

EGUZKILORE

Número 28.
San Sebastián
2014
125-144

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL CASO PORTUGUÉS*

Nuno BRANDÃO

*Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra*

Solange JESUS

Advogada

Resumen: Al igual que sucedió en otras jurisdicciones europeas, hasta los años 80, el Derecho Penal portugués no consideró a las personas jurídicas penalmente responsables. En la actualidad dicho modelo de responsabilidad se recoge en los artículos 11º y 90º de dicho cuerpo legal. En este trabajo se muestra cuál ha sido la evolución histórica de dicha regulación, cómo se produce dicha aplicación, así como los problemas derivados de la misma.

Laburpena: Europako beste hainbat jurisdikziotan gertatu den bezala, 80. Hamarkadara arte, Portugaleko Zuzenbide Penalak ez zuen pertsona juridikoen erantzukizun penal onartu. Gaur egungo arauketari jarraituz, eredu zehatza hau Zigor Kode portugésaren 11. eta 90. artikuluetan barnebilduta dago. Lan honetan erregulazioaren nondik norakoa eta praktikak planteaturiko arazoak agertzen zaizkigu.

Résumé : De la même façon que dans d'autres pays européens, jusqu'aux années 1980, le Droit pénal portugais n'a pas considéré les personnes morales pénalement responsables. Aujourd'hui, ce modèle de responsabilité est recueilli aux articles 11 et 90 du Code pénal portugais. Ce travail montre l'évolution historique de cette réglementation, comment elle s'est produite, ainsi que les problèmes découlant d'elle.

Summary: As well as in some European jurisdictions, till the 80 it was not considered criminal responsibility for legal persons, which nowadays is regulated in Articles 11 ° and 90 ° of the Portuguese Penal Code. In this work the author shows how has been the historical development of such regulation, how it is applied and the practical application problems it creates.

Palabras clave: Responsabilidad penal, personas jurídicas, regulación.

Hitz gakoak: Erantzukizun penal, pertsona juridikoak, erregulazioa.

Mots clés : Responsabilité pénale, personnes morales, règlement.

Keywords: Criminal liability, legal persons, regulation.

*. Texto originariamente en portugués, remitido en junio de 2013 y traducido por la alumna de Criminología Leire BERSALUCE BEREZIARTUA (UPV/EHU) y la Profesora Titular de Derecho Penal Ana I. PÉREZ MACHÍO (UPV/EHU). El presente trabajo se enmarca en el ámbito del Grupo de Investigación en Ciencias Criminales - GICCAS (2013-2018) Código: IT585-13; y en la Unidad de Formación e Investigación UFI 11/05.

1. INTRODUCCIÓN: UNA BREVE HISTORIA

Durante siglos, en Portugal, como en las diversas jurisdicciones en Europa, sólo se aceptaba la responsabilidad penal de las personas físicas, partiendo del aforismo *societas delinquere non potest*. Desde los años 80, sin embargo, se ha ido produciendo el abandono de ese principio en el sistema penal portugués, con una considerable apertura hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este ajuste político-criminal surgió en una lógica de evolución y cambio, estimulada por la ingente cantidad de textos e instrumentos existentes en el ámbito de la Unión Europea¹, que, sin imponer a los Estados miembros la obligación de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas o la adopción de medidas de sanción de esa naturaleza inducirían a optar por esta solución, al mismo tiempo o, de forma alternativa, a otros modelos que parecían inadecuados para las nuevas exigencias de la política criminal e insuficientes en la lucha contra los nuevos fenómenos criminológicos.

Fue justo en 1982, con el nuevo Código Penal (en adelante CP), cuando se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas legalmente especificada: el art. 11.º CP 1982 declara que “a menos que se especifique lo contrario, sólo las personas físicas están sujetas a responsabilidad penal”. La regla general establecía, en principio, que sólo las personas físicas podían cometer delitos, fijando, en todo caso, la posibilidad de crear regímenes jurídicos específicos, previstos en distintas disposiciones, que permitían la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tras esta implícita autorización, en 1984, un importante régimen legal de derecho penal de naturaleza secundaria (*Nebenstrafrecht*), relativa a los delitos anti-económicos y los delitos contra la salud pública (Decreto - Ley n.º 28/ 84, 20 / 1), estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos tipificados en la misma (art. 3.º). Este ejemplo fue seguido en otras muchas materias².

En 2007, se produjo una profunda reforma del Código Penal (Ley n.º 59/2007, 4/9), a través de la que se modificó significativamente el art. 11.º, precisamente, en lo relativo a la extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, respecto de una amplia gama de delitos del Derecho Penal clásico³. La reforma del Código Penal por la Ley núm. 59/2007 tuvo como principal y llamativa novedad

1. Para una noción integral de los principales instrumentos jurídicos internacionales convencionales y la comunidad, ver BRAVO, Jorge dos Reis, *Derecho Penal de las Personas Jurídicas. Ensayo sobre el castigo de las personas jurídicas y entidades equivalentes*, Coimbra Editora, 2008, p. 128 y ss.

2. A saber, los delitos fiscales (régimen legal del Impuesto sobre infracciones aduaneras más adelante RJI/FNA; Régimen General del Impuesto sobre delitos RGIT), los delitos de terrorismo (Ley N º 52/2003.), Los delitos de Trabajo (Ley N º 99 / . 2003), etc.

3. Artículo 11: Responsabilidad de las personas físicas y jurídicas:

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente y en los casos previstos por la ley, sólo las personas físicas están sujetas a responsabilidad penal.

2. Las personas jurídicas y entidades equivalentes, a excepción de los Estados u otros organismos públicos y organizaciones internacionales de derecho público, son los responsables de los crímenes previstos en los artículos 152 -A y 152- B, en los artículos 159... y 160.º, de los artículos 163.º y 166.º, con el menor víctima, y de los artículos. 168, 169., 171.º y 176.º, 217.º y 222.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º y 283.º, 285.º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º..... - .. a y 372.º a 374.º, cuando se cometan:

...

la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esta vez, en la redacción del Código Penal. La misma, no era exactamente una novedad en el sistema penal portugués; puesto que hace 20 años que se admitió la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal secundario. Pero más allá del simbolismo asociado a la regulación de esta materia en el texto del Código Penal, lo cierto es que la extensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a áreas clásicas del Derecho Penal, tuvo un gran significado⁴.

Se trataba, en definitiva, de un paso natural en un sistema que, a diferencia de otros, había adquirido, desde hacía mucho tiempo, la capacidad de actuar sobre el hecho, la culpa y el castigo de las personas jurídicas, el cual adoptó plena conciencia de las necesidades político-criminales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la sociedad actual y futura. Un paso recomendado por la doctrina más

...

- a) En su nombre y en el interés colectivo de ellos por las personas que ocupan una posición de liderazgo, o
 - b) que actúe bajo la autoridad de las personas mencionadas en el párrafo anterior a causa de una violación de los deberes de supervisión o control de sus obligaciones.
3. A los efectos de la ley penal, el término se aplica a los poderes públicos:
- a) las personas jurídicas de derecho público, que incluyen entidades comerciales;
 - b) Entidades de servicios públicos, con independencia de la titularidad;
 - c) Otras personas jurídicas ejercer potestades públicas.
4. De quien ocupa una posición de liderazgo en los órganos y los representantes de la persona jurídica se entiende que es quién tiene la autoridad para ejercer el control de su negocio.
5. Para los efectos de la responsabilidad penal se consideran personas jurídicas entidades tratadas como sociedades civiles y las asociaciones de facto.
6. La responsabilidad de las personas jurídicas y entidades similares se excluye cuando el agente actuó en contra de las órdenes expresas o instrucciones de los elegibles.
7. La responsabilidad de las personas jurídicas y entidades similares no excluye la responsabilidad individual de sus agentes, ni depende de la responsabilidad de estas.
8. La fisión y la fusión no determinan la extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica o entidad relacionada, lo que representa el delito:
- a) La persona jurídica o entidad equiparada en la fusión de haberlo efectuado, y
 - b) Las personas jurídicas o entidades similares que surgieron de la ruptura.
9. Sin perjuicio del derecho de retorno, las personas que ocupan una posición de liderazgo son solidariamente responsables por el pago de multas e indemnizaciones cuando se condena a la entidad jurídica o persona equivalente, por los delitos:
- a) consumado durante el ejercicio de su cargo, sin su oposición expresa;
 - b) Consumados anteriormente cuando haya sido culpa suya que el patrimonio de la persona jurídica o entidad equiparada fuera insuficiente para el respectivo pago; o,
 - c) Consumados anteriormente, cuando la decisión definitiva sea aplicada y notificada durante un periodo de ejercicio de su cargo y les sea imputable por la falta de pago.
10. Siendo varias las personas responsables en el número anterior, será responsabilidad conjunta.
11. Si las multas o indemnizaciones fuesen aplicadas a una entidad sin responsabilidad jurídica, responde por ellas el patrimonio común, y en falta de esta, o insuficiencia, se hará cargo el patrimonio de cada uno.
4. BRANDÃO, Nuno, “Las sanciones para las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, *Revista de la CEJ*, VIII, p. 41.

autorizada⁵ que tenía tras de sí el trabajo legislativo, doctrinal y jurisprudencial de dos décadas anteriores^{6/7}. El nuevo modelo jurídico se encuentra actualmente en el art. 11. y los artículos 90.º 90-A a 90.º-M del Código Penal⁸.

