

EL “WHISTLEBLOWER”: *EL BUEN CHIVATO*¹. LA PROTECCIÓN DE LOS INFORMANTES SOBRE INFRACCIONES NORMATIVAS Y DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

THE “WHISTLEBLOWER”: *THE GOOD SNEAK.*
PROTECTION OF WHISTLEBLOWERS ON REGULATORY AND
ANTI-CORRUPTION BREACHES

DRA. SUSANA ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER

Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- LA LEY 2/2023 Y LA PROTECCIÓN DE LOS INFORMANTES DE INFRACCIONES NORMATIVAS. 2.1.- *Finalidad de la ley*. 2.2.- *Ámbito objetivo de aplicación*. 2.2.1.- *La validez de la denuncia anónima*. 2.2.2.- *El juicio de verosimilitud*. 2.3.- *Ámbito subjetivo de aplicación de la ley 2/2023*. 2.4.- *Tratamiento de datos*. 2.5.- *Los canales de información*. 2.6.- *La protección del denunciante y del denunciado*. 2.7.- *Valoración probatoria de la denuncia anónima*. 3.- CONCLUSIÓN.

Resumen: Paulatinamente ha ido cobrando en los sistemas jurídicos de nuestro entorno la necesidad de fomentar la cultura de la

¹ Nos permitimos este título sin ánimo alguno de ofensa, sino para llamar la atención sobre la bondad ínsita de quien tiene el coraje y el arrojo suficientes para denunciar las conductas irregulares en el ámbito de la empresa, a pesar de las posibles represalias. De hecho, el término *whistleblower*, como veremos más adelante, se acerca más a la figura del colaborador que a la del chivato, soplón o delator. Es más, el término *whistleblower* se aplica exclusivamente a quien denuncia irregularidades o prácticas ilegales. Esta palabra, de origen anglosajón, se traduce literalmente como “el que toca el silbato” para referirse a la persona que advierte sobre una irregularidad en su ámbito laboral.

transparencia y del buen gobierno, no sólo en el ámbito de la empresa privada, sino también en el sector público. Con la finalidad de impulsar la consecución de dichos objetivos resulta imprescindible arbitrar diferentes instrumentos que sirvan para evitar o perseguir conductas fraudulentas y corruptas en dichos entornos, cuya repercusión en el conjunto de la ciudadanía y en la economía es incuestionable. Consciente de ello, el legislador entendió que una buena forma de luchar contra dichas corruptelas era animando a denunciar a quienes fueren conocedores de tales prácticas, proporcionándoles el amparo del anonimato. Frente a los recelos suscitados por la delación anónima, hoy en día se reputa una medida útil para potenciar la colaboración con la justicia, configurándose como punto de partida para investigar posibles delitos en el seno de la empresa. Cuestión distinta -y que se abordará debidamente- es la de las irregularidades de naturaleza formal que puedan concurrir en la denuncia formulada, sus requisitos de admisibilidad y su valoración en juicio.

Palabras clave: denuncia anónima, whistleblower, canales de información, protección del denunciante, valoración probatoria.

Abstract: Gradually, the need to promote a culture of transparency and good governance has taken hold in the legal systems of our environment, not only in the private sector but also in the public one. In order to achieve these objectives, it is essential to establish different instruments that serve to prevent or pursue fraudulent and corrupt behaviors in these environments, the impact of which on the entire citizenry and the economy is undeniable. Aware of this, the legislator understood that a good way to combat such corruption was to encourage individuals who were aware of such practices to report them, providing them with the protection of anonymity. Despite the concerns raised by anonymous reporting, it is now regarded as a useful measure to enhance collaboration with justice, serving as a starting point for investigating possible crimes within companies. A different issue -which will be duly addressed- is that of the formal irregularities that may occur in the complaint filed, its admissibility requirements, and its assessment in court.

Key words: anonymous complaint, whistleblower, information channels, whistleblower protection, evidential assessment.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace años ha ido calando en los sistemas jurídicos de nuestro entorno y, más lentamente, en la propia sociedad, la necesidad de

potenciar la transparencia de los actos y de las conductas, especialmente en el ámbito empresarial (también en la administración pública), asociada al llamado *buen gobierno* y a la lucha contra las formas de proceder fraudulentas y corruptas que afectan al conjunto de la ciudadanía. Ese *buen gobierno* se basa en la idea del establecimiento de mecanismos que aporten valor a la entidad societaria, favoreciendo la toma de decisiones internas y permitiendo a la empresa actuar de forma más rápida y eficaz en todos los ámbitos, incluyendo los que pudieran afectar a la legalidad o regularidad de sus acciones. Hasta ahora, era habitual que, cuando un empleado advertía corruptelas cometidas por la entidad para la que prestaba sus servicios, y se atrevía a denunciar públicamente tales acciones, fuera visto como un *chivato*, por una supuesta falta de lealtad hacia el empleador. Esta perspectiva ha ido cambiando progresivamente, hasta el punto de que, en la actualidad, se ha asentado en la sociedad la conciencia de que debe perseguirse a quienes quebrantan la ley y que no deben consentirse ni silenciarse los incumplimientos de los que se pueda llegar a tener conocimiento.

Por ello se han llevado a cabo diversos proyectos, con la finalidad de fomentar que los concesores de esas acciones irregulares se atrevan a dar el paso de comunicarlas (ya sea a nivel interno o externo, o a través de los medios de comunicación). A ello ayudaron, sin duda, los programas de *compliance* penal² e incluso ciertas iniciativas legislativas autonómicas para proteger a quienes quisieran informar sobre

² El art. 31 bis del Código Penal (CP) reconoce la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas, de la que pueden ser eximidas, según el apartado 2 de ese mismo artículo, cuando se cumplen las condiciones de la *compliance* penal. Excedería con mucho el objeto de este trabajo desarrollar el tema de la *compliance*. Baste decir que consiste un conjunto de herramientas preventivas que tratan de evitar infracciones penales en el seno de la empresa, cometidas por la propia empresa (entre otras, estafa, cohecho, tráfico de influencias o blanqueo de capitales). Es decir, son programas que recogen instrumentos (con carácter preventivo y no obligatorio) para evitar la comisión de infracciones o delitos por parte de los integrantes de una organización (persona jurídica). Lo más destacable es que, teniendo estos programas en funcionamiento, se podría eximir de responsabilidad penal a la empresa cuando hubiese ocurrido en un ilícito penal. El *compliance officer* u oficial de cumplimiento tiene aquí un papel destacado, pues es el encargado de garantizar que los procesos organizativos, así como los empresariales, cumplen con los requisitos legales, así como con las políticas de la organización o con los reglamentos externos. Al respecto se puede consultar, entre otros, Aguilera Gordillo, R., «Manual de Compliance Penal en España. Régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación analítica de base estratégica. Requisitos del Compliance Program», Ed. Aranzadi, Madrid, 2022, o Gimeno Beviá, J., «Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas», Ed. CIVITAS, 2016.

este tipo de conductas³, así como la creación de oficinas antifraude y, muy especialmente, de la *Oficina Nacional de Lucha contra el Fraude* - cuya función es, entre otras y a los efectos que nos interesan, el análisis de los comportamientos y conductas fraudulentas y la adopción de iniciativas para la formulación de estrategias generales para luchar precozmente contra los mismos⁴, además del *Servicio Nacional de Coordinación Antifraude*.

El legislador, tanto europeo como nacional, se mostraba particularmente interesado en sacar adelante una ley que protegiera a quienes, de manera voluntaria, y por un ético sentido de la justicia⁵ —además de por un interés económico y pragmático subyacente—,

³ Las CCAA de Cataluña, Valencia, Islas Baleares, Navarra, Aragón, Castilla y León, Principado de Asturias o Andalucía han abordado la cuestión de la protección de los denunciantes, si bien la regulación ha sido parcial y centrada fundamentalmente en la creación de oficinas o agencias con la específica función de prevenir e investigar casos de uso o destino fraudulentos de fondos públicos o aprovechamientos ilícitos derivados de actuaciones que comporten conflictos de intereses o utilización de información privilegiada.

⁴ Otras funciones son, de manera resumida, las siguientes:

- elaboración de programas y planes generales de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de lucha contra el trabajo no declarado, el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

- diseñar planes de actuación en materia de formación profesional para el empleo.

- la definición de métodos de trabajo y procedimientos de investigación y comprobación inspectora en materia de lucha contra el fraude.

- ejercer las competencias en materia de procedimientos sancionadores y expedientes liquidatorios por cuotas de la Seguridad Social y otros conceptos de recaudación conjunta.

- establecer y desarrollar los mecanismos de cooperación y colaboración necesarios.

