicado, primero, una vieja doctrina del *common law* que otorgaba a las personas morales la inmunidad de represión casi total respecto a los delitos, necesitando que se pruebe la intención¹⁵. En 1915, la Cámara de Loes inició una primera apertura, estimando que la responsabilidad penal de una persona moral podía ser comprometida por los actos cometidos por su «alma dirigente», por el hecho que, por ocupar el más alto cargo de una empresa, podía comprometer la responsabilidad de esta última, pues los actos de tal alter ego son esencialmente aquellos de la empresa¹⁶.

Más de un siglo después, la Corte de Apelaciones de Ontario confirmó esta «teoría de la identificación» deseando que el «órgano vital» de una persona moral pueda comprometer la responsabilidad penal de esta última y amplió el régimen de responsabilidad agregando que podían existir varias almas dirigentes en el seno

12 *Ibidem*, pf. 20.

13 Alschuler, 2009.

14 Canadian Dredge, pf. 20 (*supra* nota 10).

15 R. c. J. J. Beamish Construction Co., 50 CPR 97, pf. 43, 59 DLR (2d) 6.

16 Lennard's Carrying Co. c. Asiatic Petroleum Co., 1915 AC 705.

de la misma persona moral¹⁷. Sin embargo, los alcances de la teoría han sido al mismo tiempo restringidos, en cuanto la Corte considera que la persona moral solo podía ser responsable si el alma dirigente había cometido el acto delictuoso en el marco de su empleo.

En 1985, en la sentencia *Canadian Dredge*¹⁸, la Corte Suprema del Canadá se negó a aplicar la teoría de la responsabilidad por el hecho de tercero lacónicamente preconizada por la Corte Suprema de los EE.UU. en *New York Central R. Co. vs. United States*¹⁹, mediante la doctrina del *respondeat superior* («el superior debe responder»), de acuerdo con la cual toda persona, miembro de la persona moral, sin importar su jerarquía, compromete la responsabilidad de la organización desde que comete actos de índole penal en beneficio de esta. La Corte optó más bien por la teoría de la identificación, considerando no obstante que no podía ser aplicada cuando el alma dirigente había obrado para su propio beneficio, en detrimento de los intereses de la compañía:

Sin embargo, aplicada para declarar una empresa culpable en derecho penal de la conducta de su director cuando este no actúa en su calidad de alma dirigente sino más bien como su enemigo jurado, la teoría de la identificación no tiene más fundamento racional. [...] En mi opinión, los orígenes muy pragmáticos de la regla de la identificación militan contra su extensión, de manera que ellas se aplican a la situación se habría presentado en la especie, si una o más almas dirigentes hubiesen actuado enteramente en su propio interés y hubiese buscado principalmente a defraudar a la empresa que era su empleador. Cuando la empresa en cuestión ha sido beneficiada o sería beneficiada por las actividades fraudulentas y penales de su alma dirigente, la aplicación de la regla de la identificación es justificada. No obstante, en un caso en el que el mandatario se vuelve contra la empresa mandante, la regla no tiene más razón de ser²⁰.

Al mismo tiempo, la Corte Suprema ha rechazado ciertos medios de defensa por ser propios a limitar la regla de la identificación:

Los actos de encarnación de una empresa en su sector de competencia administrativa pueden dar lugar a la responsabilidad penal de esta última, **sin importar si ha habido o no delegación expresa; que el consejo de administración o los miembros de la dirección de la empresa hayan estado o no enterados**

17 R. c. St. Lawrence Corp., 1969 2 OR 305, 5 DLR (3d) 263.

18 *Canadian Dredge*, supra nota 10.

19 212 US 481 (1909).

20 *Canadian Dredge*, pf. 73 (supra nota 10).

de las actividades en causa, y punto que será analizado posteriormente, que haya habido o no prohibición expresa²¹.

En 1993, en la sentencia Rhône (Le) c. Peter A. B. Widener (Le)²², la Corte Suprema parece haber restringido la teoría de la identificación tal como la había descrito algunos años antes, distinguiendo entre una verdadera delegación de la autoridad directora, sea el poder de establecer orientaciones y políticas en el interior de la organización, en posición con la simple aplicación de políticas por cuadros de nivel inferior que pueden comprometer la responsabilidad penal de la organización.

En R. c. Forges du Lac inciso²³, el juez Chamberland de la Corte de Apelaciones de Quebec había juzgado que una infracción penal que haya beneficiado a la vez al alma dirigente y a la persona moral no impedía que se aplicara la teoría de la identificación y se pudiera estatuir la responsabilidad penal de esta última.

Finalmente, en la sentencia *Miscou motel ltée*²⁴, último asunto juzgado antes de las modificaciones de 2004, la Corte de Apelaciones de Quebec estatuyó que podía darse delegación de autoridad del alma dirigente a cuadros de nivel inferior teniendo una cierta autonomía de decidir, lo que «caracteriza la teoría de la identificación y el hecho que puede existir, aun en las corporaciones, conformadas por un número muy limitado de accionistas, más de una alma dirigente»²⁵.

En 2012, en la sentencia dictada en la etapa de investigación preliminar en el asunto R. c. Pétroles Global²⁶, el juez Chapdelaine de la Corte de Quebec estableció una buena descripción de los principios que prevalecían antes de la puesta en vigencia del proyecto de ley C-45 respecto a la responsabilidad penal de las personas morales:

1. La aplicación de la teoría de la identificación tiene como efecto imputar a una persona moral la *mens rea* y el *actus reus* de su alma dirigente y, en consecuencia, determinar su responsabilidad.
2. Pueden existir varias almas dirigentes en el seno de la misma persona moral y cada una de ellas puede estar asociada a una esfera de actividades o a un territorio preciso.

21 *Ibidem*, pf. 21. Resaltado nuestro.

22 1993 1 RCS 497, 101 DLR (4th) 188 (Rhône).

23 1997 CanLII 10565, 117 CCC (3d) 71 (QCCA).

24 *Général accident compagnie d'assurance du Canada c. Miscou motel ltée*, 1999 RJQ 330, 86 ACWS (3d) 413 (QCCA).

25 *Ídem*.

26 2012 QCCQ 5749, 2012 JQ 5437.

3. Para fijar si un empleado es un alma dirigente, no se considera el título del empleado, sino las funciones que ejerce y las responsabilidades que le incumben en el campo de actividades que le ha sido delegada.
4. La noción de alma dirigente incluye ahora solo los altos dirigentes y el consejo de administración de una persona moral.
5. El alma dirigente es la persona que tiene la capacidad de ejercer un poder de decisión sobre las cuestiones de política general de la persona moral, en lugar de aquella que solo concreta estas políticas en un marco operacional.
6. No impiden la aplicación de la teoría de la identificación:
 - a) El hecho que no haya sido expresamente ordenado a un empleado de cometer el acto delictuoso en cuestión.
 - b) El hecho que no exista delegación expresa de autoridad al empleado que haya cometido el delito.
 - c) El hecho que el consejo de administración o los miembros de la dirección de la empresa no estuviesen al corriente de las actividades en causa.
 - d) El hecho que hayan sido dadas instrucciones expresas o implícitas prohibiendo los actos ilegales precisos o toda conducta en general.
 - e) El hecho que el alma dirigente haya actuado, en parte, fraudulentamente contra la empresa que era su empleador.
 - f) El hecho que el alma dirigente haya obrado, en parte, por su propio beneficio.
7. Constituye un medio de defensa e impide la aplicación de la teoría de la identificación el hecho que el alma dirigente haya actuado en su propio interés y hubiese apuntado principalmente a defraudar la empresa que era su empleadora²⁷.

A la luz de lo que precede, es pertinente preguntarse si los principios desarrollados por la jurisprudencia antes de los cambios de 2004 han caducado en razón de una reforma completa que substituye el régimen anterior, o si ciertos principios pueden continuar siendo aplicados. Dicho de otra manera, conviene establecer la verdadera amplitud de la reforma deseada por el legislador. Es lo que la Corte Superior de Quebec debía determinar en el asunto Global.

²⁷ *Ibidem*, pf. 68.

B. Definiciones

1. Organización

La expresión «organización», agregada al Código Criminal mediante la adopción del proyecto de ley C-45, comprende tanto a las personas morales como a las sociedades por acciones. En efecto, se extiende a todo «cuerpo constituido, persona moral, sociedad, compañía, sociedad de personas, empresa, sindicato profesional o municipalidad»²⁸. Se comprende igualmente las asociaciones sin personalidad que responden a los tres criterios acumulativos de la segunda parte de la definición de «organización» estatuida en el Código Criminal; es decir, aquellas que: (i) son constituidas con la finalidad de alcanzar un fin común, (ii) están dotadas de una estructura organizativa y (iii) se presentan al público como una asociación de personas. La definición guarda silencio sobre el objetivo buscado por la organización, por lo que debe entenderse que incluye también las organizaciones con y sin fin lucrativo. En ocasión de la presentación del proyecto de ley C-45, el secretario parlamentario del ministro de justicia explicaba el razonamiento implícito con esta definición:

Los abogados de las sociedades han mostrado una gran creatividad y han establecido nuevas estructuras, por ejemplo de las sociedades a responsabilidad limitada y de las coempresas. Nosotros queremos simplemente que el Código Criminal se aplique a todas las organizaciones de personas, sin distinción artificial fundada sobre la estructura de las relaciones jurídicas que ellas escojan²⁹.

Mientras que la jurisprudencia anterior a 2004 trataba con frecuencia de la responsabilidad penal de las personas morales o de las compañías, el Código Criminal prevé que no solo las personas poseedoras de una personalidad jurídica distinta pueden ser responsabilizadas como culpables de infracciones penales. El término «organización» debería entonces ser preferido al término «persona moral» tratándose de manera general del artículo 22, incisos 1 y 2 del CCr.

En efecto, la definición de «organización» es suficientemente amplia para comprender las asociaciones sin personalidad como las sociedades en nombre colectivo de Quebec, respecto a las cuales los asociados pueden ser responsabilizados personalmente por las obligaciones de la sociedad³⁰. Asimismo, ella expresa

28 Artículo 2 del CCr (supra nota 2).

29 Debates de la Cámara de los Comunes, p. 7326 (Harold Macklin) (supra nota 3). Resaltado nuestro.

30 Artículo 2221 del CC de Québec.

que las «empresas» son organizaciones, con lo que se puede comprender que las empresas son propiedad de una sola persona y no poseen personalidad jurídica distinta³¹. En la sentencia R. c. AFC Soccer³², la Corte de Apelaciones de Manitoba había estimado que la definición de «persona» del Código Criminal, vigente antes de las modificaciones de 2004, no comprendía una empresa individual cuyo nombre comercial hubiera sido inscrito a nivel provincial. Ahora bien, la definición de «persona» comprende ahora las «organizaciones» y, por el hecho mismo, las «empresas». Así, la definición de «organización» podría ser suficientemente extensa para abarcar las empresas individuales, estén o no inscritas en un registro de publicidad legal provincial.

2. *Agente*

El agente es definido en el Código Criminal como «todo administrador, asociado, empleado, miembro, mandatario o empresario»³³. De modo que, aún si la organización toma los servicios de un contratista o de un mandatario, corre el riesgo de exponerse a una condena penal si este obra como «cuadro superior» de la organización al momento de la infracción. Por tanto, es importante para la organización limitar debidamente los peligros de una persecución penal. Al presentarse el proyecto de la ley C-45, el secretario parlamentario del ministro de justicia destacaba, además, que la responsabilidad penal de la organización no podía ser admitida si el prestador de servicios ha cometido el delito fuera de los límites de su mandato:

El término «agente» es definido de manera general para abarcar no solo los cuadros y los empleados, sino también los mandatarios y empresarios. **Siempre que actúen en el marco del poder que les ha sido otorgado**, sus actos son considerados como de la organización³⁴.

La ausencia de un título claro o la duda sobre el estatus exacto de la persona en el seno de la organización no debería ser obstáculo insuperable para designar el agente. Desde que las tareas y funciones de una persona demuestran que obra

31 Además, el Código Civil de Quebec define la explotación de una empresa como el ejercicio, por una o varias personas, de una actividad económica organizada (artículo 1525, inciso 3, del CC de Québec).

32 2004 MBCA 73, 240 DLR (4th) 178.

33 Artículo 2 del CCr (supra nota 2).

34 Debates de la Cámara de los Comunes, p. 7326 (Harold Macklin) (supra nota 3). Resaltado nuestro.

en los hechos como un agente de la organización, esta debe corresponder a la definición.

3. Cuadro superior

El concepto de «cuadro superior» reemplaza esencialmente la noción de «alma dirigente» que había sido elaborada en la jurisprudencia antes de la reforma de 2004. El Código Criminal lo define como sigue:

2. [...] «cuadro superior» **Agente desempeñando un papel importante en la elaboración de las orientaciones de la organización en cuestión o asegurando la gestión de un importante dominio de actividades de esta, comprendido, en el caso de una persona moral, el administrador, el primer dirigente o el director financiero.** (Resaltado nuestro)

Debido a que el Código Criminal estatuye una triple definición de «cuadro superior», conviene analizarlas separadamente.

- a) Agente desempeñando un papel importante en la elaboración de las orientaciones de la organización

De manera semejante a lo que la Corte Suprema había estatuido en la decisión Rhône, el Código Criminal prevé, primero, que quien juega un papel importante en la elaboración de las orientaciones de la organización puede comprometer la responsabilidad penal de esta última. Así, la condena de un alma dirigente, tal como la definía la jurisprudencia precedente a los cambios de 2004, puede siempre dar lugar a la condena de la organización. En Rhône, el juez Iacobucci manifestó:

El factor clave que permite distinguir las almas dirigentes de los empleados ordinarios es la **capacidad de ejercer un poder de decisión sobre las cuestiones de política general de la persona moral, en lugar del simple hecho de ejecutar estas políticas en el marco operativo, ya sea en la sede social o en el extranjero**³⁵.