2. EL MODELO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ART. 11. CÓDIGO PENAL PORTUGUÉS

2.1. Presupuestos formales

Asumida la posibilidad de que las personas jurídicas respondan penalmente en el ordenamiento jurídico portugués, es importante identificar el modelo de imputación específico adoptado por el Código Penal, el cual requiere el conocimiento de las condiciones y los presupuestos que se deben tener en cuenta para poder atribuir los hechos a la persona jurídica.

En esencia, como se ha señalado, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra regulada en el art. 11. del Código Penal portugués. Antes de seguir con el desarrollo, está claro que, a pesar de la polémica redacción del núm. 1.º de la mencionada normativa (“salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente y en los casos previstos por la ley, sólo las personas físicas están sujetas a responsabilidad penal”) entendemos con JORGE BRAVO DOS REIS, que la ley n.º 59/2007, de 04/09, definitivamente rechaza la regla de la responsabilidad penal física, introduciendo un nuevo “paradigma de la doble responsabilidad penal de las personas físicas y los entes colectivos”⁹ aunque con aspectos especiales, basados en la redacción de la norma¹⁰.

5. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Derecho Penal. Parte General*, I, 2. Ed. Coimbra Editora, 2007 11.º Cap., § 27 y ss.

6. En la doctrina, con especial interés, cf. SOUSA, Juan Castro, *Las personas jurídicas en la faz de la Ley Penal y el llamado “Derecho de Mero Orden Social”*, Coimbra Editora, 1985, passim; ROCK, Manuel António Lopes, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas - Nuevas Perspectivas” (1985), en: *Derecho Económico y Penal Europeo: Textos doctrinales*, I, Coimbra Editora, 1998, p. 431 y siguientes; COSTA, José de Faria, “La responsabilidad jurídica y penal de la empresa y de sus órganos (una reflexión sobre la alteridad en las personas jurídicas, a la luz del derecho penal)”, *Revista Portuguesa de Ciencias Penales*, 4/1992, p. 537 y siguientes; Costa, José de Faria, *Derecho Penal Económico*, Cuarteto, 2003, p. 45 ss; Torrão, Fernando, “Los nuevos campos de aplicación de la ley penal y el paradigma de intervención mínima (enfoque multidisciplinario)”, en: Manuel da Costa Andrade et. al. (Ed.), *Liber Discipulorum a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 352 y siguientes; BRAVO, Jorge dos Reis, “Criterios de imputación jurídico-penal de las entidades colectivas (elementos para una alternativa a la responsabilidad penal dogmática de entidades colectivas)”, *Revista Internacional de Ciencias Penales*, 2/2003, p. 207 y siguientes, y Meireles, Mario Pedro Seixas, *Las personas jurídicas y las sanciones penales: Sentencias de Adecuación*, Coimbra Editora, 2006, passim.

7. En cuanto a la fundamentación dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 122 e ss.; DIAS, Figueiredo, (nota 5), 11.º Cap., § 27 e ss.; y SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Verbo Editorial, 2009, p. 132 e ss.

8. BRANDÃO, Nuno, (nota 4), p. 42.

9. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 189.

10. En sentido opuesto, BRITO, Teresa Quintela de, “Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos. Algumas Questões em torno da Interpretação do Art. 11.º do Código Penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1/2010, p. 43.

Fundamentalmente, hay dos modelos teóricos de imputación para hacer valer la responsabilidad penal de la persona jurídica: el estándar de responsabilidad por representación o hetero-responsabilidad (que analiza la solución de identificación y la solución vicarial) y el modelo de responsabilidad directa o auto-responsabilidad. En nuestra opinión, ninguna de ellas ofrece soluciones óptimas o totalmente ausentes de problemas, siendo algunos de ellos, tal vez incluso insuperables, por lo que la tendencia legislativa ha tratado, precisamente, de combinar las características de ambos modelos, aprovechando lo mejor que cada uno ofrece. Reflejo de ello es la fórmula adoptada por el legislador en el portugués art. 11.º - 2 del CP que incorpora un modelo atributivo mixto, siendo, en ambos casos, es decir, en cualquiera de las modalidades de imputación previstas en las letras a) y b) del n.º 2 del art. 11.º del CP, las entidades colectivas siempre responsables de sus propios actos.

El primer modo de imputación definido por el art. 11.º - 2, a), del CP refleja la elección del legislador por un modelo de hetero-responsabilidad o vicarial: “las personas jurídicas (...) son responsables de los delitos (...) cuando se cometan: a) en su nombre y en interés colectivo por personas que ocupan una posición de liderazgo en la misma.”

Entonces serán imputados a la persona jurídica todos los actos delictivos cometidos por una cierta categoría de personas, vinculadas a la misma (según la normativa, los que ocupan una “posición de liderazgo” en la misma), que intervengan en su nombre e interés, así como en el ejercicio de sus funciones. Teniendo en cuenta la particular definición prevista en el n.º 4 del art. 11.º del CP, tendrán relevancia, a efectos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no sólo los actos cometidos por sus órganos y representantes¹¹, sino también todos aquellos que son practicados por aquellos sujetos que, aunque sin poder de representación externo, tengan la autoridad para ejercer el control de la actividad. En este segmento se incluye, en particular, los llamados administradores de hecho¹² y todas las personas a las que se les confían poderes de las estructuras de gestión con autonomía organizativa, en relación al cuerpo principal de la persona jurídica (por ejemplo, agencias confiadas, sucursales u oficinas).

Parece que debe entenderse que la comisión del hecho por parte de la persona física vinculada a la persona jurídica puede adoptar la forma de acción o de omisión, y concretarse en cualquier tipo de modalidad de contribución –ya sea en forma de autoría (en cuyo caso la empresa puede responder como autor), ya sea en forma de complicidad, que puede causar responsabilidad de la empresa a título de complicidad. Respecto a la autoría, será válida también cualquiera de sus formas: la autoría inmediata, coautoría, autoría mediada y la inducción¹³.

11. El concepto de liderazgo establecido en el n.º 4, art. 11.º del CP define y limita las categorías de personas cuya acción depende de la responsabilidad penal de las entidades colectivas. Según Silva, Marques da (nota 7), p. 228 y ss., Se aplican en conceptos de derecho penal de los órganos y representantes de la ley civil.

12. En cuanto a la ampliación del concepto de representantes para integrar a los administradores de hecho, cf. Ac. Tribunal Constitucional (TC) n. 128/2010 www.tribunalconstitucional.pt.

13. La inducción como forma de autoría, DIAS, Figueiredo, (nota 5), 31.º cap., § 43 e ss., e BRANDÃO, Nuno, “Pacto para Matar: Autoria e Início de Execução”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 4/2008, p. 531 e ss.

La letra b) del n.º 2 del art. 11.º del CP parece incluso contemplar una solución de hetero-responsabilidad, pero con una gran aproximación a las teorías de la auto-responsabilidad: “las personas jurídicas (...) son responsables de los delitos (...) cuando se cometan: b) por quien actúa bajo la autoridad de las personas mencionadas en el párrafo anterior, debido a una omisión de los deberes de vigilancia o control que se les impone”.

