



INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU 25 ANOS DEPOIS

COORDENAÇÃO

ANABELA MIRANDA RODRIGUES
MARIA JOÃO ANTUNES



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

2022

TÍTULO

Instituto de Direito Penal Económico e Europeu 25 anos depois

COORDENAÇÃO

Anabela Miranda Rodrigues · Maria João Antunes

EDITORA

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

ISBN

978-972-9464-22-5

2022

COLÓQUIO INTERNACIONAL INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU 25 ANOS DEPOIS



4 - 5 FEVEREIRO 2022

AUDITÓRIO DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERIDADE DE COIMBRA

PROGRAMA

4 FEVEREIRO (6.ª FEIRA)

MANHÃ

9h30 • 10h30 Abertura

Jorge de Figueiredo Dias • Universidade de Coimbra
Anabela Rodrigues • Universidade de Coimbra
Jónatas Machado • Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Entrega da Bolsa de Investigação IDPEE 2022

10h30 • 11h00 Fighting corruption in Italy:
political and judicial trends in the reforms era
Gian Luigi Gatta • Università degli Studi di Milano

11h00 • 11h15 Pausa

11h15 • 11h35 Certezas y desafíos sobre la tipificación penal de la corrupción en el deporte
Javier Sánchez Bernal • Universidad de Salamanca

11h35 • 12h00 Implicações e impacto da Convenção de Saint-Denis no regime jurídico da segurança e do combate à violência no desporto
Alexandra Ferreira da Silva • Autoridade Prevenção Combate Violência no Desporto

12h00 • 12h45 Debate

TARDE

14h30 • 15h00 A Model for a Dual Level of Protection in European Arrest Wanted (EAW) Procedures.
André Klip • Maastricht University (ZOOM)

15h00 • 15h20 La responsabilidad penal de las personas jurídicas en España: cuestiones actuales y compliance penal.
Julio Ballesteros • Universidad de Salamanca

15h20 • 15h40 O paradigma de compliance e a responsabilidade penal das pessoas coletivas: quo vadis?
Tiago Magalhães • Advogado

15h40 • 15h55 Pausa

15h55 • 16h15 Sobre o princípio da legalidade penal na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
Bruno de Oliveira Moura • Universidade Lusófona

16h15 • 16h35 Infidelidade ou abuso de confiança: o caso paradigmático da apropriação ou descaminho dos bens da sociedade pela sua administração
Inês Magalhães • Advogada

16h35 • 17h30 Debate

5 FEVEREIRO (sábado)

10h00 Conferência de Encerramento / Conferência de Abertura do XXV Curso de Especialização em Direito Penal Económico Internacional e Europeu

Towards European harmonization of economic and financial criminal law: needs and challenges
John Vervaele • Utrecht University

ÍNDICE

ABERTURA DO COLÓQUIO.....	7
Anabela Miranda Rodrigues	
FIGHTING CORRUPTION IN ITALY: POLITICAL AND JUDICIAL TRENDS, IN THE REFORMS ERA.....	11
Gian Luigi Gatta	
REFLEXIONES SOBRE LA TIPIFICACIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN EN EL DEPORTE: CERTEZAS, DESAFÍOS E IDONEIDAD DEL COMPLIANCE DEPORTIVO.....	21
Javier Sánchez Bernal	
IMPLICAÇÕES E IMPACTO DA CONVENÇÃO DE SAINT-DENIS NO REGIME JURÍDICO DA SEGURANÇA E DO COMBATE À VIOLÊNCIA NO DESPORTO.....	39
Alexandra Regina Ferreira da Silva	
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA: BREVE REFERENCIA DESDE LA JURISPRUDENCIA.....	55
Julio Ballesteros Sánchez	
O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS	75
Bruno de Oliveira Moura	
O PARADIGMA DE COMPLIANCE E A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLETIVAS: <i>QUO VADIS?</i>	95
Tiago Coelho Magalhães	
INFIDELIDADE OU ABUSO DE CONFIANÇA: O CASO PARADIGMÁTICO DA APROPRIAÇÃO OU DESCAMINHO DOS BENS DA SOCIEDADE PELA SUA ADMINISTRAÇÃO.....	117
Inês Magalhães	

ABERTURA DO COLÓQUIO

O Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE) cumpre 25 anos de existência. Em conjunto com outros Institutos e Centros tem contribuído para a realização de uma das missões fulcrais da Universidade de Coimbra e da sua Faculdade de Direito – o desenvolvimento da investigação científica aliada ao ensino.

O Instituto nasceu da visão do Doutor Figueiredo Dias e da exigência que se fazia sentir de alargar e aprofundar o estudo de matérias que encontravam tempo necessariamente apertado na licenciatura, por vocação mais generalista. Proporcionava-se, assim, aos licenciados, uma oportunidade de continuar os seus conhecimentos, escolhendo as áreas que lhes suscitavam mais interesse. Mas um outro desígnio se ligava a este: o de cativar aqueles que, exercendo já as mais variadas profissões jurídicas e *por causa disso* – magistrados judiciais e do ministério público, advogados, profissionais das polícias, de empresas, de entidades bancárias ou reguladoras, câmaras municipais ou outras entidades do setor público -, sentiam despontar o interesse por «voltar a estudar». Neste retorno «aos livros» estava, as mais das vezes, a necessidade de encontrar um espaço – um lugar e um tempo – reservado à reflexão: sobre «as práticas» em confronto com «as teorias». Que, quando já imersos no seu percurso profissional, lhes permitia (finalmente!) compreender verdadeiramente o sentido da afirmação ouvida nos claustros, sobre o «falso fosso» entre a teoria e a prática a que se referia *Kant*, quando dissertou sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática. Acresce, a reclamar atenção do lado da Academia, e a que o IDPEE soube e sabe dar resposta, a especialização crescente e a necessidade de contínuo aperfeiçoamento e atualização em matérias, no âmbito do direito penal económico, europeu e internacional. Os Cursos que hoje se oferecem, breves ou de especialização, mostram que o Instituto se adapta e está atento - às transformações jurídicas e também às exigências da sociedade e do mundo. Quando a Universidade se abre e se internacionaliza, a expansão da atividade do IDPEE ao Brasil ou à África lusófona e o acolhimento que proporciona de auditores e investigadores de outras universidades europeias é o testemunho de que também fazemos esse caminho. Quando o conhecimento nos surpreende pela velocidade do seu avanço, o IDPEE inova e consolida a sua presença. Com a diversidade da formação que oferece, imprescindível para enfrentar os novos desafios, em domínios clássicos, como os da corrupção ou dos crimes tributários ou ambientais ou das infrações contraordenacionais; ou emergentes, como os do futebol profissional e do direito do desporto ou os da governança e *compliance*, que hoje convocam tanto o setor privado como o setor

público, ao nível empresarial e das organizações. E com os projetos de investigação que já concretizou e que tem em curso: lembro, logo em 2013, o Projeto «Neurociências e Direito Penal», levado a efeito em conjunto com a Universidade de Bonn – e em que colaborou o Doutor Bruno Moura, ao tempo (ainda!) doutorando da nossa Faculdade e que hoje tenho o gosto de saudar como palestrante deste Colóquio –, que se dirigiu ao estudo do tema da culpa a partir das neurociências, a fim de aferir da sua validade e dos seus pressupostos no contexto de um referente jurídico-penal, e que esteve na origem de várias conferências internacionais realizadas, quer em Coimbra, quer em Bonn; lembro ainda, logo em 2014 e 2015, o Projeto relativo ao «risco ambiental e alimentar», centrado na evolução legislativa nacional e jurisprudencial nacionais e da União Europeia – em que relevo também a participação do Dr. Tiago Magalhães, ao tempo estudante do 2º ciclo e que também hoje quero saudar como palestrante deste Colóquio; e, igualmente iniciado em 2014 e concluído, tal como o anterior, com a publicação de uma monografia, assinalo outro Projeto, desenvolvido em parceria com o *Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da Universidade de São Paulo*, que se dirigiu à análise crítica da intervenção de novos atores na justiça penal portuguesa e brasileira, associados quer à intenção de favorecer uma maior eficiência no desempenho das funções “tradicionais” quer ao objetivo da desjudicialização/diversão.

Neste caminho, para além das publicações já assinaladas, não devo calar a referência a uma obra que, ao tempo, teve algum cunho de pioneirismo – os três volumes de *Textos Doutrinários sobre Direito Penal Económico e Europeu* –, para além da publicação periódica, desde 1991 e com renovado fôlego hoje em dia, da *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*.

Como centro de investigação que é, nesta dimensão - querendo fazer avultar o que o distingue e traduz em plenitude o sentido que a sua existência assume no panorama universitário -, a Direção do Instituto decidiu atribuir a sua primeira bolsa de investigação – a *Bolsa de Investigação IDPEE 2022*. Desta forma, queremos levar à prática a «nossa ideia» do IDPEE – um centro de investigação com capacidade para se afirmar e ser reconhecido como um parceiro de mérito nos domínios das ciências jurídico-criminais. A bolsa - com a duração de 7 meses e no valor de 5.600 Euros - responsabiliza quem a vai receber hoje, aqui – o Dr. João Narciso, que quero felicitar –, e o próprio Instituto, que decididamente continua a não se alhear das questões mais candentes da ciência penal, talvez uma das mais interpelantes: como reagir ao crime no tempo atual. A «perda sem condenação» é um tema que, nas suas várias facetas, suscita uma atenção empenhada dos diversos decisores políticos a nível nacional, europeu e internacional e o IDPEE situa-se, assim, no panorama da discussão científica e pública e das iniciativas a tomar em sede própria.

Falei, até agora, da instituição. Mas, com prioridade, estão as pessoas.

Quem lhe deu corpo e alma: já o disse, o Doutor Figueiredo Dias. *E, depois*, os seus sucessivos Presidentes de Direção, o Doutor Faria Costa e a Doutora Maria João Antunes. *E depois*, todos – todos mesmo - quantos nos atarefámos a fazer viva a instituição, desmultiplicando-nos nas mais diversas tarefas, em tempos mais ou menos difíceis, e que, com empenho, continuamos a dedicar-lhe a nossa energia. *E depois*, os investigadores e os auditores – que hoje, em dia de aniversário, não quiseram faltar para festejar: o Javier Sánchez e o Julio Ballesteros, da Universidade de Salamanca; o Bruno Moura,

da Universidade Lusófona; a Alexandra Ferreira da Silva, da Autoridade de Prevenção e Combate na Violência no Desporto; a Inês Magalhães e o Tiago Magalhães, advogados.

E depois, os Auditores do XXV Curso de Especialização em Direito Penal Económico e Europeu – a nossa «joia da coroa», que nunca «vendemos» na época de dificuldades generalizadas, em período difícil de crise económico-financeira, que todos os Centros atravessaram!

Podermos comemorar convosco os 25 Anos de existência do IDPEE é um sinal de que andámos bem e um bom augúrio!

O que é difícil e por vezes pode ser embaraçoso mais tarde (tomo as palavras de *Macbeth*, no Ato I, Cena III) é «*to look into seeds of time and say which grain will grow and wich will not*». Quero dizer, tentar perceber para onde é mais provável que o IDPEE vá e para onde ele pode não estar a ir...

Com os olhos postos no futuro, julgo poder dizer com tranquilidade que quem me antecedeu lançou boas semente à terra.

Obrigada a todos!

Anabela Miranda Rodrigues
Presidente da Direção do IDPEE

FIGHTING CORRUPTION IN ITALY: POLITICAL AND JUDICIAL TRENDS, IN THE REFORMS ERA

GIAN LUIGI GATTA

University of Milan

1. My purpose is to give you a brief overview of the main Italian trends and developments in the fight against corruption. I will discuss the legal framework, the main trends in case law, and the debate within the academic doctrine. My reflections will not go into a great number of details and will attempt to highlight the main lines and trends of the political and judicial strategies in the last few years. I hope that the framework I provide will be of interest to you and give you some useful insights for comparison with the Portuguese situation.

2. First, it is important and useful to describe the Italian context, which is marked by two anniversaries this year.

Thirty years have passed since the beginning of the largest corruption investigation, called *Mani pulite* (Clean Hands) or *Tangentopoli* (Bribe town), which disrupted the political system in 1992, contributing to the end of the First Republic.

And it is also ten years since the enactment of Law 190 of 2012, which introduced significant changes to crimes related to public administration and introduced a comprehensive system of administrative law, aimed at the prevention of corruption. That Law is known in Italy by the name of the Minister of Justice who promoted it: Prof. Paola Severino. The Severino Law inaugurated a season of reforms that followed one another in the last ten years, which has significantly changed the configuration of the legal framework for preventing and combating crimes of corruption and wrongdoing in government.

After Law 190 of 2012, Law 69 of 2015, Law 3 of 2019, and finally Decree Law 76 of 2020 were enacted. It can certainly be said that the structure of the legal framework regarding crimes against the government, in Italy, has changed in many respects in the last ten years. As we will see, this can be said for both the substantive and procedural laws.

3. Let us begin our overview by discussing *Tangentopoli*. The *Mani pulite* (or *Tangentopoli*) judicial investigation was launched in 1992 in Milan. The investigation began with the arrest of a public official who demanded bribes from a minor businessman for a procurement contract concerning a hospice. The businessman, tired of paying bribes, denounced the fact and the public official was arrested after the police had marked with a pen the banknotes delivered by the businessman. The public official, once discovered, tried to throw the money into the toilet. From that minor episode of corruption, thanks to a very capable group of prosecutors, the largest corruption investigation in Italian history was initiated.

The entrepreneurs began to reveal the requests for bribes from public officials and a complex system of corruption was discovered that was widespread not only in Milan but throughout Italy. It soon became clear that almost the entire system of party financing was based on the payment of bribes, at all levels: from the municipalities to the regions to the central government. All parties, including the opposition parties, were involved in the system, and received bribes in different percentages, depending on their political power. A recent book by a well-known journalist — Goffredo Buccini — entitled *Il tempo delle mani pulite* (The time of clean hands), reconstructs concisely and accurately the investigation and the atmosphere in Italy in those years.¹

The discovery of a system of widespread corruption, linked to the main parties and political figures, led to a crisis in the political system and, together with other concomitant factors — in particular, the fall of the Berlin Wall — to the end of the traditional parties that had governed the country from the post-war period to the early 1990s.

The investigation involved thousands of suspects and, also, had dramatic moments on the occasion of some suicides in prison of businessmen and politicians.

Mani pulite shocked Italy in the same year in which the Sicilian Mafia carried out the notorious attack in which the magistrates Falcone and Borsellino were killed in Palermo. The country, in the following years, was able to recover and emerged from a very deep crisis.

The judiciary had in those years great and unique support from public opinion, which saw in the prosecutors the champions of justice. Never in Italy has the judiciary enjoyed such widespread popular support as in those years. However, the critical reviews that we can do today showed that such support hid some critical excesses at that time. Among these was the abuse of preventive detention, used as a tool to facilitate confessions. Judicial measures were served every day on different politicians and businessmen. Some trials were shown on television, exalting the prosecutors, who were seen as popular heroes. For many of the defendants of *Tangentopoli*, the real punishment was preventive detention or the investigation, the trial, and the media exposure, which alone could destroy lives and careers.

A book published in 2007 by Prof. Grazia Mannozi, together with one of the prosecutors involved in the investigation, Piercamillo Davigo,² revealed that in most cases the trials ended without a conviction, mostly due to the statute of limitations for the

¹ G. BUCCINI, *Il tempo delle mani pulite*, Laterza, 2021.

² G. MANNOZZI, P. DAVIGO, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Laterza, 2007.

crime, which in the Italian system can occur even after the trial has begun (a recent reform, however, a recent reform, however, has excluded that offences can be time-barred in appeal and supreme court judgments).³

Another abuse made during *Mani pulite* involves the “procedural” use of the crime of “*concussione*” provided for in Article 317 of the Italian Criminal Code. “*Concussione*” is a special form of extortion, committed by a public official. It is the most serious crime against the public administration (together with corruption of a judge) and differs from corruption for this reason: while both the bribe-giver and the corruptor are criminally responsible for corruption — those who ask for or receive the bribe and those who promise or give it — only the public official is criminally liable for *concussione*. The difference between the two offences may be subtle: the decisive factor is whether the bribe was paid or promised based on an agreement or the basis of a threat of unlawful harm; in other words, through an abuse of power. If the latter is the case, the private citizen, who is a victim of extortion, is not guilty of a crime. Where was the abuse during *Tangentopoli*? In the fact that the confession not only allowed those who had been arrested to get out of prison, but also to resolve the problem with the criminal justice system because the situation was often classified as extortion. Whoever made a full confession, thus, became a victim.

It is interesting to note how this improper use of the crime of *concussione* was made at a time when the Italian Criminal Code did not provide immunity from prosecution to persons who cooperate with the prosecution. Such immunity was introduced only in 2019, in the new Article 323 *ter* of the Italian Criminal Code.

The *Mani pulite* investigation also caused a deep and never fully-resolved crisis in the relationship between political power and judicial power. This can explain why politicians in Italy tend to view with suspicion the judiciary’s control over administrative activity. This also explains why, after the abandonment of public financing of parties, accomplished only in 2013, comprehensive regulation of lobbying is still lacking and, on the other hand, even the regulation of whistleblowing is viewed with a certain diffidence by some political groups.⁴ In this regard, whistleblowing laws were introduced in Italy only recently (Law No. 190/2012 and Law No. 179/2017) and must be adapted in the near future to a European directive.⁵

Finally, the complex relationship between judicial control and political and administrative activity is also evidenced by the laws on the crime of abuse of public office in Article 323 of the Italian Criminal Code (“*abuso d’ufficio*”). The Italian Parliament, in 2020, limited the application of this offence by excluding criminally relevant abuse where there is a violation of administrative regulations. The crime captures only the

³ See Article 161 *bis* of the Italian Criminal Code, introduced by Law No. 134 of 2021.

⁴ See R. ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, Giappichelli, 2018; M. C. UBIALI, *Attività politica e corruzione. Sull’opportunità di uno statuto penale differenziato*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.

⁵ Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law. See A. DELLA BELLA, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 6 December 2019.

violation of specific laws that do not attribute discretionary power to the public official. In other words, in Italy today where there is administrative discretion there can be no abuse of public office under criminal law. During the press conference in which this reform was announced, the Italian prime minister at the time, Giuseppe Conte, said that it was necessary to stop the fear of signing by public officials called to restart public works after the pandemic and, thus, restart the public economy. This political purpose of the intervention was considered legitimate by the Italian Constitutional Court (sentence No. 8 of 2022).⁶ While case law has traditionally attempted to broaden the scope of abuse of office — a crime that has a long history in Italy — the legislator has done exactly the opposite.

If this is true, it must also be said that there is no lack of court decisions that sometimes restrict the scope of crimes against the government, to respect the principle of legality and protect the sphere of lawful action of politics.

This is the case of two recent rulings of the Supreme Court of Cassation on the subject of undue influence (“traffico di influenze illecite”). This crime, added to Article 346 *bis* of the Italian Criminal Code in 2012 and reformed in 2019, punishes forms of illicit mediation between private individuals and public officials: it, therefore, punishes mediators, whether *de facto* or professional. According to these recent Supreme Court of Cassation rulings, mediation is criminal only if aimed at committing a crime, not any unlawful act.⁷

4. The 2012 reform has largely modified the structure of the laws on corruption offences, the core of which dated back to the 1930 Italian Criminal Code. The reform was adopted under the pressure of the organizations called upon to monitor the implementation of international conventions: in particular, the GRECO (Group of States against Corruption), within the Council of Europe, and the WGB (Working Group on Bribery), within the OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development).

It is interesting to note that, twenty years after *Tangentopoli*, a comprehensive reform was approved when corruption no longer appeared to be an internal problem within Italy, but rather a problem with a European and international dimension, capable of adversely affecting the reputation of the country and its economy: the rate of perceived corruption, measured at the international level, is notoriously an index which investors look at before deciding to transfer financial assets and business activities to a given country.

Many innovations were introduced by the Severino Law. The general provision on corruption was expanded. The crime of corruption for an official act (Article 318 of the Italian Criminal Code) was converted into the crime of corruption for the exercise of a public function. It is no longer necessary to prove that the promise or giving of money or other benefits are directed towards the performance of a particular act by the public official. The proof of the crime is therefore made easier. It is sufficient to demonstrate

⁶ About this decision see M.C. UBIALI, *Emergenza Covid e riforma del delitto di abuso d'ufficio per agevolare la ripresa del Paese: brevi note alla sentenza n. 8/2022 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2022, no. 1, p. 120 *et seq.*

⁷ See M.C. UBIALI, *L'illiceità della mediazione nel traffico di influenze illecite: le sentenze della Cassazione sui casi Alemanno e Arcuri*, in *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 31 January 2022.

that the promise or giving of the bribe is directed to a generic availability of public powers, in favour of the private individual, who therefore buys the favour of the public official, who is no longer impartial and concerned only with the public interest. On the other hand, the special provision on corruption for an act contrary to the duties of public office, provided for in Article 319 of the Italian Criminal Code, has remained in force. If the judge demonstrates that the corruption has as its objective the performance of a specific act contrary to the duties of office, the offence is more serious. This is not an aggravating circumstance of the crime but an autonomous and special type of crime.

In addition, the penalties for corruption offences have been increased by the Severino law. Corruption for an act of public office, for example, was punished before 2012 with imprisonment from six months to three years. The reform raised the minimum imprisonment to three years and the maximum to five years. A subsequent reform in 2015 further increased the maximum penalty. Today, corruption for the exercise of a function is punished with imprisonment from three to eight years: it is therefore a serious crime for which custodial measures and telephone, electronic and ambient wiretaps are permitted.

Again, before the 2012 reform, the most serious offence of corruption for an act contrary to official duties was punished with imprisonment from two to five years. For this crime as well, the penalty was made more serious by the Severino Law: from four to eight years imprisonment. The subsequent 2015 reform further increased the punishment for this crime, set forth in Article 319 of the Italian Criminal Code, for which the punishment is now six to ten years imprisonment. I emphasize the importance of such a high minimum, which makes it more difficult to plea bargain (possible for sentences of up to five years and, therefore, only in the presence of mitigating circumstances).

A core point of the 2012 reform was the reconfiguration of the crime of extortion. For international observers, the risk inherent in this crime was clear, which I highlighted earlier when discussing what happened during the *Mani Pulite* investigation: the risk is that a corruptor is not punished because the law provides that he or she is the victim of “concussione” (an extortion). The risk is that concussione may improperly be used to grant immunity from prosecution.

The reform of 2012 did not abolish the crime of concussione — as some had proposed — but significantly limited its scope of application.

Before the reform, concussione could be committed in two different ways: violence—in the form of physical and physical violence (such as threats)—and inducement, achieved through non-violent forms of pressure, which are characteristic of contexts where corruption is so widespread that implicit requests are sufficient to ask for bribes.

Today, concussione is punished with imprisonment from six to twelve years and presupposes an abuse of power and violent oppression by the public official: normally, the threat of unjust harm, which must be demonstrated in court. The private individual promises or pays the bribe not to obtain an advantage, but to avoid unjust harm. Concussione is thus defined as a violent crime, as a form of extortion.

Case law has followed this trend, in particular with a ruling of the United Sections of the Supreme Court (Maldera ruling of 2013). The extortion by a public official has returned to its origins suggested by the etymology of the term “concussione” which, as Francesco Carrara recalls in his famous Treatise, derives from the Latin verb ‘*concutere*’,

which recalls the idea of shaking a tree to make the fruit fall to be collected. The private individual who promises or pays the bribe, to be considered a victim of the crime of extortion and not a participant in the crime of corruption, must be like the tree shaken to make the fruit fall. He or she must be a real victim. In fact, in extortion the offence is double: it is not only a crime against the government but also a crime against the person. This explains the severe punishment imposed by law, as well as the impunity of the private individual.

The non-violent inducement to promise or pay money or benefits to a public official—previously the subject of the offence of extortion—was in 2012 framed in a new offence, provided for by Article 319 *quater*. The great innovation is that a private individual who, without actual coercion or threat, promises or gives money or other benefits to a public official is also punished. The public official is punished with imprisonment of six to ten years; the private citizen is punished with imprisonment of up to three years. For the private individual, this is not a serious offence but is still a crime. The minimum prison sentence is 15 days (under Article 23 of the Italian Criminal Code). The cultural message of the 2012 reform is that the private individual, even if induced to do so by the public official (without a real threat), must not promise or give money or other benefits. This form of corruption, compared to private individuals, is a lesser offence but still a crime. A person who pays even a small bribe to be examined first by a doctor in the national health service, thus moving to the front of the line, is liable. Here the private individual pays the bribe not to avoid unjust harm but to obtain an undue benefit.

Moreover, a recent reform carried out in 2020 in the implementation of a European directive provided that the maximum penalty for this crime is four years when the act offends the financial interests of the European Union and the damage or profit is more than 100,000 euros.

Finally, the Severino Law of 2012 also added to the Italian Criminal Code the new crime of undue influence (Article 346 *bis* of the Italian Criminal Code), which I mentioned earlier. This crime, which was amended in 2019, punishes with imprisonment from one year to four years and six months anyone who, without being a participant in the crime of bribery, exploits real or fake relationships with a public official to be promised or given money or other benefits as the price of his or her illicit mediation or to pay the public official. The mediator is thus also punished. Judicial investigations and studies in sociology and criminology have shown that corruption today does not simply involve two parties—the corrupted and the corruptor—but follows more complex patterns, often involving third parties as mediators. Punishing the buying and selling of illicit influence on the public official represents a significant anticipation of criminal protection. This is even more so if one considers that the law in Italy continues to punish incitement to corruption as an autonomous crime, which is a different hypothesis still, set forth in Article 322 of the Italian Criminal Code.

As I mentioned earlier, this anticipation of criminal protection is problematic, however, in the absence of laws that clarify the limits within which lawful influence can be exercised on public officials. Within certain limits, entrepreneurs and politicians must be able to lawfully exert pressure to achieve their own interests. I am referring to the pressure groups characteristic of lobbying. The lack of regulation of this phenomenon is seen in Italy as one of the main problems in this area. Some bills have been under con-

sideration by Parliament for some time, but with no prospect of enactment in the short term. In GRECO's latest report on Italy, the focus is on parliamentary corruption: a phenomenon for which regulation of lobbying is necessary.

In regard to GRECO, it should be emphasised that one of the main problematic aspects of the Italian system of anti-corruption is the high number of criminal proceedings that cannot proceed due to the statute of limitations for the crime. The average times of criminal trials in Italy are much longer than the European average. For this reason, the Draghi government and the Minister of Justice Marta Cartabia, as part of a wide-ranging reform of criminal justice, have promoted a reform, which was approved by Parliament in the summer of last year (Law No. 134/2021), which aims to reduce trial times. This is a national objective under the NextGenerationEU plan.

The slowness of trials results in many cases in the statute of limitations barring prosecution of the crime which, as I said, is possible in Italy even when the trial is in progress.

In Italy, the statute of limitations for the crime is equal to the maximum of the sentence provided for the crime.

One can then better understand why the penalties for corruption crimes have increased in recent years: not only for a stronger response to this form of criminality and to allow for preventive measures and investigative tools but also to lengthen the statute of limitations for the crime. If the crime is time-barred the facts are not definitively ascertained and the perpetrators are not punished. The certainty of the statute of limitations is the certainty of impunity and deprives the criminal law of its deterrence effect. This is why international observers have evaluated as positive not only the stricter regulation of corruption introduced in Italy but also another reform, enacted in 2019, which, as I have mentioned, has prevented the crime from becoming time-barred in the advanced stages of the criminal process: when it is under appeal and being heard by the Supreme Court of Cassation.

Before concluding this brief explanation of the Severino law, I must return to underscore the importance of that part of the law dedicated to administrative law: for the first time in Italy the fight against corruption has been set, with the Severino law, not only in the perspective of suppressing crime but also in the different perspective of prevention through administrative law tools, aimed at a more transparent, impartial and efficient organization of work in government.

The Severino law, in part through the establishment of an independent national agency—the national anti-corruption authority—and the provision of a system of controls and interdictory measures of an administrative nature, has brought about a paradigm shift in the strategy to fight corruption, which focuses on prevention and administrative law. We are well aware that criminal law always comes in late and in itself the preventive effectiveness of the threat of punishment is undoubtedly insufficient.

5. In regard to criminal law, the 2012 reform resulted in a general increase in penalties for corruption offences, on the one hand, and an increase in offences, on the other hand. The Italian system is characterized by multiple corruption offences and therefore by a fragmentation of the discipline.

A technique has been chosen that favours not a few general norms with a broad scope of application, but many special norms. This ensures greater respect for the precision of the

criminal law and, therefore, for the principle of legality, but creates various problems both at the level of proof of the facts and the existence of the elements of the crime and at the level of distinguishing between one crime and another.

The difficulties in distinguishing between corruption, concussion, and undue inducement to give or promise benefits are emblematic.

On a political level, the establishment of the National Anti-Corruption Authority has contributed to increased awareness in government and in the public debate of the theme of fighting corruption, which has increasingly become a strategic priority for the country. After the infamy of *Tangentopoli*, the fight against corruption was for years a theme in the background of public debate, destined to emerge on the occasion of individual scandals, which have never stopped involving public officials. After the 2012 reform, there has been an increasing awareness of the issue, which has become central during the realization of major public works, as was the case for the universal exhibition in Milan in 2015.

As often happens, the centrality of the theme in the public debate has favoured some excesses. The idea of linking anti-corruption with anti-mafia legislation has become popular, which has led, as I will say, to the extension to crimes against the government of exceptional provisions such as those providing for special regimes for the application of sentences.

Moreover, some populist movements have considered anti-corruption as a symbol of a political stance particularly dedicated to the implementation of legality. The clearest expression of this populist tendency, which has only recently been overcome, is represented by Law No. 3 of 2019, known by the name of *spazza-corrotti* (varrer-corrupto). This law has made the criminal law combating corruption stricter by following four guidelines.

The first guideline concerns accessory penalties, which have been made more severe. These are penalties of a prohibitive nature in addition to imprisonment, namely, interdiction from public office and the inability to do business with the government. The number of cases in which these accessory penalties have been imposed as a result of conviction has been increased, as has their duration, which in a greater number of cases is expected to be permanent.

As an exception to a general rule, it has been provided that for bribery offences the suspended sentence may not extend to accessory penalties. The conditions for obtaining rehabilitation have also been made more stringent. The idea, in media communication, is that just as violent soccer fans are banned from entering the stadium, so are the corrupt subject to a ban, even a permanent ban, on being employed in public office.

An effective message, from the point of view of communication; a policy that in principle can be shared, insofar as it invests in penalties other than imprisonment, of an interdictory nature; a policy, however, that has led to some excesses and provisions that in some cases lead to penalties that are disproportionate to the gravity of the offence.

A second guideline of the 2019 reform concerns the tools of investigation. Provision has been made for the first time for the possibility of using agents provocateurs, as in the case of combating drug trafficking. However, the use of the entrapment technique concerning corruption is very problematic, as the case law of the United States Supreme Court and the European Court of Human Rights teaches us.⁸

It is one thing to impersonate a drug buyer to see if the suspect is selling the drugs in his or her pocket; it is quite another to impersonate an entrepreneur to test the degree of

⁸ See B. FRAGASSO, *Provocazione di polizia e responsabilità penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2022, no. 2, p. 707 et seq.

resistance to corruption of a public official who, before that moment, was not thinking of committing a crime. The risk is twofold.

On the level of substantive law, entrapment entails the risk of sliding towards a criminal law focused on the person rather than on the offence considered on an objective level. There is a risk of punishing the person for his or her inclination to commit crimes—for his or her dangerousness—and not for having undermined or damaged a legally relevant interest.

On a procedural level, then, the risk is of violating the principles of due process to the extent that the evidence used is obtained by the agent provocateur by creating a crime that otherwise would not have been committed. It is precisely this latter test that the decisions of the supreme courts, which I have referred to, uses to place a limit and a brake on the use of agents provocateurs.

A third guideline concerns the strengthening of the discipline of criminal sanctions application. Here we can see the equation between mafia and corruption, which seems exaggerated in terms of the criminological dimension of the phenomena and their dangerousness and gravity. In Italy, anyone who has to serve a sentence not exceeding four years of imprisonment can, without entering prison for even one day, ask to serve the sentence in an alternative way, from forms of probation to social services. If, however, the crime is linked to organized crime or—and here is the innovation—to corruption and generally to wrongdoing in government—the convicted person must enter prison and can ask for an alternative measure only if he or she cooperates with the prosecution. This is what Article 4 *bis* of Law No. 354 of 1975 (Penitentiary Regulations) states. The objective of the collaboration is to put an end to the crime, ensure the evidence and the identification of the perpetrators, and seizure of money or benefits. Considering that this discipline is common to serious crimes such as mafia association and embezzlement, there are many doubts about constitutional legitimacy due to violation of the principles of equality, reasonableness, and proportionality. In fact, for these reasons, too, a bill currently before Parliament is aimed at amending the regulations of the aforementioned Article 4 *bis*.

A fourth guideline, finally, is always inspired by the idea of enhancing collaboration. After conviction, as I have said, collaboration serves to obtain an alternative and different measure from prison. Before conviction, as a result of the aforementioned 2015 reform, which introduced Article 323 *bis*, paragraph 2 of the Italian Criminal Code, collaboration can be useful to obtain a mitigating circumstance of the crime, with a decrease in the sentence from one-third to two-thirds. Before the start of the investigation or in the initial stages—and this is the innovation introduced in 2012 in a new Article 323 I of the Italian Criminal Code—collaboration affords immunity from prosecution. For the first time in Italy, this basis for immunity was introduced only in 2019.

For at least thirty years—since *Tangentopoli*—there has been discussion of this basis for immunity, which had never been introduced before.

It is provided that the perpetrator of corruption offences is immune from prosecution if, before being informed that investigations are being carried out against him or her and in any case within four months of the commission of the offence, he or she voluntarily reports it and provides useful and concrete evidence to ensure evidence of the offence and identify those responsible.

However, the law provides that to obtain immunity, the person who reports must make available the benefit received or a sum of money of corresponding value. The crime must not be for one's own profit; there must be no residual profit. Finally, to avoid abuses, the immunity from prosecution cannot be applied to agents provocateurs.

There are no reports of concrete applications of this basis for immunity, about which many are sceptical. It is doubtful that corruption can emerge by offering immunity to persons who, being party to the illicit and secret agreement, report it promptly. There does not seem to be a valid incentive. The real incentive for the corrupt or corrupting party to cooperate is the prospect of avoiding imprisonment once discovered. For this reason, some believe that it would have been more appropriate to reduce the penalty even further, such as to concretely remove the risk of imprisonment. However, the reform is still too recent. The future will tell whether this solution will be a useful tool for combating corruption. Many in Italy doubt it.

6. Before concluding my brief remarks, I must mention the increasingly important role that is given to economic sanctions in Italy in the fight against crime. I refer in the first place to the confiscation of the bribe and, in any case, of the profit of the crime, provided for by Article 322 *ter* of the Italian Criminal Code, in direct form or the equivalent. In the latter case, when it is not possible to confiscate the assets that constitute the direct profit of the crime, money or assets of equivalent value, which the convicted person has at his or her disposal, can be confiscated.

In addition to confiscation, in 2015 an extra sanction, called pecuniary reparation, was included in the new Article 322 *quater* of the Italian Criminal Code. A person convicted of crimes of corruption and other crimes against the government must always pay an amount equivalent to the profit of the crime for the benefit of the governmental agency harmed by the crime. This does not preclude compensation for damages, under civil law, and confiscation. It is clear that there is a risk of disproportion in the overall penalty, since confiscation, compensation for damages, and pecuniary reparation may be combined.

7. I hope to have provided an interesting picture, for comparison purposes as well. I have outlined the main changes in Italian law against corruption through the historical periods and the main reform laws of the last ten years. A serious assessment of the reforms requires an evaluation of their effects over time, from the point of view of their effectiveness in combating the phenomenon of corruption, which certainly cannot be eradicated only through criminal law and the threat of punishment. The concern, which I indicated in my speech, about possible excessive severity on the part of the legislator should not come as a surprise. The history of my country, which has been called to fight serious phenomena such as mafia and terrorism in the last fifty years, teaches us that even in the face of such serious phenomena we must never forget respect for the fundamental principles of criminal law, starting with constitutional principles.

In fighting corruption, it should not be forgotten that it is a serious and odious phenomenon—a cancer that alters the rules of democracy and undermines the sound performance of government, the economic system, and the trust of citizens in the State. The task of legal commentary is to keep attention focused, even when it may seem uncomfortable to do so. This is imposed by fidelity to the penal principles of liberal Europe, in which we all believe and which we want to defend and pass on to future generations.

REFLEXIONES SOBRE LA TIPIFICACIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN EN EL DEPORTE: CERTEZAS, DESAFÍOS E IDONEIDAD DEL COMPLIANCE DEPORTIVO*

JAVIER SÁNCHEZ BERNAL**

Universidad de Salamanca

Introducción

En las últimas décadas, fundamentalmente desde finales del siglo pasado, la corrupción se ha convertido en un tema de gran trascendencia para la ciudadanía, la cual ha pasado de enfocar este problema como mero agente pasivo —vinculado ello con la idea de que la corrupción se consideraba una práctica tolerable en ciertos contextos¹ o, a lo sumo, delitos sin víctimas² que no requerían especial atención— a transitar hacia

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i “Configuración y efectos de los sistemas de gestión del riesgo legal (GRESKO)”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, convocatoria de 2019 (PID 2019-107743RB-I00).

** Profesor Contratado Doctor de Derecho penal y miembro del Centro de Investigación para la Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca. Código ORCID: 0000-0001-5619-1086.

¹ A modo de ejemplo, recuérdese la clasificación elaborada por ARNOLD J. HEIDENHEIMER en la que se distingue entre corrupción negra, gris y blanca, estando compuesta esta última por todos los comportamientos corruptos que están libres de oposición fuerte por parte del conjunto de la sociedad, por cuanto ni la élite ni la ciudadanía en general los condenan abiertamente. De esta definición, MANUEL VILLORIA MENDIETA: “Corrupción pública”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 5, septiembre 2013-febrero 2014, p. 163.

² A este respecto, una interesante reflexión puede leerse en ADRIANA GREAVES y ESTEFANÍA MEDINA: “Corrupción: nunca más un delito sin víctimas”, en la web de *Nexos*, 30 de marzo de 2021. Fuente: <https://anticorrupcion.nexos.com.mx/corrupcion-nunca-mas-un-delito-sin-victimas/>. Fecha de últi-

una valoración más activa, fruto de la mayor consciencia sobre su rol fiscalizador de las decisiones públicas y privadas con incidencia en el interés común. No en vano hoy en día se concibe como uno de los problemas más importantes de las democracias contemporáneas³.

A este cambio de paradigma ha contribuido, de modo decisivo, la atención dispensada al fenómeno por parte de los organismos supranacionales: en este punto, cobra especial relevancia la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, la cual reconoce que “la corrupción (...) socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados (...) y permite el florecimiento de la delincuencia organizada”. Estos comportamientos indeseables, en efecto, “se da[n] en todos los países —grandes y pequeños, ricos y pobres— pero sus efectos son especialmente devastadores en el mundo en desarrollo”⁴.

Resultan fundamentales, asimismo, las contribuciones lideradas desde el mundo académico: en tal sentido, las investigaciones que se desarrollan en la Universidad de Salamanca desde hace más de veinte años —inicialmente, a través del Grupo de Estudios sobre Corrupción y, en la actualidad, en el marco de enseñanzas especializadas de postgrado y del Centro de Investigación para la Gobernanza Global—, entre cuyo cuerpo de docentes e investigadores me enorgullezco de pertenecer, así como los proyectos formativos e iniciativas auspiciadas por el Instituto de Direito Penal Económico e Europeu de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coímbra —que tan amablemente me ha recibido siempre y entre cuyos miembros me siento acogido— han posibilitado una mayor sensibilización sobre el fenómeno de la corrupción entre actores jurídicos, económicos y sociales, y con ello, una mayor atención de los legisladores en gran parte de países de Europa y de América Latina.

Amén de las conductas ilícitas de corrupción en el sector público —en especial, en el ámbito de la política y de la Administración—, conocidas ellas desde antiguo, en tiempos presentes se ha focalizado también la prevención, combate y sanción de los comportamientos acaecidos en esferas privadas, singularmente en el contexto empresarial. Junto a este, cada vez más instancias sociales y normativas fijan su atención en el ámbito del deporte, el cual se ha convertido, hoy en día, en uno de los sectores con mayor repercusión económica y para la comunidad en su conjunto.

Este trabajo abordará, precisamente, la tipificación de esta última modalidad de corrupción tomando como referencia las regulaciones en España y Portugal y se analizará, a partir del examen de los riesgos legales específicos en la esfera del deporte, la efectividad de los programas de *compliance* para prevenir la comisión de estas específicas figuras delictivas.

ma consulta: 4 de septiembre de 2022. En este sentido me pronuncio en JAVIER SÁNCHEZ BERNAL: *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 19.

³ MANUEL VILLORIA MENDIETA: “Corrupción pública”, *op. cit.*, p. 160.

⁴ NACIONES UNIDAS: “Prefacio”, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, 2003, p. iii. Fuente: https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

Las reflexiones que se verterán a continuación se basan en la comunicación titulada “Certezas y desafíos sobre la tipificación penal de la corrupción en el deporte”, que presenté en el Coloquio Internacional “Instituto de Direito Penal Económico e Europeu 25 Anos Depois”, al que fui amablemente invitado, organizado por el *Instituto de Direito Penal Económico e Europeu* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coímbra, los días 4 y 5 de febrero de 2022, con motivo del 25º aniversario de esta institución, conmemoración que celebro con mucha felicidad y orgullo, deseando muchos más años de fructífera labor.

1. La corrupción como fenómeno criminógeno en el siglo XXI: un ejemplo de delincuencia globalizada.

Existe algún consenso en entender la corrupción como un fenómeno crecientemente complejo y en expansión⁵, con implicaciones evidentes en las esferas económica, política, social y cultural⁶, entre otras. Se trata de comportamientos de estructura poliédrica en sus manifestaciones y plural en sus consecuencias⁷, con conexiones evidentes con la criminalidad económica y empresarial organizada, la cual despliega su dinámica comisiva a nivel transnacional e irroga consecuencias perversas más allá de los Estados individualmente considerados y de las fronteras nacionales.

Ciertamente, uno de los principales problemas a la hora de enfrentar la corrupción es la dificultad para encontrar una definición⁸ universal que abarque la amplia panoplia de conductas antijurídicas que pueden llegar a integrarla y que resulte unívoca para las distintas ciencias que se aproximan a su análisis: sociología, economía, ciencia política y Derecho, entre otras. A fin de clarificar la cuestión cuanto menos a los efectos del presente estudio, utilizando una definición propia con voluntad omnicomprendensiva y abierta, se entenderá por tal *toda concurrencia de voluntades, siquiera potencial, en el que, de un lado, una persona dotada de poderes o capacidad de decisión (decisor) en una institución u organización del sector público o privado se compromete a llevar a cabo una actuación u*

⁵ Así, CARUSO FONTÁN anota con acierto que “el ámbito de lo penalmente relevante, en lo que al fenómeno de la corrupción se refiere, está sufriendo un indudable proceso de expansión (...) tanto en el marco de las conductas delictivas que se producen en el sector público, como a través de la incorporación de figuras destinadas a penar los abusos de poder en el sector privado”. En MARÍA VIVIANA CARUSO FONTÁN: “El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado”, *Revista Foro, Nueva Época*, nº 9, 2009, p. 146.

⁶ COMISIÓN EUROPEA: “Fichas temáticas del semestre europeo. Lucha contra la corrupción”, 2017, p. 3. Fuente: https://commission.europa.eu/system/files/2018-06/european-semester_thematic-fact-sheet_fight-against-corruption_es.pdf. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

⁷ IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: “La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española”, *Estudios de Deusto*, vol. 63/1, Bilbao: Universidad de Deusto, 2015, p. 234.

⁸ A título de ejemplo, DE LA MATA BARRANCO reconoce que “lo cierto es que no existe un concepto unívoco o unitario de corrupción, que depende de la intención de cada observador”, en NORBERTO JAVIER DE LA MATA BARRANCO: “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, *Cuadernos penales José María Lidón*, nº 6, Bilbao: Deusto Publicaciones, 2009, p. 151.

omisión abusiva o desviada, contraria a las reglas o estándares que rigen su actividad o al sistema normativo de referencia, con la expectativa de obtener, de la otra parte (corruptor), una ventaja (ilícita) de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero. Este concepto es muy amplio, no cabe duda, pero entiendo que puede servir como base para acotar posteriormente la concreta modalidad de corrupción ante la que nos encontremos.

Dado el nivel de conocimiento sobre este fenómeno ilícito —y, en su mayor parte, delictivo— que poseemos en la actualidad, resulta innegable afirmar que las manifestaciones de corrupción están influidas por la globalización⁹ e internacionalización de la economía y de los mercados y por el vertiginoso desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación. Ello supone que estos comportamientos antijurídicos se encuentran en permanente evolución, por lo que es pertinente también actualizar constantemente las herramientas preventivas y reactivas frente a los mismos: en esta primera dimensión cobran una importancia decisiva, como tratará de analizarse más adelante, las estrategias de prevención de los riesgos legales —y penales— y, particularmente, los programas de cumplimiento o *compliance*.

Como se ha indicado anteriormente, la corrupción ha extendido sus tentáculos no únicamente a instituciones u organizaciones del sector público —son conductas clásicas de corrupción pública, entre otras, la malversación, la prevaricación, el tráfico de influencias o los ilícitos derivados de soborno, proliferando más recientemente otras como la financiación ilegal de los partidos políticos—, sino también a cada vez más sectores de la esfera privada, siendo que su contaminación alcanza a prácticamente todas las actividades humanas¹⁰, irradiando sus efectos negativos no solamente a la política, la economía o la protección más elemental de los derechos fundamentales, sino también a campos como la educación, la cultura, el medio ambiente¹¹ o, en lo que interesa a esta publicación, el deporte.

Para poder comprender adecuadamente el alcance de esta afectación, se analizará a continuación el contexto en el que se manifiesta esta clase de corrupción: se tratará la evolución de la práctica deportiva, partiendo de ser considerada como una saludable actividad física a la conversión de algunas modalidades —singularmente, las de naturaleza profesional— en un verdadero espectáculo, un nicho de mercado-negocio o, incluso, una incipiente burbuja especulativa.

⁹ Sobre los efectos de la globalización en la proliferación de conductas de corrupción, a modo de ejemplo, CARLOS CASTRESANA FERNÁNDEZ: “Corrupción, globalización y delincuencia económica”, en NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA y EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS (coords.): *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Salamanca: Ratio Legis, 2004, pp. 213-226.

¹⁰ JORGE FRANCISCO MALEM SEÑA: “La corrupción. Algunas consideraciones conceptuales y contextuales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 114-II, 2016, p. 25.

¹¹ Si bien excede del propósito de estas líneas, son ponderables los trabajos de la ONG *Ttransparency International* en el estudio de la relación entre la aceleración del cambio climático y la corrupción. A modo de ejemplo: TRANSPARENCIA INTERNACIONAL ESPAÑA: “Declaración de TIE en el Día Internacional contra la Corrupción 2019”, en la web de *Transparencia Internacional España*, 9 de diciembre de 2019. Fuente: <https://transparencia.org.es/declaracion-de-ti-en-el-dia-internacional-contra-la-corrupcion-2019/#prettyPhoto>. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

2. El deporte como fenómeno económico y social: de una práctica saludable hasta los riesgos de la industria del espectáculo.

2.1. Contextualización.

El deporte, como actividad física, constituye una práctica recreativa y saludable que permite la realización personal y colectiva, irradia modelos de comportamiento y valores culturales y educativos fundamentales —como la promoción de la salud, el espíritu de equipo, la solidaridad, la tolerancia y el juego limpio— que traspasan fronteras territoriales o socioeconómicas¹². En paralelo, en sus múltiples manifestaciones y disciplinas, se ha consolidado como un fenómeno social y económico en expansión que contribuye en gran medida a objetivos estratégicos de solidaridad y prosperidad¹³, con alto arraigo en la comunidad y capacidad de movilización y convocatoria¹⁴. En efecto, el deporte goza hoy de una potente proyección mediática y se encuentra definido por un nivel de internacionalización al alcance de muy pocos movimientos sociales o culturales¹⁵.