- asumir, en el ámbito de las competencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, las funciones de comunicación, coordinación y colaboración en materia de lucha contra el fraude

- coordinar las actuaciones con otros departamentos o administraciones públicas que colaboran en la lucha contra el fraude.

- el control y seguimiento de las actuaciones realizadas, y evaluación periódica sobre su grado de cumplimiento y eficacia.

- proponer la celebración de convenios de colaboración con otras administraciones públicas en materia de lucha contra el fraude.

⁵ A ello también contribuye el hecho de estar inmersos, en la actualidad, en una sociedad digital interconectada en la que toda la ciudadanía resulta potencial receptora y difusora de información. Por ello, según la Circular de la Fiscalía General del Estado (FGE) 2/2022, «es de prever que las delaciones anónimas se vean notablemente incrementadas fruto de la consolidación de una corriente social caracterizada por un singular compromiso en la ejecución de tareas de auxilio y colaboración con la Administración de Justicia y, desde luego, como consecuencia del cada vez más extendido uso de las nuevas tecnologías como vehículo de transmisión de la noticia criminal».

deseaban poner de manifiesto, a través de la *denuncia* o filtrando la información en los medios de prensa, dichas conductas impropias o ilícitas, tramas criminales relacionadas con la delincuencia económica y la corrupción, que se podrían generar tanto en la empresa privada como en la pública⁶, cuando el temor a posibles represalias podía suponer un freno a esas iniciativas personales⁷.

Diversos instrumentos legales contribuyeron a incentivar y promover la creación de *buzones* de colaboración ciudadana y canales de denuncia interna que garantizaran el anonimato o, cuando menos, la confidencialidad del denunciante. Una primera iniciativa legislativa nacional fue la aprobación de la Ley Orgánica (LO) 1/2019, de 20 de febrero, de modificación del Código Penal (CP), para la trasposición efectiva y en plazo de las Directivas UE en los ámbitos financiero (abusos de mercado, fraude) y de terrorismo⁸, así como para tratar diversas cuestiones de índole internacional, con un incremento de las sanciones por actividades ilegales que pudieran poner en riesgo la reputación de las empresas e incluso suponer su disolución.

Apenas unos meses después de la entrada en vigor de la citada norma nacional, la UE promulgó la Directiva 2019/1937 del Parlamento

⁶ Y es que tan corrupto puede ser un acto de malversación de fondos públicos como una estafa societaria.

⁷ Esta opción, según Ortiz Pradillo, evidencia una política criminal «basada en criterios utilitarios y pragmáticos que se vale de ese derecho premial como un instrumento más para desbaratar la criminalidad organizada, lo cual chirría con los tradicionales fines de la pena y podría no ser comprendida por la sociedad». Vid. Ortiz Pradillo, J.C., «El difícil encaje del delator en el proceso penal español». *Diario La Ley*, N° 8560, Sección Doctrina, 12 de junio de 2015.

⁸ A saber: la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, *sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado*; la Directiva UE 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, *relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo*; la Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, *relativa a la lucha contra el terrorismo*, y la Directiva 2017/1371/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, *sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal*. Es de destacar que el texto de esta última establecía también la responsabilidad de las personas jurídicas en el delito de malversación –único tipo penal de los regulados en la Directiva que no admitía nuestro ordenamiento– a aquellas personas jurídicas que por cualquier motivo gestionen recursos públicos o, de cualquier otro modo, estén encargados del erario público, por lo que resultaba necesario modificar el CP en este sentido.

Igualmente, se pretendía perfeccionar o mejorar la transposición de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, *relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación*.

Se podrían citar igualmente varias Resoluciones del Consejo de Europa que buscaban la protección de los denunciantes anónimos. Así, la Resolución 1729/2010, de 29 de abril o la Resolución 2300/2019, de 1 de octubre.

Europeo y del Consejo⁹, *relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión*, a quienes la propia Directiva denomina «whistleblowers»¹⁰. Dicha norma europea, venía a superar, en palabras de Bachmaier Winter, «una regulación fragmentada, insuficiente y dispar en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros de la UE¹¹», lo que producía «un impacto negativo en la implementación de las políticas de la UE, porque cuando los denunciantes potenciales no se sienten seguros para revelar la información de que disponen, esto se traduce en escasez de denuncias y, por lo tanto, en oportunidades perdidas para prevenir y detectar infracciones del Derecho de la Unión», lo cual puede tener severas consecuencias económicas negativas en el ámbito de la UE.

Con la finalidad de trasponer dicha Directiva, el legislador español aprobó la Ley 2/2023, de 20 de febrero, *reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, ampliando el contenido mínimo esencial de los requerimientos europeos¹².

2. LA LEY 2/2023 Y LA PROTECCIÓN DE LOS INFORMANTES DE INFRACCIONES NORMATIVAS

2.1. Finalidad de la ley 2/2023

Uno de los principales objetivos de esta norma es proteger a las personas que, en un contexto laboral o profesional, detecten infracciones penales o administrativas graves o muy graves y las comuniquen mediante los mecanismos regulados en ella, para animar a los conocedores de tales prácticas a adoptar dicha actitud cívica ante el

⁹ De fecha de 23 de octubre.

¹⁰ Que, traducido, se equipararía a «denunciantes», como ya se ha avanzado en la nota a pie de página 1.

¹¹ Bachmaier Winter, L., «*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, Nº 9539, Sección Tribuna, 18 de diciembre de 2019, Wolters Kluwer. Según esta misma autora, a la fecha de publicación de la Directiva, sólo diez Estados miembros cuentan con una legislación que de protección a los *whistleblowers* en todas las áreas tanto del sector privado como del público. Los datos pueden haber variado desde que se publicó este informe en abril de 2018, pues varios Estados miembros habían iniciado el proceso legislativo para dar amplia cobertura a los informantes. Excedería el ámbito de este trabajo realizar un análisis de derecho comparado sobre la aplicación de este tipo de instrumentos legales en los distintos países de la UE, por lo que nos centraremos únicamente en el caso de España.

¹² La norma española extiende la protección del informante a la comunicación de infracciones distintas de las propias del derecho de la UE.

delito, cuyos nocivos efectos pueden afectar a una pluralidad de empresas o personas o, incluso, al bienestar general de la sociedad en su conjunto.

Dado que uno de los ejes de esta normativa es fomentar la puesta de manifiesto de conductas *contra legem*, había que establecer los instrumentos o resortes necesarios para mantener oculta la identidad de quien informara sobre ellas, identidad que sólo podría darse a conocer a la autoridad judicial, al Ministerio Fiscal, o a la autoridad administrativa competente en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora¹³. Estas herramientas de refuerzo del amparo al informante debían basarse, según lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el reconocimiento de su derecho a la libertad de expresión e información¹⁴ consagrados en el art. 10 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en el art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE¹⁵.

2.2. Ámbito objetivo de aplicación

Con relación al ámbito de aplicación material de la Ley 2/2023, debemos destacar que no sólo se busca la protección de quienes informen sobre las infracciones del derecho de la Unión previstas en la

¹³ Vid. art. 33 Ley 2/2023.

¹⁴ Según el art. 38 de la ley, estas medidas de protección parten de considerar que no se entenderá que los informantes hayan infringido ninguna restricción de revelación de información ni incurrirán en responsabilidad por las comunicaciones o revelaciones realizadas en los términos descritos en la ley, como tampoco por las acciones llevadas a cabo para el acceso y la adquisición de la información y los datos revelados. Conforme al art. 2.2 de la Ley 2/2023, se excluyen de estas exenciones de responsabilidad las de carácter penal.

¹⁵ La premisa de la que debemos partir es la de encuadrar las comunicaciones o informes dentro del ámbito del derecho a la libertad de expresión del art. 10 del CEDH. Ejemplo de ello fue la pionera STEDH en el asunto *Guja contra Moldavia*, de 12 de febrero de 2008, en la que el Tribunal estableció las pautas o criterios que se deben examinar para determinar si la comunicación de irregularidades internas que impliquen la divulgación de información de carácter confidencial en el ámbito laboral puede quedar amparada por el derecho a la libertad de expresión, articulando de ese modo un equilibrio entre el ejercicio de tal derecho y los deberes de reserva. Estos criterios hacen referencia, dicho sea de manera resumida, a la evaluación del interés público que se puede derivar de la propia información; al canal de denuncia elegido; a la buena fe y la motivación desinteresada del informante; a la estimación del daño ocasionado a las empresas, así como la gravedad de las consecuencias o sanciones que podrían derivarse para el denunciante. Vid. Valverde Megías, R., «Canales de información y protección los informadores en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción». *Revista del Ministerio Fiscal*. N° 12. Madrid, 2023, pág. 35 y ss.