También, en este caso, la responsabilidad de las personas jurídicas depende de la comisión de un hecho ilícito-típico por parte de una persona física que actúa en su ámbito y en su interés, eliminándose, sin embargo, los poderes de liderazgo –a los que se refiere el anterior precepto mencionado– paradigmáticamente, los trabajadores de los niveles más bajos de la jerarquía corporativa.

Por lo tanto no es suficiente para responsabilizar penalmente a una persona jurídica con la concurrencia de un hecho típico dentro del ámbito de actuación empresarial (contra lo que, en general, defienden de los promotores del modelo de auto-responsabilidad, basándose en la concepción del riesgo potencial de la actividad empresarial¹⁴), siendo siempre imprescindible que este resultado pueda ser imputado personalmente, en forma de acción u omisión, a una persona física que actúe en su nombre y en su interés¹⁵. Por lo tanto, la solución de la letra b) del n.º 2 del art. 11.º es una alternativa de hetero-responsabilidad¹⁶. Desde la perspectiva del modelo de autorresponsabilidad, para que el acto cometido por el mero agente de la persona jurídica (distinto del órgano o representante o persona que ejerce poderes de liderazgo en la misma) se pueda imputar a ésta es necesario que concurren estas condiciones: esto es, que el motivo fundamental de la comisión del hecho sea debido al incumplimiento de las funciones de supervisión o control que se requieran, en vista de los riesgos empresariales inherentes en el desarrollo de sus actividades.

De esta forma se entiende que no ha habido culpa de la organización y que la persona jurídica no responde por el hecho delictivo, aunque el mismo se produjo en el ámbito de la actividad empresarial. La exención de responsabilidad de la persona jurídica tanto en el caso de la letra b), como en el caso de la letra a), demuestra que el autor del hecho, aun ocupando una posición de liderazgo, actuó contra las órdenes expresas o instrucciones establecidas por la organización, en contra de las directrices de los órganos de representantes de la sociedad (art. 11. - 6.º)¹⁷. En otros casos, “en tanto que el hecho se imputa objetivamente a aquellas personas [todas aquellas que se

14. Para mayor desarrollo, SILVA, Marques da, (nota 7), p. 184 e ss.

15. Como determina expresamente el n.º 7 del art. 11.º del CP, “la responsabilidad de las personas jurídicas y entidades similares no excluye la responsabilidad individual de sus agentes, ni depende de la rendición de cuentas de estos”, así que con Silva, Marques (nota 7), p. 275, “creemos que este artículo de la ley debe ser interpretada en el sentido de que, aunque la responsabilidad de la persona jurídica no depende necesariamente que el acto les sea imputado a las personas habilitadas contempladas el n.º 4, puede suceder que por cualquier motivo irrelevante en relación al agente individual, este no sea responsabilizado, pudiendo serlo la persona jurídica, porque responde por sí misma y por culpa propia (...)”.

16. En contra, BRITO, Teresa Quintela de, (nota 10), p. 58 e ss.

17. BRITO, Teresa Quintela de, (nota 10), p. 63, pidiendo aquí las “medidas de organización, gestión y supervisión necesarias y adecuadas para evitar el hecho punible.”

identifican como los integrados en el ámbito de las letras a) y b) del n.º 2 del art. 11.º del CP] la normativa también lo considera como un hecho de la sociedad”¹⁸.

2.2. Presupuestos Materiales

Más allá de los presupuestos formales ya mencionados, la imputación de las personas jurídicas se somete al cumplimiento de ciertos requerimientos materiales, con especial referencia en la existencia del hecho propio y de la culpabilidad de la persona jurídica. Al margen de la exigencia de la dependencia de la actuación de personas físicas integradas en la esfera de la persona jurídica, es condición indispensable para la responsabilidad penal de la persona jurídica que el hecho delictivo sea imputado a la entidad como resultado de su propia voluntad y su libre albedrío. Desde esta perspectiva, se concibe a la persona jurídica como un centro autónomo de imputación de derecho y deberes (art. 12.º- 2 de la Constitución de Portugal)¹⁹, de modo que, a pesar de carecer de la dinámica física de los sujetos que actúen en su nombre e interés tiene reconocida capacidad de acción y de culpabilidad²⁰, debiendo apreciarse su conducta criminal desde el punto de vista de la particular realidad/estructura empresarial en la que se manifiesta. Tal y como dispone GERMAN MARQUES DA SILVA, es propio del sistema jurídico “definir cuáles son los procesos que emanan de estas personas [jurídicas] que constituyen acciones, determinar sus respectivas normas, en particular, por analogía con las personas físicas, y cómo se configura su capacidad intelectual y volitiva”²¹. Nada debe impedir que el “Estado democrático de Derecho, el

18. SILVA, Marques da, (nota 7), p. 255

19. En palabras de COSTA, José de Faria, “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*, Vol. I, Coimbra Editora, 1998, p. 506, “si la empresa adquiere una entidad jurídica y (...) aparece en el ordenamiento jurídico, como persona jurídica (...), entonces lo que era tan sólo un tono de ‘unidad organizativa’ esencialmente económica, ahora será una ‘persona jurídica’ (...) un centro autónomo de imputación jurídica”.

20. Para un mayor desarrollo, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3714, p. 263 e ss.; SILVA, Marques da, (nota 7), pp. 161 e ss., 198 e ss., 277 e ss; BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 67 e ss. En la Jurisprudencia, siguiendo esencialmente el pensamiento Figueiredo Dias Ac. do TC n.º 213/1995. Vale, en el ordenamiento jurídico portugués, el principio de la concurrencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las personas físicas (cf. art. 11 . -7.º CP), por lo que la afirmación, en particular, de la responsabilidad penal de una persona jurídica no impide, ni interfiere en la responsabilidad que se reconozca a la persona física que actuó en su nombre y representación. Pero aquí se concreta la problemática de la responsabilidad concurrente, acumulativa o paralela (Silva Marques da (nota 7), p. 196), que no depende del concreto modelo de imputación, sino de la concret culpabilidad de la sociedad “construidoa en base a la voluntad manifestada por los titulares de sus órganos”(p. 198). Respondiendo a algunas de las inquietudes que se plantean en torno a esa norma en la sentencia N º 212 /95, el Tribunal Constitucional se pronunció de la siguiente manera: “el principio de *non bis in idem* en el num. 5.º del artículo 29.º de la Constitución no impide que por el mismo objeto delictivo dos entidades jurídicas diferentes sean perseguidas, siendo también objetos de diversas sanciones”, y “el reconocimiento legal de la responsabilidad de las personas físicas, junto con la responsabilidad de la persona jurídica, ya que no implica un doble enjuiciamiento de la misma persona por el mismo acto, no violando el art. 29., No. # 5 de la Constitución. “

21. SILVA, Marques, (nota 7), p. 163. En ese particular agregamos el concepto de *culpa analógica* defendida por DIAS, Jorge de Figueiredo, «Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Ilcitude e a Culpa», *Jornadas de Direito Criminal –O novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, CEJ, 1983, p. 51 e ss.

cual es responsable no solamente de “respetar” los derechos y libertades fundamentales, sino también de “garantizar su efectividad”, pueda, en un marco jurídico penal claramente definido, ampliar la responsabilidad penal a las personas jurídicas, con el fin de proteger los bienes jurídicos de relevancia social y cuya defensa es una condición indispensable, para el libre desarrollo de la personalidad del ser humano”²².

Al mismo tiempo, la ley exige que el acto delictivo sea cometido en nombre y en representación de la persona jurídica, así como en su particular interés. Ha de tratarse de un acto funcional, intrínsecamente relacionado con las concretas funciones del agente dentro de la estructura empresarial, que se proyecte e imponga inequívocamente como un acto en representación de la propia empresa. Por otra parte, los actos serán necesariamente cometidos “para garantizar la organización, el funcionamiento, o los fines de la sociedad, aunque no impliquen ganancias”²³.

Sólo se le podrá imputar a la persona jurídica, como acto propio, aquel delito en el que concurran todos los presupuestos formales y materiales mencionados, afirmándose, como consecuencia, su responsabilidad jurídico-penal.