A ello debe añadirse que el deporte en su conjunto, fundamentalmente desde inicios del siglo XXI, ha visto incrementada exponencialmente la dimensión de intereses económicos¹⁶ involucrados con ocasión del mismo. Ello se debe, entre otros factores, a los intensos procesos de profesionalización que han experimentado determinadas disciplinas —en España, singularmente el fútbol y el baloncesto— y su comercialización a nivel global¹⁷. La trascendencia pública del hecho deportivo es hoy en día innegable, tanto como práctica de la que participa toda la comunidad como por el entendimiento de este como un bien o servicio de mercado más¹⁸. Se ha llegado a sostener, incluso, que el deporte ha quedado secuestrado por los negocios hasta dentro de mucho tiempo¹⁹,

¹² IGNACIO FRANCISCO BENÍTEZ ORTÚZAR: *El delito de “fraudes deportivos”. Aspectos criminológicos, político criminales y dogmáticos del artículo 286bis.4 del Código Penal*, Madrid: Dykinson, 2011, p. 15.

¹³ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Libro Blanco sobre el Deporte*, Bruselas, 2007, p. 2.

¹⁴ ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ: *Derecho penal del deporte*, Barcelona: Bosch, 2010, p. 13.

¹⁵ LORENZO MORILLAS CUEVA: “Capítulo primero. Derecho y deporte. Las múltiples formas del fraude en el deporte”, en LORENZO MORILLAS CUEVA (dir.): *Respuestas jurídicas al fraude en el deporte*, Madrid: Dykinson, 2017, p. 5.

¹⁶ PILAR FERNÁNDEZ PANTOJA: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la actividad deportiva: estudio comparativo de los sistemas jurídico-penales italiano y español”, en LORENZO MORILLAS CUEVA y FERRANDO MANTOVANI (dirs.); IGNACIO FRANCISCO BENÍTEZ ORTÚZAR (coord.): *Estudios sobre Derecho y Deporte*, Madrid: Dykinson, 2008, p. 295.

¹⁷ MIGUEL ÁNGEL CANO PAÑOS: “Capítulo undécimo. Las recientes reformas de los delitos de corrupción en el deporte en el Derecho penal alemán”, en LORENZO MORILLAS CUEVA (dir.): *Respuestas jurídicas al fraude en el deporte*, Madrid: Dykinson, 2017, p. 323.

¹⁸ DANIEL IBARS VELASCO: “Corrupción en el deporte”, en GONZALO QUINTERO OLIVARES (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 581.

¹⁹ FRANCISCO MORENO CARRASCO: “Panorama de la corrupción en el mundo del deporte. Realidad global y elementos a considerar”, *Revista Jurídica de Derecho de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 53, 2016, p. 31.

encontrándonos, en suma en la actualidad, ante una actividad que es parte de la industria del espectáculo y que involucra cifras totales ciertamente incalculables.

Véanse, a modo de ejemplo, algunos datos esclarecedores: según refleja el informe “Termómetro del Ecosistema del Deporte en España”, elaborado por la consultora PwC y la Fundación España Activa a partir de datos de 2018 y publicado en 2020, el impacto de la industria deportiva sumando impactos directos, indirectos, tractors e inducidos— contribuyó a generar una actividad de más de 39 mil millones de euros —el equivalente al 3,3% del PIB nacional— y, en términos de empleo, se generaron en España casi 414.000 puestos de trabajo —lo que supone el 2,1% de la población ocupada del país—²⁰. Si centramos la atención en el fútbol, las cifras resultan aún más evidentes: según se estima, la práctica profesional supone el equivalente, en España, al 1,37% del PIB²¹; por otro lado, y como supuesto paradigmático de las grandes cifras que mueve el deporte rey, según información aparecida en enero de 2021 el último contrato de Lionel Messi con el F.C. Barcelona —entre 2017 y junio de 2021— ascendió a un monto total de más de 555 millones de euros²². Para finalizar este breve repaso futbolístico, haré referencia a las audiencias de algunos encuentros a nivel internacional: según datos publicados por la FIFA, más de 3.500 millones de espectadores sintonizaron la emisión del Mundial de fútbol masculino de 2018, siendo la final seguida por aproximadamente 1.120 millones de personas²³; por otro lado, a fecha de 2019, los clásicos entre Real Madrid y F.C. Barcelona reunían 650 millones de espectadores en más de 180 países²⁴. Si llevamos la mirada a otros deportes, la final de la Super Bowl de 2022 en Los Ángeles fue seguida por aproximadamente 112,3 millones de espectadores, sumando la audiencia en las plataformas de *streaming*²⁵ y las finales de la NBA de 2022, en promedio de

²⁰ PWC-FUNDACIÓN ESPAÑA ACTIVA: Informe “Termómetro del ecosistema del deporte en España”, en la web de PwC, 2020, p. 21. Fuente: <https://www.pwc.es/es/entretenimiento-medios/assets/informe-termometro-ecosistema-deporte-espana.pdf>. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

²¹ El estudio “Impacto económico, fiscal y social del fútbol profesional en España”, elaborado por la consultora PwC para LaLiga y publicado en diciembre de 2018, estimaba ya que la industria del fútbol profesional genera un impacto en la actividad económica equivalente al 1,37% del PIB nacional, empleando a cerca de 185.000 personas y contribuyendo a la recaudación de alrededor de 4.100 millones de euros en España. En PwC: “Impacto económico, fiscal y social del fútbol profesional en España. Resumen ejecutivo”, en la web de LaLiga, 2018, pp. 4-5. Fuente: <https://newsletter.laliga.es/upload/media/multimedia/0001/45/9478d0ec2c82057e0b41c762f06581ef2e434d04.pdf>. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

²² Aunque la información inicial es del diario *El Mundo del Siglo XXI*, no ha sido posible encontrar la referencia original, por lo que se cita por referencia. MUNDO DEPORTIVO: “Desvelan detalles del contrato de Messi: 555.237.619 euros en cuatro años”, en la web de *Mundo Deportivo*, 31 de enero de 2021. Fuente: <https://www.mundodeportivo.com/futbol/fc-barcelona/20210131/491817428278/desvelan-detalles-del-contrato-de-messi-555237619-euros-en-tres-anos.html>. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

²³ FIFA: “Más de la mitad del planeta disfrutó de un Mundial incomparable en 2018”, en la web de FIFA, 21 de diciembre de 2018. Fuente: <https://www.fifa.com/es/tournaments/mens/worldcup/2018russia/media-releases/mas-de-la-mitad-del-planeta-disfruto-de-un-mundial-incomparable-en-2018>. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

²⁴ ALESSANDRO LEONE: “Barça-Madrid: un partido con una audiencia mundial de 650 millones de espectadores”, en la web de *El País*, 17 de octubre de 2019. Fuente: https://elpais.com/deportes/2019/10/17/actualidad/1571326299_016298.html. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

²⁵ VOZ DE AMÉRICA: “Repunta la audiencia televisiva del Super Bowl en EE. UU.”, en la web de

los cinco partidos, congregó a más de 12 millones de espectadores, lo que supone un aumento del 22% respecto a 2021 y un 65% respecto a 2020²⁶.

Las modalidades deportivas profesionales gozan, como puede verse, de una extraordinaria salud. No obstante, desde el punto de vista económico, este gigante corre el riesgo de convertirse en una verdadera burbuja especulativa²⁷: la proliferación de entidades deportivas controladas por grandes fortunas, o incluso respaldadas por determinados Estados, las transacciones desproporcionadas de activos y los traspasos astronómicos de jugadores, entre otros factores, dejan al deporte en una situación de evidente riesgo. Surgen, en este punto, algunos interrogantes ineludibles que ejemplifican este argumento, tomando como referencia algunas manifestaciones del deporte en Europa: ¿es posible que un mercado competitivo sustente una transacción —fichaje de la licencia federativa de Neymar por el Paris Saint-Germain, procedente del F.C. Barcelona— de 222 millones de euros²⁸ o que una entidad —el propio Barcelona— declare una deuda a largo plazo de 1.350 millones de euros y un patrimonio neto negativo de 451 y pueda seguir fichando y compitiendo en igualdad de condiciones?²⁹ ¿cómo es posible que el Real Madrid, con estructura asociativa y no mercantil, pueda sufragar una reforma de su estadio por valor de más de 800 millones de euros?³⁰ ¿quién controla y de dónde proceden el capital y recursos financieros de los que disponen ciertas entidades deportivas?

Es en este contexto en el que se alzan algunas voces que afirman que el auge de la dimensión económica y comercial del deporte, y la consiguiente mercantilización del mismo por la presencia de grandes intereses empresariales intra y extradeportivos, deteriora el espíritu deportivo —o juego limpio— y menoscaba los valores que el mismo transmite y

Voz de América, 15 de febrero de 2022. Fuente: <https://www.vozdeamerica.com/a/deportes-suber-bowl-audiencia-tv/6442749.html>. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

²⁶ PALCO 23: “La audiencia de las finales de la NBA crece un 22% en 2022 y se recupera del Covid-19”, en la web de *Palco 23*, 20 de junio de 2022. Fuente: <https://www.palco23.com/competiciones/la-audiencia-de-las-finales-de-la-nba-crece-un-22-y-se-recupera-del-covid-19>. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

²⁷ Una interesante noticia al respecto fue publicada en el diario *El País*. En ella se reconoce que, en particular, el fútbol constituye una verdadera burbuja, en la que “oligarcas, jeques y millonarios compran clubes y algunos países usan este deporte para mejorar su imagen”. Además, entre otras cuestiones, haciendo uso de datos de 2018, se reconoce que el fútbol generó a nivel mundial casi 40.000 millones de euros, más del doble de ingresos que el segundo deporte. En MIGUEL ÁNGEL GARCÍA VEGA: “Una burbuja llamada fútbol”, en la web del diario *El País*, 19 de enero de 2020. Fuente: https://elpais.com/economia/2020/01/16/actualidad/1579196525_489238.html. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

²⁸ ESTEBAN GÓMEZ: “¿Qué ocurre con los fichajes más caros de la Historia?”, en la web del diario *AS*, 4 de noviembre de 2020. Fuente: https://as.com/futbol/2020/11/04/internacional/1604488089_441061.html. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

²⁹ JAVIER GARCÍA ROPERO: “El FC Barcelona declara una deuda de 1.350 millones y un patrimonio neto negativo de 451”, en la web de *Cinco Días (diario El País)*, 17 de agosto de 2021. Fuente: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/08/16/companias/1629114015_987586.html#:~:text=El%20FC%20Barcelona%20declara%20una,de%20451%20%7C%20Compa%C3%B1a%20%7C%20Cinco%20D%C3%ADas. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

³⁰ LORENZO CALONGE: “El Real Madrid pedirá otro crédito de 225 millones para las obras del Bernabéu”, en la web de *El País*, 24 de noviembre de 2021. Fuente: <https://elpais.com/deportes/2021-11-20/el-real-madrid-pedira-otro-credito-de-225-millones-para-las-obras-del-bernabeu.html>. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

representa³¹, convirtiendo esta actividad un factor criminógeno³². A continuación, se examinará brevemente la cuestión de los riesgos de comisión de delitos en el deporte.

2.2. Breve apunte sobre riesgos legales (penales) en el deporte.

De lo que se ha expuesto anteriormente, puede colegirse sin esfuerzo que el deporte es un fenómeno transversal que debe enfrentar y dar respuesta a los nuevos retos y blindarse frente a las nuevas amenazas³³ que han surgido en los últimos tiempos —particularmente, aunque no en exclusiva, en la sociedad europea—, tales como la explotación de jugadores jóvenes por la presión comercial, la violencia, el racismo, el dopaje, la corrupción y el fraude o el blanqueo de dinero³⁴, entre otros. De hecho, es precisamente la dimensión mercantil del deporte la que ha atraído a diversos actores dispuestos a lucrarse y a obtener réditos personales, aunque para ello deban recurrir a prácticas ilícitas³⁵, incluso delictivas, revistiendo estas, en la mayoría de las ocasiones, caracteres propios de la delincuencia económica.

Más allá del fenómeno de la corrupción deportiva, aspecto al que se destina el núcleo de este trabajo, quisiera detenerme brevemente en este momento en la conexión entre el deporte y los riesgos de comisión de conductas ilícitas de blanqueo de capitales; téngase presente la conexión ya referida entre la corrupción y otras formas de criminalidad organizada. Profundizando en cuestiones ya expuestas, en el sector deportivo asistimos a una globalización sin precedentes: se mueven considerables sumas de dinero a través de los operadores audiovisuales, los patrocinadores y, por supuesto también, mediante la entrada en juego de los inversores privados³⁶. En efecto, estos grandes flujos económicos poseen evidentes efectos positivos, pero también consecuencias negativas y es en este punto en el que se han resaltado ciertas vulnerabilidades que convierten al deporte y, en concreto al fútbol, en un sector atractivo para la comisión de actividades de blanqueo de capitales³⁷.

³¹ CARLOS MARÍN YESTE: “El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015”, en la web de *Iusport*, 29 de julio de 2015. Fuente: <https://iusport.com/art/9028/el-delito-de-fraude-deportivo-tras-la-reforma-penal-de-2015>. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

³² ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ: “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, en ANTONIO MILLÁN GARRIDO (coord.): *La reforma del régimen jurídico del deporte profesional*, Madrid: Reus, 2010, p. 359; JOSÉ MANUEL RÍOS CORBACHO: “El fraude en el fútbol”, en ANTONIO MILLÁN GARRIDO (coord.): *Cuestiones actuales del fútbol profesional*, Barcelona: Bosch, 2012, p. 155.

³³ ALIXON DAVID REYES RODRÍGUEZ: *Fraudes en el deporte. Los avatares de la disciplina entre una “cultura” de la hipocresía y el cosmopolitismo mundano*, Alicante: Editorial Club Universitario, 2012, p. 35.

³⁴ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Libro Blanco sobre el Deporte*, op. cit., p. 2.

³⁵ EMILIO ANDRÉS GARCÍA SILVERO: “Capítulo 6. Iniciativas para la reforma del deporte profesional y la represión del fraude deportivo en España”, en MIGUEL CARDENAL CARRO, MIGUEL MARÍA GARCÍA CABA y EMILIO ANDRÉS GARCÍA SILVERO (coords.): *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?*, Murcia: Laborum, 2009, p. 145.

³⁶ EVA CAÑIZARES: “El Blanqueo de Capitales en el deporte: Legislar como nunca para incumplir como siempre”, en la web de *Lawyerpress*, 14 de octubre de 2013. Fuente: https://www.lawyerpress.com/news/2013_10/1410_13_005.html. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

³⁷ FAFT-GAFI: “Money Laundering through the Football Sector”, informe disponible en la web del *Financial Action Task Force*, julio de 2009. Fuente: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/ML%20through%20the%20Football%20Sector.pdf>. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

Retómese, en este punto, el entendimiento del deporte —y centrando el foco en el fútbol, por constituir el ejemplo paradigmático de lo que aquí se argumenta— como gran negocio: baste considerar el elevado precio que alcanzan los derechos de retransmisión audiovisual de algunas competiciones y eventos que atraen grandes patrocinadores, los presupuestos que manejan los grandes clubes —equiparables a los de cualquier gran empresa— y los salarios que cobran algunos de sus jugadores. Estas circunstancias incrementan el riesgo de que esta modalidad deportiva pueda ser utilizada como vehículo para actividades delictivas como el blanqueo de capitales, entre otros mecanismos, mediante el pago de sobornos a jugadores y a través de los esquemas de apuestas; tampoco resulta descabellado pensar en métodos que supongan el falseamiento del número de asistentes a un encuentro o competición, posibilitándose así el lavado de dinero en efectivo. Por último, piénsese en la gran variedad de flujos financieros que pueden aprovecharse para blanquear activos de origen ilícito: transferencias de licencias federativas de jugadores, pagos a agentes y representantes, inversiones en los clubes y acuerdos comerciales como el patrocinio han despertado algo más que sospechas en las autoridades de distintos países³⁸.

No obstante, existen otras disciplinas deportivas que también se han identificado como vulnerables ante conductas de blanqueo, como, entre otros, el cricket, el rugby, las carreras de caballos, el motociclismo, el hockey sobre hielo, el baloncesto o el voleibol. Se ha constatado, además, que el recurso a actividades ilícitas se justifica no solamente en la búsqueda del beneficio económico, sino también para obtener prestigio social a través de las redes clientelares que se forjan³⁹.

Para finalizar este breve análisis, puede resultar pertinente responder a la pregunta acerca de qué elementos hacen atractivo al sector deportivo para perpetuar ilícitos de blanqueo de capitales. En opinión del FATF y del GAFI, pueden observarse tres grupos de vulnerabilidades: las relativas a la estructura del sector —mencionándose dentro de estas la fácil penetración al mercado deportivo, las redes complejas de interesados, la general falta de profesionalidad de los órganos de dirección y la diversidad de estructuras jurídicas de las entidades—, las relativas a las finanzas del sector —resaltándose las altas sumas económicas involucradas, el carácter irracional de estas sumas en juego y la imprevisibilidad de los resultados futuros, así como las continuas necesidades financieras de las entidades— y, por último, las concernientes a la cultura del sector —entre las que se destacan la vulnerabilidad social de algunos deportistas, el rol social del deporte y la obtención de premios y reconocimientos no materiales vinculados a un mayor estatus social—⁴⁰.

Si bien se ha argumentado tomando como referencia el blanqueo de capitales, a mi entender lo que acaba de verse explica por qué el deporte se ha convertido en un ámbito propicio para la proliferación de riesgos legales —y, a lo que este trabajo interesa, penales—, cuestión que da pie a realizar, a continuación, una breve reflexión en torno a la efectividad del *compliance* como mecanismo de gestión y prevención de tales riesgos en el deporte.

³⁸ JUAN MIGUEL DEL CID GÓMEZ: *Blanqueo internacional de capitales. Cómo detectarlo y prevenirlo*, Barcelona: Ediciones Deusto, 2007, pp. 219-220.

³⁹ FAFT-GAFI: “Money Laundering through the Football Sector”, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 14-16.

3. El *compliance* como fórmula de gestión de riesgos penales de corrupción en el deporte.

Con carácter previo al examen de la tipificación del fraude deportivo en Portugal y España y continuando la línea argumental esgrimida en el epígrafe anterior, considero conveniente en este momento abordar cómo potenciar una cultura de cumplimiento normativo puede resultar efectivo para prevenir conductas ilícitas de fraude deportivo. En este sentido, existe común acuerdo en sostener que combatir eficazmente la corrupción no puede focalizar la acción únicamente en el castigo, en la medida en que el Derecho sancionador siempre llega tarde, dado que interviene cuando el ilícito ya se ha producido.

En la actualidad, resulta pacífica en nuestros ordenamientos jurídicos la posibilidad de que las personas jurídicas y entidades respondan, junto a las personas naturales, por la comisión de hechos delictivos —en el caso de España, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modificó el Código penal, eliminando el clásico *societas delinquere nec punire potest*— y es precisamente en este contexto en el que se valorará la efectividad de los programas de cumplimiento o *compliance* como estrategias preventivas.

El *compliance* penal, como se ha dado en llamar, se basa en el conjunto de procedimientos y de buenas prácticas que constituye el sistema interno de control y supervisión del funcionamiento de una organización o entidad mediante el cual estas se estructuran para operar armónicamente con el Derecho vigente y, consecuentemente, prevenir y disminuir los riesgos penales derivados de la actividad⁴¹. Son cada vez más las voces que resaltan la incuestionable trascendencia del *compliance program penal* para lograr el cumplimiento y el adecuado control de riesgos y, con ello, para librar de responsabilidad penal a la entidad cuando uno de los miembros de la organización o trabajador, persona natural, que actúa bajo el ámbito de dirección de aquel, realiza un comportamiento delictivo para el que se contempla la responsabilidad penal de la persona jurídica⁴².

En la esfera objeto de este estudio, el *compliance* constituye un mecanismo de seguridad y de protección frente a los riesgos de comisión de delitos en el seno de las organizaciones deportivas⁴³. Y ello porque los clubes y agrupaciones deportivos dejaron hace tiempo de tener una simple identidad como asociaciones volcadas exclusivamente a la práctica de la actividad física, ostentando, especialmente los que adoptan la forma de sociedades anónimas deportivas, una clara y ya mencionada dimensión económica-mercantil⁴⁴.

Así las cosas, un adecuado programa de cumplimiento adoptado por una entidad deportiva debe estructurar el siguiente contenido nuclear: análisis de riesgos penales derivados de la actividad deportiva, ambiente de control, sistema disciplinario, canales de denuncia y

⁴¹ SILVINA BACIGALUPO SAGGESE: “Voces de cultura de la legalidad. Compliance”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 21, octubre 2021-marzo 2022, p. 261.

⁴² RAFAEL AGUILERA GORDILLO: *Manual de compliance penal en España*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2022, p. 46.

⁴³ JUAN MANUEL FERNÁNDEZ TORRES: “El compliance deportivo ante la situación del COVID-19”, en la web de *Iusport*, 2 de septiembre de 2022. Fuente: <https://iusport.com/art/104297/el-compliance-deportivo-ante-la-situacion-del-covid-19>. Fecha de última consulta: 4 de septiembre de 2022.

⁴⁴ JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO: “Capítulo XV. Los clubes y la implantación de una nueva cultura de cumplimiento”, en ANTONIO MILLÁN GARRIDO (coord.): *Asociacionismo deportivo: diagnósticos y perspectivas*, Madrid: Reus, 2017, p. 309.

mecanismos de supervisión, seguimiento y actualización de la actividad preventiva; además se debe contar con el órgano adecuado para coordinar todas estas funciones y ejecutarlas⁴⁵.

En efecto, la cuestión del *criminal compliance* ha adoptado gran importancia en los últimos tiempos a la par de la introducción de la responsabilidad penal para las personas jurídicas, en el caso español mediante la citada Ley Orgánica 5/2010, si bien es a partir de la reforma del artículo 31 bis del Código penal de 2015 cuando adquiere una relevancia sobresaliente, dado que en la actualidad permite en determinadas circunstancias que la persona jurídica —entidad deportiva— quede exenta o pueda ver atenuada su responsabilidad por haber implantado, con carácter previo, este tipo de mecanismos. Por este motivo, la adopción de un modelo de *compliance* debe ser actualmente una prioridad para las entidades deportivas y, consecuentemente, para sus dirigentes⁴⁶ a fin de eliminar o, cuanto menos, reducir en el seno de las mismas los riesgos de comisión de ilícitos, para el supuesto que nos convoca y entre otros, de corrupción deportiva.

4. La tipificación de la corrupción en el deporte como paradigma de la expansión en la tipificación del fenómeno: los ejemplos de Portugal y España.

Una vez apuntadas someramente algunas ideas en torno a los riesgos potenciales de comisión de delitos en el deporte, particularmente de corrupción, y la conveniencia de potenciar herramientas preventivas, llega el momento de analizar la respuesta sancionadora que, desde la óptica de la intervención del Derecho penal, se prevé ante la perpetración de ilícitos de fraude deportivo, ejemplificando la cuestión en los ordenamientos jurídicos portugués y español.

Siguiendo la acertada opinión de CRUZ SANTOS, debe afirmarse que el régimen jurídico-penal de la corrupción ha estado sujeto, en las últimas dos décadas, a modificaciones frecuentes, siempre orientadas a la ampliación de los márgenes de la punibilidad (y a la previsión de nuevas figuras, sostendría yo) en el plano del Derecho sustantivo y al favorecimiento de la eficacia de la investigación y de la sanción en el ámbito del Derecho procesal penal⁴⁷. Y ello puede afirmarse no solamente de los dos sistemas jurídicos que aquí se estudian, sino que constituye una constante, cuanto menos, en los ordenamientos de tradición romano-germánica.

En el concreto aspecto que nos ocupa, esta tendencia ha supuesto una clara expansión del concepto clásico de corrupción, lo cual se explica por la mayor preocupación mostrada por este fenómeno por parte de instituciones públicas y privadas, nacionales e internacionales —circunstancia ya referida anteriormente—. Ello trae como resultado una verdadera política criminal de “tolerancia cero”⁴⁸ frente a estos ilícitos, la cual incide en los mecanismos de represión de los mismos. Es en este contexto en el que mejor se explica la criminalización del fraude en el deporte.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 313.

⁴⁶ JAVIER RODRÍGUEZ TEN: “Asociaciones deportivas y responsabilidad de directivos y gestores”, en ANTONIO MILLÁN GARRIDO (coord.): *Asociacionismo deportivo: diagnósticos y perspectivas*, op. cit., p. 46.

⁴⁷ CLÁUDIA CRUZ SANTOS: *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto. A evolução das incriminações penais, a jurisprudência, o tempo para a investigação e a delação premiada*, Coímbra: Almedina, 2018, p. 7.

⁴⁸ JAVIER SÁNCHEZ BERNAL: *El delito de corrupción deportiva...*, op. cit., p. 19.

Antes de entrar en materia, considero necesario puntualizar que el presente estudio se centrará en examinar la incriminación en Portugal y España de aquellas conductas de fraude deportivo derivadas de un soborno —por tanto, en las formas de corrupción con dinámica comisiva venal—, si bien la norma portuguesa, más completa, recoge otras figuras que solamente serán mencionadas de forma sucinta.

Es preciso apuntar, de modo preliminar también, que, a diferencia de lo que ocurre con la tipificación o con las reformas de la regulación penal de otras modalidades de corrupción, la introducción de estas figuras delictivas en los respectivos ordenamientos no fue consecuencia de la necesidad de incorporar a los sistemas internos ninguna clase de normativa supranacional, sino más bien surgió de manera espontánea y por impulso exclusivo de nuestros legisladores —en el caso de España, requerido el redactor de la norma penal, a la carta para tal fin, por alguna Federación deportiva, siendo que se demuestra que el margen de discrecionalidad que le sigue quedando al legislador se utiliza para la exacerbación de penas o para la introducción de nuevos tipos antes de que la normativa supranacional lo demande⁴⁹—.

Así las cosas, no obstante, en la actualidad contamos con el *Convenio sobre Manipulación de Competiciones Deportivas* del Consejo de Europa, CETS n° 215, elaborado y abierto a la firma en Magglingen/Macolin (Suiza), el 18 de septiembre de 2014, el cual entró en vigor, con carácter general, el 1 de septiembre de 2019, una vez obtenidas cinco ratificaciones que incluyen, al menos, tres Estados miembros del Consejo de Europa.

Este Tratado fue firmado por Portugal el 17 de marzo de 2015 y ratificado el 29 de septiembre del mismo año, por lo que, para el país luso, entró en vigor en la fecha general; España, por su parte, lo firmó el 7 de julio de 2015, pero todavía no lo ha ratificado, por lo que no se encuentra en vigor en el caso particular español.

3.1. Portugal.

El primer antecedente normativo sobre el fraude deportivo en Portugal lo encontramos en el *Decreto-Lei* n° 390/1991, de 10 de octubre, cuyo fundamento de incriminación, declarado por el legislador, fue “la lealtad, la corrección de la competición y de su resultado y el respeto por la ética en la actividad deportiva”, siendo considerado ello “un interés público que se revela y manifiesta en la supraindividualidad de todos los que (aficionados, simpatizantes y espectadores) esperan que la práctica deportiva pública y los resultados de las competiciones deportivas no sean afectados ni falseados por comportamientos fraudulentos”⁵⁰. Esta norma partió del convencimiento del legislador portugués de que en relación a algunas conductas antijurídicas en la actividad deportiva no se consideraba suficiente la existencia de ilícitos disciplinarios deportivos, cuya reglamentación y sanción correspondía a las Federaciones y a las ligas, pasando a considerarse que existían algunas infracciones cuyo desvalor justificaba la intervención penal⁵¹.

⁴⁹ EMILIO CORTÉS BECHIARELLI: *El delito de corrupción deportiva*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 21.

⁵⁰ El texto del citado *Decreto-Lei* puede ser consultado en la web de los *Diários da República*. Fuente: <https://dre.tretas.org/dre/34183/decreto-lei-390-91-de-10-de-outubro>. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

⁵¹ CLÁUDIA CRUZ SANTOS: *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto...*, op. cit., pp. 154-155.

Posteriormente, la incriminación del fraude deportivo adquiere nuevo régimen jurídico con la adopción de la *Lei* 50/2007, de 31 de agosto, ley penal especial que establece un nuevo régimen de responsabilidad penal por comportamientos antideportivos, susceptibles de afectar la verdad, la lealtad y la corrección de la competición y de su resultado en la actividad deportiva⁵², el cual simplifica y sistematiza la normativa incriminadora, agravando las figuras delictivas y realizando una distinción entre las penas aplicables a la corrupción pasiva y a la activa —en sentido contrario a lo que ocurría con el *Decreto-Lei* de 1991, la corrupción pasiva pasó a estar castigada más severamente que la activa—⁵³.

Este instrumento normativo, que ha sido modificado por las leyes 30/2015, de 22 de abril; 13/2017, de 2 de mayo y 94/2021, de 21 de diciembre, dedica el Capítulo I a las disposiciones generales —artículo 1.º: objeto, artículo 2.º: definiciones, artículo 3.º: responsabilidad penal de las personas colectivas y equiparadas, artículo 3.º-A: medidas de coacción, artículo 4.º: penas accesorias, artículo 5.º: concurso, artículo 6.º: denuncia obligatoria y artículo 7.º: Derecho subsidiario—. El Capítulo II se destina a la previsión de los delitos —artículos 8.º a 13.º-A— y el Capítulo III —artículos 14.º a 16.º— a las disposiciones finales.

En lo que a este trabajo interesa, el diseño de los delitos de corrupción en el deporte derivada de un soborno se concreta fundamentalmente en los artículos 8.º y 9.º, con especial atención también a los preceptos 12.º y 13.º. No obstante, a continuación, se llevará a cabo un análisis de conjunto de todas las normas contenidas en el referido Capítulo II.

El *artículo 8.º*, dedicado a incriminar la corrupción pasiva, castiga al agente deportivo que, por sí o por persona interpuesta, con su consentimiento o ratificación, solicite o acepte, para sí o para un tercero, sin que le sea debida, una ventaja patrimonial o no patrimonial, o su promesa, a cambio de realizar cualquier acto u omisión destinados a alterar o falsear el resultado de una competición deportiva, incluso que sea anterior a aquella solicitud o aceptación —castigando, a diferencia de España que no lo hace, la corrupción deportiva subsiguiente—, siendo punido con pena de prisión de 1 a 8 años.

Por su parte, la corrupción activa se prevé en el *artículo 9.º*, que sanciona a quien, por sí o por persona interpuesta, con su consentimiento o ratificación, dé o prometa a un agente deportivo, o a un tercero con conocimiento de aquel, una ventaja patrimonial o no patrimonial, que no le sea debida, con el fin indicado en el precepto anterior, castigándolo con pena de prisión de 1 a 5 años. Además, en este supuesto —y esta es también una diferencia con la regulación española—, la tentativa es punible.

El *artículo 10.º* se destina a tipificar el tráfico de influencias, el cual se encuentra dividido en tres apartados. El primero, castiga a quien, por sí o por persona interpuesta, con su consentimiento o ratificación, solicite o acepte, para sí o para un tercero, una ventaja patrimonial o no patrimonial, o su promesa, para abusar de su influencia, real o supuesta, sobre cualquier agente deportivo, con el fin de obtener cualquier decisión destinada a alterar o distorsionar (falsear) el resultado de una competición deportiva, siendo punido con prisión de 1 a 5 años si es que no es aplicable una pena más grave en virtud de otro precepto legal. El segundo párrafo pune a quien, por sí o por persona interpuesta, con su consentimiento o ratificación, dé o prometa a otra persona una ventaja patrimonial o no patrimonial, para el

⁵² El texto de la citada *Lei* 50/2007 puede ser consultado en la web de la *Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa*. Fuente: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1085&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

⁵³ CLÁUDIA CRUZ SANTOS: *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto...*, *op. cit.*, p. 178.

fin referido en el apartado anterior, siendo castigado con pena de prisión de hasta 3 años o pena de multa, si no es aplicable una pena más grave en virtud de otra disposición legal. Además, el tercer apartado se remite a las disposiciones sobre dispensa o atenuación de la pena contenidas en el artículo 13.º. Esta norma constituye otra diferencia sustancial con la regulación española, que no sanciona específicamente un ilícito de tráfico de influencias en el deporte.

Brevemente, se indica que los *artículos 10.º-A y 11.º* se refieren a la tipificación de la oferta o recibimiento indebido de ventaja —configurándose como una suerte de tipo residual— y de la asociación criminal, respectivamente.

A renglón seguido, el *artículo 12.º* contiene una serie de agravaciones aplicables a las conductas delictivas previstas en los números anteriores: en lo que nos incumbe, respecto de la corrupción pasiva, si el agente deportivo fuere dirigente, árbitro, empresario o persona colectiva deportiva (número 1); respecto de la corrupción activa, si el sujeto activo fuese agente, dirigente, árbitro, empresario o persona colectiva deportiva (número 2); se sanciona más gravemente el supuesto de que la ventaja fuere de valor elevado (número 3) o de valor considerablemente elevado (número 4), remitiéndose para la definición de estas cuantías a lo previsto en el artículo 202.º del Código penal (número 5) y estableciendo un tipo híperagravado en el número 6 para el supuesto de que concurran más de una de las circunstancias anteriores.

Finalmente, en este rápido análisis de la normativa portuguesa, el *artículo 13.º*, en relación a la corrupción deportiva de los artículos 8.º y 9.º, establece que la pena puede ser especialmente atenuada si el sujeto colabora concretamente en la obtención de pruebas decisivas para la identificación o la captura de otros responsables (letra a) y que el agente puede quedar exento de pena si repudia voluntariamente, antes de la comisión del hecho, la oferta o promesa que hubiere aceptado o restituye la ventaja o, en el caso de bienes fungibles, su valor.

Como puede observarse, la norma portuguesa, de carácter especial y vocación de compleción, establece, de forma pormenorizada, la responsabilidad penal por la comisión de una serie de conductas antideportivas, aportando al intérprete y al operador jurídico una cierta seguridad en torno a los límites de la incriminación. Se observará a continuación que este objetivo no se ha conseguido en tan alto grado en el caso de la regulación española.

3.2. España.

En España, a diferencia de lo que se ha revisado en el ordenamiento portugués, la tipificación de la corrupción deportiva se incardina como una submodalidad —una especie dentro del género— de corrupción (empresarial) entre particulares. La figura se estableció en el apartado 4º del artículo 286 bis del Código penal —que es el dedicado a la corrupción privada—, introduciéndose en el texto legal en virtud de la reforma de dicho Código obrada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Inicialmente, este tipo de corrupción se ubicó en una nueva Sección 4ª —instituida “De la corrupción entre particulares” —, dentro del Capítulo XI —“De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, *al mercado y a los consumidores*— del Título XIII —Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico— del Libro II del Código Penal. No obstante, la primera reforma que afectó al artículo 286 bis, obrada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, entre otros aspectos, varió la ubicación sistemática del precepto, renombrando la citada Sección 4ª como “Delitos de

corrupción en los negocios” y aglutinando la figura de corrupción privada y deportiva y la destinada a castigar la corrupción en las transacciones económicas internacionales, anteriormente prevista entre los delitos contra la Administración Pública. Ello, en palabras del legislador de la reforma penal de 2015, con la idea de aunar “los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas”⁵⁴, lo cual incide decisivamente, para la corriente doctrinal mayoritaria entre la que me incluyo, en la definición del bien jurídico protegido en el tipo de corrupción privada y, consecuentemente, en la modalidad de fraude deportivo⁵⁵, hasta entonces objeto de intensos debates teóricos.

El precepto que se está estudiando aún sería objeto de una nueva modificación en el año 2019, en virtud de lo dispuesto por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero⁵⁶, la cual, si bien no afectó directamente al tipo deportivo, sí amplió el catálogo de verbos rectores que definen la comisión delictiva de la corrupción pasiva entre particulares (apartado 1 del artículo 286 bis del Código penal) —para dar cumplimiento a las recomendaciones aportadas a España en la Tercera Ronda de evaluación realizada por el GRECO, según reconoció el legislador de esta reforma—; hecho que, asimismo, incide en la configuración del delito de corrupción deportiva.

En este punto, merece cierto detenimiento el comentario sobre la técnica legislativa empleada para tipificar la corrupción en el deporte en el ordenamiento jurídico español. A diferencia del caso portugués, cuya ley penal especial se dedica específicamente a regular la responsabilidad penal por comportamientos antideportivos —incluyéndose necesarias disposiciones generales como el objeto de la norma y la definición de determinados elementos comunes a las figuras—, en nuestro país la figura se incorpora dentro del Código penal, sin la suficiente motivación del legislador —ni en el momento de su previsión *ex novo* ni para las sucesivas reformas— y presentándose un tipo penal que concreta algunos de sus elementos por *remisión* a lo dispuesto respecto de la corrupción privada y que define algunos otros acudiendo a normativa extrapenal (técnica de *norma penal en blanco*).

Permítaseme profundizar en el primero de los aspectos apuntados: el apartado 4º del artículo 286 bis *se remite* a los tres anteriores para configurar las modalidades de corrupción activa y pasiva en el deporte, así como la modalidad atenuada del número 3, que también es aplicable en este supuesto. Para la regulación de los tipos de corrupción activa y pasiva, la figura deportiva toma de los apartados 1 y 2 la naturaleza del delito —común para la corrupción activa; especial para la corrupción pasiva—, la concreción de la prestación —actuación que supone un favorecimiento indebido al corruptor u otra persona— y de la contraprestación o soborno —ventaja, de cualquier naturaleza,

⁵⁴ El texto de la citada Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE núm. 77, de 31.03.2015) puede ser consultada en la web de la *Agencia Boletín Oficial del Estado*. Fuente: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

⁵⁵ En tal sentido me pronuncio en JAVIER SÁNCHEZ BERNAL: “Los delitos de corrupción en el deporte en España, Portugal y Brasil. Similitudes y diferencias”, *Revista de Estudios Brasileños*, vol. 6, nº 12, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2019, p. 19.

⁵⁶ El texto de la citada Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero (BOE núm. 45, de 21.02.2019) puede ser consultada en la web de la *Agencia Boletín Oficial del Estado*. Fuente: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2363. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

no justificados— objetos de corrupción, la enumeración de los verbos rectores de las respectivas dinámicas comisivas —corrupción pasiva: recibir, solicitar o aceptar un soborno, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo; corrupción activa: prometer, ofrecer o conceder el soborno— y las penas —prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja, las cuales son comunes para todo el artículo 286 bis del Código penal—.

Así, la redacción vigente del delito de corrupción deportiva dispone:

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos [esta es la analizada cláusula de remisión a la modalidad de corrupción privada empresarial], a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquélla en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate⁵⁷.

Así las cosas, como se puede comprobar, lo único que hace el apartado 4º es definir expresamente el elenco de sujetos activos de la modalidad de corrupción deportiva pasiva —directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces— y concretar en qué debe consistir el acto de favorecimiento frente a otros que constituye la prestación corrupta —predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva—.

El segundo párrafo del apartado 4º, a su vez, contiene una definición auténtica de qué se debe entender por prueba, encuentro o competición deportiva *de especial relevancia económica o deportiva*, siendo que la especial relevancia económica se determina cuando “la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación (directa) en la actividad”, mientras que, en la definición de *especial relevancia deportiva* encontramos la ya mencionada norma penal en blanco, pues, para considerar tal es preciso acudir a normativa extrapenal: el respectivo “calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente (que catalogue el evento) como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate”.

⁵⁷ La versión vigente de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, 24/11/1995) puede ser consultada en la web de la *Agencia Boletín Oficial del Estado*. Fuente: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Fecha de última consulta: 20 de diciembre de 2022.

Permítaseme un brevísimo excurso: por evidentes razones de espacio, no se ha podido entrar a abordar la cuestión problemática del bien jurídico protegido en este delito. Baste señalar que esta es otra de las grandes diferencias con el ordenamiento portugués en el que la propia *Lei 50/2007* fijaba el interés digno de tutela en la verdad, la lealtad y la corrección de la competición deportiva y de su resultado. En nuestro caso, debido a la falta de concreción por parte del legislador español, existen diversas corrientes que enarbolan un debate que está lejos de resolverse: existen autores que afirman que, de la regulación vigente, no puede extraerse ningún interés digno de tutela penal⁵⁸, otro grupo sostiene la idoneidad de protección del *fair play* o juego limpio⁵⁹ o, de modo más elaborado, la lealtad deportiva⁶⁰ y, en último lugar, nos encontramos quienes, en atención a la ubicación sistemática del tipo y a la redacción dada tras las últimas reformas, nos inclinamos por entender salvaguardados los intereses económicos⁶¹ derivados de la prueba, encuentro o competición deportiva.

En añadidura, junto al diseño del tipo básico de corrupción deportiva previsto en el artículo 286 bis, apartado 4º, en relación a los números 1 y 2, deben mencionarse brevemente dos cuestiones adicionales:

La primera de ellas relativa a la regulación de los denominados tipos derivados. Se ha aludido ya a la modalidad atenuada, regulada en el apartado 3º y que, de acuerdo a la opinión doctrinal mayoritaria, es aplicable tanto a la modalidad de corrupción privada empresarial como deportiva. En ella, se faculta al órgano juzgador a imponer la pena de prisión inferior en grado y a reducir la de multa a su prudente arbitrio en atención a la menor cuantía del beneficio o valor de la ventaja, o a la menor trascendencia de las funciones del culpable.

En segundo término, el artículo 286 quater del Código penal —introducido en la reforma de 2015—, contiene un delito agravado de corrupción en los negocios, el cual enumera una serie de circunstancias que suponen hechos de especial gravedad y conlleven la imposición de las respectivas penas en su mitad superior, pudiéndose llegar a la pena superior en grado. Algunos de estos supuestos son aplicables a todos los delitos de corrupción en los negocios —primer inciso, letras a) a d): cuando el beneficio o ventaja tiene un valor especialmente elevado, cuando la acción del autor no sea meramente ocasional, cuando se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo

⁵⁸ MARÍA VIVIANA CARUSO FONTÁN: “El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito...”, *op. cit.*, pp. 171-172; ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ: *Derecho penal del deporte*, *op. cit.*, p. 557.

⁵⁹ MARÍA ISABEL MARTÍNEZ GONZÁLEZ: “Corrupción privada y corrupción en el deporte”, en FRANCISCO MUÑOZ CONDE (dir.), JUANA DEL CARPIO DELGADO y ALFONSO GALÁN MUÑOZ (coords.): *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 366.

⁶⁰ IGNACIO FRANCISCO BENÍTEZ ORTÚZAR: *El delito de “fraudes deportivos”. Aspectos criminológicos...*, *op. cit.*, pp. 118-120.

⁶¹ Si bien soy consciente de que me encuentro en una posición minoritaria, en mi opinión el delito de fraude deportivo en España tutela, en primera línea, las expectativas económicas de los intervinientes en el hecho deportivo y de aquellos terceros directa o indirectamente interesados en la obtención del resultado conforme a las reglas del juego. En extenso, en JAVIER SÁNCHEZ BERNAL: *El delito de corrupción deportiva...*, *op. cit.*, pp. 77-79.

criminal o cuando el objeto del negocio verse sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad— y otros solamente predicables respecto del tipo de corrupción en el deporte —segundo inciso, letras a) y b): cuando el acto corrupto tenga por objeto influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas o cuando sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional—.

Para finalizar esta somera exposición solo resta referir que el artículo 288 del Código penal —en relación al artículo 31 bis y siguientes del mismo cuerpo jurídico— prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando se cometan delitos de corrupción en los negocios, también fraude deportivo, en nombre, por cuenta y en beneficio directo o indirecto de estas.

Breves anotaciones conclusivas.

La corrupción es, hoy en día, un fenómeno delictivo complejo, de marcado carácter transnacional y con vínculos estrechos con otras formas de delincuencia organizada, económica y empresarial.

Junto a las clásicas conductas de corrupción pública, atentatorias del correcto funcionamiento de la Administración Pública (y del desempeño adecuado de la función pública), en las últimas dos décadas, diversas instituciones normativas supranacionales y legisladores nacionales han focalizado su atención en comportamientos venales acaecidos en el ámbito privado, singularmente en la esfera de los negocios.

Uno de los ejemplos de esta política criminal de “tolerancia cero” es el ámbito del deporte. La creciente dimensión mercantil de ciertas disciplinas, sobre todo las profesionales, que lo alejan de ser una mera actividad física saludable, se ha revelado como el caldo de cultivo propicio para la existencia de determinadas manifestaciones de delincuencia económica. Se constatan concretas vulnerabilidades vinculadas al propio entramado institucional, al contexto cultural y a la trascendencia comercial de esta actividad que suponen un relevante aumento del riesgo de comisión de ilícitos tales como el blanqueo de capitales, el dopaje o la corrupción.

Una adecuada estrategia de combate frente a la corrupción deportiva no puede mirar únicamente a la fase de la sanción. Por ello, cada vez cobran mayor importancia los mecanismos de buenas prácticas y de *compliance*, en aras a potenciar, en las instituciones deportivas, una eficaz cultura de la legalidad.

No obstante, ante la inexistencia o la eventual ineficacia de la prevención, se hace preciso contar con mecanismos sancionatorios, de naturaleza disciplinaria y en lo que aquí interesa, penal, que han de ser proporcionales, efectivos y disuasorios, permitiendo responsabilizar, frente a comportamientos de corrupción en el deporte, a personas físicas y jurídicas. En tal sentido, en este trabajo se toman como ejemplo las regulaciones penales de Portugal y España, analizando someramente el diseño de los tipos penales y confrontando certezas y desafíos en la persecución de esta clase de conductas antijurídicas.

IMPLICAÇÕES E IMPACTO DA CONVENÇÃO DE SAINT-DENIS NO REGIME JURÍDICO DA SEGURANÇA E DO COMBATE À VIOLÊNCIA NO DESPORTO

ALEXANDRA REGINA FERREIRA DA SILVA

Autoridade Prevenção Combate à Violência

I. A Convenção de Saint Denis

A segurança dos espetáculos desportivos e, a identificação de fatores de risco, constitui um desafio constante para os organizadores e promotores das competições desportivas, mas, também, para as autoridades públicas com responsabilidades no exercício de competências relacionadas com vertentes safety (de proteção) e de security (segurança).

A Europa tem feito um percurso de aprendizagem dos seus modelos de segurança em eventos desportivos.

Trágicos acidentes como foram os que ocorreram em Ibrox Park no ano de 1971, Bradford e Heysel Park, ambos, ocorridos em 1985 e, Hillsborough em 1989, compeliaram alguns Estados e instituições internacionais, como é o caso do Conselho da Europa (entre outros), a desenvolver um trabalho de identificação e inventariação de fatores de risco e de análise de “boas práticas” tendo como objetivo a segurança dos espetáculos desportivos.

Em 1983 o Conselho da Europa preparou uma recomendação dedicada aos meios culturais e educacionais de redução de violência. Este documento sublinhava também a necessidade de elaborar uma Convenção específica para lidar com o fenómeno da violência associada ao desporto.

A Convenção Europeia sobre a violência e os excessos dos espetadores por ocasião das Manifestações desportivas e nomeadamente nos Jogos de Futebol (European Treaty Series – nº

120) entra em vigor em 1 de novembro de 1985, tendo sido ratificada por 42 estados.¹

Esta Convenção também designada *Convenção nº 120*, visava a prevenção, dissuasão e resposta aos incidentes violentos dentro ou na vizinhança dos estádios (*inside or within the vicinity of stadium* ²).

Diploma de forte pendor securitário tipifica como principais medidas de atuação as relacionadas com o controlo de multidões utilizando o uso de barreiras e vedações ou a afetação de meios policiais para a manutenção e reposição da ordem pública.

Esta Convenção surge poucos meses depois da tragédia de Heysel Park, (1985) sendo notória a influência deste evento no seu conteúdo, especialmente no que se refere ao controlo de adeptos de risco.³

Com esta convenção o Conselho da Europa trilha, fruto dos acidentes referidos, um caminho marcadamente repressivo e securitário.

