

El “Cumplimiento” en Derecho comparado: España y Portugal



Por Julio Regueiro Delgado

Abogado y Asesor en Derecho

Especialista en Derecho Penal Económico

julio Regueiro@icacor.es

Al igual que en el caso español, la OCDE señaló en los albores del siglo XXI que la escalada de corrupción en Portugal aconsejaba tomar urgentes medidas para promover programas de cumplimiento corporativo y modificar la legislación penal.





Esa nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas portuguesas se basó en criterios de imputación objetiva de la responsabilidad, antagónicos por antonomasia a los tradicionales postulados del dominio del hecho y creación del riesgo frente a la comisión del delito en nombre o en beneficio de otro, o por incumplir el deber de supervisión, vigilancia y control, que nos llevan directamente a la responsabilidad por hechos propios como una responsabilidad de transferencia o vicarial, dado que las personas jurídicas (colectivas en Portugal) no son autores materiales del delito sino que se las responsabiliza del delito de otro (apoderado, empleado, administrador o cualquier persona con facultades de gestión y control).

Tanto en el panorama jurídico español como en el portugués, el debate radica en determinar si al aplicar el derecho material la persona jurídica responde por un hecho propio o, si por el contrario, es exigible la responsabilidad vicarial o de transferencia, en el que la persona colectiva es responsable por hechos ajenos. El debate está servido, tanto el artículo 31 bis del Código Penal español como el art. 11 Código Penal portugués parecen reflejar un modelo vicarial en el que la persona jurídica responde de los delitos de sus



empleados o directivos, estableciendo la conexión del riesgo con la teoría de la imputación objetiva basándose en la vía de imputación por fallos de vigilancia. Sin embargo, este modelo colisionaría con el principio de imputación subjetiva no pudiendo transferirse el dolo ni la culpa del verdadero autor material del delito. Otra cuestión será determinar el dominio del hecho delictivo, conforme a la artículo 26 Código Penal portugués habrá que valorar si la persona física ha tomado parte en la decisión o la ha ejecutado por sí mismo fundamentando la autoría de quien domina la organización. Es obvio que las empresas son una gran fuente de peligros y por tanto el administrador tiene el deber de garante para interceptar o evitar la fuente del peligro. Desde el punto de vista penal no exime alegar que nada sabía cuando tenía obligación de saber, es preciso que el crimen se sitúe en su esfera de responsabilidad. Por esa razón, en el modelo de compliance portugués hay que observar tres factores determinantes para delimitar dicha esfera, el primero que exista un programa de Compliance que delimite el espacio de competencia del administrador evitando la posibilidad fáctica de intervenir para evitar el hecho delictivo por omisión. En este supuesto, existe el caso típico de imputación por administración de hecho sin embargo este administrador no tiene el pleno dominio de intervención en el acto frente al administrador de derecho que es responsable por no haber evitado el hecho delictivo, dado que tiene el pleno dominio para intervenir.

El segundo factor consiste en valorar si el administrador puede compartimentar la responsabilidad hacia un departamento de compliance. Sin olvidar que el programa de cumplimiento no es una fórmula de exención plena de la responsabilidad, el responsable siempre tiene la obligación de vigilar. De este modo, cuando el departamento de cumplimiento sea ineficaz, mayor será la responsabilidad del administrador, por ejemplo en la Decisión 0408017/2009 el Supremo Tribunal de Justicia portugués entendió que existe autoría por complicidad por omisión cuando el que transfiere la responsabilidad tiene la posición de garante, en este interesante caso el jefe de cumplimiento no pudo revertir su responsabilidad contra el