2.3. Las personas jurídicas susceptibles de responsabilidad penal

A pesar de su aparente extensión (“las personas jurídicas y entidades similares (...) son responsables de los delitos previstos en los artículos (...)”), siendo entidades similares a las personas jurídicas a efectos de responsabilidad penal “, las sociedades civiles y las asociaciones de hecho”), el ámbito de aplicación material del art. 11-2.º del CP sufre una limitación importante, al excluir, de forma expresa, de la responsabilidad penal al Estado, a las demás personas jurídicas públicas y organizaciones²⁴ internacionales de derecho público. La nueva redacción introducida por la Reforma Penal del año 2007 introdujo en este ámbito la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin ningún régimen de excepción. No obstante, su exigua duración, ha suscitado muchas críticas por parte de la doctrina. Cabe destacar, entre otros, GERMAN MARQUES DA SILVA que cuestiona, por ejemplo, el hecho de que los concesionarios de servicios públicos, “no respondan por los delitos en los que el Código contempla responsabilidad penal de las personas jurídicas”²⁵. También TERESA SIERRA considera “increíble” que la responsabilidad por la comisión de estos delitos no esté, apenas, prevista para las empresas y algunas empresas privadas. La autora añade que “en un país donde el poder del Estado y del sector público tienen un peso considerado, la solución se vierte ahora en el artículo 11.º del Código Penal que tiene la facultad de excluir la responsabilidad penal a miles de autoridades públicas y empresas

22. Ac. TC n.º 213/1995.

23. SILVA, Marques da, (nota 7), p. 263.

24. En el párrafo 3.º del mismo artículo, el legislador define qué entidades además del Estado están exentas del castigo. Ellos son: a) *las personas jurídicas de derecho público, que se incluyen como entidades de negocios*, b) *entidades de servicios públicos, con independencia de la titularidad*; c) *otras personas jurídicas que ejerzan poderes públicos*. Para una perspectiva crítica y una mejor comprensión de los conceptos, BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 166 y ss.

25. SILVA, Marques, (nota 7), p. 214.

de propiedad privada, estas últimas en la medida que son servicios públicos o reciben prerrogativas de poder público”²⁶.

Este régimen de excepción es también contrario al régimen jurisdiccional vigente en otros Ordenamientos jurídicos, que al igual que el portugués, reconocen ahora, el principio de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Sin perjuicio de tales consideraciones, la verdad es que la norma del n.º 2 del art. 11.º, cuando se combina con los párrafos 3.º y 5.º del presente artículo, sólo permite concluir que serán susceptibles de responsabilidad penal por el catálogo de delitos, las personas jurídicas privadas²⁷ (definidas como “entidades formalmente constituidas –de acuerdo con reglas prefijadas, en el ámbito de derecho civil, mercantil, administrativo o religioso–, que asumen la personalidad jurídica distinta y autónoma de la de sus fundadores, directores, socios, asociados o representantes”), las sociedades civiles y las asociaciones de hecho²⁸.

2.4. Catálogo de delitos

En el Derecho Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas se limita a delitos específicos, cuyo catálogo, expresamente recogido por el legislador en el art. 11.º-2 del CP, integra los siguientes delitos: malos tratos (art. 152.º-A); violación de las normas de seguridad (art. 152.º-B); esclavitud (Artículo 159.º); la trata de personas (artículo 160.º); algunos delitos contra la libertad sexual (artículos 163.º a 166.º, siendo víctima menor, y los artículos 168.º, 169.º, y 171.º a 176.º); delitos de fraude (artículo 217.º a 222.º), discriminación racial, religiosa o sexual (art. 240.º); falsificación de documentos (art. 256.º); falsificación de informes técnicos (art. 258.º); delitos de falsificación de dinero y algunos delitos de peligro común (art. 262.º a 283.º y 285.º), asociación criminal (art. 299.º); tráfico de influencias (art. 335.º); desobediencia (art. 348.º); violación de imposiciones, prohibiciones o interdicciones (art. 353.º); soborno (art. 363.º); favorecimiento personal (art. 367.º); blanqueo de dinero (art. 368.º-A) y la corrupción (art. 372.º a 374.º).

Sin embargo aunque *aparentemente*²⁹ se trate de un catálogo amplio, ha sido objeto de numerosas críticas por la doctrina portuguesa³⁰, no tanto debido a su

26. En: Expreso 29 de septiembre 2007. Sobre el tema ver también BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 160 y ss. El autor, al tiempo que reconoce la amplitud excesiva de las exenciones previstas en la norma de art. 11.º del CP, en particular, con respecto a determinadas entidades públicas, se pronuncia a favor de la irresponsabilidad penal del Estado y otras personas jurídicas.

27. Para una mejor comprensión de la variedad de personas jurídicas sujetas a responsabilidad penal, véase BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 161 y ss.

28. Estos, aunque carecen de personalidad jurídica, deberán ser tratados como personas jurídicas de derecho privado para la responsabilidad penal (cf. art. 11.º-5.º CP), siempre dentro del catálogo de delitos.

29. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 206.

30. BRITO, Teresa Quintela, (nota 10), 2010, p. 44, que califica como “cruda e inexplicable” la ausencia del delito de homicidio, “a menudo cometida a través de las organizaciones (...)”. Así también MEIRELES, Mário Pedro “La responsabilidad penal de las personas jurídicas o equivalente en la reciente modificación del Código Penal dictado por la Ley 59/2007, de 04 de septiembre: algunas notas”, *Juez*, núm. 5, 2008, p. 128 y ss.

extensión, sino sobre todo a causa de los criterios que rigen la elección de los delitos que lo componen: es demasiado heterogénea, difícilmente se comprende la inclusión de ciertos delitos y la exclusión de otros. Por ejemplo, ¿por qué el legislador incluyó en el catálogo los delitos contra la libertad y la autodeterminación sexual, pero excluyó el asesinato o las lesiones?

También ha criticado la ausencia de homicidio por imprudencia, TERESA QUINTELA DE BRITO que aprecia un criterio en la elección legislativa, “muy probablemente en la selección, los delitos revelan (inevitables) consideraciones de prudencia. Éstas aconsejan no ampliar injustificadamente los hechos ilícitos imputables a los entes colectivos, sin antes comprobar cómo se ha adaptado la praxis a la nueva realidad jurídica y cómo se aplica, previendo criterios legales amplios para la imputación de la responsabilidad. De ahí que el legislador haya optado por delitos que: (a) de alguna manera presuponen una organización, o (b) a menudo son cometidos a través de organizaciones, o (c) cuando se cometen través de una organización, implican una dañosidad social tan insoportable que requiere la evidencia o el merecimiento de la necesidad de pena a las propias colectividades”³¹.

2.5. El sistema sancionador³²

El nuevo sistema de sanciones aplicables a las personas jurídicas se define en los art. 90.º-A a 90.º-M del Código Penal³³. En el sentido contemplado respecto del sistema de sanciones establecido para las personas físicas³⁴, también el art. 90.º a y ss. del Código Penal, prevé tres categorías de penas aplicables a las personas jurídicas, como principales, accesorias y de sustitución. Las penas principales son, por definición, las aplicadas por el Tribunal en la sentencia condenatoria independientemente de cualesquiera otras, estando, por ley, tipificadas en el propio delito. En el sistema de sanciones a las personas jurídicas, el legislador, sin embargo, optó por la introducción de una cláusula general del art. 90.º-A, núm. 1, según la cual “para los delitos definidos en el núm. 2 del artículo 11.º, en el caso de personas jurídicas y entidades son consideradas como penas principales las multas y la disolución”.

Están previstas como penas alternativas/sustitutivas³⁵, incluida la pena de multa, i) la amonestación (art. 90.º-C), que consiste básicamente en un reproche dirigido a

31. BRITO, Teresa Quintela de, (nota 10), p. 45.

32. Siguiendo a BRANDÃO, Nuno, (nota 4), p. 43 y ss.

33. Las sanciones previstas y reguladas en los arts. 90.º-A a 90.º-M del CP no sólo se aplican a los delitos del “listado”, indicados en el núm. 2 del art. 11.º del CP, sino también por la extensión determinada por los art. 4.º a 7.º de la Ley 59/2007, de 09/04, a los delitos tipificados en el Código del Trabajo y las leyes sobre el tráfico de drogas, la reproducción asistida médicamente, el terrorismo y las armas y municiones.

