

..ReCrim2025..

PALABRAS AL VIENTO: INCONGRUENCIAS DEL RÉGIMEN DE DENUNCIAS, EN PARTICULAR EN CUANTO A LAS PERSONAS JURÍDICAS (PERSPECTIVA PENAL DESDE PORTUGAL)*

Inês Fernandes Godinho

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidade Lusófona (Portugal)

denuncias - estrategia anticorrupción - cumplimiento normativo - personas jurídicas
denunciations - anti-corruption strategy - regulatory compliance - legal entities

El régimen de denuncia en Portugal, comprendido en el contexto de su aparición en el ámbito de la lucha contra la corrupción, presenta algunas particularidades, especialmente en lo que respecta a las personas jurídicas. Por lo tanto, siendo fundamental establecer el marco jurídico de la cuestión, se plantean algunas incongruencias derivadas de la aplicación del régimen.

The whistleblowing regime in Portugal, understood in the context of its emergence in the fight against corruption, has some peculiarities, especially with regard to legal persons. Therefore, while it is essential to establish the legal framework for the issue, some inconsistencies arising from the application of the regime need to be addressed.

Recibido: 28/06/25

Publicado: 07/07/25

© 2025 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad en línea en <http://www.uv.es/recrim>

SUMARIO: I. Introducción. II. El contexto en Portugal. III. El Decreto-Ley 109-E/2021. IV. Los canales de denuncia. V. Palabras al viento: incongruencias. VI. Referencias.

I. Introducción

La ley estadounidense Sarbanes-Oxley de 2002¹ marcó un hito en la expansión de las denuncias – o *whistleblowing* – como concepto que hace referencia a quienes señalan una actividad irregular o ilícita. Este concepto debe delimitarse en relación con otras figuras, como la delación compensada – que puede presentar soluciones locales distintas, como acuerdos de culpabilidad u otros –, en la que la persona que señala es también, al menos, un participante en el hecho delictivo y tiene responsabilidad penal.

De hecho, aquí – en las denuncias – son situaciones diferentes. Como se dice en la Directiva (UE) 2019/1937, “Las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés

* El presente artículo es una versión desarrollada de la conferencia presentada en las IV Jornadas “Los canales de denuncias em el sector público y privado: Whistleblowing y protección del informante. Aspectos penales y procesales” en la Universitat de València el 7 abril de 2025.

¹ Para un resumen del contenido de esa Ley y de su actual necesidad: <https://www.sarbanes-oxley-act.com>; Para el párrafo más relevante: https://www.whistleblowers.gov/statutes/sox_amended; aún que, em los Estados Unidos, hubiera ya la *Whistleblower Protection Act* desde 1989. Cfr. Brandão 2020.

público que surgen en ese contexto. Al informar sobre infracciones (...) que son perjudiciales para el interés público, dichas personas actúan como denunciante. (...) Sin embargo, los denunciantes potenciales suelen renunciar a informar sobre sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias. En este contexto, es cada vez mayor el reconocimiento (...) de la importancia de prestar una protección equilibrada y efectiva a los denunciantes” (Considerando 1).

Esa Directiva significó un marco fundamental en cuanto a la distinción entre los participantes o colaboradores en el ilícito y la necesidad de protección de los particulares que sepan de la práctica de algún hecho ilícito. (Freitas, 2021; León Alapont, 2023)

El contexto del que nos ocuparemos será aquel del informante no participante en el ilícito. De hecho, el “denunciante-participante” puede beneficiarse de medidas de justicia premial y tal implicaría una perspectiva diferente de la cual pretendemos aquí². Así, nos centraremos en el concepto de denunciante de la Directiva (Guerreiro, 2020), como “una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales” (art. 5, ap. 7 de la Directiva).

II. El contexto en Portugal

El régimen de denuncia de irregularidades y de protección de los denunciantes debe considerarse en Portugal, en particular en el contexto de las personas jurídicas, de forma integrada con la Estrategia Nacional Anticorrupción 2020-2024 (ENA)³. De hecho, tras la aprobación de la ENA y con vistas a la aplicación de las medidas previstas en ella, el Gobierno presentó varias propuestas: la Propuesta de Ley n.º 90/XIV (revisión del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal y leyes conexas), la Propuesta de Ley n.º 91/XIV (transposición de la Directiva (UE) 2019/1937, relativa a la protección de los denunciantes) y también se aprobó, en Consejo de Ministros, el Proyecto de Decreto-Ley n.º 960/XXII/2021, por el que se crea el Mecanismo Nacional Anticorrupción (MENAC) y se aprueba el Régimen General de Prevención de la Corrupción (RGCP).