Contudo a ocorrência de dois episódios como foram os de Valley Parade - casa do Bradford City - que vitimou 56 pessoas e resultou ainda em cerca de 260 feridos⁴ bem como o desastre de Hillsborough em 1989, acentuaram a, incontornável, necessidade de implementação de medidas de prevenção de acidentes -“Safety”- nos espetáculos desportivos.

Através do Comité Permanente de acompanhamento da Convenção de 1985 (Comité -T-RV) o Conselho da Europa viria a apresentar recomendações relacionadas com matérias relacionadas com a segurança dos espetáculos desportivos destacando-se as relativas à remoção de grades e vedações, venda de bilhetes, pirotecnia, stewarding.

Entre 2000 e 2010, destaca-se como exemplo de “boas práticas” o torneio internacional UEFA -Euro 2004. resultando como evidente a necessidade de promover a componente *hospitalidade* porquanto a forma de integração e diálogo com os adeptos nesta competição era um exemplo do impacto das “medidas de serviço” na contenção de fenómenos de violência associados ao espetáculo desportivo.

A profusão de recomendações emanadas pelo Conselho da Europa para complementar a Convenção nº 120 bem como os trabalhos realizados, em junho de 2015, pelo Comité Permanente de Acompanhamento desta Convenção, ajudaram a constatar a *necessidade de um novo texto* que consagrasse uma *abordagem integrada da proteção, da segurança e dos serviços* por ocasião dos jogos de futebol e de outras manifestações desportivas, T-S4.

¹ Para consulta da listagem das assinaturas e ratificações: <https://www.coe.int/en/web/convention/full-list//conventions/treaty>

² Ponto 8 do Explanatory report – CETS 218- integrated Safety, Security and Seervice Approach at sports events, 3.VII.2016

³ CAVALEIRO, RODRIGO, “Abordagem integrada da segurança, da proteção e dos serviços em espetáculos desportivos”, UCP, p.204

⁴ CAVALEIRO, RODRIGO, “Abordagem integrada da segurança, da proteção e dos serviços em espetáculos desportivos”, “(...) o relatório das autoridades britânicas sobre este incidente, elaborado pela comissão Popplewell, conclui e recomenda a necessidade de inspeção das condições de segurança dos estádios, utilização de metais não inflamáveis, formação adequada dos profissionais de segurança envolvidos, existência de planos de segurança e emergência”

Interessa referir o destaque que o “Relatório Explicativo⁵-CETS 218 /para a alteração à convenção nº 120” dá a circunstâncias como o baixo preço praticado pelas companhias aéreas (facilitava a mobilidade de adeptos), o aumento da presença de adeptos nas celebrações desportivas dentro e nas imediações dos estádios, os fenómenos de migração e imigração e suas consequências na presença dos adeptos para apoio dos seus clubes nos espetáculos desportivos, entre outros.

A cerimónia de abertura tendente à assinatura da nova Convenção teve, assim, lugar em Saint- Denis⁶, em 3 julho de 2016, durante o torneio UEFA EURO 2016, no *Stade de France*, por ocasião do jogo entre as seleções da França e da Islândia.

No caso português é através da Resolução da Assembleia da República nº 52/2018 de 20 de fevereiro que a Assembleia da República resolve, nos termos da alínea i) do artigo 161º e do nº 5 do artigo 166º da Constituição aprovar a *Convenção do Conselho da Europa sobre uma abordagem integrada da segurança, da proteção e dos serviços por ocasião dos Jogos de futebol outras manifestações Desportivas*.

Consta como um dos seus objetivos o de que as partes adotem uma abordagem multi institucional, integrada e equilibrada da segurança, da proteção e dos serviços, com base num espírito de parceria e cooperação a nível local, nacional e internacional., cf. artigo 2º da Convenção.

Consignando que se deve assegurar que todas as entidades públicas e privadas e partes interessadas reconhecem que os 3 pilares, segurança, proteção e prestação de serviços não podem ser considerados individualmente e podem ter impacto direto na concretização das outras componentes.⁷

II. Implicações da aprovação da Convenção do Conselho da Europa sobre uma abordagem integrada da segurança, da proteção e dos serviços por ocasião dos jogos de futebol e outras manifestações desportivas.

Estabelece o artigo 79º da CRP, inserido no capítulo III do título III da Lei Fundamental, respeitante aos direitos e deveres culturais, o seguinte: “1. Todos têm direito à cultura física e ao desporto. 2. Incumbe ao Estado, em colaboração com as escolas e as associações e coletividades desportivas, promover, estimular, orientar e apoiar a prática e a difusão da cultura física e do desporto, bem como prevenir a violência no desporto”.

⁵ Explanatory Report CETS 218 Integrated Safety, Security and Service approach at sport events

⁶ Nesta data a convenção foi assinada por 14 estados: <https://www.coe.int/en/web/convention/full.list//conventions/treaty>.

⁷ *Medida de proteção* será qualquer medida concebida e aplicada com o objetivo de proteger a saúde e bem estar de indivíduos e grupos que assistam ou participem num jogo de futebol em qualquer outro espetáculo desportivo, dentro ou fora do estádio *Medida de segurança* será qualquer medida concebida e aplicada com o principal intuito de prevenir e reduzir o risco e/ou de fazer face a qualquer tipo de violência, atividade criminosa ou distúrbios causados por ocasião de um jogo de futebol ou de qualquer outros evento desportivo, dentro ou fora do estádio. *Medida de serviço* será qualquer medida concebida e aplicada com o intuito de fazer com que os indivíduos e grupos se sintam confortáveis, estimados e bem-vindos durante um jogo de futebol ou evento desportivo dentro e fora de um estádio, cf. artigo 3º da Resolução da Assembleia da República nº 52/2018 de 20 de fevereiro.

Este preceito constitucional, para além de erigir o direito à educação física e ao desporto à categoria de direito fundamental, estabelece as principais tarefas do Estado para efetivar esse direito, *incumbindo, ainda, ao Estado, por determinação constitucional, prevenir a violência no desporto, obrigando à adoção das medidas necessárias e adequadas a essa prevenção.*

Por seu turno, a Lei nº 5/2007, de 16 de janeiro, que estabelece as bases das políticas de desenvolvimento da atividade física e do desporto, prevê, no seu art.º 3º, o *princípio da ética desportiva*, segundo o qual a atividade desportiva deve ser desenvolvida em observância dos princípios da ética, da defesa do espírito desportivo, da verdade desportiva e da formação integral de todos os participantes, reforçando-se também ao nível infraconstitucional, que é uma incumbência do Estado adotar as medidas tendentes a prevenir e a punir as manifestações antidesportivas, designadamente a violência, a dopagem, a corrupção, o racismo, a xenofobia e qualquer forma de discriminação (cf. art. 3º, nº 2, do mencionado diploma).

Com vista a conferir exequibilidade a tais comandos, o legislador aprovou o regime jurídico da segurança e combate ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espetáculos desportivos, ou atos com eles relacionados, de forma a possibilitar a realização dos mesmos com segurança e de acordo com os princípios éticos inerentes à sua prática, atualmente vertido na Lei nº 39/2009, de 30 de julho, alterada e republicada pela Lei nº 113/2019, 11 de setembro, e com a última alteração e republicação feita pela Lei nº 92/2021 de 17 de dezembro.

A Lei n.º 39/2009, de 30 de julho na sua versão em vigor, é fruto de uma evolução legislativa que desde 1980 através do Decreto-Lei n.º 389/80 de 30 de agosto, tem vindo a consagrar medidas de prevenção, punição e controlo, tendo como fim a prossecução daquele relevante direito e interesse público, como é o de promover, estimular, orientar e apoiar a prática e a difusão da cultura física e do desporto.

Na exposição de motivos subjacente à Proposta de Lei nº 153/XIII, da qual resultou a Lei nº 113/2019, que procedeu à penúltima alteração do regime jurídico do combate à violência, ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espetáculos desportivos, pode ler-se que “(...) decorridos mais de cinco anos sobre a entrada em vigor da Lei n.º 52/2013, de 25 de julho, que procedeu à última alteração do regime jurídico do combate à violência, ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espetáculos desportivos, de forma a possibilitar a realização dos mesmos com segurança, sentiu-se a necessidade de promover uma nova alteração ao mencionado regime jurídico”, sendo, designadamente, necessário “enquadrar a recentemente criada APCVD, melhorar a capacidade dissuasora do seu regime sancionatório, tornar mais eficaz a sua aplicabilidade, conferir maior exigência ao enquadramento previsto para os grupos organizados de adeptos e reforçar a celeridade de tramitação e a transparência dos processos contraordenacionais, que eram da responsabilidade do IPDJ, I.P.” e, concretamente, no que respeita aos grupos organizados de adeptos, determina-se um aumento de 100% dos limites mínimos das coimas aplicáveis aos casos de atribuição de qualquer apoio a grupos organizados de adeptos não registados, nomeadamente através da concessão de facilidades de utilização ou cedência de instalações, de apoio técnico, financeiro ou material. Estabelece-se também a proibição da introdução, posse, transporte ou utilização, fora das zonas com condições especiais de acesso, de megafones e outros instrumentos produtores de

ruídos, por percussão mecânica e de sopro, bem como bandeiras, faixas, tarjas e outros acessórios, de qualquer natureza e espécie, de dimensão superior a 1 metro por 1 metro, passíveis de serem utilizados em coreografias de apoio aos clubes e sociedades desportivas. Finalmente, introduz-se, ao nível das punições previstas para os promotores do espetáculo desportivo, a sanção acessória de interdição de zonas com condições especiais de acesso e permanência de adeptos”.

Neste contexto importa destacar a questão do registo dos *grupos organizados de adeptos*, adiantes designados por GOA, bem como a criação *das zonas com condições especiais de acesso e permanência*, adiante designadas ZCEAP.

Note-se que no plano internacional, a obrigação de registo dos GOA não é inovadora, por exemplo, a legislação espanhola exige igualmente o registo deste tipo de grupos e respetiva proibição de apoio, em caso de falta de registo – cf. artículo 9 da Ley 19/2007, de 11 de júlio, e artigos 21.º a 23.º do Real Decreto n.º 203/2010, de 26 de fevereiro.

Ressalta, assim, do quadro exposto, o propósito claro do anterior e atual legislador em adotar medidas destinadas a prevenir e controlar as manifestações de violência associadas ao desporto, bem como estabelecer normas de disciplina dentro dos recintos desportivos, por forma a permitir que os espetáculos desportivos decorram em observância dos princípios éticos inerentes à prática do desporto e de forma pacífica e segura.

Sendo que o quadro regulador adotado é revelador de uma preocupação acrescida do legislador com a adoção de medidas dirigidas aos grupos organizados de adeptos, considerando o contexto grupal em que os adeptos neles filiados manifestam o apoio ao respetivo clube e a sua forte envolvimento no espetáculo desportivo, suscetível de potenciar fenómenos de violência, prevendo-se, assim, na lei, nomeadamente, deveres dirigidos aos promotores e organizadores dos eventos desportivos especialmente relacionados com a atuação dos grupos organizados de adeptos que apoiem;

Considerando a necessidade de assegurar o sucesso das medidas de prevenção e controlo no combate à violência no desporto, ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espetáculos desportivos, foi através da Lei n.º 113/2019, de 11 de setembro, que alterou e republicou a Lei n.º 39/2009, de 30 de julho, que nos termos da alínea q) do artigo n.º 3 se veio definir “zona com condições de especiais de acesso e permanência de adeptos”, como “a área específica do recinto desportivo integrado em competições desportivas de natureza profissional ou em espetáculos desportivos integrados nas competições desportivas de natureza não profissional considerados de risco elevado, onde é permitida a utilização de megafones e outros instrumentos produtores de ruídos, por percussão mecânica e de sopro, desde que não amplificados com auxílio de fonte de energia externa, bem como de bandeiras, faixas, tarjas e outros acessórios, de qualquer natureza e espécie, de dimensão superior a 1 m por 1 m, passíveis de serem utilizados em coreografias de apoio aos clubes e sociedades desportivas.”

Embora as Zonas com condições especiais de acesso e permanência de adeptos, pareçam constituir uma nova realidade, a verdade é que o legislador mais não fez do que consagrar o que, na prática, sempre existiu, que é uma ou mais zonas do estádio restritas aos filiados em GOA, onde utilizam material coreográfico, instrumentos de percussão ou de sopro, megafones, e onde é possível a manifestação dos adeptos de uma forma mais efusiva durante o espetáculo desportivo.

Por outro lado, a obrigação de o promotor implementar a *separação física dos espetadores*, nomeadamente através das operações de venda e controlo de títulos de ingresso não constitui uma novidade da atual Lei em vigor, na redação dada pela Lei n.º 92/2021 de 17 de dezembro.

O legislador de 1989 já consagrava, no Decreto-Lei n.º 270/89, de 18 de agosto, a obrigação de a federação respetiva, sempre que verificasse “indícios da provável ocorrência de distúrbios em determinados jogos, classificar os jogos como «jogos de risco» ou «de alto risco», impondo aos clubes intervenientes medidas especiais de segurança adequadas à situação concreta, designadamente: b) A separação dos adeptos rivais, reservando-lhes zonas distintas; c) O controlo da venda de bilhetes, a fim de assegurar a referida separação.”⁸

Assim, a “*reserva de zonas distintas*” bem como o “*controlo da venda de bilhetes*” já há muito que faz parte do edifício normativo do direito desportivo, decalcando o pendor securitário da Convenção n.º 120.

E nesta senda de resenha legislativa, a Lei n.º 38/98, de 4 de agosto, que revogou o Decreto-lei n.º 270/89, consagrou que incumbia à federações desportivas e às ligas profissionais definir *procedimentos preventivos* (alínea a) do n.º 2 do artigo 4) tendo em conta a *qualificação do espetáculo, por graus de risco*, estabelecida no Decreto-Lei n.º 238/92, de 29 de outubro, contemplando, medidas, a concertar com as autoridades policiais, destacando-se com interesse que a “*A separação dos grupos de adeptos dos promotores do espetáculo desportivo intervenientes, e do visitante, reservando-lhes zonas distintas*”, e “*o controlo da venda de bilhetes, a fim de assegurar a separação mencionada na alínea anterior*”, ou seja a separação dos grupos. E nos recintos onde se disputassem competições profissionais, referia o diploma que “*o organizador da competição desportiva deve instalar um sistema uniforme informatizado de controlo e venda de entradas com introdução de torniquetes que assegurem o fluxo de entradas dos espectadores, constando dos bilhetes de entrada no recinto entre outras menções a da porta de entrada no recinto*”.⁹

Por outro lado o artigo 10.º da Lei n.º 38/98, de 4 de agosto, estipulava que os recintos desportivos onde se disputassem competições profissionais deviam “*ser providos de lugares sentados, individuais e numerados, equipados com assentos de modelo oficialmente aprovado pelo organizador da competição desportiva*” com a implementação de sectores devidamente identificados que permitissem separar fisicamente os espectadores e assegurar uma rápida e eficaz evacuação do recinto desportivo”.

Neste diploma cabia ao Conselho Nacional contra a Violência no Desporto, conforme consta nos artigos 30.º e 35.º, classificar os jogos em função de graus de risco, quando se verificarem indícios da provável ocorrência de distúrbios, e, através da federação ou liga profissional respetiva podia determinar-se a adoção e configuração específica, em função do risco elevado do jogo, nomeadamente e novamente, medidas para : b) A separação dos adeptos rivais, reservando-se-lhes zonas distintas; c) O controlo de venda de bilhetes, a fim de assegurar a referida separação.

⁸ cf. als. a) a c) do n.º1 do art.º 12.º do Decreto-Lei n.º 270/89, de 18 de agosto.

⁹ cf. arts. 7.º e 8.º da Lei n.º 38/98, de 4 de agosto.

E é com a Lei n.º 16/2004, de 11 de maio, que foram aprovadas medidas preventivas e punitivas a adotar em caso de manifestação de violência associada ao desporto, revogando a Lei n.º 38/98. O artigo 5.º deste diploma previa que os recintos desportivos nos quais se realizem competições profissionais ou não profissionais consideradas de risco elevado, sejam nacionais ou internacionais, “devem ser dotados de lugares sentados, individuais e numerados, equipados com assentos, sem prejuízo da instalação de sectores devidamente identificados que permitam separar fisicamente os espectadores e assegurar uma rápida e eficaz evacuação do recinto desportivo”, consagrando o artigo 15.º deste diploma que, Nos recintos em que se realizem competições profissionais e competições não profissionais consideradas de risco elevado compete ao organizador da competição desportiva desenvolver e utilizar um sistema uniforme de emissão e venda de títulos de ingresso, controlado por meios informáticos. (cf. art.º 15.º N.º 1 do referido diploma).

Realçando-se o facto de este diploma fazer expressa menção ao facto de “constituir condição de permanência no recinto que o espetador não circule de um setor para outro”, cf. artigo 11.º da Lei 16/2004.¹⁰

No n.º 4 do artigo 18.º da Lei 16/2004 encontrava-se previsto que “os promotores de espetáculos desportivos devem reservar, nos recintos desportivos que lhes estão afetos, uma ou mais áreas específicas para os indivíduos enquadrados em grupos organizados de adeptos.”, consagrando o legislador de 2004, pela primeira vez a definição do conceito «Grupo organizado de adeptos».

O legislador de 2019 definiu a zona com condições especiais de acesso e permanência de adeptos» como zonas com condições especiais de acesso e permanência de adeptos, onde se pode utilizar material coreográfico, instrumentos de percussão e de sopro e onde podem assistir ao espetáculo desportiva de uma forma mais efusiva.

Por sua vez, o art.º 8.º, sob a epígrafe “Deveres do Promotores, organizadores e proprietários”, estabelece como deveres dos promotores dos espetáculos desportivos “Impedir os grupos organizados de adeptos de aceder e permanecer, antes e durante o espetáculo desportivo, noutras zonas do recinto desportivo que não aquelas que lhes estão destinadas” – cf. al. r) do art.º 8.º do mesmo diploma.

Assim, o cumprimento desta obrigação passa, nomeadamente, pela adoção de entradas exclusivas para as zonas com condições especiais ou para as áreas específicas, pelo controlo da bilhética, e pela adoção de medidas de controlo de passagem das zonas com condições especiais e das áreas específicas para outras zonas do recinto desportivo, através da colocação de barreiras físicas, quer através do recurso a meios humanos, como são os Assistentes de recinto desportivo.¹¹

A violação deste dever constitui contraordenação ao promotor prevista na al. f) do art.º 39.º-B, a que corresponde uma coima graduada entre €5.000 e €200.000, e ainda sanção acessória de realização de espetáculos desportivos à porta fechada, ou a aplicação da sanção acessória de interdição de zonas com condições especiais de acesso e perma-

¹⁰ cf. al. f do nr. 01 do artigo 11.º da Lei 16/2004.

¹¹ Alínea b) do artigo 3º da Lei 39/2009, de 30 de julho na sua redação em vigor.

nência de adeptos do respetivo recinto desportivo, por um período de até 12 espetáculos. – cf. n.º6 do art.º 40.º e n.º 3 e 4 do art.º 42.º do mesmo diploma.

Aqui chegados, importa atentarmos mais pormenorizadamente ao conteúdo dos arts.º 16.º e 16.º-A do RJSED da lei atualmente em vigor.

- O legislador integra estes artigos no Capítulo II atribuindo-lhe o título – “Medidas de Segurança e condições do espetáculo desportivo” e agrupa-os na Secção III deste Capítulo quando trata dos GOA e só dos GOA, utilizando o, sugestivo, título, “Grupos Organizados de Adeptos”;
- Estamos no âmbito de normativo com conteúdo de vertente security, enquadráveis na «Convenção sobre uma Abordagem Integrada da Segurança, Proteção e Serviços por Ocasião de Jogos de Futebol e Outras Manifestações Desportivas» aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 52/2018.

Ao contrário do atual regime jurídico a legislação anterior à assinatura da Convenção de Saint Denis apresentava-se com uma vertente securitária desligada de uma conceção integrada dos três pilares. E afigura-se-nos que a melhor interpretação destas normas será aquela que equacionar uma visão integrada das vertentes de segurança(security), de proteção(safety) e de serviço /hospitalidade (service). Com efeito,

- O artigo 16º estabelece um conjunto de deveres nos nºs 1,2 e 3, para três sujeitos, a saber:
 - Aos grupos organizados de adeptos, cf. nº 1 do artigo 16º, impondo como obrigação, grosso modo, o dever de elaborar e manter atualizada a lista dos seus filados (estão em causa fins de controlo);

A falta desta listagem legitima o impedimento da entrada dos adeptos do GOA no recinto desportivo em causa – cf. n.º 5 do art.º 16.º

- Aos promotores, cf. nº 2 do artigo 16º, impondo como obrigação, grosso modo, o dever de reservar, nos recintos que tutela, uma ou mais área específicas para os filiados dos referidos grupos;

Estas áreas específicas devem ser criadas nos recintos desportivos onde não existam zonas com condições especiais de acesso e permanência de adeptos. Assim, estas zonas acabam por cingir-se aos espetáculos de risco reduzido ou normal inseridos em competições não profissionais de âmbito nacional ou internacional, e, independentemente, do grau de risco, nos inseridos em competições não profissionais de âmbito distrital ou regional.

Em relação aos restantes espetáculos desportivos, devem ser criadas as zonas com condições especiais de acesso e permanência a que alude o art.º 16.º-A, daí a razão do segmento da norma ora em análise, onde se lê: “... sem prejuízo do disposto do artigo seguinte”.

- As Forças de Segurança, cf. n.º 3 do art.º 16.º, envolvidas no policiamento da deslocação de adeptos para recintos desportivos, o dever de delinear um plano de deslocação, que tenha como objetivo o cumprimento de antecedências mínimas de entrada no recinto destes grupos, permitindo a sua acomodação antes do início do espetáculo desportivo.
- O n.º 4 do art.º 16.º prevê que só é permitido o acesso e o ingresso nas áreas específicas para os GOA aos indivíduos portadores de bilhete onde conste o nome do titular filiado. Assim, não basta um adepto ser filiado em GOA para aceder aquela área, sendo necessário que seja portador de um título de ingresso com o seu nome.

Com o legislador de 2013, alteração dada pela Lei n.º 52/2013, de 5 de julho, os promotores dos espetáculos desportivos integrados em competições desportivas de natureza profissional ou não profissional considerados de risco elevado, nacionais ou internacionais, não podiam ceder ou vender bilhetes a grupos organizados de adeptos em número superior ao de filiados nesses grupos e identificados no registo referido no n.º 1 do artigo anterior, devendo, então, constar em cada bilhete cedido ou vendido o nome do titular filiado.

Esta obrigação do promotor de possuir a listagem atualizada dos seus grupos de apoio, era condição sine qua non para a eficácia da presença dos elementos filiados nos GOA nos espetáculos desportivos; caso contrário, o promotor não poderia emitir o bilhete, porquanto em cada bilhete cedido ou vendido, tinha de constar o nome do titular filiado. – cfr. n.º3 do art.º 16.º da Lei n.º 39/2009, de 30 de julho, na redação dada pela Lei n.º 52/2013, de 5 de julho.

O anonimato dos adeptos dos GOA constitui uma das preocupações existentes neste domínio no seio da própria União Europeia (cfr. ponto 3.9 do “Manual de Futebol da UE”, em anexo Resolução do Conselho relativa a um manual atualizado com recomendações para a cooperação policial internacional e medidas de prevenção e controlo da violência e dos distúrbios associados aos jogos de futebol com dimensão internacional em que pelo menos um Estado-Membro se encontre envolvido, publicado no JOUE (3-444/1, de 29 de Novembro de 2016);

Nestes termos, o registo dos elementos dos GOA permitirá um maior controlo por parte das autoridades competentes. É o que decorre, aliás, do artigo 8.º, n.º 1, alínea n) da Lei n.º 39/2009, de 30 de julho, e da própria regulamentação desportiva (designadamente no artigo 35.º, n.º1 do Regulamento das Competições organizadas pela Liga de Portugal), onde se prevê serem deveres dos clubes/promotores do espetáculo desportivo manter uma lista atualizada dos adeptos de todos os grupos organizados apoiados pelo clube fornecendo-a às autoridades judiciais, administrativas e policiais competentes para a fiscalização do disposto na presente lei.

Relativamente às Zonas com condições especiais de acesso e permanência de adeptos (ZCEAP), resulta da lei atualmente em vigor, o seguinte:

- i. O n.º 1 do artigo 16º-A é indiciário de condições de perigo/risco que obrigam o legislador a especificar que o dever do promotor consignado no n.º 2 do artigo 16º, de criar áreas para os filiados nos grupos e outros adeptos, tenham que obedecer a requisitos próprios aquando da verificação de situação de perigo risco - quando os espetáculos desportivos se integrem nas competições desportivas de natureza profissional ou de natureza não profissional forem considerados de risco elevado;
- ii. Por outras palavras, o dever do promotor está consignado no n.º 2 do artigo 16º, o de criar zonas específicas para os GOA, mas sempre que estejamos perante o elemento risco, jurídico penalmente conduzido ao conceito de perigo abstrato, então o legislador quer que o dever de criação cumpra os requisitos constantes nos n.ºs seguintes ao n.º 1 do artigo 16º-A (isto porque o n.º 1 do artigo 16º-A vem concretizar o operador jurídico apostado pelo legislador na parte final do n.º 2 a saber “sem prejuízo do disposto no artigo seguinte”);

- iii. Assim, o artigo 16º-A, é em si uma norma de perigo que regula a forma como o dever do promotor, consagrado no nº 2 do artigo 16º, se cumpre;
- iv. Resulta, em suma, do quadro normativo exposto e atualmente em vigor que nos recintos desportivos onde se realizem espetáculos desportivos que ocorram em contexto de competições desportivas de natureza profissional ou integrados nas competições desportivas de natureza não profissional considerados de risco elevado, o promotor do evento está obrigado a proceder à criação, nesse recinto, de zonas com condições especiais de acesso e permanência de adeptos, que se distinguem das demais zonas do recinto, no essencial, devido ao tipo de manifestação que nela pode ser feita pelo espectador e apoiante de um determinado clube, já que nessas zonas, para além de ser permitida a utilização do material descrito na al. q) do art. 3º da Lei nº 39/2009, também é permitido assistir ao espetáculo desportivo no contexto de um grupo organizado de adeptos, entendendo-se como tal “o conjunto de pessoas, filiadas ou não numa entidade desportiva, que atuam de forma concertada, nomeadamente através da utilização de símbolos comuns ou da realização de coreografias e iniciativas de apoio a clubes, associações ou sociedades desportivas, com carácter de permanência” [vide al. i) do mencionado art. 3º] – cfr. nº 10 do art. 16º-A;
- v. As zonas com condições especiais são destinadas a qualquer adepto e não apenas aos filiados num GOA, sem prejuízo de serem criadas, dentro destas zonas, uma ou mais área específicas para os filiados dos GOA, por força do n.º 2 do art.º 16.º do RJSED. Mas havendo Zona determinada será aí que se devem localizar os membros destes grupos.
- vi. Do n.º 10 do art.º 16.º-A, pode concluir-se que, no caso de os GOA não pretenderem aceder a estas zonas especiais ou não lhes ser permitido o acesso por não respeitarem as condições legais para tal, o promotor deve impedir-lhes a entrada no recinto desportivo – cfr. art.º 8.º n.º 1, als. p) e r). A violação dos deveres constantes nestas alíneas faz o promotor incorrer em contraordenação – cfr. art.º 39.º-B, n.º 1 als. f) e n);
- vii. Para aceder às referidas zonas, sujeitas a particulares condições de segurança, atualmente será necessário ser titular de bilhete nominativo.
- viii. De referir que na atual lei, incumbe ao promotor implementar um sistema de revista obrigatória no que diz respeito aos adeptos que pretendam aceder às zonas com condições especiais de acesso e permanência de adeptos – cfr. n.º4 do art.º 25.º;
- ix. Nessas zonas, é permitida a utilização de megafones e outros instrumentos produtores de ruídos, por percussão mecânica ou de sopro, desde que não amplificados com auxílio de fonte de energia externa, bem como bandeiras, faixas, tarjas e outros acessórios, de qualquer natureza e espécie, de dimensão superior a 1 metro por 1 metro, passíveis de serem utilizados em coreografias de apoio aos clubes e sociedades desportivas;
- x. A utilização destes materiais está sujeita à aprovação conjunta por parte do promotor do espetáculo desportivo e das forças de segurança e emergência médica;
- xi. O promotor deve impedir a utilização destes materiais fora das zonas com condições especiais de acesso e permanência de adepto, quando não sejam da responsabilidade do clube – art.º 8.º n.º 1 al.s) do RJSED;

- xii. Nestas zonas especiais, o promotor do espetáculo desportivo pode definir áreas de assistência com lugares em pé, individuais e numerados, dotados de mecanismos de segurança de modelo oficialmente aprovado que previnam o efeito de arrastamento de espectadores – art.º 17.º; norma com claro pendor safety bem como quando,
- xiii. A delimitação física das zonas de assistência de adeptos num recinto desportivo está plenamente justificada por razões de organização do espaço e segurança, as diferentes zonas/secções do recinto desportivo podem estar isoladas entre si, de maneira a evitar a aglomeração não controlada e mistura de adeptos de equipas diferentes, bem como para evitar situações de sobrelotação de bancadas por via de migração de espectadores;
- xiv. Prevê-se no art. 7º nº 3, al. a) da Lei nº 39/2009 que nas competições desportivas de natureza profissional ou de natureza não profissional consideradas de risco elevado, os regulamentos de segurança e de utilização dos espaços de acesso público – RSUEAP - (que os proprietários dos recintos ou promotores dos eventos desportivos estão incumbidos de elaborar) devem contemplar, designadamente, a separação física dos adeptos, reservando-lhes zonas distintas.

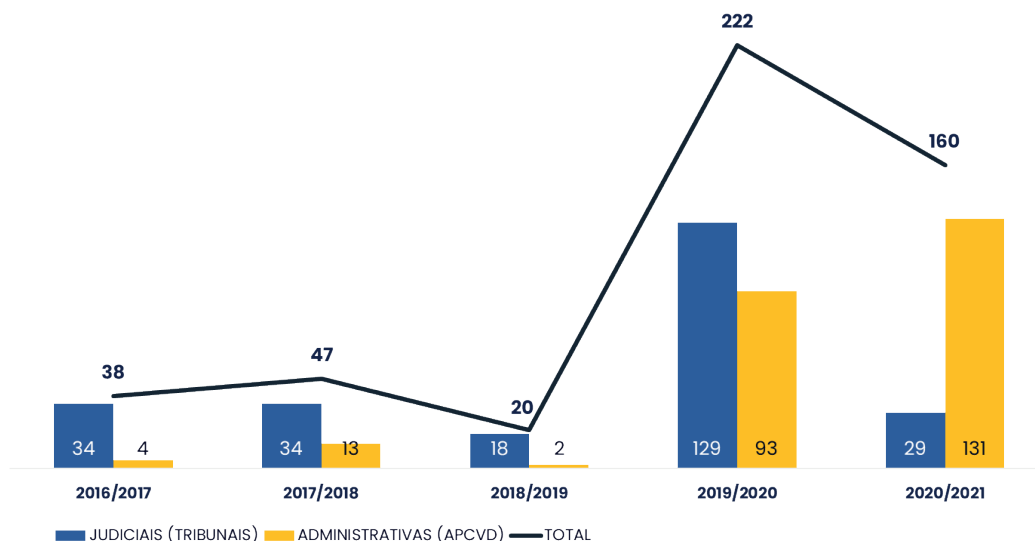
A criação das ZCEAP permite, assim, que os adeptos que pretendam demonstrar de um modo mais efusivo o apoio ao seu clube o possam fazer em condições de segurança, não colocando em perigo ou perturbando os demais espectadores que pretendam assistir ao espetáculo desportivo de uma forma mais contida e serena, designadamente, através da utilização de faixas ou bandeiras de grandes dimensões ou de aparelhos produtores de grande ruído ou do chamado levantamento persistente dos adeptos, sendo necessário compatibilizar as várias liberdades que necessariamente, concretamente, a liberdade de poder exhibir uma bandeira de grandes dimensões, utilizar um instrumento de produção de ruído ou a vontade de permanecer de pé durante todo o jogo, com a eventual vontade de outro adepto de ver o jogo, dentro do possível, sem interferências de objetos de grandes dimensões, ruído exagerado ou sem obstáculos à visualização da área do jogo.

Em suma, estas zonas com condições especiais de acesso e permanência de adeptos foram criadas para isso mesmo, isto é, proporcionar, a todos os adeptos com ingresso válido, condições especiais de permanência não admitidas noutras bancadas.

A lei permite ainda o eventual uso de artefactos de grandes dimensões fora das ZCEAP se os mesmos forem da responsabilidade do promotor do espetáculo desportivo, tendo sido autorizadas pelo organizador da competição e pelas forças de segurança (cfr. a este respeito, n. º7 do art.º 22.º da Lei n.º 39/2009, de 30 de julho);

Relativamente a prevenção e punição de comportamentos repreensíveis, o nº 2 do artigo 10º da Resolução nº 52/2018 de 20 de fevereiro consagra que as “Partes assegurarão de acordo com o direito nacional e internacional a *adoção de medidas de exclusão efetiva*, ajustada em função do tipo e local de risco, e fim de desencorajar e prevenir atos de violência ou distúrbios:

O quadro infra, retirado do RAVID¹² apresentado em finais de 2021, é exemplificativo do *impacto destas medidas*,



Ora

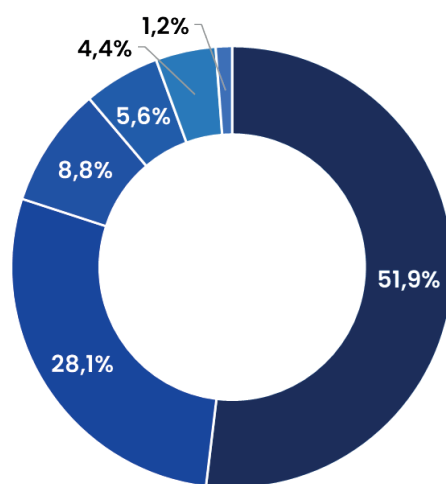
Uma novidade na redação em vigor da Lei 39/2009, na redação dada pela Lei 113/2019, foi a consagração a Medida Cautelar quando se verificassem fortes indícios da prática de ilícito contraordenacional previsto nas alíneas d), g) h) e j) do nº 1 do artigo 39º, ou seja, sempre que resulte fortemente indiciada prática:

- De atos ou incitamento à violência, racismo, à xenofobia e á intolerância;
- A introdução de ou utilização de substâncias ou engenhos explosivos, artigos de pirotecnia ou de objetos similares;
- o arremesso de objetos fora dos casos previstos para efeitos de ilícito crime;
- a introdução ou posse transporte de megafones/instrumentos produtores ruído-percussão mecânica ou sopro bem como bandeiras, faixas outros acessórios com dimensão superior 1m por 1m passíveis de serem utilizados em coreografias não autorizadas.

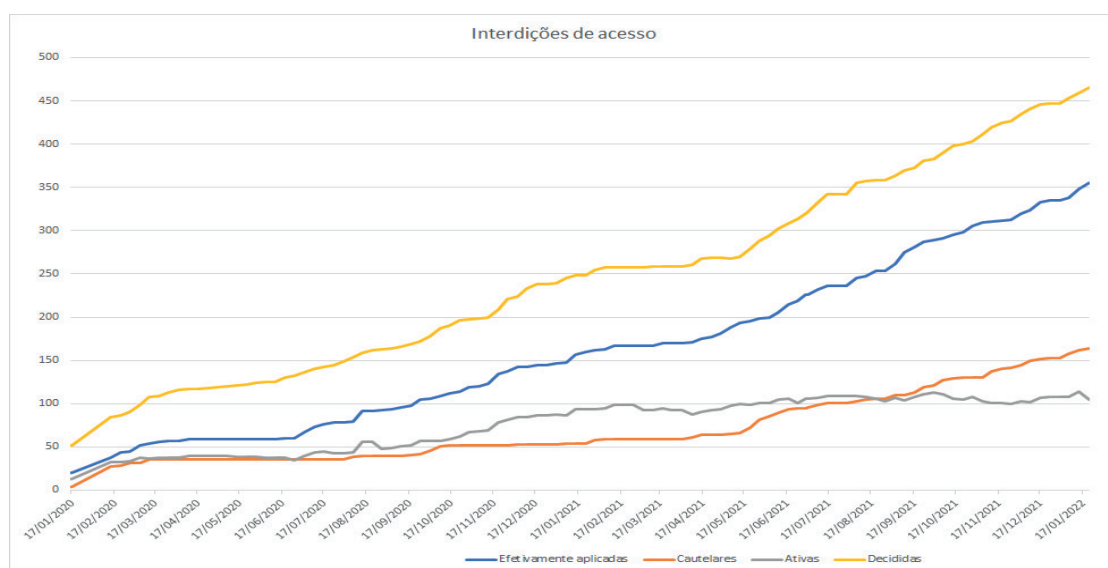
A este propósito podemos verificar, *por área de ilícito* o seguinte quadro, retirado RAVID 2021:

¹² Relatório avaliação violência desporto APCVD

DISTRIBUIÇÃO POR TIPOLOGIA DE INCIDENTES	2020/2021	2019/2020
Posse/Usos de artefactos pirotécnicos	83	44
Incitamento à violência, ao racismo, à xenofobia e a intolerância	45	69
Arremesso de objetos	14	14
Injúrias	9	14
Invasão da área de espetáculo desportivo	7	19
Agressões	2	62
TOTAL	160	222



A consagração da Medida cautelar bem como a tramitação dos processos dentro de prazo de 180 dias, cf. o nº 3 do artigo 43º, teve necessário *impacto na exclusão de adeptos de risco* a partir de 2019 como se pode verificar no quadro infra:



13

De referir que o regime jurídico da segurança e combate ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espetáculos desportivos consagrado na Lei 39/2009 de 30 de julho, na sua versão em vigor, não é omissivo quanto ao eventual desconto das medidas cautelares na sanção acessória de interdição de acesso a recintos desportivos não se justificando, assim a aplicação subsidiária do Código Penal.

O art.º 42.º da Lei n.º 39/2009, de 30 de julho, na sua atual redação, sob a epígrafe “Sanções Acessórias”, estabelece no seu n.º 2 o seguinte: “O disposto nos n.ºs 2, 3 e 6 do artigo 35.º e no artigo 38.º aplica-se, com as necessárias adaptações, aos casos a que se refere o presente artigo”.

Por sua vez, o n.º 6 do art.º 35.º do mesmo diploma, normativo enquadrado na Seção dos Crimes, dispõe que “para efeitos de contagem do prazo da pena acessória referida no n.º 1, não é considerado o tempo em que o agente estiver privado da liberdade por força de medida de coação processual, pena ou medida de segurança, sem prejuízo do disposto no número seguinte”.

Ora, a medida cautelar de interdição de acesso a recintos desportivos onde se realizem espetáculos desportivos da modalidade em que ocorreram os factos, prevista no n.º 9 do art.º 43.º da Lei n.º 39/2009, de 30 de julho, na sua atual redação, tem uma natureza análoga às medidas de coação aplicadas no quadro criminal¹⁴.

¹³ Fonte: APCVD – atividade sancionatória da APCVD/dados globais 2021-2022

¹⁴ Acórdão do Tribunal Relação de Guimarães nº 1247/21.1T8GMR de 7 de março 2022 que a propósito da deflagração de artefactos pirotécnicos na deslocação de adeptos vem dar provimento à interpretação da entidade administrativa detentora da competência sancionatória, APCVD, ao reconhecer que “(...) a lei 39/2009, na redação conferida pela lei 113/19 de 11 setembro, alargou o âmbito que antes era apenas aplicável aos espetáculos desportivos sendo agora aplicável a quaisquer acontecimentos relacionados com o fenómeno desportivo incluindo as celebrações de triunfos desportivos, comportamentos em outros locais sem ser o recinto desportivo em si mesmo, como locais de treino e destinados à prática desportiva, comportamentos em instalações reservadas aos clubes e sociedades desportivas e na deslocação de adeptos de e para os locais de treino ou recintos desportivos”.

Nestes contextos e entrosados os normativos legais supra referidos, designadamente a remissão legal operada pelo n.º 2 do art.º 42.º para o n.º 6 do art.º 35.º, o tempo em que o infrator se encontra privado de aceder a recintos desportivos ao abrigo da medida cautelar prevista no n.º 9 do art.º 43.º, não conta para efeitos de contagem/determinação do prazo das sanções acessórias aplicáveis nos processos de contraordenação, ficando vedada a possibilidade de desconto do tempo decorrido da medida cautelar na sanção acessória de interdição de acesso a recintos desportivos.

Por último o artigo 5º da Resolução da AR nº 52/2018 de 20 de fevereiro e as medidas de Segurança, Proteção e serviço em estádios, refere que as entidades públicas competentes adotarão regulamentos que garantam a eficácia dos processos de licenciamento dos estádios, da proteção em geral devendo assegurar que os dispositivos conexos com gestão de multidões estejam em conformidades com normas nacionais e internacionais.

Neste sentido encontra-se legalmente consagrada que a aprovação dos regulamentos de prevenção de violência bem como os de segurança de utilização de espaços de acesso público são sujeitos a aprovação e registo pela entidade administrativa competente.¹⁵

¹⁵ Autoridade para a Prevenção e Combate à Violência no Desporto foi criada pelo Decreto Regulamentar n10/2018 de 3 de outubro

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA: BREVE REFERENCIA DESDE LA JURISPRUDENCIA

JULIO BALLESTEROS SÁNCHEZ

Universidad de Salamanca

Introducción

El 23 de diciembre del año 2010 la reforma del Código Penal terminaría con la vigencia del principio *societas delinquere non potest*¹. Igualmente, la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2011 de 1 de junio asevera que se ha abandonado el citado axioma por razones de política criminal. Sin embargo, para algunos autores la Ley Orgánica 5/2010 no supone romper con la vieja locución latina, sino que estaríamos tan solo ante el quiebre de la expresión *societas puniri non potest*². Para estos autores, se considera a las personas jurídicas responsables, sin implicar que el delito es cometido por ellas mismas, por los hechos cometidos por personas físicas vinculadas a la empresa siempre y cuando se den determinadas circunstancias.

En buena medida, este cuestionamiento estaba siendo favorecido por la interpretación literal del artículo 31 bis apartado primero del Código penal donde se afirma: “Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Madrid: Iustel, 2012, p. 162.

² GÓMEZ MARTÍN, V., “Falsa alarma: *societas delinquere non potest*”, en: Ontiveros Alonso, M., (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 209.

o por cuenta de las mismas”. Más allá del debate dogmático penal³ y procesal⁴, que sin ninguna duda es importante, nos interesa resaltar brevemente en este trabajo la aplicación práctica en nuestros tribunales de dicha responsabilidad desde la perspectiva de las garantías⁵. En todo caso, es indudable que este tipo de responsabilidad intenta enfrentar uno de los nuevos problemas que se presenta en nuestras sociedades⁶, la *corporate crime*. En ese sentido, se considera necesario iniciar el presente artículo con unas pinceladas sobre la regulación española en la materia como antesala imprescindible para entender el cómo la normativa española aborda dicha responsabilidad.

1. Configuración de la responsabilidad de las personas jurídicas en el código penal español

El tema de la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido objeto de cuestionamiento desde siempre en el Derecho penal, pero, en las últimas fechas, ha tomado nuevamente impulso desde la incorporación en el año 2010 de dicha responsabilidad al Código penal. Igualmente, debemos mencionar que no ha sido hasta 2015 cuando el debate entre los dos modelos (heterorresponsabilidad o autorresponsabilidad) ha adquirido un mayor grado de protagonismo desde la perspectiva dogmática y procesal. Todo ello, unido a las primeras resoluciones del Alto Tribunal.

La nueva sociedad del riesgo⁷ y, sobre todo, la nueva ciudadanía intolerante al riesgo⁸ ha respondido mayoritariamente sí sobre la necesidad de la mencionada respon-

³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 3ª edición. Navarra: Aranzadi, 2009. SILVA SÁNCHEZ, J., “La eximente de «modelos de prevención de delitos»». Fundamento y bases para una dogmática”, en: Ragués I Vallès y Robles Planas, R., (Dir.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico- empresarial*, Barcelona: Atelier, 2018. MIRANDA RODRIGUES, A., *Direito Penal Económico. Uma Política criminal na era compliance*, 2ª edición, Coimbra: Almedina, 2020. NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid: Iustel, 2008. LAUFER, W., “La culpabilidad empresarial y los límites del derecho”, en: Gómez Jara Díez, C., (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

⁴ GARCÍA CAVERO, P., “Compliance y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa”, *Revista Gaceta Penal & Procesal Penal*, núm. 109, 2018. NEIRA PENA, A., “La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal”, *Política Criminal*, Vol. 11, núm. 22, 2016. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, *Revista Penal*, núm. 35, 2017. VELASCO NÚÑEZ, E., “Medidas cautelares sobre la persona jurídica delincuyente”, en: Pérez-Cruz Martín (Dir.), *Proceso Penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra: Aranzadi, 2017. GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Pamplona: Aranzadi, 2014.

⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal... op. cit.*, p. 164.

⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Reflexiones penales desde Salamanca. Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2018, p. 113.

⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Fundamentos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Lima: Instituto Pacífico, 2020, p. 83.

⁸ De la misma la opinión de CASTRO MARQUINA cuando señala: “la menor tolerancia hacia el riesgo enlaza con la distribución de las externalidades del progreso. Siempre las pagó el mismo sector de la población: al final, la consigna encubierta es socializar las pérdidas y privatizar los beneficios. (...) No parece tan malo que la sociedad sea precavida y tenga cierto aprecio por la seguridad”. CASTRO MARQUINA, G.,

sabilidad. En buena medida, los numerosos escándalos empresariales y políticos en aquellos años previos impulsaron tal decisión. De este modo, en palabras de CADAVID QUINTERO, “se ha producido una aceptación de la necesidad de intervención en este ámbito, que a la vez ha supuesto considerar que las personas jurídicas, pero también otros entes colectivos, son posibles sujetos pasivos del ejercicio del *ius puniendi* estatal”⁹.

Aunque el Código Penal incorporó la mencionada regulación, algunos autores como ROBLES PLANAS han señalado que la responsabilidad de las personas jurídicas es penal *sólo a efectos formales*¹⁰. También podemos mencionar la llamativa afirmación de GRACIA MARTÍN, para él, la responsabilidad penal de las personas jurídicas podría compararse con “un manual práctico de hechicería de vudú haitiano para dotar a la persona jurídica del cuerpo y del espíritu que naturalmente le faltan, para poder afirmar que así ella misma realiza acciones antijurídicas de modo culpable y que por esto puede luego soportar una pena como consecuencia jurídica de sus propias fechorías criminales”¹¹.

En efecto, para los citados autores las cuestiones dogmáticas impedirían calificar dicha responsabilidad como verdaderamente penal. En todo caso, lo cierto es que el Código Penal español en la reforma 5/2010 de 22 de junio incorporó¹² en su artículo 31 bis la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹³ para un determinado número de delitos (*numerus clausus*). Esta introducción se debe a motivos político criminales fundamentalmente.

Por otro lado, se produce un segundo debate en torno a tal responsabilidad. Hay que esclarecer si estamos ante un módulo vicarial o de autorresponsabilidad. Hasta el momento esta no es una cuestión resuelta, nos encontramos en nuestros tribunales con resoluciones en uno y otro sentido. Además, en el propio Tribunal Supremo se ha puesto de manifiesto tal discrepancia a través de un conocido voto particular y de distintas sentencias¹⁴.

La necesidad del Derecho penal económico y su legitimidad en el Estado social y democrático de derecho, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2016, p. 52.

⁹ CADAVID QUINTERO, A., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Una mirada desde el derecho colombiano”, en: Ontiveros Alonso, M. (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 111.

¹⁰ ROBLES PLANAS, R., “Pena y persona jurídica: crítica al artículo 31 bis CP”, *Revista La Ley*, 7705, Sección Doctrina, 29 de septiembre 2011, p. 12.

¹¹ GRACIA MARTÍN, L., “La naturaleza jurídica civil y administrativa de la mal llamada responsabilidad “penal” de las personas jurídicas”, *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, núm. 3, Cedpe, Lima, 2015, p. 67.

