

LA RECEPCIÓN DE LA CULTURA DEL “COMPLIANCE” Y DEL “WHISTLEBLOWING” EN ESPAÑA

THE RECEPTION OF THE COMPLIANCE AND WHISTLEBLOWING CULTURE IN SPAIN

Juan Carlos Ortiz Pradillo¹ – <https://orcid.org/0000-0001-6092-6137>

Resumen

El sistema elegido por el legislador español a la hora de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas no solo perseguía fomentar una cultura del cumplimiento normativo y prevenir la comisión de ilícitos en el ámbito empresarial, sino también la colaboración de la empresa con las autoridades estatales cuando aquella es investigada en una causa judicial. Para ello, la denominada “cultura *Compliance*” se ha centrado en la persona jurídica —pública o privada— y su adecuado modelo de prevención delictiva. Pero también resulta relevante atender a los otros sujetos involucrados en ese cumplimiento normativo penal: los empleados y demás sujetos que colaboran con la empresa o con las propias autoridades estatales aportando información esencial sobre los hechos ilícitos y sus autores. Es la cultura del *Whistleblowing*, caracterizada por el establecimiento de canales seguros de recepción de dicha información y por la articulación de especiales medidas de protección de tales sujetos frente a las represalias que pudieran sufrir con motivo de tal colaboración.

El presente estudio se centra en examinar en profundidad los antecedentes nacionales en dicha materia, así como el nuevo marco legislativo procedente de la Unión Europea —la Directiva (UE) 2019/1937— para ofrecer cambios legislativos que brinden seguridad jurídica, asistencia legal y protección eficaz a los alertadores de corrupción, fraudes y malas prácticas, tanto en el sector privado como en el público.

Palabras-clave: compliance; whistleblowing; personas jurídicas; corrupción; interés público

Abstract

The way that the Spanish legislature regulated the criminal liability of legal persons wanted to promote a culture of regulatory compliance and preventing the commission of crimes and misdemeanors in the business field, but also the company's cooperation with state authorities when it is investigated in a criminal proceeding. To this end, the so-

¹ Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid. Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR). E-mail: juancarlosortiz@ucm.es

called ‘Compliance culture’ has focused on the legal entity –public or private– and its appropriate criminal prevention model.

But it is also relevant to attend to the other subjects involved in this criminal compliance: employees and other people who collaborate with the company or with the state authorities themselves by providing essential information on the wrongdoings and their perpetrators. It is the culture of Whistleblowing, characterized by the establishment of confidential and secure reporting channels and by the articulation of special measures to protect such subjects against the retaliation that they may suffer in connection with such collaboration.

This study focuses on in-depth review of national backgrounds in this area, as well as the new legislative framework from the European Union –Directive (EU) 2019/193 – to provide legislative changes that provide legal certainty, legal assistance and effective protection for whistleblowers of corruption, fraud and bad practice, both in the private and public sectors.

Keywords: Compliance; Whistleblowing; Legal persons; Fraud; Public interest.

Sumario: 1. Crisis económica, reforma de la justicia y “compliance”. 1.1. “Compliance” y justicia penal premial y: la colaboración eficaz de la persona jurídica. 1.2. “Compliance” y “whistleblowing”: los canales internos de denuncia. 2. Crisis económica, corrupción pública y “whistleblowing” en el sector público. 2.1. Whistleblowing y administraciones públicas: la creación de “oficinas antifraude” y de protección al alertador. 2.2. Reformas legales para incorporar a España de la directiva (UE) 2019/1937 sobre whistleblowing. 2.2.1. Medidas de protección. 2.2.1.1. La reserva de identidad del alertador. 2.2.1.2. La protección del alertador como bien jurídico penalmente tutelable. 2.2.1.3. Las medidas antirrepresalias contra el alertador. 2.2.2. Medidas asistenciales al alertador. 2.2.2.1. Información y asesoramiento previo. 2.2.2.2. Elección del canal de denuncia a utilizar. 2.2.2.3. asistencia jurídica. 2.2.2.4. Indemnizaciones e incentivos. 2.2.2.4.1. Reparación e indemnización por el daño sufrido. 2.2.2.4.2. Incentivos sociales y reputacionales. 2.2.2.4.3. Incentivos económicos. 3. Bibliografía.

Recibido/Received 29.06.2020– Aprobado/Approved 28.09.2020

1 CRISIS ECONÓMICA, REFORMA DE LA JUSTICIA Y “COMPLIANCE”

El análisis de la reforma de la Justicia operada en España en los últimos años no puede llevarse a cabo sin atender al especial contexto social y económico que vivió nuestro país hace una década. El llamado *pinchazo* de la burbuja inmobiliaria y la devastadora crisis financiera desatada a finales del año 2008 generó una percepción social —ciudadana y mediática— de que la vida política y económica de nuestro país se basaba en un sistema que promovía la “corrupción” (cohecho, fraude fiscal, malversación de caudales públicos, negociaciones prohibidas a funcionarios, blanqueo de capitales, etc.) en el modo de actuar de las empresas privadas y entidades públicas, hasta el punto de que la corrupción y el fraude se convirtieron en la segunda preocupación de los españoles, solo por detrás del desempleo, según los distintos barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS).

Por ello, y ante la magnitud y repercusiones sociales y económicas que generaba la criminalidad empresarial, se dio un importante giro del discurso político

criminal de los Estados basado en la máxima *societas delinquere non potest* y se apostó por la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sus correspondientes Códigos Penales. Y a la hora de recepcionar dicha responsabilidad penal empresarial en nuestra Justicia penal, se buscó instaurar un sistema que, además de atender a los fines preventivos propios del Derecho Penal (cumplimiento de la legalidad), también sirviera como modelo de integridad en la gestión corporativa que, por una parte, atajase las malas prácticas y evitase la comisión de actos delictivos en su seno, y por otra, fomentase la colaboración de la entidad con la Justicia en el descubrimiento, persecución y represión de tales conductas ilícitas.

La atribución de una responsabilidad penal a la persona jurídica al margen de la responsabilidad de las personas físicas que la integran se residenció, entonces, en la falta de una adecuada *vigilancia y control* del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos². Y esos deberes de vigilancia y control por parte de la empresa son el armazón de los modelos de organización y gestión que constituyen los denominados “Programas de Cumplimiento normativo” (comúnmente denominados *Compliance Programs*), escuetamente perfilados en los distintos epígrafes del apartado 5º del art. 31 bis CP, y con los que se trata de prevenir la comisión delictiva en el seno de las empresas o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

1.1 “Compliance” Y Justicia Penal Premial Y: La Colaboración Eficaz De La Persona Jurídica

A la hora de perseguir eficazmente y desbaratar la criminalidad económica, los Estados no solo han tomado en consideración la visión punitivista (nuevas tipificaciones penales o adecuación de los tipos ya existentes con el fin de ofrecer una respuesta más adecuada a las nuevas formas de delincuencia, aumento de las penas, así como de los plazos de prescripción, incorporación de extraordinarias medidas de investigación,...), sino también la introducción de elementos de *Derecho Premial*, basada en la regulación de incentivos y recompensas —rebajas punitivas o excusas absolutorias— como instrumentos igualmente utilizables en pos de la prevención general del delito, porque de igual modo que la pena resulta útil para impedir o retener, la recompensa resulta igualmente útil para excitar y producir, esto es, *la primera sería un freno y la segunda un aguijón*, tal y como gráficamente describía BENTHAM³.

Los Códigos Penales se encuentran repletos de diversos tipos de penas y, a la par, por múltiples ejemplos de recompensas y beneficios a favor de quien lleva a cabo alguna acción de carácter positivo que merece su valoración de cara a la determinación de su culpabilidad o a la delimitación y, en su caso, exoneración de su responsabilidad penal. Y dentro de tales recompensas, interesa detenernos en el estudio de la atenuante de la “heteroincrimación”. Nos referimos al fomento de la delación sobre los demás

² STS, sala 2ª, n. 154/2016, de 29 de febrero de 2016.

³ BENTHAM, Jeremy, *Teoría de las Penas y las Recompensas*. Obra traducida al castellano. Barcelona, Imprenta de D. Manuel Saurí, 1838.

partícipes⁴ —llamada ahora “colaboración eficaz” con las autoridades—, pues lo que se pretende incentivar es la cooperación del acusado con la autoridad judicial en orden al más completo esclarecimiento de los hechos investigados que tengan que ver con los demás acusados, facilitando información relevante sobre los otros partícipes del acto delictivo.

A diferencia de la confesión de los hechos propios, con dicha atenuante se pretende la obtención de información sobre los hechos cometidos por otros partícipes, lo cual se ha denominado “delación premiada” o “colaboración eficaz” con la Justicia, cuya principal característica definitoria, además de servir de herramienta de política criminal para aumentar la eficacia de la persecución judicial, radica en que se trata propiamente una técnica de obtención de información trascendental para la causa, y no una simple atenuante penal sustantiva, que desplegará su potencial campo de actuación en el “Proceso” en el que se investiga al investigado reconvertido en colaborador eficaz y no tanto en la “Pena” que finalmente se le imponga.

Esta delación premiada como símbolo de una Justicia premial orientada a aumentar las capacidades de las autoridades de adquirir información esencial para la causa de manos de uno de los copartícipes dio lugar en España a la creación jurisprudencial de una atenuante analógica (anteriormente denominada “confesión tardía” y ahora calificada de “colaboración eficaz o activa”, al correlacionar el apartado 7º del art. 21 CP con el apartado 4º) que ha servido de referencia a la hora de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En efecto, el sistema escogido con la reforma del Código Penal español en el año 2010, enmendado nuevamente en el año 2015, tiene también como objetivo que las propias empresas adopten una actitud colaboradora con los Tribunales de justicia a la hora de descubrir y depurar las responsabilidades personales por los hechos cometidos en su nombre o en su beneficio, para lo cual se ha decidido incorporar mecanismos atenuatorios (eximentes y atenuantes) a favor de la empresa investigada en una causa judicial que se decida a confesar la infracción antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, así como también que sea la primera en aportar pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

El hecho de que la colaboración de la empresa se regule expresamente como una circunstancia atenuante, a diferencia de lo que sucede con las personas físicas, demuestra la clara intención del legislador de promover esa cooperación, sabedor de la dificultad a la que se enfrentan las autoridades a la hora de investigar un hecho delictivo cometido a través de o en el seno de una entidad o de un entramado de empresas, además del coste temporal y económico que ello puede suponer para el Estado. Es más, dicha atenuante legal podrá aplicarse cuando dicha cooperación se produzca en cualquier momento del proceso (es decir, sin límites cronológicos, a diferencia de lo que sucede con la confesión), siempre que las pruebas aportadas “fueren nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de

⁴ Vid., por todos, el estudio recogido en ORTIZ-PRADILLO, Juan Carlos, Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la Justicia, Madrid, La Ley, 2018, pp. 215 y ss.

los hechos”, y con la interpretación jurisprudencial de que es posible aplicar dicha atenuante conjuntamente a la persona física (el directivo acusado) y a la persona jurídica. Como vemos, es una señal inequívoca de que uno de los fines de los Programas de *Compliance* es que la persona jurídica sea la primera en reaccionar, tanto *ad intra* (régimen disciplinario incluido) como *ad extra*, informando y colaborando con las autoridades estatales a la hora de identificar y castigar al responsable de tal comisión.