La Estrategia Nacional Anticorrupción tenía como ejes la prevención, la detección y la represión de la corrupción, en una visión basada en siete prioridades (Leitão, 2021; Antunes, 2022): (i) Mejorar el conocimiento, la formación y las prácticas institucionales en materia de transparencia e integridad; (ii) Prevenir y detectar los riesgos de corrupción en la acción pública; (iii) Comprometer al sector privado en la prevención, detección y represión de la corrupción; (iv) Reforzar la articulación entre instituciones públicas y privadas; (v) Garantizar una aplicación más eficaz y uniforme de los mecanismos legales en materia de represión de la corrupción, mejorar los tiempos de respuesta del sistema judicial y asegurar la adecuación y efectividad de las sanciones; (vi) Producir y difundir periódicamente información fiable sobre el fenómeno de la corrupción; (vii) Cooperar a nivel internacional en la lucha contra la corrupción. Partiendo del principio de que la intervención penal debe ser un último recurso y que la capacidad represiva del Estado nunca será suficiente si no existe una intervención previa que aborde las raíces del problema, la ENA se centra esencialmente en la prevención de los fenómenos corruptivos.

² También no nos referiremos a la perspectiva de las implicaciones de las denuncias, en especial, en cuanto a una potencial prevalencia de denuncias (e investigaciones) internas. Cfr. Gómez Martín, 2013.

³ La Estrategia Nacional Anticorrupción fue aprobada el 6 de abril por la Resolución del Consejo de Ministros n.º 37/2021. Accesible en: <https://files.dre.pt/1s/2021/04/06600/0000800049.pdf>.

Con respecto a las personas jurídicas tenía aún dos objetivos principales: por un lado, la introducción de mecanismos de prevención y su potenciación a nivel penal, en el ámbito de las sanciones (programas de cumplimiento) y, por otro, la eliminación de lagunas y la normalización del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas (Godinho, 2021).

El Decreto-Ley n.º 109-E/2021, de 9 de diciembre forma parte del «Paquete Anticorrupción», por el que se establece el Régimen General de Prevención de la Corrupción (RGPC)⁴.

Como dice el Preámbulo del Decreto-Ley n.º 109-E/2021, «Este régimen general de prevención de la corrupción elimina del ámbito *del soft law* la aplicación de instrumentos como los programas de cumplimiento, que deben incluir planes de prevención o gestión de riesgos, códigos éticos y de conducta, programas de formación, canales de denuncia de irregularidades y el nombramiento de un responsable de cumplimiento». Este extracto del Preámbulo indica claramente la finalidad del Decreto-Ley, dejando claro que se trata de una autorregulación heterorregulada (Mendes, 2018; 2023).

La autorregulación surgió primero como un programa de *cumplimiento* voluntario destinado a reducir el riesgo de que las empresas cometieran infracciones. Sin embargo, el Estado observador o garante se ha vuelto más intervencionista, imponiendo la adopción de dichos programas y otros mecanismos de cumplimiento normativo.

Esta imposición por parte del Estado es especialmente evidente con el «paquete legal» resultante de la Estrategia Nacional Anticorrupción que, con la intención de actuar a nivel preventivo⁵, creó mecanismos de intervención directa en el comportamiento de los agentes económicos.

III. El Decreto-Ley 109-E/2021

Este Decreto-Ley⁶ crea el Mecanismo Nacional de Lucha contra la Corrupción (MENAC)⁷, un órgano administrativo independiente cuya misión es «promover la transparencia y la integridad en la acción pública y garantizar la eficacia de las políticas de prevención de la corrupción y de los delitos conexos» (art. 2, ap. 2).

El MENAC, como entidad administrativa independiente (art. 4), estaba constituido por varios órganos, a saber, el Presidente, el Vicepresidente, el Consejo Consultivo, la Comisión de Seguimiento y la Comisión de Sanciones (art. 8). Tanto el presidente como el vicepresidente eran nombrados por resolución del Consejo de Ministros, aunque el primero a propuesta conjunta del presidente del Tribunal de Cuentas y del fiscal general de la República (art. 9, ap. 1) y el segundo a propuesta del presidente del MENAC (art. 11, ap. 1). El Consejo Consultivo, integrado por un elevado número de

⁴ Tuvo origen en el Proyecto de Decreto-Ley n.º 960/XXII/2021.

⁵ Un poco de forma semejante a la Ley Sarbanes-Oxley de 2002 [nota 2].

⁶ Accesible en: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3543&tabela=leis.