Directiva 2019/1937¹⁶, sino que el legislador español ha considerado conveniente extender su aplicabilidad, como acabamos de indicar, a las infracciones penales y administrativas calificadas como graves o muy graves por el ordenamiento nacional¹⁷, excluyendo aquellas que tengan una normativa específica¹⁸.

La ley descarta expresamente de su ámbito de aplicación la protección de aquellos comunicadores que, en primer lugar, no hubieren actuado de buena fe o lo hubieren hecho con falta de probidad u honestidad¹⁹, o, en segundo lugar, cuando la información fuera falsa o tergiversada, o, por último, cuando se hubiere obtenido de manera ilícita, mediante la comisión de un delito²⁰. Además de lo anterior, se recogen una serie de excepciones en el art. 2, limitando el radio de protección del informante. Entre otros supuestos, se exige que la comunicación de los hechos se hubiese realizado conforme a los requisitos establecidos en la propia ley, que se refiere, en este sentido, a materias clasificadas o protegidas por el secreto profesional.

2.2.1. *La validez de la denuncia anónima*

¹⁶ La Disposición final novena de la ley incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva (UE) 2019/1937.

¹⁷ Magro Servet se muestra crítico con esta referencia limitada a delitos «graves o muy graves» que hace el legislador, entendiendo que se deberían haber incluido también las infracciones menos graves, pues «si el concepto de «infracción» se refiere al de «delitos», existirán delitos castigados con penas de hasta cinco años de prisión que no serán objeto de este canal de denuncias. El objetivo de estos canales no debería ser solo la «gran delincuencia», sino la delincuencia en sí misma, a fin de darles la debida operatividad». Magro Servet, V., «Denuncia anónima, el confidente, el canal de denuncias y la Ley 2/2023 de 20 de febrero de protección del «alertador» ante la corrupción». *Diario La Ley*, N° 10239, 2 de marzo de 2023.

¹⁸ La que regula los mecanismos para informar sobre infracciones y proteger a los informantes previstas por leyes sectoriales o por los instrumentos de la Unión Europea recogidos en la Directiva (UE) 2019/1937.

¹⁹ Vid. STEDH en el asunto *Guía contra Moldavia* de 12 de febrero de 2008, ya citado. Es interesante destacar que el término que se utiliza («buena fe»), se aleja en cierto modo de los otros supuestos legales. La ley, al mencionar la buena fe, y tal y como recoge en su Preámbulo, viene referida a «la conciencia honesta de que se han producido o pueden producirse hechos graves perjudiciales», constituyendo un requisito indispensable para la protección del informante. Esta buena fe es «la expresión de su comportamiento cívico y se contrapone a otras actuaciones que, por el contrario, resulta indispensable excluir de la protección, tales como la remisión de informaciones falsas o tergiversadas, así como aquellas que se han obtenido de manera ilícita».

²⁰ En este último caso, se remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito para que proceda según estime conveniente.

La salvaguarda de los informantes parte del anonimato como un sistema de protección frente a posibles represalias y, por ende, de darle valor a la denuncia, al menos, como conducto para hacer llegar la *notitia criminis*. Este anonimato de la denuncia choca con nuestra tradición jurídica -al menos, de forma aparente-, que no admitía tales denuncias sin identificación del denunciante. El art. 265.2 LECrime establece categóricamente que «*la denuncia contendrá la identificación de la persona denunciante. En caso de persona jurídica o ente sin personalidad jurídica, deberá identificarse también la persona física que formula la denuncia en su nombre, indicando su relación con la persona jurídica o el ente sin personalidad denunciante*»²¹.

No obstante lo anterior, el TS, en su sentencia 272/2020, de 6 de febrero²², admitió la validez de la denuncia anónima para revelar la comisión de fraudes en el ámbito de las empresas e instaba la investigación de dichas prácticas. Es interesante cómo la Sala se plantea, para justificar la decisión adoptada, que la regulación de la LECrime sobre la denuncia la configura como de carácter netamente antiformalista y, si bien entre los requisitos se recoge el de la identificación y ratificación del denunciante, lo cierto es que la ley no prohíbe *expresamente* la denuncia anónima. Sobre este razonamiento, el TS sostenía la posibilidad de avalar denuncias anónimas como modo de iniciación de una investigación penal.

La ley 2/2023 matiza esta posible discusión doctrinal y jurisprudencial, optando por darle valor a la denuncia anónima como forma de inicio del proceso penal, a la vez que protege al informante, al reconocerle una especial utilidad a aquélla en su afán de lograr la transparencia y de fomentar la lucha contra la actividad criminal, especialmente en materia de corrupción²³. El art. 17.1 otorga al denunciante la posibilidad de decidir si desea mantenerse en el anonimato

²¹ Otros requisitos de la denuncia vienen recogidos en los artículos 266 a 268 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrime). A tenor de dichos preceptos, la denuncia se podrá presentar por escrito o verbalmente (o incluso por vía telemática), en la que se expresarán cuantas noticias tenga el denunciante relativas al hecho denunciado y a sus circunstancias, extendiendo acta la autoridad o funcionario que la recibiere, firmándola ambos a continuación y ofreciéndose copia de la misma al denunciante.

²² Con anterioridad y en idéntico sentido, la STS 318/2013, de 11 de abril.

²³ Aliaga Rodríguez, R., «La denuncia anónima como instrumento de transparencia y protección de los denunciantes». *Revista Española de la Transparencia*, N° 14. Primer semestre. Enero-junio de 2022, pp. 57-78.

o no²⁴, en relación con lo establecido en el art. 33 de la misma norma, que articula la preservación de la identidad del informante y de las personas afectadas, reconociéndose, en definitiva, su derecho a no revelar sus datos personales²⁵.

2.2.2. *El juicio de verosimilitud*

No obstante, es preciso adoptar ciertas cautelas al impulsar una posible investigación derivada de una denuncia anónima en este ámbito, pues ciertas diligencias -especialmente las limitativas de derechos fundamentales- no podrían practicarse únicamente sobre la base de una denuncia anónima, cuya verosimilitud es, al menos, cuestionable, si no viene acompañada de otros indicios, documentos, u otros instrumentos.

El respeto y la protección de los derechos fundamentales constituyen límites a preservar en esta materia. En este sentido se ha manifestado el TEDH²⁶, afirmando que «es permisible que las denuncias anónimas sirvan de base a las investigaciones policiales, pero no lo es que puedan ser utilizadas, ni como prueba de cargo, ni como base para la adopción de medidas cautelares limitativas de los derechos fundamentales».

El propio Tribunal Constitucional (TC)²⁷ ha apuntado que la existencia de una denuncia anónima no puede considerarse, en principio, suficiente para restringir un derecho fundamental, pues un anónimo «no es, por sí mismo, fuente de conocimiento de los hechos que relata, sino que, en virtud de su propio carácter anónimo, ha de ser objeto de una mínima investigación por la Policía a los efectos de

²⁴ Artículo 17. *Recepción de informaciones*.

1. *La información puede llevarse a cabo de forma anónima. En otro caso, se reservará la identidad del informante en los términos del artículo 33, debiendo adoptarse las medidas en él previstas.*

²⁵ «Nos encontramos en este caso ante una opción tomada por el legislador, no ante una imposición de la Directiva 2019/1937, dado que la misma deja a salvo en su art. 6.2 la facultad de los Estados para decidir si admiten las denuncias anónimas de infracciones a efectos de seguimiento e investigación». Vid. Valverde Megías, R., «Canales de información y...», op.cit., pág. 35 y ss.

²⁶ SSTEDH caso *Kostovski*, de 20 de noviembre de 1989, y caso *Windisch*, de 27 de septiembre de 1990. Nuestro TS ha acogido una tesis similar en las SSTS 373/2017, de 24 de mayo y 583/2017, de 19 de julio.

²⁷ Vid. STC 184/2003 de 23 de octubre y STS 416/2005, de 31 de marzo. En el mismo sentido, STS 27/2004, de 13 de enero al decir que «la desnuda confidencia anónima como único indicio no puede justificar la petición ni menos la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales».

corroborar, al menos en algún aspecto significativo, la existencia de hechos delictivos y la implicación de las personas a las que el mismo se atribuye su comisión».

En este sentido, Gascón Inchausti²⁸ sostiene que sólo tras la apertura de diligencias de investigación en un procedimiento penal se podría llegar a comprobar la autenticidad de la denuncia anónima y del material probatorio que se hubiese podido adjuntar en soporte de aquélla, lo que permitiría que, posteriormente, se pudiera valorar como fuente de prueba, evitando una eventual ilicitud por la obtención del material violando la intimidad personal, que incluso por sí solo pudiera suponer la comisión de un ilícito como el de revelación de secretos²⁹.