Este guante lanzado por el legislador a la hora de promocionar dicha colaboración eficaz por parte de la empresa investigada ha sido recogido firmemente por la Fiscalía General del Estado, como así se aprecia nítidamente en las instrucciones impartidas por la Circular 1/2016, la Fiscalía General del Estado (FGE), en la que se considera que “la capacidad de detección de los incumplimientos lucirá como un elemento sustancial de la validez del modelo. *En consecuencia, los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo*”⁵.

Aunque el Código Penal lo recoge como atenuante, la Fiscalía llegó a señalar en dicha Circular que “la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena”⁶. Con dicha afirmación, la Fiscalía evidencia un claro deseo de dominar y disponer sobre el ejercicio de la acción penal contra la empresa como herramienta tendente a potenciar la eficacia de la persecución criminal incentivando el aporte de información por la propia entidad investigada. Ello excede con mucho la previsión legal, pues guste o no, los apartados dos a cuatro del art. 31 bis CP no son una regulación procesal que establezca los criterios con base en los que un fiscal puede decidir perseguir o no penalmente a una empresa, sino que excluyen la propia existencia de responsabilidad penal de la persona jurídica⁷. La confesión inmediata de la empresa, aunque la Fiscalía defienda que debe motivar la exención de la responsabilidad de aquella, es una atenuante (31 quáter CP) y no una eximente (31 bis CP), lo cual constituye una evidente incoherencia normativa que ya ha sido denunciada por la doctrina⁸.

⁵ Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 53.

⁶ Circular 1/2016, p. 55.

⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la española”, VV.AA., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*. Madrid, Fiscalía General del Estado, 2018, p. 173.

⁸ BANACLOCHE PALAO, Julio, “Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en VV.AA. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*. Madrid, Fiscalía General del Estado, 2018, pp. 15 y 27.

En resumen, el fundamento del Derecho premial presente en las excusas absolutorias y atenuantes anteriormente mencionadas parece residenciarse en razones político-criminales de utilidad, al considerarse más eficaz el hecho de rebajar o eximir de la pena a quien colabore en su investigación. Y el terreno de la responsabilidad penal empresarial, en donde la complejidad de la estructura actual de las organizaciones empresariales y entidades administrativas supone un claro obstáculo en las tareas de prevención y descubrimiento de las conductas ilícitas que pueden llegar a cometerse en su seno, es donde mejor se evidencia la voluntad de introducir “dosis de inmunidad” a cambio de dicha colaboración.

1.2 “Compliance” Y “Whistleblowing”: Los Canales Internos De Denuncia

La condición *sine qua non* para que las entidades puedan colaborar con las autoridades en la investigación de los hechos ilícitos es que tengan un cabal conocimiento de los mismos. Sin información, las empresas no podrían confesar los hechos ni aportar pruebas decisivas sobre la autoría de los mismos. Por ello, y dentro de los modelos de gestión y control que configuran los Programas de Cumplimiento normativo, adquieren una vital importancia aquellas medidas que resulten adecuadas y eficaces para que la entidad obtenga información acerca de las posibles conductas que se estén llevando a cabo o planeen ejecutarse y que pongan en riesgo esa cultura del respeto a la legalidad. Ésa es la conexión entre el *Compliance* y el *whistleblowing*: la atenuación o exoneración de responsabilidad penal de la empresa dependerá en gran medida de su cooperación en la investigación del delito cometido en su seno, para lo cual aquella estará interesada en instrumentalizar mecanismos que le permitan obtener información decisiva de manos de quienes la posean (empleados, proveedores, mandos intermedios...). De hecho, la obtención de información representa un elemento tan importante en las labores de prevención de conductas criminales en el seno de la organización empresarial que la Ley impone, como uno de los contenidos mínimos que deben tener los Programas de Cumplimiento, que las empresas que exijan a sus empleados “la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”, según dispone el apartado 4º del art. 31 *bis* 5 CP.

Son los denominados “canales éticos de denuncia” incorporados en los *Compliance Programs* de las empresas como instrumentos para mejorar la transparencia, y por tanto, el cumplimiento por parte de las empresas de la legislación y su implicación a la hora de prevenir la comisión de ilícitos en su seno o para colaborar con las autoridades en la investigación de los mismos, al constituir parte de esa política criminal tendente a fomentar la colaboración de los propios empleados en las tareas de prevención y descubrimiento de la delincuencia empresarial o en el seno de las instituciones públicas, lo que ha dado lugar a una abundante legislación sobre los *whistleblowers*: “*miembros o exmiembros de una determinada organización pública o privada que denuncian prácticas ilícitas o poco éticas llevadas a cabo por la propia organización o por sujetos que forman*

parte de ella poniendo en conocimiento tales hechos, según los casos, de sus superiores, de las autoridades o de terceras personas”⁹.

2 CRISIS ECONÓMICA, CORRUPCIÓN PÚBLICA Y “WHISTLEBLOWING” EN EL SECTOR PÚBLICO

En el contexto económico y social de crisis financiera al que nos referíamos al inicio de este estudio, muy pronto se relacionó el aumento de los fraudes en el ámbito de la Administración Pública con el daño que ello causaba a la economía nacional, provocando dolorosas medidas de recortes sociales. La evasión fiscal en España, que se cifra en algo más de 90.000 millones de euros anuales, equivale a la cantidad aprobada para el rescate del sistema bancario español o el doble del ajuste que la famosa *Troika europea*¹⁰ impuso a España en el año 2012; la denominada “Economía sumergida” de nuestro país se calcula alrededor de los 253.000 millones de euros (el 25,6% del Producto Interior Bruto y casi siete puntos porcentuales más desde que se inició la crisis en 2008¹¹), o dicho con otras palabras, el equivalente a siete veces el ajuste acometido por el gobierno en los presupuestos generales del año 2012, y casi el doble del gasto sanitario de nuestro país.

Por ello, no solo se trata de potenciar la prevención delictiva empresarial promoviendo la cooperación de las entidades; otras fórmulas utilizadas para prevenir y destapar las irregularidades, fraudes y delitos que puedan estar cometiéndose en el seno de las empresas privadas o de las administraciones públicas, consiste en potenciar la colaboración de los empleados de tales corporaciones e instituciones para que, en caso de que conozcan de alguna irregularidad o conducta ética o legalmente rechazable, las comuniquen de un modo seguro a sus propios encargados internamente, a las

⁹ Definición tomada de RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*, Barcelona, Marcial Pons, 2013, p. 20, para quien las características definitorias del whistleblower o informante serían: la relación existente entre el whistleblower y la entidad –ser un *insider* de la organización sobre la que denuncia una determinada actuación–; no desempeñar dentro de dicha organización funciones específicas de control, investigación o denuncia respecto de los hechos de los que informa; y que el hecho denunciado se haya realizado en el marco de la actividad de la organización a la que pertenece el sujeto.

¹⁰ Expresión acuñada para designar, en el ámbito económico, a la Comisión Europea, el Banco Central Europeo (BCE) y el Fondo Monetario Internacional (FMI).

¹¹ Vid el informe “La economía sumergida pasa factura. El avance del fraude en España durante la crisis” dirigido por Jordi SARDÀ (Universitat Rovira i Virgili) en colaboración con los Técnicos del Ministerio de Hacienda (Gestha). Disponible en la página web: <http://www.gestha.es/archivos/actualidad/2014/2014-0129_INFORME_LaEconomiaSumergidaPasaFactura.pdf> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2017).

autoridades, o incluso públicamente ante los medios de comunicación. Esta práctica, denominada internacionalmente como “*whistleblowing*”, tiene como principal exponente legislativo a los EE.UU., a lo largo de cuya historia se han aprobado múltiples leyes y reglamentos de potenciación de específicos procedimientos para la obtención de dichas denuncias y de importantes medidas de protección a favor de quienes denuncian esas irregularidades y malas prácticas (no solo conductas delictivas, sino también conductas discriminatorias, abuso de autoridad, peligros para la salud pública, el medioambiente o la seguridad, etc.), en el seno de las empresas privadas y de las instituciones públicas, como eficaces mecanismos para dotar de transparencia a la actuación de las compañías y empresas, las corporaciones, las instituciones y agencias federales.

En Europa, las aproximaciones a este fenómeno jurídico han sido fragmentarias y sectoriales, motivo por el cual, a finales del año 2019, las autoridades comunitarias aprobaron 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 informen sobre infracciones del Derecho de la Unión¹² (denominada, en adelante, como la Directiva sobre *whistleblowing*): un conjunto de normas mínimas de apoyo y protección que doten de la necesaria seguridad jurídica a aquellos que denuncian ante las autoridades y otros organismos conductas delictivas, malas prácticas laborales, fraudes e irregularidades de las que conocen en su entorno laboral y profesional.

En España, por su parte, la promoción de sistemas internos y externos de recepción de denuncias con tales fines de defender la integridad de las instituciones y corporaciones públicas y privadas y el cumplimiento de la Ley nunca ha tenido apenas tradición legislativa. En el sector privado, es cierto que la Ley del Mercado de Valores de 1988 ya exigía a las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actuaran en el Mercado de Valores, que tuvieran “controles internos oportunos” para prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone, pero el verdadero *boom* de los canales internos de denuncias y de medidas de formación, asesoramiento y protección al denunciante tuvo lugar con la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas antes comentado. Y en el sector público, este fenómeno había pasado en gran medida desapercibido, pues los canales de comunicación habilitados por las Administraciones Públicas no obedecían en puridad, hasta hace pocos años, a esa finalidad de prevenir y combatir eficazmente posibles irregularidades internas, sino que se utilizaban como instrumentos para aumentar la participación ciudadana y para la recepción de todo tipo de quejas y sugerencias o como instrumento de transparencia, al facilitar el seguimiento y la supervisión de la actividad de los cargos y empleados públicos¹³.

Pero la tendencia ha cambiado. Desde Europa se ha venido insistiendo en que *“la única manera de obtener más datos es convencer a los testigos para que denuncien los casos de corrupción, lo que, a su vez, solo puede lograrse*

¹² DOUE L 305/17, de 26 de noviembre de 2019.