⁷ <https://mec-anticorruptcao.pt>.

miembros (13, según el art. 13) de diversos ámbitos, estaba compuesto en su mayoría por inspectores generales y se reunía ordinariamente dos veces al año (art. 12, ap. 2). Por su parte, la Comisión de Seguimiento, presidida por el Vicepresidente, estaba compuesta por seis inspectores (art. 15, ap. 1) y era el órgano responsable del desarrollo de las misiones del MENAC (art. 14). Por último, la Comisión de Sanciones, integrada por el vicepresidente, que la presidía, y cuatro inspectores (art. 17, ap. 1), era el órgano responsable del ejercicio de las atribuciones del MENAC en materia sancionadora (art. 16).

Sin embargo, la Agenda Anticorrupción aprobada por el Gobierno en junio de 2024⁸ estableció como prioridad la identificación de los aspectos del sistema vigente que necesitan mejorar y que, en lo que respecta al ámbito institucional, justifican una reevaluación con el fin de dotar a las instituciones de solidez y eficacia. Así, pues, el Decreto-Ley 70/2025, de 29 de abril⁹, con el fin de promover la plena actividad de MENAC, ha introducido modificaciones que agilizan su funcionamiento y hacen operativa su actuación, dotándola de eficacia, en particular mediante una redefinición de su estructura interna y de su modelo de gobernanza.

Las modificaciones de la estructura orgánica del MENAC aprobadas por el presente decreto-ley tienen por objeto, en esencia, garantizar una mayor operatividad del organismo, consagrando la colegialidad en su funcionamiento y dotándolo de una estructura más ágil, más estable, más duradera y también más autónoma. Así, la dirección del MENAC pasa a estar a cargo de un órgano colegiado, el Consejo de Administración, que concentra en sí las competencias derivadas de las atribuciones del MENAC, que antes ejercía el presidente del MENAC, pero también las relativas a su gestión interna, administrativa y de recursos humanos, financieros y patrimoniales. Por otra parte, se amplía la intervención del Consejo Consultivo, cuya composición pasa a incluir todos los órganos de control sectorial y regional, un representante del presidente del Tribunal de Cuentas y otro de las organizaciones no gubernamentales del ámbito de la investigación, el estudio y la lucha contra la corrupción y la delincuencia conexas, con el fin de abarcar la competencia para pronunciarse sobre otros actos y documentos de especial relevancia.

En consonancia con la caracterización del MENAC como entidad administrativa independiente se prevé expresamente la existencia de un Fiscal Único. En lo que respecta a la estructura del MENAC, se suprimen las Comisiones de Seguimiento y de Sanciones, sustituidas, respectivamente, por la Unidad de Planificación, Prevención e Información y la Unidad de Fiscalización y Contravenciones, dirigidas por los miembros del Consejo de Administración. No obstante, las Unidades dejan de estar obligatoriamente constituidas

⁸ Accesible en: https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNDEyNwcAGD1%2fKgUAAA_A%3d.

⁹ Accesible en: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3927&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=.

por personal de las carreras de inspección y pasan a estar constituidas por trabajadores que ocupan puestos previstos en la plantilla del MENAC.

Siguiendo con lo previsto en la Agenda Anticorrupción, y con el fin de promover la plena actividad del MENAC, se establece expresamente la obligación de comunicar al MENAC las decisiones de archivo, acusación, auto de procesamiento o de no procesamiento y las sentencias absolutorias o condenatorias relativas a delitos de corrupción o infracciones conexas, tal y como se había previsto anteriormente en relación con el Consejo de Prevención de la Corrupción¹⁰.

De hecho, el MENAC tiene una amplia gama de atribuciones (art. 2, ap. 3), que pueden clasificarse entre atribuciones literales para la prevención de la corrupción (letras a); h); i); l)); de apoyo y consulta para la prevención de la corrupción (letras c); d); h); m); n)) y de control y supervisión de la prevención de la corrupción (letras b); e); f); o); p)).

Es particularmente interesante la letra g) del apartado 3 del artículo 2, por dos motivos. El primero, más literal, es que, contrariamente a lo que ocurre en otros apartados (por ejemplo, las letras i) o l)), en los que se atribuye una finalidad a la recogida de información allí indicada, en el caso de la letra g) se establece una amplia materia en términos de recogida y organización de información, sin que se indique ninguna finalidad adicional, lo que parece indicar que la finalidad es la recogida y organización de la información *qua tale*. El segundo motivo se refiere precisamente al ámbito de la recogida y organización de información. En efecto, el ámbito indicado en la letra g) no coincide en absoluto con el concepto de corrupción y delitos conexos establecido en el artículo 3 del RGPC, lo que complica aún más la comprensión de dicha atribución, en términos autónomos, especialmente cuando la actividad y las competencias del MENAC se limitan a su misión (artículo 2, apartado 4). Queda por entender, a pesar de su consagración autónoma, que esta amplia recopilación y organización de información es instrumental para el cumplimiento de otras atribuciones indicadas en el ap. 3 del artículo 2.