La definición del Código Criminal es sin embargo más amplia que la establecida por la Corte Suprema. En lugar de una «capacidad de ejercer un poder de decisión» en la concepción de las políticas, este prevé que basta que el agente posea un «papel importante» en su elaboración. Esto es lo que explicaba el secretario parlamentario del ministro de justicia:

35 Rhône, p. 526 (supra nota 21). Resaltado nuestro.

Por medio de la definición de cuadros superiores, nos proponemos **ampliar la noción de alma dirigente comprendiendo aquellos que ya serían considerados como tales**, las personas que tienen un rol importante en la formulación de la política **en lugar de poseer el poder último de adoptarla**³⁶.

Así, el agente que aconseja al alma dirigente en la elaboración de las orientaciones, aun cuando no tenga la última palabra en su adopción, puede también comprometer la responsabilidad penal de la organización. No obstante, no se puede suponer automáticamente que un agente es un cuadro superior a partir de que este propone a la alta dirección un criterio de política de la organización. Debe tratarse de un agente que, en el orden normal de sus tareas y funciones, deba aconsejar a quienes deciden sobre las orientaciones de la organización y que pueda ejercer una real influencia sobre estos, desempeñando así un «papel importante» en su elaboración.

Aunque la nueva definición sea más amplia, la mayoría de los principios desarrollados por la Corte Suprema se aplican *mutatis mutandis* a esta primera parte de la definición de «cuadro superior». Los principios consistentes en que pueda existir más de un alma dirigente en varios territorios y sectores de la organización, que el alma dirigente solo incluya la alta dirección y los miembros del consejo de administración y que el poder de elaborar políticas pueda ser delegado son, en consecuencia, siempre aplicables a esta parte de la definición.

En suma, si la teoría de la identificación ha sido cristalizada por el legislador en 2004, esta ha sido ampliada para incluir no solo a los agentes con poder de decisión sobre la selección de las políticas, sino también a quienes participan de manera decisiva en su elaboración. Ahora bien, esta noción extensa de alma dirigente no es la única innovación aportada por los cambios de 2004, permitiendo al Ministerio Público establecer, de manera más fácil, la responsabilidad penal de una organización. La segunda parte de la definición va todavía más lejos al no exigir ninguna superposición de intención entre el cuadro superior y la organización.

- b) Agente asegurando la gestión de un importante dominio de las actividades de la organización

Esta segunda definición es la que mejor caracteriza la intención del legislador de elegir el dominio de la responsabilidad penal de las organizaciones. Desde que un agente ejerce funciones de gestión en un sector de actividad de una cierta importancia en el seno de la organización, aún si sus tareas se limitan a la aplicación de las políticas del consejo de administración, este puede comprometer la responsabilidad de la organización. Esta definición es la más problemática, pues se aleja del vínculo

36 Debates de la Cámara de los Comunes, p. 7326 (Harold Macklin) (supra nota 3).

racional que los tribunales habían tratado de establecer mediante la teoría de la identificación. En efecto, relacionar la responsabilidad de la organización con la infracción cometida por el agente que asegura «la gestión de un importante dominio de actividades» de la organización, se asemeja a un régimen de responsabilidad por el hecho de tercero en la medida en que no existe ninguno o muy poco de relación racional entre el estado de espíritu del administrador que no participa en la elaboración de las políticas y el de la organización. La imputación de una responsabilidad penal a la organización por la gestión de un dominio importante de esta última no necesita, en el sentido gramatical y textual del artículo 2 del CCr, ninguna superposición de intención. La selección de las palabras «cuadro superior» puede, por tanto, parecer contradictorio a los fines de la definición, considerando que esta última parece incluir los cuadros de nivel intermedio.

La pregunta siguiente se impone a la luz del término escogido por el legislador: ¿este deseaba restringir el campo de aplicación de la definición empleando la expresión «cuadro superior» en lugar de «cuadro»? Dicho de otro modo, ¿el término «superior» agrega algo a la definición? La elección de este último puede dar lugar a equívocos, dado su empleo tanto en sentido usual como en ámbitos jurídicos como el derecho laboral. Pues en este se alude a los empleados de la alta dirección que intervienen en la planificación estratégica y en la concepción de las políticas de la empresa, mientras que la definición del artículo 2 del CCr incluye necesariamente a los administradores que no forman parte de la más alta esfera de la organización a la que ellos pertenecen. Esta selección es aún más ambigua si se considera que la expresión «cuadro superior» es todavía más limitada en los otros dominios del derecho, que la noción de «alma dirigente» propia a la teoría de la identificación. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Quebec ha decidido, en 2001, que la expresión «cuadro superior», en el sentido de la ley sobre las normas del trabajo³⁷, es restringida a la más alta dirección de la empresa:

En mi opinión, el cuadro superior es quien **participa en la elaboración de las políticas de gestión y a la planificación estratégica de la empresa. Debe tener un gran poder de decidir y no solo de coordinar las actividades de la empresa o aplicar las políticas de gestión elaboradas por la alta dirección**³⁸.

Siguiendo la presunción que el legislador no habla para no decir nada, se podría intentar razonar que este término ha sido agregado para servir de puerta de auxilio al juez cuando se encuentre ante la situación de un administrador, bien

37 LRQ, c. N-1.1.

38 *Commission des normes du travail c. Beaulieu*, 2001 RJDT 10, 102 ACWS (3d) 909 (QCCA). Resaltado nuestro.

que asegurando la gestión de un dominio de actividades «importante», esta en un nivel tan bajo de la organización que resultaría incoherente e injusto imputarle una responsabilidad penal a esta última. En tal caso, el tribunal podría rechazar de calificar al agente de cuadro superior porque no ocupa un puesto bastante «superior» en la jerarquía de la organización para satisfacer la definición. En su artículo intitulado «The Changed Face of Corporate Criminal Liability», Archibald, Jull y Roache afirman además que los tribunales podrían estar tentados de efectuar un análisis restrictivo de la definición de cuadro superior para evitar resultados irracionales e injustos para la organización:

Consistent with the principles of strict and purposive construction of the criminal law, courts may give the new concept a narrower reading in cases in which it is not fair and does not make sense to attribute the fault of an employee, low level manager, agent or contractor back to the corporation³⁹.

Es lo que, en parte, argumentaba la defensa en Global. Afirmaba que, para reconciliar la definición con el término «superior», el agente debería no solo asegurar la gestión de un importante dominio de actividades; sino, igualmente, ejercer una gestión importante de cierto sector, lo que debía traducirse en una gran autonomía decisional. La Corte Superior rechazó esta interpretación, estimando que la definición es completa en sí⁴⁰.

Otro problema que presenta la definición reside en la interpretación de la expresión «gestión de un importante dominio de actividades». Se trata de saber si es una cuestión de hecho —que dependa de cada caso particular— el que un agente gestione tal dominio⁴¹. Bien que el título del agente al interior de la organización pueda constituir un indicio útil, este no es necesariamente revelador de sus funciones. Se debe tomar en consideración la estructura única de cada organización para determinar su valor probatorio⁴².

Existe primero una incertidumbre sobre los alcances de la palabra «gestión». Una primera interpretación podría ser que no sea necesario que un agente asegure la gestión principal o una gestión considerable de un «importante dominio de actividades». Por ejemplo, el director nacional de ventas y un jefe de sección en el seno de un comercio al detalle serían ambos administradores de un sector de actividades importante, sea las ventas, pero a niveles diferentes. Los dos serían cuadros superiores de la organización y podrían comprometer la responsabilidad

39 Archibald, Jull & Roach, 2004, CRIM LQ 367, 377 (SSRN). Resaltado nuestro.

40 Global, pf. 183 (supra nota 6).

41 Ibídem, pf. 46.

42 Ibídem, pf. 47.

penal de la empresa, a pesar de la importancia limitada de la gestión y la menor autonomía decisional del jefe de sección en relación con el director de ventas.

Enseguida, el legislador nada dice sobre el término «importante», que se recoge en el proyecto de ley. Sin embargo, debe imperativamente tener un significado: no es la gestión de todo el sector en el interior de la organización la que debe determinar la calificación de «cuadro superior». En el caso que el sector gestionado no sea «importante», el agente no puede comprometer la responsabilidad penal de la organización cometiendo una infracción con voluntad criminal (*mens rea*). Ahora bien, en estricto, todo sector de actividades es importante para una organización racional: esta no debe conservar o invertir en un sector de actividades que le es inútil o dañino.

En el caso en que el dominio de actividades administrado es deficitario, ¿el agente debería de todas maneras comprometer la responsabilidad penal de la organización? Se puede cuestionar si el legislador deseaba —usando la palabra «importante»— ofrecer un medio de defensa a las organizaciones basado en el hecho que un dominio de actividades no da beneficios o ninguna ventaja pecuniaria a la organización. En esta perspectiva, una compañía podría, por ejemplo, afirmar que el administrador de actividades de beneficencia en el interior de la empresa no asegura la gestión de un sector importante de actividades porque la viabilidad financiera de la organización no sería afectada si esta elimina sus actividades caritativas. Esto nos parece incongruente. Sea lo que sea, los tribunales no deberían exigir que el dominio de actividades sea esencial a la viabilidad económica de la organización. Asimismo, aunque la oportunidad económica de un sector de actividades pueda constituir un factor pertinente para determinar la importancia, este no debería ser el único factor a considerar. Regresando al ejemplo de las actividades de caridad en el seno de la organización con fines lucrativos, podría argumentarse que un sector de actividades es importante para la organización aunque no existan beneficios económicos tangibles, ya que aquel contribuye a su reputación y buena imagen. En lo referente a las OSBL, la importancia de un dominio de actividades debería ser evaluada en función de su conexión con el fin buscado por el organismo.

Teniendo en cuenta el carácter equivoco de la expresión «gestión de un importante sector de actividades», podría adelantarse que esta es imprecisa al punto en que contraviene el artículo 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴³. En la decisión R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society⁴⁴, la Corte Suprema ha juzgado que ciertas disposiciones legislativas podrían ser imprecisas al extremo de ser

43 Ley constitucional de 1982, constitutiva del anexo B de la ley de 1982 sobre Canadá (R-U), c. 11 (*Charte canadienne*).

44 R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society, 1992 2 RCS 606, 93 DLR (4th) 36 (Nova Scotia).

inconstitucionales cuando no delimitan «suficientemente una esfera de riesgos para que los ciudadanos sean prevenidos en cuanto al fondo de la norma a la que están sometidos»⁴⁵.

La Corte Suprema ha considerado en *Irwin Toy Ltd. c. Quebec (Procureur général)*⁴⁶ que una persona moral no puede invocar en su propio favor la protección del artículo 7 de la *Charte canadienne*⁴⁷. Pero, la definición de «organización» es suficientemente amplia para comprender las asociaciones y las empresas sin personalidad jurídica diferenciada, que pueden recurrir a empleados y mantener servicios de mandatarios. La comisión de infracciones penales por estas personas, cuando obran como agentes o cuadros superiores, podría también comprometer la responsabilidad personal de las asociaciones o del propietario único en cuanto al pago de multa.

Sin embargo, el argumento de la imprecisión requiere que la disposición criticada afecte uno de los derechos protegidos por el artículo 7. En la sentencia *Entreprises M. G. de Guy ltée c. Quebec (Procureur général)*⁴⁸, el juez Fish, entonces en la Corte de Apelaciones, afirmaba:

In order for appellants to succeed, they would have to establish, insofar as their vagueness claim depends on s. 7 of the Charter, not only that the legislation under which they are charged affects the liberty or security of defendants, but also that it is impermissibly vague and therefore violates a principle of fundamental justice.

La única pena imponible a una organización es la multa⁴⁹. Existen dudas sobre si la imposición de una multa a una persona física y la estigmatización fruto de una declaración de culpabilidad en virtud del artículo 22, incisos 1 o 2, del CCr pueda comportar una afectación de los derechos «a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona» en violación de los principios de justicia fundamental en el sentido del artículo 7 de la *Charte canadienne*. El derecho a la libertad es el más frecuentemente afectado cuando se da la posibilidad de imponer una pena de prisión. Ahora bien, la imposición de una multa es un castigo de índole económica. Aun cuando la Corte Suprema jamás se ha pronunciado sobre la cuestión de saber si los derechos

45 *Ibidem*, p. 639.

46 1989 1 RCS 927, 58 DLR (4th) 577 (*Irwin Toy*).

47 Una persona moral puede, sin embargo, cuestionar una disposición legislativa cuando esta viola las garantías previstas en el artículo 7 para una persona física: *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, 1991 3 RCS 154, 84 DLR (4th) 161.

48 1996 RJQ 258, 46 CR (4th) 332 (QCCA).

49 Artículo 735(1) del CCr (*supra* nota 2).

económicos son protegidos por la mencionada *Charte*⁵⁰, los tribunales inferiores han generalmente concluido en el sentido que tales derechos no son objeto de la mencionada protección. La imposición de una multa no parece afectar tampoco el derecho a la seguridad. En R. c. Transport Robert (1973) Ltée; R. c. 1260448 Ontario Inciso 5⁵¹, la Corte de Apelaciones de Ontario afirmó que la posibilidad de una multa por una infracción de responsabilidad absoluta no violaba la garantía de seguridad del artículo 7 al imponer una tensión psicológica seria sobre el condenado.

Además, el artículo 734, inciso 7, del CCr parece no aplicarse en caso de omisión de pago de la multa. En efecto, el artículo 734 excluye las organizaciones de su aplicación y el artículo 735, específico a las organizaciones, no se refiere expresamente al artículo 734, inciso 7. Este último prevé la posibilidad para un tribunal de dictar un mandato de detención contra el delincuente que no ha cancelado la multa, si «sin excusa razonable, se niega a cancelarla»⁵². Aun si dictar un mandato de encarcelación fuera posible contra asociados o un propietario de una empresa individual, ya que el tribunal debe tener en cuenta la capacidad de pagar del delincuente, la amenaza de detención sería probablemente demasiado coyuntural e hipotética para que pueda alegarse con éxito que se ha violado la garantía de seguridad del artículo 7⁵³.

