

Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal *

Leticia Jericó Ojer

Universidad Pública de Navarra

JERICÓ OJER, LETICIA. Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-08, pp. 1-55.
<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-08.pdf>

RESUMEN: La aprobación de la Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción responde a la transposición tardía de la Directiva 2019/1937, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones de Derecho de la Unión. La ley pretende proteger frente a posibles represalias a quienes informen, incluso anónimamente, de la existencia de determinadas infracciones en el seno de una entidad pública o privada, regulando del mismo modo los sistemas de información. Esta investigación persigue tres objetivos: en primer lugar, determinar si la Ley de protección a la persona informante amplía los mecanismos de protección con relación a lo establecido en la Directiva. En segundo lugar, si la propuesta recogida en esta ley permite respetar las garantías básicas que deben ser reconocidas a toda persona afectada por la información, sobre todo en el ámbito del proceso penal y, por último, si los mecanismos establecidos en la ley resultan o no adecuados para aproximarse al principal objetivo perseguido por el legislador, esto es, el descubrimiento y la evitación de conductas irregulares, incluidas las delictivas, que inciden sobre todo en el ámbito público.

PALABRAS CLAVE: informante, corrupción, protección al informante y garantías de la persona afectada por la información, denuncia anónima, programas de clemencia.

TITLE: **First approximations to the Law regulating the protection of the whistleblower and the fight against corruption: its main implications from a legal-criminal perspective**

ABSTRACT: The approval of the Law regulating the protection of people who report regulatory infractions and the fight against corruption responds to the late transposition of Directive 2019/1937, regarding the protection of people who report violations of Union law. The law aims to protect against possible reprisals those who report, even anonymously, the existence of certain infractions within a public or private entity, regulating information systems in the same way. This research pursues three objectives: first, to determine whether the whistleblower protection law establishes greater protection mechanisms in relation to what is established in the Directive. Secondly, if the regulation transposition established in this Law allows to respect the basic guarantees that must be recognized to any person affected by the information, especially in the field of criminal proceedings and, finally, whether or not the mechanisms established in the future law are adequate to approach the main objective pursued by the legislator, that is, the discovery and the avoidance of irregular conduct, including criminal conduct, which mainly affects the public sphere.

KEYWORDS: whistleblower, corruption, whistleblower protection and guarantees for the person affected by the information, anonymous complaint, leniency programs.

Fecha de recepción: 15 septiembre 2022

Fecha de publicación en RECPC: 7 mayo 2023

Contacto: leticia.jerico@unavarra.es

SUMARIO: 1. Introducción: la finalidad político-criminal en la protección de la persona informante. 2. Los incentivos establecidos en la Ley de protección a la persona informante para favorecer la comunicación. 3. Algunas cuestiones de interés que incorpora la Ley de protección de la persona informante: la terminología, el ámbito material de protección, los sujetos a proteger y las vías de información. 3.1. Una mejora en la terminología: la incorporación de la figura del informante. 3.2. La ampliación del ámbito de protección material. 3.3. A quién protege la ley. 3.4. Las vías que la ley habilita para hacer efectiva la información. 3.4.1. La creación del sistema interno de información: su obligatoriedad en el sector público. 3.4.2. El canal externo de información: la creación de la Autoridad Independiente de Protección al Informante A.A.I. 3.4.3. La revelación pública de las conductas irregulares como algo distinto a la mera información. 4. La necesidad de proteger a la persona informante. 4.1. Las condiciones previas para la protección: la creencia razonable de la veracidad de la información. 4.2. Las medidas de protección para la persona informante: la prohibición de represalias y establecimiento otras medidas de apoyo. 4.3. La protección al informante por los actos de comunicación o revelación de la información: ¿qué ocurre con la responsabilidad penal? 4.3.1. El tratamiento jurídico penal de la conducta del informante: las decisiones jurisprudenciales al respecto. 4.3.2. La exclusión de la responsabilidad penal por la revelación de la información: la indicación de la Directiva. 4.3.3. La opinión doctrinal. 4.3.4. La opción española: ¿en qué quedamos? 4.4. El régimen sancionador. 5. La garantía de confidencialidad y la incorporación de la denuncia anónima en la Ley de protección a la persona informante. 5.1. Informante y garantía de confidencialidad: su difícil encaje en el proceso penal. 5.2. La admisión de la comunicación o denuncia anónima. 6. Los beneficios (o programa de clemencia) que establece la Ley de Protección a la persona informante para la figura del arrepentido. 7. Conclusiones finales. Bibliografía.

* El presente trabajo se enmarca en el contexto del Proyecto de Investigación Instrumentos normativos preventivos en la lucha contra el fraude y la corrupción PID2020-118854GB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyos investigadores principales son Inés Olaizola Nogales y Hugo López López.

1. Introducción: la finalidad político-criminal en la protección de la persona informante

España ha llegado tarde al mandato de transposición al ordenamiento interno de lo establecido en 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 de Derecho de la Unión (en adelante Directiva). No es necesario extenderse mucho en justificar esta conclusión, atendiendo al hecho de que la propia Directiva fijaba como fecha límite para la transposición el 17 de diciembre de 2021. Vencido el plazo, el pasado 21 de febrero de 2023 se publicaba 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 (LPILC)¹, por la que se transpone la comúnmente conocida como Directiva *Whistleblowing*. Sí que es cierto que se han quedado en el camino varias proposiciones de

¹ V. Ley 2/2023, de 20 de febrero (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-4513>). Por lo que respecta a la evolución legislativa del texto V. Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (APL) (<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20INFORMANTES.pdf>) y, finalmente, el Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (PL) (https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-123-7.PDF#page=1).

ley anteriores a esta regulación, presentadas por grupos parlamentarios de diferente signo político que planteaban alternativas dirigidas a la protección de los alertadores (*whistleblowers*) frente a las posibles represalias como consecuencia de la revelación de información². Vamos tarde con la transposición, de eso no hay duda. La cuestión es (y permítaseme la utilización coloquial de la expresión) si “vamos bien”.