¹² Otros países que disponen de ella son: Inglaterra, Escocia, Irlanda, Holanda, Dinamarca, Noruega, Estados Unidos, Canadá, China, Japón, Australia, Austria, Finlandia, Suecia, Bélgica, Rumanía, Portugal, Luxemburgo, Estonia, Francia, Suiza, Eslovenia, Ecuador, Honduras, Argentina, Costa Rica, Bolivia, México y Chile entre otros.

¹³ En el caso francés se recoge a través del término “responsabilidad penal de las personas morales”. El mismo, incluye una variedad amplia de personas jurídicas. POELEMANS, M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso francés”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 28, 2014, p. 114, en: <https://www.chu.eus/documents/1736829/3498354/06-maitena+poelemans+p.pdf>

¹⁴ Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo 506/2018, de 25 de octubre afirma que la responsabilidad penal es vicarial, sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo 234/2019, de 8 mayo señala que el sistema de responsabilidad “está basado en el principio de autorresponsabilidad”. También se inclinan por un modelo de autorresponsabilidad las sentencias del Tribunal Supremo 221/2016, de 16 de marzo y la 668/2017, de 11 de octubre.

Según DEL MORAL GARCÍA, pese a los esfuerzos del legislador en la reforma de 2015 y los pronunciamientos del Tribunal Supremo, el sistema de responsabilidad recogido en el Código penal español sería de “vicariedad matizada por cuanto no se exige para afirmar la responsabilidad de la sociedad la condena previa o simultánea de una persona física; ni siquiera su concreta culpabilidad”¹⁵. Conforme a esto, no podrá existir un delito atribuible a la organización sin la previa comisión delictiva de una persona física. Finalmente, el citado autor, Magistrado del Tribunal Supremo, concluye que se trata de un “sistema de responsabilidad criminal vicaria (a) acumulativa o dual (b) y directa (c) y restringida (d)”¹⁶.

En todo caso, retomando la legislación española, sería conveniente avanzar hacia un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que encuentre su fundamento en la autorresponsabilidad¹⁷. Desde dicho planteamiento se evitan algunas de las inconsistencias dogmáticas más fuertes que ofrece el modelo de transferencia o vicarial. El fundamento de los postulados de la autorresponsabilidad descansa en la realización de conductas propias¹⁸, es decir, en su propias acciones o interacciones. En ese sentido, como asevera HEINE “se le recuerdan a la entidad sus deberes”¹⁹ para que puedan actuar y organizarse en consonancia con ellos. Sobre esa disputa entre modelos se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia 154/2016²⁰ de 29 de febrero con un extenso voto particular que determina el estado de la cuestión en España hasta la actualidad.

Otra de las cuestiones dogmáticas interesantes en las que profundizar es sobre la posibilidad de atribuir responsabilidad en grado de tentativa a las personas jurídicas. Esta cuestión provocará distintas respuestas en virtud del modelo de responsabilidad al que nos sumemos. Por ejemplo, desde el punto de vista de la autorresponsabilidad, tendríamos que definir si un defecto estructural organizativo en cuanto a la gestión de los riesgos debe generar responsabilidad para el ente, aunque no se llegue a materializar

¹⁵ DEL MORAL GARCÍA, A., “Responsabilidad penal de personas jurídicas: notas con ocasión de la reforma de 2015”, *Revista del Ministerio Fiscal*, 2015, número 0, p. 224.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ BALLESTEROS SÁNCHEZ, J., *Responsabilidad Penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa*, Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021, p. 458.

¹⁸ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial (*compliance programs*)”, en: Goñi Sein, J. L. (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, Madrid: La Ley, 2011, p. 116.

¹⁹ HEINE, G., “La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea”, en: Gómez-Jara Díez, C. (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Navarra: Aranzadi, 2006, p. 173.

²⁰ La sentencia recoge argumentos que en buena medida son atribuibles a los modelos de autorresponsabilidad. La misma señala: “ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica”. Sentencia del Tribunal Supremo Sala Segunda de lo Penal (Sección 1ª), 154/2016, 29 de febrero.

la puesta en peligro o lesión del bien jurídico en cuestión. Es decir, el propio defecto en sí mismo ya sería apto para generar responsabilidad.

En principio, los tribunales españoles han considerado esta posibilidad como viable²¹. Prueba de ello es la sentencia del Tribunal Supremo 165/2020, de 19 de mayo. La misma afirma: “las personas jurídicas pueden cometer un hecho delictivo tanto en grado de consumación como en imperfecto grado de ejecución, como es la tentativa. No existe óbice alguno de naturaleza dogmática, para no hacer esta distinción en la ejecución criminal”. En todo caso, no es aceptable trasladar automáticamente una tentativa de la persona física a la persona jurídica, en tanto en cuanto, la persona jurídica debe responder personalmente por sus propias acciones o interacciones defectuosas.

2. Delitos bajo el régimen de responsabilidad del artículo 31 bis CP

En este momento se quiere llamar la atención sobre el insuficiente catálogo de delitos que provocan la imputación de las personas jurídicas a través del artículo 31 bis CP²². Aunque el abanico de delitos que despierta la responsabilidad penal de las personas jurídicas es amplio tiene un alcance limitado. Es importante entender que las corporaciones son actores principales en la sociedad que cuentan con bastos recursos, de distinta naturaleza, para provocar la lesión de múltiples bienes jurídicos e, incluso,

²¹ La sentencia de la Audiencia Provincial 3.ª Zaragoza 575/2016, de 1 de diciembre, condena a una empresa en grado de tentativa por estafa procesal.

²² El Código Penal español contempla la responsabilidad de las personas para los siguientes delitos: tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis); trata de seres humanos (art. 177 bis 7); delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis); delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197.3 segundo párrafo); descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 quinquies) estafas y fraudes (art. 251 bis); alzamiento de bienes y frustración de la ejecución (art. 258 ter) insolvencias punibles (art. 261 bis); daños informáticos (art. 264quarter); delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado, los consumidores y la corrupción entre particulares (art. 288.1 en relación con arts. 270 a 286 bis. También 285 bis y ter); blanqueo de capitales (art. 302.2); delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social (art. 310 bis); delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis. 5); delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.4); delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328.6); delitos relativos a los materiales y radiaciones ionizantes (art. 343.2); delitos de riesgo por explosivos y otros agentes susceptibles de causar estragos, así como delitos relativos a sustancias destructoras del ozono (art. 348.3); delitos contra la salud pública (arts. 362, 366 y 369 bis); falsificación de moneda (art. 386.5) y tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje (art. 399 bis); cohecho (art. 427bis); tráfico de influencias (art. 430); malversación de caudales públicos (art. 435.5) corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445.2); delitos contra los derechos fundamentales y las libertades públicas (art. 510 bis), delitos vinculados al terrorismo (art. 580 bis). A este listado habría que añadir recientemente los delitos de acoso sexual (art. 184), prostitución explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 ter), y trato degradante (art. 173.1) y descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 quinquies); los delitos de frustración de la ejecución (art. 258ter) y los delitos de discriminación (art. 510ter). También, esta responsabilidad será aplicable en determinados supuestos de contrabando conforme a la Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando. De todos ellos, admiten la modalidad imprudente: insolvencias punibles (259.3 CP); blanqueo de capitales (301.3 CP); delitos medioambientales (331 CP); delitos contra la salud pública (367 CP); financiación del terrorismo (576.4 CP) y el contrabando (regulado en virtud del artículo 3.3 en relación con el art. 2.6 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando).

los derechos humanos²³. Además, suelen ser fenómenos delincuenciales complejos, técnicos, transnacionales y con tendencia a persistir en el tiempo. Buen ejemplo de ello pueden ser los conocidos, internacionalmente, casos de Volkswagen, Odebrecht o Siemens. En definitiva, es necesaria una mayor colaboración entre Estados para reprimir dichos fenómenos y, a su vez, hay que considerar que las organizaciones pueden favorecer otras muchas conductas criminales (que hoy no son punibles para las personas jurídicas) en su beneficio propio.

Los objetos sociales de las empresas son inabarcables y sus actuaciones se extienden a todos los ámbitos económicos y sociales, por ello, su actuación criminal puede afectar a más bienes jurídicos que los que actualmente se protegen a través del artículo 31 bis. Es posible que el legislador pecara de timidez o falta de ambición para abordar una criminalidad tan lesiva como la corporativa. Por ello, deberíamos tomar en consideración el consejo de William SHAKESPEARE cuando afirma: “las medidas templadas, que equivalen a remedios prudentes, son hartamente nocivas cuando el mal es violento”²⁴.

De manera que, debo compartir con DEL MORAL GARCÍA la ausencia de categorías delictivas que muy previsiblemente pueden acontecer en el seno corporativo y que hoy no encuentran respuesta penal. En ese sentido, los delitos contra los derechos, la seguridad y salud de los trabajadores o la apropiación indebida deberían ser incluidos²⁵. Del mismo modo, tiene sentido incorporar los delitos societarios²⁶ (que en muchos casos se relacionan precisamente con el buen gobierno, la transparencia y la fiscalización e inspección)²⁷, el acoso laboral (*mobbing*), las imprudencias profesionales, el acoso inmobiliario²⁸, los delitos de aborto y la eutanasia²⁹. Igualmente, sería verosímil encon-

²³ Cada vez es más frecuente encontrar normas que intentan, a través de la diligencia debida y la prevención, contener los riesgos que emanan para los derechos humanos desde las empresas. Por ejemplo, Ley francesa sobre el deber de vigilancia de las empresas (Ley 2017-399, de 27 de marzo de 2017); Ley contra el esclavismo moderno (Reino Unido, 2016); Reglamento sobre minerales procedentes de zonas en conflicto (Parlamento y Consejo de la Unión Europea, 2016). En cuanto a España, desde el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos del Gobierno de España de 2017 se sostiene que las empresas deben orientar sus protocolos, manuales, códigos, procedimientos y prácticas, con el que se ejerza “diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos”. GOBIERNO DE ESPAÑA. *Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos*, Madrid, 2017, p. 6. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/09/14/pdfs/BOE-A-2017-10516.pdf>

²⁴ SHAKESPEARE citado por SÁNCHEZ GÓMEZ, F., “Vulnerabilidad de las infraestructuras críticas y los servicios esenciales”, en: De La Corte Ibáñez, L. y Blanco Navarro, J., *Seguridad nacional, amenazas y respuestas*, Madrid: LID, 2014, p. 267.

²⁵ DEL MORAL GARCÍA, A., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos contra la Hacienda Pública”, Ministerio de Justicia, p. 1, cita 1, en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292342419979?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_Antonio_del_Moral_Garcia.PDF

²⁶ MAZA MARTÍN, J., *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, Madrid: Wolters Kluwers, 2018, p. 192.

²⁷ No debemos olvidar que una persona jurídica puede ser a su vez administradora de otras personas jurídicas.

²⁸ VELASCO NÚÑEZ, E. y SAURA ALBERDI, B., *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance. 86 preguntas y respuestas*, Navarra: Aranzadi, 2016, p. 83.

²⁹ DEL MORAL GARCÍA, A., “Responsabilidad penal de personas jurídicas: notas con ocasión de la reforma de 2015”, *op. cit.*, p. 228.

trarse situaciones en que la empresa no quiere cumplir su condena (delito de quebrantamiento de condena, art. 468 CP³⁰) o de desobediencia a la autoridad (556 CP)³¹, por lo que se considera apropiada su incorporación al catálogo.

La responsabilidad de los entes colectivos (de naturaleza cuasipenal o parapenal para muchos autores) que rige en Italia incluye delitos no incorporados en la legislación española tales como: societarios; mutilación genital femenina; contra las personas; obstrucción a la justicia; homicidio doloso por violación negligente grave o muy grave de las normas de prevención de riesgos laborales³².

Si bien es cierto que la regulación inicial española recogió un número limitado de delitos, esto quizás fuera bueno para iniciar la aplicación novedosa de tal regulación, debemos ir avanzando en la ampliación de las figuras penales objeto de imputación a las corporaciones hasta situarnos en paralelo con la legislación francesa³³, norteamericana³⁴, austriaca, japonesa³⁵, húngara, holandesa³⁶, belga o rumana³⁷. En dichas

³⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, J., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)”, en Zugaldía Espinar, J. M. y Marín de Espinos Ceballos, E. B., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, Navarra: Aranzadi, 2015, p. 237. MAZA MARTÍN, J., *Delincuencia electoral...*, *op. cit.*, p. 315.

³¹ Con ello se evitarán situaciones propias de los artículos 468 y 556 CP en las que, como describen VELASCO NÚÑEZ y SAURA ALBERDI para el caso de los Estados Unidos, “una multinacional de servicios informáticos, ha desobedecido una resolución judicial en la que se le requería la cesión de datos de un teléfono móvil propiedad de un terrorista”. *Vid.* VELASCO NÚÑEZ, E. y SAURA ALBERDI, B., *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal...*, *op. cit.*, p. 83.

³² JUANES PECES, Á., (Dir.), *Compliance Penal. Memento Experto*, Madrid: Francis Lefebvre, 2017, p. 249.

³³ Francia ha dado pasos firmes en la lucha contra la delincuencia empresarial. Asimismo, también ha impulsado mejoras en cuanto a la transparencia y el control en el sector público. Por ejemplo, ha aprobado la Ley sobre deontología de la función pública y la Ley sobre medidas para la transparencia y lucha contra la corrupción, ambas en 2016. Además, ha creado la Agencia Francesa Anticorrupción. Asimismo, hay que señalar Jean Marie Le Pen y, en particular, el Frente Nacional, ha tenido diversas investigaciones. Tal y como asevera The Guardian: “Le Pen se encuentra bajo investigación desde 2018 por acusaciones de “abuso de confianza” y “malversación de fondos públicos” por el supuesto uso de dinero de la Unión Europea para que los asistentes parlamentarios europeos financiaran los salarios del personal del partido”. Igualmente, el ex presidente Nicolás Sarkozy ha sido condenado recientemente por financiación ilegal del partido político y tráfico de influencias. Años antes, 2011, Jacques Chirac, había sido condenado por malversación. THE GUARDIAN, “El organismo antifraude de la UE acusa a Marine Le Pen de malversación de fondos” en: <https://la-lista.com/the-guardian/2022/04/18/el-organismo-antifraude-de-la-ue-acusa-a-marine-le-pen-de-malversacion-de-fondos>. EL PAÍS, “Nicolas Sarkozy, condenado a tres años de cárcel por corrupción y tráfico de influencias”, en: <https://elpais.com/internacional/2021-03-01/condenado-sarkozy-a-tres-anos-de-prision-por-corrupcion-y-trafico-de-influencias.html>

³⁴ JUANES PECES, Á., (Dir.), *Compliance Penal...*, *op. cit.*, p. 271.

³⁵ NEIRA PENA, A., “La competencia en las causas penales seguidas frente a las personas jurídicas”, *Revista Xurídica Xeral*, núm. 206, 2019, p. 57.

³⁶ URRUELA MORA, A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de lege lata”, en: Romeo Casabona, C. M. y Flores Mendoza, F., *Nuevos Instrumentos Jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Granada: Comares, 2012, p. 488.

³⁷ SANZ MULAS, N., “Criminalidad trasnacional y responsabilidad penal de las personas jurídicas. La necesaria armonización en el marco de la UE”, en: Pérez Cepeda, A., (Dir.), *Política criminal ante el reto de la delincuencia trasnacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 342-343.

regulaciones se prevé que serán todos los delitos del código³⁸, principio de generalidad, los que *a priori* pueden ser atribuidos a las organizaciones jurídicas³⁹. Esto sería lo más óptimo si entendemos que la delincuencia empresarial se caracteriza por su método y no por los bienes jurídicos objetos de lesión. En efecto, los defectos organizativos y la escasa cultura de ética empresarial pueden impactar en diversos bienes jurídicos⁴⁰. En otro caso, por lo menos deberíamos tener un criterio objetivo⁴¹ para la incorporación de los delitos al citado catálogo⁴².

Además, hay que señalar que en los comienzos de la aplicación de este tipo de responsabilidad existían ciertas dudas sobre si técnicamente era posible imputar a las personas jurídicas por vía del artículo 31 bis los delitos contra los derechos de los trabajadores configurados en el título XV del Código penal (artículos 311-318), pues bien, el Tribunal Supremo en su sentencia 121/2017, de 23 de febrero⁴³ despeja las dudas en un caso en el que una empresa (Paradela S.L) estaba acusada de emplear a trece trabajadores sin darles de alta ante la Seguridad Social. El Tribunal Supremo concluyó que dicha entidad “no puede ser acusada por este delito a tenor del art. 31 bis CP. El art. 318 no se remite al art. 31 bis. Lo que hace - mediante una cláusula que está vigente desde la LO 11/2003 y por ello con anterioridad a que se implantase la responsabilidad penal de las personas jurídicas por LO 5/2010- es permitir la atribución de la pena en tales casos a los administradores y que quepa imponer alguna de las medidas del art. 129 CP a la persona jurídica; pero ésta no puede ser acusada como responsable penal”.

De este modo, conductas graves del ámbito laboral como las que a continuación se señalarán no estarán amparadas por la protección del 31 bis, sin que ello responda a ningún criterio político criminal razonable u objetivo. Los trabajadores son un eslabón frágil en nuestras sociedades caracterizadas por el desempleo, la precariedad y la competitividad. Sin olvidar, la intensa guerra económica en la que se encuentra el mundo. Dentro de las conductas que estarían excluidas de tal responsabilidad podemos señalar:

- Imponer o engañar a los trabajadores para que trabajen en condiciones laborales que provoquen inseguridad, por ejemplo, no facilitando mecanismos de

³⁸ En el caso de Alemania, aunque se trata de una responsabilidad administrativa, se activa ante cualquier delito o infracción contravencional. Como se ha señalado JUANES PECES, “los entes colectivos pueden ser declarados responsables por la comisión de cualquier delito (*Straftat*) y cualquier infracción contravencional (*Ordnungswidrigkeit*). Es decir, todo los ilícitos del código penal y las contravenciones que se rigen por la OWiG”. Vid. JUANES PECES, Á., (Dir.), *Compliance Penal...*, *op. cit.*, p. 243.

³⁹ Como ha señalado DANNECKER, “las experiencias de los países angloamericanos muestran que la mayoría de los delitos pueden ser también cometidos por personas jurídicas”. DANNECKER, G., “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista La Ley*, núm. 7, 2001, p. 50.

⁴⁰ En todo caso, sería conveniente replantearse el requisito de haber cometido el delito en búsqueda de un supuesto beneficio económico en delitos, por ejemplo, vinculados al terrorismo o a conductas sexuales.

⁴¹ Debo sumarme a la opinión de BACIGALUPO SAGGESE al señalar: “la lógica de la selección grupo de delitos que ha hecho el legislador no es descifrable”. BACIGALUPO SAGGESE, S., “Tendencias de política criminal en la prevención de la corrupción y delitos económicos transnacionales”, en: Castro Moreno, A. y Otero González, P. (Dir.), *Corrupción y delito: Aspectos de Derecho Penal Español y desde la perspectiva comparada*, Madrid: Dykinson, 2017, p. 69.

⁴² MAZA MARTÍN, J., *Delincuencia electoral...*, *op. cit.*, p. 190.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo Sala Segunda de lo Penal (Sección 1ª), 121/2017, 23 de febrero.

protección o no propiciación condiciones de seguridad.

- Impedir el derecho de huelga.
- Tener trabajadores sin dar de alta en la Seguridad Social.
- Discriminar a algún trabajador por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad o por cualquier otra circunstancia personal o social.

En este sentido, cabe posicionarse, al igual que la legislación italiana⁴⁴ a favor de que delitos de esta naturaleza sean imputables a las personas jurídicas directamente y, que, los programas de cumplimiento sirvan de herramienta para la protección y salvaguarda de las condiciones laborales, sociales y económicas de los empleados. Que no olvidemos, son el eslabón más débil del proceso de globalización laboral. La orientación político criminal sería clara y coherente, reforzar y proteger los derechos de los trabajadores recogidos en las leyes generales⁴⁵ y en los contratos de trabajo.

3. Sujetos penalmente responsables bajo la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Respecto de los sujetos activos que pueden ser objeto de imputación penal dentro del régimen recogido en el artículo 31 bis CP hay que detallar que son penalmente responsables las siguientes entidades⁴⁶: sociedades civiles; sociedades mercantiles personalistas; sociedades mercantiles capitalistas; asociaciones; fundaciones; sociedades ocultas; sociedades en formación; sociedades irregulares; cooperativas⁴⁷; sociedad agraria de transformación; sociedad profesional; entidad de capital riesgo; agrupación de interés económico; los partidos políticos y los sindicatos.

Las personas jurídicas de pequeñas dimensiones⁴⁸ también serán penalmente responsables⁴⁹, el único matiz es que si quiere acreditar un *compliance* eficaz este puede ser menos robusto estructuralmente⁵⁰. En ese sentido, la sentencia de la Audiencia Pro-

⁴⁴ ESCURA, *Responsabilidad penal de personas jurídicas en casos de delitos contra los derechos de los trabajadores*, Circular núm. 47/17, marzo 2017, p. 2, en: <http://www.escura.com/archivos/pdf/responsabilidad-penal-personas-juridicas-delitos-contra-derechos-trabajadores-47-2017.pdf>

⁴⁵ Ley del Estatuto de los Trabajadores, Ley Orgánica de Libertad Sindical, Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Ley de Igualdad, etc.

⁴⁶ AYALA DE LA TORRE, J., *Claves Prácticas. Compliance*, Madrid: Francis Lefebvre, 2016, p. 57.

⁴⁷ En la sentencia del Juzgado de lo Penal 17, de Barcelona, de 19 de septiembre de 2019, se enjuicia a una cooperativa que no había evaluado los riesgos propios de su actividad. La sentencia afirma que la cooperativa como persona jurídica ocupa “la posición de garante... que implica un deber jurídico de actuar, introduciendo medios de control”.

⁴⁸ En España el 99% de las empresas son pequeñas.

⁴⁹ Sin embargo, la STS 4116/2022 de 11 de noviembre señala: “las premisas de organización y complejidad está en la base de su propio fundamento, como elementos propios para conformar su culpabilidad, distintos de los de la persona física”.

⁵⁰ Art. 31 bis. 3 CP. “En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de adminis-

vincial 5ª 701/2018, de 16 de noviembre afirma: “La formalización de los controles (preventivos) no puede ser la misma en una empresa de grandes dimensiones, que, en una familiar, pero...la regulación legal de la exención exige, para su operatividad, que dichas estructuras de control existan, aun cuando resulten más o menos estructuradas”.

La ley excluyó, sin embargo, la responsabilidad penal para el Estado, administraciones públicas territoriales (estatales, autonómicas, locales) o institucionales, organismos reguladores (por ejemplo el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores), entidades públicas empresariales (ADIF, RTVE, SEPI, ICO) y organizaciones internacionales de Derecho público (ONU, OCDE, OTAN) porque no tendría sentido fijar una pena de multa al propio Estado o sus organismos si finalmente el dinero de la pena recae nuevamente en la Hacienda Pública y, por tanto, en el mismo Estado⁵¹.

También están excluidas de aplicación por vía del 31 bis CP, estando sometidas al régimen del artículo 129 CP, las siguientes organizaciones enunciadas por DE LA FUENTE HONRUBIA: “Comités de ciudadanos. Las asociaciones de hecho. Las sociedades irregulares o sociedades en formación. Las sociedades de hecho. Las comunidades de bienes. Las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal. Las comunidades titulares de montes vecinales en mano común. Las herencias yacentes. Los fondos de inversión. Las uniones temporales de empresas. Los fondos de regulación del mercado hipotecario. Los fondos de titulación de activos”⁵².

Asimismo, tampoco las empresas pantalla o fachada serán imputables por vía del artículo 31 bis CP pues, en sentido estricto, no es posible hablar de responsabilidad penal de la persona jurídica ya que: “el delito no se comete en beneficio de la persona jurídica. (...) es la persona jurídica la que es empleada para el beneficio de quienes cometen del delito”⁵³. Además, las empresas, en estos casos son “simples instrumentos del delito y no auténticos sujetos activos”⁵⁴. En efecto, son casos en los que no es posible hablar de un injusto y culpabilidad corporativos propios, pues lo que se produce es una instrumentalización de la empresa para ser destinada mayoritariamente a actividades ilegales que benefician a las personas físicas que están detrás de ellas.

En cuanto a los partidos políticos y sindicatos hay que señalar que inicialmente

tración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada”.

⁵¹ Señala VERVAELE, que el Estado se pagaría a sí mismo la multa y, además, “el Estado no puede ser privado de sus derechos. En caso de confiscación, los bienes obtenidos, regresan al Estado. (...) En conclusión, la aceptación de la responsabilidad penal y de la posibilidad de perseguir al Estado, conduciría a nuevos problemas” VERVAELE, J., “*Societas/universitas delinquere et puniri potest: 60 años de experiencia en Holanda*”, en: Ontiveros Alonso, M., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 555. Por el contrario, la inclusión de los entes públicos en tal responsabilidad podría tener ciertas ventajas desde el punto de vista de la prevención general y de la reputación, confiabilidad e imagen de las instituciones.

⁵² DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: Fernández Bermejo, D. y Mallada Fernández, C. (Dirs.), *Delincuencia Económica*, Navarra: Aranzadi, 2018, p. 57.

⁵³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: De La Mata Barranco, N.; Dopico Gómez-Aller, J.; Lascraín Sánchez, J. y Nieto Martín, A., *Derecho penal Económico y de la Empresa*, Madrid: Dykinson, 2018, p. 135.

⁵⁴ *Idem*.

quedaron excluidos del régimen aplicable por vía del artículo 31 bis CP. La reforma de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre puso fin a dicha anomalía y afirmó su responsabilidad penal⁵⁵. Dicha incorporación se percibía como imprescindible teniendo en cuenta que han acumulado numerosos⁵⁶ casos de financiación ilegal⁵⁷, puertas giratorias y corruptelas varias⁵⁸, lo que merece una atención especial⁵⁹.

Los Partidos Políticos no se sienten cómodos con la responsabilidad de las personas jurídicas. En palabras de JAVATO MARTÍN: “el Grupo Parlamentario Socialista

⁵⁵ En consideración a los planteamientos de MAZA MARTÍN, se debería incluir dentro del régimen de responsabilidad penal de los partidos políticos conductas propias de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG), es decir, acciones constitutivas o calificables como delincuencia electoral. En este sentido, se incluirían conductas como: falseamiento de cuentas electorales (art. 149 LOREG); propaganda electoral (art. 144.1 LOREG); delitos en materia de encuestas electorales (art. 145 LOREG); delitos tendentes a cambiar el sentido del voto (art. 146.1 LOREG); alteración del orden del acto electoral (art. 147 LOREG); calumnias e injurias en campaña electoral (art. 148 LOREG). En efecto, tiene sentido incluir este tipo de conductas teniendo en cuenta que los partidos políticos son sujetos imputables y que tras la naturaleza de estas conductas se esconde el partido de la agrupación política, por encima incluso, del propio interés de las personas físicas. *Vid.* MAZA MARTÍN, J., *Delincuencia electoral...*, *op. cit.*, pp. 412-413.

⁵⁶ El caso Flick tuvo lugar entre 1969 y 1980, según el cual, el consorcio industrial alemán *Flick* había financiado ilegalmente con cerca de 1.300 millones de euros a partidos políticos de Alemania, pero también supuestamente, entre otros, de España y Portugal. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F., “Política, corrupción y dinero”, en: Lapuente, V. (Coord.), *La corrupción en España. Un paseo por el lado oscuro de la democracia y el gobierno*, Madrid: Alianza Editorial, 2016 p. 99. También otros casos, como señala SANTANA VEGA, que llevaron por título: Filesa, Malesa, Times Sport, Naseiro, Soller, Casinos de Cataluña, caso de las Tragaperras. SANTANA VEGA, D., “El delito de financiación ilegal de partidos políticos”, en: Queralt Jiménez, J. y Santana Vega, D., (Dir.), *Corrupción pública y privada en el Estado de derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 126.

⁵⁷ El bien jurídico protegido en la financiación ilegal de partidos políticos debemos concretarlo en el adecuado y correcto funcionamiento de los partidos en relación en sus funciones constitucionales de interés público encomendadas. En Alemania, por el contrario, el bien jurídico protegido se concreta en el artículo “§31d PartG en la transparencia de las finanzas de los partidos políticos, que a diferencia de lo que sucede en nuestro derecho, tiene rango constitucional en el art. 21.1.4 de la Constitución alemana” JAVATO MARTÍN, A., “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP). Aspectos dogmáticos, político criminales y de derecho comparado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-26, 2017, p. 24. En: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-26.pdf>.

⁵⁸ Destacan personalidades que han tenido cargos públicos como: los exvicepresidentes del Gobierno Rodrigo Rato (tarjetas B y fusión y salida a Bolsa de Bankia) y Narcís Serra (Catalunya Caixa), los exministros Magdalena Álvarez (falsos ERE de Andalucía) y Ángel Acebes (caso Bárcenas y caso Bankia), la Infanta Cristina e Iñaki Urdangarin (caso Nóos), la exsenadora Elena Diego (por su etapa como alcaldesa), el delegado del Gobierno en Murcia, Joaquín Bascañana (Novo Carthago), el exalcalde de Santiago Ángel Currás (Operación Pokémon) y el extesorero del PP Luis Bárcenas. Son cerca de 2000 imputaciones a políticos en los últimos cuatro años, además de la imputación del Partido Popular. 20 MINUTOS, “Bosch (JPD): «Tenemos 2.000 políticos imputados por corrupción y no se ha creado ni un solo juzgado de instrucción»”, en: <http://m.20minutos.es/noticia/2762439/0/bosch-jpd-tenemos-2-000-politicos-imputados-por-corrupcion-no-se-ha-creado-ni-solo-juzgado-instruccion/>

⁵⁹ El artículo 9 bis de la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico financiera de los Partidos Políticos impuso deberes de *compliance* a dichas organizaciones. Concretamente: “Prevención y supervisión. Los partidos políticos deberán adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal”. Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico financiera de los Partidos Políticos. <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3441.pdf>

propuso su exclusión, junto con la de los sindicatos, volviendo al sistema originario de 2010, aduciendo que con ello se podría acabar con su injustificada criminalización⁶⁰. En ese sentido, el citado autor considera que precisamente por la relevancia constitucional de las tareas y funciones que desempeñan los partidos políticos y sindicatos justificaría este régimen de responsabilidad. Los partidos políticos ejercen funciones elementales en un Estado de Derecho⁶¹ y deben ser tanto protegidas como controladas.

Para DE PABLO SERRANO, los partidos políticos “en su actuación, *ad intra*, se comportan como agentes económicos que persiguen sus propios fines particulares, lo que conduce, -como lamentablemente muestra la experiencia o realidad criminológica-, a la realización en su seno de delitos socio-económicos de modo semejante a cualquier empresa o corporación⁶². Asimismo, no podemos olvidar que en las últimas dos décadas las relaciones de los partidos políticos con empresas constructoras en tramas urbanísticas han sido notable. En el presente, el cobro de comisiones indebidas en la vida política también ha sido actualidad.

4. Criterios para imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas

Conforme a los criterios de imputación de la persona jurídica debemos señalar que son dos los expuestos en el artículo 31 bis del Código penal español, por un lado, el de los delitos cometidos en los cuadros superiores de la organización (*apicali* según la terminología de la legislación italiana) 31 bis 1, apartado a) CP⁶³, por el otro, los delitos que se han cometido en la parte inferior de la persona jurídica (*sottoposti*)⁶⁴, 31 bis 1, apartado b) CP⁶⁵. En efecto, la responsabilidad de la persona jurídica dependerá de quién ha realizado el hecho de conexión⁶⁶. Conforme a ello, deberá satisfacer unos u otros requisitos. En este sentido, conviene señalar que para el modelo de imputación de los cuadros superiores hay que atender a los siguientes elementos acumulativamente:

- a) Se ha cometido por sus representantes legales o por quienes actúan individualmente o como miembros de un órgano autorizado a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o por quienes ostenten facultades de organización y control sobre la misma.

⁶⁰ JAVATO MARTÍN, A., “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos...”, *op. cit.*, 2017, p. 36.

⁶¹ SÁNCHEZ GOYANES, E., *Constitución Española Comentada*, Madrid: Paraninfo, 2005, pp. 59-61.

⁶² JAVATO MARTÍN, A., “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos...”, *op. cit.*, p. 36.

⁶³ “De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”.

⁶⁴ ABIA GONZÁLEZ, R. y DORADO HERRANZ, G., *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento – compliance management system*, Navarra: Aranzadi, 2017, p. 27.

⁶⁵ “De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

⁶⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, J., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español...”, *op. cit.*, p. 232.

- b) Que los hechos en cuestión se realicen en nombre o por cuenta de la persona jurídica.
- c) La conducta se realice en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica⁶⁷.

Por el contrario, ante la imputación del delito por haberse realizado por empleados de un segundo nivel, NAVARRO HIDALGO afirma que se despertará la responsabilidad de la persona jurídica “por los delitos que el subordinado haya podido cometer siempre que sea atribuible al gestor la omisión del control debido sobre la actividad del mismo, es decir, la infracción de un deber de vigilancia que le viene impuesto por la Ley”⁶⁸.

Conforme a las exigencias del Código penal se exige dentro de este modelo de imputación que:

- a) La conducta sea cometida por aquellos empleados que están sometidos a la autoridad de los cuadros superiores mencionados en el modelo de imputación recogido en el artículo 31 bis a). Serán subordinados, como señala VELASCO NÚÑEZ y SAURA ALBERDI:

“quienes están sometidos a la autoridad de las personas físicas anteriores (mandos), bien por relación laboral, fija, estable o temporal; bien por relación mercantil, o civil, siempre que trabajen para la persona jurídica ya sea como internos o como externos. Incluyéndose en este caso comerciales, asesores o agentes que trabajan para ellos cuando se comete la acción delictiva por incumplimiento grave del deber de los mandos de supervisarles, vigilarles y controlarles”⁶⁹.

- b) Que la conducta en cuestión se cometa por cuenta de la persona jurídica y dentro de las actividades sociales propias de la organización en cuestión.
- c) La conducta se realice en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica.
- d) Los hechos en cuestión se han podido producir por haberse incumplido gravemente por parte de los cuadros superiores los deberes de supervisión, vigilancia y control del empleado en cuestión, atendiendo las concretas circunstancias del caso. En consecuencia, habrá generar convencimiento en el juez de que tal incumplimiento ha sido grave, en otro caso, los hechos serían atípicos⁷⁰.

Como ha podido observarse, la regulación española contempla dos grupos claramente diferenciados. Por un lado, los apicales, esto es, las personas que en la organización desempeñan funciones de autoridad real (de hecho) o de derecho (formalmente) tales como administradores, representantes legales o apoderados entre otros. Para algunos

⁶⁷ Auto Juzgado de Instrucción 2 Pamplona, de 11/01/2016. “La acción debe valorarse como provechosa desde una perspectiva objetiva, hipotética, razonable, con independencia de los factores externos que puedan determinar que la utilidad no se produzca”. Esta valoración debe realizarse desde una perspectiva ex ante a la realización de los hechos. Sobre este requisito se recomienda la obra monográfica RAGUÉS I VALLÈS, R., *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Madrid: Marcial Pons, 2017.

⁶⁸ NAVARRO HIDALGO, M., “Introducción”, en: Giménez Zuriaga, I. (Dir.), *Manual Práctico de Compliance*, Navarra: Thompson Reuters, Fundación de Estudios Bursátiles y Financieros, 2017, p. 39.

⁶⁹ VELASCO NÚÑEZ, E., y SAURA ALBERDI, B., *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal...*, *op. cit.*, p. 26.

⁷⁰ En la sentencia del Tribunal Supremo 221/2016, de 16 de marzo, se afirma: “los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos”.

autores, en esta categoría se evidencia la existencia de un *cajón de sastre*, pues en ella, tienen “cabida todas aquellas personas que gocen de facultades directivas u organizativas”⁷¹.

Por otro lado, nos encontramos con una segunda categoría que se compone por aquellas personas que estando sometidas a la autoridad y control de los anteriormente citados han podido cometer el delito por no haberse ejercido sobre ellos vigilancia y control suficiente. En efecto, mientras que en el primero de los criterios de imputación (apicales), nos encontramos ante un sistema de responsabilidad cuasi objetiva de corte vicarial (la acción criminal del apical genera responsabilidad para la persona jurídica), en el segundo de los casos, será necesario, además⁷², que el hecho ilícito cometido por el subordinado haya sido posible por haberse incumplido gravemente por el superior los deberes de supervisión y control, lo que guardaría relación con la *culpa in vigilando*⁷³.

En este sentido, el segundo criterio de imputación (subordinados) contiene preceptos que se vinculan al *compliance*, en cuanto que se refiere a medidas de carácter preventivo orientadas al control y la supervisión⁷⁴, lo que podemos vincular de mejor forma con argumentos de injusto y culpabilidad sobre la base de un modelo de autorresponsabilidad, más deseable y respetuoso con la dogmática que el modelo de corte vicarial. Lo cierto es, que el núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica en el primero de los casos también debiera fundamentarse sobre criterios de injusto y culpabilidad propios⁷⁵.

Una vez descrito el modelo de responsabilidad penal que recoge el Código penal es conveniente abordar alguna jurisprudencia menor que pueda darnos pautas sobre lo que realmente nos encontramos en nuestros tribunales a nivel provincial en la práctica diaria.

5. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 417/2017

La Audiencia Provincial de Valencia tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su sentencia 417/2017 de 15 de junio.

⁷¹ GARCÍA MARTÍNEZ, M., “Régimen jurídico de la responsabilidad penal de empresas en España. Ley Orgánica 10/1995 del Código penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus administradores”, en: Giménez Zuriaga, I., (Dir.), *Manual Práctico de Compliance*, Navarra: Thompson Reuters, Fundación de Estudios Bursátiles y Financieros, 2017, p. 51.

⁷² Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo 742/2018, de 7 de febrero se señala: “la necesidad de especificar si ha intervenido o no un incumplimiento grave de los deberes de supervisión o control solo es referible cuando la acción la realizan los empleados”.

⁷³ GARCÍA MARTÍNEZ, M., “Régimen jurídico de la responsabilidad penal de empresas en España...”, *op. cit.*, p. 51.

⁷⁴ La infracción por parte de los cuadros superiores de la organización de los deberes de control y supervisión sobre los subordinados no sería el fundamento óptimo conforme a un sistema de autorresponsabilidad puro, pues estaríamos sustentando la responsabilidad de la persona jurídica sobre la base de 1) la actuación delictiva de los subordinados y 2) la infracción de deberes de control y supervisión de los apicales, ambas, cuestiones atribuibles a las personas físicas. En este sentido, conforme a un sistema puro de responsabilidad lo coherente sería que el fundamento repose en actuaciones propias de las personas jurídicas, el no haber controlado y supervisado a los empleados diligentemente de forma preventiva ni reactiva conforme a un *management* responsable y adecuado a su actividad económica y social.

⁷⁵ AGUADO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, Á. L., *Derecho penal de las personas jurídicas*, Madrid: Dykinson, 2016, p. 37.

En el caso que se nos presenta el titular de la empresa es Clemente, quien posee el 99.88% del capital de la empresa Top Recambios SL (entidad que realiza tareas de reparación de vehículos). La Audiencia condena al titular de la empresa y a la propia empresa por seis delitos fiscales (fraude del Impuesto del Iva y del Impuesto de Sociedades) que datan del periodo 2011 al 2013. Indudablemente, Clemente es parte de la cúspide de la empresa, por lo que el régimen de imputación de la persona jurídica se corresponde con el articulado en el apartado primero del artículo 31 bis, reservado este para los cuadros superiores de las organizaciones.

Lo primero que debemos resaltar es que estamos ante una sentencia de conformidad tras haber alcanzado un acuerdo sobre los hechos en cuestión, su calificación jurídica y la penalidad a imponer a las partes. Clemente aceptó la responsabilidad en su nombre y en el de la persona jurídica. Esta aceptación a su vez se materializó procesalmente a través de los abogados defensores. En particular se afirma: “prestaron conformidad los letrados defensores que no consideraron necesaria la celebración del Juicio”. En efecto, se ha satisfecho lo estipulado en la Circular núm. 1/2011 de 1 de junio, pues el representante de la empresa ha prestado consentimiento, junto con el de su letrado, para llegar a un acuerdo de conformidad según lo previsto en la Lecrim (arts. 655, 694, 697, 784.3 y 787).

De haber asumido únicamente la responsabilidad la persona física sin oír al representante de la empresa habría que haber absuelto a la persona jurídica. Así lo pone de relieve la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 373/2017 de 2 de junio en su Fundamento de Derecho 4.º cuando señala:

“Ambrosio al ser preguntado reconoció los hechos de los que le acusaba el Ministerio Fiscal, en su propio nombre. (...) La Abogada del Estado no solicitó reconocimiento de hechos por la persona jurídica, únicamente formuló preguntas a los acusados el Ministerio Fiscal y repetimos que éste no formulaba acusación a la persona jurídica. No se ha producido, por tanto, ni reconocimiento de los hechos, ni se ha practicado ninguna prueba en el acto de juicio oral respecto de la culpabilidad de la persona jurídica”.

Por otro lado, es interesante detallar que no concurría ninguna otra circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Por lo tanto, podemos aseverar que la corporación no tenía implementado ningún *compliance*. Los hechos en cuestión acontecieron entre 2011 y 2013, época en la que el Código penal aun ofrecía escaso detalle sobre cómo deberían ser los controles internos, de naturaleza preventiva⁷⁶, para evitar la aparición de conductas delictivas de forma eficaz. Esa concreción de los elementos del programa de cumplimiento no llegaría hasta la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo. Esta ley modificó la configuración del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas realizando, como señala el preámbulo, una mejora técnica que delimita “adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal”.

Respecto de los hechos concretos en cuestión, hay que saber que Clemente era, además de titular, el administrador único de la empresa y quién tomaba todas y cada una de las decisiones de la empresa durante esos años. Igualmente, los hechos acredita-

⁷⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Prólogo”, en: Matellanes Rodríguez, N., *Terrorismo, delincuencia organizada y justicia transicional: reflexiones y propuestas penales desde la Universidad de Salamanca*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2020, p. 11.

dos señalan que las irregularidades contables atribuibles a Clemente y Top Recambios se materializaron en una ocultación de ingresos por ventas, en la falta de control de la cuenta de caja y en la no aplicación de un criterio lógico en la valoración de las existencias. De este modo, se produjo una ocultación de las bases imponibles.

En consecuencia, fueron estos los hechos que se reprocharon a la persona jurídica, sin que se argumentara en la sentencia de forma motivada el concreto reproche a la persona jurídica sobre la base de hechos propios que pueden sostenerse más adecuadamente desde los modelos de autorresponsabilidad. En efecto, la sentencia se acogió a argumentos propios de la responsabilidad vicarial con claros tintes de responsabilidad objetiva⁷⁷. La sentencia no plasma serios esfuerzos de motivación desde el punto de vista de la teoría del delito en lo que se refiere al defecto de organización y la culpabilidad de la persona jurídica.

Ello debe ser criticado, pues como se ha recogido en la sentencia del Tribunal Supremo 514/15 de 2 de septiembre de 2015, no importa si estamos ante un modelo vicarial o de autorresponsabilidad. En cualquier caso, todo “pronunciamento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”.

También insiste en ello la sentencia del Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero de 2016 al afirmar:

“Ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos”.

Desde el punto de vista del Ministerio Público también se ha abordado esta cuestión. La Circular núm. 1/2016 de 22 de enero determina sobre tal extremo:

“Debe finalmente quedar claro que no se propone un sistema de responsabilidad automática de la persona jurídica pues, independientemente de que sea la conducta de personas físicas la que transfiera a esta su responsabilidad, el defecto de organización, aun construido por el Legislador como causa de exención de la pena, indudablemente opera como presupuesto y refuerzo de la culpabilidad, desterrando cualquier atisbo de responsabilidad penal objetiva de la empresa”.

Por el contrario, en otras ocasiones, es el caso del Auto del Juzgado Central de Instrucción número 2 de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2018, causa *Caixabank*, la autoridad judicial sí ha realizado un esfuerzo para determinar las irregularidades propias de la persona jurídica. Es decir, desde la propia instrucción judicial de la causa se ha tenido en cuenta la identificación de conductas que son atribuibles a la propia persona jurídica. En efecto, el instructor abordó la causa desde una perspectiva corporativa. Señala el Auto en este sentido:

“En ningún caso Caixabank realizó examen especial sobre ellos ni comunicación por indicios al SEPBLAC. Después de recibir el requerimiento, la entidad debería haber

⁷⁷ Por el contrario, la reciente sentencia del TS 4116/2022 de 11 de noviembre señala que la responsabilidad de la persona jurídica “habrá de serlo por la perpetración de su propio hecho corporativo y en función del reproche culpabilístico de dicho hecho, al margen y obviando criterios de responsabilidad objetiva”.

realizado comunicación por indicios, pero siguió sin hacerlo”⁷⁸; “las oficinas reseñadas incumplieron la propia normativa bancada de la entidad Caixabank respecto a las obligaciones de diligencia, como el conocimiento del cliente, acreditación del origen de los fondos, seguimiento de la relación de negocio, diligencia reforzada aún más en el caso de correspondencia transfronteriza”⁷⁹.

Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia carece de fundamentación sobre el reproche concreto a la empresa con base en un hecho propio que se relacione con el defecto de organización y la cultura de fidelidad a las leyes⁸⁰. La actuación de la persona física no ha sido simplemente un presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que se constituye como su único fundamento. Probablemente esto se viera favorecido también por el hecho de tratarse de una sentencia de conformidad.

Asimismo, no es posible descartar que exista una falta de experiencia en casos de esta naturaleza dentro de nuestro sistema judicial⁸¹. Pese a que esta responsabilidad se introdujo en 2010 su recorrido en los tribunales ha sido limitado. En España habitualmente los grandes casos de delincuencia económica cuentan con la intervención de la Fiscalía contra la Corrupción y la Delincuencia Organizada pero quizás sería conveniente, al igual que sucede en Francia y Alemania⁸², contar con tribunales especializados.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 194/2019

En la sentencia 194/2019 de 26 de abril de la Audiencia Provincial de Granada se condena a dos personas físicas y una jurídica por un delito continuado de estafa en su modalidad agravada, atendiendo a que la cuantía defraudada supera los 50.000€. La empresa ha sido condenada al pago de 277.546€. La citada empresa, tal y como se recoge en el Fundamento de Derecho segundo, no podrá “acogerse a la causa que legalmente exime a la persona jurídica de los delitos cometidos por sus representantes legales de acuerdo con el apartado 2 del precepto, pues no consta iniciativa alguna en esta sociedad para la adopción de modelos o sistemas de control y supervisión dirigidos a prevenir o minimizar el riesgo de la comisión de delitos patrimoniales en el seno de su actividad empresarial por los encargados de su gestión”.

Si bien es cierto que la sentencia justifica razonablemente la no concurrencia en la persona jurídica de una causa de exención de la pena, pues la empresa no disponía de programa de cumplimiento, también lo es que el fundamento del reproche a la empresa atiende claramente a criterios de marcada naturaleza vicarial. Así, los hechos relatados en la sentencia describen la actuación coordinada de Teodoro y Jenaro en cuanto al plan criminal, sin que se acredite que hechos propios son atribuibles a la persona jurídica. La no existencia de

⁷⁸ Caixabank Auto del Juzgado Central de Instrucción número 2 de la Audiencia Nacional, de 18 de abril de 2018, p. 8.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 20.

⁸⁰ Hay otras concepciones de culpabilidad corporativa. Algunas de ellas vinculadas a la culpabilidad reactiva, el defecto de organización, la ética empresarial o la culpabilidad por la política empresarial.

⁸¹ En esta primera fase de aplicación de nuestros tribunales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas han acontecido algunos errores llamativos (imputación de delitos que no están dentro del régimen del 31 bis, imposición de penas de multa en cuantías inferiores al mínimo permitido, déficit de justificación del injusto y de la culpabilidad corporativa, cuestiones de *non bis in idem* etc.).