Finalmente, la carga es pesada para quien sostenga que se trata de una norma inaceptablemente imprecisa: se trata de una «norma exigente, que va más allá de la semántica»⁵⁴. Una disposición solo es imprecisa cuando no brinda, suficientemente, indicación susceptible de enriquecer el debate judicial⁵⁵, en el caso en que no «pueda ofrecer ni advertencia razonable a los ciudadanos, ni de delimitación del poder discrecional en la aplicación de la ley»⁵⁶. La Corte Suprema ha establecido los factores siguientes en la determinación del carácter impreciso de una norma, los mismos que denotan la dificultad de recurrir a este argumento:

50 Gosselin c. Quebec (*Procureur Général*), 2002 CSC 84, 221 DLR (4th) 257 (Irwin Toy) (supra nota 47).

51 234 DLR (4th) 546, 180 CCC (3d) 254 (ONCA).

52 artículo 734.7(1)(b) del CCr (supra nota 2).

53 London (*city*) c. Polewsky (2005), 202 CCC (3d) 257, 138 CRR (2d) 208 (ONCA); R. c. Asante-Mensah, 204 DLR (4th) 51, 157 CCC (3d) 481 (ONCA), *appel rejet.*: 2003 CSC 38, 227 DLR (4th) 75; Schnaiberg c. Métallurgistes Unis D'Amérique, *section locale* 8990, 1993 RJQ 55, 36 ACWS (3d) 972 (QCCA); Operation Dismantle c. La Reine, 1985 1 RCS 441, 18 DLR (4th) 481.

54 Nova Scotia, supra nota 43.

55 *Ibidem*, p. 640.

56 *Ídem*.

Los factores que es de tener en cuenta para fijar si una ley es demasiado imprecisa comprender: a) la necesidad de la flexibilidad y el papel de los tribunales en materia de interpretación; b) la imposibilidad de la precisión absoluta, una norma inteligible siendo preferible; la posibilidad que una disposición dada sea susceptible de numerosas interpretaciones que pueden coexistir [...] ⁵⁷.

En Ontario c. Canadien Pacifique Ltée⁵⁸, la Corte Suprema ha agregado que el tribunal «debe, primero, delimitar todo el contexto interpretativo rodeando la disposición atacada»⁵⁹, considerando: «(i) las interpretaciones judiciales anteriores; (ii) el objetivo legislativo; (iii) el contenido y la índole de la disposición criticada; (iv) los valores sociales en juego; (v) las disposiciones legislativas conexas»⁶⁰. Un tribunal podría ser capaz, considerando estos factores de interpretación, de fijar un criterio suficientemente preciso para hacer inteligible a la norma. Teniendo en cuenta lo que precede, creemos que sería, en consecuencia, difícil de argumentar que la definición de «cuadro superior» es de una imprecisión inaceptable en comparación a la noción de «importante dominio de actividades». Además, aún si un tribunal concluiría diciendo que la definición es imprecisa, esta podría justificarse en virtud del primer artículo de la *Charte*⁶¹.

Los precedentes históricos del proyecto de ley C-45 muestran claramente que, a pesar de la presencia de la palabra «superior», la definición debe entenderse como comprendiendo los cuadros de nivel intermedio:

Corresponde siempre a los tribunales de decidir en que casos tal persona es un **cuadro superior**, pero creo que la proposición muestra claramente nuestra intención: la intención culpable de un cuadro intermediario debería ser considerada como intención culpable de la sociedad misma. Así, el administrador de un sector como de las ventas, la seguridad o la **comercialización** y el **administrador de una entidad de la empresa como una región, una tienda o una fábrica**, podrían ser considerados como cuadros superiores por los tribunales⁶².

Ahora bien, no existe indicio alguno de que el legislador haya querido, mediante la adopción del proyecto de ley C-45, extender la responsabilidad penal de las

57 Ídem.

58 [1995] 2 RCS 1031, 125 DLR (4th) 385.

59 *Ibidem*, pf. 47.

60 R. c. Levkovic, 2013 CSC 25, pf. 48, 359 DLR (4th) 197.

61 R. c. Oakes, 1986 1 RCS 103, 26 DLR (4th) 200.

62 Debates de la Cámara de los Comunes, p. 7326 (Harold Macklin) (*supra* nota 3). Resaltado nuestro.

organizaciones al extremo que estas puedan ser condenadas por los actos y omisiones de los cuadros de todos los niveles, incluyendo quienes ejercen funciones de gestión de poca importancia. Además, tal como lo destacan con justeza Archibald, Jull y Roach, este tipo de análisis se asemejaría mucho a un régimen de responsabilidad por el hecho de otro simplemente⁶³, lo que ha sido de manera explícita rechazado por el gobierno⁶⁴.

Parece que, si se requiere que un agente deba no solo asegurar la gestión de un importante sector de actividades, sino también gozar de funciones de gestión de cierta importancia, la definición podría ser suficientemente precisa para delimitar de manera comprensible los «cuadros inferiores» de los «cuadros superiores» de la manera que lo exige el artículo 2 del CCr. La gestión de un «importante dominio de actividades» debería implicar una cierta autonomía decisional a nivel operativo. Además, en el asunto Global, el juez Tôth ha tomado en cuenta los «importantes poderes operacionales» del director general de Global para concluir afirmando su condición de «cuadro superior», rechazando el argumento de la defensa que afirmaba que un cuadro superior debía ser «un alto dirigente disponiendo de gran autonomía de decisión»⁶⁵. De modo que, sin la necesidad que sea un alto dirigente, el administrador debería, al menos, desempeñar importantes funciones de gestión en el interior de un sector importante de actividades. Tal criterio permitiría distinguir los cuadros intermedios, según la definición, de los cuadros inferiores.

En esta orientación, los autores mencionados antes proponen un análisis interesante basado en el riesgo que el agente está autorizado a correr en la toma de decisiones en los negocios⁶⁶. Estos autores se inspiran en la regla de la apreciación comercial tal como fue expresada por la Corte Suprema en las sentencias *Sharbern Holding Inciso c. Vancouver Airport Centre Ltd.*⁶⁷ y *Kerr c. Danier Leather Inciso*⁶⁸. En este último asunto, el juez Binnie mencionaba que los directores de una sociedad por acciones deberían «ser libres de asumir riesgos razonables sin temer que los tribunales cuestionen después las decisiones que han tomado en el plan comercial»⁶⁹.

63 Archibald, Jull & Roach, 2013, p. 4.

64 Ministerio de la Justicia de Canadá, respuesta del gobierno al quinto informe del Comité Permanente de Justicia y de los Derechos de las Personas; disponible en: <<http://www.justice.gc.ca/fra>>.

65 Global, pf. 183 (supra nota 8).

66 Archibald, Jull & Roach, 2013, CRIM LQ 92, 98 (SSRN).

67 2011 CSC 23, 331 DLR (4th) 1.

68 2007 CSC 44, 286 DLR (4th) 601.

69 *Ibidem*, pf. 49.

Los autores proponen que, para ser calificado de «cuadro superior», según la segunda definición del término, «un administrador debe ejercer un cierto juzgamiento de asuntos que implique decisiones de negocios que comporten un riesgo» (traducción nuestra)⁷⁰. Se trata de una posibilidad de solución bastante interesante, pero no creemos que sea siempre necesario de proceder a un análisis de los riesgos razonables que un administrador está autorizado a asumir respecto a decisiones de negocios. Este análisis puede ser con frecuencia pertinente, pero podría no corresponder siempre a la importancia de la gestión realizada. Ciertos administradores pueden disponer de un importante poder de gestión, pero sin poseer el poder de tomar decisiones de negocios implicando riesgos razonables para la organización. Por ejemplo, ciertos agentes, cuyas tareas se refieren exclusivamente a la gestión interna, expondrán la organización a menos riesgos que un administrador interactuando con los proveedores y terceros. Ambos podrían corresponder a la definición.

c) Administrador, primer dirigente y director financiero de una persona moral

El Código Criminal prevé por último que el administrador, el primer dirigente y el director financiero de una persona moral sean considerados cuadros superiores. No habiendo el legislador definido estos tres términos, los tribunales podrían retomar las definiciones enunciadas en las leyes y la jurisprudencia en materia del derecho comercial. Por ejemplo, si la persona moral es una sociedad anónima (por acciones), constituida sobre la base de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁷¹, el tribunal podría considerar que quien obra como «presidente» de la sociedad en el sentido de esta ley es también su «primer dirigente» en el sentido del derecho penal. Señalemos, sin embargo, que el título atribuido al agente al interior de la organización puede ser equivoco. Así, el tribunal conocedor de una instrucción fundada en el artículo 22, incisos 1 o 2, del CCr debería analizar las tareas concretas efectuadas por el agente.

Se puede cuestionar si las informaciones contenidas en los registros gubernamentales (por ejemplo, el registro de empresas de Quebec, *Corporations Canada*) y en los documentos internos de la sociedad (por ejemplo, resoluciones, reglamentos, convenciones de accionistas) pueden ser utilizadas por una corte judicial penal para determinar si una persona ha actuado como administrador, primer dirigente o director financiero en el momento de la comisión de una infracción. Bien que tales informaciones puedan servir de indicios para valorar si una persona era un cuadro superior en el momento del delito, esto no es

70 Archibald, Jull & Roach, 2013, p. 100.

71 LRC, 1985, c. C-44.

siempre determinante. En efecto, es posible que la administración de la sociedad hubiera sido asegurada por uno o varios administradores de facto al momento de cometerse la infracción y que el administrador culpable inscrito en el registro o en documentos internos de la sociedad no haya sido realmente un cuadro superior de la organización. Además, aunque una sociedad tenga la obligación legal de poner al día la información concerniéndola en los registros gubernamentales, puede existir un plazo entre la dimisión y el reenvío de un administrador o de un dirigente y la puesta al día de esta información en el registro.

Señalemos finalmente que esta tercera definición solo se aplica a las personas morales. De modo que el director financiero o el presidente de una asociación sin personalidad jurídica diferenciada (por ejemplo, una sociedad de nombre colectivo de Quebec) no están comprendidos en esta definición. No obstante, dicha persona puede participar de manera importante en la elaboración de las orientaciones o asegurar la gestión de un importante sector de actividades y así corresponder a la definición de «cuadro superior».

En resumen, el tribunal no puede simplemente suponer que quien es designado como administrador, director financiero o primer dirigente en un registro gubernamental o en los documentos internos de una persona moral ejercería realmente la administración, la dirección de finanzas o la dirección de esta con los fines del artículo 22, incisos 1 y 2, del CCr. Son las tareas, funciones y responsabilidades que incumben a la persona y efectuadas realmente por ella las que determinarían su estatus.

4. Jurisprudencia reciente sobre la definición de «cuadro superior»

a) Asunto Pétroles Global Inciso (2013)

En este caso, la Corte Superior de Quebec, presidida por el juez Tôth, debía determinar si la responsabilidad penal de la sociedad Pétroles Global Inc. podía ser considerada en el marco de un cartel sobre la fijación de precios de la gasolina establecido en las ciudades de Sherbrooke, Magog y Victoriaville. Dos administradores de territorio, antiguos empleados de Global, asimismo el que ocupaba el puesto de director general en Quebec y las provincias marítimas, se habían declarado culpables de las acusaciones de complot o entendimiento entre concurrentes (competidores) en violación del artículo 45(1)(c) de la ley sobre la competencia. La instrucción debía demostrar que los administradores de territorio o el director general correspondían a la definición de «cuadro superior» para establecer la responsabilidad penal de Global de acuerdo al artículo 22, inciso 2, del CCr.

Bajo la supervisión del director general, los gestores de territorio debían, entre otras tareas, vigilar la explotación diaria de los sitios corporativas (estación-servicio operadas por un agente local) de sus territorios respectivos, determinar los precios de la gasolina, asegurar las reparaciones de mantenimiento y entrevistar, contratar, formar y despedir a los agentes locales. Además, tenían la tarea de ejecutar las «*economics*» concebidas por la alta dirección de Global, que consistían en hojas de cálculo dirigidas a alcanzar el máximo de beneficios de las estaciones-servicio. En cuanto al director general, supervisaba los gestores de territorio, se aseguraba que las políticas de Global eran aplicadas, coordinaba las vacaciones, desempeñaba el papel de traductor entre la alta dirección y los gestores de territorio, controlaba que las «*economics*» fueran bien cumplidas y transmitían las proposiciones de inversiones de los gestores al vicepresidente para su aprobación.

En su defensa, Global afirmaba que el término «superior» había sido empleado por el legislador para asegurar la conservación de la relación racional elaborada por la jurisprudencia antes de los cambios de 2004. Así, desde el punto de vista de Global, para ser calificado de cuadro superior, un agente debería poseer tanto una gran autonomía decisional en el marco de su gestión de un importante dominio de actividades y poseer una intención como la de la organización. Debido a que los gestores de territorio no estaban de acuerdo con las «*economics*» y que se limitaban solo a aplicar las políticas de Global, esta última sostenía que no podían ser considerados como cuadros superiores. Desde el punto de vista de la defensa, los gestores de territorio no se encargaban de la administración de precios, ya que se limitaban a seguir «mecánicamente» los precios fijados por los mayores competidores del mercado de la venta de gasolina. Según Global, lo mismo sucedía respecto al director general, quien solo traducía la información y transmitía las demandas de los gestores de territorio a la alta dirección para la toma de decisiones. No podía autorizar inversiones mayores sobre las estaciones-servicio y solo podía aprobar las reparaciones, cambios de pompas y otros gastos menores necesarios para el funcionamiento de los sitios corporativos.