A partir de una regulación de mínimos establecida en la Directiva³, que nace con el propósito de armonizar una normativa sobre protección del informante que se encontraba bastante fragmentada⁴, se deja en manos de los distintos legisladores nacionales la opción de diseñar estrategias que hagan posible la finalidad pretendida, esto es, la protección de las personas que informen sobre vulneraciones del ordenamiento jurídico frente al riesgo de sufrir posibles represalias derivadas de esta revelación.

Muy resumidamente, podríamos señalar que la figura del *whistleblower* tiene su origen en el derecho angloamericano del s. XIX y que la expansión de la política proteccionista se produce a lo largo de los últimos años del s. XX y primeros del s. XXI, principalmente a través de convenciones y recomendaciones internacionales contra la corrupción⁵. Nuestro país tampoco ha permanecido ajeno a esta realidad, ya que en la regulación interna no sólo hay variadas referencias al establecimiento de canales de denuncia en distintos ámbitos que permiten comunicar la existencia de irregularidades⁶, sino también mediante la creación de las agencias autonómicas de anticorrupción. En el ámbito del Derecho penal, el reconocimiento en el año 2010 de la responsabilidad penal de la persona jurídica supuso el inicio de lo que posteriormente, en 2015, implicará la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos en este ámbito. Con la finalidad de atajar las malas prácticas y la comisión de delitos pero también con el propósito de fomentar la colaboración de la persona

² Proposición de Ley de protección integral de los alertadores, presentada por el grupo Compromís, ERC, BNG y Más País (https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-27-1.PDF), la Proposición de Ley Orgánica de lucha contra la corrupción y para la protección de los alertadores, presentada por Ciudadanos (https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-142-1.PDF) y finalmente la Proposición de Ley de Protección Integral de los Denunciantes de Corrupción planteada por Vox, que fue rechazada (https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-56-1.PDF).

³ Art. 25 Directiva: “Trato más favorable y cláusula de no regresión. 1. Los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones más favorables para los derechos de los denunciantes que los establecidos en la presente Directiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22 y en el artículo 23, apartado 2. 2. La aplicación de la presente Directiva no constituirá en ninguna circunstancia motivo para reducir el nivel de protección ya garantizado por los Estados miembros en los ámbitos regulados por la presente Directiva”.

⁴ A nivel europeo, por ejemplo se exigía a los Estados miembros el establecimiento de canales de denuncia y adopción de medidas de protección en el ámbito de los servicios financieros (Directiva 2013/36/UE y Reglamento UE 575/2013), de protección de la integridad de los mercados financieros (Reglamento UE 596/2014 y Reglamento UE 600/2014), en la seguridad en el transporte (Reglamento UE 376/2014), protección del medio ambiente (Directiva 2013/30/UE y para los funcionarios públicos de las instituciones europeas (Reglamento Euratom 723/2004).

⁵ GARCÍA MORENO, 2022b, pp. 54 y ss.; CGPJ, 2022, pp. 12 y ss.

⁶ V. art. 63.2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, art. 197 del RDLeg 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, art. 48 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, art. 116 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito o los arts. 65 y ss. de la Ley 15/2007, de 3 de julio de defensa de la competencia.

jurídica con el descubrimiento, persecución y represión de las conductas ilícitas, se instituyeron los modelos de organización y gestión conocidos como “Programas de cumplimiento normativo” o *Compliance Programs*. De este modo, se estableció la posibilidad de eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica en aquellos casos en los que, con carácter previo a la comisión del delito, tuviera implementado un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos o reducir el riesgo de su comisión (art. 31.4 CP). De esta manera se impone la obligación de informar de los posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención (art. 31 bis.5.4º CP), pero no se especifica cuál tiene que ser el procedimiento para que las organizaciones establezcan internamente la canalización de este tipo de comunicaciones⁷. La obligación de denuncia no significa, por lo tanto, que de la redacción actual del CP se derive la obligación de crear un canal específico de denuncias⁸, aunque sea altamente recomendable si lo que pretende la entidad es atenuar y, en la medida de lo posible, exonerar su responsabilidad penal⁹.

Efectivamente, la obligación de crear un sistema interno de información en las entidades es uno de los aspectos más importantes que incorpora la Ley 2/2023 que, de manera integral, regula la protección de las personas informantes frente al riesgo de posibles represalias. Esta finalidad protectora ya aparece recogida en el art. 1 de la Directiva y el legislador español la señala claramente en la Exposición de Motivos (EM) y en el art. 1.1 de la nueva ley. Sin embargo, creo que hay que detenerse en analizar si verdaderamente este es el propósito que persigue tanto la Directiva como la ley española, cuestión que ya ha sido abordada recientemente por la doctrina penalista de nuestro país. Porque, ciertamente, es posible que nos encontremos ante un doble enfoque que intente conjugar no sólo la finalidad de protección al alertador¹⁰, sino también (o principalmente) la consecución de otros objetivos de naturaleza político criminal. El primero de ellos tendría que ver con el descubrimiento y persecución de las infracciones y conductas delictivas cometidas en el seno de las entidades

⁷ En este sentido, resulta muy interesante el análisis de las normas UNE-ISO, en especial la Norma UNE-ISO 37002, de 20 de octubre de 2021, denominada “Whistleblowing management systems-Guidelines”, elaborada por el Comité Técnico ISO/TC 309 *Governance of organizations* y la referencia que ellas incorporan a los canales de denuncia, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2022, pp. 83 y ss. Se trata de la norma específica sobre los sistemas de gestión de denuncias de irregularidades que proporcionan pautas para implementar, gestionar, evaluar, mantener y mejorar el sistema de gestión aplicable a todo tipo de organizaciones. Se hace especial insistencia en la necesidad de realizar previamente una valoración de los aspectos más relevantes para que el canal funcione correctamente, la necesidad de crear en la entidad una conciencia sobre la cultura de uso de la herramienta y sus objetivos y la implementación de programas de formación, la creación de una unidad encargada de diseñar, implantar, operar y mejorar el sistema de gestión de las denuncias, el control sobre la documentación y protección de datos, la confidencialidad, la recepción, valoración, tratamiento y conclusión de las denuncias, así como la necesidad de evaluar su rendimiento y consiguiente introducción de mejoras.