Derivado de las anteriores premisas, el TS³⁰ ha exigido proceder a un previo *juicio de verosimilitud*³¹ de los hechos denunciados, para que la investigación pueda promoverse ex art. 269 LECrim (comprobación del hecho denunciado). Así, la STS 318/2013, tras admitir la importancia de la utilización de la información de la denuncia anónima, afirma que ese anonimato debe reforzar el deber del Juez instructor de realizar un examen anticipado, provisional y, por tanto, en el plano puramente indiciario, de la veracidad, autenticidad y credibilidad (verosimilitud) de los hechos delictivos puestos en su conocimiento.

De este modo, la información confidencial, aquella cuyo transmisor no está necesariamente identificado, debe ser objeto de un *juicio de ponderación reforzado*, en el que la autoridad ante quien se presente valore su suficiencia para la incoación del proceso penal³².

No obstante, como señala la STS 141/2020, de 13 de mayo, si bien los hechos plasmados en la denuncia anónima deben ser objeto de un *juicio de ponderación reforzado*, «nada de ello impide que esa información, una vez valorada su integridad y analizada de forma reforzada su congruencia argumental y la verosimilitud de los datos que suministran, pueda hacer surgir en el juez, o el fiscal, o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el deber de investigar aquellos he-

²⁸ Gascón Inchausti, F., *Proceso penal y persona jurídica*. Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2012, pág. 130.

²⁹ Quizás el caso más conocido en que se planteó la ilicitud de la fraudulenta obtención de documentos fue el antes citado caso *Falciani*.

³⁰ STS 253/2000, de 24 de febrero.

³¹ Término definido por la RAE como «credibilidad, apariencia, probabilidad, posibilidad, fiabilidad, plausibilidad, autenticidad, veracidad, aceptabilidad, creencia, verisimilitud».

³² STS 318/2013, de 11 de marzo.

chos con apariencia delictiva de los que tengan conocimiento por razón de su cargo»³³, si bien la denuncia, por sí sola, no puede justificar, sin más, la limitación judicial de derechos de la persona denunciada.

En palabras de Cerezo Cano³⁴, aunque «nuestro ordenamiento procesal no conoce un mecanismo jurídico que habilite formalmente la denuncia anónima como punto de partida de la incoación de un proceso penal, sí permite que dicha información anónima deba ser objeto de un juicio de ponderación reforzado, en el que su destinatario (...), valore su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación de un proceso penal». En similar sentido, Magro Servet afirma al respecto que el anonimato de la denuncia debe conllevar una investigación policial más exhaustiva para determinar la veracidad del contenido de aquélla, pero sin que dicho anonimato pueda suponer la nulidad de lo actuado por falta de identificación del informante³⁵.

La Fiscalía General del Estado también ha adoptado este mismo criterio con relación a este juicio de ponderación o de comprobación de la verosimilitud, como recoge su Circular 4/2013, de 30 de diciembre, *sobre las diligencias de investigación*, en la que se asentaban importantes criterios al respecto. Esta Circular de la FGE se basaba en la previa STS 1335/2001, de 19 de julio. Según esta sentencia, el hecho de que la denuncia sea anónima no debe impedir de forma automática y radical que se investiguen los hechos a los que se refiere aquélla, si bien debe ser contemplada «con recelo y desconfianza». Para sostener este criterio, el alto tribunal se basa en un argumento de cierta simpleza, cual es que nuestra ley procesal no prohíbe *expresamente* la denuncia anónima, como ya tuvimos ocasión de adelantar. Y es por ello por lo que no puede decretarse *a limine* su rechazo, «máxime teniendo en cuenta la multitud de hechos delictivos de que las autoridades policiales y judiciales son informadas de esta forma por quienes, a causa de un temor razonable de represalias, en ocasiones notoriamente feroces y crueles, prefieren preservar su identidad, de lo cual la experiencia cotidiana nos ofrece abundantes muestras». En tales casos, el TS exige que el juez receptor de dicha denuncia actúe con exquisita prudencia, evitando actuar con ligereza en la admisión o en el rechazo -de entrada- de la denuncia anónima. De ese modo, si

³³ Vid. SSTS 580/2020, de 5 de noviembre; 159/2020, de 18 de mayo, y 142/2020, de 13 de mayo.

³⁴ Expuestas con anterioridad a la aprobación de la Ley 2/2023. Cerezo Cano, S., «Sobre la validez de la denuncia anónima para descubrir fraudes en las empresas», *Legal today*, 31 agosto 2020.

³⁵ Magro Servet, V., «Denuncia anónima, el confidente, el canal de denuncias y ...», op. cit.

ésta aparenta credibilidad y verosimilitud, el órgano judicial debería comprobar, con todos los medios a su alcance, y asegurarse, *prima facie*, de la exactitud de su contenido. En el supuesto de que considerara que dicho contenido sí es verosímil, deberá proceder de oficio si el delito fuere público, sin necesidad de la intervención del denunciante y sin que deba exigirse la concurrencia de ningún otro requisito.

Sobre la base de dicho criterio jurisprudencial, la FGE ha entendido que, aunque las denuncias deban cumplir, en principio, los requisitos previstos en la LECrim, «el incumplimiento de alguno de ellos no ha de llevar a su inadmisión, si se están poniendo de manifiesto hechos constitutivos de delitos perseguitables de oficio con visos de verosimilitud»³⁶. Esta línea jurisprudencial fue seguida por la STS 318/2013, de 11 de abril, intentando mitigar el rechazo que la admisión de este tipo de denuncias sin denunciante identificado podría producir.

Más recientemente, la Circular de la FGE 2/2022, de 20 de diciembre, *sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal* -también anterior a la ley 2/2023-, desarrollaba las consideraciones contenidas en la Instrucción de la FGE 3/1993 *sobre el Ministerio Fiscal y la defensa de los derechos de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones indebidas*. En concreto, con relación a la virtualidad de la denuncia anónima, disponía que, si bien «adolecerá de inidoneidad para integrar conceptualmente lo que por denuncia en sentido jurídico-formal deba entenderse, su capacidad para transmitir una sospecha generadora de investigación preparatoria debe estar fuera de duda», permitiendo de este modo que el conocimiento directo del hecho delictivo pudiera apoyarse en una denuncia anónima *no subsanada*. Más aún, la propia Circular destacaba que, frente al recelo que pueda derivarse del anonimato de la denuncia, ello no debe impedir reconocerle su utilidad para potenciar la colaboración con la justicia, minimizando así las suspicacias que el anonimato, como irregularidad formal, puede conllevar, debiéndose admitir a trámite dándole el curso que corresponda.

Como hemos expuesto, la cuestión de la veracidad ha sido ampliamente tratada por la doctrina y por la jurisprudencia. Incluso el

³⁶ Sin embargo, en aquel momento, la Circular de la FGE 4/2013 entendía, como criterio general, que la ratificación posterior del denunciante, aprovechada para su toma de declaración y, en su caso, ofrecimiento de acciones, podría ser el mecanismo para suplir deficiencias. La Ley 2/2023 ni se cuestiona dicha posibilidad, ciñéndose básicamente a la preservación de la identidad del denunciante y a garantizar sus derechos frente a posibles represalias.

TEDH³⁷ ha tenido ocasión recientemente de puntualizar los criterios sobre dicha exigencia de la veracidad, en el sentido de que no puede exigirse propiamente la autenticidad en el momento de la comunicación, siendo suficiente, al menos de entrada, que el receptor haya procurado comprobar la exactitud de la información.

Pero la ley 2/2023 toma en consideración este juicio de verosimilitud, estableciendo en su art. 18.1 que se podrá inadmitir la comunicación, entre otros casos, cuando los hechos relatados carezcan de toda verosimilitud. En similar sentido, en el ordinal 2º, se prevé igualmente la inadmisión cuando los hechos relatados no sean constitutivos de infracción del ordenamiento jurídico (incluida en el ámbito de aplicación de la ley); en el 3º, cuando la comunicación carezca manifiestamente de fundamento o existan indicios racionales de haberse obtenido mediante la comisión de un delito, y, por último, en el ordinal 4º, para el supuesto de que la comunicación no contenga información nueva y significativa sobre infracciones en comparación con una comunicación anterior respecto de la cual han concluido los correspondientes procedimientos³⁸.

2.3. Ámbito subjetivo de aplicación de la ley 2/2023

La ley busca la protección de quienes tengan vínculos profesionales o laborales actuales con las entidades (tanto del sector público como del privado³⁹), extendiéndose igualmente a quienes ya hubieran finalizado su relación profesional, voluntarios, trabajadores en prácticas o en período de formación, becarios, personas que participen en procesos de selección o incluso a las personas que prestan asistencia a los informantes u otras personas de su entorno (familiares, aunque no se concrete en la ley el grado de parentesco al que podría alcanzar la protección) que puedan sufrir represalias⁴⁰. Ampliar la protección frente a posibles venganzas a todas estas personas pretende animar a

³⁷ Asunto *Halet contra Luxemburgo*, de 14 de febrero de 2023.