Además de la creación del MENAC, este Decreto-Ley aprueba el Régimen General de Prevención de la Corrupción (RGPC), que incluye medidas como el Plan de Prevención de Riesgos o PPR.

El RGPC establece esta imposición de programas en relación con las personas jurídicas con domicilio social o sucursales en Portugal y con los servicios y personas jurídicas de la administración directa e indirecta del Estado, de las regiones autónomas, de las entidades locales y del sector público empresarial, siempre que empleen a 50 o más trabajadores, y también es aplicable a las entidades administrativas independientes con funciones de regulación de la actividad económica en los sectores privado, público y cooperativo y al Banco de Portugal, aunque, en relación con este último, con la excepción de su participación en el Sistema Europeo de Bancos Centrales (art. 2º RGPC). El RGPC

¹⁰ Organismo que funcionaba junto al Tribunal de Cuentas, sustituido entretanto por el MENAC: <https://www.cpc.tcontas.pt>.

prevé la imposición de programas supervisada por el nuevo órgano administrativo creado entretanto, es decir, el MENAC (art. 4 RGPC).

El programa de cumplimiento impuesto por el RGPC es bastante amplio (art. 5, ap. 1). De hecho, para prevenir, detectar y sancionar los actos de corrupción y los delitos relacionados¹¹, las entidades cubiertas por el RGPC deben adoptar y aplicar un programa de cumplimiento que incluya:

-Un plan de prevención de riesgos de corrupción y delitos conexos (PPR): el PPR debe incluir: a) Las áreas de actividad de la entidad con riesgo de cometer actos de corrupción e infracciones relacionadas; b) La probabilidad de que se produzca y el impacto previsible de cada situación, de manera que se puedan clasificar los riesgos; c) Las medidas preventivas y correctivas que permitan reducir la probabilidad de que se produzcan y el impacto de los riesgos y situaciones identificados; d) En situaciones de riesgo elevado o máximo, las medidas de prevención más exhaustivas, siendo prioritaria su ejecución; e) La designación del responsable general de la ejecución, control y revisión del PPR, que puede ser el responsable del cumplimiento normativo (art. 6, ap. 2);

-Un código de conducta: debe establecer el conjunto de principios, valores y normas de actuación de todos los directivos y trabajadores en materia de ética profesional, teniendo en cuenta las normas penales relativas a la corrupción y las infracciones conexas y los riesgos de exposición de la entidad a estos delitos, identificando, como mínimo, las sanciones disciplinarias que, de conformidad con la ley, pueden aplicarse en caso de incumplimiento de las normas contenidas en él y las sanciones penales asociadas a los actos de corrupción y delitos conexos (art. 7, ap. 1 y 2);

-Un programa de formación para informar a los empleados y colaboradores de las políticas y procedimientos de prevención (art. 9); y, también,

-Un canal interno de denuncias: En cuanto a este canal interno de denuncia, las entidades afectadas deben dar curso a las denuncias de actos de corrupción y delitos conexos, de conformidad con la Ley n.º 9/2021, de 20 de diciembre, que veremos a continuación (art. 8).

En particular, las entidades públicas cubiertas también deben implantar un sistema de control interno (art. 15 RGPC). El sistema de control interno incluye, en particular, el plan de organización, las políticas, los métodos, los procedimientos y las buenas prácticas de control definidos por los responsables, que contribuyen a garantizar,

¹¹ Según el artículo 3 del RGPC, “A los efectos del presente régimen, se entiende por corrupción y delitos conexos los delitos de corrupción, recepción y oferta indebida de ventajas, malversación, participación económica en negocios, concusión, abuso de poder, prevaricación, tráfico de influencias, blanqueo o fraude en la obtención o desviación de subsidios, subvenciones o créditos, previstos en el Código Penal, aprobado en anexo al Decreto-Ley n.º 48/95, de 15 de marzo, en su redacción actual, en la Ley n.º 34/87, de 16 de julio, en su redacción actual, en el Código de Justicia Militar, aprobado en anexo a la Ley n.º 100/2003, de 15 de noviembre, en la Ley n.º 50/2007, de 31 de agosto, en su redacción actual, en la Ley n.º 20/2008, de 21 de abril, en su redacción actual, y en el Decreto-Ley n.º 28/84, de 20 de enero, en su redacción actual.”

entre otros, la prevención y detección de situaciones de ilegalidad, corrupción, fraude y error.