Del lado de la Corona, se alegaba que solo la definición del término era importante y que, cuando una expresión es definida de manera clara por el legislador, no está permitido tratar de redefinirla según su sentido usual o el sentido que le han dado en otros dominios del derecho, como en el derecho laboral. Así, según el instructor, estaba permitido al legislador tomar el término de su selección y redefinirlo a su arbitrio. De modo que el término «cuadro superior» carecía de toda ambigüedad que pudiese servir al acusado, habiendo sido expresamente definido. La defensa no podía tampoco agregar al texto de la ley que un gestor debía tener una gran autonomía decisional y formar parte de la alta dirección por ser calificado de «cuadro superior». El Ministerio Público argumentaba que la intención clara

del legislador de ampliar la responsabilidad penal de las organizaciones exigía la calificación de los gestores de territorio y del director general de Global como cuadros superiores en el sentido del segundo artículo del Código Criminal.

Al final, la Corte admitió que se había probado que el director general de Global era un «cuadro superior» en el sentido del Código Criminal, en razón de que gestionaba un importante sector de las actividades de la empresa⁷². Para llegar a esta conclusión, la Corte, entre otros argumentos, sostuvo que el director aseguraba la supervisión de más de 200 estaciones-servicio en Quebec (siendo alrededor de los dos tercios de las sucursales operadas por Global en todo Canadá), que él era entonces el tercer más alto asalariado de Global, que debía asegurar la aplicación de los «*economics*» establecidos por la alta dirección y que aprobaba los gastos por un monto mayor a 1000 dólares antes de recomendarlos a la alta dirección⁷³. El juez Toth precisó también que la necesidad de aprobación de ciertos gastos por el vicepresidente no disminuía la responsabilidad del director general⁷⁴. Admitiendo que el director general correspondía a la definición de «cuadro superior», la Corte no se pronunció sobre la cuestión de saber si los gestores de territorio eran igualmente comprendidos en la definición⁷⁵.

En sus comentarios, el juez Toth concluyó que el legislador había querido extender el dominio de la responsabilidad penal de las organizaciones, descartando la necesidad de que el cuadro ejerza un poder decisonal en la elaboración de las políticas⁷⁶. Según la Corte, las modificaciones no tenían solo el objetivo de ampliar la definición de «alma dirigente» a los agentes que no son miembros del consejo de administración⁷⁷. El juez Toth estatuyó que, si el Código Criminal ha conservado la doctrina de la identificación como fundamento de la determinación de la responsabilidad penal de las organizaciones, él ha ido aún más lejos al fijar «un nuevo régimen de responsabilidad pernal corporativa»⁷⁸. La tesis de la defensa planteando que el término «superior» implica que el cuadro debe gozar de una gran autonomía decisonal y sea un alto dirigente en el seno de la organización fue rechazada. La Corte estimó que se trataría de una rehabilitación de la noción de «alma dirigente de la cual el legislador ha querido distanciarse»⁷⁹. El juez Toth, además, rechazó aplicar la definición de «cuadro superior propia

72 Global, pf. 202 (supra nota 8).

73 *Ibidem*, pfs. 202 y 208.

74 *Ibidem*, pf. 210.

75 *Ibidem*, pf. 211.

76 *Ibidem*, pf. 44.

77 *Ibidem*, pf. 42.

78 *Ibidem*, pf. 185.

79 *Ibidem*, pf. 183.

del derecho laboral y llamado la atención contra el empleo de la jurisprudencia desarrollada en virtud de la *Loi sur les normes du travail*, la misma que tiene un fin distinto al del Código Criminal⁸⁰.

En espera de la decisión de la Corte de Apelaciones, es posible deducir las siguientes conclusiones de la sentencia de la Corte Superior:

- La definición del término «cuadro superior» es autosuficiente. No puede ser interpretado recurriendo a leyes que tienen finalidades diferentes a las del Código Criminal o, por su sentido común, el legislador habiendo escogido definirlo expresamente.
- La palabra «superior» no agrega a la definición. Una gran autonomía de decisión y un puesto de alta dirección no son indispensables.
- El proyecto de ley C-45 no tenía por único objetivo el ampliar la teoría de la identificación tal como fue descrito por la Corte Suprema en la sentencia Rhone. Las modificaciones aportadas al Código Criminal constituyen un nuevo régimen de responsabilidad penal. El legislador ha incluido disposiciones emparentadas a las de la responsabilidad por el hecho de tercero.

La extensión de la expresión «importante dominio de actividades» queda, sin embargo, incierta, sobre todo porque la Corte no se ha pronunciado sobre la cuestión de saber si los gestores de territorio, que aseguraban una gestión menos considerable que aquella ejercida por el director general, estaban o no comprendidos en la definición de «cuadro superior». En todo caso, saber si un agente asegura la gestión de un sector importante de actividades es una cuestión de hecho que debe ser apreciada a la luz de las circunstancias específicas de cada caso particular, incluyendo la estructura de organización y las actividades propias de cada organización⁸¹.

b) Asunto Metron Construction Corporation (2013)

El 4 de septiembre de 2013, la Corte de Apelaciones de Ontario⁸² anuló una decisión de la Corte de Justicia de Ontario⁸³ en la que se había condenado a la sociedad Metron Construction Corporation («Metron») al pago de una multa de 200 000 dólares. En primera instancia, Metron había reconocido su culpabilidad

80 *Ibidem*, pf. 186.

81 *Ibidem*, pf. 46.

82 2013 ONCA 541, 300 CCC (3d) 212 (Metron).

83 R. c. Metron Construction Corporation, 2012 ONCJ 506, 1 CCEL (4th) 266.

por negligencia criminal de un superior de obra contratado a nombre de la misma empresa por un gestor de proyecto, quien había sido empleado por la demandada.

El supervisor de obra, Fayzullo Fazilov, era responsable de vigilar el montaje y la instalación de un andamio suspendido en vista de efectuar reparaciones de edificios en altura, además de supervigilar los trabajos. En razón de lagunas importantes en materia de seguridad, la plataforma se había derrumbado, produciendo la muerte de cuatro de seis empleados, entre ellos el supervisor de la obra. La prueba había revelado la presencia de marihuana en la sangre de tres de los trabajadores muertos (incluyendo al supervisor) y los cuatro fallecidos no portaban cordones de seguridad.

Se trataba de una situación de hecho relevante de la negligencia criminal. El artículo 22, inciso 1, del CCr, insertado en el Código Criminal conjuntamente con el inciso 2 del artículo 22, preveía la posibilidad de retener la responsabilidad penal de una organización por la comisión de un delito *mens rea* por parte de un agente o un cuadro superior. Este artículo reenvía a la misma definición de «cuadro superior» empleada en el Código Criminal para las infracciones con voluntad criminal (*mens rea*) del artículo 22, inciso 2. El inciso 1 del artículo 22 dice:

22.1 Tratándose de una infracción cuya represión exige la prueba del elemento moral de negligencia, toda organización es considerada como habiendo participado cuando:

- a) Por un lado, uno de sus agentes ha, en el marco de sus atribuciones, cometido una conducta —por acción u omisión— que, tomada individual o colectivamente con otras de sus agentes obrando igualmente en el marco de sus atribuciones, equivale a participación a su perpetración;
- b) Por otro, el cuadro superior del cual depende el dominio de actividades de la organización que ha dado lugar a la infracción, o los cuadros superiores, colectivamente, han incumplido claramente la norma de diligencia que hubiera debido ser, razonablemente, adoptada, en las circunstancias para impedir la participación a la infracción.

Puesto que Metron había reconocido su culpabilidad respecto a las acusaciones formuladas en su contra en virtud del artículo 22, inciso 1, del CCr, porque su supervisor no había tomado «medidas exigidas para evitar que se produzcan lesiones corporales de terceros»⁸⁴, la Corte de Justicia de Ontario no tenía que pronunciarse sobre la cuestión de saber si se aplicaba la noción de «cuadro superior».

84 Artículo 217.1 del CCr (supra nota 2).

La única cuestión en debate era la determinación de la pena que debía ser impuesta a Metron.

Ahora bien, en obiter, la Corte de Apelaciones ha estatuido que el supervisor de obra era tanto un agente como un cuadro superior de Metron, diciendo claramente que «Fazilov incorporó sus actuaciones dentro de las definiciones de representante y oficial de alta graduación»⁸⁵. Aun cuando esta afirmación no sea parte de la *ratio decidendi* de la sentencia, plantea implicaciones importantes. Puesto que provienen de una corte de apelaciones, los propósitos manifestados comportan un cierto efecto persuasivo y constituyen un indicio de prueba de la amplitud de la definición de «cuadro superior».

Fazilov era probablemente el empleado-cuadro más bajo en la jerarquía de Metron, un gestor que tenía una autoridad muy limitada en el interior de la organización, sin ningún papel o función en la elaboración de las orientaciones y habiendo sido empleado por un subcontratista para una obra temporal. Aun cuando haya guardado silencio respecto a los motivos, la Corte de Apelaciones sin duda ha estimado que, por sus atribuciones, Fazilov correspondía a la segunda definición de «cuadro superior», sea a la de un agente asegurando la gestión de un importante dominio de actividades de la organización al momento del incidente. Cuando se analizan las funciones a cargo de Fazilov, se comprende cómo la Corte ha llegado a esta conclusión: administraba un importante sector de actividades gozando de importantes poderes operacionales en materia de medidas de seguridad laboral. Comprometer la responsabilidad penal de las organizaciones por negligencia de tales gestores, encargados de asegurar la seguridad laboral, es precisamente la razón por la que el legislador inicialmente ha querido adoptar una reforma de la responsabilidad penal de las organizaciones, en reacción a los fracasos de la persecución penal en el caso de la tragedia de Westray.

La decisión de la Corte de Apelaciones de Ontario parece aún ir más lejos que la del asunto Global, destacando, dicho sea de paso, que ciertos gestores de nivel inferior, situados en lo más bajo de la escala jerárquica de una organización, pueden ser calificados de «cuadros superiores» conforme al artículo 2 del CCr.

5. *Infracciones con voluntad criminal (mens rea) (artículo 22, inciso 2, del CCr)*

a) Infracciones consideradas

El artículo 22, inciso 2, del CCr prevé las condiciones que deben ser cumplidas para establecer la responsabilidad participativa de una organización en una infracción

⁸⁵ Metron, pf. 28 (supra nota 81).

con voluntad criminal (*mens rea*) cometida por un cuadro superior, sea una infracción respecto a la cual debe probarse un elemento moral fuera de toda duda razonable por el represor. La mayor parte de las infracciones previstas en el Código Criminal, excluyendo los delitos por negligencia, pertenecen a esta categoría. También lo son los actos criminales previstos en la ley de la concurrencia, tal como el complot entre concurrentes⁸⁶. Solo las infracciones con voluntad criminal (*mens rea*) cometidas después de la puesta en vigencia de las modificaciones legislativas —es decir, el 31 de marzo de 2004— pueden ser tratadas según el artículo 22, inciso 2, del CCr. Como este no es aplicable retroactivamente, la doctrina clásica de la identificación entra siempre en consideración por los actos criminales cometidos antes de la puesta en vigencia⁸⁷.

Como la teoría de la identificación⁸⁸, el inciso 2 del artículo 22 no se aplica a las infracciones de responsabilidad estricta y responsabilidad absoluta. Por su índole misma, la doctrina de la identificación se interesa únicamente por los crímenes necesitando una prueba de *mens rea*, pues su finalidad es relacionar el estado de espíritu del alma dirigente al de la persona moral. La responsabilidad estricta, así como la responsabilidad absoluta, es una responsabilidad directa creada en virtud de los textos legales y no exige la superposición de una responsabilidad por la conducta de un tercero⁸⁹.

Además, la Corte de Justicia de Ontario ha juzgado que las nuevas disposiciones del Código Criminal en materia de responsabilidad criminal de las organizaciones no es aplicable a las infracciones con voluntad criminal (*mens rea*) estatuidas sobre la base de leyes y reglamentos provinciales, cuando la provincia ha adoptado una ley reemplazando el procedimiento sumario previsto en el Código Criminal para tales infracciones⁹⁰. Por ejemplo, el *Code Procedure Penal*⁹¹ de Quebec y la *Loi sur les infractions provinciales*⁹² de Ontario constituyen

86 Artículo 45 de la *Loi sur la concurrence* (supra nota 5).

87 R. c. TFE Industries Inc., 2009 NBCA 39, pf. 3, 2009 Carswell Nfld. 275; R. c. Atlantic Technologist Ltd., 2009 2 CTC 42, pf. 15, 2008 Carswell Nfld. 267, 2008 GSTC 175; R. c. ACS Public Sector Solutions Inc., 2007 ABPC 315, pf. 148, 2007 Carswell Alta 1588; R. c. Tri-Tex Sales & Services Ltd., 70 WCB (2d) 51, pf. 43, 2006 Carswell Nfld. 226, 2006 GTC 1252 (Eng.), [2006] GSTC 102.

88 La Corte de Apelaciones de la Colombia británica ha claramente estatuido que la doctrina de la identificación no se aplica a las infracciones de responsabilidad estricta: R. c. Motor Vessel Glenshiel, 2001 BCCA 417, pf. 28, 90 BCLR (3d) 289.

89 Canadian Dredge, pf. 12 (supra nota 10).

90 *City of Toronto c. Zanzibar Tavern Inc.*; 2007 ONCJ 401, pf. 190, 37 MPL (4th) 216, citando el caso R. c. Pellegrini, 2006 ONCJ 297, 70 WCB (2d) 551.

91 LRQ c. C-25.1.

92 LRO, 1990, c. P33.

leyes que reemplazan el procedimiento sumario previsto en el Código Criminal en materia de infracciones provinciales.