³⁸ Salvo que se den nuevas circunstancias de hecho o de Derecho que justifiquen un seguimiento distinto.

³⁹ La ley muestra una especial preocupación por el ámbito público, pretendiendo que todas las instituciones que ejercen funciones públicas tengan un sistema eficaz para detectar las prácticas irregulares.

⁴⁰ La ley se refiere también a la protección de las personas jurídicas propiedad del informante. El art. 36.2 de la ley define las represalias entendiendo por tales «cualesquier actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato des-favorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública». Es de destacar que, en el apartado

los conocedores de las infracciones a comunicar éstas, pues desempeñan un papel clave para atajar las malas prácticas empresariales.

La utilización de la terminología con relación al sujeto activo revestía una especial trascendencia, pues la palabra inglesa de «whistleblower» significa «denunciante», haciendo referencia a quien informa a una autoridad (sea en el ámbito público o privado) sobre algún tipo de práctica ilegal⁴¹. Sin embargo, la ley 2/2023 utiliza el término de «informante»⁴² o «comunicante», para evitar confusiones con el clásico término procesal penal de «denunciante», además de para evitar una connotación no conveniente⁴³.

Esta renuncia expresa por parte del legislador español a utilizar el término de «denunciante» se debe, además, a que la denuncia, como modo de iniciación del proceso penal y forma de trasladar la *notitia criminis* a la autoridad⁴⁴, no debe ser anónima, con independencia de que la denuncia anónima haya sido admitida por la jurisprudencia del TS. Así se sobreentiende de la lectura de los arts. 265 y siguientes de la LECrim, cuando se exige la identificación del denunciante o la rúbrica de la denuncia por parte de quien la presentare⁴⁵.

⁴¹ De este mismo artículo, el legislador recoge un límite temporal de dos años para dispensar esta protección, que excepcionalmente podrá ser ampliado.

⁴² En otros ordenamientos de nuestro entorno se han manejado otras posibles denominaciones como «alertadores».

⁴³ Término que, a su vez, tiene otra connotación: la de los informadores de la policía («confidentes»).

⁴⁴ Sea como fuera, si hay algo definitorio, es la protección que se le quiere dar a quien comunique estos hechos, manteniendo oculta su identidad, articulando canales confidenciales para comunicar los hechos.

⁴⁵ Cualquier órgano apto para recibir denuncias (juzgado de instrucción, fiscalía, autoridades policiales).

⁴⁶ La denuncia entendida como la declaración, verbal o por escrito, por la que se comunica a la autoridad cualquier hecho del que se tenga conocimiento y que pueda ser constitutivo de una infracción penal, aunque no lo haya presenciado directamente o no le haya ocasionado perjuicio.

El RD-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, *por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo*, aunque modifica el art. 265 LECrim, no conlleva un cambio respecto de los requisitos de la denuncia, pues se sigue exigiendo la identificación del denunciante. Lo que permite es la denuncia por persona jurídica o ente sin personalidad jurídica, en cuyo caso deberá identificarse también la persona física que formula la denuncia en su nombre, indicando su relación con la persona jurídica o el ente sin personalidad denunciante.

Por otra parte, el nuevo artículo 266 permite la denuncia por vía telemática, con firma electrónica conforme a lo establecido en artículo 10 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* y en el Reglamento (UE) N° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, *relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para*

El anonimato -que, en principio, y como ya se ha expuesto, no se permite en la denuncia- se ha configurado como una de las principales garantías que otorga la ley a quienes sean conocedores e informadores de ese tipo de conductas corruptas a las que alude la norma⁴⁶. Por ello se optó por manejar otros términos a los que hacíamos antes referencia (informantes, comunicantes).

Esta cuestión del anonimato, crucial para el éxito de la finalidad de la ley, no ha sido pacífica, no sólo en el ámbito nacional, sino tampoco en la UE. De hecho, a lo largo del tiempo se ha mantenido la obligación de identificación del denunciante, pero consideraciones de tipo pragmático se han impuesto⁴⁷. La propia Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2013, a la que antes hacíamos referencia, actualizó el tradicional criterio sobre las denuncias anónimas, señalando que, aunque las denuncias deben en principio cumplir los requisitos previstos en la LECrim para darles el curso correspondiente, la falta de observancia de alguno de ellos (en concreto, la identificación del denunciante) no podría suponer, *per se*, la inadmisión de aquélla cuando pudiere parecer verosímil la comisión del delito relatado⁴⁸.

las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

⁴⁶ Corrupción, discriminación y acoso laboral, cohecho, administración o gestión impropias, tráfico de información privilegiada, uso indebido de datos, entre otras.

⁴⁷ Así, el Dictamen 1/2006 sobre la *aplicación de las normas sobre protección de datos de la UE a los sistemas internos de denuncia de irregularidades en los ámbitos de la contabilidad, controles y cuestiones de auditoría, lucha contra la corrupción y delitos financieros y bancarios* del Grupo de trabajo del artículo 29 (GT29), que establecía como regla general que el denunciante debía identificarse (aunque existía la posibilidad de recibir y tramitar denuncias anónimas en determinadas circunstancias).

⁴⁸ Si bien tradicionalmente, como hemos apuntado, no se admitían las denuncias anónimas, en el plano internacional podemos destacar algunas normas que afectan a nuestra propia legislación interna, permitiendo ese anonimato del denunciante. En este sentido es de destacar la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, que en su artículo 13.2 permite las denuncias anónimas en la lucha contra la corrupción, Convención aprobada en septiembre de 2008 por el Consejo de la Unión Europea, en su Decisión de 25 de septiembre de 2008. Más recientemente, la *Guía Técnica de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, aprobada en 2010, señala que «convendría, tal vez, que los Estados parte consideraran la viabilidad de garantizar el anonimato de los denunciantes», sugerencia que se reitera en el *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas*, elaborado por Naciones Unidas en el año 2013, así como en el *Informe de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/70/361*, de 8 de septiembre de 2015, del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión.

2.4. Los canales de denuncia

Es, a criterio del legislador, la protección que brinda el anonimato lo que puede animar a los comunicantes a informar de las prácticas ilícitas que se producen en el seno de una organización, empresa o administración. No es lo mismo la «confidencialidad» que el «anonimato», brindando una protección mucho mayor esta última figura. Qué mejor manera de proteger a un informante si nadie conoce su identidad⁴⁹.

Para ello la ley articula los llamados *canales de denuncias* seguros y confidenciales, que deberán soslayar el miedo de los comunicantes a ser *descubiertos*.

Según el TS⁵⁰, la necesidad de implantar estos canales de denuncia se justifica en el hecho constatado de que los informantes «son el cauce más importante para descubrir delitos de fraude cometidos en el seno de organizaciones». Y si hay una razón que explique por qué quienes han tenido conocimiento de prácticas delictivas en su empresa o entidad pública, no denuncian es, fundamentalmente, «porque no se sienten suficientemente protegidos contra posibles represalias provenientes del ente cuyas infracciones denuncia».

El preámbulo de la ley parte, por un lado, de la idea de la colaboración ciudadana⁵¹. Y es que dicha contribución, ese auxilio de los ciudadanos, resulta cada vez más indispensable para la eficacia del derecho, no sólo referido al cumplimiento personal de las obligacio-

⁴⁹ En este sentido se pronuncia Mercader Uguina, al sostener que el anonimato eleva de grado la protección del denunciante respecto de la confidencialidad, ya que la identidad del denunciante ni siquiera es conocida por ante quien se presenta o tramita la denuncia. Mercader Uguina, J.R., «La protección de alertadores, informantes o denunciantes una lectura laboral de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre». Ed. Trabajo y Derecho, La Ley, Nº 64. Madrid, abril 2020. De todos modos, este principio general puede ser exceptuado si una ley nacional así lo previera de manera expresa, o cuando así se requiere en el marco de un proceso judicial. Esto último, en aras a la mejor defensa del denunciado.

⁵⁰ STS 35/2020, de 6 de febrero. Esta sentencia destaca la necesaria correlación entre el programa de cumplimiento normativo en el ámbito de la empresa para evitar y prevenir los delitos (la *compliance*, a la que ya hemos hecho referencia), y los canales internos de comunicación y no duda en reconocer la importancia de la *notitia criminis* de la denuncia interna. Vid., a su vez, STS 141/2020, de 13 de mayo.