IV. Los canales de denuncia

El RGPC también incluye, ya lo decimos, como parte del programa de cumplimiento normativo, un canal de denuncia de irregularidades (art. 5, ap. 1, RGPC), aunque vinculado a la corrupción.

Sin embargo, cuando se trata del canal de denuncias, existe un régimen general, previsto en la Ley n.º 93/2021, de 20 de diciembre (establece el régimen general de protección de los *denunciantes de* infracciones, transponiendo la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que denuncian infracciones del Derecho de la Unión), que ha tornado clara la opción del Estado portugués de transponer la Directiva como régimen autónomo¹².

El concepto de delito se establece en el art. 2 de la Ley n.º 93/2021, es decir, a los efectos de esta ley, y de modo sintético, se considera como una infracción:

(a) una acción u omisión contraria a las normas contenidas en los actos de la Unión Europea mencionados en el anexo de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo,

(b) Un *acto u omisión contrario y perjudicial para los intereses financieros de la Unión Europea* a los que se refiere el artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), tal y como se especifica en las medidas aplicables de la Unión Europea;

(c) un acto u omisión contrario a las normas *del mercado interior* mencionadas en el artículo 26, apartado 2, del TFUE, incluidas las normas *sobre competencia y ayudas estatales*, así como las normas *sobre el impuesto de sociedades*;

(d) La criminalidad violenta, especialmente violenta y altamente organizada, así como los delitos previstos en el apartado 1 del artículo 1 de la Ley n.º 5/2002, de 11 de enero, por la que se establecen medidas de lucha contra la delincuencia organizada y económico-financiera.

Como se puede ver, el ámbito objetivo del RGPC y de la Ley n.º 93/2021 no es el mismo. En efecto, en cuanto el primero es más orientado al fenómeno corruptivo (Santos, 2016), la segunda – también por su origen en el derecho europeo – es más orientada para la criminalidad financiera. No obstante, si tenemos en cuenta la amplitud del fenómeno corruptivo (García Sánchez, 2024), no será muy difícil que haya casos en que los ámbitos objetivos se solapen.

El ámbito subjetivo de la obligación de establecer canales de denuncia en virtud de la Ley es idéntica a la del RGPC, es decir, en virtud del artículo 8 de la Ley,

¹² Uno de los modelos de transposición posibles. Cfr. Gerdemann, S., & Colneric, N. (2020).

las personas jurídicas, incluido el Estado y otras personas jurídicas de derecho público, que empleen a 50 o más trabajadores e, independientemente de ello, las entidades que entren en el ámbito de aplicación de los actos de la Unión Europea mencionados en la parte i.B y ii del anexo de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo sucesivo denominadas entidades obligadas, disponen de canales internos de denuncia.

Debe tenerse en cuenta que, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 7 de la Ley, sólo en determinados casos pueden utilizarse canales externos de denuncias (es decir, denuncias ante organizaciones que, en función del asunto de que se trate, sean competentes para tratarlas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley):

- a) No existe un canal interno de denuncias;
- b) El canal interno de denuncias sólo acepta denuncias de los empleados, y el denunciante no lo es;
- c) Tiene motivos razonables para creer que la infracción no puede conocerse o resolverse eficazmente a nivel interno o que existe riesgo de represalias;
- d) Ha presentado inicialmente una denuncia interna sin haber sido informado de las medidas previstas o adoptadas a raíz de la denuncia en los plazos previstos en el artículo 11; o
- e) La infracción constituye un delito penal o una infracción administrativa sancionable con una multa superior a 50.000 (euros).

En cuanto a las sanciones, la ausencia de un canal interno de denuncia es sancionable como infracción administrativa en los términos del artículo 27, apartado 3, letra a) de la Ley.

V. Palabras al viento: incongruencias

Ahora que hemos tenido la oportunidad de pintar un cuadro muy amplio del marco jurídico portugués - que, dada la Directiva, será similar al de otros Estados europeos - es importante concentrarnos en las personas jurídicas.

Contrariamente al artículo 31 bis del CP español, las personas jurídicas en Portugal no están exentas de responsabilidad si han puesto en marcha programas de cumplimiento (Godinho, 2021).