⁸ RAGUÉS I VALLÉS, 2017, p. 1; CGPJ, 2022, p. 18.

⁹ RAGUÉS I VALLÉS, 2020, pp. 3 y s.

¹⁰ BARBER BURUSCO, 2021, pp. 55 y s.

tanto de naturaleza privada como pública. No puede obviarse que la creación de estructuras organizativas cada vez más complejas y el elevado coste económico que supone la investigación de la delincuencia económica y la vinculada con la corrupción pública incrementa la dificultad de la detección de los delitos que se cometen en estos ámbitos¹¹. Frente a esto, el Estado percibe la necesidad de incorporar actores que, no perteneciendo al aparato estatal, posibiliten el descubrimiento de ese tipo de conductas¹². Son los *insiders* o, dicho de otro modo, las personas que forman parte de la propia organización las primeras que pueden detectar y conocer las amenazas que surgen en su seno¹³, lo que hace que el legislador sitúe sobre ellas su foco de interés. A juicio de GARCÍA MORENO, de lo que se trata es de fomentar la denuncia interna entre los empleados de las empresas y del sector público, convirtiendo esta denuncia en una de las vías más eficaces para descubrir e investigar las infracciones que se cometen en el seno de las organizaciones. Una estrategia político criminal basada, en última instancia, en la colaboración público-privada para descubrir y perseguir el delito¹⁴ y que, como señalaré más adelante, resulta bastante cuestionable. Esta idea de colaboración ya se recoge claramente en la Ley 2/2023 y así lo revela la primera frase con la que se inicia su EM al establecer que “la colaboración ciudadana resulta indispensable para la eficacia del Derecho”. Si ya en la EM del APL el legislador incidía especialmente en el carácter indispensable de la colaboración ciudadana para facilitar informaciones que pudieran ayudar a la investigación y persecución de las irregularidades, en el texto vigente se intensifica claramente esta idea al considerar que la colaboración ciudadana es un elemento clave en nuestro Estado de Derecho, recordando al mismo tiempo el deber que tiene todo ciudadano de colaborar con la Justicia cuando presencia la comisión de un delito, siguiendo lo establecido en la LECrim. Una colaboración ciudadana que la Ley 2/2023 califica de “conducta valiente de clara utilidad pública”, “actitud cívica y de respeto democrático” o “loables comportamientos cívicos”. Ciudadanos informantes, por otro lado, a los que ya en la EM se les advierte de las represalias que pueden sufrir si deciden revelar determinadas prácticas corruptas u otro tipo de infracciones. Buena cuenta de ello dieron quienes informaron sobre las irregularidades que posteriormente dieron lugar a los famosos casos “Falciani” “Malaya”, “Gürtel” o “Acuamed”. Nuestro legislador, ante la dicotomía de “héroe o villano”¹⁵, se decanta claramente por la primera opción. De ahí la necesidad de implementar unos mecanismos efectivos para proteger a la persona informante.

La finalidad de favorecer el descubrimiento y persecución de infracciones convive además con otro segundo objetivo, vinculado esta vez con la prevención del delito

¹¹ NIETO MARTÍN, 2016, pp. 5 y ss.; GARCÍA MORENO, 2020, pp. 29 y s.

¹² RODRÍGUEZ YAGÜE, 2006, p. 449.

¹³ FOFFANI/ MESSORI, 2021, pp. 184 y s.

¹⁴ GARCÍA MORENO, 2020, p. 30; GARCÍA MORENO, 2022a, pp. 29 y 41.

¹⁵ Terminología empleada en la investigación publicada por RAGÜES I VALLÉS, 2006.

en el seno de las entidades. La protección del informante estaría justificada en la medida en que su información resulta útil a los efectos de la prevención de comisión de infracciones¹⁶. Parece razonable considerar el efecto disuasorio, dado que en el seno de una organización se reducirá el riesgo de comisión delictiva si cada uno de sus miembros asume que el otro puede hacer uso de los distintos mecanismos que permitan la visibilización de los ilícitos a través de un sistema interno de comunicación¹⁷.

Fuera de estas pretensiones políticocriminales, probablemente haya que reconocer que otro de los objetivos que persigue una normativa de esta naturaleza sea el de promocionar la cultura ética dentro de las organizaciones¹⁸, así como el fortalecimiento de su capacidad de autocontrol, de manera que sean las propias entidades las que se ocupen de detectar, prevenir y sancionar las irregularidades que se cometen en el desarrollo de su actividad¹⁹. Precisamente esta idea es la que recoge la Ley 2/2023 en su art. 1.2²⁰, al establecer como otra de sus finalidades el fortalecimiento de la cultura de la información, de las infraestructuras de integridad de las organizaciones y el fomento de la cultura de la información o comunicación como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público.

De este modo, la protección del informante se erige en un instrumento necesario para conseguir el verdadero objetivo que se persigue, que no es otro que el de la prevención y el descubrimiento de la infracción y el delito²¹. Se convierte al alertador en un factor clave para la prevención de la criminalidad económica²², una *longa manus* del Estado en la persecución de los delitos, un instrumento que el poder público utiliza para llegar hasta donde él no puede²³. Objetivos todos ellos que han abierto el debate acerca de su legitimidad. No puede obviarse que la figura del alertador constituye un elemento importante para la persecución de las infracciones, teniendo en cuenta las dificultades con las que se topa el sistema para acceder al contenido de la información, mayor cuando aumenta el tamaño de la entidad y más compleja y especializada es su organización²⁴. Sin embargo, esta estrategia no sólo puede generar un evidente clima de desconfianza entre los miembros de la organización y generar un

¹⁶ BARBER BURUSCO, 2021, pp. 55 y s. Por lo que respecta al ámbito de los partidos políticos, v. recientemente MORALES HERNÁNDEZ, 2022, p. 29.