⁵¹ La protección de los denunciantes, la garantía de la confidencialidad y especialmente la preservación del anonimato, constituyen medidas eficaces para empezar a saldar la deuda que la sociedad tiene con quienes se atreven a denunciar las conductas corruptas que tanto afecta a los intereses económicos del país. En este sentido, Aliaga Rodríguez, R., » La denuncia anónima como instrumento de...», op. cit., pp. 57-78.

nes de cada uno, sino también respecto al compromiso colectivo con el buen funcionamiento de las instituciones públicas y privadas⁵².

Por otro lado, la ley se refiere a una doble preocupación a la que ya hemos aludido: la de alertar sobre toda conducta indebida, actividad ilegal o comportamiento delictivo en la empresa o en la administración, y, por otra parte, la de evitar las posibles consecuencias que ello le pudiera acarrear al informante (represalias de diverso tipo, desde descensos de categoría, despidos hasta, incluso, atentados contra su integridad física⁵³ u otras actuaciones similares incluso contra terceros o familiares vinculados al informante).

Esto deriva del hecho de que, por lo general, quien tiene acceso a esa información sobre una mala conducta es un empleado de la empresa en la que presta sus servicios, si bien nada impide que pueda tratarse de un tercero (clientes, proveedores, subcontratas...) que ha accedido a dicho conocimiento, o incluso uno de los propios partícipes en la trama que, por la razón que considere, delate a los demás intervenientes⁵⁴. Es importante destacar que esa mala praxis, esa con-

⁵² Nuestro ordenamiento jurídico recoge la participación ciudadana en diversos ámbitos: normativa urbanística, medioambiente o patrimonio histórico-artístico; ámbito financiero o de defensa de la competencia.

La LO 3/2018, de 5 de diciembre, de *Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, contempla la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado, incluso anónimamente, la comisión, en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable. También en el ámbito del derecho de la UE. «Frente a un panorama de protección sectorial, la Directiva 2019/1937 planteó un sistema de información y protección de los informantes desde una perspectiva integral, comprensiva de los intereses y ámbitos de la Unión». Vid. Valverde Megías, R., «Canales de información y...», op.cit., pág. 35 y ss. Puede consultarse también este trabajo para conocer los precedentes en la jurisprudencia del TEDH y los antecedentes legislativos a nivel internacional.

⁵³ A nivel mundial se han dado casos muy conocidos como el de Alexey Navalny, quien denunció públicamente la corrupción del Gobierno ruso; el *caso Falciani*, quien filtró a los gobiernos la lista de presuntos defraudadores elaborada cuando trabajó en HSBC, o el asunto *Luxemburgo Leaks* (también conocido como *LuxLeaks, Filtraciones de Luxemburgo* o los *Papeles de Luxemburgo*), un escándalo financiero que reveló en noviembre de 2014 los detalles de las operaciones secretas de más de trescientas grandes empresas transnacionales para evitar el pago de impuestos, el asunto *Wikileaks*, o, ya en nuestro país, el *caso Gürtel*.

⁵⁴ Evidentemente, no hay fuente de información y de prueba más privilegiada «que los propios miembros de la trama, los empresarios corruptos y demás sujetos sobornados que dejan de recibir un trato privilegiado y deciden «tirar de la manta». Vid., bajo sugerente título, el trabajo de Ortiz Pradillo, J.C., *El fomento del Whistleblowing y la delación en España como respuesta institucional ante la corrupción*. <https://masterabogacia-umh-icae.umh.es/2018/12/20/el-fomento-del-whistleblowing-y-la-delacion-en-espana-como-respuesta-institucional-ante-la-corrupcion/>. Última

ducta ilícita, afecta a intereses generales, no *personales* del denunciante. Por ello se ha insistido en que los comunicantes son personas preocupadas por el buen hacer de las entidades, ofreciendo con su colaboración un beneficio al conjunto de la sociedad. En consecuencia, dichas personas debían ser merecedoras, no ya de una recompensa, pero sí, al menos, de una protección real frente a las secuelas de su actuación⁵⁵.

Para ello la ley articula una doble posibilidad para la detección y comunicación temprana de las conductas indebidas: los canales internos (que se desarrollan dentro de la propia organización o empresa), y los externos (a través de otros medios no insertos en la propia entidad). Esta posibilidad de denuncia interna, obligatoria para las empresas con más de 50 trabajadores, permitirá, llegado el caso, atajar y resolver o re conducir las conductas indebidas. Se pretende de este modo reponer la legalidad vigente lo antes posible, evitando que se haga pública la información de los hechos, minimizando el impacto económico que pudiere tener en caso contrario (ante la reacción de los consumidores o clientes, a nivel legal con la imposición de sanciones pecuniarias, etc.). Con este fin se crean sistemas que aseguren la confidencialidad, seguimiento, investigación y protección del informante, que garanticen la transmisión sistemática y reservada de información y, tras ello, una tramitación y resolución igualmente confidenciales⁵⁶.

consulta 08.08.2023. Según este autor, y no sin razón, «llama la atención cómo los sistemas legales han articulado todo un Derecho premial centrado en el delincuente y no tanto en el ciudadano colaborador, al que aún se le sigue viendo como un delator que acusa a otros en secreto. La paradoja se halla en que, cuando quienes se deciden a colaborar con la Justicia son los propios integrantes de la trama corrupta, los Estados no han dudado a la hora de buscar incentivos con los que premiar dicha colaboración (atenuantes, eximenes, beneficios penitenciarios, e incluso con la decisión de no acusarles)», pero no así cuando se trata de un ciudadano que cumple con sus deberes cívicos, a riesgo de sufrir las consecuencias de su delación. Son varios los estudios de Ortiz Pradillo sobre la materia, cuya interesantísima lectura recomendamos.

⁵⁵ Con relación a la posición en el proceso del denunciante, se entiende que no tiene la condición de interesado, sino de colaborador con la Administración. En consecuencia, las investigaciones que se pudieran llegar a realizar, como consecuencia de la denuncia o, mejor dicho, de la información comunicada, se deberán iniciar siempre de oficio.

⁵⁶ Los sistemas de denuncias son, por tanto, uno de los instrumentos más eficaces para prevenir e investigar la corrupción y la administración impropia. Alrededor del 39% de los casos de fraude en empresas y organizaciones de todo el mundo han sido revelados por informantes. ACFE: Reporte a las Naciones, 2016. Homann, M. Revista online *Integrity line*. <https://www.integrityline.com/es/experiencia/blog/que-es-un-whistleblower/>. Consultado 07/08/2023.

No obstante las precauciones legales, el legislador ha considerado necesario ocuparse también de mitigar cualquier posible represalia a los informantes⁵⁷ en el caso de revelación pública, bien por un incorrecto funcionamiento de los cauces internos y/o externos de comunicación, o bien porque se ha advertido una amenaza inminente para el interés general que precisa de la revelación de la identidad del informante⁵⁸.

La ley contiene en sus Títulos II y III los diferentes regímenes jurídicos de los sistemas de información, tanto del sistema interno (con referencia al llamado *canal de información*, a modo de cauce de recogida de la misma), que deberá utilizarse de manera preferente, como el sistema externo. La norma impulsa los canales internos, dándoles un incuestionable valor, al considerar que esta vía es más rápida, más efectiva y evita de manera anticipada las consecuencias que de una posible actividad ilícita pudieran derivarse. El establecimiento y regulación de un canal externo se ofrece, básicamente, para sortear la posible desconfianza del informante respecto a la eficacia de las comunicaciones realizadas a nivel interno⁵⁹.

2.5. Tratamiento de datos

Si bien excedería nuestro propósito analizar en profundidad esta cuestión, sí queremos, al menos, hacer un breve apunte al respecto. La ley 2/2023 se remite expresamente tanto a la normativa europea⁶⁰

⁵⁷ El título VII contiene las medidas de protección para evitar represalias que se pudieran llegar a adoptar dentro de los dos años siguientes a ultimar las investigaciones, prohibiéndose, entre otras, la resolución de contratos, intimidaciones, trato desfavorable o dañar la reputación del informante.

⁵⁸ La propia Directiva, en sus considerandos 45 y 46, otorga especial reconocimiento a los supuestos de protección relacionados con los derechos a la libertad de información y al periodismo de investigación.

⁵⁹ No vamos a detenernos en nuestro breve análisis en los concretos modos de funcionamiento de estos canales de denuncia, si bien es conveniente insistir en la preocupación del legislador en la protección de la confidencialidad de la información y, por supuesto, del informante, quien, como sabemos, puede y debe permanecer en el anonimato, para favorecer la denuncia. En palabras de Magro Servet, «el anonimato de la denuncia salva el miedo a denunciar». Magro Servet, V., «El compliance y su aplicación más allá de las personas jurídicas». *LA LEY compliance penal*, Nº 4, Primer trimestre de 2021.