La persona jurídica es castigada por la comisión (indirecta) de la infracción penal y no por la no aplicación de programas de cumplimiento (Godinho, 2021). Es más, tal norma -en un modelo de imputación como el portugués (de base vicarial, aún que mitigado) (Godinho, 2008; Costa, 2017; Sousa, 2021) - acabaría significando el término de la responsabilidad penal de la persona jurídica -la aplicación de tal programa sería suficiente para excluir la responsabilidad respectiva.

Teniendo en cuenta que dicha adopción, desde el RGPC y la Ley n.º 93/2021, es obligatoria para las entidades cubiertas (50 o más trabajadores), implicaría una contradicción en los términos. En otras palabras, tendríamos, por un lado, la norma de conducta negativa (prohibición) *NI* violada, determinando la aplicabilidad de la norma de sanción *SI* y, por otro lado, una norma de conducta positiva (imposición) *N2* determinando la exclusión de la aplicabilidad de la norma de sanción *SI*. Considerando no sólo el principio de la unidad del orden jurídico (Costa, 2017), sino también la teoría de las normas, especialmente desde el punto de vista de la lógica deóntica, esto implicaría una contradicción entre normas.

Y si queremos ir más lejos, en términos axiológicos, teníamos una violación del principio de igualdad, ya que existe una diferenciación del beneficio derivado de la contradicción deóntica en función de si la entidad está cubierta o no por la imposición de adopción de programas de cumplimiento normativo (*compliance*).

En consecuencia, la relevancia sustantiva de los programas de cumplimiento debe evaluarse específicamente a la luz del apartado 6 del artículo 11 del Código Penal.

La relevancia de estos programas es en el contexto de la consecuencia jurídica del delito, o sea, son pertinentes en el contexto del régimen sancionador respectivo y no en el marco de la imputación de responsabilidad.

Así, los programas de cumplimiento son relevantes de modo diferente según el momento en que se adopten:

- si se adoptan y aplican antes de la comisión del delito para la prevención de delitos del mismo tipo, deben ser causa de atenuación especial de la pena (art. 90-A/4)
- si se adoptan y aplican después de la comisión del delito y hasta la vista del juicio, deben tenerse en cuenta al determinar la medida concreta de los días de multa (art. 90-B/4);
- si no se han adoptado y aplicado, actuarán como criterio para la aplicación de una pena accesoria (Art. 90-A/5), como criterio para elegir una pena sustitutiva (Art. 90-A/6) y como elemento para mantener la pena (sustitutiva) de vigilancia judicial (Art. 90-E/5/b) o la pena (accesoria) de requerimiento judicial (Art. 90-G/1/b).

Creemos que la relevancia gradual que se da a estos programas en el contexto de la sanción es adecuada. La cuestión ahora es si todas las personas jurídicas obligadas a tener canales de denuncia reciben el mismo tratamiento penal. En efecto, aunque los regímenes de denuncias pueden ser similares -incluso solaparse- en cuanto a las entidades obligadas, la diferente naturaleza (pública o privada) de las personas jurídicas desempeña sin duda un papel importante.

De hecho, en virtud del artículo 242 del Código de Procedimiento Penal portugués (Correia, 2022), *la denuncia es obligatoria, aunque no se conozca a los autores del delito, para los funcionarios, en relación con los delitos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones y a causa de ellas*, es decir, en el contexto de las personas

jurídicas públicas, no sólo existe la obligación de un canal de denuncia, sino también la obligación de denunciar¹³ para funcionarios¹⁴.

Esto es diferente en el caso de las personas jurídicas de derecho privado, en la medida en que, a pesar de la imposición de un canal de denuncia, los agentes no tienen la obligación de denunciar, ya que, en virtud del artículo 244 del CPP, dicha denuncia es facultativa para particulares, una vez que cualquier persona que tenga conocimiento de un delito puede – pero no tiene que hacerlo- denunciarlo ante el Ministerio Público, otra autoridad judicial o los órganos de policía criminal.

Sin embargo, las incoherencias son aún mayores si tenemos en cuenta las disposiciones del apartado 2 del artículo 11 del Código Penal¹⁵, que excluye de la posibilidad de responsabilidad penal al Estado y a las personas jurídicas que ejercen prerrogativas de poder público¹⁶.

¹³ En el derecho portugués existen, además, otros casos de denuncia obligatoria en áreas específicas. Es el caso del artículo 386 del Código de los Valores Mobiliarios, del artículo 43 de la Ley n.º 83/2017, de 18 de agosto (de lucha contra el blanqueo y la financiación del terrorismo) o del artículo 61 de la Ley n.º 81/2021, de 30 noviembre (Ley Antidopaje en el deporte).