¹³ Vid CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustín, “La Colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 35, Mayo-Agosto, 2014.

protegiendo eficazmente a los denunciantes de la discriminación y las represalias (pérdida de trabajo, amenazas personales etc.)”. Y en esa línea, en su Informe de 2014 sobre la lucha contra la corrupción en la UE¹⁴, desde Europa se reclamaba abiertamente la implementación de canales oficiales de denuncias y mecanismos de protección de los denunciantes dentro de las administraciones públicas porque podían contribuir a resolver los problemas de detección inherentes a la corrupción (y también en otros sectores).

Podemos concluir, por tanto, que el sector público está tratando de hacer lo mismo que el sector privado —fomento de la cultura del cumplimiento normativo y buen gobierno, colaboración con la Justicia y protección del informante— con una década de retraso.

2.1 Whistleblowing Y Administraciones Públicas: La Creación De “Oficinas Antifraude” Y De Protección Al Alertador

Si la “cultura *Compliance*” tiende a configurarse como una herramienta de lucha contra la delincuencia empresarial, la “cultura *Whistleblowing*” en defensa del interés público tiende a hacer lo mismo para luchar decididamente contra la corrupción y las malas prácticas en la órbita de actuación de la Administración Pública, buscando sacar a la luz los casos, facilitar el intercambio de información y la comunicación entre los órganos y las entidades responsables de la lucha y la investigación de la corrupción (tanto judiciales como administrativos), al tiempo que contribuye a fomentar la participación ciudadana y la colaboración social en la lucha contra la corrupción en las instituciones públicas, el impulso de la integridad y la cultura de buenas prácticas en la gestión de recursos públicos.

No obstante, y hasta hace pocos años, no existía propiamente una política pública dirigida al fomento del *whistleblowing* en defensa del interés público —regulación de canales o buzones de denuncias confidenciales en el sector público y protección del funcionariado frente a represalias—, más allá de intentar fomentar la obtención de información tolerando la recepción de denuncias anónimas en el ámbito administrativo, laboral o fiscal¹⁵. A nivel nacional apenas se contaba con la creación y desarrollo del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC) como unidad nacional de inteligencia financiera en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, de modo que fueron las Comunidades Autónomas y algunos Entes Locales quienes decidieron impulsar dicha cultura a través de la creación de organismos específicos en materia de investigación del fraude y la corrupción en el sector público (las denominadas “Oficinas Antifraude”) que incluían disposiciones para la creación de canales de recepción de denuncias que aseguraran la confidencialidad o anonimato del sujeto denunciante, así como

¹⁴ COM(2014) 38], p. 22.

¹⁵ Como análisis de la denuncia anónima en el ámbito administrativo, *vid.* ORTIZ-PRADILLO, Juan Carlos, *Los delatores en el Proceso Penal...*, *op. cit.*, pp. 78 y ss., y la bibliografía allí citada.

específicas medidas de protección al mismo para evitar que sufriera represalias en su entorno laboral.

Avanzado ya el año 2020, el legislador estatal sigue estancado en la discusión y aprobación de una futura ley nacional de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes¹⁶, mientras que las Comunidades Autónomas no han dejado de aprobar específicas normas en dicho ámbito, caracterizadas por la creación de una entidad pública supervisora de la actuación de las Administraciones y entes públicos regionales para luchar eficazmente contra la corrupción en el sector público, así como por la previsión de específicas medidas de protección de la identidad del sujeto facilitador de la información.

2.2 Reformas Legales para Incorporar a España de la Directiva (UE) 2019/1937 Sobre *Whistleblowing*

A la necesidad de aprobar una norma estatal sobre esta materia en armonía con las competencias legislativas autonómicas, si no se quiere incurrir en reiteraciones y contradicciones, se suma ahora la exigencia de que esa futura norma estatal sea conforme con 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 informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, y con los mínimos establecidos en la misma para garantizar la protección de las personas que faciliten información para la detección de delitos o infracciones legales en el seno de una

¹⁶ El 15 de septiembre de 2016, el Grupo parlamentario *Ciudadanos* presentó una Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes (que ha vuelto a ser presentada ante la Cámara Baja el 17 de enero de 2020 como Proposición de Ley de medidas de lucha contra la corrupción); el 10 de junio de 2019, el Grupo parlamentario Vox presentaba la Proposición de Ley de Protección Integral de los Denunciantes de Corrupción, y un día más tarde lo hacía el Grupo mixto, como Proposición de Ley de protección integral de los alertadores. Frente a ello, a nivel autonómico ya contamos con la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña; la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes en Castilla y León; la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana; la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Islas Baleares; la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas en Aragón; y la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés del Principado de Asturias. Y a ellas habría que sumar las que, según parece, están por venir: la Proposición de Ley sobre la creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción en el País Vasco, de febrero de 2019, y el Anteproyecto de Ley referido a la lucha integral contra el fraude y la corrupción en Andalucía, de septiembre de 2019.

organización, ya sea privada o pública, en los ámbitos de aplicación de dicha Directiva.

Sucede, no obstante, que el principal hándicap para la promoción del *whistleblowing* en España no obedece a ninguna particularidad de nuestro sistema jurídico, claramente alineado con las orientaciones y tendencias del Derecho Europeo y en línea con los ordenamientos de nuestro entorno, sino que posee un marcado carácter social. Como ya se ha advertido en otras ocasiones¹⁷, en nuestra Sociedad pervive esa asociación mental de la delación con el pecado original y con la traición a Jesucristo, de modo que el ciudadano que informa a las autoridades de lo que acontece en su ciudad, barrio o puesto de trabajo es calificado como “delator”, y el delator ha sido y es considerado un sinónimo de traidor o chivato, de modo que la delación nunca ha sido bien recibida, no solamente por la Sociedad, sino por los propios poderes públicos, y más en concreto por la Justicia, que siempre han considerado la delación como una característica más propia de los sistemas totalitarios para crear un sistema de vigilancia universal e intimidatoria.

Por ello, la Directiva en materia de protección a los denunciantes de corrupción marcará un antes y un después en la percepción social e institucional del ciudadano que da la voz de alarma ante la posible existencia de fraudes y corrupción. El mayor reto de nuestras autoridades no será, por tanto, incorporar los mandatos de la Directiva a nuestro sistema jurídico, sino impulsar un cambio terminológico y de mentalidad que conduzca a una verdadera transformación social en esta nueva cultura de promoción de la transparencia e integridad, a semejanza de lo operado en el Derecho anglosajón, en donde desde las instituciones y la Sociedad civil se muestra a estos *alertadores* ante el público como un ejemplo del buen ciudadano, personas con “*coraje cívico*”¹⁸ y “*resistencia ética*”¹⁹ frente a las presiones y movidos por convicciones morales y de conciencia social de defensa de la Democracia, la igualdad ante la Ley y el Estado de Derecho.

Aunque la indicada Directiva utiliza la voz “denunciante”, el sistema legal español utiliza dicha terminología para otros propósitos, al igual que sucede con la palabra “informante”, aplicada a los confidentes policiales. Cuando la persona que decide comunicar las irregularidades, corruptelas, malas prácticas, el incumplimiento de normas jurídicas y hasta la comisión de actos delictivos, es uno de los propios empleados de la entidad privada o un funcionario público de la Administración, la denominación que mejor se acomoda a dicha actuación es la de “alertador”; Al igual que el anglicismo “whistleblower” se emplea como sinónimo de quien sopla el silbato (acción que

¹⁷ ORTIZ-PRADILLO, Juan Carlos, “El difícil encaje del delator en el proceso penal”, *Diario La Ley*, n. 5860, de 12 de junio de 2015, p. 2 y ss. Un examen en profundidad de los orígenes del uso de los términos “soplón” y delator en nuestro idioma y su utilización por la Justicia puede consultarse en ORTIZ-PRADILLO, Juan Carlos, *Los delatores...*, *op. cit.*, p. 45 y ss.

¹⁸ RIQUERT, Marcelo, *La delación premiada en el derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 175.

¹⁹ GARCÍA-MORENO, Beatriz, “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, en VV.AA., *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (Dir. Adán Nieto Martín). Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 209.

representa dar la voz de alarma como sucedía, en su tiempo en España, con los serenos que soplaban el silbato), entendemos que la mejor palabra que define a quien colabora con las instituciones en defensa del interés público es un *alertador* y merece, al igual que sucede en la cultura norteamericana, todo el apoyo y reconocimiento social por su valor y compromiso con lo público.

La Directiva de 2019 focaliza sus medidas de protección en tres ámbitos: De una parte, la reserva de la identidad del alertador como punto de partida para evitarle el padecimiento de presiones y represalias por haber informado a las instancias y autoridades competentes. Puede comprobarse como el eje central sobre el que pivota la Directiva, lo representa la confidencialidad que debe impregnar, tanto la configuración de los sistemas de recepción de denuncias, como el comportamiento de los encargados de recibir esas informaciones en su trato con el alertador. De otra parte, se articulan medidas propiamente de protección en el entorno laboral del alertador, en donde los términos “entorno laboral” y “alertador” se configuran de un modo sumamente amplio, como veremos más adelante. Y en tercer lugar, medidas asistenciales, incluida la exoneración de responsabilidad ante posibles causas judiciales en su contra por haber revelado determinada información. Veamos cómo prevé actualmente nuestro ordenamiento jurídico tales medidas, y en qué medida serán necesarios cambios legislativos en tales cuestiones.

2.2.1. Medidas de protección

2.2.1.1 La reserva de identidad del alertador

La cuestión entre optar por el anonimato o por la confidencialidad en el tratamiento de los datos del sujeto que acuda a los canales internos del Programa de Cumplimiento de la empresa no es una cuestión simplemente terminológica. Si, llegado el momento, los tribunales de justicia estiman necesario conocer los datos del sujeto que puso en marcha la investigación interna, será muy probable que las empresas opten por un sistema de denuncias confidenciales en donde se recaben y a la vez se reserven los datos del empleado denunciante, para así poder acreditar una “colaboración eficaz” con la Justicia que les exima o atenúe su responsabilidad penal, si estas fueran finalmente investigadas por los hechos denunciados.

A nivel internacional, no existe una marcada predilección legislativa que se decante por una de dichas opciones. Así, por ejemplo, la normativa americana de referencia —la Ley *Sarbanes-Oxley*— permite tanto el anonimato como la confidencialidad del empleado que comunica dichas irregularidades. La ONU, en su Guía Práctica del Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas de 2013, permitía que “*Si se considera apropiado, la empresa puede ofrecer canales anónimos y confidenciales para los empleados o socios comerciales*”. Y en la misma línea, la Recomendación (2015) 5, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre procesamiento de datos personales en el contexto de las relaciones laborales, estima que cuando los empleadores están obligados por la ley o por normas internas a implementar mecanismos internos de presentación de denuncias, deben garantizar la confidencialidad del empleado (...), pero en circunstancias excepcionales, pueden permitirse denuncias anónimas, si bien “*las investigaciones internas no deben llevarse a cabo únicamente sobre la base de*

un informe anónimo, salvo cuando esté debidamente justificado y se refiera a infracciones graves del derecho interno”.