¹⁷ RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, 2019, p. 227.

¹⁸ ORTIZ PRADILLO, 2020, p. 8.

¹⁹ GARCÍA MORENO, 2022a, p. 33; OLAIZOLA NOGALES, 2022, p. 31; MORALES HERNÁNDEZ, 2022, p. 28.

²⁰ Finalidad incorporada tardíamente, pues no aparecía ni en el texto inicial del APL ni tampoco en el del PL sometido a enmiendas en el Congreso.

²¹ OLAIZOLA NOGALES, 2021, p. 29.

²² NEUPAVERT ALZOLA, 2021, p. 231.

²³ LEITE, 2021, p.194. El término *longa manus* utilizado por este autor es un latinismo de uso común en el idioma italiano y que hace referencia a una persona, un grupo de personas o una organización que, de manera secreta, actúa en nombre de otros o que el poder utiliza como herramienta para lograr sus fines.

²⁴ RAGUÉS I VALLÉS, 2013, pp. 36 y ss.; DELGADO MARTÍN, 2022, pp. 1 y s.; SÁNCHEZ-MORENO GÓMEZ, 2022, p. 1; SIMÓN CASTELLANO, 2022, p. 13.

riesgo reputacional a la misma cuando, por ejemplo, en el seno de una organización que en general funciona correctamente se revela una conducta aislada²⁵, sino que la utilización del ciudadano como agente activo en la prevención y persecución del delito puede suponer una cierta renuncia a ejercer esta función que corresponde única y exclusivamente a los poderes públicos²⁶. Si se abona la idea de que debido a la insuficiencia de medios o la complejidad de las organizaciones el Estado no puede perseguir este tipo de delincuencia, unida a la importancia que implica para el bien común y el interés general la lucha contra la corrupción, de alguna manera el poder público traslada al ciudadano ese deber de velar por el bien común ensalzando su actuación con las expresiones referidas anteriormente ("conducta valiente de clara utilidad pública", "actitud cívica y de respeto democrático" o "loables comportamientos cívicos"). De alguna manera lo hace partícipe de una función que sólo le corresponde a él. En mi opinión, la referencia que la Ley 2/2023 realiza a la colaboración ciudadana como factor indispensable (e incluso clave) para la eficacia del Derecho debe ser objeto de cierta matización. Creo más bien que existen otros factores que contribuyen a que la norma logre su pretendida eficacia, como pueden ser que efectivamente sirva para conseguir aquello que inicialmente pretende, que logre la adhesión de la ciudadanía al valor que está protegiendo, que establezca mecanismos ágiles de respuesta y que se dote de medios personales y materiales suficientes. El hecho de que la ciudadanía ponga en conocimiento de las autoridades la realización de prácticas irregulares en el seno de una entidad privada y, sobre todo en el ámbito público, pone de manifiesto (aunque no necesariamente en todos los casos), un signo de compromiso con el bien común y de rechazo hacia las corruptelas. Sin embargo, ante el riesgo de privatizar una función que corresponde única y exclusivamente a los poderes públicos, como es la de la averiguar y perseguir el delito, el legislador debe actuar con la máxima cautela, pues utilizar al ciudadano como principal fuente de información puede hacer peligrar todo el sistema de garantías establecido. Así, si se admite la denuncia anónima (como así lo prevé la Ley 2/2023), sus efectos no deberán afectar al derecho de defensa de la persona afectada. Lo mismo sucede con la posibilidad de que la persona afectada por la investigación acceda al procedimiento²⁷ o se establezcan mecanismos para detectar denuncias falsas, también a la hora de decidir si se deben o no establecer recompensas por informar, en cómo articular la participación del informante en el proceso penal o, finalmente, si alguna de las obligaciones establecidas en esta nueva ley puede afectar al derecho a la no au-

²⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2021, p. 22.

²⁶ RAGUÉS I VALLÉS, 2013, p. 37; BARBER BURUSCO, 2021, pp. 58 y s.; JERICÓ OJER, 2021, p. 83; OLAIZOLA NOGALES, 2021, pp. 32 y s.

²⁷ Si bien en el APL se aludía en todo caso a la persona investigada, en el texto finalmente aprobado se sustituye esta denominación por la de persona afectada. Probablemente esta novedad se deba a la necesidad de evitar confusiones con el estatus jurídico que la LECrim asigna a la persona investigada, a quien se le atribuye la presunta comisión de hechos delictivos.

toincriminación de la persona jurídica sometida a investigación. Todo ello, por supuesto, sin desmerecer la protección que deben recibir las personas informantes frente a la existencia de diversos riesgos. Uno de ellos será, como analizaré más adelante²⁸, la amenaza penal por la conducta de revelación, en otras palabras, la posibilidad de iniciar un procedimiento penal para determinar si la comunicación del ilícito es constitutiva de un delito. Lógicamente, se acentúa la protección del informante si se articula un sistema que permita exonerarle de cualquier tipo de responsabilidad jurídica, incluida la penal, por la revelación de las irregularidades cometidas en la entidad, como así lo establece el art. 21.2 y 3 de la Directiva.

La transposición de la Directiva a nuestro derecho interno ha sido considerada como una oportunidad para elaborar una normativa estatal que establezca un marco coherente y global de protección para los informantes de corrupción a nivel nacional, incrementar los niveles de protección establecidos en la Directiva²⁹ y que lleve a prevenir conductas de corrupción³⁰. Estas consideraciones me resultan de gran utilidad para centrar lo que va a ser el propósito de esta investigación: 1º) determinar si la ley de protección al informante otorga una mayor protección que lo indicado en la Directiva; 2º) si la regulación establecida en la Ley 2/2023 permite respetar las garantías básicas que deben ser reconocidas a toda persona afectada, sobre todo en el ámbito del proceso penal y 3º) si, desde una perspectiva apriorística, los mecanismos establecidos en la ley resultan o no adecuados para alcanzar el fin pretendido, esto es, el descubrimiento y también la evitación de conductas irregulares, sobre todo las que afectan al ámbito público. Todas estas consideraciones se tratarán a lo largo de los distintos apartados y se plasmarán de forma más concreta en las conclusiones finales.