Así, cuando una disposición legal de una provincia en la cual tal ley de procedimiento penal ha sido adoptada contiene la expresión «a sabiendas», «intencionalmente» o «voluntariamente», lo que demuestra la presencia de una infracción respecto a la cual la prueba de un elemento moral de manera indubitable es requerida⁹³, el artículo 22, inciso 2, del CCr no es automáticamente aplicable. Los principios prevalentes en la jurisprudencia anterior a los cambios de 2004 respecto a la teoría de la identificación son, por tanto, siempre vigentes en cuanto a las infracciones provinciales con voluntad criminal (*mens rea*) adoptadas por, entre otras, la legislatura de las provincias de Alberta, Nouveau-Brunswick, Ontario, Quebec y Terre-Neuve y del Labrador.

b) Intención de que la organización obtenga beneficio de la infracción

Se considera que la organización ha participado en la infracción cuando su cuadro superior tiene «la intención, aún parcialmente, de hacerle obtener un beneficio»⁹⁴. Esto excluye un buen número de actos criminales pudiendo ser cometidos por un cuadro superior, el que por su índole misma aprovecha raramente a la organización, como las infracciones contra la persona o un crimen perpetrado contra la organización. Las infracciones más apropiadas para comprometer la responsabilidad de la organización son aquellas de naturaleza económica cometidas con el fin de obtener una ventaja pecuniaria.

Evidentemente, cuando la única víctima del crimen es la organización misma, se ve difícilmente porque la organización debe ser considerada responsable. En la sentencia *Canadian Dredge*, la Corte Suprema estatuyó que, si la infracción tenía como finalidad dañar a la organización (por ejemplo, un fraude cometido en su contra), esta no debía ser declarada culpable, pues «una persona, por más deshonesto que sea, no puede defraudarse ella misma»⁹⁵.

El criterio establecido en el artículo 22.2 difiere aparentemente de manera ligera del que había establecido la Corte Suprema antes de los cambios de 2004, buscando que la organización debía obtener «provecho o esperar beneficiarse de actividades fraudulentas y criminales de su alma dirigente»⁹⁶ para que su responsabilidad penal sea admitida. Antes de 2004, la responsabilidad de una persona moral podía ser establecida cuando el acto criminal cometido por el alma

93 R. c. *Sault Ste. Marie*, 1978 2 RCS 1299, 85 DLR (3d) 161.

94 Artículo 22.2 del CCr (*supra* nota 2).

95 *Canadian Dredge*, pf. 57 (*supra* nota 10).

96 *Ibídem*, pf. 73.

dirigente: «a) ocurría en el dominio de atribuciones de sus funciones; b) no era plenamente fraudulento respecto a la empresa; y c) tenía en parte el objetivo o por consecuencia procurar una ventaja a la compañía»⁹⁷ (subrayado nuestro). Una responsabilidad penal podía entonces ser imputada a la persona moral sea por la intención de su alma dirigente, sea por las consecuencias del delito. Así, cuando un beneficio había sido obtenido mediante la comisión de la infracción, la persona moral podía ser declarada responsable, aún en ausencia de intención de parte de su alma dirigente.

En lugar de interesarse al resultado de la infracción, el Código Criminal se interesa ahora solo por el estado de espíritu del cuadro superior, que debe mostrar el deseo de obrar de tal manera que la organización pueda sacar una ventaja de la ejecución del crimen. Este criterio puede brindar a las organizaciones un medio de defensa que no existía antes de la puesta en vigencia del proyecto de ley C-45. En efecto, si la organización se beneficia incidentalmente de los efectos de la infracción, sin que su cuadro haya tenido intención alguna de beneficiarla, la responsabilidad penal de la organización no puede ser admitida.

Entonces, relacionar la responsabilidad de la organización a la intención de su cuadro superior puede conducir a resultados absurdos. Parece que, si este último comete una infracción penal con la intención que la organización obtenga provecho, pero que esta infracción finalmente la perjudica, podría ser considerada responsable. Un cuadro superior que cometería un crimen muy reprehensible que, en todos los casos, perjudicaría la reputación de la organización, podría hacerla responsable debido a que tenía la intención, aún en parte, de beneficiarla. Por ejemplo, un gestor descuidado que decidiera incendiar el establecimiento de un competidor con la finalidad de que su empleador se beneficie, aun cuando no es evidentemente política de la empresa ni es el interés de esta cometer crímenes para combatir los competidores, podría probablemente dar lugar a que se condene a la organización, en la medida que puede ser calificado de «cuadro superior».

En este caso, el gestor habría actuado con la intención de que la organización se beneficie económicamente de la destrucción del competidor, pero las consecuencias negativas de su gesto (por ejemplo, baja de la reputación, persecución penal) podrían implicar que se neutralice la ventaja inicialmente obtenida. Los autores Archibald, Jull y Roach señalan justamente que el artículo 22, inciso 2, crea un régimen a la frontera con la responsabilidad por el hecho de tercero, por el hecho que el delito de la organización consiste en la negligencia en la selección de su personal-cuadro, mientras que el de su cuadro superior, por el que deviene culpable según

97 *Ibidem*, pf. 66.

el Código Criminal, constituye uno con voluntad criminal (*mens rea*)⁹⁸. Parece que en su redacción el inciso 2 del artículo 22 elimina en parte el vínculo racional que los tribunales habían estatuido mediante la teoría de la identificación.

El efecto coercitivo del artículo reside en el hecho que la organización debe dar muestras de diligencia y prudencia grandes en la vigilancia y la selección de su personal y en el establecimiento de políticas y programas de conformidad para evitar que sus cuadros superiores participen en una infracción, actuando de manera que un agente cometa un delito u omite de tomar las medidas para impedir que lo haga. En ocasión de la segunda lectura del proyecto ley, el secretario parlamentario del ministro de la justicia mencionó que «una organización no debería poder sustraerse a la responsabilidad penal cerrando los ojos para no ver que sus representantes cometen infracciones criminales»⁹⁹.

Así, el objetivo del proyecto de ley C-45 es, en parte, responsabilizar de la alta dirección. Una organización no puede, a partir de ahora, ignorar o descuidar el comportamiento delictuoso de sus gestores por el motivo de que estos últimos son los únicos responsables de sus actos y omisiones en razón de la ausencia de superposición de intención con la de la organización o de un defecto de autoridad en cuanto a la adopción de políticas. Sin embargo, la vigilancia y la selección diligente de cuadros superiores y la implantación de políticas estrictas en materia de prevención¹⁰⁰, aunque puedan ser como factores atenuantes para reducir el monto de la multa¹⁰¹, no constituyen medios de defensa que pueda invocar la organización para sustraerse de su responsabilidad penal, tratándose de argumentos propios a un medio de defensa basado en la diligencia razonable¹⁰². Además, antes de los cambios de 2004, la Corte Suprema estableció que una prohibición expresa del consejo de administración no podía constituir una defensa válida¹⁰³.

98 Archibald, Jull & Roach, 2004, p. 381 (supra nota 38).

99 Debates de la Cámara de los Comunes, p. 7326 (Harold Macklin) (supra nota 3).

100 Por ejemplo, una organización prudente podría escoger adoptar un programa de conformidad según el modelo propuesto por el *Bureau de la Concurrence*.

101 Artículo 718, inciso 21(j) del CCr (supra nota 2).

102 Un medio de defensa basado sobre la diligencia razonable es posible mediante el literal c del artículo 22, inciso 2, del CCr, que prevé que el cuadro superior debe tomar las «medidas necesarias [queridas]» en el caso que un agente participe de una infracción o esté a punto de cometerla. Sin embargo, la adopción de políticas en materia de conformidad no será considerada como una «medida necesaria [querida]» cuando el agente esté cometiendo la infracción o esté por cometerla. En esta situación, el cuadro superior debe inmediatamente tomar las medidas directas para impedir que se cometa o se continúe cometiendo la infracción.

103 Canadian Dredge, supra nota 10.

6. Participación, influencia u omisión del cuadro superior

El artículo 22, inciso 2, del CCr prevé que la infracción *mens rea* subjetiva debe haber sido cometida mediante la participación, la influencia de agentes o la omisión de uno de sus cuadros superiores:

Artículo 22.2. Tratándose de una infracción, cuya sanción depende de probar un elemento moral distinto a la negligencia, toda organización es considerada como partícipe cuando, incluso voluntad parcial, actúa en beneficio de uno de sus cuadros superiores, de modo que:

- a) participe en la infracción en el marco de sus atribuciones;
- b) encontrándose dentro de los alcances de la definición del delito, procede en el marco de sus atribuciones, a permitir que un agente de la organización cometa el hecho —acción u omisión— que constituye el elemento material de la infracción;
- c) sabiendo que un agente de este tipo participa en la infracción, o está a punto de participar, omite de tomar las medidas necesarias para impedirlo.

De esta manera, el cuadro superior puede, en la medida en que tiene la intención de que la organización se beneficie, dar lugar a que esta sea condenada aunque no es directamente el autor de la infracción.

El párrafo a es claro y conforme a la jurisprudencia anterior. El cuadro superior que participa en una infracción en el marco de sus atribuciones compromete la responsabilidad penal de la organización. El párrafo b precisa que el cuadro superior no puede delegar la perpetración del delito a agentes de la organización para impedir la responsabilidad penal de esta última, cuando posee la *mens rea* (voluntad criminal) de cometer el crimen influenciando a los agentes de modo que estos últimos cometan la acción o la omisión constitutiva del elemento material de la infracción. Se percibe que, empleando la expresión «en el marco de sus atribuciones» en los párrafos a y b del artículo 22, inciso 2, el legislador ha preferido seguir el análisis de la Corte Suprema en la sentencia *Canadian Dredge*, según el cual ella había rechazado la concepción restrictiva de que el acto delictuoso debía ser cometido en el «marco del empleo» de la persona al interior de la persona moral, estatuyendo que esta «expresión, que deriva del derecho de la responsabilidad delictual y del mandato y del derecho regulando las relaciones entre empleador y empleado, no conviene a la teoría de la identificación»¹⁰⁴. De manera que los propósitos expresados por la Corte Suprema de que una compañía no pueda evitar su responsabilidad alegando que su empleado no ha obrado de acuerdo con sus órdenes son siempre aplicables:

104 *Ibíd.*, pf. 21.

No se puede tratar de escapar a la aplicación de esta doctrina alegando que un acto criminal cometido por un empleado de la compañía no puede relevar del marco de su autoridad, al menos que no se le haya expresamente ordenado de cometerlo. Admitir tal condición sería reducir a casi nada el efecto de la regla. Los actos de presencia de una compañía en su sector de competencia administrativa pueden ocasionar la responsabilidad penal de esta última, sin importar que haya o no una delegación expresa; que el consejo de administración o los miembros de la dirección de la compañía haya estado o no al corriente de las actividades en cuestión; y, punto que será analizado después, que haya o no existido una prohibición expresa¹⁰⁵.

La necesidad de que el cuadro superior haya cometido el acto en el marco de sus atribuciones no se encuentra comprendido en el párrafo c, en el que se prevé que la responsabilidad de la organización está comprometida cuando un cuadro superior omite tomar las «medidas necesarias» para impedir una infracción que sabe es cometida actualmente o está a punto de ser ejecutada por un agente. Notemos que la ceguera voluntaria del cuadro superior podría bastar para concluir admitiendo su culpa u omitiendo si no toma las medidas necesaria para prevenir la comisión de la infracción; es decir, en el caso en que este «ignore un hecho deliberadamente porque cierra los ojos ante la realidad»¹⁰⁶.

En su análisis del proyecto de ley C-45, los autores Archibald, Jull y Roach señalan que el tercer párrafo del artículo 22, inciso 2, del CCr crea un régimen de intención subjetiva (conocimiento del cuadro superior de la ejecución de la infracción) combinado con un deber de diligencia razonable de los cuadros superiores semejante al de la responsabilidad estricta (obligación de tomar las medidas necesarias para evitar la infracción)¹⁰⁷. Según estos autores, para determinar la amplitud de las «medidas necesarias» en función de las circunstancias, el tribunal podrá tener en cuenta los factores tradicionalmente considerados por la jurisprudencia en materia de infracciones de responsabilidad estricta:

*Here the blurring of lines between regulatory offences and criminal offences of subjective fault becomes obvious. Courts will look into industry standards, risk management techniques and other factors that have traditionally been relevant to the determination of the due diligence defence*¹⁰⁸.

105 Ídem. Resaltado nuestro.

106 Sansregret c. La Reine, 1985 1 RCS 570, 17 DLR (4th) 577.

107 Archibald, Jull & Roach, 2004, p. 383 (supra nota 38).

108 Ibídem, p. 384.

No obstante, precisamos que la situación prevista en el artículo 22, inciso 2, literal c, sea cuando un cuadro superior sabe que un «agente participa a la infracción, o está a punto de participar», excluye un medio de defensa basado en la simple existencia de políticas de conformidad eficaces establecidas por la organización. En efecto, estas constituyen un medio de prevenir las infracciones, mientras que el párrafo c se refiere más bien a los actos concretos practicados por el cuadro superior al descubrir una infracción o cuando la ejecución de esta es inminente. Solo si el cuadro superior aplica una política de conformidad eficaz en tiempo oportuno y de manera diligente, un tribunal debería considerar que ha tomado las «medidas necesarias» para tratar de impedir o hacer cesar la infracción.

7. Determinación de la pena

Además de establecer un nuevo régimen de responsabilidad de las organizaciones, el proyecto de ley C-45 comprendía la inserción del artículo 718, inciso 21, del CCr, previendo la adición de diez factores agravantes y atenuantes para la determinación de la pena a imponerse a las organizaciones. La única pena imponible a las organizaciones es la multa¹⁰⁹, acompañada o no de un mandato de *probation*¹¹⁰. El tribunal que impone una multa según los criterios fijados en el artículo 718, inciso 21, del CCr tiene amplia libertad. Se trata de condenar la organización al pago de una suma que, sin afectar demasiado su viabilidad económica, es justa y suficiente para prevenir la reincidencia y servir de ejemplo para otras organizaciones y así constituir un motivo de disuasión y un incentivo de la prevención.