La Unión Europea tampoco se decanta expresamente sobre alguna de las dos opciones. De hecho, la Directiva 2019/1937 deja libertad a los Estados miembros a la hora de decidir si deben aceptarse y tramitarse las denuncias anónimas. Por lo tanto, ¿cuál será la solución por la que se opte en el Derecho español al trasponer dicha Directiva?

En nuestra opinión, el actual desarrollo tecnológico y las múltiples fórmulas de presentación de denuncias admitidas por la Directiva (verbal, presencial, por escrito, postal, telefónica, telemática, etc.) permiten amparar ambas opciones. Esto es, establecer un régimen general basado en el principio de confidencialidad, pero admitiendo el anonimato, pues el sistema puede perfectamente ser configurado para admitir muy diversas formas de designación de la persona alertadora (sin datos, con un código de identificación, con datos más precisos, etc.) para que sea esta la que decida cómo desea comunicar la información de la que dispone, cómo desea recibir tanto el acuse de recibo como la posible respuesta a su alerta, y si desea, y de qué manera, ser contactada por el receptor de la denuncia para el caso de que se precisara su colaboración posterior.

En el ámbito de las Administraciones Públicas, empero, nos encontramos con un régimen jurídico que rechaza la posibilidad de una denuncia administrativa anónima, debido a la necesidad de permitir el control jurisdiccional directo de los actos administrativos y control indirecto por parte de la ciudadanía. El art. 62.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común exige que en cualquier solicitud de inicio de un procedimiento se identifique con nombre y apellidos al interesado, y a la hora de interponer una denuncia en el procedimiento sancionador, el art. 11.1.d) del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora establece que las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan.

No obstante, ello no ha impedido, en la práctica, el inicio de actuaciones inspectoras o sancionadoras por parte de las Administraciones Públicas con base en informaciones anónimas, sorteándose esa prohibición inicial del citado art. 62.2 de la Ley 39/2015 a partir de la interpretación diferenciada del concepto jurídico administrativo de “denuncia”, incardinándose tales delaciones anónimas dentro del genérico y difuso concepto de “colaboración ciudadana”²⁰. Esto es, la información recibida por el *whistleblower* no es considerada una denuncia administrativa ni aquel es considerado “denunciante” a los efectos administrativos ni procesales que ya conocemos. Es la Institución u Oficina correspondiente la que está llamada a actuar, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, con personalidad jurídica propia y plena independencia orgánica y funcional respecto de las Administraciones Públicas, como *garante de la recta actuación del sector público estatal frente a la corrupción y velar por la defensa del interés público, la imparcialidad, transparencia, responsabilidad e integridad del sector público y de las autoridades, funcionarios y*

²⁰ Con mayor detalle, *vid.* ORTIZ-PRADILLO, Juan Carlos, *Los delatores...*, *op. cit.*, pp. 107 y ss.

*demás personal al servicio del mismo*²¹. Dicho en otros términos, al alertador se le reconocen una serie de derechos (entre ellos, la reserva de su identidad y otras medidas de protección a nivel laboral) precisamente para que quede resguardado y al margen de la contienda que tendrá lugar entre la Administración y el “interesado” —este sí, con tal denominación, como presunto autor del ilícito denunciado y que se trata de perseguir—.

Por otra parte, si el caso llegara a judicializarse, las medidas de reserva de la identidad del alertador deberían verse reforzadas con específicos instrumentos en manos de la autoridad judicial para salvaguardar dicha identidad si el alertador tuviera que comparecer en el proceso penal en calidad de testigo. Lo recomendable sería que la autoridad judicial se entienda con la empresa privada o la institución administrativa receptora de la alerta, y tratar de evitar que el alertador tenga que ser llamado a la causa judicial. Pero si se concluye la imperiosa necesidad de llamar al proceso penal a la persona que inicialmente alertó de la conducta delictiva, porque el testimonio del alertador resultase decisivo en la investigación y prueba de la participación de los encausados en la trama delictiva, la única solución sería otorgarle, en su caso, el *estatus* jurídico de “testigo protegido”. Se hace preciso, por tanto, una reforma de la normativa procesal estatal en este sentido (la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales), que actualmente reserva en exclusiva a la autoridad jurisdiccional *la apreciación racional del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección que considere necesarias, previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos*, tal y como reza su Exposición de Motivos.

En este punto, la solución ofrecida en este aspecto en la Directiva UE 2019/1937 resulta sumamente criticable. No solo advierte que la misma no afectará a la aplicación del Derecho nacional *en materia de las normas de enjuiciamiento criminal* (art. 3.3.d), sino que incluye como excepción a la protección de la confidencialidad de los datos del alertador el hecho de que tal revelación resulte necesaria en el contexto de una investigación llevada a cabo por las autoridades nacionales o en el marco de un proceso judicial para salvaguardar el derecho de defensa del interesado (art. 16.2), lo cual se residencia, según el considerando n. 82, en la obligación impuesta por la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales. La correlación que efectúa la Directiva entre el acceso a los datos del alertador y el derecho a la información en los procesos penales puede generar unos efectos perniciosos en materia de protección eficaz de los alertadores de corrupción, pues permitiría defender la exégesis de que el acceso a los datos del alertador por parte de la parte defensora en el proceso penal forme parte de los derechos reconocidos en el actual art. 118 LECrim, tras la reforma operada en 2015, para permitir un ejercicio efectivo del derecho de defensa. Por ello, y ante esa posible inferencia, resulta conveniente establecer expresamente y como regla general, susceptible de ponderación según las

²¹ *Vid.* Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes presentada en septiembre de 2016. (BOCG, Serie B, n. 33, de 23 de septiembre de 2016).

circunstancias concretas de cada caso, que los datos del alertador se tramitarán a priori en una pieza reservada.

Llama la atención que la Directiva prevea expresamente la necesidad de que las autoridades competentes velen por la protección de la identidad del “interesado”²² mientras la investigación esté en curso, de conformidad con el Derecho nacional (art. 22), pero ninguna alusión expresa haga sobre la identidad del “alertador”, lo que significa una verdadera ocasión perdida para que se efectúe una regulación general a nivel europeo en materia de protección de testigos y colaboradores con la Justicia.

La protección de testigos, peritos y víctimas, en lo que a la revelación de su identidad respecta, debería ser objeto de una regulación general a nivel de la Unión Europea²³, con unas normas mínimas comunes en todo el Espacio Judicial Europeo como ya se ha hecho, por ejemplo, en materia de los derechos a la traducción e interpretación (Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre), el derecho a la información (Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo), el derecho a la asistencia letrada y los derechos del detenido (Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre), determinados aspectos de la presunción de inocencia (Directiva 2016/343/UE, de 9 de marzo), las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados (Directiva 2016/800/UE, de 11 de mayo), o la asistencia jurídica gratuita (Directiva 2016/1919/UE, de 26 de octubre). El art. 82.2 TFUE constituye suficiente base legal para promover unas normas comunes que ponderen el efectivo ejercicio del derecho de defensa junto con la debida protección de los testigos, peritos, víctimas, y también colaboradores con la Justicia durante la tramitación de los procesos penales.

2.2.1.2 La protección del alertador como bien jurídico penalmente tutelable

Aunque la Directiva no se refiera a esta cuestión, sabemos que una eficaz medida de protección a favor de los alertadores puede consistir en la sanción de tipos penales específicos que castiguen a quienes atenten contra dicha persona, en su persona, su patrimonio, o la de sus familiares, por el hecho de haber colaborado con las autoridades.

El Código Penal cuenta con algunos tipos específicamente orientados a proteger a quienes colaboran con la Justicia (entre otros, véanse arts. 263.2, 266.2 y 464 CP), aunque lo cierto es que tales previsiones cuentan con un alcance limitado. Los dos primeros se refieren a tipos agravados de daños cuando se lleven a cabo “contra particulares que, *como testigos o de cualquier otra manera, hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las Leyes o disposiciones generales*”, y esa perífrasis referida a la contribución a la ejecución o la aplicación de las leyes se antoja excesivamente indeterminada, según los

²² De conformidad con el art. 6.10, por “interesado” de entenderse “persona física o jurídica a la que se haga referencia en la denuncia o revelación como la persona a la que se imputa la infracción o que esté asociada a dicha infracción”.

²³ Sobre tal extremo, *vid.* ORTIZ-PRADILLO, Juan Carlos, *Los delatores...*, *op. cit.*, pp. 201-204.

principios generales de tipicidad y determinación del orden penal, como para proteger a quien informa sobre una conducta irregular. Por su parte, el art. 464 CP, además de exigir violencia o intimidación para su tipicidad, requiere que la finalidad del autor sea influir en el alertador “para que modifique su actuación procesal”, lo que no siempre tendrá lugar. De ahí que se haya propuesto la reforma de este último para incluir expresamente las represalias laborales como una modalidad del delito de obstrucción a la justicia, incluso cuando tales represalias se produzcan por denuncias de relevancia meramente administrativa²⁴.

Junto con la previsión de tipos penales que protejan determinados bienes jurídicos del alertador, otra medida de Política Criminal orientada a fomentar las denuncias por parte de alertadores consiste en su exoneración de responsabilidad penal. Y en este sentido, la Directiva sí que incluye como norma mínima a nivel europeo la necesidad de prever la exoneración de responsabilidad del alertador (incluida la penal) por el hecho de revelar la información referida a la infracción denunciada, ya que una tradicional forma de represaliar al alertador consiste en querellarse contra el mismo, acusándolo de cometer un posible delito relacionado con la revelación de secretos, vulneración de secretos de empresa o la infidelidad en la custodia de documentos.

Para evitar que el temor a verse envuelto en una causa penal disuada a los posibles alertadores de denunciar irregularidades y fraudes, la Directiva viene a establecer una presunción de actuación conforme a Derecho²⁵, según la cual estos “no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha denuncia o revelación, siempre que tuvieran motivos razonables para creer que la denuncia o revelación de dicha información era necesaria para revelar una infracción en virtud de la presente Directiva (art. 21.2)”. La voluntad del alertador de servir al interés público, unido a la creencia fundada de que su actuación es acorde a la ley y de que la información comunicada es cierta, constituyen sólidos argumentos para excluir

²⁴ RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN, “¿Es necesario un estatuto para los denunciantes de la corrupción?”, *Diario La Ley*, N. 9003, de 19 de Junio de 2017. En nuestra opinión, las represalias laborales que pudieran considerarse humillantes, aunque no comporten trato degradante, deberían penarse en virtud de lo ya establecido en el art. 173.2 CP.