34. Y en el sentido de las normas contenidas en la Ley n.º 28/1984, de 20/01. Esto, en palabras de BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 258, constituye “un resultado excelente y exitoso de una de las primeras experiencias de desarrollo dogmático, como consagración positiva en la legislación nacional.”

35. BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 232 y s., Habla de *penas alternativas*. Según el autor, “como relativamente a las personas jurídicas y entidades similares no es factible formular una justificación de la preferencia político-criminal en la elección de la pena no privativa de libertad (...), sin embargo, es posible

pagar, que no tiene, prácticamente, ninguna eficacia preventiva; *ii*) garantía de buena conducta (art. 90.^o-D), que es una especie de suspensión de la ejecución de la pena de multa, que busca asegurar el buen comportamiento futuro de la persona jurídica, a través de la prestación de una garantía, o caución (que se determinará entre mil euros y un millón de euros, y por un período comprendido entre uno y cinco años). Si en el período de “prueba” establecido a la empresa no comete ningún delito, se puede producir el levantamiento de la fianza; si por el contrario comete algún delito, la fianza revertirá a favor del Estado; *iii*) y la supervisión judicial (art. 90.^o-E).

Por último, están consagradas en los artículos 90.^o-G al 90.^o-M del CP las penas accesorias siguientes: *i*) orden judicial (90.^o-G); *ii*) la prohibición de contratar (90.^o-H); *iii*) la privación del derecho a obtener subvenciones, subsidios o incentivos (90.^o-I); *iv*) la prohibición de cierta actividad (90.^o-J); *v*) el cierre de los establecimientos (90.^o-L); *vi*) publicar la sentencia condenatoria (90.^o-M).

2.5.1. Sanciones principales: la multa

Entre las penas principales, la pena de una multa es aquella que tiene, y sin duda continuará teniendo, una mayor importancia práctica. La pena de multa impuesta a las personas jurídicas ha sido objeto, a menudo, de numerosas críticas: desde la posibilidad de tomar en consideración como factor a ponderar, en la eventual decisión delictiva, la suma pecuniaria potencialmente aplicable para la comisión del delito, esto es, el costo razonamiento/ beneficio (por lo tanto se recomienda la aplicación simultánea de una sanción accesoria que mejor se adapte a la situación específica), hasta sus posibles efectos sobre terceros ajenos a la comisión del delito, como, por ejemplo, los empleados o clientes de los condenados. Sin embargo, tal y como pasa con la pena de prisión aplicada a las personas físicas, en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aún no se ha encontrado una solución que pueda superar la pena de multa, y responda a la finalidad de cumplir con la finalidad de la sanción. Precisamente por esta razón, la multa se considera la pena por excelencia en este ámbito.

Como no podía ser de otra forma, la ley, en virtud del principio de legalidad, define los límites de la pena de multa y los respectivos criterios para su determinación (art. 90.^o-B del CP- B), siendo los mismos fijados de acuerdo con el sistema de los días multa.

Por lo que respecta a la determinación de los días de multa, la ley es muy clara, en cuanto a cómo se debe concretar el marco legal abstracto. En primer lugar, el juez debe verificar si el delito prevé la aplicación de una multa, de forma aislada o como una alternativa a la pena de prisión. En caso afirmativo, esto es, si el tipo penal impone una pena de multa como pena principal aplicable, el núm. 3 del art. 90.^o-B

...

hacer un juicio de prioridad punitiva en la determinación de una pena que no sea el cobro de una suma de dinero, en que consiste la pena de multa, la cual ha adquirido la condición de pena referencial en el régimen disciplinario de las entidades colectivas “(p. 233). Serán pues los criterios de necesidad y conveniencia los que deben guiar al aplicador de ellas en la elección siempre que sea permisible bajo la ley, una alternativa entre la multa y las sanciones alternativas (Art. 90.^o-C, 90.^o-D y 90.^o-E del CP) previstas en el régimen sancionador general.

establece que a la persona jurídica se le aplicará la pena de multa señalada en el mismo. Si, por el contrario, el delito sólo prevé penas de prisión, el núm. 1 del art. 90.º-B dispone que los días-multa correspondientes al marco legal abstracto serán determinados, tomando como referencia la pena de prisión prevista para las personas físicas³⁶. La cantidad real de pena será fijada en días, de acuerdo con los criterios establecidos en el núm. 1 del art. 71.º (*ex vi* art. 90.º-B, n.º 4 CP), es decir, en función de la culpa y los requisitos de prevención general y especial³⁷.

En cuanto a la cantidad diaria, el núm. 5 del art. 90.º-B indica que “ cada día de multa corresponde a una cantidad de entre 100 € y 10 000 €, que el tribunal establece según la situación económica y financiera de los condenados y sus cargos con los trabajadores”. Como bien es sabido, tanto en el Derecho Penal, como en el Derecho de contravenciones, los montantes asociados a sanciones de naturaleza pecuniaria son, por regla general, más elevados para las personas jurídicas, que para las personas físicas. En el régimen sancionador del Código Penal, los límites definidos para la tasa diaria de pena de multa son 20 veces superiores a las definidas para las personas físicas –esta circunstancia se sustenta en la convicción de que las personas jurídicas poseen un mayor poder económico, creyendo, en este sentido, que sólo con límites amplios en el tiempo se permitirá adecuar el importe diario de la multa a la situación económica y financiera del condenado y responder así a los fines de la pena³⁸.

Ese límite máximo de multa le da una amplitud que, en la mayoría de los casos, permite responder, de forma suficientemente capaz, a las necesidades preventivas suscitadas como consecuencia de la comisión del delito. Si la definición de la cantidad real de la cuantía es exhaustiva y determinada con escrupuloso respeto al criterio legal establecido en el art. 90.º-B, núm. 5 del CP, que exige tomar en consideración la situación económica y financiera del condenado, así como las cargas existentes respecto de los trabajadores, la pena de multa no será *asfixiante* para la entidad, ni tampoco pondrá en entredicho la supervivencia de su organización empresarial³⁹. Teniendo en cuenta el poder económico de un gran número de grupos empresariales, que registran lucros netos anuales de decenas e incluso cientos de millones de euros,

36. BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 214, para identificar lo que cree que son los problemas del régimen disciplinario de las personas jurídicas, habla de “ausencia de los preceptos incriminatorios, una disposición expresa de la pena que debe ajustarse a la persona jurídica y entidades relacionadas, lo cual se hará en función de un criterio de “conversión” que se refiere el art. 90.º-B del CPES, como la pena de una multa (...) “y se queja de que la determinación de los días de multa se producen en función de los criterios de determinación de prisión. Según el art. 90.º-2 del CP, un mes de prisión corresponde a las personas jurídicas equivalente a 10 días de multa.

37. Por lo tanto, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, II: As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas / Ed. Notícias, 1993, §301 e ss., e depois (nota 5), 4.º Cap., §83 e ss. Cf. ainda RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, Coimbra Editora, 1995, *passim*.

38. Cómo alerta DÍAS, Figueiredo, (nota 37), p. 119, la pena de multa no puede significar una “forma encubierta de absolución o un sucedáneo de una exención de la pena.”

39. Tengase en cuenta que el valor de 10.000 € corresponde únicamente a un límite hasta el cual podrá ser fijada la tasa diaria de pena de multa. En cualquier caso, si observamos el poder económico de un gran número de grupos empresariales, que registran lucros netos anuales de decenas e incluso cientos de millones de euros, dicho límite ha de considerarse desajustado y sólo puede ser predeterminado por defecto y no por exceso.

el valor de 10.000,00 € es el tope máximo en el que, en abstracto, puede ser fijada la tasa diaria de pena de multa que podrá, como mucho, considerarse inadecuada por defecto. Será pues en el valor mínimo, correspondiente a una cantidad diaria de 100,00 €, en el que el régimen sancionatorio de las personas jurídicas podrá pecar por exceso, dada la típica estructura empresarial portuguesa⁴⁰.