2. Los incentivos establecidos en la Ley de protección a la persona informante para favorecer la comunicación

Como ya señalara la doctrina especializada³¹, existen varios instrumentos que internacionalmente se han utilizado para persuadir a las personas (generalmente *insiders*) a que revelen una determinada información: la imposición del deber de denuncia, la promesa de recompensas económicas, el ofrecimiento de protección y, finalmente, la posibilidad de atenuar o incluso de eximir de la sanción a la persona que comunica la infracción pero que previamente ha participado en ella (el informante arrepentido). Veamos a continuación qué acogida han tenido estos mecanismos en la Ley 2/2023.

a. La imposición del deber de denuncia. Los arts. 259 y 262 LECrim establecen,

²⁸ V. apartado 4.3.

²⁹ GARCÍA RODRÍGUEZ-MARÍN, 2022, p. 196.

³⁰ FRANCÉS LECUMBERRI, 2021, p. 158.

³¹ RAGUÉS I VALLÉS/BELMONTE PARRA, 2021, pp. 3 y ss.

salvo excepciones, la obligación de denunciar la perpetración de cualquier delito público ante las autoridades judiciales, fiscales o policiales. Aunque las consecuencias del incumplimiento sean prácticamente simbólicas, sí que las ventajas de este incentivo se traducen en otorgar una causa de justificación en aquellos supuestos en los que, al revelar, el informante comunica información protegida por algún tipo de deber de confidencialidad. Sin embargo, como analizaré en el apartado correspondiente³², la eficacia del cumplimiento de un deber como causa de justificación tiene un alcance limitado ya que no puede aplicarse a todos los supuestos de revelación. Se puede plantear si este deber de denuncia ante las autoridades previsto en la LE-Crim puede encontrar cierta fricción con el diseño establecido en esta nueva ley, dado que considera preferente la utilización del sistema interno de la propia entidad. Sin embargo, entiendo que la información realizada a través del sistema interno o externo de la organización no es incompatible con la obligación de denunciar establecida en la LECrim³³.

b. El sistema de recompensas. El dilema ante el que se enfrenta el informante es una decisión basada en un cálculo de coste-beneficio³⁴. Unos costes claros y unos beneficios relativos. En el lado de los costes se sitúan las represalias que puede sufrir el informante por la conducta de revelación y que concretamente la Ley de protección a la persona informante lo traduce en la existencia de presiones provenientes de las personas denunciadas. Los beneficios son más relativos, tanto para la entidad como para el propio informante. De este modo, se puede entender que el informante está colaborando con la organización para descubrir o prevenir delitos, lo que fortalece su modelo de gestión, o que siente una profunda convicción de estar haciendo lo correcto. Puede suceder también que el informante valore la posibilidad de obtener un beneficio directo, como la obtención de una recompensa económica por parte de la entidad, la promoción laboral o el aumento salarial, lo que sin duda alguna contribuye sustancialmente a desmitificar la propia figura del alertador³⁵. La cuestión relativa a la concesión de beneficios económicos asociados a la delación, estrategia muy habitual en el sistema estadounidense, abre necesariamente el debate de si el Estado debe implementar un sistema de recompensas para incentivar las comunicaciones.

La Directiva excluye expresamente el ofrecimiento de recompensas a los informantes. Cabe señalar que tradicionalmente esta decisión ha sido acogida de forma muy dispar por la doctrina. Por un lado, no les falta razón a quienes consideran que el incentivo económico puede ser determinante para que el alertador lleve a cabo su

³² V. apartado 4.3.

³³ CGPJ, 2022, pp. 30 y s.

³⁴ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, 2021, pp. 109 y ss.

³⁵ LEITE, 2021, p.194; OLAIZOLA NOGALES, 2021, p. 33.

revelación³⁶. De ahí que se inste al legislador nacional a que se aproxime hacia posiciones más pragmáticas que permitan detectar y corregir irregularidades y, en el mejor de los casos, recuperar las cantidades distraídas³⁷. Desde este planteamiento, son razones de utilidad y también de coherencia las que han intentado justificar la conveniencia de emplear incentivos para fomentar la alerta³⁸. De este modo, se ha señalado por la doctrina que el incentivo es fundamental si el Estado tiene un verdadero interés en contar con información para luchar contra la criminalidad corporativa, dado que no puede esperar o confiar en que los ciudadanos decidan convertirse en héroes. De ahí la necesidad de incentivarlos. Igualmente se alude a razones de coherencia interna del propio sistema jurídico penal. Así, se ha entendido que al igual que no se elimina el testimonio de una víctima de un determinado delito por mucho que pudiera existir en ella el deseo de venganza o la pretensión de abono de la correspondiente responsabilidad civil, idéntico argumento podría aplicarse a los informantes. El Estado mantiene el interés en las aportaciones de estos sujetos siempre y cuando su colaboración sea eficaz, en otras palabras, siempre que la información se ajuste a la realidad y facilite el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, aunque sus motivos no sean los más nobles.

Sin embargo, no pueden desconocerse los riesgos que genera el sistema de recompensas, dado el peligro de convertir al informante de buena fe en un auténtico cazarrecompensas³⁹. Las recomendaciones de Transparencia Internacional ante la consulta pública que realizó el Ministerio de Justicia sobre la transposición de la Directiva concluyeron que no era necesario otorgar premios o recompensas al alertador, puesto que esto significaría enturbiar sensiblemente la exigencia de convicción razonable como requisito para la protección⁴⁰. La ley española no contempla ninguna previsión acerca de la posibilidad de ofrecer recompensas o premios por realizar conductas de comunicación o revelación pública. Creo que esta solución (al igual que las recomendaciones de Transparencia Internacional) es acertada. No se excluye de ningún modo que puedan existir alertadores en quienes conviva la motivación económica por un lado con la seguridad, certeza o adecuación de la información transmitida por otro. Tan sólo se ponen de manifiesto los riesgos que puede generar otorgar recompensas en un ámbito muy particular, como es la denuncia de infracciones (administrativas o penales) con las consecuencias que de ello se derivan, principalmente por el riesgo que implica para los derechos y garantías de la persona afectada y posteriormente investigada. Podría oponerse a esta consideración que la transmisión veraz de la información no peligra si se establece un sistema en donde la recom-

³⁶ NEUPAVERT ALZOLA, 2021, p. 235.