Destaquemos que el artículo 718, inciso 21, del CCr solo agrega a los criterios generales que ya estaban previstos en el Código Criminal. El juez debe entonces tomar igualmente en cuenta los criterios del artículo 718 (así como su inciso 2) y en la jurisprudencia, cuando estos no son apropiados para aplicarse solo a las personas físicas. En todo caso, la multa impuesta está sometida a la objetividad fundamental de proporcionalidad de la pena, a la gravedad del delito y al grado de responsabilidad indicado en el artículo 718, inciso 1, del CCr, «independientemente del peso que el juez desee acordar a uno de los objetivos»¹¹¹. Así, si el monto de la multa establecido de acuerdo con los factores previstos en el Código Criminal no es proporcionado, deberá ser reducido o aumentado adecuadamente.

109 Artículo 735(1) del CCr (supra nota 2).

110 Artículo 732.1(3.1) del CCr.

111 R. c. Nasogaluak, 2010 CSC 6, pf. 40, 2010 1 RCS 206.

8. Factores de determinación

a) Ventajas obtenidas

Primero, el artículo 718, inciso 21, literal a, prevé que el tribunal debe tomar en consideración las «ventajas obtenidas» por la organización en razón de la infracción cometida por el cuadro superior. Bien comprendido, este criterio tendrá su más grande impacto en materia de crímenes de orden económico (por ejemplo, complot entre competidores, manipulación de ofertas, fraude, robo). Se puede preguntar si empleando los términos «ventajas obtenidas por la organización», el legislador solo consideró las ventajas pecuniarias y calculables derivadas inicialmente de la comisión de una infracción, antes de ser descubierta por las autoridades. En efecto, una organización podría alegar que, si bien el crimen perpetrado por su cuadro superior le ha beneficiado económicamente, también ha perjudicado su imagen y engendrado otros gastos (por ejemplo, procesos civiles), lo que habría podido reducir de forma considerable o aún anulado el beneficio pecuniario inicialmente realizado a causa del crimen. La reputación de la organización se puede ver aún más afectada cuando el tribunal acompaña su multa con un mandato de *probation* previendo la condición que la organización informe al público del delito, conforme al artículo 732, inciso 1(3.1), del CCr.

El nuevo régimen de responsabilidad introducido mediante los cambios de 2004 puede conducir a resultados que pueden parecer bastante injustos cuando un gestor de nivel inferior, considerado como «cuadro superior», tiene la intención de beneficiar la organización cometiendo una infracción comportando altos riesgos de ser descubierta, pero que ni le perjudica al fin de cuentas. De manera que podría suceder que un cuadro superior descuidado comete un crimen queriendo, en parte o totalmente, que la asociación obtenga un beneficio, pero no presta atención a las consecuencias objetivas y probables. En tal caso, los impactos del delito, aun cuando una ventaja pueda inicialmente haber sido obtenida antes de ser descubierta por las autoridades y el público, podrían ocasionar que ningún beneficio haya finalmente obtenido la organización (afectación de la reputación, baja del precio de acciones, pérdida de clientes, honorarios de abogados, etc.). Podría parecer injusto en esta situación el tomar solo en cuenta la ventaja económica inicial causada por el crimen para aumentar el monto de la multa. El juez que otorgaría un peso muy elevado al primer criterio se arriesgaría de imponer una multa que no respete el principio fundamental de la proporcionalidad de penas respecto al grado de responsabilidad del delincuente¹¹².

112 Artículo 718.1 del CCr (supra nota 2).

Así, para dar un carácter justo y racional al primer factor del artículo 718, inciso 21, del CCr los tribunales podrían estar tentados de analizar el conjunto de las consecuencias para la organización, negativas y positivas, que han sido engendradas por la comisión de la infracción por el cuadro superior, para determinar si una real ganancia ha sido realizada. Entonces, en todos los casos, el descubrimiento que una infracción criminal ha sido cometida por un cuadro superior será nefasta para la organización desde el punto de vista de la opinión pública. La organización no podría siempre oponer una afectación de su imagen para negar el criterio de las «ventajas obtenidas» en virtud del parágrafo a del artículo 718, inciso 21, del CCr. En consecuencia, cuando la organización alega que ella no ha obtenido, en realidad, ningún beneficio o pocas ventajas de la infracción, los tribunales podrían exigir que se pruebe que los efectos negativos relacionados al descubrimiento del crimen son tales que no ha sacado ningún beneficio o que el beneficio inicialmente obtenido ha sido reducido de manera sustancial.

Ahora bien, en materia del derecho de la competencia, «el monto de la multa debe tener en cuenta la poca probabilidad que el delincuente sea descubierto, perseguido y condenado»¹¹³. En la sentencia *McNamara*¹¹⁴, la Corte Suprema ha estatuido que poco importa que el cartel no haya funcionado tal como era esperado. Si bien el artículo 718, inciso 21, del CCr ha empleado la expresión «ventajas obtenidas», la Corte Federal ha recientemente estimado que, en materia de acuerdos de fijación de precios, la finalidad de disuasión exige que el tribunal tome en cuenta la «ganancia esperada» por los autores del cartel y no la ganancia real obtenida, así como «el nivel del múltiplo requerido para considerar esta ganancia como negativa, en términos aproximativos y en promedio»¹¹⁵. Así, parece que en materia de infracciones criminales previstas en la ley sobre la competencia, el primer factor del artículo 718, inciso 21, del CCr no pueden ser reducidos los perjuicios padecidos por la organización a consecuencia del descubrimiento del crimen. En la sentencia *R. c. Constructions GTRL (1990) Inc.*¹¹⁶, la Corte Superior de Quebec se ha negado, además, a considerar la publicidad negativa para la organización como factor atenuante, estimando que esto constituía «el precio a pagar por los crímenes cometidos clandestinamente y contra el interés público»¹¹⁷.

No obstante, aún si un tribunal juzgaba que no se puede tener en cuenta los perjuicios vinculados con el descubrimiento del crimen por el primer criterio

113 *Canada c. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.*, 2012 CF 1117, pf. 61, 418 FTR 256 (Maxzone).

114 *McNamara Construction y otro c. La Reine*, 1977 2 RCS 654, 75 DLR (3d) 273.

115 Maxzone, pf. 67 (supra nota 112).

116 2012 QCCS 4755, 2012 JQ 9667 (Constructions GTRL).

117 *Ibidem*, pf. 63.

del artículo 718, inciso 21, del CCr, podría al menos tomar en consideración el impacto económico producido por la baja de reputación sobre base del cuarto factor del artículo cuando un monto demasiado elevado tendría como efecto poner en peligro la viabilidad económica de la organización y la conservación de los puestos de trabajo de sus empleados¹¹⁸.

b) Complejidad, preparativos, duración

El legislador ha previsto que el juez debe considerar el nivel de complejidad de la infracción y de sus preparativos, además del tiempo durante el cual ha sido cometida¹¹⁹. Se trata esencialmente de una codificación de la jurisprudencia que había reconocido, al menos para las personas físicas, que el grado de premeditación en la elaboración y planificación del proyecto delictuoso debía influir sobre la pena¹²⁰. Una organización debería ser castigada con una pena menos importante si es cuestión de un suceso aislado que cuando el delito comportaría mayor planificación, como en el caso de un cartel complejamente orquestado por diversos competidores y durante varios años. Retomando las palabras del Ministerio Público, «los preparativos minuciosos demuestran una voluntad deliberada de violar la ley y deberían originar una pena más severa que en si cuadros superiores aprovechan de una ocasión inopinada para obtener rápidamente un beneficio ilegal»¹²¹.

c) Disimulación y conversión de activos

El hecho que la organización haya buscado disimular o convertir sus activos para evitar el pago de una restitución o una multa constituye un factor agravante¹²². Con anterioridad, esto ha sido tomado en cuenta en la determinación de la pena a imponerse a un individuo¹²³. La Corte de Justicia de Ontario ha considerado, igualmente, el hecho de ocultar activos como justificante de la imposición de un mandato de reparación¹²⁴. En materia civil, la Corte Superior de Quebec ya ha

118 Artículo 718.21(d) del CCr (supra nota 2).

119 Artículo 718.21(b) del CCr.

120 *Autorité des marchés financiers* c. Lacroix, 2008 QCCQ 234, 57 CR (6th) 333; Lévesque c. Quebec (*Procureur Général*), 2007 QCCA 494, 2007 JQ 2793 (QCCA); R. c. Dubreuil (1992) 49 QAC 61, 16 WCB (2d) 486 (CA); R. c. Black, 1993 BCJ 964, 24 BCAC 232 (CA); Durand c. R., J.E. 92-740, 1992 CanLII 3072 (CA); R. c. Harpman, 1990, 63 Man R (2d) 78, 9 WCB (2d) 392 (CA); R. c. Tucker, 2 avril 1991, Doc CA 011752 (Ont. CA).

121 Ministerio de la Justicia de Canadá, una guía simple para apreciar las modificaciones aportadas por el proyecto de ley C-45 sobre las modificaciones del Código Penal sobre responsabilidad penal de sociedades (Ottawa); disponible en: <<http://justice.gc.ca>>.

122 Artículo 718.21(c) del CCr (supra nota 2).

123 R. c. Lear, 2001 Carswell Man 647 (WL Can), pf. 7 (MBQB).

124 R. c. Carter, 1990 Carswell Ont 1032 (WL Can), pf. 14 (Ont Gen Div).

considerado la simulación de activos como circunstancia agravante en el ámbito de atribución de daños punitivos¹²⁵.

d) Salud financiera y conservación de puestos de trabajo

El cuarto factor a ser tomado en cuenta es la salud financiera de la organización y el mantenimiento de puestos de trabajo de los empleados¹²⁶. La viabilidad de la sociedad condenada al pago de una multa es un factor que había sido ya estimado como pertinente en la jurisprudencia anterior a las modificaciones de 2004¹²⁷. Esto se justifica en relación al hecho que, en una sociedad libre y democrática, la disuasión del crimen no debería ser obtenida mediante el castigo de inocentes. Cuando un tribunal condena a una organización al pago de una multa, corre el riesgo de sancionar indirectamente a los empleados, accionistas, acreedores y clientes que son inocentes del crimen cometido. La quiebra de una empresa puede también comportar consecuencias económicas nefastas para la comunidad local que el tribunal puede considerar¹²⁸. En materia de competencia, en el que los crímenes son susceptibles de afectar negativamente la economía, sería ilógico perjudicarla doblemente con una multa elevada propia a provocar la quiebra de una organización que contribuye con la economía canadiense. Para determinar la importancia de reconocer este criterio, el tamaño de la organización deberá ser considerada por el tribunal para evaluar el impacto económico de la multa¹²⁹. En *R. c. Transpavé*¹³⁰, la Corte de Quebec ha tenido en cuenta la supervivencia de la organización para fijar la multa que debía imponerse por una infracción culposa en virtud del artículo 22, inciso 1, del CCr:

15. La multa que debe imponerse el Tribunal no debe poner en juego la viabilidad de la empresa y hacer perder su empleo a cientos de empleados que son bien remunerados.

[...]

25. Esta multa, aunque importante, permite asegurar la supervivencia de la empresa y la conservación de cientos de empleos.

125 *Canadian Sporting Goods Assn. of Canada Inc. c. Karabetian*, 2004 CanLII 48008 (QCCS).

126 Artículo 718, inciso 21, literal d, del CCr (supra nota 2).

127 *R. c. Ueno Fine Chemicals Industry Ltd.*, 2001 Carswell Que 2916 (CS), pf. 17 (*Ueno Fine Chemicals*); *R. c. Ciment Quebec Inc.*, 1996 JQ 2580, JE-96-1798, pp. 12-13; *R. c. Les Constructions Bé-Con Inc.*, 1999 JQ 176, 200-73-003401-992 (CS), p. 11 (*Constructions Bé-Con*).

128 *Metron*, pf. 103 (supra nota 81).

129 *Constructions GTRL*, pf. 53 (supra nota 115).

130 2008 QCCQ 1598, 2008 RJDT 742.

Así, en la perspectiva en la que «todo el mundo» es castigado cuando se impone una multa, el juez debe sopesar el perjuicio potencial que puede causar la imposición de una multa elevada al punto que afecte considerablemente la viabilidad económica de la organización y el mantenimiento de los empleados en sus puestos. Sin embargo, en materia de crímenes económicos, para ser disuasiva una multa no debe constituir solo «un pequeño golpe en los dedos o en un derecho de licencia»¹³¹. El tribunal debe cuidar de establecer una multa que haga «mal financieramente» a la organización¹³², sin poner en peligro su viabilidad financiera o la conservación de puestos de trabajo. Así lo ha estatuido la Corte de Apelaciones de Alberta: «*The penalti must be more than a slap on the wrist but less than a fatal blow*»¹³³.

No obstante, si se pone en evidencia que la organización subsistiría enteramente por los provechos obtenidos de actos criminales, una multa elevada al punto de causar su cierre podría ser justificada. Igualmente, en ciertos casos graves, la Corte de Apelaciones de Ontario ha decidido que la perspectiva de una quiebra no debe ser, automáticamente, excluida por el juez encargado del proceso¹³⁴. En la sentencia *Metron*¹³⁵, la Corte de Apelaciones ha aumentado de US\$ 200 000 a US\$ 750 000 una multa impuesta por la Corte de Justicia de Ontario por la negligencia criminal de un cuadro superior de *Metron* que causó la muerte de cuatro empleados. La juez *Pepall* decidió que el tribunal de primera instancias había cometido un error de derecho al considerarse limitada por la necesidad de no causar la quiebra de la organización¹³⁶. En resumen, aunque la perspectiva de la quiebra o de la insolvencia de una organización sea factor a considerar, esto no es concluyente¹³⁷.