²⁵ A favor de incorporar esa presunción como regla general, *vid.* GARCÍA-MORENO, Beatriz, *Los Alertadores. Una propuesta de regulación*. Tesis inédita. Castilla-La Mancha, 2019, p. 233 (URI: <http://hdl.handle.net/10578/20394>. Fecha de consulta: 21 de octubre de 2019) para quien “A pesar de que se prevea un completo catálogo de medidas que alcance todas las situaciones de riesgo, de poco sirven al alertador si el acceso a las mismas puede decaer si se cuestiona su buena fe al denunciar o su diligencia al evaluar la veracidad de los hechos. Para paliar los efectos de esta situación, que puede llevar a muchos potenciales whistleblowers a desistir en su deseo de alertar y que puede causar importantes perjuicios a quien ya lo ha hecho, se propone aquí incorporar al estatuto del alertador una presunción a favor de este, de haber actuado conforme a derecho”.

cualquier tipo de responsabilidad penal (al menos, el dolo²⁶), e importantes a la hora de exonerarle de responsabilidad civil o laboral si su actuación ha seguido los cauces marcados en la normativa.

Ahora bien, la inmunidad penal que ofrece la Directiva se refiere a la divulgación de la información que constituye la alerta; no a su obtención. Tal y como se especifica en su art. 21.3, dicha inmunidad penal no resultará de aplicación cuando la adquisición o acceso a la información por parte del alertador “constituya de por sí un delito”. Por ello, estimamos muy conveniente que se aclare oportunamente la causa de justificación establecida con carácter general en el art. 20.7 CP, pues la revelación de determinadas conductas antijurídicas no siempre constituye un deber legal²⁷.

Lo esperable de los ciudadanos es que denuncien; no que investiguen por su cuenta²⁸, y aunque no cabe duda de que la voluntad de colaborar con la Justicia y el cumplimiento de la legalidad deben ser propósitos a valorar muy positivamente, nunca pueden erigirse como habilitadores de un “cheque en blanco” ante posibles excesos sancionables incluso penalmente. El fin no justifica los medios, de tal manera que, aunque es cierto que nuestros tribunales han incidido en que el Código Penal no puede proteger como secreto “información referida a actividades sospechosas de ilegalidad, incluso constitutivas de infracciones penales (defraudación tributaria, blanqueo de dinero, posible financiación del terrorismo...)”, de modo que la revelación de información sobre una conducta delictiva no puede considerarse quebrantamiento de un secreto penalmente protegido²⁹, la manera de proceder a su obtención sí podría rebasar los límites legales permitidos. Cuestión distinta es que, llegado el caso y ponderadas todas las circunstancias del caso en concreto, los tribunales apreciaran algún tipo de eximente o causa de justificación (inexigibilidad de otra conducta, error de prohibición, etc.).

²⁶ La STS, sala 2ª, n. 778/2013, de 22 de octubre, aplicó la teoría del error de prohibición invencible a un profesional que reveló determinada información protegida.

²⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, VV.AA., *Memento Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, Madrid, Francis Lefebvre, Madrid, ref. 1663-1673, entiende que existe una “colisión de deberes” en la que se encuentran los alertadores, pues por un lado tienen el deber de denunciar o evitar los delitos, y por otro lado tienen el deber de buena fe contractual y de custodiar fielmente los documentos, de modo que una posible solución pasaría por aplicar dicha causa de justificación cuando, para llevar a cabo su denuncia, el trabajador hace pública no solo información estrictamente vinculada con la actividad ilícita que revela, sino otra información merecedora de legítima protección jurídica.

²⁸ La STS, sala 2ª, n. 778/2013, de 22 de octubre, critica expresamente la conducta de un cirujano que, para denunciar un posible delito de estafa, acopió y reveló información confidencial de historiales clínicos.

²⁹ Véase el Auto n. 19/2013, de 8 de mayo, de la Sala de lo Penal (secc. 2ª) de la Audiencia Nacional sobre la denegación de extradición del Sr. Hervé Falciani a Suiza.

2.2.1.3. Las medidas antirrepresalias contra el alertador

La parte más importante de la Directiva Europea se centra, junto con la previsión de específicos requisitos que deben reunir los procedimientos de denuncia internos y externos, en las importantes medidas destinadas a evitar represalias laborales contra los alertadores.

Para ello, la Directiva lleva a cabo una regulación destacablemente amplia desde dos puntos de vista. Desde un punto de vista objetivo, a través de un vasto listado de las distintas acciones —u omisiones— que los Estados deben considerar como “represalia” proscrita por el Derecho Europeo a partir de ahora (art. 19). Y desde un punto de vista subjetivo, englobando un amplio listado de personas a las que deberán reconocerse tales medidas de protección. Y es que, junto con una definición sumamente amplia de la condición de “trabajador” que efectúa dicha Directiva, la protección se extiende también a muchas otras categorías de personas —físicas y jurídicas— tales como proveedores, trabajadores por cuenta propia, voluntarios y trabajadores en prácticas —incluidos también los becarios y quienes se encuentren en periodo de pruebas o durante procesos selectivos—, los profesionales independientes, los contratistas, subcontratistas y proveedores, los accionistas y quienes ocupen puestos directivos, así como los familiares y compañeros de trabajo del alertador y los “facilitadores” que hayan prestado apoyo al alertador (v. gr., Comités sindicales, asociaciones y entidades civiles, ONGs, etc.).

Esperemos que esta previsión especialmente amplia tenga una *vis expansiva* que conduzca a los Estados a promover especiales medidas de generación de una cultura de cumplimiento más allá de los contornos perfilados por la Directiva 2019/1937 en los planos objetivo y subjetivo³⁰. La importancia de proteger al alertador en su específico entorno laboral resulta un factor clave para potenciar su colaboración con las autoridades, pues las represalias de la organización, además de ser las más probables, son también las más peligrosas, ya que la organización tiene, por definición, una posición de dominio jurídico o económico sobre el alertador y, por tanto, también tiene una capacidad de perjudicarle mucho mayor que cualquier otro sujeto³¹.

Sin embargo, y a pesar de que la importancia de proteger al alertador frente a represalias laborales ha sido una constante en las iniciativas de las principales instituciones internacionales (ONU, OCDE o Consejo de Europa), no existía un nuestro país un mínimo marco jurídico de protección laboral al empleado para evitar cualquier tipo de represalia por el hecho de denunciar o divulgar posibles irregularidades o actividades delictivas cometidas en el seno de la empresa o entidad pública en la cual trabaja o trabajaba.

La denominada “garantía de indemnidad” derivada de la interpretación jurisprudencial del art. 55.5 ET obedece en puridad a una garantía laboral protectora

³⁰ BACHMAIER WINTER, Lorena, “*Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión*”, *Diario La Ley*, n. 9527, de 27 de noviembre de 2019, p. 6.

³¹ GARCÍA-MORENO, Beatriz, *Los Alertadores...*, op. cit. pp. 220 y ss.

del trabajador en el ejercicio ante los tribunales de Justicia de sus derechos laborales (con especial atención al ejercicio de acciones judiciales contra la empresa motivadas por la vulneración de sus derechos laborales, como sucede principalmente en materia de representación sindical) más que a un objetivo de promover o garantizar la plena colaboración con la Justicia de los empleados que tengan información esencial para la persecución de los delitos u otro tipo de ilegalidades que terceras personas –proveedores, clientes, etc. – o integrantes de la corporación –compañeros, directivos, etc. – cometan en el ámbito empresarial³².

No obstante, la jurisprudencia ha ido ampliando dicha garantía de indemnidad también a las represalias sufridas por el empleado con motivo de haber denunciado irregularidades o conductas presuntamente constitutivas de delito en su entorno laboral³³.

Pese a dicha evolución jurisprudencial, estimamos muy necesario que se proceda a una específica reforma del Estatuto de los Trabajadores, así como de la normativa aplicable a los empleados públicos, que incorpore las disposiciones de la Directiva de 2019 respecto a la tutela de los trabajadores y demás alertadores en caso de sufrir represalias por haber denunciado determinadas irregularidades en los términos descritos en la citada Directiva.

2.2.2. Medidas asistenciales al alertador

2.2.2.1 Información y asesoramiento previo

La primera premisa que debe concurrir para que los sistemas de control y detección de irregularidades en el ámbito público y privado sean correctamente utilizados es que los mismos sean conocidos por sus potenciales usuarios. Por ello, la Directiva insiste en la obligación, tanto de las entidades privadas como de las corporaciones de Derecho Público y las instituciones, de difundir y facilitar información clara, detallada y comprensible, sobre la existencia de tales canales de denuncia, los procedimientos a seguir, y sobre todo, los derechos que asisten a quien decida hacer uso de los mismos.

La clave, insistimos, reside en dotar de la suficiente protección y seguridad jurídica a quien decida colaborar con las autoridades públicas y privadas en defensa de la legalidad, el cumplimiento ético o el interés público, de modo que lo primero a reconocer a los alertadores es, entre otros derechos, el de obtener información suficiente y clara sobre la existencia de los procedimientos de denuncia, su funcionamiento, las medidas de protección y otros derechos asistenciales legalmente previstos para quien facilite información sobre presuntas irregularidades o conductas

³² ORTIZ-PRADILLO, Juan Carlos, *Los Delatores...*, *op. cit.*, pp. 190 y ss.

³³ Un estudio jurisprudencial en materia de tutela de los denunciantes de hechos delictivos puede verse en RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Whistleblowing...*, *op. cit.*, pp. 166-195. Cuando la denuncia se refiere a irregularidades no constitutivas de delito, la jurisprudencia también comienza a decantarse a favor del alertador. Entre otras, *vid.* STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 2.04.2019 (Rec. sup. 516/2019).

delictivas, el estado de la “denuncia” comunicada (v. gr., si ha sido recibida, si se ha procedido al archivo de aquella, si ha dado lugar a la puesta en marcha de una investigación interna y, en su caso, sus resultados y las medidas adoptadas, o si se ha remitido a una autoridad competente externa con vistas a una posible investigación criminal), e incluso las consecuencias y modos de solicitar asistencia en caso de divulgación pública de la información.

En definitiva, la ley debe reconocer al alertador el derecho a recibir la información anteriormente citada, con particular interés en el derecho a recibir una resolución expresa y motivada sobre su denuncia presentada (y así poder saber si deberá acudir a canales externos, en su caso), pues solo una vez se haya recibido la oportuna y suficiente información, se estará en condiciones de tomar una decisión fundada sobre si decide denunciar y en qué términos, la información a aportar o, en su caso, a indicar para su recolección por el órgano competente, etc.

2.2.2.2. Elección del canal de denuncia a utilizar

Salvo la escueta alusión del apartado 4º del art. 31 bis 5 CP a que los Programas de Cumplimiento normativo deben incluir “la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”, la legislación española apenas se refiere al contenido y características que deben tener dichos canales de denuncia, a diferencia de lo que ahora viene a exigir la Directiva 2019/1937. Si deseamos conocer pormenorizadamente los requisitos, salvaguardas y especificaciones de dichos sistemas, debíamos acudir a las *Guidelines* norteamericanas, las normas UNE y los estándares certificados ISO sobre dichos Programas de Cumplimiento.