⁶⁰ Reglamento 2016/679/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/UE (Reglamento general de protección de datos, RGPD).

como a la normativa nacional⁶¹. Dichas previsiones legales deberán hacerse extensivas al tratamiento de datos que se puedan efectuar en los canales de comunicación externos y en los supuestos de revelación pública.

Conforme a lo establecido en el artículo 6 del citado Reglamento 2016/679/UE, procede indicar los títulos que hacen lícito el tratamiento de datos personales. En concreto, cuando ello resulte necesario para el cumplimiento de una obligación legal; cuando deban llevarse a cabo en los supuestos en que sea obligatorio disponer de un *sistema interno de información*, y en los casos de canales de comunicación externos. A su vez, se presumirán válidos al amparo de lo que establece el artículo 6.1.e) del Reglamento cuando aquel sistema no sea obligatorio o el tratamiento se lleve a cabo en el ámbito de la revelación pública⁶².

A los efectos de nuestro análisis, debemos destacar que la ley 2/2023 regula ciertas condiciones especiales en el tratamiento de datos, con la finalidad de garantizar, no sólo el *habeas data*, sino, de forma muy especial, la identidad de los informantes y, por ende, de las personas que vayan a ser investigadas a resultas de la información proporcionada por el informante. Tal y como se establece en el preámbulo de la referida ley, «la preservación de la identidad del informante es una de las premisas esenciales para garantizar la efectividad de la protección que persigue esta ley», lo que requiere la efectividad de dicha previsión sin fisuras, limitando la posibilidad de comunicación de la identidad sólo a la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad administrativa competente⁶³.

No obstante, con relación a esa protección nos encontramos ante diversos problemas, entre los que destacan, por un lado, preservar la anonimización de los datos del informante, y, por otro, la conservación de los datos personales, garantizando el derecho de acceso de la persona denunciada⁶⁴.

⁶¹ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de *Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, en trasposición de la citada Directiva, y Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de *protección de datos personales tratados para fines de preventión, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales*.

⁶² Que regula el título V.

⁶³ En el ámbito administrativo, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, reguladora del *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, establece en su art. 62.1 que toda comunicación de hechos que puedan constituir una infracción ha de ser considerada como una denuncia.

⁶⁴ O incluso regular la destrucción de los mismos. Según Guasp, el responsable último de garantizar la protección de los datos personales no es el personal funcional

2.6. La protección del denunciante y del denunciado.

Valoración probatoria de la denuncia anónima.

A dicha salvaguarda le dedica la ley 2/2023 el título V, de modo que los informantes que utilicen los cauces internos o externos van a verse amparados por un régimen específico de protección⁶⁵, al ser aquéllos merecedores de dicha defensa por haber mostrado una actitud cívica a la hora de advertir ante posibles infracciones penales o administrativas graves o muy graves o vulneraciones del ordenamiento jurídico que dañan el interés general⁶⁶.

Ya hemos señalado cómo la ley pretende amparar al informante, evitando que se puedan tomar represalias en su contra en los casos en que haya cumplido con su debida responsabilidad. Más aun, según afirma Valverde Megías⁶⁷ «el legislador español ha dispuesto en beneficio del informante una presunción *iuris tantum* de la existencia de represalias», entendiendo que en el caso de que el informante haya sufrido algún perjuicio tras la presentación de la denuncia, «se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por informar o por hacer la revelación pública, imponiéndose la carga de la prueba de la desvinculación entre la medida perjudicial para el informante y la comunicación de la información a la persona que haya adoptado la medida».

Pero el texto de la ley va más allá, pues recoge expresamente la nulidad de cláusulas contractuales tendentes a impedir o cercenar de algún modo el derecho de trasladar la información sobre las conductas sancionadas por la ley. En consecuencia, se establece que quedarán sin efecto las cláusulas de confidencialidad o de renuncia al ejercicio de este derecho de información. Más aún; incluso se exime de responsabilidad al informante produciéndose una inversión de la carga de la prueba en los procesos que se pudieran iniciar para exigir una hipotética reparación de daños, cubriendo de este modo el legislador las posibles consecuencias que podrían derivarse de la traslación de una información incorrecta.

rio, sino el Delegado de Protección de Datos, «con quien debemos contar y solicitar ayuda para que no se produzcan brechas de derechos». Guasp Martínez, V., «Cómo proteger los datos personales de la información que llega a través del canal de denuncias». *Legal today*, 8 de noviembre de 2023.

⁶⁵ Con medidas de apoyo (legal, financiero...) y con medidas de protección propiamente dichas.

⁶⁶ Este es el loable fin que el legislador dice perseguir y el informante materializar. Sin embargo, a nadie se le escapa que, detrás de dicha conducta, se puedan amparar otros intereses no tan cívicos (afán de venganza, reducción de una posible pena, etc.).

⁶⁷ Valverde Megías, R., «Canales de información y...», op.cit., pág. 35 y ss.

No obstante, esta aparente bonanza de la ley choca con ciertos obstáculos que la doctrina ha puesto de manifiesto, al entender que se está fomentando un *derecho premial* para quienes se conviertan en informantes en la lucha contra la corrupción⁶⁸. Pero, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos, nuestro legislador se ha limitado a articular una protección contra represalias, como hemos visto, amparando el anonimato del informante, sin llegar a fórmulas de recompensas económicas⁶⁹, a salvo de la mitigación, exención y attenuación de las posibles sanciones que pudieran derivarse cuando el propio informante hubiera intervenido en la conducta ilícita⁷⁰.

2.7. Valoración probatoria de la denuncia anónima

Respecto a la valoración de la información contenida en la denuncia anónima, se ha querido sortear expresamente las dificultades que planteaba en nuestro sistema procesal, no sólo desde la óptica de la entrada de la *notitia criminis* en el proceso, sino también respecto de su valor como fuente de prueba que puede dar origen a una investigación de la actividad presuntamente delictiva que se ha denunciado.

Tampoco tiene fácil solución doctrinal la cuestión del valor, no ya como fuente de prueba, sino como auténtica prueba, pues el alcance probatorio de esa información debería ser muy limitado, salvo que se produjera la ratificación en el juicio oral por parte del informante, pero ya como prueba testifical, lo cual, en principio, no parece que se vaya a producir. Y es que bien sabemos que tradicionalmente la

⁶⁸ Vid. Ortiz Pradillo, J.C., «El difícil encaje del delator en el proceso penal español». *Diario La Ley*, N° 8560, Sección Doctrina, 12 de junio de 2015, Ref. D-235. Ortiz Pradillo afirma que «promocionar jurídicamente la delación como actividad colaboracionista con las autoridades en la obtención de importantes fuentes de prueba plantea múltiples interrogantes», por la dificultad -entre otras- que conlleva «aplicar al delator las actuales figuras procesales del denunciante anónimo, el confidente policial, el testigo protegido o el delincuente arrepentido». Debemos destacar que el artículo doctrinal al que nos estamos refiriendo es anterior a la ley que regula y desarrolla la figura del informante.

⁶⁹ Este mismo autor nos indica que «la promoción jurídica de la delación, incluidas las recompensas económicas, como sucede en los Estados Unidos, Reino Unido o Australia, en donde existen programas de incentivos (*Bounty Programs*) a través de los cuales se otorgan recompensas económicas al delator en función de las cantidades que el Estado llegue a recuperar al descubrir la trama delictiva». «El fundamento de este Derecho Penal premial (...), se encuentra en razones político-criminales basadas en el criterio de la utilidad, al considerarse más útil para la persecución y enjuiciamiento de determinadas conductas el hecho de rebajar o eximir de la pena a quien colabore en su investigación, favoreciéndose así las delaciones y autodenuncias a través de beneficios punitivos».

⁷⁰ Art. 40 de la ley.

jurisprudencia ha sido reacia a darles valor de prueba a las confidencias anónimas, ni siquiera a través de la declaración de los testigos de referencia, ni tampoco como indicio⁷¹, por considerarse que atenta contra el derecho fundamental al debido proceso con todas las garantías. Podemos traer aquí a colación la STC 75/2013, de 8 de abril⁷², en la que el Tribunal estimó el amparo por no identificar al testigo anónimo protegido, por exigencias del derecho al proceso contradictorio (proceso con todas las garantías)⁷³.

De hecho, hasta la naturaleza de dichas confidencias puede ser controvertida, pues si bien podría parecer que se trata de un testimonio directo -pues, al fin y al cabo, quien denuncia ha sido conocedor de los hechos-, dado ese anonimato en que se ampara quizás podría considerarse más cercano al testimonio de referencia. La ley nada dice al respecto

A su vez, resulta conveniente destacar que también la persona denunciada cuenta con algunas salvaguardas legales, con una protección que le ampara frente a una información que hubiese podido ser manipulada o falseada -aun con visos aparentes de veracidad⁷⁴. Para ello la ley defiende la plena vigencia del derecho a la defensa, a la tutela judicial efectiva, el derecho de acceso al expediente, derecho de confidencialidad, de reserva de identidad y, en definitiva, de la presunción de inocencia.