Destaquemos que, aún si la organización es claramente incapaz de pagar la multa, esta debe ser impuesta. En el asunto *R. c. Datacom Marketing Inc.*¹³⁸, la Corte Superior de Ontario ha impuesto una multa de US\$ 15 millones de a la empresa *Datacom* por una infracción de *telemarketing* engañoso en virtud del artículo 52, inciso 1(3)(a), de la ley sobre la competencia, esto a pesar que la organización no poseía los fondos necesarios para soportar una multa de más de US\$ 250 000. En la parte dispositiva de su sentencia, la Corte Superior ha juzgado que imponer una multa a una persona moral que no puede claramente pagarla

131 *R. c. RL Thorpe Sales*, 1983 49 AR 354, AJ 999 (CA) (RL Thorpe Sales).

132 *Ídem*; *R. c. Darby*, 2012 QCCS 26, 2012 JQ 45; *Constructions GTRL*, supra nota 117.

133 *R. c. Terroco Industries Limited*, 2005 ABCA 141, pf. 60, 196 CCC (3d) 293.

134 *Metron*, supra nota 81.

135 *Ídem*.

136 *Ibidem*, pf. 108.

137 *Ídem*.

138 *Cour Supérieure de l'Ontario*, 12 décembre 2009 (*juge Nordheimer*) (*Datacom*).

se justifica por dos finalidades: constituir una advertencia a las otras organizaciones de las consecuencias de cometer un delito y sensibilizar los individuos sobre el hecho que la disimulación de activos de la organización no impide necesariamente la aplicación de la ley¹³⁹.

e) Gastos de la investigación y de la persecución

El quinto criterio del artículo 718, inciso 21, del CCr prevé que la multa puede ser modulada por los gastos soportados por el gobierno en las investigaciones y procedimientos de persecución llevados contra la organización¹⁴⁰. En un asunto resuelto en 2001, la Corte Superior de Quebec había tomado en cuenta el hecho «que la decisión de dos acusados de declararse culpables había ahorrado gastos considerables a nivel de la continuación de la investigación del Oficio de la competencia y de la realización del proceso que habría tenido lugar en seguida»¹⁴¹. Este factor puede pues ser atenuado si la organización decide cooperar con la autoridad en la investigación y admite culpabilidad respecto a la imputaciones formuladas.

Además, la Corte Federal recientemente ha establecido que debería reconocerse una gran importancia a este criterio cuando la organización coopera plenamente con las autoridades¹⁴². Sin embargo, si la organización ha participado en el «Programa de clemencia del oficio de la competencia»¹⁴³, cooperando en la persecución, este factor no puede ser considerado, pues ha sido ya integrado desde el «punto de partida» de la determinación de la pena convenida entre las partes, en la medida en que el programa está «enteramente fundado sobre la cooperación»¹⁴⁴. De modo que, «en ausencia de un nivel extraordinariamente elevado de cooperación»¹⁴⁵, este factor no puede ser tomado en cuenta doblemente si la empresa ha participado en el programa de clemencia.

Destaquemos que este factor también puede ser agravante. En la medida en que este último permite al tribunal considerar, con miras a aumentar el monto de la pena, los gastos judiciales realizados por el gobierno debido a la contestación por parte de la organización de las imputaciones contra ella. Puede parecer extraño, en derecho penal, reprochar a una persona, presumida inocente, de haberse

139 *Ibidem*, pf. 29.

140 Artículo 718.21(e) del CCr (*supra* nota 2).

141 Ueno Fine Chemicals, *supra* nota 126.

142 Maxzone, pf. 98 (*supra* nota 112).

143 *Gouvernement du Canada, Bureau de la concurrence, Le Programme Déclémence, Ottawa*; disponible en: <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca>>.

144 Maxzone, pf. 98 (*supra* nota 112).

145 *Ídem*.

plenamente defendido. También puede argumentarse que es justificado que una empresa reconocida culpable sea responsable de los gastos judiciales incurridos en razón de su comportamiento delictuoso. Respecto a los gastos de investigación, los tribunales ya han admitido que deben ser asumidos por la empresa. En 2006, la Corte Federal dictó un mandato de prohibición contra Sotheby's (Canadá) Inc., en el que disponía, según el artículo 34 de la ley sobre la competencia, el pago de un monto total de cerca de US \$ 800 000 para cubrir los gastos relacionados con la investigación¹⁴⁶.

f) Imposición de penalidades reglamentarias

Cuando la organización o sus agentes han sido condenados a penas reglamentarias a causa de la conducta al origen de la infracción, la organización puede beneficiarse de una pena reducida¹⁴⁷. Mientras que en la versión en francés, el artículo 718, inciso 21, literal f, del CCr solo contiene el término «penalidades», la versión en inglés emplea la expresión «*regulatory penalties*». Además, la guía sobre el proyecto de ley C-45 del Ministerio de Justicia enuncia claramente que solo las penalidades reglamentarias son comprendidas en el párrafo f:

Toda penalidad reglamentaria, distinta de aquellas que prevé el *Code criminel*, impuesta a la organización por la comisión de una infracción, los tribunales tienen cuenta de las demás sanciones infligidas a una persona, la pérdida de su empleo por ejemplo. En consecuencia, ellos deben también determinar si el interés público justifique se agregue una multa severa a las multas y otras penas a las que la empresa ya ha sido condenada por un organismo como una comisión de valores mobiliarios¹⁴⁸.

En consecuencia, una organización no podría invocar el hecho que uno de sus cuadros superiores ha sufrido una pena de prisión por la comisión de una infracción prevista en el Código Criminal para obtener una reducción de la multa por la misma infracción, ya que no se trata de una penalidad reglamentaria. Además, en el asunto Datacom, la Corte Superior de Ontario estatuyó que el hecho que el presidente de una organización haya sido condenado a una pena de prisión no excluye la imposición de una multa elevada a la organización, pena que tiene también los fines de denuncia y disuasión¹⁴⁹.

146 Do, Martin & Magro, 2007, p. 1.

147 Artículo 718.21(f) del CCr (supra nota 2).

148 *Gouvernement du Canada, Ministère de la Justice, un guide en langage simple modifications apportées par le projet de Loi C-45 aux dispositions du code criminel sur la responsabilité pénale des organisations* (supra nota 120).

149 Datacom, pf. 30 (supra nota 137).

Este factor consagra el principio de totalidad para las organizaciones¹⁵⁰. Entonces, este comporta una particularidad en relación con el principio general, ya que tiene también en cuenta las penalidades impuestas a terceros, sea los agentes de la organización, como circunstancias atenuantes a la pena impuesta. De donde se deduce que la penalidad impuesta al agente debe haber estado en relación directa con sus actos que han dado lugar a la infracción.

En caso de complots internacionales en el marco de carteles en materia de derecho de la competencia, se puede cuestionar si las multas impuestas en otras jurisdicciones deberían ser consideradas, igual que como con las penalidades impuestas a los cuadros superiores. En el asunto *Canadá c. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.*¹⁵¹, la Corte Federal no ha reconocido el hecho que la multa de 43 millones de dólares americanos había sido impuesta a la sociedad madre de Maxzone Canada como factor atenuante. Frecuentemente, una organización será castigada con una multa sustancial en los EE.UU. por la misma conducta reprochada en Canadá, pero la multa será calculada considerando solo el volumen del comercio en los EE.UU. Por el contrario, para los individuos, la pena impuesta en los EE.UU., que es con frecuencia una pena de prisión, debería ser tomada en cuenta.

g) Declaraciones de culpabilidad o penalidades por comportamientos parecidos

El párrafo g prevé un factor agravante o atenuante basado sobre la presencia o la ausencia de declaraciones de culpabilidad o penalidades que han sido impuestas a la organización o al agente ejecutor de la infracción por comportamientos similares. Sin embargo, no se precisa si los comportamientos similares pueden haber sido cometidos por el agente antes de ser contratado por la organización. Un tribunal podría potencialmente considerar como factor agravante que la organización haya contratado un agente, sabiendo pertinentemente que este tiene un pasado delictuoso por infracciones relacionadas con el puesto ambicionado. Por ejemplo, a una organización que contratara un cuadro superior que ya ha sido condenado por complot entre competidores en el seno de otra organización, se le podría imputar como agravante esta contratación en caso de una segunda condena del individuo, comprometiendo a la empresa según el artículo 22.2 del CCr. Sin embargo, este artículo no puede tener como efecto el de imponer a las organizaciones la obligación de verificar los antecedentes judiciales de todos sus empleados o candidatos si no están relacionados con el empleo o cargo. Un empleador prudente y diligente debería, no obstante, siempre indagar sobre

150 Archibald, Jull & Roach, 2004, p. 390 (supra nota 38).

151 Maxzone, supra nota 112.

los antecedentes penales del candidato relacionados con el puesto a que se postula, en especial cuando se trata de la gestión o la dirección de la organización.

h) Imposición de penalidades a los agentes

Si, a causa de la infracción, la organización ha impuesto penalidades a sus agentes delincuentes, el monto de la multa puede ser disminuido¹⁵². Esta circunstancia atenuante se orienta a incitar a la organización a tomar medidas para evitar que se reproduzcan las infracciones mediante medidas disciplinarias (suspensión, despedida, retrogradación). La toma de medidas correctivas después de la realización de la infracción ya había sido reconocida como un factor atenuante en la jurisprudencia anterior a 2004¹⁵³.

i) Restitución o indemnización voluntaria

El Código Criminal prevé igualmente que el tribunal debe considerar el hecho que la organización haya sido condenada al pago de una restitución a la víctima o la haya voluntariamente indemnizado, llegado el caso¹⁵⁴. Este criterio implica un doble objetivo. Primero, completar el párrafo d asegurando que la organización no sea condenada con un monto elevado capaz de afectar su viabilidad económica. Segundo, impulsa a la organización a indemnizar a la víctima de manera voluntaria, evitando que esta demande a la organización en la vía civil, lo cual (tiempo y dinero) puede ser extremadamente oneroso y doloroso para la víctima.

j) Medidas para evitar la comisión de otras infracciones

La organización que, después de cometida la infracción, adopte medidas para prevenir que vuelvan a cometerse puede beneficiar de una disminución de la pena¹⁵⁵. Como respecto al párrafo h, este factor empuja la organización a tomar medidas de prevención. En materia de competencia, los tribunales han reconocido que un programa de conformidad creíble y eficaz es una circunstancia atenuante en caso de contravención¹⁵⁶ y puede influenciar al comisario de la competencia en su recomendación, al procurador de la Corona, de la pena apropiada¹⁵⁷.

Para incitar las organizaciones a adoptar medidas para prevenir la violación de las disposiciones en materia de concurrencia, el oficio de la competencia

152 Artículo 718.21(h) del CCr (supra nota 2).

153 *Constructions Bé-Con*, supra nota 126.

154 Artículo 718.21(i) del CCr (supra nota 2).

155 Artículo 718.21(j) del CCr (supra nota 2).

156 *Gouvernement du Canada, Bureau de la concurrence, Les programmes de conformité d'entreprise, Ottawa* (2010); disponible en: <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca>>.

157 *Ibidem*, p. 15.

ha desarrollado una guía destinada a las empresas para el establecimiento de programas de conformidad¹⁵⁸. Además de reducir considerablemente los riesgos económicos inherentes al descubrimiento de infracciones por las autoridades (por ejemplo, pérdida de reputación, costas judiciales, multas, prohibición de participar en licitaciones públicas¹⁵⁹), la organización que ha establecido un programa de conformidad creíble y eficaz, promovido y aplicado de manera activa, podrá beneficiarse con una reducción del monto de la multa.

Para asegurar el éxito del programa de conformidad concebido por la empresa, el oficio de la competencia sugiere cinco «factores esenciales» que deben ser considerados en su concepción:

- Primero, incumbe a la alta dirección de apoyar verdaderamente el programa, dando el ejemplo al resto de la organización. Esta debe adoptar las políticas y los procedimientos encarecidamente, además de solo conformarse. El consejo de administración debería, de la misma forma, estar implicado, en particular desempeñando un papel en el nombramiento de un agente de conformidad competente encargado de aplicar el programa y de vigilar la dirección en el caso en que esta estaría implicada en la persecución de actividades ilegales¹⁶⁰.
- Segundo, las políticas en materia de conformidad deben ser fácilmente comprendidas por los empleados para que sean aplicadas de manera eficaz. A este efecto, la organización debería resumir sus grandes lineamientos de la política en una publicación al día en función de los cambios importantes de la empresa, de la ley o de las políticas del oficio de la competencia¹⁶¹. La política debería señalar ejemplos concretos de situaciones corrientes en las cuales un empleado es susceptible de encontrarse y no solo contener principios de orden ético¹⁶². La organización puede igualmente exigir que el empleado firme una atestación de que ha leído bien y comprendido el programa de conformidad de la empresa¹⁶³.
- Tercero, la organización debe asegurarse de dar una formación adecuada a sus empleados para que puedan reconocer con facilidad

158 *Ibidem*, p. 10.

159 *Loi sur les contrats des organismes publics*, LRQ c. C-65.1, artículo 21, inciso 2.

160 *Gouvernement du Canada, Bureau de la concurrence, Les programmes de conformité d'entreprise*, p. 6 (supra nota 155).

161 *Ibidem*, p. 8.

162 *Ídem*.

163 *Ibidem*, p. 9.

los comportamientos ilegales y sensibilizarlos en sus consecuencias¹⁶⁴. Una formación más rigurosa debería ser proporcionada a los empleados que están más expuestos a afrontar cuestiones en materia de derecho de la competencia. El oficio recomienda que la formación sea llevada a cabo por especialistas (por ejemplo, abogados o agentes de conformidad) y que sea periódicamente evaluada¹⁶⁵. Es de importancia para la organización consignar la fecha de la formación y los nombres de los participantes con miras a proporcionar una prueba de su realización en caso de persecución.