³⁷ SIMÓN CASTELLANO, 2022, pp. 19 y ss.

³⁸ GARCÍA MORENO, 2021, pp. 257 y ss.

³⁹ GIMENO BEVIÁ, 2021, p. 176.

⁴⁰ V. apartado 4.1.

pensa sólo se concede en atención a la cuantía recuperada o determinada en la sentencia como daño o beneficio que ha originado el delito. Creo que este contraargumento no es en absoluto irrefutable ya que, a pesar de que hagamos depender la obtención de la recompensa económica de la recuperación de lo defraudado, ello no supone un freno para las denuncias de baja calidad puesto que el delator no va a perder nada por intentarlo. Sin embargo, aun admitiendo hipotéticamente que vincular la recepción de la recompensa con la cuantía recuperada pudiera suponer un freno a la denuncia falsa o de baja calidad, considero que otorgar una recompensa por denunciar introduce *además* un enfoque mercantilista y no contribuye especialmente al objetivo pretendido por el legislador en esta nueva ley que es fortalecer la dimensión ética de la denuncia. La introducción de incentivos económicos por denunciar podría cambiar la percepción que el legislador quiere que la ciudadanía tenga de la propia delación, que no es otra que la de fortalecer la idea de que quien denuncia lo hace como signo de compromiso con el bien común y encarna un nuevo modelo de ciudadano ético y cívico. Introducir gratificaciones económicas por la denuncia podría debilitar esta pretensión del legislador.

Por último, sí que me gustaría realizar alguna pequeña consideración sobre el argumento de coherencia interna del propio sistema anteriormente mencionado. Se ha señalado que no se elimina el testimonio de una víctima de un determinado delito por mucho que pudiera existir en ella el deseo de venganza o la intención de obtener la correspondiente responsabilidad civil. En primer lugar, considero que la pretensión por parte de la víctima de reclamar la responsabilidad civil derivada de un delito es un interés absolutamente legítimo, puesto que con ello se trata de reparar el daño que le ha originado el delito y, como tal, está incorporado en nuestro CP (art. 109 y ss. CP). Además, por mucho que en la víctima de un delito impere el deseo de venganza el motivo surge con posterioridad al daño que ha generado el delito sobre la propia víctima. El sentimiento de venganza puede ser humanamente comprensible, pero el sistema penal debe canalizarlo al margen del propio proceso e intentar, junto con la práctica de otras pruebas, alcanzar la convicción jurídica que permita fundamentar un pronunciamiento condenatorio si es el caso. Es la víctima la titular del bien jurídico que se ve afectado por el delito y por eso, salvo que exista una intención espuria, su testimonio se debe incorporar al proceso y no se elimina por mucho que exista deseo de venganza.

c. Restaría analizar los otros dos mecanismos empleados para el incentivo de la denuncia o comunicación: en primer lugar, la articulación de un sistema robusto de protección al informante y, en segundo lugar, la posibilidad de atenuar o eximir de responsabilidad al informante arrepentido. La importancia y singularidad de ambas estrategias exigen un estudio más detallado en los apartados que siguen a continuación.

3. Algunas cuestiones de interés que incorpora la Ley de protección a la persona informante: la terminología, el ámbito material de protección, los sujetos a proteger y las vías de información

3.1. Una mejora en la terminología: la incorporación de la figura del informante

Un aspecto positivo a destacar de la Ley de protección a la persona informante es el referido a la terminología utilizada para referirse al sujeto destinatario de esta protección⁴¹. La Directiva alude a *persons who report breaches of Union Law* (personas que informan)⁴², aunque en la traducción española de la Directiva se incorpora el término denunciante-denuncia. De forma mayoritaria la doctrina ha preferido utilizar el concepto de alertador por ser más neutro⁴³, rechazando otros como el de soplón o chivato⁴⁴ por su sentido peyorativo, el de delator⁴⁵ o, finalmente, el de denunciante. La Ley 2/2023 acertadamente no utiliza la noción de denunciante-denuncia (salvo en una ocasión)⁴⁶, tampoco alude a alertador o a alerta, sino que incorpora el binomio informante-información⁴⁷. Esta previsión debe valorarse muy positivamente⁴⁸, pues permite discernir dos figuras que jurídicamente no van a tener la misma relevancia. Así, es importante tener en cuenta que el concepto de denuncia y de denunciante aparecen muy delimitados en la LECrim (arts. 259-269), en donde el denunciante para ser considerado como tal tiene el deber de identificarse⁴⁹, a diferencia de la Ley 2/2023 en donde se prevé que la información se comunique de manera anónima y, además, el procedimiento de recepción de una denuncia frente a una información es distinto.

⁴¹ SÁEZ HIDALGO, 2022, p. 1.; GCPJ, 2022, p. 12.

⁴² RAGUÉS I VALLÉS, 2006, p. 3; LLEDÓ BENITO, 2020, p. 433; ORTIZ PRADILLO, 2020, p. 8.

⁴³ GARCÍA MORENO, 2020, pp. 62 y s.; BARBER BURUSCO, 2021, p. 67; JERICÓ OJER, 2021, p. 94; NEUPAVERT ALZOLA, 2021, npp 3, p. 231; OLAIZOLA NOGALES, 2021, npp 3, p. 28; DELGADO MARTÍN, 2022, p.4; GIMENO BEVÍA, 2022, p. 338; SÁNCHEZ-MORENO GÓMEZ, 2022, p. 1. Igualmente, v. la EM y la redacción el art. 528.6 del APL de LECrim, en donde se hace también referencia al término alertador.