⁸² NEIRA PENA, A., “La competencia en las causas penales seguidas frente a las personas jurídicas”, *op. cit.*, pp. 62-63.

un plan de cumplimiento normativo no supone, *per se*, que la empresa se encuentre en una situación de estado de cosas contrario a Derecho⁸³ ya que no es un deber de las empresas contar con estos programas.

La existencia de un delito corporativo exige algo más que la simple actuación coordinada de los sujetos intervinientes⁸⁴. Según ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, las empresas “deben controlar los riesgos que despliegan en su propia actividad y que es en su propio beneficio”⁸⁵. Las organizaciones deberán ejercitar la debida diligencia para evitar y detectar la conducta delictiva promoviendo, mediante distintos instrumentos, una cultura organizativa que incentive la conducta ética, así como también el compromiso de cumplir fielmente con la ley⁸⁶. Todo ello, con la finalidad de convertirse en un “buen ciudadano corporativo”⁸⁷ o, por lo menos, que la organización no promueva espacios crimípetos en su interior. Igualmente, CIGÜELA SOLA señala que el injusto organizativo se constituye a través de “aquellos factores estructurales de origen no individualizable que hayan favorecido o incentivado, por encima del riesgo permitido, la comisión de un delito individual en su seno”⁸⁸.

En la presente sentencia la actividad probatoria de la acusación particular y el Ministerio Público no versó sobre los defectos estructurales de la organización⁸⁹, la creación de riesgos corporativos no permitidos o la deficitaria cultura de legalidad y ética de la organización⁹⁰. Por tanto, la presunción de inocencia de la persona jurídica debió seguir intacta con independencia de que se opte por un modelo vicarial o de autorresponsabilidad. No cabe duda que la presunción de inocencia es un derecho que asiste a la persona jurídica⁹¹ al igual que el principio de *in dubio pro reo*⁹² y el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en nuestra Constitución en el artículo 24.2⁹³.

⁸³ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La eximente de «modelos de prevención de delitos». Fundamento y bases para una dogmática”, *op. cit.*, p. 240.

⁸⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo en el Código penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2ª edición, Madrid: Civitas, 2016, pp. 66-67.

⁸⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, *op. cit.*, p. 306.

⁸⁶ CARO CORIA, C., “Imputación objetiva y *compliance* penal”, en: Demetrio Crespo, E., (Dir.), *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 404.

⁸⁷ ZYSMAN QUIRÓS, D., *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 168.

⁸⁸ CIGÜELA SOLA, J., “El injusto estructural de la organización”, *Indret*, enero, 2016, p. 12.

⁸⁹ Sobre este punto he afirmado en otro lugar que: “la empresa debe garantizar que su *management* no provoca defectos estructurales que se manifiestan a través de interacciones que afectan a legalidad y la ética. Esta gestión responsable tampoco propiciará una cultura organizacional criminógena”. *Vid.* BALLESTEROS SÁNCHEZ, J., *Responsabilidad Penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa*, *op. cit.*, p. 459.

⁹⁰ Una cultura organizativa centrada en el cumplimiento es aquella que disuade y desalienta el delito de forma planificada. BALMACEDA HOYOS, G., y GUERRA ESPINOSA, R., *Políticas de prevención del delito en las empresas*. Parte General. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014, p. 27.

⁹¹ MAZA MARTÍN, J., *Delincuencia electoral...*, *op. cit.*, p. 357.

⁹² Sin embargo, si adaptó una posición garantista la Sentencia 4/2020 de 13 de febrero del Juzgado de lo Penal de Avilés. Absolvió a la persona jurídica al no haberse acreditado, sin lugar a dudas, por la Fiscalía y la acusación particular el defecto estructural u organizativo de carácter grave.

⁹³ Auto de la Audiencia Provincial Guipúzcoa 110/2015, de 22 de mayo.

En lo que quiere incidirse en es el hecho de que se produjo cierto automatismo entre la condena a la persona física y la jurídica⁹⁴. Esto es propio de la responsabilidad objetiva. No siendo, por tanto, únicamente los hechos de la persona física un presupuesto para la condena de la empresa sino, también, su propio fundamento. Si se produce una identidad entre el comportamiento de la persona natural y el de la persona jurídica entonces, tal y como señala del MORAL GARCÍA en caso de empresas pequeñas, “el *non bis in idem* debiera conducir a levantar el velo (en esta ocasión pro reo) y a no imponer más que una sola pena”⁹⁵.

Consideraciones Finales

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas era una medida necesaria como mecanismo de contrapeso al ingente protagonismo que han tenido las empresas y los partidos políticos en casos delincuenciales. Asimismo, dicha responsabilidad supone un estímulo para que las organizaciones, de distinta naturaleza, se esfuercen en implementar mecanismos preventivos (*compliance*). Estas herramientas agregan valor a la entidad y permiten acotar sus niveles de riesgo de manera más profesional. La sociedad se beneficiará de una actividad económica más responsable y ética.

Sin embargo, aún quedan varios frentes abiertos que deben ser enfrentados en años venideros, primero, la cuestión dogmática sobre el modelo de imputación y, si el modelo vicarial superaría las exigencias derivadas del Derecho penal constitucional, en tanto en cuanto, se atribuye a la entidad la responsabilidad por un hecho ajeno. Segundo, debemos continuar con la ampliación del catálogo de delitos imputables a las personas jurídicas. Esto es necesario si entendemos que lo que caracteriza a la delincuencia corporativa no son los bienes jurídicos que lesiona sino su metodología criminal. Si sus actividades económico-sociales son múltiples, los bienes jurídicos de posible afectación también lo serán. En consonancia, seguir los pasos de Estados Unidos o Francia, principio de generalidad, sería una decisión lógica.

Desde el punto de vista jurisprudencial puede concluirse que en los casos que hemos examinado existe una identidad entre el reproche a la persona física y la jurídica. Difícilmente podremos considerar que el factor clave del hecho criminal de la persona jurídica es la existencia de una cultura irrespetuosa con la legalidad, en todo caso, la cultura existente es únicamente la del administrador. Es decir, el *management* de la empresa seguirá siendo únicamente el que el titular de la empresa desee, pues no existen códigos, procedimientos o políticas internas (*compliance penal*) que contengan significativamente el riesgo de lesión de bienes jurídico-penales. Asimismo, hemos observado que la atribución de la responsabilidad a la persona jurídica tiene en estos casos un marcado carácter vicarial.

Los primeros pasos, de un largo camino, para la construcción o reinterpretación de la Teoría del Delito para la persona jurídica ya se han dado. Este camino estará lleno de obstáculos y polémicas, pero, en todo caso, las garantías son la clave de bóveda de nuestra tradición jurídica y una condición básica en todo Estado de derecho. Tampoco podemos olvidar, recordando las palabras del profesor BERDUGO, que “nuestra sociedad de hoy es

⁹⁴ La sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 102//2017, de 7 de marzo reconoció que el núcleo de la responsabilidad penal de la persona jurídica es la ausencia de medidas de control eficaces orientados a la prevención delictiva (*compliance programs*).

⁹⁵ DEL MORAL GARCÍA, A., “Responsabilidad penal de personas jurídicas: notas con ocasión de la reforma de 2015”, *op. cit.*, p. 230.

muy distinta de aquella para la que se construyeron los primeros Códigos”⁹⁶.

En pocas palabras, el Derecho penal también debe ser capaz de adaptarse para prevenir y reprimir, con garantías, de manera eficaz las formas organizadas de criminalidad que hoy deterioran gravemente el Estado del bienestar. Esto es especialmente trascendente en momentos de permanente crisis económica en un mundo con múltiples fuentes de inseguridad y muchos desafíos por delante.

⁹⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Reflexiones penales desde Salamanca...* *op. cit.*, p. 113.

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

BRUNO DE OLIVEIRA MOURA*

Universidade Lusófona de Lisboa

I. Introdução

Há dez anos frequentei o curso de especialização do Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE). A sua excelência na área da formação e investigação em Direito Penal já era conhecida também para muitos outros que viriam a cruzar o atlântico, para estudar na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Algo que pude confirmar presencialmente naquele inverno e primavera de 2012.

Afinal, o Direito Penal já era aqui trabalhado como um fenómeno que não se confinava aos estreitos limites territoriais de cada Estado. Quer na vertente do Direito Penal Económico, com o crescimento de uma criminalidade cada vez mais organizada e global. Quer na vertente do Direito Penal Europeu, num quadro de regionalização onde a União Europeia intensificava o seu papel no impulso para a criação de normas incriminadoras e instrumentos de cooperação judicial, dentro de um espaço de liberdade, segurança e justiça¹. Sem falar, por certo, no intenso e rico debate sobre o Direito Internacional Penal².

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Lisboa. Investigador Integrado do CEAD Francisco Suárez. Especialista em Direito Penal Económico e Europeu pelo IDPEE.

¹ Assinalando as principais características desta segunda coordenada: Anabela Miranda RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, *passim*. Lembro-me que, naquela altura, o Direito de Mera Ordenação Social, o branqueamento de capitais, a tutela penal do ambiente, do consumidor e do mercado de valores mobiliários, a responsabilidade criminal das pessoas colectivas, a harmonização das sanções penais e o mandado de detenção europeu eram alguns dos temas mais candentes, entre outros tantos que foram documentados em diversos textos de conhecida publicação organizada pelo Instituto: AA.VV., *Direito Penal Económico e Europeu. Textos doutrinários*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998 (vol. I), 1999 (vol. II) e 2009 (vol. 3).

² Enquanto ramo do Direito Internacional Público que se dedica às regras e princípios sobre os

Isso para dizer, em jeito de grata recordação e singela homenagem, que foi com grande proveito, académico e pessoal, que fui aluno do XV curso de especialização em Direito Penal Económico e Europeu do IDPEE. E é também com muita satisfação que retorno a Coimbra, neste dia de comemoração do 25.º aniversário do Instituto, agradecendo o honroso convite que gentilmente me foi feito.

Pretendo abordar algumas questões que o princípio da legalidade penal³ tem suscitado na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). Por razões de economia, não devo aqui versar sobre o sentido e o fundamento do princípio da legalidade enquanto pilar fundamental do Direito Penal em qualquer Estado de Direito Democrático⁴. Tampouco oferecer uma detida comparação, nesta matéria, entre a jurisprudência do TEDH e a jurisprudência do Tribunal Constitucional português⁵. Pelos

crimes graves que ameaçam a paz, a segurança e o bem-estar da humanidade. Também preferindo aquela nomenclatura, em detrimento do usual “Direito Penal Internacional”: Alexandre Pereira da SILVA, «Direito Internacional Penal (Direito Penal Internacional?): breve ensaio sobre a relevância e transnacionalidade da disciplina», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n.º 62 (2013), p. 62 s.

³ É conhecida, por outro lado, a evolução histórica do princípio da legalidade criminal. No Direito romano e no Direito medieval o Direito Penal não costumava emanar de regulações estatutárias (legislativas), apesar de assumir progressivamente a forma escrita. O que não impediu a distinção (atribuída a Cícero) entre estatutos que constituíam os crimes e estatutos que eram meramente declaratórios de comportamentos intrinsecamente criminosos (*mala per se*), valendo a proibição de retroactividade apenas para estes últimos. Na época do Direito comum o princípio da legalidade penal continuou a encontrar projecções rudimentares, tendo a *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) chamando a atenção para a ideia de codificação. Só mesmo com o Iluminismo, no quadro da doutrina do contrato social e da teoria da separação dos poderes, é que o princípio da legalidade criminal ganharia a chancela de garantia individual limitadora do poder judicial (com Montesquieu e Beccaria), encontrando a sua conhecida formulação latina no adágio *nullum crimen, nulla poena sine lege* (por Feuerbach). Considerando apenas os diplomas ou textos normativos que mais marcaram a cultura jurídica ocidental, as primeiras menções ao princípio da legalidade penal constam dos artigos 7 e 8 da Declaração de Direitos da Virgínia (1776). Em particular, a proibição de leis (incriminadoras) *ex post facto* surge expressamente no artigo 15 da Constituição de Maryland (1776), reaparecendo no artigo 1, secção 9, item 3, da Constituição dos Estados Unidos da América (1787). No horizonte europeu, o princípio da legalidade é pioneiramente convocado pelo artigo 1 do Código Penal Austríaco de 1787 (*Constitutio Criminalis Josephina*) e pelo artigo 4 do Código Penal Francês de 1810, este último diretamente inspirado pelos artigos 7 e 8 da Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos (1789). Manifestações semelhantes também podiam ser encontradas no artigo 1 do Código Penal Bávaro de 1813 e no artigo 2 do Código Penal do Império Alemão de 1871. Sobre este desenvolvimento: Claus KRESS, «Nulla poena nullum crimen sine lege», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, nm. 8, 9 e 12, disponível em <https://opil.ouplaw.com/home/mpil> (acesso em 25.7.2022).

⁴ A este propósito, com referências: Bruno de Oliveira MOURA, *Ilícitude penal e justificação. Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 322 s. Também não caberá aqui retomar as consequências do princípio da legalidade para a tarefa (praxiologicamente empenhada) de interpretação das normas incriminadoras (*Op. cit.*, p. 328 s.). Sobre estes diferentes aspectos, sublinhando a importância dogmática da distinção entre normas penais positivas (que estabelecem ou agravam a responsabilidade) e normas penais negativas (que atenuam ou excluem a responsabilidade): Teresa QUINTELA DE BRITO, «O princípio da legalidade como parâmetro de interpretação das normas penais na doutrina portuguesa», *Anatomia do Crime* 8 (2018), p. 41 s., 47 s. Ainda essencial para a compreensão jusfilosófica e jusmetodológica do *nullum crimen, nulla poena sine lege*: António CASTANHEIRA NEVES, «O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático», *Boletim da Faculdade de Direito. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia* (1984), p. 307 s., 379 s.

⁵ Sendo inegável que existe uma tendencial convergência entre ambas. Diferente não poderia ser: por imperativo da Constituição e do Direito internacional convencional, o Estado português está obrigado

mesmos motivos, não apresentarei uma análise linear e abrangente dos casos em que o TEDH decidiu sobre a violação do artigo 7.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)⁶. O meu interesse, nesta ocasião, é pontuar, em jeito assumidamente esquemático, os aspectos mais característicos do entendimento que o Tribunal tem seguido quando chamado a decidir à luz do *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

II. Um antecedente histórico e a evolução mais recente

Nunca será demais recordar que os regimes totalitários da primeira metade do século XX trouxeram significativos reveses para o desenvolvimento do princípio da legalidade penal. Basta pensar no que ocorreu sob a égide do Direito nacional-socialista⁷ e do Direito soviético⁸. O certo é que depois de 1945 o movimento de internacionalização dos direitos fundamentais conduziu ao amplíssimo (tendencialmente universalizante) reconhecimento do princípio da legalidade criminal em uma série de documentos normativos.

Exemplos disso — para além do artigo 7.º da Convenção Europeia para a Protecção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950) — são o artigo 11.º, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o artigo 99.º da Convenção de Genebra relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (1949), os artigos 65.º e 67.º da Convenção de Genebra relativa à Protecção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra (1949), o artigo 15.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (1966), o artigo 9.º da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), o artigo 7.º, n.º 2, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981) e artigo 5.º, alínea *d*), da Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos (1990)⁹, bem como o artigo 49.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

a interpretar e integrar a ordem jurídica interna à luz da CEDH. Para um retrato das decisões do Tribunal Constitucional a respeito do *nullum crimen, nulla poena sine lege*: Lígia Ferro da COSTA / Selma Pedroso BETTENCOURT, «GPS do princípio da legalidade penal: uma análise da jurisprudência constitucional», Maria Lúcia AMARAL (Org.), *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2016, p. 383 s.

⁶ Para um abrangente sumário das decisões do Tribunal nesta matéria, veja-se o seu *Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights. No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty*, disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf (acesso em 25.7.2022). Na doutrina nacional, com referência às principais decisões do TEDH a respeito do *nullum crimen, nulla poena sine lege*: Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, p. 81 s., 88 s.

⁷ Através da cláusula (introduzida em 1935 no § 2 do StGB) de punição baseada no chamado “sadio sentimento do povo” (norma que vigorou até 1946).

⁸ Através da orientação governamental de que os tribunais deviam seguir a “consciência jurídica revolucionária” e da cláusula (introduzida nos Códigos Penais Soviéticos de 1922 e 1926) de punição dos “actos socialmente perigosos” (norma que vigorou até 1958).

⁹ Curiosamente, o princípio da legalidade costuma ser visto como um elemento intrínseco ao Direito islâmico, sobretudo na perspectiva da previsibilidade, com base na ideia de que Deus não pune os seres humanos sem antes enviar uma mensagem de aviso, o que vale especialmente em face do Corão e do Suna, onde se encontra a definição específica de determinados crimes e suas penas (os delitos classificados como *hadd* ou *qisas*). Diversamente, ao abrigo da tradicional Sharia, os juízes dispõem de uma maior discricionariedade, o que inclui o poder de punir determinados crimes não tipificados (os delitos classificados como *tazir*).

Ainda neste contexto, é sabido que o princípio da legalidade penal esteve no centro da discussão sobre a legitimidade dos tribunais internacionais militares logo após a segunda guerra mundial, designadamente nos julgamentos de Nuremberga e Tóquio (1946-1949), na medida em que a existência jurídica (normativa) do crime de agressão, dos crimes contra a humanidade e mesmo dos crimes de guerra, antes de 1945, era bastante duvidosa. Contudo, a tese da justiça substantiva viria a prevalecer sobre a ideia formal de legalidade¹⁰.

No âmbito do Direito Europeu, antes do mais, cumpre sublinhar, ainda que de passagem, um pequeno antecedente histórico. A primeira vez em que o princípio da legalidade penal aparece problematizado no horizonte do *case law* de Estrasburgo é numa tomada de posição da Comissão Europeia dos Direitos Humanos, na sequência de uma petição que lhe foi apresentada, dando origem ao caso *Hogben vs. Reino Unido* (1986).

Estava ali em causa a alegada retroactividade de uma decisão governamental que veio aumentar o período mínimo de reclusão a ser cumprido para a concessão de liberdade condicional a um recluso condenado a pena de prisão perpétua, em alteração da prática a consolidada no Direito Penitenciário (consuetudinário) britânico. No entanto, aquele órgão acabaria por rejeitar a queixa, convocando uma rígida distinção entre a «pena» propriamente dita e as «medidas de imposição ou execução da pena».

Como se sabe, em 1998 a Comissão Europeia dos Direitos Humanos tornou-se obsoleta¹¹, por força da reestruturação do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que enfim viria a assumir, a título permanente, a função de fazer cumprir a Convenção. Desde então o TEDH adoptou a mencionada diferenciação conceitual, que se tornou um critério reitor da sua actividade interpretativa, com impacto determinante nos seus julgados sobre a garantia consignada no 7.º da CEDH, onde se enuncia o princípio de que não há pena sem lei.

Olhando apenas para o TEDH, é verdade que, em matéria penal, à luz da informação disponível na respectiva base de dados, são muito mais numerosos, por exemplo, os processos nos quais se examina a eventual violação do artigo 6.º da Convenção, onde se contempla o direito a um processo equitativo (38727 casos), do que os processos nos quais se examina a eventual violação do citado artigo 7.º (816 casos)¹². Talvez (numa suposição optimista) porque os Estados da CEDH não se dediquem sistematicamente a práticas judiciais interditas pela garantia de legalidade. Ou porque (noutra hipótese benéfica) não se

¹⁰ Com a célebre passagem do julgamento de Nuremberga n.º 217: “a máxima *«nullum crimen sine lege»* não é uma limitação da soberania, mas um princípio geral de justiça. Afirmar que é injusto punir aqueles que, desafiando tratados e garantias, atacaram estados vizinhos sem aviso é obviamente falso, pois em tais circunstâncias o atacante deve saber que está fazendo algo errado, e, longe de ser injusto puni-lo, seria injusto se seu erro fosse permitido ficar impune. Os líderes nazistas devem ter sabido que estavam agindo em desobediência a todas as leis internacionais quando, em completa deliberação, realizaram seus planos de invasão e agressão”. Logo, o tribunal partiu da premissa de que Resolução n.º 95 (I) da Assembleia Geral das Nações Unidas foi meramente declaratória (não constitutiva) dos princípios de Direito internacional que justificavam a sua actuação. Porém, na verdade, o que se deu foi uma aplicação retroactiva do Direito Penal em prejuízo dos réus. Sobre isso, a favor da substituição da doutrina da legalidade estrita pelo princípio da justiça material: GUSTAV RADBRUCH, «Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)», *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (2006), p. 1 s. Também considerando legítima esta exceção à proibição de retroactividade: HANS KELSEN, «Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?», *The International Law Quarterly* 1 (1947), p. 164 s.

¹¹ Nesta altura o então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias já havia reconhecido o *nullum crimen, nulla poena sine lege* como um princípio geral do Direito (Processo C-75/95).

¹² À luz dos dados recolhidos na base HUDOC - <https://hudoc.echr.coe.int> (acesso em 25.7.2022).

verifique substancial divergência na captação dos seus contornos pelos diversos sistemas jurídicos nacionais.

De qualquer modo, sobretudo em face da especial repercussão social — basta recordar, no contexto do combate ao terrorismo, o debate sobre a doutrina Parot e o caso Del Río Prada *vs.* Espanha (abaixo, item V) — de algumas destas situações, importa perceber como um princípio tão basilar do pensamento jurídico-penal de matriz ocidental — um dos poucos adquiridos normativos cobertos pelo manto de protecção absoluta da inderrogabilidade em cenário de guerra ou outro estado de emergência pública¹³ — tem sido trabalhado pelo órgão jurisdicional competente para assegurar o respeito dos compromissos da Convenção.

III. A analítica do *nullum crimen, nulla poena sine lege*

Uma primeira observação aponta para diferenças na análise do princípio da legalidade criminal. É sabido que, na abordagem do Direito Penal Português, em sintonia com o pensamento jurídico continental, o enunciado *nullum crimen, nulla poena sine lege* é a moldura semântica que cobre todas as exigências normativas ínsitas à garantia da lei incriminadora. Ou seja: os requisitos da lei escrita, prévia, certa e estrita (*lex scripta, praevia, certa et stricta*)¹⁴. Por conseguinte, estão ali incluídas a proibição do Direito costumeiro, a proibição da retroactividade, a proibição da indeterminabilidade e a proibição de analogia¹⁵.

Esta leitura multidimensional vem ganhando espaço também no âmbito do Direito Internacional Penal¹⁶, onde a doutrina especializada dedica cada vez mais atenção a cada uma daquelas vertentes, mesmo a dimensão da *lex scripta*, que tem sido uma coordenada bastante controvertida neste horizonte, em face da grande importância histórica que o Direito consuetudinário (não escrito, não legislada, não codificado) desempenhou, após 1945, na legitimação da persecução e do julgamento dos chamados crimes internacionais.

Diversamente, tendo em conta a bifurcação frasal da redacção do n.º 1 do artigo 7.º da CEDH, a «doutrina de Estrasburgo» tende a decompor o princípio da legalidade

¹³ CEDH art. 15, n.º 2.

¹⁴ Em vez de muitos, contemplando as quatro coordenadas adiante mencionadas: Walter GROPP, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Berlin: Springer, 2005, p. 55 s.

¹⁵ Américo TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal. Parte Geral*, 3.º ed., Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 165 s., 179 s. Sendo certo, todavia, que não é incomum, entre nós, a análise em separado da exigência de lei relativamente à definição do comportamento punível (*nullum crimen sine lege*) e da exigência de lei relativamente à definição das sanções aplicáveis (*nulla poena sine lege*), uma clivagem importante para destacar que, no Direito português (CRP, art. 29.º, n.ºs 1, 3 e 4; CP, arts. 1.º, n.ºs 2 e 3, e 2.º, n.º 1) o princípio da legalidade alcança igualmente as medidas de segurança. Veja-se Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 209, 212 e 214.

¹⁶ Cf. Shahram DANA, «Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing», *Journal of Criminal Law and Criminology*, 99 (2009), p. 864 s., 869 s., 873 s., 903 s., 912 s., com destaque, do ponto de vista da previsibilidade, para a íntima conexão intencional entre as exigências da *lex scripta* e da *lex certa*, onde também critica o livre uso da analogia *in malam partem* pelo Tribunal Penal Internacional para a antiga Jugoslávia. Contudo, neste horizonte continua sendo comum a abordagem que se limita a distinguir entre o *nullum crimen sine lege* e o *nulla poena sine lege*: M. Cherif BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, 2nd ed., Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 65, 246 s., 292 s., 830 s., 990 s.

penal em dois subprincípios ali *explícitos*: (i) ninguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento da sua realização, não constituía infracção criminal (*nullum crimen sine lege*); (ii) não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi cometida (*nulla poena sine lege*).

Ao que se acrescenta um terceiro subprincípio, desta vez um enunciado normativo *implícito* no texto convencional¹⁷: (iii) a autoridade responsável pela sua aplicação não deve interpretar o Direito Penal extensivamente em detrimento do arguido, designadamente através da analogia *in malam partem*. Embora reconhecendo esta última dimensão, o TEDH prefere não dedicar maior esforço na delimitação entre o terreno da interpretação extensiva ainda permitida e o terreno da analogia proibida¹⁸.

É fácil perceber que, nesta perspectiva, há uma nítida ênfase na proibição de irretroatividade, assumida como a ideia reitora daqueles dois primeiros subprincípios, tornando-se o núcleo da protecção contra o exercício arbitrário do *jus puniendi* estadual. Por outro lado, enquanto a proibição de analogia surge apenas implicitamente¹⁹, o requisito da determinabilidade é diluído nos distintos critérios que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos desenvolveu a propósito da «qualidade de lei» (adiante, item V).

Todavia, a discrepância analítica na abordagem do TEDH não chega a implicar uma autêntica ou substancial diversidade na assimilação dos atributos ou propriedades que são formalmente exigidos como condições de legitimidade para a incriminação de comportamentos ou a punição dos seus agentes. Na verdade, bem vistas as coisas, a grande diferença não reside nos *parâmetros*, mas no *objecto*: no sistema jurídico português aquelas exigências incidem sobre a *lei* no seu sentido mais estreito²⁰, ao passo que na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos elas incidem sobre o *Direito* na sua mais ampla acepção. Ou seja: é preciso apenas a «*lege*» (no sentido amplo de «*droit*»), não sendo necessária a *lege «scripta»*²¹ (no sentido mais estreito de «*lois*» ou «*statutes*»), enquanto previsão emanada de um autêntico legislador (democraticamente legitimado no quadro da representação parlamentar)²².

¹⁷ Susana SANZ-CABALLERO, «The Principle of Nulla Poena Sine Lege Revisited: The Retrospective Application of Criminal Law in the Eyes of the European Court of Human Rights», *The European Journal of International Law* 28 (2017), p. 788.

¹⁸ *Başkaya and Okçuoğlu vs. Turquia* (1999), nm. 36-43. Ainda assim, no caso *Pessino vs. França* (2006), foi censurada, a título de analogia proibida (*in malam partem*), a equiparação feita entre a conduta de construir apesar da suspensão administrativa do alvará de construção e a conduta de construir apesar de decisão judicial ou decreto que ordena a interrupção da construção (nm. 28 e 35).

¹⁹ Ao contrário do que acontece entre nós (CP, art. 1.º, n.º 3).

²⁰ Enquanto lei formal, *i.e.*, lei da Assembleia da República, sem prejuízo da possibilidade de delegação da competência ao Governo, através de específica lei parlamentar de autorização (CRP, art. 165.º, n.º 1, c)).

²¹ Sobre a ausência do requisito da *lex scripta* no sistema CEDH/TEDH, com ênfase na influência da noção de legalidade do *Common Law*: Mikhel TIMMERMAN, *Legality in Europe. On the Principle Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege in EU Law and under the ECHR*, Cambridge: Intersentia, 2018, p. 25 s., 133 s.

²² Kenneth S. GALLANT, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, New York: Cambridge University Press, 2009, p. 14 s.

Portanto, em bom rigor, na jurisprudência do TEDH o *nullum crimen, nulla poena sine lege* é substituído pelo *nullum crimen, nulla poena sine iure*. Neste tocante, a doutrina de Estrasburgo está em sintonia com o entendimento corrente no Direito Internacional Penal. Com efeito, desde os casos *S.W. vs. Reino Unido* (1995) e *C. R. vs. Reino Unido* (1995)²³, tem prevalecido uma abordagem mais «liberal», ampla, relaxada, fluida, generosa, daquilo que se deve entender por legalidade, o que inclui não só o Direito Internacional Consuetudinário, mas também o próprio *Common Law* e qualquer outra forma de normatividade juridicamente vinculativa. Sem prejuízo, no entanto, da progressão da tese de que também no Direito Internacional Penal deve vigorar a exigência de *lex scripta*, tendo o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (artigos 22.º, 23.º e 24.º) significado um importante passo²⁴ na direcção da mais forte versão do *nullum crimen, nulla poena sine lege*²⁵.

IV. O «Direito» e a «lei»

Assim chegamos a uma segunda nota, relativa ao conceito de «Direito» ou «lei» (*Law*), uma noção normativa crucial para a tematização do princípio na jurisprudência do TEDH. Recorde-se que o artigo 7.º da Convenção enuncia que “ninguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infracção, segundo o *Direito*²⁶ nacional ou internacional” (n.º 1, primeira parte).

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos concebe o princípio da legalidade criminal como um elemento essencial do Estado de Direito (*rule of law*)²⁷. Nesta premissa, o termo «Direito» é definido autonomamente, incluindo não apenas o Direito legislado (*statutory law*), mas também o Direito dos juristas (*case law*)²⁸. Isso significa que, para fins do artigo 7.º da CEDH, o conceito de Direito (ou lei) abrange não só *normas escritas* de hierarquia inferior à lei em sentido formal, mas também *normas não escritas*,

²³ Infra, notas 28 e 59. Nestas decisões o TEDH entendeu que a abolição judicial da imunidade conjugal que protegia os maridos contra acusações de violência sexual não violou o art. 7.º da Convenção.

²⁴ Acerca da difícil caminhada do princípio da legalidade penal no horizonte dos tribunais militares *ad hoc* que funcionaram antes do TPI: Guillaume, ENDO, «Nullum crimen nulla poena sine lege principle and the ICTY and ICTR», *Revue Québécoise de Droit International*, 15 (2002), p. 208 s. Exhaustivamente: Miguel Ângelo LEMOS, *Nullum crimen nulla poena sine lege e o Direito Internacional. Em defesa de como os tribunais de guerra deram vida ao Direito Penal Internacional*, Universidade de Coimbra (Tese de Doutoramento), 2015, p. 83 s.

²⁵ Sobre tudo isso, destacando a importância do processo de codificação no horizonte do Direito Internacional Penal: Jessica Lynn CORSI, «An Argument for Strict Legality in International Criminal Law», *Georgetown Journal of International Law* 49 (2019), p. 1371 s.

²⁶ As versões em inglês e francês (as únicas originais e autênticas) da Convenção utilizam respectivamente as expressões “*law*” e “*droit*”. As traduções alemã, italiana, espanhola e portuguesa utilizam respectivamente as expressões “*Recht*”, “*diritto*”, “*derecho*” e “*direito*”. Cf. a documentação que se encontra disponível em <https://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=basictexts/convention> (acesso em 25.7.2022).

²⁷ *K.-H. W. vs. Alemanha* (2001), nm 45. A decisão considerou ainda que, no caso dos atiradores do muro de Berlim, embora se tratasse de uma norma não escrita, a prática de não perseguir (responsabilizar) criminalmente os agentes policiais que estavam informalmente autorizados abrir fogo contra quem tentasse cruzar a fronteira não poderia ser vista como “Direito”, em virtude da sua crassa injustiça objectiva.

²⁸ *S. W. vs. Reino Unido* (1995), nm. 35.

independentemente da sua hierarquia (o que inclui o Direito consuetudinário), bem como os próprios *precedentes judiciais*²⁹.

Com base nisso, tem o TEDU entendido que Direito ou lei é a “estipulação (*provision*) em vigor tal como os tribunais competentes interpretaram”³⁰. O que facilmente se percebe, desde logo pela grande influência da tradição do *Common Law*. Nada indica que isso deva mudar, uma vez que, apesar do “*Brexit*”, o Reino Unido — onde as *common law offences* continuam a preponderar (esmagadoramente) sobre as *statutory offences*³¹ — segue como membro do Conselho da Europa e parte vinculada à CEDH³².

Nesta escora, o princípio de legalidade tal como compreendido no Direito Penal português (bem como noutros sistemas da cultura jurídica de matriz romano-germânica) e o princípio da legalidade tal como compreendido na jurisprudência do TEDH divergem no seu *ponto de referência*: ao privilegiar uma abordagem material, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não concebe a exigência de lei parlamentar — mesmo quando sujeita a reserva relativa — como um elemento da garantia contra o arbítrio no exercício do *jus puniendi* estatal. Basta que a incriminação e/ou punição encontre base em algum preceito juridicamente válido, seja uma norma geral e abstracta (regulamento administrativo, práticas consuetudinárias, etc.), seja uma norma concreta de caso anteriormente julgado (decisão judicial)³³.

Logo, o âmbito de incidência do artigo 7.º da Convenção é maior do que o âmbito de incidência do princípio da legalidade nos tradicionais moldes do Direito continental. Todavia, só aparentemente esta adicional cobertura se traduz num efectivo alargamento da protecção do cidadão. Afinal, apesar de enaltecer, no seu discurso, o valor garantístico daquele dispositivo, a jurisprudência do TEDH admite que os requisitos da garantia — tanto a irretroactividade, quanto acessibilidade e a previsibilidade — podem ser analisados também em relação a actos normativos que não constituem fonte de Direito Penal em sistemas de legalidade estrita.

Todavia, esta contextualização não significa que o debate sobre a relação entre os conceitos de Direito e lei só ganha relevância ali onde se trata da aplicação do sistema jurídico inglês ou de outros que não se filiam ao paradigma do *Civil Law*. Afinal, em termos prático-normativos, aquela dicotomia está em harmonia com duas ideias que têm contribuído, nos últimos 70 anos, para o processo de superação do positivismo jurídico no horizonte do Direito continental: (*i*) o Direito não se resume à lei e (*ii*) nem toda lei constitui (validamente) Direito³⁴.

²⁹ Kafkaris *vs.* Chipre (2008), nm. 145-146, com ênfase na análise do Direito doméstico “como um todo”.

³⁰ Vyerentsov *vs.* Ucrânia (2013), nm. 63.

³¹ Sendo igualmente certo, por outro lado, que a maioria dos países do *Common Law* tem progressivamente caminhado no sentido da definição estatutária (legal) dos crimes. Aliás, em 1973, a Câmara dos Lordes já havia abolido a chamada “doutrina da discricionariedade judicial residual” para a criação das *common law offences*, desta maneira restringindo em alguma medida o poder de inovação dos tribunais em matéria penal.

³² Recentemente, a propósito das *common law offences*: Norman *vs.* Reino Unido (2021), nm. 62.

³³ Quanto a ordens que emanam do poder executivo: Custers, Deveaux e Turk *vs.* Dinamarca (2007), nm. 84.

³⁴ Este último aspecto ficou consignado, logo depois da segunda guerra mundial, no texto da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha: “os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao Direito” (art. 20.º, n.º 3). Acerca dos fundamentos e das consequências daquelas duas ideias, quer no plano de

Mesmo no específico campo do Direito Penal, o que se acabou de dizer fica evidente na tendência de relativizar ou flexibilizar o grau de exigência do princípio da legalidade no eixo normativo da determinabilidade do tipo legal de crime e na correspondente aceitação de que os tribunais podem e devem compensar, através da sua jurisprudência «consolidada», aquela originária indeterminação (vagueza), densificando em cada situação concreta o exacto alcance da matéria de proibição³⁵. Uma posição que também marca presença na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (a seguir, item VI)³⁶.

V. A «pena» criminal

Um terceiro ponto merecedor de destaque prende-se a interpretação do termo “pena” (*penalty*). Desde o início tem sido constante no TEDH a afirmação de que, para o recorte do âmbito de protecção do artigo 7.º da Convenção, o decisivo não é dimensão estritamente formal (a mera aparência), isto é, o *nomen iuris* ou a classificação que a sanção recebe no seio do Direito doméstico, mas a dimensão material, vale dizer, a substância da sanção como autêntica reacção criminal que produz efeitos gravosos na esfera de direitos do condenado.

Logo, não basta estar diante de uma consequência jurídica que decorre de uma condenação pela prática de um facto criminoso, embora este seja inequivocamente o ponto de partida da análise³⁷. Tampouco é suficiente olhar apenas para a severidade da punição. Tais elementos operam apenas como indícios. É preciso considerar, ainda em combinação, a natureza e a finalidade (retribuição, prevenção ou reparação) da sanção, bem como os procedimentos da sua efectivação³⁸. No essencial, se a natureza e a finalidade da sanção forem meramente preventivas ou reparadoras, não se trata de uma genuína «pena» criminal³⁹.

legitimidade crítica, que no plano da metodologia jurídica: Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 152 s., 164 s., 273 s., 305 s., 363 s., 399 s., 658 s., 690 s.

³⁵ Reconhecer um «mandamento de precisão» (*Präzisionsgebot*) supostamente dirigido aos juízes penais implica o risco não negligenciável de admitir uma transferência de encargos que contradiz o sentido mais fundo e autêntico do princípio da legalidade, exonerando definitivamente o legislador da sua originária obrigação de garantir uma suficiente determinação quando o assunto é estabelecer os limites do universo dos comportamentos puníveis. Não será um verdadeiro *nonsense* esperar ou exigir que exactamente aquele que deve ser limitado ou constrangido na sua actuação se esforce para densificar ou precisar a própria limitação ou constrição? Sinalizando o perigo que a substituição da determinação legislativa por uma jurisprudência «firme» representa para o princípio da legalidade, não apenas na sua vertente democrática, mas também na sua vertente de Estado de Direito: Helmut FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., München: Duncker & Humblot, 2015, p. 48 e 49.

³⁶ Kokkinakis *vs.* Grécia (1993), nm. 40-41.

³⁷ Jamil *vs.* França (1995), nm. 30-31.

³⁸ Van der Velden *vs.* Países Baixos (2006), com a conclusão de que recolha de amostras biológicas e ADN de uma pessoa condenada não pode ser considerada uma forma de sanção penal à luz do artigo 7.º da Convenção, tendo em conta a possibilidade de limitar o direito à protecção de dados de um condenado por crimes de certa gravidade, desde que sejam estabelecidos princípios gerais de colecta e determinação do perfil genético.

³⁹ Welch *vs.* Reino Unido (1995), nm. 22-25.

A partir desta análise, entra no âmbito da garantia de legalidade, por exemplo, a sanção de perda de carta de condução⁴⁰, bem como, em geral, os confiscos⁴¹ e as coimas ou multas administrativas⁴², desde que possuam um carácter punitivo. Na mesma trilha, tem o TEDH considerado que a «punição» relevante para a protecção fornecida pelo artigo 7.º da CEDH alcança igualmente as chamadas «normas processuais substantivas», vistas como preceitos que influenciam a gravidade (duração) da pena imposta⁴³.

Da outra banda, estão fora do âmbito da garantia do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, entre outros: a inclusão de nome em registo policial ou judicial de pessoas condenadas por crimes sexuais ou violentos⁴⁴, a ordem de expulsão administrativa ou proibição de residência⁴⁵, o *impeachment* e a respectiva declaração de inelegibilidade⁴⁶, a revogação da licença para actuar como liquidante em procedimentos de insolvência⁴⁷, a suspensão disciplinar no contexto do desporto profissional⁴⁸ e as regras sobre prescrição (encaradas como normas processuais)⁴⁹.

Porém, esta entendimento não deixa de ser problemático. Afinal, a sua mobilização sugere o retorno a uma compreensão tendencialmente formalista da intervenção do Estado, que corre o risco de autorizar, em homenagem à lógica preventiva da delinquência, intromissões ou ingerências ainda mais gravosas do que aquelas que seriam justificáveis em nome de uma abordagem estritamente repressiva da criminalidade⁵⁰.

De qualquer maneira, a consolidação desta orientação, pelo menos desde o caso *Kafkaris vs. Chipre* (2008)⁵¹, significou um contínuo alargamento da noção de «pena», com o correspondente encurtamento da noção de «medidas de imposição ou execução da pena»⁵². Assim, só caberá falar em «pena», para fins do artigo 7.º da CEDH, se o específico modo como a lei é aplicada no caso concreto permitir a conclusão de que já se está para lá de uma simples opção de política carcerária. Sendo certo que, na prática, tal diferenciação nem sempre é clara ou convincente⁵³.

Assim, por exemplo, a lei italiana posterior que veio estabelecer — para as situações em que o arguido escolhe ser julgado nos termos do processo sumário — a substituição da pena de prisão perpétua sem isolamento diurno obrigatório por uma pena de

⁴⁰ Mihai Toma *vs.* Roménia (2012), nm. 20-21.

⁴¹ G.I.E.M. e Outros *vs.* Itália (2018), nm. 212-233.

⁴² Georgouleas e Nestoras *vs.* Grécia (2020), nm. 33-43.

⁴³ Scoppola *vs.* Itália (2009), nm. 110-113.

⁴⁴ Gardel *vs.* França (2009), nm. 39-47.

⁴⁵ C.G. e Outros *vs.* Bulgária (2007), B / nm.2

⁴⁶ Paksas *vs.* Lituânia (2011), nm. 65-68.

⁴⁷ Rola *vs.* Eslovénia (2019), nm. 60-66.

⁴⁸ Platini *vs.* Suíça (2020), nm. 44-49.

⁴⁹ Orlen Lietuva *vs.* Lituânia (2019), nm. 97.

⁵⁰ Cian MURPHY, «The Principle of Legality in Criminal Law under the European Convention on Human Rights», *European Human Rights Law Review* 2 (2010), p. 198 s.

⁵¹ Quando comparado com o referido caso Hogen *vs.* Reino Unido (1986).

⁵² Igualmente em Giza *vs.* Polónia (2012), nm. 30-33

⁵³ Gurguchiani *vs.* Espanha (2009), nm. 31 e 43.

prisão perpétua com isolamento diurno obrigatório viola o artigo 7.º da Convenção, por implicar a aplicação retroactiva da lei penal *in malam partem*, ainda que se trate de um preceito inserido no Código de Processo Penal⁵⁴. Mais uma vez, o determinante é a procura pela “substância da pena”: tratava-se, afinal, de uma lei penal substantiva, com impacto directo na liberdade do agente.

Tal entendimento saiu reforçado no exame da conformidade convencional da lei alemã que alterou a duração de medida de segurança privativa de liberdade aplicável após o cumprimento da pena [«custódia de detenção» (*Sicherungsverwahrung*)], substituindo um período máximo de 10 anos por um período indefinido, com duração condicionada ao tempo de persistência do estado de perigosidade do agente. Nos casos analisados neste contexto⁵⁵ o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos concluiu que a finalidade da nova lei não era meramente preventiva (terapêutica), de tal modo que a alteração significou a imposição retroactiva de uma pena adicional, censurada como violação do artigo 7.º da CEDH⁵⁶.

Esta interpretação generosa do conceito de pena encontrou o seu apogeu no já mencionado caso *Del Río Prada vs. Espanha* (2013), onde o TEDH rejeitou a doutrina *Parot*, nome pelo que ficou conhecida a mudança de posição do Tribunal Constitucional Espanhol, que passou a entender que o regime de remição da condenação não mais se aplicava ao período máximo de cumprimento da pena prisão estabelecido na lei (30 anos), mas sim a cada uma das condenações sucessivamente (o que esvaziava, na prática, aquela figura). Considerou-se que a modificação do regime de remição da pena (um benefício da fase de execução) implicou a extensão do tempo de encarceramento e a alteração da própria finalidade (substância) da sanção, em detrimento do arguido, com violação do artigo 7.º da Convenção.

VI. Os critérios da «qualidade de lei» (acessibilidade e previsibilidade)

Outro ponto digno de menção diz respeito à metódica que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem utilizado para preencher o núcleo do princípio da legalidade penal. O artigo 7.º da Convenção é visto como uma garantia contra a perseguição, a condenação e a punição arbitrarias. Na densificação desta intencionalidade costumam ser convocados dois testes nominalmente distintos, mas que aparecem integrados numa avaliação unitária⁵⁷, caracterizando aquilo que a documentação do TEDH chama de

⁵⁴ *Scoppola vs. Itália* (2009), nm. 114-121.

⁵⁵ *E.g., M. vs. Alemanha* (2009), nm. 122-136, onde também se censurou, ainda à luz do artigo 7.º da Convenção, a norma do StGB (§ 2, item 6) que manda aplicar às medidas de segurança a lei em vigor no momento da decisão. Pormenorizadamente sobre aquele acórdão: E: Shawn ALEXANDER / Leah GRAF / Eric JANUS, «The European Court of Human Rights Takes a Critical Look at Preventive Detention», *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 29 (2012), p. 605 s.

⁵⁶ Susana SANZ-CABALLERO (cit.), p. 799-802.

⁵⁷ No referido caso *Kafkaris vs. Chipre* (2008).

«qualidade de lei»⁵⁸: a *acessibilidade* e a *previsibilidade* da incriminação e da punição⁵⁹.

Com base nisso, o Tribunal entendeu, por exemplo, que a norma cipriota que revogou um regulamento prisional que, no quadro do regime de *liberdade condicional*, reduzia para 20 anos o período máximo de cumprimento da pena de prisão perpétua — não obstante se tratasse da simples disciplina do cumprimento da sanção — envolvia uma situação de insuficiente «qualidade de lei», em violação do artigo 7.º da CEDH. Pois não era suficientemente claro, no momento da prática do facto, se a pena de prisão perpétua constituía isso mesmo — uma privação de liberdade durante toda a vida, isto é, sem termo definido e sem qualquer perspectiva de *remição* — ou uma sanção com menor duração, com termo definido.

De qualquer modo, numa fórmula geral, o princípio da legalidade carrega a exigência de que, antes da prática do facto, o destinatário da norma de conduta deve poder retirar do seu enunciado — se necessário com a ajuda da interpretação já oferecida pelos tribunais competentes e através consulta jurídica apropriada — quais actos ou omissões constituem infracção criminal e qual pena será aplicável⁶⁰. Na verdade, esta visão corresponde ao enfraquecimento da dimensão formal do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, em favor de uma concepção alargada de legalidade, substancialmente fundada na possibilidade (*ex ante*) de aceder à fonte do Direito e de prever a condenação (real perigo de persecução penal)⁶¹.

Além de reconhecer que as leis nem sempre escapam à necessidade de utilizar termos mais ou menos indeterminados, o Tribunal Europeu dos Direitos Humano reconhece que algumas pessoas, como os profissionais inseridos em sectores altamente técnicos, possuem um especial dever de procura pela informação correcta (actualizada) e de análise do risco de punição do comportamento. Ainda neste tocante, o TEDH não deixa de sublinhar o papel da sua própria actividade judicativa como factor que contribui para a dissipação de dúvidas interpretativas e para a determinação da matéria de proibição e dos termos da punibilidade.

O mesmo vale em relação à actividade judicativa no cenário do Direito internacional⁶², bem como no seio do Direito doméstico. Por exemplo, no caso *Ashlarba vs. Geórgia* (2014) concluiu-se que a indeterminação legal do conceito de «organização criminosa» poderia ser suprida pela jurisprudência firme dos tribunais superiores nacionais, desde que esta revelasse um desenvolvimento coerente com a essência da ofensa, em moldes razoavelmente expectáveis. Algo semelhante já havia sido decidido no caso *Liivik vs. Estónia* (2000), a propósito do elemento típico «dano significativo».

⁵⁸ Para um panorama da aplicação do critério nos acórdãos do TEDH, veja-se o seu relatório, veja-se o Relatório «Article 7. The “quality of law” requirements and the principle of (non-)retrospectiveness of the criminal law under Article 7 of the Convention», 2019, disponível em <https://www.echr.coe.int/> (acesso em 25.7.2022).

⁵⁹ Já assim: *C. R. vs. Reino Unido* (1995), nm. 32-34; *Cantoni vs. França* (1996), nm. 29-35; *Coëme e Outros vs. Bélgica* (2000), nm. 145.

⁶⁰ *Achour vs. França* (2006), nm. 54.