¹⁴ Que, en el derecho penal portugués, a causa del artículo 386 del Código Penal, donde se define el concepto de funcionario a efectos penales, es más amplio que el mismo concepto desde el punto de vista del derecho administrativo: *1 - A efectos de la ley penal, el término «funcionario» incluye: a) los empleados públicos civiles y militares; b) quienes desempeñan un cargo público en virtud de un vínculo especial; c) quienes, aunque sea de forma provisional o temporal, a título oneroso o gratuito, voluntaria u obligatoriamente, hayan sido llamados a desempeñar o participar en el desempeño de una actividad comprendida en la función pública administrativa o jurisdiccional; d) Los jueces del Tribunal Constitucional, los jueces del Tribunal de Cuentas, los magistrados judiciales, los magistrados del Ministerio Público, el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo, los miembros del Consejo Superior de la Magistratura, los miembros del Consejo Superior de los Tribunales Administrativos y Fiscales y los miembros del Consejo Superior del Ministerio Público; e) El árbitro, el jurado, el perito, el técnico que asista al tribunal en la inspección judicial, el traductor, el intérprete y el mediador; f) El notario; g) Quienes, aunque sea de forma provisional o temporal, a título oneroso o gratuito, voluntario u obligatorio, desempeñen o participen en el desempeño de funciones públicas administrativas o ejerzan funciones de autoridad en personas jurídicas de utilidad pública, incluidas las instituciones privadas de solidaridad social; y h) Quienes desempeñen o participen en el desempeño de funciones públicas en asociaciones públicas.* *2 - Se equiparan a los funcionarios los miembros de órganos de gestión o administración o órganos fiscales y los trabajadores de empresas públicas, nacionalizadas, de capital público o con participación mayoritaria de capital público, así como de empresas concesionarias de servicios públicos, siendo que, en el caso de las empresas con participación igual o minoritaria de capital público, se equiparan a los funcionarios los titulares de órganos de gestión o administración designados por el Estado o por otro ente público.* *3 - También se equiparan a los funcionarios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 335 y 372 a 375: a) Los magistrados, funcionarios, agentes y equivalentes de organizaciones de derecho internacional público, independientemente de su nacionalidad y residencia; b) Los funcionarios nacionales de otros Estados; c) Todos aquellos que ejerzan funciones idénticas a las descritas en el apartado 1 en el ámbito de cualquier organización internacional de derecho público de la que Portugal sea miembro; d) Los magistrados y funcionarios de tribunales internacionales, siempre que Portugal haya declarado aceptar la competencia de dichos tribunales; e) Todas las personas que ejerzan funciones en el marco de procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, independientemente de su nacionalidad y residencia; f) Los jurados y árbitros nacionales de otros Estados.* *4 - La equiparación a funcionario, a efectos de la ley penal, de quienes desempeñan funciones políticas se regula en una ley especial.* Sobre el concepto, véase Cunha, 2008.

¹⁵ Que prescribe: *Las personas jurídicas y entidades equiparadas, con excepción del Estado, de las personas jurídicas en el ejercicio de prerrogativas de poder público y de las organizaciones de derecho internacional público, son responsables de los delitos previstos en los artículos (...).*

¹⁶ Así también como los diferentes instrumentos de derecho internacional y europeo. Cf. Albuquerque, 2024.

En otras palabras, se impone un canal de denuncia para la prevención de la corrupción y otros delitos penales - en el ámbito combinado del RGPC y la Ley 93/2021- que además se beneficia de un régimen reforzado en el caso de las personas jurídicas que ejercen prerrogativas de poder público, dado el régimen de denuncia obligatoria para los funcionarios, pero que tropieza con la falta de sujeto. En otras palabras, si la infracción (penal) es cometida por una persona jurídica pública -incluso si se cumplen los criterios del modelo de imputación- no hay ningún agente al que responsabilizar, como consecuencia de la exclusión legal del apartado 2 del artículo 11 del Código Penal portugués. En esos casos, hay que considerar solo la responsabilidad de la persona singular¹⁷.

El régimen de los denunciantes ha sacado a la luz las continuas incoherencias en la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Portugal. Impone a todas las personas jurídicas -junto con la imposición de programas de cumplimiento- un canal de denuncias, incluyendo para los delitos penales, independientemente de la naturaleza de la persona jurídica, y al mismo tiempo olvida que las personas jurídicas públicas o con prerrogativas de poder público están legalmente impedidas de cometer delitos penales.

Uno se pregunta si, en el contexto de los delitos penales, esto no son más que palabras al viento...