A ello se refirió el CGPJ en su informe sobre el Anteproyecto de la ley, afirmando que si el denunciante sólo aporta el contenido de la *notitia criminis*, sí podría ser admisible como medio de investigación. Sin embargo, el Consejo entendía que, en aras a la preservación del

⁷¹ Vid. STS de 26 de septiembre de 1997, 8 de marzo y, más recientemente, STS de 12 de abril de 2012. En sentido contrario, STS 224/2021, de 11 de marzo. Cabría plantearse la naturaleza del testimonio del denunciante anónimo, pues la ley no establece nada al respecto.

⁷² Vid. en el mismo sentido la STC 174/2011, que sostenía que se vulneraban los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia en el caso de una condena fundada únicamente en un testimonio anónimo cuya fiabilidad no tuvieron posibilidad de contrastar los acusados.

⁷³ Debemos entender que el denunciante anónimo va a ser, a tales efectos, testigo de los hechos.

⁷⁴ Aunque no entra en el campo de actuación de la ley, quizás en un futuro podría llegar a extenderse la herramienta de la Policía Nacional, VeriPol, a fin de detectar las denuncias falsas en esta materia. Dicha aplicación informática detecta las denuncias falsas interpuestas en casos de robos con violencia e intimidación o tiros. La herramienta identifica el delito basándose en el texto de la denuncia y es completamente automática. Se puso en marcha en el año 2018, siendo la primera herramienta de este tipo en el mundo. Diversos experimentos empíricos demuestran que tiene una precisión superior al 90%, mientras que policías expertos alcanzan una precisión del 75%.

derecho a la tutela judicial efectiva y de los principios de contradicción y de igualdad de armas, «surgirá la necesidad de revelación en el concreto contexto de un procedimiento penal en caso de que resulte preciso el empleo de las alegaciones del denunciante como fuente de prueba y como testimonio de cargo»⁷⁵. Este criterio no es fácilmente compatible con la intencionalidad del legislador de asegurar el anonimato del informante y proteger su identidad en el proceso penal, por lo que hubiese sido conveniente que la ley entrara a tratar esta cuestión brindando una protección expresa al informante-testigo.

3. CONCLUSIÓN

En la actualidad la corrupción se ha manifestado como una de las principales preocupaciones de los ciudadanos, ya sea en el ámbito privado o en el ámbito público. Pero no sólo a nivel nacional, sino que esta inquietud se refleja igualmente en otros países de la UE. España ha querido trasponer la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, por medio de la ley 2/2023, con el fin de luchar contra las prácticas corruptas de empresas y administraciones. Una de las vías para lograr dicho propósito, ha sido la de fomentar e incentivar las denuncias anónimas, de manera que la persona, conocedora de tales perniciosas prácticas, pueda informar de las mismas sin miedo a represalias, al amparo de lo articulado en la ley. Y es que, frente a los recelos suscitados por la delación anónima, hoy en día se reputa una medida útil para potenciar la colaboración con la justicia. Por tanto, con independencia de las irregularidades de naturaleza formal que puedan concurrir en la denuncia formulada, nada impedirá su admisión a trámite y la consiguiente incoación de las oportunas diligencias de investigación cuando los hechos comunicados, de apariencia delictiva, presenten indicios de verosimilitud.

No podemos obviar que es cierto que ese anonimato de la denuncia choca con nuestro sistema procesal -digámoslo así- tradicional, pero debemos ser conscientes de la sociedad actual en la que vivimos y de las nuevas necesidades que se producen en la lucha contra el crimen. Para ello es necesario articular nuevas herramientas procesales, como la admisión de la información transmitida por un informante anónimo, cuando se trate de los ilícitos contemplados en el ámbito

⁷⁵ Para ello el CGPJ se apoyaba en diversa jurisprudencia, como la STS 422/2020, de 23 de julio y la STC 64/1994, de 28 de febrero, entendiendo que mantener el anonimato de los testigos podría vulnerar los antes citados derechos y principios procesales, de conformidad con los postulados del art. 6 del CEDH.

objetivo de aplicación de la ley y siempre que haya superado el juicio de verosimilitud.

La denuncia anónima se permite, pues, como punto de partida para investigar posibles delitos en el seno de la empresa, al tratarse de una práctica altamente eficaz para detectar irregularidades. Se hace prevalecer de este modo la utilidad de la admisión de este tipo de información en la lucha contra la corrupción, facilitándose, a su vez, la posibilidad de que las propias organizaciones corrijan las irregularidades cuando la información se ha hecho llegar por vía interna.

El nuevo panorama jurídico busca, en definitiva, la protección del informante frente a posibles represalias, creando un nuevo parámetro de «cultura de la información», amparado en términos de ética empresarial y de disuasión frente a posibles acciones fraudulentas, para lo cual la ley articula tres canales: los sistemas internos de información, que serían los preferentes, pues lograrían atajar esas conductas inapropiadas desde la primera etapa; el canal externo de la autoridad de protección al informante, y, por último, lo que podríamos llamar el canal de la revelación pública o de medios de información pública. Siempre, claro está, respetando esa confidencialidad, no sólo del contenido de lo informado, sino de la identidad del informante.

Reforzar la protección del «*whistleblower*» y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocido en el art. 10 de la CEDH y en el art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, animará a incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas que afectan a los intereses generales. Los nuevos canales de denuncias que instaura la ley permitirán constatar y perseguir irregularidades que se puedan producir en el entorno más directo del denunciante e incluso podrá determinar la apertura de una investigación que cercene lo antes posible dichas conductas fraudulentas, en beneficio de la sociedad en su conjunto.

BIBLIOGRAFÍA

ACFE: Reporte a las Naciones, 2016). Homann, M. Revista online *Integrity line*. <https://www.integrityline.com/es/experiencia/blog/que-es-un-whistleblower/>. Consultado 07/08/2023.

AGUILERA GORDILLO, R., «Manual de Compliance Penal en España. Régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación analítica de base estratégica. Requisitos del Compliance Program». Ed. Aranzadi, Madrid, 2022.

- ALIAGA RODRÍGUEZ, R., «La denuncia anónima como instrumento de transparencia y protección de los denunciantes». *Revista Española de la Transparencia*, Nº 14. Primer semestre. Enero-junio de 2022.
- BACHMAIER WINTER, L., «*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*, Nº 9539, Sección Tribuna, 18 de Diciembre de 2019, Wolters Kluwer.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La corrupción ante el Derecho y la Justicia», *Diario La Ley*, nº 8153, de 20 de septiembre de 2013.
- Dictamen 1/2006 sobre la *aplicación de las normas sobre protección de datos de la UE a los sistemas internos de denuncia de irregularidades en los ámbitos de la contabilidad, controles y cuestiones de auditoría, lucha contra la corrupción y delitos financieros y bancarios* del Grupo de trabajo del artículo 29 (GT29).
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*. Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2012.
- GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014.
- GIMENO BEVIÁ, J., «Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas». Ed. CIVITAS, 2016.
- MAGRO SERVET, V., «Denuncia anónima, el confidente, el canal de denuncias y la ley 2/2023 de 20 de febrero de protección del «alertador» ante la corrupción». *Diario La Ley*, Nº 10239, 2 de marzo de 2023.
- MAGRO SERVET, V. (2021) «El compliance y su aplicación más allá de las personas jurídicas». *LA LEY compliance penal*, Nº 4, Primer trimestre de 2021.
- MERCADER UGUINA, J.R., «La protección de alertadores, informantes o denunciantes una lectura laboral de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre». Ed. Trabajo y Derecho, *La Ley*, Nº 64. Madrid, abril 2020.
- ORTIZ PRADILLO, J.C., «El difícil encaje del delator en el proceso penal español». *Diario La Ley*, Nº 8560, Sección Doctrina, 12 de junio de 2015.
- ORTIZ PRADILLO, J.C., «Pasado, presente y futuro de la denuncia anónima en el proceso penal». En la obra colectiva, *Derecho, Justicia, Universidad: liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*. Coord. Diez

Picazo, I., Vegas Torres, J. y De La Oliva, A. (hom.), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Vol. 2. Madrid, 2016.

ORTIZ PRADILLO, J.C., *Whistleblowing, colaboración eficaz con la justicia y proceso penal*. Ed. La Ley. Madrid, 2024.

VALVERDE MEGÍAS, R., «Canales de información y protección los informadores en la ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción». *Revista del Ministerio Fiscal*. N° 12. Madrid, 2023.