⁶¹ Emanuele NICOSIA, *Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e Diritto Penale*, Torino: Giappichelli Editore, 2006, p. 56 s.

⁶² *Vg.*, *Jorcic vs. Alemanha* (2007), nm. 109-114, no que concerne à indeterminação do crime de genocídio.

Estes mesmos parâmetros contribuíram para estabilizar a ideia de que o artigo 7.º da Convenção também protege o arguido contra alterações jurisprudenciais desfavoráveis, a não ser que a rotação de sentido da decisão já fosse acessível e previsível no momento do facto⁶³. Nesta premissa, no caso *Alimuçaj vs. Albânia* (2012) o Tribunal decidiu que a condenação do agente, a título de burla, não apenas por um único crime, mas pelo número de crimes equivalente ao número de vítimas individualmente lesadas por um «esquema da pirâmide», em total e imprevisível desvio da jurisprudência doméstica anterior, violava o *nullum crimen, nulla poena sine lege*, porquanto a punição recebida não era objectivamente expectável à época do facto.

De qualquer maneira, convém perguntar se a discussão em torno da qualidade de lei não é enganosa e supérflua. Por um lado, não está suficientemente clara⁶⁴, na jurisprudência do TEDH, a relação entre aquela categoria e os critérios de acessibilidade e previsibilidade, tampouco a relação entres estes dois parâmetros⁶⁵. Por outro, é comum oscilar, na apreciação da acessibilidade e da previsibilidade, entre um critério objectivo e um critério subjectivo⁶⁶. Na prática, a ênfase na «qualidade» de lei acaba por diluir as relevantes fronteiras entre o princípio da legalidade e a dogmática do erro sobre a licitude do facto⁶⁷, misturando no *nullum crimen, nulla poena sine lege* uma dimensão que pertence ao princípio da culpa⁶⁸.

Esta nebulosidade decorre de um pragmatismo voltado (*ad hoc*) para os denominados «casos difíceis», com nítido prejuízo para o desenvolvimento teórico do princípio da legalidade criminal. No final das contas, tudo desagua no «princípio do gelo fino»: quem patina em gelo fino só muito dificilmente poderá esperar encontrar um sinal que

⁶³ Novamente no caso *Pessino vs. França* (2006). Fundamentação que reapareceria no caso *Del Río Prada vs. Espanha* (2013), acima citado, onde se concluiu que o giro jurisprudencial representado pela *doutrina Parot*, quando aplicada a factos anteriores, violava o artigo 7.º da Convenção, por se tratar de uma modificação objectivamente inesperada.

⁶⁴ Mário MONTE / Pedro Miguel FREITAS / Margarida SANTOS, «Princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas», Alessandra SILVEIRA / Mariana CANOTILHO (Coords.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra: Almedina, 2013 (anotação ao artigo 49.º), p. 555: «embora os requisitos de acessibilidade e precisão sejam reconhecidos como essenciais, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não devota grande profundidade à sua análise».

⁶⁵ Para um recente esforço de análise destes elementos, incluindo a sua delimitação perante a dogmática do erro de proibição: Sara PAIUSCO, *Nullum Crimen Sine Lege, the European Convention on Human Rights and the Foreseeability of the Law*, Baden-Baden: Nomos, 2021, p. 133 s., 148 s., 234 s., 283 s., 361 s.

⁶⁶ O que pode ser ilustrado com o caso *Kononov vs. Letónia* (2010), na diferente abordagem dos votos vencidos.

⁶⁷ Crítica de Harmen VAN DER WILT, «Nullum Crimen and International Criminal Law: The Relevance of the Foreseeability Test», *Nordic Journal of International Law*, 84 (2015), p. 519, 523, 527 s.), onde aponta (p. 525 s.) que, em relação aos crimes internacionais (ao contrário do que se verificou em relação aos crimes domésticos), o TEDH só muito gradualmente foi aceitando os testes da acessibilidade e da previsibilidade (p. 525 s.)

⁶⁸ Ainda neste tocante, embora admitindo que o princípio *nullum crimen, nulla poena sine culpa* também pode ser derivado do artigo 7.º da Convenção: Aleksandra RYCHLEWSKA, «The Nullum Crimen Sine Lege Principle in- the European Convention of Human Rights: The Actual Scope of Guarantees», *Polish Yearbook of International Law* 36 (2016), p. 171 s., dedicando particular atenção (p. 175 s.) ao parâmetro da «essência da ofensa».

índice o local exacto onde cairá⁶⁹. Assim, a referência vaga ao risco difuso de incorrer em responsabilidade criminal, sobretudo no que tange a modificações jurisprudenciais, pode acabar por neutralizar o funcionamento útil dos requisitos da acessibilidade e da previsibilidade⁷⁰. Em culturas jurídicas democráticas, as alterações do Direito penal devem emanar da legislatura e não do judiciário.

VII. A proibição de retroactividade e a exigência de aplicação da norma mais favorável

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem se esforçado para evitar confusões quanto ao n.º 2 do artigo 7.º, esclarecendo que o ali preceituado — a possibilidade de punir uma conduta que, no momento da sua realização, constituía crime segundo os “*princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas*” — não possui nenhum conteúdo autónomo em face do n.º 1, nem contempla uma verdadeira exceção que afasta circunstancialmente a proibição de retroactividade.

Com efeito, no caso *Maktouf e Damjanović vs. Bósnia e Herzegovina* (2013), por exemplo, concluiu-se que a tese contrária — a ideia de que o n.º 2 autoriza a aplicação retroactiva da lei nacional a condutas que, no momento da sua prática, já eram criminosas à luz do Direito Internacional Penal — seria inconsistente com os trabalhos preparatórios da CEDH, os quais tinham exclusivamente o propósito de facilitar a persecução dos criminosos da segunda guerra mundial e apenas em conexão com os factos praticados neste cenário. Além disso, tal interpretação tornaria supérflua a exceção, uma vez que o n.º 1 já enuncia o Direito Internacional Penal como legítima fonte de incriminação e punição.

Destacando o espaço de livre conformação normativa que os Estados membros do Conselho da Europa dispõem para definir a sua política criminal, o Tribunal tem reconhecido, na prática, a obsolescência daquele dispositivo. Até porque a incriminação e a punição dos crimes de guerra actualmente estão previstas — pelo menos através da incorporação de instrumentos de Direito Internacional Penal ou assimilação destas soluções pelas ordens jurídicas internas — na legislação penal de quase todos aqueles países. Contudo, pesar da intenção de justificar (*a posteriori*) os julgamentos de Nuremberga e Tóquio, só muito dificilmente será possível circunscrever a sua aplicação aos casos surgidos naquele horizonte⁷¹.

⁶⁹ Advertindo que o artigo 7.º da CEDH não deve ser minado pelo “princípio do gelo fino”, embora reconhecendo que a elasticidade dos parâmetros do TEDH deixa espaço para a sua incidência: Andrew ASHWORTH / JEREMY HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7th ed., New York: Oxford University Press, 2013, p. 62.

⁷⁰ Cian MURPHY (cit.), p. 206 s.

⁷¹ Uma alternativa — capaz de fornecer algum conteúdo autónomo ao n.º 2, o que poderia ser relevante nas situações de justiça de transição — é ler aquela cláusula como alusão a factos que, embora não encontrando previsão normativa no Direito Internacional Penal, já eram incriminados e punidos, no quadro do Direito interno, por um representativo número de Estados. Contudo, esta interpretação corre o risco de ampliar excessivamente o alcance da excepção, frustrando a teleologia originária do preceito. Veja-se Claus KRESS (cit.), nm. 26.

Por fim, é ainda no eixo cronológico que se verifica o último grande passo da jurisprudência do TEDH em matéria de *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Trata-se do reconhecimento da eficácia positiva do princípio da legalidade na sua dimensão temporal. Como se sabe, no Direito Português tem sido consensual a ideia de que a proibição de retroactividade *in malam partem* tem como reverso axiológico-normativo necessário o mandamento de retroactividade *in bonam partem*⁷². Na verdade, o princípio da aplicação retroactiva das leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido é um imperativo não apenas legal (n.º 4 do artigo 2.º do CP), mas também constitucional (n.º 4 do artigo 29.º da CRP).

Uma solução que só cede ali onde está em causa a aplicabilidade de uma lei penal mais favorável julgada inconstitucional. Como o princípio da aplicação da lei penal mais benéfica pressupõe a validade das normas em questão, ele não pode prevalecer sobre o próprio princípio da constitucionalidade. De tal maneira que o dever (imposto a todos os tribunais) de não aplicar normas inconstitucionais antecede e modula o dever de aplicar as normas de conteúdo mais favorável ao arguido. Logo, a declaração da inconstitucionalidade da norma mais benéfica implica a reprimenda da norma por ela revogada, sem prejuízo da possibilidade — em sede de fiscalização abstracta — de restrição dos efeitos da decisão (n.º 4 do artigo 282.º da CRP)⁷³.

Diversamente, ao contrário do que ocorre com o Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos (artigo 15.º, n.º 1, *in fine*), a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 9.º, *in fine*), a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 49.º, *in fine*) e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (artigo 24.º, n.º 2), a CEDH não consagra expressamente o princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável.

Invocando esta ausência textual e recuperando uma antiga opinião da Comissão Europeia de Direitos Humanos⁷⁴, o TEDH negou-se durante muitos anos a reconhecer a eficácia positiva do princípio da legalidade na sua dimensão temporal. Uma mudança de posição só aconteceria (ainda que em sede de *obiter dictum*) no caso *Scoppola vs. Itália* (2009)⁷⁵, a partir de então se integrando na garantia do artigo 7.º da Convenção (também implicitamente) um quarto princípio: a retroactividade da lei penal mais leniente (suave)⁷⁶.

⁷² O que não significa, por outro lado, que a solução hoje estampada no Código Penal Português não possa ser questionada (nos casos em que já existe condenação definitiva) à luz da garantia do caso julgado material, tendo em conta o valor da segurança jurídica que decorre da estabilização de um acto jurisdicional em tema penal, bem como o próprio princípio da separação dos poderes. Veja-se José de FARIA COSTA, *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa Nacional, 2017, p. 91-92.

⁷³ Maria João ANTUNES, «Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas de Liberdade e jurisprudência constitucional», *Julgar* 21 (2013), p. 101, com indicação dos acórdãos pertinentes.

⁷⁴ *X. vs. Alemanha* (processo 7900/77, com decisão de 6 de março de 1978).

⁷⁵ O Código Penal Italiano consagra este princípio desde 1930 (art. 2.º). No mais, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem entendido que a aplicação retroactiva da lei penal mais favorável é um princípio que faz parte da tradição constitucional partilhada pelos Estados membros da UE. Foi o que aconteceu no caso *Berlusconi e Outros* (C-387/02, C-391/02 e C-403/02, com decisão de 3 de maio de 2005, nm. 66-68).

⁷⁶ Andrei Emil MOISE, «The “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege” Principle and Foreseeability of the Criminal Law in the Jurisprudence of European Court of Human Rights», *Scholars International Journal of Law, Crime and Justice* (2020), p. 244-245.

VIII. Conclusão

Espero ter conseguido sintetizar alguns pontos relevantes para a discussão sobre o *nullum crimen, nulla poena sine lege* no Direito supra-estadual. Obrigando os Estados do Conselho da Europa ao cumprimento das suas decisões, a jurisprudência do TEDH sobre o princípio da legalidade criminal é importante para compreensão do significado e do alcance da garantia enunciada no artigo 7.º da CEDU, constituindo precedente judicial em todos os países membros, o que contribui não só para uma maior clareza na sua aplicação, mas também para a harmonização dos diversos sistemas nacionais de justiça criminal.

A este propósito, no quadro das políticas dos Estados do Conselho da Europa, há quem identifique nas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre o *nullum crimen, nulla poena sine lege* uma certa tendência no sentido de uma prática judicativa cada vez mais orientada para os fins de reabilitação dos delinquentes, relativizando em alguma medida a ideia de que a gravidade do crime deve ser o único critério de punição. Isso fica especialmente claro no recente avanço a propósito do princípio da retroactividade da lei penal mais benéfica.

Na verdade, em termos gerais, por meio das decisões do TEDH, esta lógica produz efeitos que vão muito além da específica situação das pessoas envolvidas no caso concreto, impactando ainda os diferentes ordenamentos jurídicos nacionais, através dos tribunais domésticos. Fala-se, a este respeito, numa “fertilização cruzada” entre órgãos judiciais, vista como propícia para “o alinhamento (temporal) de abordagens”⁷⁷

A título ilustrativo, a justiça bósnio-herzegovina convocou a jurisprudência do TEDH⁷⁸ para cassar decisões condenatórias que implicaram a aplicação retroactiva de normas mais gravosas, introduzidas em 2013 no Código Penal nacional, as quais aumentavam o limite mínimo da moldura penal aplicável a factos praticados em 1976, durante a vigência do Código Penal da República Socialista Federal da Iugoslávia.

De maneira semelhante, mas agora em relação a julgados proferidos contra outro Estado, a justiça norueguesa convocou a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos para concluir que nenhuma necessidade político-criminal — por maior que seja o clamor social, mesmo no contexto do combate ao terrorismo, por exemplo — pode fundamentar a condenação de alguém a uma pena de prisão em limite superior ao previsto em lei⁷⁹.

De resto, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre o princípio da legalidade penal tem sido assumida como tópico argumentativo, influenciando positivamente as práticas dos tribunais que operam no campo do Direito Internacional Penal⁸⁰. Bastará recordar, por exemplo, que o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda reconheceu que os tratados regionais de direitos humanos (como a CEDH) e a perti-

⁷⁷ Harmen VAN DER WILT (cit.), p. 522.

⁷⁸ Maktouf e Damjanović *vs.* Bósnia e Herzegovina (2013), acima citado.

⁷⁹ Noruega *vs.* Breivik (2012).

⁸⁰ Acusação *vs.* Barayagwiza - decisão da Câmara Recursal (1999).

nente jurisprudência (como o trabalho do TEDH) carregam uma autoridade persuasiva que contribui essencialmente para a interpretação e a realização do Direito aplicável⁸¹.

Portugal nunca chegou a ser sancionado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no que tange ao artigo 7.º da Convenção. Haveria algum interesse em saber qual seria a pronúncia daquele órgão, *v.g.*, relativamente a soluções como aquela que vem estabelecida pelo artigo 69.º, n.ºs 2, 3 e 4, da Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio (regime jurídico da concorrência), que vincula a definição do máximo da coima aplicável a diferentes percentagens do respectivo volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória⁸². Ou ainda mesmo em relação ao famoso artigo 292.º, n.º 1, da Constituição da Portuguesa, na parte em que recepciona a Lei n.º 8/75, de 25 de Julho, que pune retroactivamente factos praticados por agentes e responsáveis da extinta Polícia Internacional e de Defesa do Estado / Direcção-Geral de Segurança (PIDE/DGS)⁸³.

IX. Referências

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.º ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021.
- ALEXANDER, Shawn / GRAF, Leah / JANUS, Eric, «M. v. Germany: The European Court of Human Rights Takes a Critical Look at Preventive Detention», *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 29 (2012), p. 605-622.
- ANTUNES, Maria João, «Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas de Liberdade e jurisprudência constitucional», *Julgar* 21 (2013), p. 89-117.
- ASHWORTH, Andrew / JEREMY, Horder, *Principles of Criminal Law*, 7th ed., New York: Oxford University Press, 2013.
- BASSIOUNI, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law*, 2nd ed., Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014.
- BRONZE, Fernando José, *Lições de Introdução ao Direito*, 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019.
- CAEIRO, Pedro, «Punível com coima de até 10% de um montante qualquer: a inconstitucionalidade das normas sancionatórias do Regime Jurídico da Concorrência, na parte em que (não) fixam um limite máximo para as coimas aplicáveis ao abuso de posição dominante», COUTINHO, José Lobo, et al. (Coord.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. IV, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 2429-2472.

⁸¹ Sobre tudo isso: Nina KISIC / Sarah KING, «Toward a More Lenient Law: Trends in Sentencing from the European Court of Human Rights», *Human Rights Brief* 21(2014), p. 10-12.

⁸² Entendendo que esta solução viola (*inter alia*) a exigência de determinabilidade da sanção, quer se entenda a percentagem como uma mera «cláusula de bloqueio» da coima determinada nos termos do n.º 1, quer se entenda a percentagem como um autêntico limite superior da moldura de determinação da coima: Pedro CAEIRO, «Punível com coima de até 10% de um montante qualquer: a inconstitucionalidade das normas sancionatórias do Regime Jurídico da Concorrência, na parte em que (não) fixam um limite máximo para as coimas aplicáveis ao abuso de posição dominante», José Lobo COUTINHO, et al. (Coord.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. IV, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 2442 s., 2448 s. e 2469.

⁸³ Para a discussão em torno da legitimidade desta solução, com referências à luz da tese das normas constitucionais inconstitucionais: Manuel Afonso VAZ, *Teoria da Constituição. O que é a Constituição, hoje?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 138 s., 144 s.

INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU 25 ANOS DEPOIS

- CASTANHEIRA NEVES, António, «O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático», *Boletim da Faculdade de Direito. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia* (1984), p. 307-469.
- CORSI, Jessica Lynn, «An Argument for Strict Legality in International Criminal Law», *Georgetown Journal of International Law* 49 (2019), p. 1321-1381.
- COSTA, Lígia Ferro da / BETTENCOURT, Selma Pedroso, «GPS do princípio da legalidade penal: uma análise da jurisprudência constitucional», AMARAL, Maria Lúcia (Orgs.), *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2016, p. 383-412.
- DANA, Shahram, «Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing», *Journal of Criminal Law and Criminology*, 99 (2009), p. 857-927.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Article 7. The “quality of law” requirements and the principle of (non-)retrospectiveness of the criminal law under Article 7 of the Convention*, 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_quality_law_requirements_criminal_law_Art_7_ENG.PDF.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights. No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty*, 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf.
- FARIA COSTA, José de, *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa Nacional, 2017.
- FRISTER, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., München: Duncker & Humblot, 2015.
- GALLANT, Kenneth S., *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, New York: Cambridge University Press, 2009.
- GROPP, Walter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Berlin: Springer, 2005.
- KELSEN, Hans, «Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?», *The International Law Quarterly* 1 (1947), p. 153-171.
- KISIC, Nina / KING, Sarah, «Toward a More Lenient Law: Trends in Sentencing from the European Court of Human Rights», *Human Rights Brief* 21(2014), p. 9-15.
- KRESS, Claus, «Nulla poena nullum crimen sine lege», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponível em <https://opil.ouplaw.com/home/mpil> (acesso em 25.7.2022).
- LEMONS, Miguel Ângelo, *Nullum crimen nulla poena sine lege e o Direito Internacional. Em defesa de como os tribunais de guerra deram vida ao Direito Penal Internacional*, Universidade de Coimbra (Tese de Doutoramento), 2015.
- MOISE, Andrei Emil, «The “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege” Principle and Foreseeability of the Criminal Law in the Jurisprudence of European Court of Human Rights», *Scholars International Journal of Law, Crime and Justice* (2020), p. 240-247.
- MONTE, Mário / FREITAS, Pedro Miguel / SANTOS, Margarida, «Princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas», SILVEIRA, Alessandra / CANOTILHO, Mariana (Coords.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra: Almedina, 2013 (anotação ao artigo 49.º), p. 553-563.
- MOURA, Bruno de Oliveira, *Ilicitude penal e justificação. Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- MURPHY, Cian, «The Principle of Legality in Criminal Law under the European Convention on Human Rights», *European Human Rights Law Review* 2 (2010), p. 192-207.
- NICOSIA, Emanuele, *Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e Diritto Penale*, Torino: Giappichelli Editore, 2006.
- PAIUSCO, Sara, *Nullum Crimen Sine Lege, the European Convention on Human Rights and the Foreseeability of the Law*, Baden-Baden: Nomos, 2021.
- QUINTELA DE BRITO, Teresa, «O princípio da legalidade como parâmetro de interpretação das normas penais na doutrina portuguesa», *Anatomia do Crime* 8 (2018), p. 39-85.
- RADBRUCH, Gustav, «Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)», *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (2006), p. 1-11.

- RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- RYCHLEWSKA, Aleksandra, «The Nullum Crimen Sine Lege Principle in the European Convention of Human Rights: The Actual Scope of Guarantees», *Polish Yearbook of International Law* 36 (2016), p. 163-186.
- SANZ-CABALLERO, Susana, «The Principle of Nulla Poena Sine Lege Revisited: The Retrospective Application of Criminal Law in the Eyes of the European Court of Human Rights», *The European Journal of International Law* 28 (2017), p. 787-817.
- SILVA, Alexandre Pereira da, «Direito Internacional Penal (Direito Penal Internacional?): breve ensaio sobre a relevância e transnacionalidade da disciplina», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n.º 62 (2013), p. 53-83.
- TIMMERMAN, Mikhel, *Legality in Europe. On the Principle Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege in EU Law and under the ECHR*, Cambridge: Intersentia, 2018.
- VAN DER WILT, Harmen, «Nullum Crimen and International Criminal Law: The Relevance of the Foreseeability Test», *Nordic Journal of International Law*, 84 (2015), p. 515-531.
- VAZ, Manuel Afonso, *Teoria da Constituição. O que é a Constituição, hoje?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

O PARADIGMA DE *COMPLIANCE* E A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLETIVAS: *QUO VADIS?*

TIAGO COELHO MAGALHÃES

Advogado

1. A emergência de um paradigma de *compliance*: o ontem e o hoje

Compliance... No decurso da década passada, esta palavra, não obstante a sua génese anglo-saxónica, entrou no léxico jurídico português e, conseqüentemente, no pensamento dogmático e até na letra da lei, ainda que numa tradução adaptada, com recurso à fórmula “*cumprimento normativo*”. Como havia sucedido anteriormente com as novidades introduzidas pelo paradigma de *corporate governance* e da lógica de responsabilização dos órgãos de administração e dos seus titulares, estruturando-se a *empresa* em ordem a assegurar o cumprimento das boas práticas mercantis — um movimento impulsionado por diversos “*escândalos*” que irromperam, ao longo do século XX, e que, em alguns casos, coincidiram com períodos de crise (*v.g. Enron, Parmalat, World-Com*, entre outros ⁽¹⁾) —, também a ideia de *compliance* imiscuiu-se no discurso jurídico, inclusive no âmbito do próprio direito penal ⁽²⁾.

Mais recentemente, a denominada crise do “*subprime*”, com génese nos mercados norte-americanos, alastrou-se, no contexto de um mundo globalizado, a várias jurisdições e latitudes, tendo representado um risco sério de colapso generalizado do setor financeiro

¹ A este propósito, *vide* MONKS, ROBERT A. G. / MINOW, NELL, *Corporate Governance*, 4.^a edição, Chichester: John Wiley & Sons, Ltd, 2008, pp. 22-24.

² *Cfr.* NIETO MARTÍN, ADÁN, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, in *Compliance y teoría del Derecho Penal*, ed. Lothar Kuhlen, *et al.*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 26-27; NIETO MARTÍN, ADÁN, “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, in *Política Criminal*, n.º 5, 2008, pp. 5 e ss.

e bancário, em diversos países — além dos danos concretos que daí também resultaram e que marcaram o final da primeira década do século XXI. Como consequência do sucedido, os estados procuraram intervir diretamente, nos setores económicos mais afetados (e *implicados*) na crise financeira, que eclode fundamentalmente em meados de 2008, concebendo uma apertada malha de deveres e de obrigações, cujo cumprimento impuseram sobre diversos atores económicos, *maxime* as sociedades comerciais. Importa não esquecer, a esse propósito, que a centralidade económica e sociológica assumida pelas sociedades comerciais e por outras organizações estruturadas em moldes empresariais, sobretudo no século passado, ainda que com raízes na consolidação da Revolução Industrial (agora substituída por uma autêntica Revolução Tecnológica), adensou-se, nas últimas décadas. As pessoas coletivas — enquanto agrupamento de pessoas singulares e representação do “*real construído*”⁽³⁾ — são, hoje, atores fundamentais no tráfego jurídico e mercantil, e não apenas no intitulado “*mundo ocidental*”, mas um pouco por todo o globo, correspondendo a intervenientes fulcrais no quotidiano da “*aldeia global*”.

Porém, os períodos de crise acima referidos e alguns casos concretos, amplamente divulgados pelos meios de comunicação social, ao longo dos anos, consolidaram a percepção de que também as pessoas coletivas poderiam ser agentes da prática de crimes — o que constituía uma novidade relevante, considerando a matriz antropocêntrica do direito penal que emergiu do Iluminismo e que implicou reflexão acerca das categorias da teoria da infração penal, de forma a superar os obstáculos que habitualmente se levantavam (e, em algumas jurisdições, ainda se levantam) a propósito da responsabilização criminal das pessoas coletivas, como a ideia de *incapacidade de ação* e *incapacidade de culpa*⁽⁴⁾. O discurso dogmático procurou, assim, superar o aforismo latino *societas delinquere non potest*, corrigindo o mesmo para *societas delinquere potest*⁽⁵⁾. E, naturalmente, a afirmação gradual de um verdadeiro direito penal económico e financeiro, ancorado na perspetiva criminológica dos denominados *crimes de colarinho branco*, na expressão cunhada por Sutherland,⁽⁶⁾ contribuiu para que as atividades desenvolvidas e prosseguidas por pessoas coletivas fossem introduzidas na discursividade jurídico-penal, o que lançou também o foco sobre os próprios entes coletivos e a possibilidade de os mesmos intervirem como agentes da prática de crimes.

³ Expressão que tomamos de empréstimo a José de Faria Costa. *Cfr.* “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. I*, IDPEE, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 515.

⁴ *Cfr.* SOUSA, SUSANA AIRES DE, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 15 e ss. Veja-se também MAGALHÃES, TIAGO COELHO, “Modelos de imputação do facto à pessoa coletiva em direito penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 25, n.ºs 1 a 4, janeiro-dezembro 2015, pp. 146 e ss.

⁵ *Cfr.* MAGALHÃES, TIAGO COELHO, “Modelos de imputação...”, *cit.*, pp. 146 e ss.

⁶ Sobre este ponto, com enfoque sobretudo no crime de corrupção, veja-se PATRÍCIO, RUI | MAGALHÃES, TIAGO COELHO, “A consumação do crime de corrupção ativa na ordem jurídica portuguesa e o específico problema do início da contagem do prazo prescricional do procedimento criminal”, in *Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção. Integridade para o Desenvolvimento*, coord. Marco Aurélio Borges de Paula e Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, 2.ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, pp. 83 e ss.

E, no caso concreto do ordenamento jurídico português, desde 2007 que o Código Penal (7) viu alterada a redação do respetivo artigo 11.º, introduzindo-se a admissibilidade de responsabilização criminal de pessoas coletivas (e entidades equiparadas), mesmo relativamente a tipos legais de crime que se encontravam previstos no próprio CP, ainda que apenas quanto a um conjunto de normas incriminadoras integrantes de um catálogo que aquele artigo 11.º, n.º 2, passou a prever (8).

Essa afirmação da possibilidade de responsabilização criminal de pessoas coletivas e a assunção da existência de riscos inerentes ao desenvolvimento de diversas atividades apontaram a agulha para um novo vetor: a prevenção. É verdade que o direito penal, enquanto ramo sancionatório de *ultima ratio*, se centra na repressão de comportamentos. Contudo, constatou-se a necessidade de garantir que as pessoas coletivas, sobretudo aquelas que se organizam em moldes empresariais e intervêm no tráfego mercantil, sobretudo as sociedades comerciais, se estruturassem, sob o ponto de visto interno, de acordo com regras e princípios que, comunitariamente, são considerados adequados e exigíveis a um ente coletivo. Surgiu, nesse quadro, a ideia de “*olhar para dentro*”, identificar erros, lacunas e deficiências, corrigi-los e imprimir uma verdadeira “*cultura*” de conformidade e de respeito por aquilo que a comunidade entende ser devido. É assim que o movimento de afirmação do primado de *compliance* deu os primeiros passos. O cerne do debate deixou de ser, apenas e só, a repressão e o sancionamento — ainda que não abandonados, naturalmente — e passou a mobilizar também o problema da prevenção.

2. Os programas de *compliance*

Os programas de *compliance* têm a sua génese na imposição às pessoas coletivas, mormente aquelas que se organizam em moldes empresariais, de um dever de autorregulação (9). A este propósito, afigura-se-nos particularmente ilustrativa a configuração deste paradigma como uma “*cooperação público-privada na atuação de empresas*”, de que se socorre Susana Aires de Sousa (10), ou, na formulação de Anabela Rodrigues, “*um produto híbrido, público e privado, do Estado e do mundo empresarial*” (11). A tónica coloca-se, assim, na máxima de *autorregulação*, ainda que orientada e balizada por normas e diretrizes que são dimanadas do próprio Estado, nas suas diferentes vestes e manifestações, algumas encontrando respaldo na própria legislação.

É nesse quadro que emergiu o que já se pode qualificar como “*paradigma*”: a ideia de autorregulação dos atores relevantes que intervêm em diversos setores da economia

7 De ora em diante apenas “CP”.

8 A novidade de 2007 cingiu-se, fundamentalmente, à introdução da ideia de responsabilidade penal de pessoas coletivas e entidades equiparadas, relativamente a crimes previstos no CP, mas também à formulação de um modelo de imputação dessa responsabilidade aos entes coletivos, em moldes inovadores e inéditos, no ordenamento jurídico português. Para maiores desenvolvimentos, *cfr.* MAGALHÃES, TIAGO COELHO, “Modelos de imputação...”, *cit.*, pp. 198 e ss.

9 Para maiores desenvolvimentos, *vide* SOUSA, SUSANA AIRES DE, *op. cit.*, pp. 123 e ss.

10 *Cfr.* SOUSA, SUSANA AIRES DE, *op. cit.*, p. 125.

11 *Cfr.* RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *Direito Penal Económico*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 56-57.

e da sociedade e, conseqüentemente, a ideia de *compliance* ⁽¹²⁾. Introduce-se, assim, no discurso jurídico uma nota de *ética*, enquanto ética empresarial ou corporativa ⁽¹³⁾, a qual tem origem no exemplo demonstrado por aqueles que ocupam os estratos superiores da pessoa coletiva e que devem inculcar a “*cultura interna*” da organização a quem se encontra, nomeadamente em termos hierárquicos, numa posição subordinada ou delegada. Esta lógica é frequentemente apelidada de “*tone at the top*” — socorrendo-nos da expressão anglo-saxónica —, pressupondo que a liderança da pessoa coletiva defina e estabeleça a dita “*cultura interna*”, a qual imprime na organização e que transmite a todos aqueles que se encontram, em termos hierárquicos e organizativos, em estratos e patamares inferiores da estrutura. No fundo, são aqueles que ocupam os órgãos e comissões de decisão e de poder que devem conceber e fixar essa “*cultura interna*”, competindo-lhes ainda dotar a estrutura dos meios necessários e adequados a implementar e cumprir, de facto, essa “*cultura*”, socorrendo-se de uma lógica de “*mood in the middle*”, ou seja, de escalões intermédios, na hierarquia, que auxiliam na concretização e efetiva implementação das regras e dos procedimentos internos. São as pessoas que ocupam esses patamares intermédios, na hierarquia e estruturação interna da pessoa coletiva, que se encontram mais próximas das pessoas singulares que integram a organização, daí que a sua intervenção assuma um papel fulcral na divulgação das regras e dos procedimentos, inclusive ao nível das formações necessárias para transmitir e “*ensinar*” as regras e os procedimentos aprovados. Esse papel incumbe sobretudo ao denominado *compliance officer* ou *compliance chief officer*, sobre quem recai a tarefa de assegurar a concretização e implementação dos programas e códigos de conduta e, acima de tudo, o acompanhamento permanente do cumprimento das regras e dos procedimentos instituídos, inclusive de forma a espoliar procedimentos de atualização das referidas regras e procedimentos, quando tal se revele necessário e adequado.

A relevância da ideia de *compliance* foi assumindo particular incidência no domínio da prevenção de fenómenos corruptivos, desde logo, no plano da administração pública ⁽¹⁴⁾ e tem precipitado uma avalanche de constantes alterações e inovações legislativas ⁽¹⁵⁾, as quais vêm impondo sobre as pessoas coletivas, sobretudo aquelas que desenvolvem o seu objeto social em específicos setores de atividade, como a banca, os seguros, o setor imobiliário, entre outros, uma panóplia cada vez mais vasta de deveres e obrigações de pendor organizativo. À corrupção, soma-se ainda a prevenção dos fenómenos de branqueamento de capitais, cujas respetivas regras e deveres moldaram inclusive a forma como os intervenientes no tráfego se inter-relacionam, nomeadamente ao nível da realização de pagamentos de quantias monetárias. Foi sobretudo nesses

¹² Vide, por todos, RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *op. cit.*, pp. 46 e ss.

¹³ Neste sentido, veja-se RODRIGUES, ANDRÉ ALFAR, *Manual Teórico-Prático de Compliance*, Coimbra: Almedina, 2022, pp. 29 e ss.

¹⁴ Veja-se, nesse sentido, LEITE, INÊS FERREIRA, “O Regime Geral de Prevenção da Corrupção na Estratégia Nacional Anticorrupção (2020-2024)”, in *Corrupção em Portugal. Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma*, org. Paulo Pinto de Albuquerque, Rui Cardoso, Sónia Moura, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, sobretudo pp. 89 e ss.

¹⁵ Para maiores desenvolvimentos, vide SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 7 e ss.

dois domínios de prevenção de hipotéticos ilícitos que as pessoas coletivas começaram a verdadeiramente interiorizar a ideia de *compliance* e a dotar as suas estruturas de regras, códigos de conduta e procedimentos adequados a prevenir os riscos inerentes ao desenvolvimento da sua atividade e suficientes para cumprir com as exigências legais que foram (e vão) surgindo. Até porque a previsão de deveres e obrigações impostas às pessoas coletivas, em matéria de organização e de prevenção de fenómenos delituosos, surge, frequentemente, acompanhada da previsão de ilícitos contraordenacionais que serão preenchidos, caso aqueles deveres e obrigações não sejam cumpridos. Assim, impende sempre sobre as pessoas coletivas uma *espada de Dâmoçles*, representada em ilícitos contraordenacionais por vezes sancionáveis com molduras abstratas de coima particularmente gravosas e elevadas, caso não cumpram o conjunto alargado de deveres e obrigações impostos pela legislação.

No concreto caso do ordenamento jurídico português, a torrente legislativa mais recente, fortemente inspirada (e impulsionada) pelo direito europeu, assenta num pilar de verdadeira *privatização* da prevenção de delitos no seio das organizações e das estruturas empresariais, confiando que sejam esses entes, na sua abstração e na sua dinâmica interna, que atuam, num primeiro momento, na deteção de eventuais práticas com relevância sancionatória, *maxime* penal, denunciando, se necessário, esses comportamentos e (re)organizando a estrutura interna, ordenada a um fito de prevenção de ulteriores condutas similares. Se dúvidas existissem a esse propósito, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024, da responsabilidade do Governo português, veio introduzir metas e objetivos de alteração e de inovação do ordenamento jurídico, de molde a reforçar a prevenção de possíveis delitos¹⁶. Essa Estratégia Nacional desembocou, entre o mais, em dois diplomas legislativos particularmente relevantes: (i) a Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro, que veio estabelecer o regime geral de proteção de denunciadores de infrações (vulgarmente denominados *whistleblowers*); e (ii) a Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, que aprovou as medidas previstas na aludida Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, procedendo a alterações significativas no CP e no Código de Processo Penal¹⁷, além de outros diplomas de legislação extravagante. Ambas as leis introduziram novidades relevantes, no ordenamento jurídico, e acarretaram uma verdadeira generalização dos deveres e obrigações preventivas, associadas a uma ideia de *compliance*, seja no plano de prevenção da corrupção, seja na obrigatoriedade (pelo menos para todas as “*entidades obrigadas*”, definidas como tal na Lei n.º 93/2021) de criação e implementação de um canal de denúncias interno, para que possam ser apresentadas denúncias relativas a possíveis infrações praticadas no âmbito da atividade prosseguida pela pessoa coletiva, e para que as mesmas sejam corretamente analisadas e apreciadas.

Neste novo horizonte, não se trata de demitir as instâncias formais de controlo do seu papel e das suas incumbências, inclusive dentro dos quadros e limites traçados pela

¹⁶ Com mais desenvolvimento, leia-se PATRÍCIO, RUI | MATOS, NUNO IGREJA DE, “Vai e põe uma sentinela: a nova estratégia de prevenção criminal no setor privado”, in *Corrupção em Portugal. Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma*, org. Paulo Pinto de Albuquerque, Rui Cardoso, Sónia Moura, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pp. 142 e ss.

¹⁷ Doravante apenas “CPP”.

nossa Lei Fundamental, mas apenas de inculcar nas organizações uma “*cultura interna*” de cumprimento e de conformidade ao dever-ser jurídico — e que ultrapasse o mero patamar do *papel* (falando, aqui, em sentido literal) e assuma raízes concretas no seio da organização e, mais relevante ainda, raízes demonstráveis e comprováveis. No fundo, as pessoas coletivas, mormente as empresas, são colocadas numa posição de vértice, no difícil *polígono* da prevenção de delitos e de infrações. Por outras palavras, são *atores* e participantes ativos na prevenção de possíveis infrações que sejam praticadas no contexto da própria pessoa coletiva.

2.1. A elaboração de programas de compliance

Os programas de *compliance* assentam num propósito quadripartido: *antecipação; prevenção; deteção; reação* ⁽¹⁸⁾. São estes os vetores que habitualmente são atribuídos aos programas de *compliance*, conjugando a ideia basilar de prevenção com a possibilidade de reação face a hipotéticas infrações que sejam detetadas (sem prejuízo, naturalmente, da investigação e sancionamento dessas infrações pelas instâncias formais de controlo, caso se revele que os factos poderão assumir relevância criminal). Esse vetor de *reação* não significa que será a pessoa coletiva *polícia de si mesma* e muito menos julgador. A ideia de *reação* procura, sim, refletir a faculdade (e, em alguns casos, o dever) da pessoa coletiva, uma vez se deparando com a prática de uma possível infração no seio da sua organização, reagir, alterando as suas regras e os seus procedimentos, ou aperfeiçoando-os, procurando evitar que situações similares ou próximas se repitam ⁽¹⁹⁾.

Assim, através de uma verdadeira política interna de *compliance*, materializada em códigos de condutas, regras e procedimentos, a pessoa coletiva pode prevenir e antecipar a prática de possíveis infrações ou delitos; pode igualmente aperceber-se, detetar e identificar situações que possam assumir desvalor jurídico e, em última instância, reagir a essas situações hipotéticas, reformulando os códigos, as regras e os procedimentos que havia instituído, além das reações mais *musculadas*, que poderão passar pela reação disciplinar, nomeadamente no âmbito laboral, face aos infratores pessoas singulares, sem esquecer a possível denúncia criminal apresentada junto das instâncias formais de controlo, se a situação puder assumir relevância penal.

Importa também não olvidar que “*um programa de compliance é um produto dinâmico, constantemente inacabado e em contínua mutação*” ⁽²⁰⁾, precisamente porque o que se impõe é a adoção e implementação de um programa que seja efetivamente adaptado às necessidades e especificidades de cada concreta organização ou pessoa coletiva — e apenas quando se inicia a efetiva implementação do programa é que será possível ante-

¹⁸ Vide JÚNIOR, FILIPA MARQUES | MEDEIROS, JOÃO, “A elaboração de programas de *compliance*”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes, Coimbra: Almedina, 2018, pp.124 e ss.

¹⁹ Cfr. SIEBER, ULRICH / ENGELHART, MARC, *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes. An Empirical Survey of German Companies*, Berlim: Duncker & Humboldt, 2014, p. 2 e pp. 34 e ss.

²⁰ Citamos JÚNIOR, FILIPA MARQUES | MEDEIROS, JOÃO, “A elaboração de programas de *compliance*”, *cit.*, p. 135.

cipar eventuais alterações que se revelem necessárias ⁽²¹⁾. É que, como bem assinala Susana Aires de Sousa, um programa de *compliance* “*procurará concretizar objetivos dentro do cumprimento das leis e regulamentos, reforçar valores, indicar regras de conduta, criar procedimentos e controlos internos com orientações concretas*” ⁽²²⁾. E essa adaptação da abstração e generalidade das normas à realidade própria de cada pessoa coletiva exige um trabalho complexo de análise, estudo e de preparação, para que as regras e procedimentos que emergem dos programas de *compliance* não sejam letra-morta e muito menos o mero cumprimento formal de determinados deveres legais — até porque, se assim for, como veremos adiante, a pessoa coletiva acabará por não beneficiar da aprovação de um programa de *compliance*, muito menos no contexto de um processo penal em que a sua própria responsabilidade esteja a ser apreciada e aferida.

A elaboração — e ulterior efetiva implementação ⁽²³⁾ — de programas de *compliance*, em sentido lato, obedece, por isso, a um conjunto de trâmites que reclamam um conhecimento profundo da realidade interna e da estrutura e dinâmica da pessoa coletiva em causa, de forma que um determinado conjunto de regras adotadas e aplicadas, no seio da organização coletiva, não se resumam a um mero *papel afixado* nas áreas comuns físicas (ou cibernéticas) da pessoa coletiva — os quais, como resulta da sensibilidade comum e das regras da experiência, alguns lerão, outros não.

Ora, a concreta elaboração de um programa de *compliance* exige, em primeiro lugar, um prévio “*risk assessment*” (concretizado naquilo que vulgarmente se denomina como “*due diligence*”, socorrendo-se da expressão anglo-saxónica), em busca da identificação e sinalização das principais insuficiências, deficiências e riscos, presentes e potenciais, que emergem da atividade prosseguida pelo ente coletivo e da forma como este se estrutura e organiza, desde logo ao nível de *corporate governance* ⁽²⁴⁾. Essa análise de risco convoca a realização de uma panóplia de tarefas diversas, que vão desde a análise de documentos internos da pessoa coletiva, como estatutos, códigos de ética, contratos, informação contabilística e financeira, até à realização de entrevistas, de forma a recolher uma imagem o mais fiel e exata possível daquilo que verdadeiramente existe e sucede, no contexto daquela específica pessoa coletiva.

Apenas cumprida, com atenção e rigor, essa análise e avaliação iniciais da pessoa coletiva e do modo como esta se organiza e estrutura é que será possível, num passo seguinte, proceder à elaboração do programa propriamente dito, isto é, do complexo normativo de *soft law* em que normalmente se traduzem os programas de *compliance*.

²¹ No mesmo sentido, SOUSA, SUSANA AIRES DE, *op. cit.*, pp. 126 e ss. Veja-se ainda SOUZA, ARTUR DE BRITO GUEIROS, “Programas de *compliance* e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 25, n.ºs 1 a 4, janeiro-dezembro 2015, pp. 117 e ss.

²² Citamos SOUSA, SUSANA AIRES DE, *op. cit.*, p. 126.

²³ Ao longo do presente texto, qualificaremos, frequentemente, a implementação dos programas de *compliance* como “*efetiva*” (ou socorrendo-nos ainda do advérbio “*efetivamente*”). Este recurso linguístico procurará sublinhar que o programa de *compliance*, enquanto realidade viva, mutável e em constante adaptação, deve ser de facto implementado, com a criação de regras e procedimentos concretos e interiorizado por todos aqueles (pessoas singulares) que integram a organização coletiva.

²⁴ *Cfr.*, entre outros, LASCURAÍN, JUAN ANTONIO, “Los programas de cumplimiento como programas de prudencial penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 25, n.ºs 1 a 4, janeiro-dezembro 2015, pp. 104 e ss.

Considerando o vasto conjunto de deveres que, atualmente, impendem sobre as pessoas coletivas, em diversos aspetos, plasmados em diploma distintos, já não será correto falar num único programa de *compliance*. Aquilo que, agora, é exigível à generalidade das pessoas coletivas é a adoção de um autêntico complexo normativo interno, espalhado por mais do que um código. Este novo estado de coisas exige uma atenção redobrada por parte das pessoas coletivas, em especial daqueles que internamente são responsáveis pela divulgação, acompanhamento e supervisão da implementação das regras e procedimentos, com destaque para o *compliance chief officer*. Trata-se de um desafio acrescido para a própria estrutura interna da pessoa coletiva, que precisa implementar um número maior de regras e de procedimentos e supervisionar e fiscalizar o seu cumprimento. A panóplia vasta de deveres agora impostos às pessoas coletivas acarreta uma dimensão de burocracia mais intensa para as respetivas organizações e estruturas, com dificuldades de concatenação dos diversos graus de hierarquia, órgãos, comités e comissões internos, sendo necessária uma definição mais clara e rigorosa das atribuições e funções de cada um, sob pena dos propósitos de prevenção que presidem aos programas de *compliance* se perderem na malha de órgãos diferentes e de regras e procedimentos que vão sendo aprovados e instituídos.

Ainda a propósito do conteúdo desses códigos de conduta e procedimentos, é mister frisar que a redação das regras em causa deve possibilitar a sua fácil apreensão e compreensão por todos os seus destinatários. Importa, por conseguinte, que se trate de normas claras, simples, pois só assim as mesmas serão devidamente eficazes e poderão construir a tal “*cultura interna*” de conformidade e respeito ao dever-ser jurídico. Naturalmente, a realização de formações internas será especialmente importante para transmitir o conteúdo e o sentido das regras e dos procedimentos adotados e instituídos a todos aqueles que deverão observar as ditas regras e cumprir os procedimentos em causa. A pedra de toque será sempre a divulgação interna abrangente e a explicação daquilo que se impõe e que se institui. Por outras palavras: a chave estará na *comunicação*. Sendo igualmente relevante assegurar que as regras e os procedimentos adotados permaneçam sempre disponíveis para serem consultados e acedidos por todos aqueles que integram a pessoa coletiva, a qualquer momento.

Por fim, uma vez aprovados os programas, regulamentos e códigos de ética e de conduta, nos termos delineados pela organização interna, a sua implementação e cumprimento por todos quantos integram o ente coletivo deve ser permanentemente monitorizado, podendo mesmo justificar o desencadeamento de investigações internas, em particular quando sejam apresentadas denúncias relativas à prática de possíveis infrações²⁵ — sobretudo, agora, com a obrigatoriedade de criação de canais de denúncia interna, no seguimento da aprovação e entrada em vigor da Lei n.º 93/2021. Mas, mesmo quando não estejamos perante a necessidade de espoletar investigações internas, o acompanhamento permanente da implementação e execução das regras e procedimentos de *compliance* aprovados permitirá uma atualização constante dos mesmos, em face da evolução que se possa verificar na estrutura da pessoa coletiva, as alterações na

²⁵ Para maiores desenvolvimentos sobre a elaboração de programas de *compliance*, vide JÚNIOR, FILIPA MARQUES | MEDEIROS, JOÃO, “A elaboração de programas de *compliance*”, *cit.*, pp. 135 e ss.

hierarquia, os desenvolvimentos próprios da atividade prosseguida, além da sua adaptação às alterações e novidades jurídicas que possam ir surgindo.

Importa manter sempre presente que os programas de *compliance* e códigos de conduta são dinâmicos e mutáveis. Não podem esses instrumentos ser encarados como respostas finais e acabadas às exigências que impendem sobre as pessoas coletivas e as organizações, mas apenas como *ponto de partida*, o qual deve ser alvo de frequente revisão, atualização e melhoramento — até para assegurar a sua eficácia e, como veremos *infra*, a sua relevância no quadro da hipotética afirmação de responsabilidade criminal da pessoa coletiva.

3. A relevância jurídico-penal dos programas de *compliance*

3.1. As dúvidas do passado e a resposta legislativa

Não será possível, hoje, debater, mesmo num plano estritamente dogmático ou *de jure condendo*, a responsabilidade penal de pessoas coletivas, esquecendo os programas de *compliance* e como estes inundam essa temática, ainda que a distintos níveis⁽²⁶⁾.