administrador dado que había sido nombrado para ese fin, por el órgano de administración. Otra cuestión a debatir consistirá en delimitar la esfera de responsabilidad del CCO (Jefe de Cumplimiento), es evidente que el programa de refuerzo de valores éticos de la empresa, la misión del responsable de cumplimiento se reduce al deber de refuerzo pero ocurre todo lo contrario en la prevención de incumplimiento legal criminal, el CCO debe realizar la fiscalización preventiva en caso contrario incurre en responsabilidad penal, aunque en el caso de la detección de un delito cometido en el seno de la empresa, si no lo denuncia incurrirá en responsabilidad administrativa. Los programas de cumplimiento sirven para el proceso disciplinario de forma interna, como una nueva fórmula de "Inquisición laboral" para aplicar la exoneración o agravamiento de la conducta del trabajo. En el caso de responsabilidad penal de empleados, el programa de compliance puede atenuar la responsabilidad de la persona jurídica sin embargo el criterio de algunos juristas como Matus Acuña, el administrador no puede invocar el programa de cumplimiento para descargar la responsabilidad de la persona jurídica.

En el art. 11.6º Código Penal portugués y la llamada eximente de Cumplimiento del artículo 31 bis 1 CP español contemplan una causa de exención (y subsidiariamente, de atenuación) de la responsabilidad para las personas jurídicas consistente en la acreditación de la eficacia del modelo de organización y gestión adoptado.

La Circular 1/2016 de la Fiscalía se decanta claramente hacia un modelo español vicarial de transferencia, por lo que tocará a las defensas la prueba de la eficacia del sistema, debiendo demostrarse no sólo la existencia de un modelo de prevención de delitos suficiente para atajar conductas tipificadas en el Código Penal, sino un entorno de cumplimiento que refuerce la cultura corporativa. Los postulados de la Fiscalía sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas configuran una verdadera estrategia procesal que pretende la disociación entre los intereses de la persona física (empleado o directivo) y de la persona jurídica, como elemento desincentivador de la criminalidad, sometiéndoles al mismo

proceso penal vinculando así la responsabilidad penal de la persona jurídica y sus integrantes, para favorecer la aclaración o afloramiento del delito.

El Código Penal portugués por la Ley n.º 59/2007 se refiere a la responsabilidad penal de las empresas, reformando el antiguo artículo 11º del Código Penal. Como regla general, las personas colectivas no serían consideradas como demandadas a los efectos de la responsabilidad penal. Sin embargo, en el contexto de determinados tipos de delitos como los delitos de blanqueo, la salud pública o el medio ambiente, el hecho de no responsabilizar a las personas jurídicas por la responsabilidad penal puede conducir a la impunidad en virtud de la ley. Actualmente, las personas jurídicas se han convertido en el instrumento habitual para realizar actividades financieras y comerciales. Por tal motivo, tanto el legislador portugués como el español han considerado que la atipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, constituiría un privilegio injustificado e injusto frente a las personas físicas. En los últimos años, el Consejo de la UE ha aprobado varias decisiones marco relativas a la cooperación judicial en materia penal, por ejemplo, la Decisión marco 2000/383 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el aumento de la seguridad pública, la Decisión marco 2001/413 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa a la lucha contra el fraude y la Decisión marco 2003/80 del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente.

El actual Código Penal portugués establece penas alternativas para castigar a las personas jurídicas en caso de condena penal, que comprende: administración judicial de la actividad de la sociedad por un período comprendido entre 1 Y 5 años, la imposición de multas y la orden judicial de liquidación. Al igual que en España, la condena a liquidación sólo se ordenará si la persona jurídica fuere constituida con la intención de cometer un hecho delictivo o si se utiliza reiteradamente para cometer esos delitos. Por otra parte, la Ley portuguesa establece también varias sanciones accesorias para castigar a las personas jurídicas, como la exclusión del derecho a subvenciones públicas o la descalificación temporal o permanente de la práctica de actividades comerciales, entre otras. Sin embargo, la pena accesoria a una persona jurídica siempre depende de la evaluación de ciertos requisitos.

Por ejemplo, la inhabilitación permanente de la actividad sólo puede ordenarse si existe un vínculo directo entre el delito y la actividad comercial realizada. De acuerdo con la legislación portuguesa, las personas jurídicas sólo pueden ser consideradas responsables de un delito si hubieran sido cometidos en beneficio de la persona jurídica, por una persona con suficiente autoridad para tomar decisiones en nombre de la sociedad o por falta de control y supervisión de los empleados, dentro de la persona colectiva.