⁴⁴ De la traducción *whistlerblower*, quien sopla el silbato.

⁴⁵ Puesto que presenta connotaciones moralistas y una vinculación con sistemas no democráticos, ORTIZ PRADILLO, 2020, p. 8. A favor de esta denominación, FERRÉ OLIVÉ, 2021, p. 543.

⁴⁶ Se prescindía de la noción de denunciante hasta la redacción del texto del PL que se envía al Senado, puesto que en el texto en vigor sí que se introduce en el art. 4.1 una referencia al denunciante, aunque lo más probable es que se trate de un descuido del legislador.

⁴⁷ La EM de la Ley 2/2023 indica que a pesar de que en el ordenamiento jurídico francés se hace alusión a la palabra alertador, aquí se adopta el término informante. Por lo que respecta a la utilización del término información, en el APL se incorporó la noción de comunicación. Sin embargo, ya en el PL el legislador español aclaró que se ha optado por emplear los términos informaciones y comunicaciones indistintamente con el fin de evitar repeticiones.

⁴⁸ Téngase en cuenta la recomendación de Transparencia Internacional ante la consulta pública del Ministerio de Justicia sobre la transposición de la Directiva, que aconsejaba esta distinción.

⁴⁹ Eso no significa que la denuncia anónima carezca de eficacia en el proceso penal, ya que puede ser considerada como *notitia criminis*.

3.2. *La ampliación del ámbito de protección material*

Por lo que respecta a su aplicación material, y en comparación con lo dispuesto en la Directiva, la Ley 2/2023 extiende el ámbito de protección para la persona informante⁵⁰. Así, además de proteger a quienes informan sobre las infracciones del derecho de la Unión Europea⁵¹, en su art. 2.1 b) amplía la protección a quienes informen sobre acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave. En todo caso, continúa el legislador español, se entenderán comprendidas todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y la Seguridad Social⁵².

La delimitación del ámbito de protección material que se incorpora en la Ley 2/2023 dista mucho de la idea inicial que el legislador plasmó en el APL. Así, en la redacción primigenia se ampliaba la protección a quienes informaran sobre acciones u omisiones que pudieran ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave *o cualquier vulneración del resto del ordenamiento jurídico siempre que, en cualquiera de los casos, afectaran o menoscabaran directamente el interés general* y no contaran con una regulación específica. La extensión de la protección a la información sobre cualquier vulneración del resto del ordenamiento jurídico nos situaba, indudablemente, ante un escenario amplio y difuso que el legislador debía definir. En todo caso, se exigía que tanto las infracciones penales o administrativas graves o muy graves, así como la vulneración del resto del ordenamiento jurídico afectara o menoscabara directamente el interés general⁵³. Pero lejos de delimitar estos escenarios, el legislador opta en la Ley 2/2023 por suprimir cualquier referencia tanto a las vulneraciones del resto del ordenamiento jurídico como a la exigencia, aplicable también para las infracciones penales y administrativas, de que afecten al interés general. Evidentemente, la incorporación del interés general como criterio delimitador en la protección al informante permitía de alguna manera no desnaturalizar el régimen especial de protección de los informantes. De este modo podía en-

⁵⁰ Así lo reconoce en su EM.

⁵¹ Tal y como se establece el art. 2.1 de la Directiva, se trata de ámbitos referidos a la contratación pública, servicios, productos y mercados financieros y prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, seguridad de los productos y del transporte, protección del medio ambiente y frente a las radiaciones y seguridad nuclear, seguridad de los alimentos y los piensos, sanidad animal y bienestar de los animales, salud pública, protección de los consumidores, protección de la privacidad de los datos personales y seguridad en las redes y los sistemas de información, infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión e infracciones relativas al mercado interior.

⁵² Referencia a la Seguridad Social incorporada en el PL y que no aparecía ni en el texto inicial del APL ni tampoco en el del PL sometido a enmiendas en el Congreso.

⁵³ Valorando positivamente la delimitación del ámbito material, v. CGPJ, 2022, p. 29. Así, una mayor acotación del ámbito material implicaría una falta de certeza en el informante acerca de si la divulgación de la información goza o no de la protección prevista. Por otro lado, establecer un alcance ilimitado, incluyendo por ejemplo las infracciones leves, podría generar una carga excesiva en los responsables de establecer los canales de denuncia y la tramitación de las propias denuncias.

tenderse que con esta limitación lo que se pretendía preservar era el adecuado funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, por lo que quedarían al margen las infracciones tipificadas en el ordenamiento jurídico que regulaban las relaciones entre particulares y que respondían a mecanismos de reacción frente a incumplimiento de normas de Derecho privado. Sin embargo, condicionar la protección al hecho de que las acciones u omisiones comunicadas por el informante afectaran directamente a una noción tan difusa como era el interés general, podía generar cierta incertidumbre en el propio informante desincentivándole. Y es que ante la duda, lo razonable era considerar que el informante se abstuviera de comunicar la información y colaborar con las autoridades.

En la EM de la Ley de protección a la persona informante el legislador justifica la ampliación del ámbito material de la Directiva a las infracciones penales y administrativas graves y muy graves para permitir que los sistemas de información de las entidades puedan concentrar una actividad investigadora en las vulneraciones de mayor impacto al conjunto de la sociedad. Sin embargo, a pesar de la desaparición del criterio de afectación al interés general, nuestro legislador realiza numerosas alusiones a dicho concepto (no sólo en su EM, sino también en la regulación de la revelación pública)⁵⁴, quizás siendo consciente de la inseguridad jurídica que generaba el término pero resistiéndose de alguna manera a abandonarlo. Y probablemente esto deba ser así si lo que se pretende con esta ley es fomentar la revelación de información sobre irregularidades (parece que limitadas a las más graves al tratarse de delitos e infracciones administrativas graves y muy graves) pero que al mismo tiempo sea sostenible, sin que ello suponga una carga excesiva para las entidades a la hora de establecer el sistema interno de información o la tramitación de la propia información.