Además, esa escueta alusión de nuestro Código Penal a la *obligación* de informar ha generado una interesante cuestión legal: ¿puede obligarse al trabajador a acudir a esos canales internos de recepción de denuncias (por ejemplo, sancionando en virtud del poder de dirección del empresario —art. 20 ET— a quien omita acudir a los órganos internos de control y gestión y decida emitir su denuncia ante un sujeto o autoridad externa)?

Frente a la indefinición de la doctrina³⁴, la Directiva de 2019 sí parece ofrecer una solución al respecto, al configurar un “sistema multinivel” de promoción de las denuncias, en donde la regla general sea el procedimiento *interno* —aunque la gestión del canal se haya externalizado a una empresa independiente—, mientras que el procedimiento *externo* ante la Institución o Agencia competente, o directamente ante la opinión pública —a través de los medios de comunicación, por ejemplo— solo tengan cabida ante circunstancias extraordinarias (v. gr., porque los canales internos no hayan funcionado adecuadamente en el pasado, o los alertadores tengan razones válidas para pensar que dichos cauces internos no serán efectivos, por ejemplo, porque el responsable de dicho canal esté implicado en la infracción, o

³⁴ Especialmente, *vid.* MASCHMANN, Frank, “Compliance y derechos del trabajador”, en VV.AA. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 160; GOÑI SEIN, José Luis, “Programas de cumplimiento, investigaciones internas y derechos de los trabajadores”, en VV.AA. *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Madrid, Edisofer, 2014, p. 383.

exista el riesgo de que se oculten o destruyan la infracción o las pruebas conexas, etc.). Es decir, la Directiva propone un sistema en el que acudir a los cauces internos resulte preferente, pero opcional³⁵.

Tal interpretación resulta conforme con la jurisprudencia del TEDH, quien ha declarado abiertamente que “es importante que la persona en cuestión proceda a la divulgación, en primer lugar, ante su superior u otra autoridad o instancia competente. La divulgación al público no debe considerarse más que como último recurso, en caso de imposibilidad manifiesta de actuar de otro modo. Por tanto, para juzgar el carácter proporcionado o no de la restricción impuesta a la libertad de expresión del demandante en este caso concreto, el Tribunal debe examinar si el interesado disponía de otros medios efectivos para poner remedio a la situación que consideraba criticable³⁶”. Y es que uno de los criterios de ponderación tradicionalmente utilizados por el TEDH se refiere, precisamente, a “si, habida cuenta del deber de discreción de un empleado hacia su empleador, la información se hizo pública como último recurso, tras su divulgación a un superior u otro órgano competente³⁷”.

2.2.2.3. Asistencia jurídica

La Directiva de 2019, al igual que lo ya previsto en muchas de las actuales leyes autonómicas sobre esta específica materia, exige que los Estados faciliten el acceso de los alertadores a “asesoramiento jurídico” sobre los procedimientos y recursos disponibles para la recepción de la información que desee transmitir, los derechos que le asistirán durante la tramitación de la denuncia, etc. Ahora bien, existe una trascendental diferencia entre el derecho a recibir asesoramiento legal —antes, durante y después de la presentación de la denuncia ante el organismo competente³⁸— y el derecho, en su caso, a “ser asistido jurídicamente” en caso de necesitarlo.

³⁵ Para RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (“El tratamiento jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva 2019/1937”, *Diario La Ley*, n. 9003, de 12 de junio de 2020), la Directiva europea ha optado por dar preferencia a la denuncia interna pero en un sentido normativo débil, exigiendo solamente que los estados promuevan o animen a los denunciantes a utilizar primero dicho medio, pero sin excluir de la protección a quienes prefieran, ya de entrada, denunciar externamente.

³⁶ *Vid.*, por todas, la STEDH *Guja c. Moldavia*, de 12 de febrero de 2008, párrafo 73.

³⁷ Los criterios de ponderación manejados por el TEDH pueden apreciarse en SSTEDH *Kudeshkina c. Rusia* (26 de febrero de 2009), *Heinisch c. Alemania* (21 de julio de 2011), *Sosinowska c. Polonia* (18 de octubre de 2011), *Bucur y Toma c. Rumanía* (8 de enero de 2013), y *Matúz c. Hungría* (21 de octubre de 2014). Con más detalle, *vid.* ORTIZ-PRADILLO, Juan Carlos, *Los delatores...*, *op. cit.*, p. 192 y ss.

³⁸ La norma más desarrollada en este extremo es la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana, que reconoce el derecho de los denunciantes a “recibir inmediatamente asesoría legal para los hechos relacionados con la denuncia (art.

Lo primero (asesoramiento) resulta fácilmente incardinable dentro del derecho a la información anteriormente analizado, mientras que lo segundo (asistencia) implica un derecho prestacional que debería incluir, en nuestra opinión, la representación y defensa jurídica de los intereses del alertador en cualesquiera procedimientos disciplinarios y jurisdiccionales que se deriven con motivo, precisamente, de haber denunciado irregularidades en su entorno profesional o respecto de la actuación de las Administraciones y otros poderes públicos, tanto en su contra (por ej., querellas por revelación de secretos) como a su favor (reclamaciones de daños y perjuicios a los que el alertador pudiera tener derecho).

En este punto, la Directiva tampoco ofrece una solución adecuada, pues prevé igualmente el deber de los Estados de garantizar el acceso de los alertadores a la asistencia jurídica en los procesos penales y civiles transfronterizos — Directivas 2016/1919, de 26 de octubre, ya citada, y 2002/58/CE, de 12 de julio, respectivamente—, mientras que para los asuntos domésticos lo deja al albur de lo que decidan los ordenamientos internos. De ahí el acierto de la Proposición de Ley de protección integral de los alertadores, presentada en el Congreso de los Diputados por diputados del Grupo Mixto en 2019³⁹, que incluía también el derecho a la defensa jurídica (art. 9) en todas las actuaciones relacionadas con la comunicación de una información constitutiva de alerta y *en todas las actuaciones que deriven o sean consecuencia de la misma*.

Resulta indispensable ofrecer la merecida defensa letrada al alertador que actúa bajo la creencia de estar cooperando con la defensa del interés público conforme al ámbito de aplicación de la Directiva, pues a buen seguro una de las represalias más comunes consistirá en dirigir contra aquel procedimientos internos disciplinarios y acciones judiciales de diversa índole. De ahí la necesidad de una reforma integral que incluya, dentro de las medidas de indemnidad laboral, también a la asesoría jurídica y a la asistencia letrada gratuita, a favor de cualquier empleado tanto del sector público como del privado⁴⁰.

Aunque los Programas de Cumplimiento de algunas entidades privadas prevean interesantes medidas incentivadoras de la colaboración eficaz del empleado para que utilice los canales internos de denuncia (por ej., la asunción de los gastos jurídicos de defensa de dicho denunciante, bien porque posteriormente sea encausado por las

14.1.d)”, el “derecho de asesoramiento sobre los procedimientos que, en su caso, se interpongan contra la persona denunciante con motivo de la denuncia (art. 14.2.a)” y el “derecho a la asesoría legal en relación con la denuncia realizada, que le prestará la Agencia (art. 43 del Reglamento de funcionamiento)”.

³⁹ Dicha Proposición incluía, como Disposición adicional segunda, una Modificación de la Ley 1/1996, de 10 enero, de Asistencia Jurídica Gratuita consistente en añadir un apartado j) al artículo 2 de la Ley para reconocer, con independencia de su situación económica, “el derecho de asistencia jurídica gratuita a los alertadores o facilitadores que, reuniendo los requisitos previstos por la Ley de Protección Integral de Alertadores, quieran interponer una acción judicial o sean demandados o investigados en procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de tales”.

⁴⁰

ORTIZ-PRADILLO, Juan Carlos, *Los Delatores...*, op. cit., p. 195.

autoridades estatales, bien porque sea objeto de denuncia o acusación por la propia empresa o por los otros empleados delatados; e incluso decida afrontar los costes de la responsabilidad civil que se imponga a ese denunciante condenado), ello no puede quedar en manos de la autorregulación empresarial: debe ser una norma estatal la que prevea dicho derecho prestacional, y con vocación universal, tanto para el sector privado como para el público.

Cuestión distinta será resolver si dicha defensa letrada del alertador debe ser asumida por la asesoría jurídica de la entidad privada en la que trabaja; por un abogado de confianza designado por aquel pero costado por dicha entidad; por el correspondiente cuerpo jurídico de Letrados de la Administración (Abogacía del Estado, Letrados de la CC.AA. o de la Corporación Local) en la que el alertador desempeñe su servicio público; por los servicios jurídicos de la Institución pública que específicamente se cree en materia de lucha contra la corrupción o por la correspondiente sección especializada de la Abogacía del turno de oficio.

En este sentido, llama poderosamente la atención la actual situación jurídica en España respecto de la asistencia jurídica a directivos y altos cargos de las Administraciones Públicas encausados por delitos relacionados con la corrupción, para lo cual tomaremos como referencia el denominado “caso de los ERE” en Andalucía. Junto con el art. 14 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que reconoce el derecho individual de cualquier funcionario “a la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos, la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía también facilita la representación y defensa en juicio por parte del Gabinete Jurídico de la Junta a las autoridades y personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía, cuando los procedimientos se sigan por actos u omisiones relacionados con el cargo y previo consentimiento de la persona interesada (art. 44). Y lo más llamativo: hasta finales del año 2011⁴¹, el Reglamento de Organización y Funciones de dicho Gabinete Jurídico permitía que el titular de la Consejería de quien dependiera el afectado pudiera autorizar que se contratasen abogados privados que asumieran su defensa, incluso en aquellos supuestos en los que *“pudiera existir incompatibilidad material por la posición procesal que la Comunidad Autónoma haya de mantener en el mismo o en otros procedimientos”*.

Nada que objetar al hecho de que la Administración correspondiente asuma la defensa jurídica de uno de sus empleados o cargos políticos, cuando se dirijan contra el mismo acciones judiciales derivadas de actos u omisiones realizados *en el ejercicio de sus cargos cumpliendo el ordenamiento jurídico o las órdenes de sus superiores*, así como también el que los servicios jurídicos de dicha Administración ejercite acciones ante cualquier jurisdicción en nombre de dichos empleados, autoridades o funcionarios. Ello es precisamente lo que defendemos.

⁴¹ Disposición adicional segunda del Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, derogada en virtud del Decreto 367/2011, de 20 de diciembre, del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía y cuerpo de letrados de la Junta de Andalucía.