- Cuarto, es esencial que la empresa establezca mecanismos de control, verificación y señalamiento para «prevenir y detectar las inconductas, sensibilizar los empleados, dar a conocer a los empleados y gestores que pueden ser objeto de una verificación y de determinar la eficacia del programa en su conjunto»¹⁶⁶.
- Quinto, la empresa debe asegurarse de establecer las medidas disciplinarias sistemáticas para despedir o suspender a los empleados que no se conformen con las políticas de la empresa en materia de conformidad¹⁶⁷. La empresa debería evidentemente documentar las medidas disciplinarias tomadas en caso de violación de su programa de conformidad para poder probar la aplicación adecuada al determinar la pena¹⁶⁸ (se trata de un factor atenuante en virtud del artículo 718, inciso 21, literal h, del CCr).

Bien que el criterio de medidas tomadas para evitar la comisión de otras infracciones no sea el único factor a considerar al momento de la determinación de la sentencia, la constitución y la aplicación activa de un programa que respete los cinco criterios desarrollados por el oficio de la competencia debería finalmente disminuir la pena, ya sea por la recomendación de la Corona o por el tribunal.

9. Asunto Maxzone Auto Parts (2012)

Recientemente, en el asunto Maxyone¹⁶⁹, la Corte Federal ha procedido a un análisis exhaustivo de los principios relativos a la determinación del monto de las multas imponibles a las organizaciones en materia de carteles. En este asunto, la sociedad Maxzone Auto Parts (Canada) Corp. (Maxone) había cooperado

164 Ídem.

165 *Ibidem*, p. 10.

166 *Ibidem*, p. 11.

167 *Ibidem*, p. 13.

168 *Ibidem*, p. 11.

169 Maxzone, *supra* nota 112.

en la investigación para eventualmente alegarse culpable de las acusaciones de aplicación de directivas extranjeras en materia de fijación de precios en violación del artículo 46 de la ley sobre la competencia. Basándose sobre el programa de clemencia concebido por el oficio de la competencia, Maxzone y el instructor habían conjuntamente propuesto una multa de US\$ 1,5 millones de dólares, «determinada aritméticamente considerando el volumen total de ventas de Maxzone Canada o del volumen de comercio al Canadá durante el lapso considerado»¹⁷⁰.

Considerando el hecho que la práctica anterior ha dado lugar a esperanzas comprensibles respecto al hecho que la Corte aceptaría la pena recomendada¹⁷¹, el juez en jefe Crampton había aceptado, en contra de su convicción, la multa propuesta por las partes. Sin embargo, para modificar las expectativas futuras, la Corte ha establecido que una multa basada únicamente sobre un porcentaje de multiplicación del volumen del comercio obtenido por la comisión de una infracción no respetaba el espíritu del Código Criminal en materia de determinación de las penas:

Entonces, una multa conjuntamente propuesta, cuyo cálculo repose exclusivamente sobre la multiplicación del volumen del comercio de la empresa acusada por un porcentaje particular no es conforme ni a la letra o al espíritu del Boletín de clemencia, ni a las disposiciones antes mencionadas del *Code criminel*, ni a la jurisprudencia. Lo mismo acontece en cuanto a una multa conjuntamente propuesta que se calcule primero de esta manera, antes de ajustarla multiplicando el monto así obtenido por un segundo porcentaje para reflejar el hecho que el delincuente ha buscado obtener la clemencia en un orden particular en relación a los demás participantes al acuerdo prohibido¹⁷².

Aunque haya reconocido la existencia de «motivos válidos y lógicos» de emplear un porcentaje de 20% del volumen del comercio realizado en el Canadá como punto de partida en la determinación de la multa, el juez Crampton manifestó que sería contrario al interés público y a la administración de la justicia permitir una pena recomendada conjuntamente y basada solo sobre una prueba aritmética. Estableció que «la cooperación no puede tener preponderancia sobre la manera adoptada para determinar la pena al punto de no dejar prácticamente ningún papel útil a los factores agravantes pertinentes, a otros factores atenuantes y a los principios de determinación de la pena»¹⁷³. Además, la Corte Superior de Quebec

170 *Ibidem*, pf. 31.

171 *Ibidem*, pf. 113.

172 *Ibidem*, pf. 41.

173 *Ibidem*, pf. 43.

ha aceptado, en el asunto Global, escuchar el testimonio de un experto respecto a la determinación de las sentencias en materia de carteles¹⁷⁴. La Corte se pronunciará sobre la verdadera existencia de la «regla de los 20%» en Canadá y determinar si debe aplicarse en la determinación de la pena a imponer.

Además, considerando el objetivo de la denunciación del derecho penal, no basta que la multa tenga por consecuencia anular el provecho obtenido por la organización para restablecer el *statu quo*. Así, según lo dicho por la Corte, una multa infligida por un acuerdo de cartel debería, al menos, cumplir dos objetivos: «(i) impedir a la empresa acusada de sacar provecho de sus actos ilegales y (ii) comportar un monto suplementario substancial para difundir el mensaje que la Corte reconoce la naturaleza muy grave de este tipo de comportamiento ilegal, su incidencia muy negativa sobre la economía y la repulsión que inspira este crimen a la sociedad»¹⁷⁵.

Además de los factores previstos en el Código Criminal, la Corte ha admitido criterios agravantes suplementarios para la determinación de la pena para una organización en materia de infracciones a la ley sobre la competencia. Por ejemplo, ha aceptado como factor agravante el hecho que una organización haya sido instigadora presionando «sobre otros para que participen en la infracción» y que la infracción haya sido cometida contra una víctima vulnerable¹⁷⁶. Asimismo, el juez Crampton ha establecido que la amplitud del perjuicio económico causado por la infracción debía ser tomado en cuenta¹⁷⁷. Por otra parte, la Corte ha considerado como factores atenuantes el hecho que la organización no haga más negocios en el Canadá y que haya decidido someterse a la competencia de los tribunales canadienses¹⁷⁸.

No obstante, se ha negado a considerar como factor atenuante que la organización condenada voluntariamente se haya sometido a la jurisdicción de los EE.UU. y alegado culpable y haya sido condenada a pagar una multa de US\$ 43 millones¹⁷⁹. La Corte Federal ha concluido que, considerados los objetivos de denunciación y de disuasión del crimen en Canadá, una organización, teniendo una filial en este país, «no debe beneficiarse de penas impuestas a su sociedad madre o vinculada o a las personas asociadas a estas sociedades vinculadas, respecto

174 R. c. Les Pétroles Global Inc. (5 décembre 2013), St-François 450-73-000533-085 (002) (CS) (j. François Tôth).

175 Maxzone, pf. 57 (supra nota 112).

176 *Ibidem*, pf. 96.

177 *Ibidem*, pf. 102.

178 *Ibidem*, pf. 105.

179 *Ibidem*, pf. 108.

a infracciones cometidas en otros países, sea en el marco de la misma conspiración internacional global o de otra manera»¹⁸⁰.

Finalmente, vista el aumento de la pena máxima establecida por el legislador en 2009 para las infracciones criminales previstas en la ley sobre la concurrencia, la Corte Federal ha dicho que «los acuerdos de carteles injustificables como los acuerdos sobre fijación de precios deben ser tratados, al menos, tan severamente, sino más, que el fraude y el robo»¹⁸¹.

10. Condiciones de probation

Además de proporcionar los criterios sobre determinación de las multas que serán impuestas, el legislador ha previsto condiciones específicas respecto a los mandatos de *probation* imponibles a las organizaciones, pues las condiciones generales de *probation* han sido concebidas para las personas físicas y se aplican difícilmente a las organizaciones. Acompañada de una multa, un mandato de *probation* puede servir de factor suplementario para la disuasión general y específica del crimen. Un paralelismo puede ser establecido con los mandatos de prohibición previstos en el artículo 34 de la ley sobre la competencia. Los tribunales han reconocido repetidamente su necesidad, sobre todo en cuanto a su contribución a la finalidad de denuncia y de disuasión¹⁸².

Antes de condenar a la organización a toda condición de *probation*, el juez debe determinar si un organismo administrativo de competencia especializada sería apropiado para asegurar la vigilancia de la organización¹⁸³. Por ejemplo, en materia de crímenes de orden económico, el oficio de la competencia y la autoridad de mercados financieros podrían revelar los organismos gubernamentales mucho más que el tribunal, capaces de verificar el respeto de los mandatos de *probation* concerniendo los cambios de las prácticas de la organización. En su mandato, el tribunal puede prever las medidas siguientes:

- a) Reparación a toda persona de la pérdida o de los perjuicios que ha sufrido por la comisión de la infracción.
- b) Elaborar normas, reglas o líneas directrices para reducir la probabilidad de que cometa otras infracciones.

180 *Ibidem*, p. 109.

181 *Ibidem*, pf. 56.

182 R. c. Dubreuil, 2009 QCCS 5816, 2009 JQ 15752.

183 Artículo 732, inciso 1(3.2), del CCr (supra nota 2).

- c) Comunicar el tenor de estas normas, reglas y líneas directrices a sus agentes.
- d) Rendir cuentas de la aplicación de estas normas, reglas y líneas directrices.
- e) Designar uno de sus cuadros superiores que vigilará el cumplimiento de estas normas, reglas y líneas directrices.
- f) Informar al público, según las modalidades que él determine, de la índole de la infracción de la que ha sido declarada culpable, de la pena impuesta y de las medidas —por ejemplo la elaboración de normas, reglas o líneas directrices— tomadas para reducir la probabilidad de que cometa otras infracciones.
- g) Observar otras condiciones razonables que estime indicadas para impedir a la organización de cometer otras infracciones o para reparar el daño causado mediante la infracción¹⁸⁴.

Señalemos que la condición prevista en el párrafo f permite esencialmente al tribunal condenar a la organización a perjudicar su propia reputación revelando públicamente que ha sido condenada. Este párrafo otorga un gran poder discrecional al juez respecto a las modalidades por las que este puede obligar a la organización a informar a la población. Por ejemplo, un tribunal podría ordenar a una empresa a difundir un mensaje publicitario a la televisión o inscribir una nota en cuanto a su condenación en la página principal de su portal de internet o en los medios sociales. El tribunal debería tener en cuenta el impacto de tal medida sobre la viabilidad económica de la organización, sobre todo cuando el mandato de *probation* es acompañado de una multa de un monto elevado, para no sancionar a los empleados de manera excesiva.

En el Reino Unido, el Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act¹⁸⁵ prevé que, continuando la condenación de una organización por un homicidio según la teoría de las «directrices para la gestión de insuficiencias» («*management failure model*»)¹⁸⁶, el juez tiene el poder de dictar un mandato obligando la publicación de la comisión del crimen de manera semejante a la que está prevista en el Código Criminal. Sin embargo, la ley inglesa es más precisa, previendo, entre otros, que el juez debe tener en cuenta la orientación de la persecución y de la organización antes de emitir su mandato, además de especificar un límite de tiempo¹⁸⁷. A pesar de esta falta de precisión del Código Criminal, un tribunal

184 Artículo 732, inciso 1(3.1) del CCr (supra nota 2).

185 2007 c. 19 (Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act).

186 R. c. Cotswold Geotechnical (Holdings) Ltd., 2011 All ER (D) 100.

187 Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act, artículo 10 (supra nota 182).

canadiense debería hacer lo mismo para estar seguro de dictar un mandato justo de acuerdo con las circunstancias.

III. CONCLUSIÓN

La entrada en vigencia de los cambios realizados por el proyecto de ley C-45 ha modificado de manera considerable el derecho criminal en materia de responsabilidad de las organizaciones. Estas se encuentran desde entonces confrontadas a más riesgos de ser perseguidas y condenadas penalmente por las acciones y omisiones de sus representantes, en particular por la comisión de infracciones criminales de orden económico previstas en la ley sobre la competencia y en el Código Criminal. Además, una declaración de culpabilidad comporta riesgos de imposición de una multa muy elevada. La Corte de Apelaciones de Ontario ha juzgado que la posibilidad de una quiebra no debe ser automáticamente excluida por el tribunal al determinar la pena a imponerse a una organización.

Las modificaciones de 2004 han revelado la intención clara del legislador de extender la responsabilidad penal de las organizaciones fuera del consejo de administración y de la alta dirección, esto aún en ausencia de una superposición de intención o del poder de decidir de las orientaciones de la organización. Un cuadro de nivel intermedio puede, en consecuencia, comprometer la responsabilidad penal de la organización al interior de la cual ejerce sus atribuciones. El artículo 22, inciso 2, del CCr establece, a este efecto, un régimen al límite de la responsabilidad por el hecho de tercero por infracciones con voluntad criminal (*mens rea*) cometidas por cuadros superiores de la organización. Bien que la definición de «cuadro superior» sea imprecisa, un cuestionamiento sobre la base del artículo 7 de la *Charte Canadienne* en razón de su imprecisión sería difícil de alegar con éxito.

Bajo reserva de la decisión apelada en el asunto Global, la Corte Superior de Quebec ha confirmado que la noción de «cuadro superior» es más extensa que la de «alma dirigente», que había sido desarrollada mediante la teoría de la identificación antes de la puesta en vigencia del proyecto de ley. Un cuadro que asegura la gestión de un importante dominio de actividades puede, a partir de ahora, comprometer la responsabilidad penal de la organización, aun cuando no desempeñe ningún papel o influencia en el establecimiento de sus orientaciones. La ausencia de una gran autonomía decisional de parte de un cuadro no es más fatal para el establecimiento de la responsabilidad de la organización.

Para minimizar los riesgos de perpetración de infracciones y reducir el *quantum* de la pena en caso de condena, una organización prudente debería adoptar medidas

con la finalidad de prevenir la comisión de infracciones de orden económico de sus agentes. En materia de concurrencia, los tribunales han reconocido que un programa de conformidad creíble y eficaz, como el recomendado por el oficio de la competencia, constituye un factor atenuante en caso de contravención y puede influenciar al comisario de la competencia en su recomendación, al procurador de la Corona, de la pena apropiada.