VI. Referencias

- ANTUNES, MARIA JOÃO (2022). Estratégias Nacional Anticorrupção - prevenir, detetar, reprimir. En Jónatas Machado/Eduardo Figueiredo (Eds.), *Corrupção e Direitos Humanos. Um Diálogo Transatlântico* (pp. 13-30), Brasília. https://www.uc.pt/site/assets/files/2254145/estrategia_nacional_anticorruptao_prevenir-detetar-reprimir.pdf.
- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE (2024). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4º ed. Universidade Católica Editora.
- BRANDÃO, NUNO (2020). O *Whistleblowing* no ordenamento jurídico português. *Revista do Ministério Público* 161, 99-113
- CORREIA, JOÃO CONDE (2022). Artigo 242º. En: António Gama et al., *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, 2ª ed. (pp. 753-763). Coimbra: Almedina.
- COSTA, JOSÉ DE FARIA (2017). *Direito Penal*. Lisboa:INCM.
- CUNHA, JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA (2008). *O Conceito de Funcionário, para Efeito da Lei Penal e a "Privatização" da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra Editora.

¹⁷ Según el "modelo" internacional, la responsabilidad, en cuanto a las entidades de derecho público, recae sobre las personas en posición de liderazgo ("person with a leading position within the collective person").

- FREITAS, PEDRO MIGUEL (2021). O regime jurídico da proteção do denunciante. En: Paulo Pinto de Albuquerque (Org.), *Corrupção em Portugal. Avaliação Legislativa e propostas de reforma* (pp. 572-582). Universidade Católica Editora. https://doi.org/10.34632/9789725407578_37
- GARCÍA SÁNCHEZ, BEATRIZ (2024). *La Corrupción en España: Su Persecución Penal en la Última Década*. Iustel.
- GERDEMANN, S., & COLNERIC, N. (2020). The EU Whistleblower Directive and its Transposition: Part 2. *European Labour Law Journal*, 12(3), 253-265. <https://doi.org/10.1177/2031952520969096>
- GODINHO, INÊS FERNANDES (2021). Uniformização do regime de responsabilidade penal das pessoas colectivas e programas de cumprimento normativo. En: Paulo Pinto de Albuquerque (Org.), *Corrupção em Portugal. Avaliação Legislativa e propostas de reforma* (pp. 167-177). Universidade Católica Editora. https://doi.org/10.34632/9789725407578_12
- GODINHO, INÊS FERNANDES (2007). *A Responsabilidade Solidária das Pessoas Colectivas em Direito Penal Económico*. Coimbra: Coimbra Editora.
- GÓMEZ MARTIN, VICTOR (2013). Compliance y derechos de los trabajadores. En: Lothar Kuhlen/Juan Pablo Montiel/Iñigo Ortiz de Urbina (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal* (pp. 125-146). Marcial Pons.
- GUERREIRO, ALEXANDRE (2020). A proteção dos denunciante em Portugal: o legado do caso *Guja c. Moldávia* no contexto de transposição da Diretiva (UE) 2019/1937, *Revista do Ministério Público* 163, 133-173.
- LEITÃO, LUÍS MENEZES (2021). A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção. En: Paulo Pinto de Albuquerque (Org.), *Corrupção em Portugal. Avaliação Legislativa e propostas de reforma* (pp. 26-35). Universidade Católica Editora. https://doi.org/10.34632/9789725407578_3
- LÉON ALAPONT, JOSÉ (2023). *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*. Tirant Lo Blanch, 2023.
- MENDES, PAULO DE SOUSA (2018). Law enforcement & compliance. En: Maria Fernanda Palma et al., *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*, 2.^a ed. (pp. 11-20). Coimbra: Almedina.
- MENDES, PAULO DE SOUSA (2023). Regulação responsiva, autorregulação regulada e responsabilidade empresarial. En: Paulo de Sousa Mendes et al., *Estudos sobre law enforcement, compliance e responsabilidade empresarial* (pp. 9-52). Coimbra: Almedina.
- MORALES ROMERO, MARTA/NIETO MARTÍN, ADÁN (2014). Mucho más que una circunstancia atenuante: contenido y efectos prácticos de los programas de cumplimiento normativo em el Derecho Penal Comparado. En: Eduardo Demetrio Crespo (Dir.) *Crisis Financiera y Derecho Penal Económico* (pp. 465-505). Montevideo: B de F.
- SANTOS, CLÁUDIA CRUZ (2016). Os Crimes de Corrupção – Notas críticas a partir de um regime jurídico-penal sempre em expansão. *Julgar* 28, 89-105.
- SOUSA, SUSANA AIRES DE (2019). *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*. Coimbra: Almedina.