Ao longo dos últimos anos, ergueram-se algumas vozes contra o debate sobre o possível impacto que a autorregulação das organizações e das empresas e, em particular, os programas de *compliance* poderia ter ao nível da responsabilidade dos entes coletivos ou, em última instância, quanto à espécie e medida do seu sancionamento, por aparente receio de que os programas de *compliance* se convertessem, porventura por simples *golpe de magia*, em *cheques em branco* passados aos entes coletivos, escancarando a porta à isenção da sua hipotética responsabilização criminal⁽²⁷⁾, ou por se entender que a pessoa coletiva, no paradigma da autorregulação, seria “juiz de si mesma”⁽²⁸⁾. Estamos a falar de posições de princípio que, em regra, partilhavam da ideia de que as pessoas coletivas teriam uma certa “*tendência para o incumprimento*”⁽²⁹⁾.

Salvo o devido respeito, estas reticências e receios partem de uma premissa equivocada: os programas de *compliance*, como resultou das considerações acima expostas, não pressupõem que a pessoa coletiva se converta em *polícia* e muito menos em *juiz*. Este novo paradigma deve apenas ser perspectivado como uma introdução da pessoa coletiva na discursividade jurídica — e até político-criminal —, sob a trave-mestra da prevenção. Ao impor deveres e obrigações, em matéria de *compliance*, às pessoas coletivas, o legislador não pretende que, com essas regras e procedimentos, as pessoas coletivas branqueiem a sua responsabilidade ou até aproveitem eventuais denúncias

²⁶ Leia-se, neste sentido, RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *op. cit.*, p. 65.

²⁷ Vide, a título de exemplo, a posição defendida por MENDES, PAULO DE SOUSA, “*Law Enforcement e Compliance*”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 13 e ss.

²⁸ Nesse sentido, veja-se BUSATO, PAULO CÉSAR, “O que não se diz sobre o *criminal compliance*”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 23 e ss.

²⁹ A título exemplificativo, leia-se LASCURAÍN, JUAN ANTONIO, “Los programas...”, *cit.*, pp. 97 e ss.

internas para procurar ocultar ou dissimular possíveis práticas ilícitas. É que, por um lado, risco de ocultação ou dissimulação da prática de factos com possível relevância jurídica, inclusive penal, sempre existiu e existirá, independentemente da adoção, ou não, de programas de *compliance*. E, por outro lado, as regras e os procedimentos que resultam da adoção e implementação dos programas de *compliance*, em rigor, vem dificultar essa ocultação, sobretudo se as regras concretas em causa instituírem uma lógica interna de *checks and balances*, com registo físico de diferentes etapas e de momentos de tomada de decisão, o que permite rastrear melhor, mesmo numa hipotética investigação criminal, os factos e o respetivo enquadramento.

Além disso, importa ressaltar que a introdução da ideia de *compliance*, nas estruturas empresariais e nas organizações, não é recebida de ânimo leve e de *braços abertos*. Pelo contrário, pois a profusão de regras e de procedimentos rigorosos em que se devem traduzir os programas de *compliance* enfrenta, na prática, dificuldades sérias de implementação e, frequentemente, resistência por parte das pessoas singulares e dos órgãos que integram essas estruturas coletivas⁽³⁰⁾. Sem esquecer que a imposição destes deveres e obrigações — porque, na generalidade das situações, já foi ultrapassado o mero plano da faculdade ou da opção — tem, como reverso da medalha, nomeadamente em casos de ausência de programas de *compliance* ou de insuficiente ou até deficiente implementação dos mesmos, a possível responsabilização da pessoa coletiva, desde logo no plano contraordenacional.

Daí acreditarmos que, no momento presente, essa discussão já se revelará um pouco extemporânea, considerando, em particular, as alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2021 ao próprio CP — que serão devidamente analisadas adiante. O legislador, corretamente, *cavalgou a maré dos dias* e assumiu que a (in)existência de programas de *compliance*, em sentido amplo, deveria possuir reflexo ao nível da responsabilidade criminal da própria pessoa coletiva. Como escusado seria frisar, esse reflexo constitui, em si mesmo, um incentivo à adoção e implementação (efetiva e eficaz) de códigos de conduta internos, regras e procedimentos, por parte das pessoas coletivas. A questão principal deixa, assim, de ser o reconhecimento da relevância jurídico-penal desses programas de *compliance*, passando a coincidir com a forma como se manifestará essa relevância.

3.2. O modelo de imputação da responsabilidade criminal à pessoa coletiva como ponto de partida

Não subsistem propriamente dúvidas muito significativas sobre o diferente significado dos programas de *compliance*, em matéria de responsabilidade penal das pessoas coletivas, consoante o modelo de imputação do facto penalmente relevante que seja adotado. Isto é, dependendo da forma como o legislador ultrapassa a abstração intrínseca das pessoas coletivas — tradicionalmente representada nos argumentos de *incapacidade de ação* e *incapacidade de culpa* —, estabelecendo critérios que permitam afirmar a imputação de um determinado facto com relevância criminal a uma pessoa

³⁰ Neste sentido, e com mais desenvolvimento, veja-se JÚNIOR, FILIPA MARQUES | MEDEIROS, JOÃO, “A elaboração de programas de *compliance*”, *cit.*, pp. 132 e ss.

coletiva, também poderá diferir o relevo que é reconhecido e atribuído aos programas de *compliance* ⁽³¹⁾.

Está aqui em causa o binómio *hetero-responsabilidade* e *autorresponsabilidade* das pessoas coletivas, que correspondem aos dois grandes modelos de imputação da responsabilidade criminal à pessoa coletiva — sem prejuízo das conceções dogmáticas distintas que, dentro de cada modelo, podem ser descortinadas ⁽³²⁾. A *hetero-responsabilidade*, que possui a sua génese no denominado modelo vicarial, em traços essenciais, pressupõe sempre a aferição e afirmação de responsabilidade da pessoa singular que concretamente agiu ou omitiu, sendo necessário, num primeiro momento, analisar o facto e a culpa dessa pessoa singular e, apenas num segundo momento, através de um mecanismo de imputação *normativa*, esse facto e essa culpa serão igualmente atribuídos à pessoa coletiva, conquanto esta surja, na concreta situação de facto, na veste de *representada* pela pessoa singular que agiu ou omitiu determinado dever. Trata-se, por isso, de um modelo assente ainda numa certa ideia de *ficção* e que nunca abdica da ligação entre o comportamento fáctico, ou seja, o *pedaço da vida* em que participou determinada pessoa singular, por um lado, e a pessoa coletiva, por outro. Contrariamente a esse modelo, a *autorresponsabilidade* foca-se na própria pessoa coletiva e faz radicar o juízo de censurabilidade no denominado “*defeito de organização*” que permitiu que um determinado ilícito com relevância criminal fosse praticado no seio da própria pessoa coletiva — isto, obviamente, em traços singelos e simplistas.

Ora, um modelo de autorresponsabilidade pressupõe um prévio dever de conformação da própria estrutura e organização da pessoa coletiva ao dever-ser jurídico-penal, encontrando-se, por isso, mais umbilicalmente ligado a um paradigma de *compliance*. Censura-se — e responsabiliza-se — a pessoa coletiva, porque esta não se dotou de mecanismos e regras que permitissem consolidar uma “*cultura interna*” de conformidade ao dever-ser jurídico. No fundo, conclui-se que a pessoa coletiva facilitou, potenciou ou criou um clima interno favorável à comissão de ilícitos penais, assentando nessa constatação o respetivo juízo de responsabilização. Sendo assim, num modelo similar, os programas de *compliance* assumirão uma relevância acrescida, na medida em que permitirão evidenciar (sempre que cumprirem todas as exigências acima escalpelizadas) que foi instituída e inculcada a todos os membros da pessoa coletiva uma “*cultura interna*” de conformidade ao direito. E, nesses modelos, a existência de efetivos e adequados programas de *compliance* poderá mesmo sustentar a conclusão pela exclusão de responsabilidade criminal da pessoa coletiva ⁽³³⁾ — conclusão que poderá enfrentar dificuldades acrescidas, se o modelo de imputação do facto à pessoa coletiva assumir as características próprias de um modelo de hetero-responsabilidade ⁽³⁴⁾.

³¹ Neste sentido, *cf.* RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *op. cit.*, pp. 65 e ss.; SOUSA, SUSANA AIRES DE, *op. cit.*, pp. 128 e ss.

³² Para maiores desenvolvimentos, e com mais referências bibliográficas, *cf.* MAGALHÃES, TIAGO COELHO, “Modelos de imputação...”, *cit.*, pp. 163 e ss.

³³ *Vide*, neste sentido, SOUSA, SUSANA AIRES DE, *op. cit.*, pp. 128 e ss.

³⁴ Concluindo neste sentido, *vide* GODINHO, INÊS, “Uniformização do regime de responsabilidade penal das pessoas coletivas e programas de cumprimento normativo”, in *Corrupção em Portugal. Avaliação*

3.3. O artigo 11.º do Código Penal e os programas de *compliance*

É comum, nomeadamente em sede do pensamento dogmático produzido, identificar-se o modelo de imputação do facto penalmente relevante à pessoa coletiva consagrado, desde os idos de 2007, no CP português, como traduzindo um exemplo de modelo vicarial³⁵. Ainda que se possa divisar, no artigo 11.º, n.º 2, do CP, alguns laivos de autorresponsabilidade da pessoa coletiva — nomeadamente através da consagração de uma espécie de “*culpa in vigilando*”, na alínea *b*) do n.º 2 do artigo 11.º³⁶ —, a verdade é que, analisando o modelo consagrado na legislação portuguesa, com destaque naturalmente para o CP, ressalta a dependência da responsabilização criminal da pessoa coletiva do plano da atuação ou omissão de pessoas singulares que integrem a pessoa coletiva. E esse tipo de modelo acarreta especificidades muito próprias, inclusive ao nível da alegação e descrição dos factos indiciários, em sede de acusação deduzida em processo penal, exigindo-se necessariamente a identificação das pessoas singulares que preenchem as hipóteses enunciadas em qualquer das alíneas do artigo 11.º, n.º 2, do CP — além da imprescindível identificação de qual das alíneas se socorre para concluir pela imputação de um crime à pessoa coletiva (caso contrário, o direito de defesa da pessoa coletiva, no processo penal, ficará irremediavelmente prejudicado, pois ambas as alíneas consagram modelos de imputação distintos, sendo, por isso, diferente oferecer defesa quanto a um desses modelos de imputação ou quanto a outro).

Contudo, uma vez que a alínea *b*) do artigo 11.º, n.º 2, do CP introduz um avanço significativo face a um puro modelo vicarial (semelhante àquele que impera, nomeadamente, nos ordenamentos anglo-saxónicos)³⁷, os programas de *compliance* poderiam, pelo menos em tese, assumir relevância mesmo no plano da afirmação da responsabilidade da pessoa coletiva. Até porque o artigo 11.º do CP, no respetivo n.º 6, estatui que “*a responsabilidade das pessoas coletivas e entidades equiparadas é excluída quando o agente tiver atuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito*”. Tradicionalmente, era neste preceito normativo que algumas vozes anteviam uma base legal para atribuir relevância jurídico-penal aos programas de *compliance*, os quais funcionariam como “*ordens ou instruções expressas de quem de direito*”. Ou seja, a existência — prévia à prática do facto penalmente relevante — de programas de *compliance*, com regras claras e efetivas, em particular de *non facere*, no contexto da pessoa coletiva, poderia sustentar a conclusão de que a pessoa singular que concretamente agiu ou omitiu, na verdade, interveio “*contra ordens ou instruções expressas de quem de direito*”. Relevante seria que as regras e os procedimentos internos infringidos pela pessoa singular fossem claros, per-

Legislativa e Proposta de Reforma, org. Paulo Pinto de Albuquerque, Rui Cardoso, Sónia Moura, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pp. 174-175.

³⁵ Vide, neste sentido, GODINHO, INÊS, “Uniformização do regime...”, *cit.*, pp. 168-169.

³⁶ Cfr. MAGALHÃES, TIAGO COELHO, “Modelos de imputação...”, *cit.*, pp. 198 e ss.

³⁷ Concluindo no mesmo sentido, GODINHO, INÊS, “Uniformização do regime...”, *cit.*, p. 169. Veja-se, para maiores desenvolvimentos, MAGALHÃES, TIAGO COELHO, “Modelos de imputação...”, *cit.*, pp. 198 e ss.

cetíveis e inequívocos³⁸). No entanto, é importar frisar que o artigo 11.º, n.º 6, do CP sempre suscitou dúvidas, desde logo no plano da aplicação judicativa do direito, sem falar do debate dogmático sobre a relação que se poderia estabelecer entre a hipótese e estatuição daquela norma, por um lado, e os programas de *compliance*, por outro.

Ora, perante a avalanche legislativa mais recente, sobretudo em 2021, o legislador poderia ter clarificado o disposto no artigo 11.º do CP, introduzindo neste preceito geral e matricial da responsabilidade das pessoas coletivas a expressa relevância reconhecida aos programas de *compliance*. Ou, em alternativa, poderia nada verter naquele artigo 11.º, deixando incólume o respetivo n.º 6. E foi precisamente esta segunda opção que foi seguida pelo legislador — sem prejuízo das alterações que foram introduzidas em alguns números do artigo 11.º, nomeadamente quanto à própria imputação do facto penalmente relevante à pessoa coletiva, nos termos do respetivo n.º 2.

Essa era, *ab initio*, a opção espelhada na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, na qual se podia ler o seguinte: “[s]em alterar o disposto no artigo 11.º do Código Penal quanto ao modelo de imputação do facto à pessoa coletiva, deve ser dada relevância substantiva aos programas de cumprimento normativo ao nível da determinação da pena em sentido amplo, à semelhança do que sucede em diversos ordenamentos jurídicos (espanhol, francês, argentino e chileno, italiano e brasileiro, no âmbito da responsabilidade administrativa das pessoas coletivas)”. E, com as alterações introduzidas ao CP com a Lei n.º 94/2021, o legislador tomou uma posição clara, desde logo ao nível político-criminal: o plano por excelência de manifestação da relevância dos programas de *compliance* será o da escolha e determinação da pena ou penas a aplicar à pessoa coletiva, não o prévio patamar da afirmação da sua responsabilidade penal.

O que ora se afirma parece, na nossa perspetiva, uma conclusão irrefutável. Contudo, cumpre salientar que a redação do artigo 11.º, n.º 6, do CP, anterior à Lei n.º 94/2021, permaneceu incólume. Isto é, não obstante o legislador reconhecer expressamente relevância aos programas de *compliance*, quanto à escolha e determinação da medida da pena — em moldes que analisaremos *infra* —, continuou a prever uma cláusula geral de exclusão da responsabilidade penal da pessoa coletiva quando a pessoa singular que concretamente agiu ou omitiu determinado dever tiver violado “ordens ou instruções expressas de quem de direito”. Coloca-se, por isso, a questão: poderão, ainda assim, os códigos de conduta e as regras e procedimentos instituídos e implementados ser considerados “ordens ou instruções expressas de quem de direito”, afastando a responsabilidade penal da pessoa coletiva, ao invés de apenas contribuir para a determinação da pena? A resposta a formular a esta interrogação não se afigura simples ou isenta de dúvidas. Mas admitimos como possível que a interpretação que, ocasionalmente, vinha sendo adotada do artigo 11.º, n.º 6, do CP, antes da Lei n.º 94/2021, permaneça válida e atual, mesmo em face do novo quadro legislativo, em particular da nova redação dos artigos 90.º-A e seguintes do CP. Tudo dependerá, em última análise, do que for alegado, em pleno processo penal, e do que resultar do exercício probatório realizado em audiência de discussão e julgamento. Pelo menos numa análise apriorística, parece-nos possível

³⁸ Cfr. BRITO, TERESA QUINTELA DE, “Relevância dos mecanismos de *compliance* na responsabilização penal da pessoa coletiva e dos seus dirigentes”, in *Anatomia do Crime*, n.º 0, 2014, pp. 80 e ss.

que determinados códigos de conduta, regras e procedimentos possam não se revelar suficientes para que se conclua que determinada pessoa singular agiu ou omitiu determinado dever “*contra ordens ou instruções expressas de quem de direito*”, mas, ainda assim, sejam códigos e regras adequados e eficazes, os quais poderão influenciar o procedimento de escolha e determinação da pena — o que também não implica que não haja programas de *compliance* que possam preencher o condicionalismo do artigo 11.º, n.º 6, do CP. No fundo, dependerá muito das circunstâncias de facto de cada caso concreto e acreditamos que será relevante o contributo que a jurisprudência venha a oferecer para esta problemática, quando o novo quadro legal que emergiu da Lei n.º 94/2021 se encontrar devidamente consolidado e começar a ser alvo de direta apreciação pelos tribunais.

3.4. *A opção do legislador português: a relevância dos programas de compliance na determinação das penas a aplicar às pessoas coletivas*

Como vimos, considerando o modelo de imputação do facto à pessoa coletiva consagrado no nosso ordenamento jurídico, o legislador deparava-se necessariamente perante o dilema atinente à relevância que poderia ser atribuída à adoção e implementação de um programa interno de *compliance*, no âmbito das pessoas coletivas, no momento de aferir a sua responsabilidade criminal e/ou a espécie e medida concreta das sanções a aplicar, se fosse o caso.

O trilho percorrido pelo legislador português e a solução alcançada e plasmada em letra de lei, em 2021, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2021, colocou, como vimos, a tónica no momento da escolha e determinação da pena. É aqui que surgem as novidades mais prementes da nova redação dos artigos do CP, *maxime* os artigos 90.º-A e seguintes, passando os programas de *compliance* a assumir relevância no momento de sancionar com uma pena a pessoa coletiva — após a prévia afirmação da sua responsabilidade criminal. Pelo que importa, agora, atentar à redação que os referidos preceitos normativos apresentam e enunciar algumas interrogações que ressaltam dos mesmos.

a) *A atenuação especial da pena prevista no artigo 90.º-A do CP*

O artigo 90.º-A do CP, no seguimento das alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2021, prevê agora uma modalidade de atenuação especial da pena aplicável à pessoa coletiva, no respetivo n.º 4, “*considerando [...] a circunstância de a pessoa coletiva ou entidade equiparada ter adotado e implementado, antes da prática do crime, programa de cumprimento normativo adequado a prevenir a prática do crime ou de crimes da mesma espécie*”.

A norma em causa remete-nos, necessariamente, para a cláusula geral de atenuação especial da pena ⁽³⁹⁾ prevista no artigo 72.º do CP. Nos casos em que se verificaria o preenchimento dos pressupostos daquela cláusula geral, como ensinava Figueiredo Dias, não se concluía apenas pela diminuição da ilicitude do facto e da culpa do agente, como também pela atenuação da própria necessidade da pena e das exigências de pre-

³⁹ Sobre o conceito em causa, *vide* ANTUNES, MARIA JOÃO, *Penas e Medidas de Segurança*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 70-71.

venção sentidas no caso concreto ⁽⁴⁰⁾. E é nesse quadro que se deve situar e enquadrar, agora, a redação vigente do artigo 90.º-A, n.º 4, do CP, a qual, aliás, remete expressamente para a cláusula geral consagrada no mencionado artigo 72.º do mesmo diploma, bem como para o disposto no artigo 73.º

O atual n.º 4 do artigo 90.º-A, no entanto, é claro ao exigir que o programa de *compliance* tenha sido adotado e implementado, “*antes da prática do crime*”. Convoca-se, assim, o disposto no artigo 3.º do CP, relativamente ao momento em que se considera praticado o facto penalmente relevante: “*no momento em que o agente atuou ou, no caso de omissão, deveria ter atuado, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido*”. Impõe-se, por isso, para que a pessoa coletiva possa vir a beneficiar de uma atenuação especial da pena, que o programa de *compliance* tenha sido adotado, antes do momento em que se considera praticado o ilícito criminal.

E o artigo 90.º-A, n.º 4, na sua redação atualmente vigente, introduz uma nota adicional relevante: a exigência de efetiva implementação do programa de *compliance* (“*ter adotado e implementado*”). Entendemos que esta exigência sempre resultaria, pelo menos, da exegese da própria norma, pois a mera existência de um programa ou código de conduta, desacompanhado de efetiva implementação e aplicação no seio da organização, como vimos anteriormente, não permitiria constatar e muito menos evidenciar que a pessoa coletiva havia adotado uma “*cultura interna*” de conformidade e de respeito ao dever-ser jurídico-penal. De qualquer modo, dissipando-se hipotéticas dúvidas aplicativas que pudessem resultar, o legislador entendeu pertinente clarificar que um programa de *compliance*, anterior à prática do facto penalmente relevante, deverá ter sido efetivamente implementado e não apenas aprovado pela pessoa coletiva, para que possa ser equacionada a atenuação especial da pena.

O mesmo n.º 4 do artigo 90.º-A do CP estatui que “[o] *tribunal atenua especialmente a pena*”, caso se verifique o condicionalismo de facto ali previsto. Poderia, por isso, indagar-se se a “*circunstância de a pessoa coletiva ou entidade equiparada ter adotado e implementado, antes da prática do crime, programa de cumprimento normativo adequado a prevenir a prática do crime ou de crimes da mesma espécie*” será suficiente para que o tribunal, necessariamente, atenua a pena ou se, ainda assim, sempre subsistirá alguma margem de apreciação por parte do tribunal, ainda que sujeita a um poder-dever de fundamentação da ausência de atenuação especial. Não cremos, no entanto, que se justifique qualquer distinção entre esta hipótese de atenuação especial da pena, aplicável às pessoas coletivas, e aquilo que se entende resultar da cláusula geral de atenuação especial da pena, prevista no artigo 72.º do CP. Ou seja, socorrendo-nos do entendimento já propugnado por Figueiredo Dias, ainda antes da Revisão de 1995 do CP, “*verificados os pressupostos respetivos, nomeadamente o pressuposto material da diminuição acentuada da culpa ou das exigências da prevenção, a concessão da atenuação especial é um dever ou uma obrigação — é uma autêntica «consequência jurídica» — a que o tribunal não pode*

⁴⁰ Cfr. DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 305. No mesmo sentido, GARCIA, M. MIGUEZ / RIO, J. M. CASTELA, *Código Penal. Parte geral e especial*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2015, p. 394.

furtar-se”⁽⁴¹⁾. No fundo, estamos perante um verdadeiro poder-dever de que é titular o tribunal, não uma mera faculdade ou possibilidade admitida pela lei. Verificado o circunstancialismo em causa, o tribunal *deverá* atenuar especialmente a pena, não existindo propriamente uma margem de discricionariedade ou arbitrariedade, ainda que sujeita a fundamentação. Este sempre seria, de resto, o entendimento resultante do princípio da proporcionalidade das penas e da preferência por penas menos gravosas — inspirado no princípio da preferência pelas penas não privativas da liberdade, no caso das pessoas singulares.

b) *A influência dos programas de compliance na determinação da medida concreta da pena de multa*

Especificamente quanto à determinação da medida concreta da pena de multa — a pena principal por excelência aplicável a pessoas coletivas —, os programas de *compliance* também passam a assumir uma pertinência fulcral. Para tal, basta atentar à nova redação do artigo 90.º-B, n.º 4, de acordo com o qual a pena de multa a aplicar a pessoas coletivas deve obedecer aos critérios gerais enunciados no artigo 71.º, n.º 1, do CP (“*em função da culpa do agente e das exigências de prevenção*”), podendo, no entanto, “*ser considerada a circunstância de a pessoa coletiva ter adotado e executado, depois da comissão da infração e até à data da audiência de julgamento, um programa de cumprimento normativo com medidas de controlo e vigilância idóneas para prevenir crimes da mesma natureza ou para diminuir significativamente o risco da sua ocorrência*”. Dentro do *iter* de determinação da medida concreta da pena de multa — que exige, em primeiro lugar, a determinação dos dias de multa e, em seguida, a fixação do quantitativo diário —, os programas de *compliance*, como decorre da própria letra do artigo 90.º-B, n.º 4, do CP (e sempre resultaria da lógica do procedimento de determinação da medida concreta da pena de multa), deverão ser considerados na primeira etapa, ou seja, no momento da determinação do número de dias de multa. A fixação do quantitativo diário continuará a depender, nos termos do n.º 5 do mesmo artigo 90.º-B do CP, “*da situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos com os trabalhadores*”.

Assim, fica devidamente destrinchada a relevância dos programas de *compliance*, consoante a sua adoção e efetiva implementação tenha sido: (i) anterior à prática do facto penalmente relevante; ou (ii) posterior à prática do facto, porém em momento prévio à “*data da audiência de julgamento*”. Sendo anterior, a pessoa coletiva poderá mesmo beneficiar de uma atenuação especial da pena, como foi referido anteriormente; caso contrário, sendo o programa de *compliance* posterior à prática do facto, mas anterior ao início da audiência de discussão e julgamento, poderá relevar para efeitos de determinação da medida concreta da pena de multa a aplicar.

Ficamos, por isso, com dois marcos temporais essenciais: o momento da prática do facto e a data em que se inicia a audiência de discussão e julgamento. Consideramos

⁴¹ Cfr. DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 308. No mesmo sentido, *vide* ainda GARCIA, M. MIGUEZ / RIO, J. M. CASTELA, *op. cit.*, p. 394.

que o recurso à expressão “*até à data da audiência de julgamento*” significa que é o início das sessões de audiência de julgamento — sobretudo quando a audiência se prolonga por mais do que uma sessão, como sucede frequentemente — o limite temporal para a aprovação e efetiva implementação do programa de *compliance*, pelo menos para que este seja tomado em consideração e ponderado, no momento de determinar o número de dias de multa da pena de multa que eventualmente venha a ser aplicada à pessoa coletiva. Poderia, alternativamente, o legislador ter considerado que ainda seria relevante o programa de *compliance*, caso fosse aprovado e implementado até, pelo menos, ao encerramento da discussão sobre a matéria de facto, em plena audiência de discussão e julgamento. Porém, compreende-se a meta temporal fixada pelo legislador, dentro da tramitação do processo. É que, como se verá adiante, o esforço probatório relacionado com a demonstração da adoção e efetiva implementação de um programa de *compliance* poderá revelar-se árduo — senão mesmo *hercúleo*. Exige-se, por isso, que seja produzida prova que evidencie isso mesmo, perante o tribunal de julgamento. Mais a mais, para que se possa concluir que um programa ou código de conduta foi devidamente implementado, compreendido e interiorizado pela estrutura da pessoa coletiva, talvez se possa admitir que será necessário um certo período de tempo mínimo de aplicação e execução desse programa ou código de conduta, o qual funcionaria como uma espécie de *teste* ou *ensaio* dessas regras, da sua adaptabilidade à realidade e à dinâmica da própria pessoa coletiva e também um lapso temporal suficiente para que se possa concluir que as regras e os procedimentos instituídos foram absorvidos por todas as pessoas singulares que integram a pessoa coletiva e por elas cumpridos e respeitados. No fundo, só o tempo — ainda que em medida indeterminável, dependendo da pessoa coletiva, da sua estrutura, do tipo de atividade desenvolvida, do número de pessoas singulares que a integram, da complexidade da organização, etc. — poderá suportar a afirmação de que existe, dentro da pessoa coletiva, uma “*cultura interna*” de conformidade e respeito ao dever-ser jurídico-penal.

c) *A aplicação de penas acessórias*

O legislador introduziu ainda algumas *nuances* ao nível da possibilidade de aplicação a uma pessoa coletiva de pena acessória (as quais, de acordo com o artigo 90.º-A, n.º 2, do CP, consistirão numa das seguintes espécies: *injunção judiciária; interdição do exercício de atividade; proibição de celebrar certos contratos ou contratos com determinadas entidades; privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos; encerramento de estabelecimento; publicidade da decisão condenatória*), a qual, pela sua natureza, cumulará com a pena principal ou de substituição, nos casos em que o tribunal entenda que a aplicação dessa pena acessória “*se revele adequado e necessário para a realização das finalidades da punição*” (o que constitui uma formulação genérica de aplicação da sanção acessória). A esse propósito, o artigo 90.º-A, n.º 5, concretiza uma das hipóteses em que o tribunal poderá aplicar uma pena acessória à pessoa coletiva: “*por a pessoa coletiva não ter ainda adotado e implementado programa de cumprimento normativo adequado a prevenir a prática do crime ou de crimes da mesma espécie*”.

Desta forma, a (in)existência de programa de *compliance* ou de códigos de conduta assume uma dupla faceta: a sua existência e efetiva implementação releva enquanto

substrato fáctico que permite atenuar especialmente a pena aplicada à pessoa coletiva, além de contribuir para a determinação do número de dias de multa da pena multa; e a sua inexistência ou a inadequação de um programa existente poderá determinar o tribunal a concluir pela necessidade e adequação da aplicação à pessoa coletiva de uma pena acessória, a qual poderá corresponder, designadamente, a uma injunção destinada à elaboração, aprovação e implementação de um programa de *compliance* eficaz.

E uma das penas acessórias que pode ser aplicada a uma pessoa coletiva corresponde à injunção judiciária (*cf.* artigo 90.º-A, n.º 2, do CP). Ora, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2021, uma das injunções judiciárias que pode ser determinada e aplicada pelo tribunal a uma pessoa coletiva coincide precisamente com a “*adoção e implementação de programa de cumprimento normativo com medidas de controlo e vigilância idóneas para prevenir crimes da mesma natureza ou para diminuir significativamente o risco da sua ocorrência*”.

d) O específico problema da vigilância judiciária

Por fim, note-se que o artigo 90.º-E, n.º 1, do CP, que prevê a denominada vigilância judiciária, admite a possibilidade de o tribunal, quando dever ser aplicada a uma pessoa coletiva pena de multa em medida não superior a 600 (seiscentos) dias, apenas determinar o acompanhamento da pessoa coletiva por um representante judicial. A vigilância judiciária surge, assim, como uma verdadeira pena de substituição, que será aplicada em detrimento da pena de multa principal ⁽⁴²⁾.

Esse acompanhamento, ou vigilância, deverá ser fixado e balizado temporalmente, pelo período de um a cinco anos, competindo ao representante judicial fiscalizar a atividade da pessoa coletiva que conduziu à sua condenação ou — no segmento mais relevante, para o que ora nos ocupa — fiscalizar o “*cumprimento efetivo de um programa de cumprimento normativo com medidas de controlo e vigilância idóneas para prevenir crimes da mesma natureza ou para diminuir significativamente o risco da sua ocorrência*”. Importa, contudo, frisar que, como dispõe o n.º 3 do mesmo artigo 90.º-E, o representante judicial não dispõe de poderes de gestão da pessoa coletiva, devendo apenas proceder ao acompanhamento e fiscalização determinada pelo tribunal, informando este da evolução da atividade da pessoa coletiva, sempre que entender necessário, porém, pelo menos, com periodicidade semestral.

e) O conceito de “crime da mesma espécie” ou “crime da mesma natureza”

As novidades verificadas a propósito das penas aplicáveis às pessoas coletivas e entidades equiparadas, com a introdução dos programas de *compliance* no discurso legislativo e a sua relevância agora positivada em letra de lei, suscitam, porém, algumas dúvidas aplicativas adicionais, as quais reclamam necessariamente o futuro contributo da prática judiciária, como momento de realização judicativa do direito, para que as interrogações em causa possam ser clarificadas — além do contributo da própria dogmática.

⁴² Assim, *vide* ANTUNES, MARIA JOÃO, *op. cit.*, p. 22.

Uma das dúvidas que emergem dessas inovações legislativas coincide com a densificação e concretização do conceito de “*crime da mesma espécie*” ou “*crime da mesma natureza*”. Ora, o que se deve entender por “*crime da mesma espécie*” ou “*da mesma natureza*”? À partida, a solução mais adequada passará por entender que se tratarão de crimes que tutelam os mesmos bens jurídico-penais — e, de resto, essa corresponde à interpretação recorrentemente adotada face ao emprego da mesma expressão, na norma tipificadora do artigo 298.º do CP, que prevê o crime de apologia pública de um crime (onde se inclui, como elemento típico, “*crime da mesma espécie*”) (43). No quadro de um direito penal do bem jurídico, em que a intervenção punitiva do Estado, ainda que em *ultima ratio*, se destina a proteger eventuais ofensas cometidas contra bens jurídicos cuja tutela reclama a intervenção do direito penal, essa será porventura a solução mais ajustada. Não se trata, ainda assim, de uma resposta isenta de dificuldades, no momento da aplicação prática da norma, pois, relativamente a determinados tipos legais de crime, existe alguma controvérsia a propósito da identificação do bem jurídico-penal tutelado pela incriminação em causa. Não obstante essas divergências — ocasionalmente divergências ditadas sobretudo por diferentes designações para o mesmo *bem*, não por um desalinhamento completo face à identificação do *valor* em causa — possam acarretar dificuldades, compreende-se o critério adotado pelo legislador. E parece-nos que esse critério também permite limitar, dentro dos limites da razoabilidade, os programas de *compliance* que concretamente poderão ser considerados relevantes, num determinado caso, no qual se afere a responsabilidade da pessoa coletiva pela prática de um determinado tipo legal de crime.

f) Os programas de *compliance* e o desafio probatório em processo penal

A introdução do princípio *societas delinquere potest* no CP, pelo menos desde 2007, convocava algumas dificuldades ao nível do processo penal, sobretudo enquanto o ordenamento jurídico-processual ainda assentava numa matriz antropocêntrica, não consagrando normas processuais específicas dedicadas à intervenção e participação da pessoa coletiva no processo penal, como sucedia até muito recentemente (44) — cenário que apenas se alterou com a aprovação e entrada em vigor da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro (45). Se essas dificuldades já se verificavam anteriormente, considerando que a responsabilidade penal das pessoas coletivas, antes de 2007, já se encontrava prevista em diversa legislação extravagante, a verdade é que a radical alteração do artigo 11.º do CP, naquele ano, adensou essas dificuldades — em especial, porque o legislador não aproveitou esse impulso legiferante para adaptar, na medida do possível, o próprio processo penal à realidade e às contingências que marcam as pessoas coletivas.

No entanto, independentemente dos problemas processuais que emergem da intervenção da pessoa coletiva no processo penal, sobretudo enquanto arguida, a verdade é

⁴³ Cfr., a título exemplificativo, GARCIA, M. MIGUEZ / RIO, J. M. CASTELA, *op. cit.*, p. 1172.

⁴⁴ Sobre este ponto, veja-se ANTUNES, MARIA JOÃO, *Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 10-19.

⁴⁵ Vide ANTUNES, MARIA JOÃO, “A pessoa coletiva arguida no processo penal. O que muda?”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 31, n.º 3, setembro-dezembro 2021, pp. 533 e ss.

que a introdução dos programas de *compliance* na discursividade jurídico-penal, nos moldes acima expostos, mobiliza igualmente algumas dificuldades processuais.

Os problemas mais prementes situar-se-ão, naturalmente, ao nível probatório. Como não poderia deixar de ser, os programas de *compliance* ficarão sujeitos ao princípio da livre apreciação da prova, consagrado no artigo 127.º do Código de Processo Penal, e daí resultarão dificuldades no plano da valoração desses programas como elemento probatório, as quais impendem sobretudo sobre o julgador, mas também dificuldades probatórias da parte de quem alega a existência e relevância desses programas e pretende demonstrar cabalmente a sua adoção e implementação e quais as concretas regras e procedimentos instituídos e o respetivo conteúdo.

A este propósito, e a título exemplificativo, Anabela Rodrigues propõe um “*teste de adequação abstrato-concreto do programa de compliance, uma apreciação da adequação do programa, quer quanto aos seus aspetos gerais quer quanto à eficácia no caso específico*”⁽⁴⁶⁾. Ou seja, no momento fulcral da apreciação e valoração, enquanto meio de prova, sobretudo em plena audiência de discussão e julgamento, do programa de *compliance*, este deverá ser analisado sob o prisma de adequação das suas normas e dos procedimentos internos por si instituídos à realidade própria e específica da pessoa coletiva a que respeita — e será também aí que se poderá aferir se, efetivamente, aquele determinado programa ou código de conduta foi de facto implementado, na estrutura da pessoa coletiva, e cumprido. E, logicamente, se o mesmo se revelava apto a prevenir a ocorrência de “*crimes da mesma espécie*” ou “*crimes da mesma natureza*”.

Neste contexto, cumpre recordar ainda que impera o princípio da presunção de inocência, o qual beneficia de assento constitucional expreso, no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição, pelo que o ónus probatório recai sobre a acusação, podendo a defesa do arguido, no limite, adotar uma postura de inércia processual que, só por si, não o poderá prejudicar (não é por acaso que, na lógica sequencial da produção de prova na fase de julgamento, a produção de prova da defesa apenas começa depois de concluída a prova da acusação, nos termos do artigo 341.º do CPP). No entanto, deparando-se com a imputação da prática de um ilícito penal, inclusive em sede de um libelo acusatório, será provavelmente do interesse da própria pessoa coletiva, no exercício dos seus direitos de defesa, alegar e provar a existência de um programa de *compliance* ou de códigos de conduta internos válidos, eficazes e que foram efetivamente implementados. E esse interesse torna-se, agora, mais notório, considerando as novidades legislativas introduzidas aos artigos 90.º-A e seguintes do CP. Ainda que se possa entender que a relevância dos programas de *compliance*, no plano do direito constituído, se circunscreve ao momento da determinação da espécie e medida das sanções penais a aplicar — sem prejuízo do que acima se expôs, a propósito da articulação dessa opção de política criminal com o disposto no artigo 11.º, n.º 6, do CP —, será sempre do interesse do ente coletivo alegar, em sua defesa, essas circunstâncias internas da sua estrutura e organização (nomeadamente na contestação criminal que eventualmente ofereça aos autos, antes do início da audiência de discussão e julgamento), e, concomitantemente, provar essas mesmas circunstâncias.

⁴⁶ Cfr. RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *op. cit.*, p. 67.

Não se trata, contudo, de um esforço probatório simples e, naturalmente, poderá implicar a mobilização de distintos meios de prova, *maxime* documentais e testemunhais. É que a prova documental permitirá atestar que os programas e códigos de conduta foram mesmo aprovados, internamente, seguindo os trâmites internos próprios, e até poderá demonstrar que os programas e regras foram disponibilizados a todas as pessoas singulares que integram a pessoa coletiva. Contudo, a prova testemunhal — frequentemente apelidada de *prova rainha* — desempenhará igualmente um papel relevante, não apenas ao nível do depoimento daqueles que integravam a estrutura da pessoa coletiva (e que poderão atestar a implementação dos programas e códigos internos e as formações ministradas para que aquelas regras fossem devidamente transmitidas e inculcadas), mas também ao nível de terceiros que lidavam e interagem com a pessoa coletiva em causa, nomeadamente fornecedores, clientes e parceiros de negócios. Dessa forma, poderá almejar-se a prova da “*cultura interna*” de fidelidade ao direito e de cumprimento do dever-ser jurídico-penal, bem como a perspectiva preventiva que foi adotada internamente pela pessoa coletiva, em ordem a obstar à prática de factos penalmente relevantes na sua estrutura.

Será, pois, mediante a produção de prova que a pessoa coletiva poderá demonstrar que o programa de *compliance* e os códigos de conduta por si adotados e implementados transcenderam o mero plano do *papel afixado na parede*, com real absorção do seu conteúdo e da cultura latente pelos vários estratos da organização e por aqueles (pessoas singulares) que integram a pessoa coletiva em causa ⁽⁴⁷⁾.

Existe, contudo, um risco inerente à necessária apreciação e valoração dos programas de *compliance*, em processo penal: a desconfiança que os intervenientes do sistema judiciário poderão revelar relativamente aos programas de *compliance* ⁽⁴⁸⁾, a qual se encontra umbilicalmente associada à desconfiança generalizada a que se assiste, com alguma frequência, relativamente à ideia de *compliance*, sobretudo quando encarada como possível *válvula de escape* para afastar a responsabilidade criminal da pessoa coletiva. Também aqui importa aguardar que a *law in books* se converta, verdadeiramente, em *law in action* e que este paradigma se introduza de facto no discurso judicial e que a problemática dos programas de *compliance* seja apreciada pelos tribunais para dissipar quaisquer desconfianças ou receios que ainda persistam.

4. Algumas conclusões

Quo vadis?

Era esta interrogação que abria o título da presente exposição e que requer, agora, alguns ensaios de resposta.

É sempre difícil, ou até mesmo impossível, antecipar todos os cenários e qual o rumo que o *status quo*, inclusive jurídico, assumirá, a breve trecho. Em contrapartida, revela-se mais simples referir qual o caminho que, até agora, foi trilhado e qual o ponto em que nos encontramos. Nesse conspecto, é pelo menos notório que o legislador português ado-

⁴⁷ Em sentido próximo, *vide* RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *op. cit.*, pp. 66 e ss.

⁴⁸ Alertando para essa situação, *vide* RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *op. cit.*, p. 68.

tou uma posição inequívoca, a propósito da relevância jurídico-criminal dos programas de *compliance*, remetendo a questão para a problemática das penas e da respetiva medida, em detrimento de positivar essa relevância expressamente no plano da apreciação da própria responsabilidade criminal da pessoa coletiva — *rectius*, da sua exclusão. Ainda assim, como vimos, uma vez que o artigo 11.º, n.º 6, do CP não foi alterado pela Lei n.º 94/2021, subsistem interrogações sobre como se articulará este preceito, no futuro, com a introdução expressa dos programas de *compliance* apenas ao nível das penas. E, nesse campo, como tivemos oportunidade de referir, acreditamos que a nova redação dos artigos 90.º-A e seguintes do CP não encerra definitivamente a questão e não afasta de vez a possibilidade de os programas de *compliance* influenciarem também a afirmação, ou não, de responsabilidade penal das pessoas coletivas e entidades equiparadas, tendo em conta a cláusula geral de exclusão de responsabilidade plasmada no artigo 11.º, n.º 6, do CP, que permanece intocada.

No mais, será necessário aguardar que as novidades legislativas introduzidas em 2021 se consolidem, no ordenamento jurídico, e sejam apreciadas pela jurisprudência, de forma a procurar clarificar algumas dúvidas e perceber de que forma os programas de *compliance* são, de facto, um dado novo e essencial, no âmbito do direito penal económico e financeiro e sobretudo quanto à responsabilidade criminal das pessoas coletivas.

Pelo menos parece-nos certo que o novo paradigma, que se veio afirmando ao longo dos últimos anos, não será abandonado. Os programas de *compliance* constituem um elemento essencial a ser tomado em consideração, quando abordamos a problemática da responsabilidade criminal das pessoas coletivas, e a sua relevância e pertinência — com alguma segurança o afirmamos — ainda crescerá, no futuro próximo. *Ser cumpridor* será o ponto de partida para afastar consequências criminais mais severas. Isso, aliás, já é uma certeza, em face das inovações convertidas em letra de lei, no ordenamento jurídico português.

INFIDELIDADE OU ABUSO DE CONFIANÇA: O CASO PARADIGMÁTICO DA APROPRIAÇÃO OU DESCAMINHO DOS BENS DA SOCIEDADE PELA SUA ADMINISTRAÇÃO

INÊS MAGALHÃES

Advogada

A ausência de um sistema de tutela penal do património em que cada crime assume um papel distinto e circunscrito na protecção deste bem jurídico, vem criando à jurisprudência e à doutrina – nas mãos de quem o legislador deixou a missão de densificar e interpretar este conceito normativo – sérias dificuldades na delimitação casuística dos comportamentos típicos¹.

Nos casos em que ao agente é conferido o poder de dispor de coisas enquanto elementos integrantes de um património – como acontece, naturalmente, na gestão do património da sociedade por parte dos seus Administradores – suscita-se, frequentemente, na prática judiciária, a questão de saber qual o domínio jurídico-penal que visa assegurar a protecção do património dessas mesmas sociedades, que se vê lesado por uma conduta de apropriação do(s) próprio(s) administrador(es).

A esta questão vêm sendo dadas pela jurisprudência nacional, quer nos Tribunais de primeira instância, quer inclusive nos Tribunais Superiores, diferentes respostas, com consequências de relevo, nomeadamente, ao nível da concreta punição dos agentes².

¹ Por opção da autora, o presente texto é escrito segundo o antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

² Fazendo uma breve pesquisa na base de dados da dgsi facilmente se constata que a jurisprudência vem tratando estes casos à luz de incriminações como o abuso de confiança, a infidelidade e até mesmo o furto.

Pese embora a infidelidade (societária) seja apontada por muitos como a manifestação por excelência do crime económico na actualidade, a verdade é que se tem assistido a uma irrelevância prática deste tipo legal, existindo uma forte tendência jurisprudencial no sentido da sobreposição ou interpenetração com o ilícito de abuso de confiança, previsto e punido pelo art. 205.º do Código Penal. Assim, não raras vezes, somos confrontados, na realidade prática da advocacia, com a imputação do ilícito de abuso de confiança a casos que consideramos serem paradigmáticos da prática do crime de infidelidade patrimonial.

Com efeito, e conforme se procurará demonstrar, o domínio jurídico-penal que visa assegurar a protecção do património das sociedades, face a actos lesivos dos seus administradores, não é o do abuso de confiança, mas sim o da infidelidade, desde logo porque o que está em causa nesses casos é uma lesão de interesses patrimoniais alheios; e não uma apropriação de coisa alheia que foi entregue ao agente, que é uma realidade bem diferente.

Cremos que esta *confusão qualificativa*³ que vem fazendo curso no seio jurisprudencial tem por base dois pressupostos errados sobre os quais o discurso fundamentador estruturador do tipo de infidelidade tem assentando: por um lado, os contornos do tipo subjectivo (relativo à concreta intenção do agente)⁴, e, por outro, a própria relação com o crime de abuso de confiança⁵ – sendo, precisamente, o “subterfúgio” pragmático da aplicabilidade do abuso de confiança uma das razões para a reduzida aplicabilidade deste tipo legal.

A redução do âmbito de aplicação do crime de infidelidade não pode, nem deve, contudo, manter-se face à própria evolução do direito e da realidade económico-financeira, sob pena de continuarmos a assistir a uma sistemática e intolerável violação do princípio da tipicidade, em manifesto prejuízo dos direitos de defesa dos administradores arguidos⁶.

³ Recordando as palavras de SOLER, *Derecho penal argentino*, IV, 5.ª ed., 1988 (Atualizador: Manuel Basombrio), p. 425, é muito distinta a acção de apropriação da acção de operar fraudulentamente contra alguém cujos interesses hajam sido confiados ao agente.

⁴ Como adiante melhor se demonstrará, não sufragamos a tese, perfilhada por parte da jurisprudência nacional, na esteira do Ac. de 26/02/1991 do Supremo Tribunal de Justiça (proferido no proc. n.º 41/862 e publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 458, p. 257), de que os casos de infidelidade traduzem situações que não são subsumíveis à tipicidade do abuso de confiança porque não existe intenção de apropriação mas somente a de causar prejuízo. Cremos, antes, que será o título não translativo da propriedade que vai determinar quais os deveres/obrigações a que o agente está sujeito, demarcando assim o âmbito de aplicabilidade do abuso de confiança. Quer isto significar que, para nós, a diferença basilar reside no próprio tipo objectivo e não no tipo subjectivo do ilícito.

⁵ Que vem sendo assumida por muitos autores como sendo de subsidiariedade quando deveria, a nosso ver, ser de exclusão mútua.

⁶ Cumpre, aliás, não olvidar que a moldura penal abstracta do crime de abuso de confiança apresenta um limite máximo consideravelmente superior ao do crime de infidelidade.

§ 1. Dos crimes contra o património: o caso da infidelidade patrimonial

Como referem os autores ALAOR LEITE e ADRIANO TEIXEIRA, seria impensável cogitar abranger todas as agressões ao património sob um tipo geral. Aliás, é o próprio princípio da legalidade que recomenda que as diferentes formas de agressão, mercedoras de tutela penal, estejam expressas com precisão em diferentes tipos legais – que devem assim compor um *sistema coerente de protecção do património*⁷.

O caso-exemplo mais característico, ou paradigmático, dos denominados crimes de “agressão interna” contra o património é o crime de infidelidade⁸. A par desta incriminação, de carácter geral, o Código Penal consagra uma outra de cariz mais particular, no âmbito dos crimes contra o sector público ou cooperativo, a de Administração danosa (art. 235.º do CP).

A tipificação dos crimes de Infidelidade e Administração danosa é caracterizada, desde logo, pela forma ampla e genérica como é descrita a conduta típica, sem explicitação ou concretização das espécies de actos de disposição e administração patrimonial considerados nocivos para o património e, por essa via, susceptíveis de conduzir à responsabilização penal do agente.