El que se asuma también el coste económico de atribuir dicha defensa jurídica a abogados privados resulta menos defendible, sobre todo si tenemos en cuenta la actual formación y especialización de los Letrados de los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas (e incluso de la Abogacía del Estado, con quien Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales pueden suscribir los correspondientes convenios de colaboración y asistencia). Una cosa es que la Ley —entre otras, el art. 551.3 LOPJ— permita a las Instituciones de Derecho Público contratar a un despacho privado de abogados para que asuma su representación y defensa en procesos en defensa de los intereses de la institución o el interés público general⁴², y otra cosa muy diferente es que con dinero público se costee dicha defensa privada cuando la perjudicada sea la propia Administración y esta se persone procesalmente contra dicho cargo, lo cual resulta censurable. Y aún lo es más que la decisión dependa en último término de la persona titular de la Consejería correspondiente (que pertenecerá, con gran seguridad, al mismo partido político al que pertenece ese alto cargo encausado, precisamente, por favorecer intereses privados del mencionado partido político, o por lucrarse individualmente o en favor de terceros).

Tal y como gráficamente describe el considerando n.99 de la Directiva 2019/1937, “*Los honorarios de abogados pueden suponer un coste significativo para los denunciantes que tengan que defenderse de medidas de represalia adoptadas contra ellos a través de procesos judiciales*”. Por ello, al igual que se asumen (sin perjuicio de repetición para el caso de que el encausado sea finalmente condenado en firme) los costes de las defensas privadas de las autoridades y altos cargos de la Administración, de igual modo debiera costearse y asumirse el coste de la defensa letrada del alertador en cualesquiera procedimientos administrativos y jurisdiccionales relacionados con su condición de alertador de corrupción.

2.2.2.4. Indemnizaciones e incentivos

2.2.2.4.1. Reparación e indemnización por el daño sufrido

El acto de destapar irregularidades y conductas delictivas cometidas en el seno de cualquier entidad, pública o privada, da lugar a un verdadero calvario. Junto con las represalias que todos conocemos, el acoso y derribo al que se somete social y profesionalmente al alertador y su entorno personal y familiar conlleva un desgaste anímico —además del económico— muy elevado.

Una vez más, la Directiva de 2019 se queda corta a la hora de fijar unos mínimos estándares europeos a la hora de paliar y reparar eficazmente los diversos perjuicios de índole personal y patrimonial a los que se ven abocados los alertadores,

⁴² Nos estamos refiriendo a ejemplos como el conocido “caso Odyssey” tramitado en los EE.UU., en donde España contrató un despacho particular (Covington & Burling LLP, dirigido por el letrado James Goold) para litigar contra la empresa cazatesoros *Odyssey Marine Exploration Inc.*

sobre todo cuando trasciende públicamente su identidad. Su art. 20.2 faculta a los Estados —dice, literalmente, *podrán*— a prestar “asistencia financiera y medidas de apoyo a los denunciantes, incluido apoyo psicológico, en el marco de un proceso judicial”, lo que significa que para ello deberá existir un proceso judicial en el que una de las partes procesales sea el alertador. Y el apartado 8º del art. 21 exige que los Estados adopten “las medidas necesarias para garantizar que se proporcionen vías de recurso e indemnización íntegra de los daños y perjuicios sufridos por las personas a que se refiere el artículo 4 de conformidad con el Derecho nacional”, lo cual tampoco supone una mejora en sí de la situación jurídica actual de nuestro país, en donde los ciudadanos tienen reconocido el derecho a una tutela judicial efectiva y al ejercicio de las correspondientes acciones judiciales de cesación e indemnización, tanto contra privados como contra las instituciones públicas en caso de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Sin embargo, la reparación del daño causado a los denunciantes de corrupción admite muchas otras fórmulas que harían más atractivo y eficaz el objetivo pretendido con la Directiva, esto es, la implicación de la ciudadanía en denunciar esos fraudes e irregularidades cometidos en el seno de las empresas e instituciones.

Algunos ejemplos ya los hemos señalado, como el otorgamiento de legitimación a determinados organismos e instituciones en cualesquiera procedimientos administrativos y judiciales en representación y defensa de los intereses del alertador. Otros se deducen necesariamente de la configuración de las medidas antirrepresalias que deberán incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico, como la atribución de potestad administrativa disciplinaria y sancionadora a organismos públicos para la anulación de cualesquiera medidas discriminatorias o represivas contra el alertador (v. gr., la nulidad de las medidas laborales o profesionales acordadas en su perjuicio), la adopción de medidas provisionales, etc. Y otros (v. gr., los gastos de atención psicológica o médica) podrían ser fácilmente asumibles por las Administraciones Públicas, pues al igual que se han reconocido diversos derechos asistenciales extraprocesales a las víctimas de delitos, deberían reconocerse similares derechos a los represaliados por haber actuado de buena fe y en defensa de la integridad y el cumplimiento de la Ley, con independencia de su situación procesal. En muchas ocasiones, los alertadores no adquirirán el *estatus* procesal de “víctima”, de modo que no podrán beneficiarse de los derechos reconocidos en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito. De ahí la necesaria regulación legislativa de un estatuto asistencial e integral en beneficio de tales sujetos.

2.2.2.4.2. Incentivos sociales y reputacionales

Una de las fórmulas históricamente utilizadas para promover conductas cívicas positivas ha sido el otorgamiento de distinciones, condecoraciones y recompensas de diversa índole. Es más, el verdadero desafío de nuestro sistema legal y social pasa por fomentar el reconocimiento y la loa social hacia el alertador como “un modelo a seguir”, lo cual puede ser, llegado el caso, un acicate para estimular conductas ejemplares mucho mayor que ciertas medidas de protección tradicionales.

Ojalá llegue el día en el que no haya que esconder ni ocultar a quien denuncia un delito y cumple con su deber cívico. Mientras tanto, y como quiera que lo perseguido es evitar precisamente que se descubra la identidad del alertador, tales premios

reputacionales deberían establecerse subsidiariamente, para aquellos supuestos en los que trascienda dicha identidad, junto con otras medidas reparadoras (como, por ej., la promoción laboral, la concesión de medallas al mérito en el trabajo, así como otras reparaciones simbólicas como una disculpa pública y oficial por el daño padecido).

Desde otro punto de vista, no debemos omitir del presente debate que la publicidad de los datos del alertador, seguida de importantes incentivos reputacionales y sociales, también puede ser utilizado como un eficaz mecanismo protector, pues reconocer públicamente a un sujeto como *alertador*, a los fines de la normativa aquí examinada, también puede servir igualmente para disuadir a la entidad de adoptar potenciales represalias contra aquel. Si trasciende públicamente la identidad de un alertador, así como los hechos objeto de alerta, la empresa se verá también públicamente sometida al escrutinio público de las medidas que adopte —u omita— en defensa o en perjuicio del alertador, del facilitador o de sus allegados, en un futuro inmediato.

Dado que uno de los fines por los que se pretende promover, en primer lugar, la utilización de los canales internos de denuncia es, precisamente, para evitar los daños reputacionales sobre la entidad, esa presión mediática puede tener su lado positivo: la empresa que de repente se ve bajo los focos de los medios de comunicación por un presunto fraude cometido en su seno, puede optar por la estrategia de tratar de ocultar dicho escándalo a toda costa, pero también puede ver dicha situación como una oportunidad para evidenciar su decidida apuesta por la cultura de la legalidad y la ética empresarial, adoptando las necesarias medidas reparadoras, no solo respecto de los actos indebidamente cometidos, sino también respecto de quienes con su compromiso laboral y ético han ayudado a descubrir tales actuaciones internas indeseables. En ocasiones, reconocer el error cometido, pedir disculpas y adoptar las necesarias reformas estructurales internas (cese de mandos, reposición del puesto laboral al empleado represaliado, etc.) suele ser una magnífica campaña publicitaria, además de una oportunidad para demostrar públicamente su compromiso y reconocimiento sobre los alertadores.

Por tanto, la promoción social y pública de los alertadores puede servir igualmente como instrumento para evitar represalias, e incluso más: puede servir para obligar a la empresa privada o institución pública a reconocer déficits de control internos, a adoptar cambios en sus programas de gestión o en su organigrama responsable de los mismos —incluida la cúpula directiva de la empresas o sus filiales—, a apostar por una decidida colaboración eficaz con las autoridades, así como a reconocer y premiar la actuación de su empleado.

2.2.2.4.3. Incentivos económicos

El ofrecimiento de recompensas económicas también constituye otro de los instrumentos legalmente previstos en otros ordenamientos jurídicos para la promoción jurídica de la colaboración con la Justicia, si bien representa un tema que ha suscitado y sigue suscitando en la actualidad un importante debate, tanto desde la óptica moral como desde su operatividad práctica⁴³. Por ello, en el estudio de las

⁴³ Un examen en profundidad de los distintos incentivos económicos actualmente existentes en los países anglosajones, en Iberoamérica y en la normativa

oportunas reformas legislativas que se acometan para incorporar la Directiva 2019/1937 a nuestro sistema jurídico no debería omitirse el análisis en profundidad, sin prejuicios de origen, sobre la utilidad o no de establecer recompensas económicas a favor de quien facilita información a las autoridades, en función de la gravedad de las irregularidades denunciadas, de la calidad de la información ofrecida, o de las cantidades que el Estado llegue a recuperar al descubrir y castigar el fraude.

Se han realizado estudios que indican que, de entre los distintos incentivos examinados a la hora de determinar cuáles aumentan el deseo de denunciar (v. gr., mejorar la reputación de nuestra honestidad y compromiso con la Sociedad, obtener una mejora o promoción profesional, recibir recompensas económicas y de otra índole, etc.), los económicos constituyen un factor determinante en el afloramiento de los casos de fraude en el sector empresarial⁴⁴; que el fomento de la denuncia por parte del Estado con generosas recompensas económicas no desincentiva ni disuade la utilización de los canales internos empresariales⁴⁵, sino que aumenta la presión sobre las mismas “para establecer mecanismos efectivos de denuncia interna⁴⁶”; y que la rebaja/aumento en la cuantía del premio tiene una repercusión directa en el número de denuncias presentadas⁴⁷.

Aunque se haya apuntado hacia los EE.UU como el país que cuenta con una larga tradición legislativa en materia de incentivos económicos en este sentido, lo cierto es que la opción de premiar con dinero —y otros galardones y estímulos— a

española lo encontramos en ORTIZ-PRADILLO, Juan Carlos, *Los Delatores...*, op. cit., pp. 131-165.

⁴⁴ DYCK, Alexander, MORSE, Adair, ZINGALES, Luigi, “Who blows the Whistle on Corporate Fraud?”, *The Journal of Finance*, 2010, vol. 65, Issue 6; CALLAHAN, Elletta, DWORKIN, Terry, “Do good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act”, *Villanova Law Review*, 1992, vol. 37, p. 274; RAPP, Geoffrey, “Beyond protection: invigorating incentives for sarbanes-oxley corporate and securities fraud whistleblowers”, *Boston University Law Review*, 2007, Vol. 87, p. 119.