También en el marco del procedimiento para la determinación de la pena de multa se deben abordar los casos *especiales* de determinación de la pena, previstos en la parte general del Código Penal, para concluir de inmediato, teniendo por referencia los respectivos fundamentos y presupuestos, con la inaplicabilidad a las personas jurídicas de los regímenes de reincidencia (75.º y 76.º), con la pena relativamente indeterminada (83.º y ss.) y con el descuento de medidas procesales (80.º). A pesar de que existe la intención de crear un registro de antecedentes penales de las personas jurídicas, no se ha consagrado ningún mecanismo de agravación de los límites del marco legal, fundamentado en la reiteración delictiva de la persona jurídica. Lo que no significa, como ha sido puesto de relieve por los que cuestionan la figura de la reincidencia⁴¹, que esa reiteración no deba ser tomada, debidamente, en consideración en la fijación de la concreta sanción, atendiendo a sus efectos sobre los distintos criterios de determinación de la pena, en el sentido de agravación de su *quantum* concreto.

La determinación de la pena de la persona jurídica en caso de concurso de delitos o de conocimiento sobrevenido del concurso no había sido objeto de regulación especial alguna⁴², correspondiendo, en este momento, a la doctrina presentar soluciones para la resolución de dos problemas surgidos en este contexto, en particular, lo que respecta a la determinación del límite máximo de la pena conjunta en los casos en que uno de los delitos del concurso es punible con una multa de límite máximo superior a 900 días.

En los mismos términos previstos para las personas físicas, la ley prevé la posibilidad de aplazar o dividir el pago de una multa impuesta a las personas jurídicas (art. 47.º, núm. 3 a 5, *ex vi* art. 90.º-B, núm. 5), no siendo posible la suspensión de su ejecución⁴³. En caso de incumplimiento, es decir, en caso de falta de pago de una

40. En Portugal dominan las pequeñas y medianas empresas, muchas de ellas con un volumen anual poco amplio, por lo que posiblemente puede estar cuestionada la constitucionalidad de la configuración legal de un umbral tan alto, por la violación de los principios constitucionales de igualdad y la prohibición de exceso.

41. V. g., ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime. Notas Complementares para a cadeia de Direito e Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2006-2007, p. 44.

42. Para un mayor desarrollo de los problemas planteados por dicha omisión, BRANDÃO, Nuno, (nota 4), p. 48 y ss.

43. En ausencia de una norma especial expresa, no habrá ninguna razón para apartarse del principio general de la imposibilidad de suspender la aplicación de una multa. En este sentido, BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 228. Sobre el tema, véase también ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas*, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006, II, p. 646. Como alternativa a la suspensión, y la manera de reemplazar la pena, la nueva ley prevé la garantía de buena conducta (artículo 90.º D-CP), que funciona prácticamente en los mismos términos, a pesar de que sea una verdadera carga para la persona jurídica, que debe proporcionar un valor monetario, independientemente de la modalidad elegida por el Tribunal (de uno a cinco años).

multa, o de cualquiera de sus prestaciones, dentro del plazo establecido al efecto, se procederá, en los términos del artículo 90.^o- B, núm. 6 del CP, a la ejecución de los bienes de la persona jurídica o entidad correspondiente (sin que se pueda coaccionar a la persona jurídica, por la propia naturaleza de las cosas, a la sustitución de la multa no pagada ni voluntaria, ni coercitivamente, de forma subsidiaria, por la pena de prisión, art. 90.^o- B, núm. 7).

El régimen sancionador de las personas jurídicas, en lo que concierne, especialmente a la multa en cuanto pena principal, se aleja del sistema mecánico típico de las personas físicas, debido principalmente a la controvertida cuestión del núm. 9 del art. 11.^o del CP. Para aumentar la probabilidad de éxito en el cobro de la multa, se establece que “ sin perjuicio del derecho de regreso, las personas que ocupen una posición de liderazgo son subsidiariamente responsables para el pago de multas e indemnizaciones a las que se condene a una persona jurídica o entidad, en relación a los delitos a) cometidos en el período del ejercicio de su cargo, sin su oposición expresa; b) cometidos anteriormente, cuando la insuficiencia del patrimonio de la persona jurídica o entidad relacionada para el respectivo pago se pueda imputar a título de culpa a la persona física; c) cometidos anteriormente, cuando una decisión definitiva de aplicación se haya notificado durante el ejercicio de su cargo o es imputable a la falta de pago”.

Este régimen de comunicabilidad de responsabilidad por el pago de la pena de multa, que constituía una regla en el Derecho Penal secundaria y adquiere ahora trascendencia en el ámbito del Derecho Penal, a pesar de resultar contraria a la *naturaleza personalísima*⁴⁴ de la pena de multa y al principio de intransmisibilidad de las penas, ha llevado a algunos autores a establecer una distinción entre la responsabilidad por la comisión del delito y la responsabilidad del pago de la multa⁴⁵.

Se intuye fácilmente, que la preocupación que motiva estas disposiciones legales es la percepción, en efectivo, de los importes de la multa, y no la de conferir ningún tipo de efectividad, puesto que los efectos de su incumplimiento, y consecuente cumplimiento coercitivo, no llegan a sufrirse por la persona jurídica, sino, más bien, por un tercero, produciéndose la degradación de su naturaleza sancionatoria hacia otra naturaleza crediticia. Desde esta perspectiva, da la sensación de que cuando las penas de multa se aplican a personas jurídicas, éstas dejan de ser consideradas como sanciones en sí mismas, pasando, en realidad, a convertirse en auténticos derechos de crédito⁴⁶.

44. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 227.

45. Crítico, observando problemas constitucionales, BRANDÃO, Nuno, (nota 4), p. 51. Aparentemente en dirección divergente, BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 228.

46. En cuanto a las sanciones previstas en el derecho administrativo, el TC portugués ha tomado posiciones divergentes sobre el tema: sobre la constitucionalidad de las letras a) y b) del núm. 1 del artículo 8.^o de RGIT, que también prevé la responsabilidad subsidiaria, caso n. ^{os} 129/2009 y 35/2011; sobre la inconstitucional, la sentencia n. ^o 481/2010, 24/2011 y 26/2011. La disputa jurisprudencial fue resuelta en el sentido de la constitucionalidad, a través de los acuerdos uniformizadores de las sentencias TC núms 437/2011 y 561/2011. Una jurisprudencia que se extendió posteriormente a multa penal: Ac. N Tc. 249/2012. Recientemente, en su Ac. n 1/2013 del Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de la norma n. ^o 7 del art. 8. RGIT del.

2.5.2 Las penas principales: la disolución

La pena de disolución se describe, comúnmente, como la pena capital aplicable a las personas jurídicas⁴⁷, aunque es radicalmente diferente y ni siquiera comparable a la pena de muerte para un individuo. Dada su especial gravedad, y dado que la disolución conduce a la propia extinción de la persona jurídica, depende de la verificación de estrictos factores, pudiendo ser aplicada respecto a la totalidad de delitos que figuran en el listado del art. 11. 2.º del Código Penal (arts. 90.º-A, núm. 1 y 90.º-F). En cualquier caso, es una pena reservada para situaciones extremas en las que se instrumentaliza la entidad, *ab initio*, o en un momento posterior a la comisión de este tipo de delitos por parte de las personas que ejercen el liderazgo en el mismo. En efecto, según el art. 90.º-F, “la pena de disolución se decreta por el tribunal, cuando la persona jurídica o entidad relacionada se ha creado para el propósito único o con el objetivo principal de cometer los delitos especificados en el núm. 2 del artículo 11.º o cuando la práctica repetida de tales delitos demuestra que la persona jurídica o entidad relacionada se está utilizando, exclusivamente, o de manera predominante, para este fin, por quien tiene una posición de liderazgo”. El texto legal contempla, preferentemente, la pena de disolución, en detrimento de la pena de multa, en las situaciones en las que la entidad se transforma en instrumento de los delitos en manos de aquellos que tienen una posición de liderazgo en ella, siendo inadmisibles, en el régimen general del Código Penal, la aplicación acumulativa de una multa y pena de disolución⁴⁸. En este sentido, el juez se verá obligado a optar entre una u otra sanción, teniendo en cuenta los presupuestos definidos para la pena de disolución y el criterio de la elección del castigo que lleva implícito⁴⁹.