A infidelidade patrimonial é apontada, actualmente, como o “principal delito económico da moderna sociedade industrial que se baseia na divisão fundamental entre a titularidade do património e administração do património, materializada sobretudo na forma de grandes sociedades empresariais e na circulação global e veloz do capital por elas gerado”⁹.

Para a qualificação deste tipo de crime como “delito central” de uma sociedade pós industrial têm contribuído os candentes casos envolvendo grandes sociedades internacionais¹⁰ – como, por exemplo, os casos de Joseph Blatter, presidente da FIFA, denunciado em Setembro de 2015 pelo Ministério Público Suíço pela prática do crime de administração infiel (Ungetreue Geschäftsbesorgung, Art. 158 CP Suíço); o chamado caso *Mannesmann* julgado pelo Bundesgerichtshof que envolveu o pagamento de prémios indevidos a altos funcionários da companhia alemã; o caso Parmalat; ou, ainda, a actuação da cúpula de grandes bancos mundiais na crise financeira a partir de 2007.

Pese embora seja um tipo de ilícito que tem vindo a ganhar prevalectente relevo no âmbito da actividade económica, sobretudo internacional, uma das críticas que, de um ponto de vista político-criminal nacional, se pode apontar a este tipo legal de crime é

⁷ ALAOR LEITE/ADRIANO TEIXEIRA, “O principal delito económico da moderna sociedade industrial: observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial”, *Revista do Instituto Brasileiro de direito Penal Económico*, n.º 1, p. 21.

⁸ Face ao escopo do presente trabalho, não temos qualquer pretensão de tecer considerações exaustivas sobre os elementos do tipo legal objectivo e subjectivo dos crimes aqui em apreço. Desenvolvidamente sobre tais elementos veja-se, por outros, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “anotação ao art. 224.º”, in *Comentário do Código Penal à luz da constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2. Ed, Universidade Católica Editora, 2010, p. 698 a 700; AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “anotação ao art. 224.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte especial*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, p. 362 a 372; JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Crimes contra o património*, Universidade Lusíada, Lisboa, 1996, p. 210 e ss.

⁹ Cf. ALAOR LEITE/ADRIANO TEIXEIRA, *cit.*, p. 29.

¹⁰ Desenvolvidamente, ALAOR LEITE/ADRIANO TEIXEIRA, *cit.*, p. 28 e ss..

a da sua manifesta inutilidade¹¹ face à pensada restrição típica, assumida na Exposição de Motivos do Código Penal e atestada na discussão documentada nas Actas¹², que vem servindo de alicerce ao restritivo entendimento sufragado pela doutrina e jurisprudência nacionais maioritárias¹³. O que conduz a que continue a assistir-se ao recurso, *em manifesta violação do princípio da tipicidade*, a outros tipos legais de crime para punir condutas exclusivamente enquadráveis no art. 224.º – contribuindo assim, inexoravelmente, para uma certa irrelevância prática deste tipo incriminador¹⁴.

Dissecando o tipo legal previsto no n.º 1 do art. 224.º do CP, que dispõe que “1 - Quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, causar a esses interesses, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem, prejuízo patrimonial importante é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.”, facilmente se conclui que para a verificação do crime de infidelidade tem de existir um prejuízo patrimonial “importante”, causado “intencionalmente” e com “grave violação dos deveres que lhe incumbem”, por parte daquele a quem foi confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de administrar ou fiscalizar o património alheio.

O denominador comum de todas as infracções de infidelidade previstas no nosso ordenamento jurídico é justamente o *carácter danoso da gestão* dos interesses de terceiros confiada ao agente fundado numa condução indevida da administração. Precisamente por isso, tanto na experiência jurídica nacional, como na estrangeira que nos é mais próxima, há um claro predomínio da concepção que vê no património o bem jurídico das infracções de infidelidade legalmente tipificadas sob a forma penal¹⁵.

Ao contrário do que se vê acontecer no abuso de confiança, na infidelidade o desvalor específico da acção consiste no dano em um *património posto à disposição do agente*¹⁶. O objectivo da incriminação é, pois, tutelar o património contra aquele(s) que detém, não só o controlo fáctico, como também um *amplo espaço de maneio* sobre o património alheio, especialmente relevante no contexto societário.

Quer isto significar que, quando aquele que o deveria tutelar, lesa o património alheio a partir de dentro, esse repúdio encontra a sua tradução jurídica no crime de

¹¹ Neste sentido, JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *Direito Penal Patrimonial, Sistema e Estrutura Fundamental*, Universidade Católica Editora, Porto, 2017, p. 243.

¹² Vide Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte Especial, Ministério da Justiça, Lisboa, 1979, p. 163 e ss.

¹³ Sobre os três aspectos salientados na respectiva Comissão Revisora pelo Autor do Anteprojecto do CP de 1982, Eduardo Correia, que continuam, ainda hoje, a servir de guias referenciais, tanto para a doutrina, como para a jurisprudência, no que concerne à delimitação deste crime face a outros crimes contra o património afins, veja-se, desenvolvidamente, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, pág. 362 a 364.

¹⁴ Cf. JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 231. Além disso, como salienta o Autor, o crime de infidelidade no direito português só abrange a gestão de direito privada, havendo a previsão de um outro tipo legal específico para o sector público ou cooperativo (a administração danosa); e estando os funcionários submetidos a um regime penal específico quanto a interesses patrimoniais que lhe tenham sido confiados (o peculato).

¹⁵ Por outros, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, p. 364, e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *cit.*, p. 698.

¹⁶ Cf. M. MIGUEZ GARCIA / J. M. CASTELA RIO, *Código Penal. Parte geral e Especial*, 3.ª ed., Almedina 2018, *cit.* p. 1072.

infidelidade patrimonial. O escopo da norma é, portanto, a protecção do património social da sociedade relativamente a actos de gestão danosa de quem se encontra incumbido de a administrar. O “ataque” ao património tem assim na sua fonte a(s) pessoa(s) a quem foi confiada a sua administração, isto é, *provém de dentro* – diferentemente do que sucede noutras infracções, como por exemplo a burla ou o furto, em que a ofensa patrimonial provém de alguém de fora, alheio à gestão do património.

É, aliás, esta a particularidade que boa parte da doutrina actual, na esteira de uma já secular posição de KARL BINDING¹⁷, identifica como o cerne dos delitos de infidelidade: *a sua ofensividade, que justifica a punibilidade, deriva da especial vulnerabilidade em que o património se encontra face a possíveis ofensas que lhe sejam infligidas nem mais nem menos do que por aquele que foi incumbido de dele bem cuidar.*

Note-se que, é um negócio jurídico válido que expõe o património a esse tipo de agressão, de modo que há uma especial necessidade de tutela penal desse tipo de ataque “interno”. Justamente por isso, pelo facto de o ataque ao património ter a sua origem em quem menos seria de esperar e em relação ao qual as possibilidades de defesa são baixas, não raro a conduta do administrador desleal é reconduzida a uma “traição”.

Ora, se um indivíduo decide comprar um carro que está muito acima das suas possibilidades ou contrata um motorista em *full-time* quando poderia perfeitamente conduzir-se a si mesmo, ninguém tem nada que ver com isso, nomeadamente, quanto à má gestão do seu próprio património e às perdas patrimoniais que dela podem advir. Já assim não é, porém, quando decisões similares são tomadas por uma pessoa a quem seja confiada a gestão de um ente colectivo privado. Isto porque esse gestor é social e juridicamente encarado como alguém que está imerso na esfera patrimonial da instituição que lhe cabe administrar, por isso mesmo sobre si recaindo um autêntico dever de garante patrimonial.

De facto, é sobejamente sabido que existe um dever de cuidado patrimonial que caracteriza o mandato dos membros dos órgãos a quem cabe a administração de uma instituição e que se manifesta numa obrigação não só de procurar evitar uma diminuição do valor do património social, como também igualmente de procurar a sua frutificação e crescimento¹⁸. Ao assumir este dever de cuidado, os administradores colocam-se numa *posição de garantia* para com a integridade do património social, comprometendo-se a geri-lo no interesse do próprio ente colectivo – e não, naturalmente, no seu interesse individual.

Este dever de protecção patrimonial que recai sobre o administrador por força da posição de garante em que se encontra investido projecta-se tanto numa obrigação de abstenção da prática de actos susceptíveis de lesar o património social, como numa obrigação de realização das acções necessárias, e pessoalmente ao seu alcance, para prevenir, impedir ou pôr termo a situações idóneas a repercutir-se negativamente sobre a

¹⁷ KARL BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, Bd. 1, 2.^a ed, Engelmann, 1902, p. 397.

¹⁸ Desenvolvidamente, NUNO BRANDÃO, “A contra-ordenação de gestão ruínosa de instituição de crédito”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XCV, 2019, I, p. 266 e ss. (<https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1796>).

sociedade no plano patrimonial. Em suma, cumpre-lhe prover por uma gestão racional do património alheio, cujo destino lhe foi confiado, abstendo-se da prática de actos que o possam diminuir.

Não é despiciente lembrar que o agente pode lesar os interesses patrimoniais que lhe são confiados através da celebração de negócios com terceiros prejudiciais aos ditos interesses patrimoniais ou através de um ataque directo aos mesmos interesses – aqui se incluindo a utilização para fins privados de coisas ou mão de obra que foram confiadas ao agente, bem como a obtenção de vantagens pecuniárias indevidas para si ou para terceiros.

Como defende a nossa melhor doutrina, o crime de infidelidade deve circunscrever-se às situações de grave violação de dever, considerando que essa gravidade só pode ser afirmada quando a violação do dever for manifesta¹⁹ – isto é, quando de forma manifesta, pela sua clara insustentabilidade e/ou arbitrariedade, atentar contra os interesses patrimoniais que ao agente cabe defender.

O tipo subjectivo, por seu turno, exige que a(s) pessoa(s) que tem a seu cargo a gestão do património efectivamente tenha apresentado intencionalidade gravemente violadora dos seus deveres para causar o prejuízo. O crime é exclusivamente doloso – não bastando sequer o dolo eventual uma vez que a lei emprega o termo “intencionalmente” ligado à grave violação dos deveres.

O termo intenção deverá ser, por isso, tomado no sentido de consciência ou conhecimento da inevitabilidade do resultado, o que acarreta, desde logo, uma consequência hermenêutica de relevo: o afastamento de todos os casos de baixa qualidade técnica da gestão²⁰. Donde não haverá o preenchimento do tipo legal subjectivo sempre que o agente pratique uma acção que contém riscos (isto é, que pode trazer prejuízos mas também proveitos), conformando-se em sujeitar o património alheio a esses riscos. Dito de outro modo, não é pois o simples facto de um determinado negócio poder vir a ser – ou ser efectivamente – ruinoso que poderá, *sem mais*, desencadear uma intervenção jurídico-criminal em relação ao gestor que o decidiu/ executou²¹.

Ao contrário do que defende a generalidade da doutrina, não somos da opinião de que o ilícito de infidelidade se basta com o *dolus nocendi* mas que não se afirma quando, ao lado daquele, exista também o dolo ou *animus appropriandi/ lucrandi*²². Temos para nós que a afirmação de que nos delitos de infidelidade não existe (nem pode existir)

¹⁹ Veja-se, por outros, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “anotação ao art. 224.º”, in *Comentário Coimbricense do Código Penal. Parte especial*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, p. 364.

²⁰ Neste sentido, MARCELO ALMEIDA RUIVO, “Tutela Penal do Património Administrado por Terceiro no Sistema Financeiro (um breve comparativo da infidelidade alemã, portuguesa e italiana com a gestão fraudulenta brasileira)”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2017, 127, p. 121.

²¹ Sobre este aspecto vide, de forma desenvolvida, AUGUSTO SILVA DIAS, *Imputação Objectiva de negócios de risco à acção de infidelidade (art. 224.º, n.º 1 do Código Penal)*. *O Direito Penal no mar revolto da crise económico-financeira*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 19 e ss.

²² Entre outros, ALAOR LEITE, “Interpretação, analogia e sentido literal possível: o exemplo da apropriação indébita de valores ou numerários (ou: Réquiem a Nelson Hungria)”, in: *Perspectivas das ciências criminais, Coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti*, Rio de Janeiro, 2016, p. 255.

uma intenção de apropriação, mas tão-só uma intenção de causar prejuízo é, aliás, desmentida pelo próprio tipo legal na medida em que pressupõe a efectividade do prejuízo patrimonial. Razão pela qual, neste conspecto, tendemos a concordar com Damião da Cunha quando afirma que “*o acentuar na intencionalidade do causar prejuízos tem por fito sobretudo excluir as actuações arriscadas (ainda que violadoras de deveres e mesmo que graves), nas quais o intuito primordial do agente é obter lucro por acréscimo patrimonial (e por isso actuar no interesse do incumbente) mas, contra a sua expectativa, o negócio corre mal, causando assim efectivo prejuízo*”²³.

Do nosso ponto de vista, é irrelevante que o agente aja ou não animado pelo propósito de obter proveito próprio ou de terceiro, bastando, tão somente, que se verifique o dano patrimonial decorrente de uma violação grave dos deveres que sobre aquele recaem²⁴. Daí que, como adiante melhor se demonstrará, não cremos que faça sentido apontar essa circunstância (isto é, a concreta *intenção de apropriação do agente*) como o principal elemento diferenciador entre os crimes de abuso de confiança e infidelidade.

§ 2. O descaminho dos bens da sociedade como caso paradigmático do crime de infidelidade e o seu afastamento do abuso de confiança

Como se adiantou, são vários os autores que defendem (a restritiva tese de) que o crime de infidelidade se distingue do crime de abuso de confiança porque nele o agente não actua com intenção de enriquecimento, nem de apropriação, mas antes com (mera) intenção de causar prejuízo. Também no seio jurisprudencial, vem sendo reiteradamente entendido (pelo menos, por aquela jurisprudência com que nos temos confrontado) que basta a mera demonstração de uma intenção de apropriação, por parte do agente, de determinada soma monetária para que esteja, irremediavelmente, afastada a possibilidade de subsunção da conduta no ilícito incriminador previsto no art. 224.º do Código Penal²⁵.

Assim, sempre que se verifica o *animus appropriandi* do agente (e independentemente de existir ou não *animus nocendi*), o que se vê acontecer é um afastamento automático

²³ DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 242.

²⁴ O entendimento secundado por grande parte da doutrina quanto ao âmbito de delimitação do tipo subjectivo da infidelidade traduz-se numa manifesta redução do âmbito de aplicação prática deste ilícito criminal, relegando-o para aqueles casos em que se verifica unicamente uma intenção de causar prejuízo. Acontece que, pese embora possa existir intenção de causar prejuízo sem que lhe esteja inerente uma intenção de apropriação por parte do Administrador: p. ex., a acção de alienação de um bem por um preço muito inferior ao de mercado ou omissão de cobrança judicial de uma dívida importante para a sociedade – devendo, naturalmente, estas condutas ser merecedoras de tutela penal –, certo é que não é pelo facto de, a par da intenção dirigida ao prejuízo, existirem actos de apropriação que pode (ou deve) excluir-se a conduta do âmbito de aplicação desta norma incriminadora.

²⁵ Vide, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, datado de 25 de Maio 2021, proc. n.º 148/12.9TAACN.E1, Relatora Fátima Fernandes, ou o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 13 de Janeiro de 2016, proc. n.º 478/11.7GAVGS.P1, Relatora Lígia Figueiredo, ambos concluindo no sentido de que “*Um aspeto muito importante a salientar é que como vem sendo afirmado pela doutrina e jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores, o crime de infidelidade pressupõe a inexistência de apropriação, pelo que, quando resulte demonstrada a apropriação ou a intenção de apropriação (animus appropriandi), por parte do agente (a que foi confiado o encargo – poder/dever – de zelar pelos interesses patrimoniais alheios), é de afastar o crime de infidelidade*” (disponíveis para consulta em www.dgsi.pt).

do crime de infidelidade – o que faz com que não seja sequer ponderado pelas instâncias judiciais o enquadramento dos factos nesta norma incriminadora.

Parece-nos que assim é porque se vem seguindo o entendimento, na esteira do que ficou consignado no Ponto 34 do Preâmbulo do texto de 1982 do Código Penal (Decreto-Lei n.º 400/1982, de 23 de Setembro), de que na infidelidade se visa, grosso modo, as situações em que não existe a intenção de apropriação material, mas tão só a intenção de provocar um grave prejuízo patrimonial. Dito de outro modo, subsumem-se neste tipo legal apenas os actos praticados com *animus nocendi* (com exclusão das condutas praticadas com *animus lucrandi*) – o que leva a que, como se disse, sempre que estejamos perante actos de apropriação se reconduza, quase de forma automática e sem mais, a conduta ao ilícito típico de abuso de confiança.

A tónica vem sendo colocada, como é bom de ver, na intenção – que só entra em cena na vertente subjectiva do ilícito –, sendo isso que vem motivando a distinção entre um crime e outro. Acontece que, na nossa perspectiva, a diferença revela-se *a montante*, no próprio plano da *tipicidade objectiva*, pela falta de entrega da coisa – algo que não tem sido tido em conta no caminho trilhado pela jurisprudência²⁶.

É que, repare-se, aquilo que a doutrina e a jurisprudência vêm defendendo quanto à intenção de apropriação poderá fazer sentido quando o agente *recebe a coisa* com o encargo de a administrar: se é esse o caso, então, sendo embora certo que nos encontramos no domínio da infidelidade (dada a incumbência de administração de que se encontra investido), também se pode concordar que, havendo uma apropriação ilegítima do bem que lhe cumpre cuidar, há um abuso de confiança. Isto porque, se me entregam uns dinheiros para eu administrar, investindo-os aqui e acolá, e eu faço meus esses dinheiros, é evidente que, mais do que uma administração infiel, cometo um abuso de confiança.

Mas a situação *sub judice* é substancialmente distinta: aquilo que é administrado [pelos Administradores] não são os apenas os dinheiros (e esses não lhes foram entregues), mas sim a sociedade em si mesma. Reconhecemos que é uma diferença subtil mas que, a nosso ver, assume uma relevância considerável no universo problemático que aqui nos propomos dilucidar.

§2.1 Da ausência do acto de “entrega” a que alude o art. 205.º-1 do CP

Face à previsão constante do art. 205.º, n.º 1, do Código Penal [que sob a epígrafe abuso de confiança, dispõe que “*Quem ilegitimamente se apropriar de coisa móvel ou animal que lhe tenha sido entregue por título não translativo da propriedade é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa*”], assoma-se seguro afirmar que a conduta típica no crime de abuso de confiança consiste na apropriação ilegítima da coisa que tenha sido entregue ao agente por título não translativo da propriedade – aqui se incluindo qualquer acto jurídico que invista o agente no poder de disposição da coisa, ficando

²⁶ Não poderemos igualmente deixar de dar nota de um outro elemento distintivo, reconhecido pela generalidade da doutrina nacional, que radica na circunstância de o abuso de confiança proteger coisas móveis contra agressões internas – qualificando-se, portanto, como um crime contra a propriedade – enquanto a infidelidade patrimonial protege a globalidade do património contra agressões internas – caracterizando-se por isso como sendo um crime contra o património.

obrigado à sua devolução ao transmitente ou a um terceiro: o agente passa a agir como se fosse seu proprietário, invertendo a posse ou detenção [preexistente à apropriação].

Por seu turno, o tipo subjetivo exige uma atuação dolosa – admitindo qualquer modalidade de dolo – “*com a consciência de que deve restituir-se, apresentar ou aplicar a certo fim a coisa que o agente detém em seu poder; e que o agente queira apropriar-se dela, integrando-a no seu património ou desencaminhando-a ou dissipando-a*”²⁷.

Para que, num caso de apropriação dos bens da sociedade por parte da sua Administração, pudéssemos sequer equacionar a prática de um crime de abuso de confiança, seria preciso, desde logo, que estivessemos perante um caso típico de *entrega* da coisa móvel (apropriada) ao agente por título não translativo da propriedade. O que assumidamente não se verifica. Afinal não há como obliterar que a circunstância dos Administradores poderem dispor das verbas em apreço, por o dinheiro “estar lá” na sua esfera de controlo, não implica nem equivale a uma qualquer entrega, ao menos para efeitos de tipicidade do art. 205.º do Código Penal.

Para se verificar o elemento “entrega” tem de haver uma afectação da coisa entregue a uma finalidade determinada ou a sua oneração à obrigação de restituir. Como esclarece DAMIÃO DA CUNHA, “*no âmbito do abuso de confiança exige-se que a coisa “lhe” tenha sido entregue; neste sentido, além da existência de uma relação pessoal de confiança, a entrega significa naturalmente a entrada material na esfera de domínio daquele a quem a coisa foi confiada. (...) Diferentes nos parecem ser os casos de abuso de confiança “agravado” (n.º 5) ou de peculato – nos quais o fundamento da confiança resulta não de um laço de confiança pessoal (da entrega), mas sobretudo “institucional”, decorrente de um dever legal ou de um ato de autoridade (aqui a coisa não lhe é entregue; recebe-a, em representação ou em função de...)*”²⁸.

Um dos argumentos que a nosso ver concorre para esta distinção é a circunstância de o legislador ter previsto expressamente para o crime de Peculato (consagrado no art. 375.º do CP) que: “*O funcionário que ilegitimamente se apropriar, em proveito próprio ou de outra pessoa, de dinheiro ou qualquer coisa móvel ou imóvel ou animal, públicos ou particulares, que lhe tenha sido entregue, esteja na sua posse ou lhe seja acessível em razão das suas funções, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal*”.

Repare-se que neste tipo legal, cuja semelhança com o crime de abuso de confiança é indiscutível, o funcionário pode apropriar-se de coisa que *lhe tenha sido entregue, esteja na sua posse ou lhe seja acessível em razão das suas funções*, sendo que só a primeira formulação terá relevo para confronto com o tipo legal de abuso de confiança.

O legislador leva assim a cabo uma distinção, *claramente intencionalmente*, entre as realidades de “entregar”, “estar na posse de” ou “estar acessível em razão das funções” – técnica que podia ter também sido adoptada na redação do art. 205.º do CP, mas que não foi, o que não deixa de ser sintomático. Optou-se antes, *de forma pensada*, por criar um tipo legal específico para as situações em que a conduta do agente é facilitada, não pela entrega, mas pelo poder de disposição que tem sobre os bens (a infidelidade).

²⁷ Cf. M. MIGUEZ GARCIA / J. M. CASTELA RIO, *cit.*, p. 860.

²⁸ DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 70.

Assim, no crime de abuso de confiança o autor detém em mãos o controlo sobre *uma coisa móvel* de outro, sendo que, a partir de determinado momento, contra a indicação expressa do titular da coisa, passa a comportar-se externamente como dono da mesma. Não se trata aqui, como é bom de ver, de actos de administração da globalidade de um património alheio, nem tão pouco da tomada de decisões empresariais, mas sim de um manuseio de coisa móvel de que se tem a posse ou a detenção. Na esteira de Alaor Leite, “o “*apropriar-se*” exige precisamente um ter em mãos que comunica socialmente que aquela coisa com existência corpórea pertence àquele que tem a posse ou detenção da coisa, excluindo a posse de outros aventureiros”²⁹.

Nas constelações típicas do abuso de confiança o poder de uso do agente sobre a coisa que lhe foi entregue é estritamente vinculado ou tem uma finalidade específica, isto é, o “recedor”/“depositário” não detém qualquer autonomia nem goza de margem de liberdade quanto ao destino a dar à coisa, actuando exclusivamente no interesse do (e no sentido definido pelo) proprietário. Daí que, *por seu turno*, nos casos em que o mandatado (aquele a quem a coisa tiver sido confiada) disponha de autonomia na gestão de negócios não nos movemos nos domínios da tutela do crime de abuso de confiança mas, sempre e sim, nos da infidelidade (mesmo que o agente se venha a apropriar da coisa em proveito próprio!)³⁰.

Dito por outras palavras, consoante o modo como a coisa for confiada ao agente – com o dever de restituir, ou então com a incumbência de a usar ou alienar com um determinado e expresso fim, no interesse de quem lhe confiou a coisa –, estaremos perante um crime de abuso de confiança, ou, em alternativa, perante uma infidelidade.

Isto porque qualquer “forma de gestão” pressupõe liberdade e autonomia de actuação – circunstância incompatível com a lógica e teologia do crime de abuso de confiança (ainda que, repita-se, o gestor venha a cometer um qualquer acto de apropriação). Afinal, cumpre não olvidar, que na infidelidade patrimonial visa-se proteger o dono do património contra administradores que actuam com amplos poderes de gestão, isto é, que podem tomar decisões que afectam o património alheio; *ao passo que*, o abuso de confiança possui a vocação de tutela de coisas móveis de que terceiros têm a posse ou detenção sem possuir, todavia, os descritos poderes de gestão.

Nos casos típicos de infidelidade há, como se deixou já referido, um sujeito que assume uma posição que o onera com o dever de tutelar o património alheio, ou seja, de agir no melhor interesse do “dono” do património. Quem assume tal dever de tutela – seja por Lei, por negócio jurídico ou mesmo facticamente – actuará com certa margem de liberdade para tomar decisões, cujos limites são delineados pela vontade, manifestada de forma geral ou específica, do titular.

Tal posição garante que a administração do património alheio se dê, na maior parte do tempo, sem o controlo intenso do respectivo titular – circunstância que torna essa relação ainda mais intensa do que aquela existente entre quem simplesmente entrega uma coisa móvel para que o outro dela cuide na sua ausência. Há, pois, uma *relação de fidúcia qualificada* expressa pelo domínio fáctico e amplo que o terceiro exerce sobre o património alheio³¹.

²⁹ ALAOR LEITE, *cit.*, p. 267.

³⁰ Neste sentido, DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 77.

³¹ Neste sentido, ALAOR LEITE/ADRIANO TEIXEIRA, *cit.*, p. 23.

Precisamente por isso, como se adiantou, aquele que administra património de outrem deve abster-se de tomar conscientemente decisões arriscadas – isto é, que criem um risco não autorizado – e que de uma perspectiva *ex ante* sejam capazes de gerar danos patrimoniais. Em rigor, é essa posição de controlo fáctico e a extensão dos poderes de administração que se apresenta como elemento distintivo do tipo legal de infidelidade face ao abuso de confiança.

A este propósito, não poderá deixar ainda de se atentar nas palavras de DAMIÃO DA CUNHA no sentido de que: “... a afirmação da Exposição de Motivos do CP é profundamente redutora quanto ao crime de infidelidade; com efeito, ao referir a apropriação material (como excluída da infidelidade) o legislador está a referir-se a um elemento típico de crimes contra a propriedade; mas o crime de infidelidade é um crime contra o património e, por isso, muito mais amplo na sua abrangência. Um qualquer ato que não envolva a apropriação (material) mas que, na decorrência da violação de deveres (posições) de garante, venha a causar um prejuízo patrimonial, implicará, seguramente, a aplicação do crime de infidelidade; do mesmo modo que, qualquer ato que corresponda ao exercício do legítimo poder de disposição, que tenha sido conferido ao agente e que seja realizado em nome do titular ou no interesse deste último, não deverá cair no âmbito do crime de abuso de confiança”³².

Assim, se o que está em causa é o exercício (desleal) de funções de membros da Administração de uma sociedade, visando um (pretenso) enriquecimento ilícito dos mesmos à custa do prejuízo patrimonial da Instituição que dirigem – residindo a essencialidade do pleito na gestão ‘danosa’ levada a cabo pelos arguidos –, então parece-nos claro que não pode tal conduta ser apreciada à luz do consagrado no art. 205.º do Código Penal.

É certo que a “empresarialização” da actividade económica acaba por iludir a distinção entre abuso de confiança e infidelidade que, *ao menos aparentemente*, seriam crimes que se complementariam em termos de tutela. Pois que, quando uma coisa/bem é entregue a uma organização, há quem dentro dela tenha o encargo de dispor dela (ou de a fiscalizar ou administrar) e há quem a tenha recebido com o dever de a guardar. Mas não deixa também de ser seguro que se o administrador se apropriar da coisa não cometerá o crime de abuso de confiança uma vez que aquela não lhe foi entregue materialmente.

Comungamos assim da opinião daqueles que defendem que a relação entre infidelidade e abuso de confiança deveria caracterizar-se por uma regra de verdadeira “exclusão mútua”, desde logo porquanto, o pressuposto da infidelidade, ao menos na sua vertente “externa”, é que o agente tenha a possibilidade de dispor de um bem/património com alguma “autonomia e liberdade de movimentos”³³. Enquanto que o abuso de confiança só pode ser cometido por agente a quem não tenha sido conferido o poder de disposição sobre a coisa alheia – sendo o dever de restituir ou de utilizar com um determinado fim que caracteriza a “entrega” exigida pelo tipo.

Dito por outras palavras, a entrega/recebimento pressuposta no abuso de confiança supõe a ausência da capacidade para dispor, ou, ao menos, a impossibilidade de dispor

³² DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 78.

³³ Novamente, DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 79. Daí que haja inclusivamente quem entenda que a autonomia é o critério determinante do delito de infidelidade, uma vez que o que legitima a tutela penal é a ausência de controlo e de supervisão.

livremente da coisa. Em suma, numa formulação lapidar: “*quem tem o encargo de dispor de uma coisa não pode cometer o crime de abuso de confiança*”!³⁴

Neste sentido, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (*in Boletim do Ministério da Justiça* n.º 423, p. 146), de 6 de Janeiro de 1993, proc. n.º 042597, Relator Sá Nogueira, onde se afirma que: “*No abuso de confiança o agente, detentor do bem que recebeu para o utilizar em determinados moldes, ou para lhe dar determinado fim, (mas não para o administrar ou fiscalizar ou para dele dispor em determinados moldes), viola a confiança em si depositada, e dá a tal bem uma utilização ou um destino diferentes daqueles para que o recebeu*”, ao passo que “*na infidelidade, a conduta do agente, em tudo semelhante à que é configurada como abuso de confiança, tem de respeitar à disposição, administração ou fiscalização de interesses patrimoniais de terceiros, e só é possível se o prejuízo patrimonial causado for importante e se, simultaneamente, para além da conduta do agente ter de ser voluntária, a mesma se traduzir numa grave violação dos deveres assumidos*”. Concluindo o Supremo que, “*comete o crime de abuso de confiança e não o de infidelidade, o co-titular de uma conta bancária não proprietário da respetiva importância que, sem autorização do co-titular proprietário, levanta o respetivo montante e o dissipa em proveito próprio, sem que tivesse poderes de administração sobre esse dinheiro*”.

Note-se, aliás, que, é exactamente neste sentido – *de que as acções de apropriação de bens pertencentes a uma sociedade pelo seus administradores constituem não factos de abuso de confiança, mas antes sim de infidelidade patrimonial* – que, na Suíça, perante um tipo legal de crime de abuso de confiança (art. 138.º do CP)³⁵ em tudo semelhante ao português, se vêm pronunciando a jurisprudência e a doutrina dominante:

“*De acordo com a jurisprudência constante do Tribunal Federal e de parte da doutrina, os bens da pessoa jurídica não são confiados aos seus órgãos, na medida em que estes não são terceiros em relação à empresa mas parte dela, pelo menos quando actuam na sua qualidade de órgão («Im Rahmen der Organtätigkeit bzw bei Ausübung der Geschäftstätigkeit handelt ») ; assim, os órgãos só seriam puníveis nos termos do CP 158 [Gestão desleal]*”³⁶.

Assim, na jurisprudência suíça, são reconduzidos ao crime de infidelidade (e não ao crime de abuso de confiança) actos como os do “*director de uma divisão técnica de uma empresa que utiliza o seu pessoal e equipamento em seu próprio benefício*” (BGE 81 IV 276) ou do “*administrador de uma sociedade anónima que paga os bilhetes de avião para a*

³⁴ DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 233.

³⁵ Art. 138 do CP suíço: « 1. Celui qui, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, se sera approprié une chose mobilière appartenant à autrui et qui lui avait été confiée, celui qui, sans droit, aura employé à son profit ou au profit d'un tiers des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

³⁶ Pascal de Preux / Lyuska Hulliger, *Commentaire Romand du Code pénal*, II, Helbing Lichtenhahn, 2017, Art. 138, nm. 42. No original, em língua francesa: “Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral et de une partie de la doctrine, le patrimoine d'une personne morale », n'est pas confié à ses organes, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas des tiers à l'égard de la société mais une partie de celle-ci, à tout le moins lorsqu'ils agissent en leur qualité d'organe («Im Rahmen der Organtätigkeit bzw bei Ausübung der Geschäftstätigkeit handelt ») ; ainsi, les organes ne seraient punissables que sous l'angle de CP 158 [Gestion déloyale] ».

*sua esposa utilizando o cartão de crédito titulado pela sociedade que administra*³⁷.

Um entendimento que, na síntese dos autores TRECHSEL / CRAMERI³⁸, se funda essencialmente na circunstância de não se poder considerar que o património social colocado/ submetido à administração do órgão social de gestão lhe é *confiado (ou entregue)*: “o património social de uma sociedade comercial não é confiado aos seus órgãos no sentido previsto no art. 138 (crime de abuso de confiança) – sendo o património gerido em violação de deveres é aplicável o art. 158.1 (gestão desleal)”³⁹.

Ora, não nos parece haver qualquer razão que imponha a interpretação do art. 205.º, n.º 1, do Código Penal português de forma diferente. A ideia de que para que se considere houve entrega da coisa móvel bastará que esta seja posta sob o domínio de facto de alguém, independentemente do título a que facticamente a recebe, não faz jus à exigência típica de que “*lhe* tenha sido entregue” e à necessidade de ser afectada a um fim determinado. Como se procurou demonstrar, nada disso é compatível com a complexidade e ampla latitude das funções cometidas aos administradores de uma sociedade comercial.

§ 3. Um exemplo prático: a gestão desleal no universo BPP

Um exemplo que cremos ser sintomático da tendência existente, no seio jurisprudencial, para confundir e misturar as formas de agressão interna ao património a que *supra* se aludiu é o recente caso que, sob o n.º 5037/14.0TDLSB, correu termos no Juiz 5 do Juízo Central Criminal de Lisboa⁴⁰.

Em traços gerais, temos uma sociedade anónima, no caso uma Instituição Bancária, cujo Conselho de Administração era composto, à data, por quatro elementos, com diferentes funções no Banco e também diferentes hierarquias entre si, mas que constituíam a chamada “cúpula” decisória da sociedade. Os quatro Administradores vinham

³⁷ Apud Anne-Claude Scheidegger / Mathilde von Wurstemberger, *Commentaire Romand du Code pénal*, II, cit. Art. 158, nm. 48. No original em língua francesa: “directeur d’une division technique d’une entreprise qui en utilise le personnel et le matériel à son propre profit” (BGE 81 IV 276) ; “administrateur d’une société anonyme qui s’acquitte du prix d’achat de billets d’avion pour son épouse au moyen de la carte de crédit dont la société est titulaire».

³⁸ TRECHSEL / CRAMERI, in: Trechsel / Pieth (Orgs.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, 2.ª ed., Dike, 2013.

³⁹ TRECHSEL / CAMERI, Art. 158, nm. 25. No original em língua Alemã: “Das Geschäftsvermögen einer Handelsgesellschaft (...) ist den Organen nicht i.S.v. Art. 138 anvertraut – wird das Vermögen pflichtwidrig verwaltet, kommt Art. 158 Ziff. 1 zur Anwendung”.

⁴⁰ De referir que a autora interveio no âmbito do referido processo na qualidade de Mandatária de um dos arguidos administradores. Pese embora à data da redacção do presente texto ainda se encontrem pendentes, perante o Supremo Tribunal de Justiça, recursos ordinários da decisão proferida pelo Tribunal da Relação de Lisboa em 23/02/2022, vem resultando repetidamente assente da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça que, nos casos de julgamento por vários crimes em concurso em que, em 1ª instância, por algum ou alguns ou só em cúmulo jurídico, haja sido imposta pena superior a 8 anos e por outros a pena aplicada não seja superior a essa medida, sendo a condenação confirmada pela Relação, o recurso da decisão desta para o STJ só é admissível no que se refere aos crimes pelos quais foi aplicada pena superior a 8 anos de prisão e à operação de determinação da pena única. Pelo que cremos que haverá de se entender que se formou caso julgado parcial quanto à questão relativa à imputação do crime de abuso de confiança qualificado, punido, *in casu*, com pena de prisão de 6 anos de prisão.

acusados e pronunciados pela prática em co-autoria material, em concurso real e na forma consumada de um crime de fraude fiscal qualificada (p. e p. pelos arts. 103.º-1, als. a), b) e c), e 104.º-2 do RGIT), de um crime de abuso de confiança (p. e p. pelos arts. 205.º-1 e 4, al. b) com referência ao art. 202.º, al. b), ambos do CP) e ainda por um crime de branqueamento de capitais (p. e p. pelo art. 368.º-A-1 e 4 do CP); e, findo o julgamento e a produção de prova, o Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa decidiu condená-los precisamente nesses termos, aplicando-lhes penas efectivas entre os 6 e os 10 anos de prisão⁴¹.

Note-se que, para o que aqui nos importa, a imputação do crime de abuso de confiança, em co-autoria, orbitava em torno da circunstância de os Administradores arguidos se terem, alegadamente, feito pagar, de comum acordo e decisão, de diversos prémios anuais, prémios de mandato, prémios de antiguidade, outras remunerações avulsas, e até de despesas da sua vida pessoal, tudo usando dinheiros do Banco sem conhecimento ou autorização e contra a vontade dos seus accionistas e da Comissão de Vencimentos (que era o órgão a quem competia determinar e quantificar os valores que aqueles tinham direito a auferir em virtude da sua relação laboral com a sociedade).

Temos, assim, de forma genérica, a existência de um conjunto de operações financeiras, levadas a cabo pelos Administradores do Banco, que os enriqueceram a si próprios e, concomitantemente, empobreceram a sociedade por aqueles gerida.

Pese embora a qualificação jurídica imputada [de abuso de confiança], é notório para quem lê a decisão proferida em 14/05/2021 pelo Colectivo do Juiz 5 do Juízo Central Criminal de Lisboa, que a factualidade que justificou a condenação dos Administradores arguidos é encarada, desde o primeiro momento, sob a perspectiva do carácter danoso da gestão dos interesses de terceiros confiada ao agente, fundado numa condução indevida da administração, com grave violação dos seus deveres funcionais, causando assim prejuízo patrimonial relevante à sociedade que administra⁴².

⁴¹ Impõe-se ressaltar que, dado o escopo da presente exposição, não temos qualquer pretensão de proceder a uma análise crítica detalhada dos dois acórdãos invocados nesta sede. Pelo que nos limitaremos a dar ao leitor uma perspectiva geral do caso, focando-nos apenas nos aspectos relevantes para a distinção entre os crimes de infidelidade e abuso de confiança (porque, na verdade, este caso suscita variadas outras questões jurídicas pertinentes e interessantes, sobretudo no âmbito do crime de fraude fiscal, mas que comportam reflexões que já saem do âmbito do tema que nos propusemos cotejar).

⁴² Pode, aliás, ler-se a págs. da referida decisão: “*Tendo presentes tais premissas de facto, é notório que os referidos arguidos, actuando na qualidade de administradores do BPP, e tendo, por essa razão, sob o seu domínio e à sua guarda, os fundos que aí se encontravam depositados, e que não lhes pertenciam, actuaram sem conhecimento ou autorização, quer do órgão (a comissão de vencimentos) a quem competia determinar e quantificar os valores que, mercê da sua relação laboral, tinham direito a auferir (fosse a título de vencimentos, fosse a título de prémios e outras vantagens remuneratórias), quer dos accionistas. Na verdade, não lhes pertencendo tais fundos do banco, e sem qualquer autorização para o efeito, determinaram que deles lhes fossem pagos os complementos “forex”, prémios, despesas e outras retribuições que resultaram assentes, e pelos valores totais que igualmente se apuraram, largamente superiores a 200 unidades de conta. É portanto inequívoco que, ao procederem do modo descrito, os arguidos se apropriaram ilegitimamente das quantias em causa, que não lhes pertenciam e que, por serem administradores do banco, se encontravam à sua guarda. Efectivamente, integraram tais valores monetários nas suas esferas patrimoniais através das operações de pagamento cuja realização determinaram, por terem o propósito, que lograram alcançar, de as fazer suas. Por conseguinte, dívidas não subsistem de que os arguidos se apropriaram deliberadamente, e de forma ilegítima, das quantias monetárias supra referidas, o que evidencia o requisito da apropriação caracterizador do crime abuso de confiança”.*

Pelo que, se estamos perante um caso de actos de gestão patrimonial da sociedade por parte dos seus Administradores que, em vez de actuarem em benefício desta, actuaram em benefício próprio – ou, dito de outro modo, se a essencialidade do pleito reside na gestão desleal e danosa do património –, então a correcta qualificação jurídica dos factos implicaria considerar a conduta incursa no crime de infidelidade. Porquanto no caso, nos termos do próprio acórdão, existem apenas factos demonstrativos de que, violando intencionalmente normas de organização interna da entidade bancária, a que estavam funcionalmente ligados enquanto administradores, os arguidos receberam da mesma remunerações e prémios que eram contrapartida de prestações laborais, o que ocorreu com sacrifício patrimonial relevante para a entidade bancária, decorre, na nossa perspectiva, a ausência de elementos fácticos que permitam o perfeccionamento da vertente objectiva do tipo legal de abuso de confiança qualificado imputado.

Porém, levada esta questão da (errada) qualificação jurídica à apreciação, em sede de recurso, do Tribunal da Relação de Lisboa, foi decidido por este Venerando Tribunal, por acórdão proferido no dia 23/02/2022, confirmar a prática, pelos arguidos, do crime de abuso de confiança agravado, mantendo intocada a condenação imposta⁴³.

Foram os seguintes os termos em que o Tribunal se pronunciou sobre a questão dos factos imputados aos arguidos, e dados como provados, impõem o preenchimento do tipo criminal de abuso de confiança qualificado (art. 205.º, n.º 1, do CP), e não o crime de infidelidade (art. 224.º, n.º 1, do CP): “... *No caso concreto, existe uma intersecção na protecção do bem jurídico pois que ambos os crimes protegem a propriedade (embora o crime de infidelidade se protejam outros direitos com valor ou expressão económica que não apenas a propriedade). No entanto, o a conduta dos arguidos visou a propriedade, a apropriação ilícita desta para ser exacto). Ora, o que distingue a infidelidade do abuso de confiança é o facto de na infidelidade apenas existir a intenção de causar um prejuízo patrimonial importante enquanto no abuso de confiança existe intenção de apropriação. Assim sendo, considerando ambos os tipos em presença temos que entre o abuso de confiança e a infidelidade existe um concurso aparente sendo que o crime de abuso de confiança consome o de infidelidade. Foi o que aconteceu no caso concreto pelo que a decisão recorrida mostra-se, na parte em apreço, correcta*” (págs. 398 a 408 do acórdão⁴⁴).

Como se vê, o Tribunal da Relação de Lisboa enfrentou expressamente a questão de saber se, estando em causa a apropriação de dinheiros da sociedade por parte da sua Administração, estamos perante a prática de um crime de infidelidade patrimonial, tendo concluído expressamente em sentido negativo por entender que, sempre que exista intenção de apropriação, será de subsumir as condutas ao ilícito de abuso de confiança⁴⁵.

⁴³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 23/02/2022, Relator Rui Teixeira, 3.ª Secção.

⁴⁴ Note-se que o Tribunal começa, desde logo, por afirmar que a questão se resolve com o recurso à figura do concurso de crimes, partindo assim dessa premissa na análise do problema – o que a nosso ver contribuiu decisivamente para a equivocada solução alcançada.

⁴⁵ Note-se que, foi precisamente sobre este mesmo problema que se debruçou o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Março de 2021, proferido no âmbito do processo n.º 15187/11.9TDPRT.P2. Nesse processo, à semelhança deste, estava em causa a apreciação de condutas de apropriação levadas a cabo pelo arguido Salvato Vila Verde Pires Trigo, Presidente do Conselho de Administração da “Fundação Ensino e Cultura Fernando Pessoa” e Reitor da “Universidade Fernando Pessoa”, que prejudicaram em cerca de

A circunstância dos arguidos não terem qualquer interesse em provocar a ruína do Banco, a sua “galinha dos ovos de ouro”, mas *apenas* apropriar-se dos valores que tinham à sua disposição, enquanto administradores daquela Instituição, foi assim determinante para que o Tribunal concluísse, de forma liminar, no sentido em que concluiu.

Assim, e face ao caminho analítico trilhado, não poderemos deixar de censurar o sentido e teor da decisão proferida pelo Tribunal da Relação de Lisboa no que a este concreto ponto diz respeito, considerando que andou mal o Tribunal ao tratar aquilo que para nós consubstancia um caso clássico de infidelidade sob a rúbrica equivocada do abuso de confiança – contribuindo, de forma determinante, para a cristalização de uma posição jurisprudencial desajustada e fortemente lesiva dos direitos dos arguidos⁴⁶.

Sendo a *confusão de patrimónios* entre as sociedades e seus administradores – resultando, a mais das vezes, no empobrecimento daquelas em favor destes – a *pedra de toque* deste ilícito contra o património, importa assim que não haja um esvaziamento desta norma incriminatória, continuando a reconduzir ao crime de abuso de confiança todos os actos de gestão patrimonial da sociedade por parte dos seus Administradores que, em vez de actuarem em benefício desta, actuaram em benefício próprio, pelo único e exclusivo facto de existir uma intenção de apropriação.

Em conclusão: o acto de investidura de um indivíduo nas funções de administrador de uma sociedade comercial não tem o significado, próprio do tipo incriminador de abuso de confiança, de uma entrega a essa pessoa do património social. Nessa medida, faltarão aí o preenchimento de um pressuposto típico essencial do crime de abuso de confiança, que não poderá ser afirmado nem mesmo quando o administrador actue com uma intenção de apropriação (e não de simples lesão do património social que lhe cabe administrar).

2,2 milhões de euros a Fundação que Administrava em benefício da sociedade Erasmo – Empreendimentos Educativos, Lda. detida pelo próprio arguido, mulher e dois filhos. Entendeu assim o Tribunal da Relação do Porto, em suma, que dadas as ligações familiares entre as pessoas que estavam à frente da sociedade Erasmo e da Fundação Fernando Pessoa, estando o recorrente presente em ambas as entidades, tomou decisões sem racionalidade económica causadoras de prejuízos à Fundação, em manifesto benefício da sociedade Erasmo, sociedade que podia distribuir dividendos pelos seus sócios, vale por dizer, o arguido, a sua esposa e os seus filhos – o que justificou a parcial improcedência do recurso apresentado e confirmação da decisão condenatória de 1.ª Instância pela prática de um crime de infidelidade p. e p. pelo art. 224.º, n.º 1, do CP. Nesse aresto apreciou-se, pois, a mesmíssima questão versada naquele acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – isto é, a subsunção jurídica da prática de actos de apropriação de verbas monetárias da sociedade por parte dos seus Administradores –, mas concluiu-se em sentido diametralmente oposto. O que é demonstrativo da disparidade de soluções jurisprudenciais existente no âmbito desta temática.

⁴⁶ Cumpre salientar que a aplicabilidade aos factos provados do tipo legal de crime de infidelidade, mediante explicitação dos pressupostos típicos pertinentes e subsunção da factualidade provada, acarretava diferenças substanciais para os arguidos: para além da reduzida moldura penal legalmente aplicável, trata-se de uma incriminação com natureza semi-pública (logo, dependente de queixa), de modo que, não tendo havido nos autos a acção tempestiva do titular desse direito, seria forçosa a admissão da ausência de responsabilidade criminal dos arguidos nesta sede. Sendo certo, além do mais, que o prazo de prescrição do procedimento criminal estava já, à data, verificado nos termos do disposto no art. 118.º, al. c) do CP.

Com efeito, faltando esse elemento chave do tipo objectivo de ilícito do crime de abuso de confiança, não é pelo facto de o administrador actuar dominado por uma intencionalidade característica desse crime, *relevante apenas no plano do tipo subjectivo*, que passa, só por isso, a dever por ele responder – pois a verificação de um elemento do tipo subjectivo não é suficiente para suprir a pura e simples ausência de um elemento chave do tipo objectivo.