⁴⁵ Véase el estudio de IWASAKI, Masaki, ‘Effects of external whistleblower rewards on internal reporting’, Harvard Law School, Discussion Paper n. 76, 05/2018. Descargado el 28 de octubre de 2019 de http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center.

⁴⁶ FASTERLING, Björn, LEWIS, David, ‘Leaks, legislation and freedom of speech: How can the law effectively promote public-interest whistleblowing?’, *International Labour Review*, 2014, vol. 153, Issue 1, p. 87.

⁴⁷ HOGG, William, ‘I am America (And So Can You!): Incentives, Consequences, and Reforms of the False Claims Act (October 18, 2013)’, explica como la False Claims Act de 1863 fue modificada en 1943 para reducir la cuantía a favor del delator, pasándose del 50% de lo recuperado a entre el 10% y el 25%, y tras dicho cambio el número de casos denunciados descendió significativamente. Posteriormente, en 1986, el Congreso enmendó dicha norma y elevó las recompensas a la horquilla 15% a 30% y el número de denuncias aumentó ostensiblemente (*dramatically*).

quien informa de un determinado perjuicio contra el Estado fue objeto de una detallada normativa en el Derecho Romano para incentivar el descubrimiento y la persecución de determinados ilícitos que, de otro modo, difícilmente hubieran podido ser descubiertos por un Ordenamiento que carecía de un aparato de policía, magistrados o funcionarios encargados de la investigación delictiva⁴⁸.

En España, sin embargo, el ofrecimiento de incentivos económicos para promocionar denuncias constituye una práctica legal que se ha ido abandonando con el paso de las décadas, aunque todavía perduran ciertos “premios por denuncia” en determinados sectores jurídicos, como por ejemplo respecto de quien informe sobre la existencia de bienes y derechos de titularidad pública en manos privadas o herencias intestadas a favor del Estado o de las CC.AA.

La Directiva sobre *whistleblowing* no ha querido incidir en este extremo, limitándose únicamente a facultar a los Estados a “prestar asistencia financiera y medidas de apoyo a los denunciantes” (art. 20.2), lo cual es tanto como no decir nada. Pero sabemos que existen otros ámbitos jurídicos en donde desde Europa sí que se ha animado a los Estados a incluir recompensas económicas a favor de quienes faciliten, sin estar obligados a ello por disposición legal o contractual, información esencial y determinante para la detección de conductas ilícitas y la imposición de sanciones. Así sucede, por ejemplo, en materia de uso de información privilegiada y manipulación del Mercado, en donde el Reglamento (UE) n. 596/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16.04.2014, sobre Abuso de Mercado habilita a los Estados a que incluyan recompensas económicas a favor de quienes faciliten información esencial en materia de lucha contra el uso de información privilegiada y manipulación del Mercado, dado que *Los confidentes proporcionan a las autoridades competentes nueva información que permite detectar y sancionar los casos de operaciones con información privilegiada y de manipulación de mercado. No obstante, pueden verse disuadidos de ello por miedo a las represalias o por falta de incentivos (...)*. Por ello, y además de determinadas medidas de protección de su identidad, el art. 32.4 permite a los Estados miembros prever la concesión de “incentivos económicos” a las personas que ofrezcan información relevante sobre posibles infracciones del presente Reglamento, siempre que esas personas no estén sometidas a otras obligaciones legales o contractuales previas de facilitar tal información, que esta sea nueva y que dé lugar a la imposición de una sanción administrativa o penal, o a la adopción de otra medida administrativa por infracción del presente Reglamento⁴⁹.

Si verdaderamente se desean acometer las oportunas reformas legales para impulsar la transparencia, el buen gobierno corporativo y el cumplimiento de la legalidad, no pueden omitirse los oportunos estudios y debates sobre la mayor o menor eficacia del ofrecimiento de incentivos de naturaleza económica dentro del

⁴⁸ Como estudio específico en materia de premios económicos en el Derecho Romano, *vid.* GARCÍA CAMIÑAS, Jesús, “Deferre ad aerarium”, *AFDUDC*, n. 10, 2006 pp. 431-451.

⁴⁹ Como ejemplo, la autoridad británica en materia de defensa de la Competencia (*Competition and Markets Authority*) ofrece recompensas de hasta 100,000 libras.

análisis del desarrollo de los sistemas de *whistleblowing* en nuestro país. La experiencia no siempre ha sido positiva y en el pasado se han producido actuaciones espurias relacionadas con esta materia⁵⁰, pero sería igualmente defendible que se decidiera su incorporación progresiva en determinados sectores de nuestro ordenamiento jurídico (v. gr., mercados regulados) en los que cabría fijar recompensas en función de lo recuperado por el Estado o los organismos correspondientes al imponer las respectivas multas⁵¹, y analizar, a partir de los datos recabados y las experiencias desarrolladas, la eficacia y/o conveniencia de su mantenimiento, ampliación o supresión.

No en vano, no puede negarse que muchos de los incentivos legalmente establecidos en otros sectores para fomentar la colaboración con la propia entidad o con las autoridades estatales tienen un evidente trasfondo económico. En lo público, ahí están los *Programas de Clemencia* que operan en el sector de la competencia (exoneración de multas) o la regularización administrativa (residencia, reunificación familiar y permiso de trabajo) a favor de los ciudadanos extranjeros que colaboran en la lucha contra las redes de inmigración ilegal de seres humanos y su explotación sexual o laboral. Y en lo privado, también resultan “monetizables” los incentivos dirigidos a sus empleados y a terceros para que detecten y comuniquen vulnerabilidades o defectos en los productos empresariales.

Por ello, si en el entorno empresarial se ha asumido con naturalidad el ofrecimiento de determinados complementos retributivos en especie a favor de determinados sujetos (por ej., *bonus* por productividad, acciones empresariales, o pólizas de responsabilidad civil), no estaría de más comenzar a reconocer que apostar por la cultura del respeto por la ética y la legalidad también puede lograrse con el ofrecimiento de incentivos económicamente computables a favor de quien denuncie internamente conductas inaceptables (por ej., promoción laboral, permisos retribuidos, asistencia letrada, etc).

⁵⁰ Nos referimos, por ejemplo, a la connivencia del alertador con el denunciado para no denunciarle a cambio de un concreto pago, o el hecho de que solo se denuncien aquellos fraudes respecto de los que existan recompensas económicas, en detrimento de aquellos otros sectores para los que no se prevean tales incentivos, lo cual ya fue puesto de manifiesto por TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 169), en donde da cuenta de que, los Procuradores de las Cortes de 1583-1585, ya se quejaron en su momento al monarca de que el delito de incesto “pocas veces se denunciaba ni se condenaba” porque, aunque la ley imponía por tal delito la pena de perdimiento de la mitad de los bienes, todo su valor se ingresaba en la Cámara real y no tenían participación alguna ni jueces ni delatores.

⁵¹ Como ejemplo concreto, la Proposición de Ley de Protección Integral de los Denunciantes de Corrupción formulada por el Grupo Parlamentario VOX a la mesa del Congreso de los Diputados el 10 de junio de 2019 incluía, en su art. 38.g), un premio a favor del denunciante por un importe equivalente al 10% de la cuantía efectivamente recuperada del importe total en que se cifrase el perjuicio al erario público.

3 BIBLIOGRAFÍA

BACHMAIER WINTER, Lorena, “Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión”, *Diario La Ley*, n. 9527, de 27 de noviembre de 2019.

BANACLOCHE PALAO, Julio, “Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en VV.AA. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*. Madrid, Fiscalía General del Estado, 2018.

BENTHAM, Jeremy, *Teoría de las Penas y las Recompensas*. Obra traducida al castellano. Barcelona, Imprenta de D. Manuel Saurí, 1838.

CALLAHAN, Elletta; DWORKIN, Terry, “Do good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act”, *Villanova Law Review*, 1992, v. 37.

CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustín, “La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 35, Mayo-Agosto, 2014.

DYCK, Alexander; MORSE, Adair; ZINGALES, Luigi, “Who BLOws the Whistle on Corporate Fraud?”, *The Journal of Finance*, 2010, v. 65, Issue 6.

FASTERLING, Björn; LEWIS, David, ‘Leaks, legislation and freedom of speech: How can the law effectively promote public-interest whistleblowing?’, *International Labour Review*, 2014, v. 153, Issue 1.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la española”, VV.AA., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*. Madrid, Fiscalía General del Estado, 2018.

GARCÍA CAMIÑAS, Jesús, “Deferre ad aerarium”, *AFDUDC*, n. 10, 2006 pp. 431-451.

GARCÍA-MORENO, Beatriz, “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, en VV.AA., *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (Dir. Adán Nieto Martín). Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

GARCÍA-MORENO, Beatriz, *Los Alertadores. Una propuesta de regulación*. Tesis inédita. Castilla-La Mancha, 2019, p. 233 (URI: <http://hdl.handle.net/10578/20394>. Fecha de consulta: 21 de octubre de 2019).

GOÑI SEIN, José Luis, “Programas de cumplimiento, investigaciones internas y derechos de los trabajadores”, en VV.AA. *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Madrid, Edisofer, 2014.

HOGG, William, ‘I am America (And So Can You!): Incentives, Consequences, and Reforms of the False Claims Act (October 18, 2013).

IWASAKI, Masaki, ‘Effects of external whistleblower rewards on internal reporting’, Harvard Law School, Discussion Paper n. 76, 05/2018. Descargado el 28 de octubre de 2019 de http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center.

MASCHMANN, Frank, “Compliance y derechos del trabajador”, en VV.AA. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid, Marcial Pons, 2013.

ORTIZ-PRADILLO, Juan Carlos, “El difícil encaje del delator en el proceso penal”, *Diario La Ley*, n. 5860, de 12 de junio de 2015.

ORTIZ-PRADILLO, Juan Carlos, *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la Justicia*. Madrid, La Ley, 2018.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “¿Es necesario un estatuto para los denunciantes de la corrupción?”, *Diario La Ley*, n. 9003, de 19 de Junio de 2017.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “EL TRAtamiento jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva 2019/1937”, *Diario La Ley*, n. 9652, de 12 de junio de 2020.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, VV.AA., *Memento Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, Madrid, Francis Lefebvre, Madrid, ref. 1663-1673.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*, Barcelona, Marcial Pons, 2013.

RAPP, Geoffrey, “Beyond protection: invigorating incentives for sarbanes-oxley corporate and securities fraud whistleblowers”, *Boston University Law Review*, 2007, Vol. 87.

RIQUERT, Marcelo, *La delación premiada en el derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1992.