2.5.3 Penas accesorias

A nuestro modo de ver, las penas accesorias realmente responden a las necesidades político-criminales que plantea la actividad delictiva de las personas jurídicas, en mayor medida que las penas principales o las de sustitución. Después de todo, no es del todo extraño, apreciar la escasa influencia de los efectos preventivos resultantes de la aplicación de una pena de multa, incluso en los supuestos en los que la cuota queda fijada en el límite máximo legalmente previsto o muy próximo a él (10.000,00 €/día), especialmente, en las estructuras empresariales económicamente fuertes. Las penas accesorias, desempeñan, por su naturaleza, “una función preventiva complementaria a la que se confiere a la pena principal”⁵⁰.

47. V.g. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico”, (1985), in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, I*, Coimbra Editora, 1998, p. 382.

48. En la ley que regula los delitos contra la economía y la salud pública (DL n.º 28/1984, de 20 a 01) se limita la aplicación de la pena de disolución a delitos especialmente graves tipificados en (art. 36., 37.º y 38.º), y permite la acumulación de ésta con una multa (que también se da en RGIT).

49. El régimen sancionador general contra las personas jurídicas omite referencia alguna al procedimiento de disolución de las mismas, imponiendo un mayor compromiso al intérprete y ejecutor de la ley. Es una tarea que se prevé compleja, dada la gravedad de sus efectos, directos e indirectos, sobre todo en la esfera jurídica de terceros. Para más información, BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 276.

50. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 238.

La Reforma Penal 2007 dotó al sistema sancionador general de una serie de sanciones accesorias, algunas de las cuales ya habían sido anteriormente previstas en la legislación para específicas áreas de criminalidad. Parece, siguiendo con la dinámica de las personas físicas, que las penas accesorias refuerzan el efecto punitivo impuesto por la pena principal, tomando en cuenta la particularidad del caso, favoreciendo “una adecuación futura del comportamiento de la persona jurídica”⁵¹ y disuadiendo de la reiteración de la conducta delictiva. Sin perjuicio de la falta de disposición legal expresa, se cree que las sanciones accesorias sólo se combinarán con la pena principal de multa y con penas de sustitución, y no con la pena de disolución⁵².

Dejando a un lado las reservas que surgen de forma natural en cuanto a su amplitud y concreta configuración, el sistema sancionador del Código Penal portugués es lo suficientemente amplio como para cumplir con los requisitos de la política criminal, en la generalidad de los casos. Con esta finalidad, y recordando el principio de la cooperación y la división del trabajo entre el legislador y el juez FIGUEIREDO DIAS⁵³ dispone que es esencial la apertura de espíritu de la jurisprudencia para recurrir a la totalidad del catálogo de penas que tiene a su disposición, propiciando su efectiva aplicación.

3. MODELO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL ESPECIAL

Incluso después de la entrada en vigor de la Ley núm. 59 /2007, de 09/04, y la afirmación en el Derecho Penal común, de la existencia del doble paradigma de la responsabilidad penal, tanto de las personas físicas, como de las jurídicas, siguen existiendo algunas zonas con plena (o relativa autonomía) para el establecimiento de los criterios de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas y la definición de las respectivas sanciones. Este es el caso del Derecho Penal de la economía y la salud pública (Decreto Nº 28 /1984, 20 / 01), Área de la Propiedad Industrial (Decreto 36/2003 05/ 03.) y el derecho de los delitos fiscales (Ley 15/ 2001, de 05/06, modificada por el Decreto-Ley n. 229/2002, de 31 /10)⁵⁴.

La criminalidad relativa al tráfico y consumo de estupefacientes (Decreto n.º 15/1993, de 22 / 01, modificada la Ley n.º 30/2000, 29/ 11), a la asistencia médica (Ley n.º 32/2006, 26 / 07), al terrorismo (Ley n.º 52/2003 de 22 / 08), a

51. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 239.

52. Siguiendo a BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 246, creemos que, a pesar de la aparente apertura de la norma del art. 90.º-M, núm. 1 del CP, no se acumulará la pena accesoria de publicidad de la sentencia condenatoria junto a la pena principal de disolución, puesto que esto implica la disolución de la propia persona jurídica. En sentido aparentemente divergente ALBUQUERQUE, Paulo Pinto *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da república e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2008, p. 273. Véanse también las críticas hechas por el autor acerca de las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de actividades (artículo 90.º-J) y de cierre de establecimiento (artículo 90.º-L), *op. cit.*, p. 242 y ss.

53. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral, II: As Consequências Jurídicas do Crime*, § 245.

54. La persona jurídica será responsable de los delitos previstos en la normativa cuando son cometidos por sus órganos o representantes en su nombre e interés. Así ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, (nota 52), p. 78. Para más información, BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 247 y ss.

las armas y municiones (Ley núm. 5/2006, 23 / 02) y relaciones laborales (Ley núm. 7/2009, 29 / 02), al tiempo que se conserva su independencia formal, se regula, ahora, por la disciplina general del Código Penal, como consecuencia de la convergencia de los criterios de imputación y de su respectivo régimen sancionador operado por los arts. 4.º a 7.º de la Ley n.º 59 /2007, de 09/04. Asimismo, la Ley n.º 50/2007 de 31 / 08, que regula la conducta contra la verdad, la lealtad y corrección en el deporte, la Ley n.º 20/2008, de 21 / 04, que regula la corrupción en el sector de comercio internacional y privado, la Ley n.º 23/2007, 24 / 07, que regula la entrada, permanencia, salida y la exclusión de extranjeros del país, Ley n.º 109 /2009, de 15 / 09, que establece las disposiciones penales materiales y de procedimiento relativas a los ciberdelitos, aprovechando la disciplina del Código penal, determinaban que las personas jurídicas debían ser sancionadas por los respectivos delitos, bajo las reglas generales de la responsabilidad penal de las personas colectivas. Se trataba, en todos los casos, de criterios que si bien pretendían “estandarizar y proporcionar un sistema intrínsecamente coherente de responsabilidad penal de personas jurídicas”⁵⁵, suscitaron, en el ámbito de la legislación penal especial regímenes sancionadores distintos y autónomos⁵⁶ al régimen general consagrado en el Código Penal.

4. EL RÉGIMEN PROCESAL APLICABLE A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Contrariamente a todas las expectativas, la Reforma Penal de 2007 no introdujo ninguna novedad en el derecho procesal aplicable a las personas jurídicas, por lo que el proceso penal de matriz originalmente *antropocéntrico*⁵⁷, se aleja, sobremanera de la nueva realidad criminológica asociada a las personas jurídicas⁵⁸. Después de todo, parece que el legislador no se dio cuenta de que la evolución del paradigma de la responsabilidad penal (en un doble sistema de responsabilidad penal, tanto de las personas físicas como de las jurídicas) reclamaba, junto a las novedades legislativas de naturaleza sustantiva, una reestructuración de la legislación procesal penal, que permitiera una respuesta rápida, capaz y apropiada a los problemas específicos que se fueran surgiendo en este ámbito.

55. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 276.

56. Como aclara BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 281, no se trata de “sistemas alternativos penales, sino de sistemas penales especiales”, con una dinámica propia, adecuada a la concreta criminalidad que definen y regulan (o originalmente regulaban), mediante la consagración de las sanciones presentan una relativa autonomía e individualidad. Para mayor información sobre las reacciones penales en la legislación extravagante, *op. cit.*, p. 280 y ss.

57. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 292.

58. Ver BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 293, “ninguna norma de derecho procesal penal vigente tiene como destinatarios exclusivos a las personas jurídicas o entidades relacionadas”. Para mayor profundización sobre este tema, para una clara comprensión de las implicaciones procesales específicos en la consagración de la responsabilidad penal de las entidades colectivas, *op.*, 307 y ss. Crítico, ANDRADE, Manuel da Costa, “«Bruscamente no verão passado». A reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3950, ano 137, p. 273 e ss.

Habida cuenta de la inactividad en este ámbito, corresponde a los Tribunales la difícil tarea de definir y seleccionar el concreto sistema a aplicar en el caso de imputación de personas jurídicas, ajustando los principios y las normas procesales que, por naturaleza, son exclusivamente aplicables a la persona física. Una tarea que inequívocamente crea una gran incertidumbre en el sistema jurídico penal y se espera que sea suprimida brevemente por los reglamentos que regulan de manera específica los procesos penales aplicados a las personas jurídicas.

5. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Por último, hay que definir el momento en el que se debe dar por extinguida la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁵⁹. Tarea que resulta compleja y nada inmediata, dada la omisión legislativa, la falta de unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia que ya se ha declarado incapaz de aplicar directamente las normas que, en el Código Penal, están previstas para las personas físicas. En virtud del art. 127.º -1 del CP, la responsabilidad penal se extingue, entre otras causas, por la muerte del sujeto, aspecto éste que se produce, en relación a las personas jurídicas, con su disolución, momento en que se verifica el cese de funcionamiento de las actividades típicas de la existencia colectiva⁶⁰. Cabe precisar que, en el caso particular de las sociedades mercantiles, la personalidad jurídica se conserva pendiente de la disolución⁶¹, manteniendo las acciones en que sean parte (art. 162.º CSC) y “siéndoles aplicables, como adaptaciones necesarias, las disposiciones que rigen las sociedades no disueltas” (art. 146.º-2 CSC). Asumen especial importancia, en esta materia, las soluciones legales especialmente definidas para las operaciones jurídico comerciales de que son objeto las personas jurídicas (en especial las sociedades comerciales) a lo largo de su *vida*, y que implican, en la mayoría de los casos, transformaciones estructurales susceptibles de influir, en abstracto, em su responsabilidad penal. En palabras de JORGE BRAVO DOS REIS, “ el problema está relacionado esencialmente con el significado y el alcance del estado sucesivo de las sociedades que sufren un proceso de transformación, fusión o escisión, y la eventual analogía de su extinción a una *muerte ficticia* de las sociedades como causa de extinción de la responsabilidad penal”⁶².

Creemos, junto a este autor, que las referidas operaciones societarias son auténticas “manifestaciones de prolongación de la vida de las personas jurídicas, *máxime*,

59. Materia que es de particular importancia en el contexto de las sociedades comerciales, por su dinámica y reiteración de actos ilícitos en el *giro* económico que integran, por lo que básicamente nos limitaremos esencialmente a ellas.

60. Los artículos 1007.º, 1008. del Código Civil (en adelante CC), 141.º y 142. Del Código de las entidades comerciales (en adelante CSC) definen las causas de disolución de las sociedades.

61. En cuanto a CORDEIRO, Menezes, el Código de Empresas portugués comentado de 2009, p. 477, sobre la disolución de la empresa: “El acuerdo se rige por los siguientes principios: (a) mantenimiento de la personalidad jurídica, (b) la publicidad, (c) la autonomía privada, (d) la rendición de cuentas y responsabilidad, (e) la rendición de cuentas y responsabilidad, (e) la satisfacción de los acreedores, (f) acciones a los accionistas.

62. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 259 e ss.

de las sociedades”⁶³, por lo tanto, sin virtualidad para excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas implicadas, quedando afirmada en virtud de los principios generales. Esta es también la razón que nos lleva a la conclusión de que la extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se produce de forma automática e inmediata con su *muerte* (disolución en el caso de las sociedades mercantiles), sino sólo con el registro de la disolución, lo que implica la extinción de su personalidad jurídica⁶⁴.

Como la declaración de insolvencia –en la actualidad la principal causa de *muerte* de las personas jurídicas– no implica la extinción inmediata de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puede suceder que, incluso, sin actividad, su patrimonio, en liquidación, pueda responder por las sanciones penales aplicables. También las operaciones de transformación, fusión y escisión, pudiendo implicar la extinción de la sociedad o de las sociedades primitivas, no impongan la de la responsabilidad, estando, de hecho, salvaguardada para su subsistencia, de forma expresa, en el núm. 8 del art. 11.º del CP⁶⁵.

La transformación, tal como se concibe en el actual art. 130.º -1 de CSC, consiste en una modificación de tipo societario que no implica, por regla general⁶⁶, la disolución de la sociedad en sí –que continúa existiendo–, pero ahora bajo una nueva apariencia.

La fusión de sociedades, prevista y regulada en el art. 97.º -1 del CSC, implica la reunión de dos o más empresas en una sola, ya sea mediante la cesión global de las acciones de una o más empresas a otro (de fusión por incorporación, art. 97.º-4, a), del CSC), ya sea por la formación de una nueva empresa (fusión por creación de una nueva empresa, art. 97.º -4, b) del CSC). Así entendida, la extinción de sociedades incorporadas fusionadas inscritas en el Registro Mercantil, mantienen su responsabilidad penal, respondiendo por la comisión de delitos la persona jurídica surgida a partir de la fusión (art. 11.º -8 del CP y art 112.º al. a) CSC⁶⁷).

63. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 361.

64. Así, BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 377 e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, (nota 52), p. 84 e s.

65. Ver Acc. TC n.º 160/2004, en cuestión paralela de las sanciones previstas en el derecho administrativo.

66. “ Existen entonces, en el CSC dos especies o formas de procesamiento, conforme a su estructura jurídica: una modalidad –que la redacción del núm. 3 muestra haber sido considerada normal– la transformación no causa la disolución (extinción) de la sociedad y, por lo tanto, la empresa es la misma antes y después de la transformación; otra modalidad –excepcional, ya que no resulta directamente de la ley, al igual que la primera, dependiendo de la resolución de los socios– la sociedad sujeta a transformación se disuelve, naciendo una nueva sociedad y operando entre ambos un fenómeno de sucesión universal”, cit. VENTURA, Raúl, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades*, 1990, p. 417. Fenómeno que creemos también implica la asunción de la responsabilidad penal que pueda haber sido declarados o constituidos en el tiempo antes de su procesamiento (art. 130 -5 ° CSC), sin embargo, uno debe hablar de una transmisión de la responsabilidad penal y / o de las penas - BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 360.

67. Aunque siempre bajo el ámbito del derecho administrativo sancionador, el TC ya se pronunció por la constitucionalidad de la norma del art. 112.º al. a) del CSC, interpretada en el sentido de que la responsabilidad de contra-ordenación de la sociedad incorporada, extinguida a la fuerza y después fusionada en virtud de la inscripción de la fusión en el Registro Mercantil, se transmite a la sociedad absorbente: sentencias TC N.º 153/2004, párrafo 160/2004 y n.º 161/2004, www.tribunalconstitucional.pt. véase también La fijación de la Jurisprudencia de la STJ. N.º 5/2004.

Aunque implica un proceso mucho más complejo, y puede incluso dar lugar a una multiplicación del sustrato de la persona jurídica escindida, la división también observa la regulación del artículo 11.º-8.º CP, en relación con el mantenimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En los casos de art. 118.º -1, a) (escisión) y / o al. c) CSC (la 1.ª hipótesis de este trabajo, cuando no hay lugar para la disolución), en el que la escisión se produce por vía de la pérdida de una parte del patrimonio de la sociedad escindida, con la finalidad de configurar una nueva sociedad, o fundirse con otras, el mayor problema que se plantea es el relacionado con la “supervivencia” de la de la sociedad primitiva, aunque de manera diferente.

En los restantes casos del art. 118.º de la CSC, donde el fenómeno de la escisión consiste en la disolución de la sociedad primitiva, la solución legal podría plantear mayores dudas o cuestiones, ya que implica una transferencia de la responsabilidad penal a las empresas resultantes de la división, aprovechando los bienes de la sociedad disuelta. Esto acontece, puesto que cualquier otra alternativa que admitiera la extinción automática de la responsabilidad penal o de la pena impuesta a las sociedades escindidas acabaría por traducirse en una impunidad intolerable de la persona jurídica infractora, incentivando el recurso ilegal a la escisión; simplemente como expediente para excluir la responsabilidad penal y sus consecuencias en la comisión de actos ilícitos. Creemos, en todo caso, que en ninguna de las operaciones se asiste a una verdadera derogación del principio implícito en el art. 30.º-3 del CRP, puesto que nos encontramos ante verdaderos fenómenos de sucesión o continuidad empresarial, voluntariamente decididos, por los órganos de gobierno, la mayor parte de las veces como estrategia para una “mejor y más sostenida continuidad económica”⁶⁸.

68. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 366. Acerca del art. 30.º-3 da CRP, *vide* CANOTILHO, J. J. GOMES y MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª Ed., Coimbra Editora, p. 197 e s. Cf. ainda, Ac. Tc. n.º 160/2004.