El legislador español clarifica en el art. 2.1 b) que “en todo caso, se entenderán comprendidas todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y la Seguridad Social”. Parece claro que si la información va dirigida a comunicar actuaciones que puedan suponer un quebranto económico en estos ámbitos el informante gozará de las medidas de protección establecidas. Sin embargo, esta aclaración o referencia expresa permite intuir que, quizás, la intención del legislador no es la de incluir en el ámbito de protección de la ley la revelación de cualquier delito. De ahí que surja la duda de si la información sobre la comisión de cualquier otro delito entra en la órbita de protección de esta ley. Creo que se debe postular una interpretación restrictiva, situando el foco de interés y, por lo tanto, la protección siempre y cuando se trate de revelaciones de delitos que pudieran afectar al correcto funcionamiento de las instituciones públicas y privadas⁵⁵.

⁵⁴ V. apartado 3.4.3.

⁵⁵ Del mismo modo, la limitación que el art. 2.1 a) realiza a determinados actos y escenario por lo que

En el propio título de la Ley 2/2023, junto a la protección de la persona informante el legislador alude a la lucha contra la corrupción, terminología esta última que, por cierto, no vuelve a aparecer con entidad en el articulado. Sí que es cierto que la Directiva hace referencia a la contratación pública como sector objeto de protección y que esto se incorpora indirectamente a través de la referencia realizada en el art. 2.1.a). Sin embargo, y a diferencia de lo establecido en anteriores proposiciones de ley y en las recomendaciones de Transparencia Internacional⁵⁶, el texto vigente no contiene una referencia expresa a la corrupción en su articulado⁵⁷, al margen de entenderla incluida en la referencia a las infracciones penales y administrativas graves o muy graves. Creo que en esta nueva ley debería haberse incluido expresamente y, en cualquier caso, también el catálogo de *numerus clausus* de delitos que generan responsabilidad penal de la persona jurídica e infracciones administrativas que compartan el mismo ámbito, delitos vinculados a los fraudes contra los intereses financieros de la UE y corrupción, delitos de los funcionarios públicos, delitos contra la Administración Pública, delitos contra el mercado y los consumidores, así como corrupción entre particulares y violaciones a derechos humanos⁵⁸. La inclusión expresa de estas materias en la ley española podría haber aportado una mayor seguridad jurídica, favoreciendo al mismo tiempo una interpretación restrictiva del ámbito de protección. Además, hubiera contribuido a la finalidad pretendida por el legislador, esto es, incentivar las informaciones, dado que se relajaría para la persona informante la exigencia de realizar exhaustivamente un juicio previo para delimitar si su comunicación entra o no dentro del ámbito de protección.

En los arts. 2.4 a 2.6 de la Ley 2/2023 se recogen las excepciones a la protección, más amplias que las establecidas en la Directiva. Así se hace referencia a informaciones que afecten a información clasificada, las que se deriven de la protección del secreto profesional de los profesionales de la medicina y de la abogacía y del deber de confidencialidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el ámbito de sus actuaciones, así como el secreto de las deliberaciones judiciales. El texto acota claramente los escenarios en los que no será de aplicación la ley. De manera razonable, se elimina como excepción a la protección la de “cualquier otra información cuando así lo establezca su normativa específica”. En mi opinión, esto suponía ampliar excesivamente el ámbito de las excepciones generando cierta inseguridad en el

respecta al ámbito de aplicación de la ley y la referencia a la corrupción en el propio título de la ley permiten apoyar esta interpretación restrictiva.

⁵⁶ Aportaciones de Transparencia Internacional España a la consulta pública sobre la transposición de la Directiva UE 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, de 27 de enero de 2021. (https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2021/02/ALEGACIONES-TI-E_CONSULTA-PU%CC%81BLICA-SOBRE-LA-TRANSPOSICION-DIRECTIVA-UE-2019_1937-FINAL.pdf).

⁵⁷ Salvo la referencia a la Estrategia contra la corrupción en la DA 5ª, incorporada en la fase final del PL. Esta DA establece que “el Gobierno, en el plazo máximo de dieciocho meses a contar desde la entrada en vigor de la presente ley, deberá aprobar una Estrategia contra la corrupción que al menos deberá incluir una evaluación del cumplimiento de los objetivos establecidos en la presente ley así como las medidas que se consideren necesarias para paliar las deficiencias que se hayan encontrado en ese periodo de tiempo”.

⁵⁸ V. OLAIZOLA NOGALES, 2021, pp. 39 y s.

informante acerca de cuáles son esas materias cuya normativa específica permite excepcionar la protección⁵⁹.

3.3. *A quién protege la ley*

La Ley 2/2023 no extiende su protección con carácter general al conjunto de la ciudadanía⁶⁰, sino que la condiciona al hecho de que se trate de personas informantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral o profesional⁶¹, incluso cuando la relación haya finalizado (art. 3)⁶². El vínculo profesional es, por lo tanto, lo que activa la protección establecida en la nueva ley. También se extiende a los voluntarios, becarios o trabajadores en formación, a los que su relación laboral todavía no ha comenzado, los que se encuentren en proceso de selección o negociación precontractual y a los representantes sindicales. Igualmente, la protección se hará extensiva a personas que puedan tener relación con el informante y que puedan sufrir represalias, como las personas que en el marco de la entidad asistan al informante en el proceso (los facilitadores), compañeros o familiares y a las personas jurídicas, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral o en las que ostente una participación significativa⁶³.

Si se pretende que la nueva normativa sea un instrumento de lucha contra los abusos sistémicos, la duda que se cierne es si la ley debería haber ampliado el ámbito de protección a todo sujeto que pudiera alertar de la comisión de un ilícito, al margen de su vinculación laboral con la entidad. La Directiva exige el nexo profesional como condición para activar la protección, pero deja abierto a los Estados miembros la posibilidad de ampliar esta protección a cualquier ciudadano que comunique irregularidades que puedan afectar al interés general. Parece sensato limitar la protección a la existencia de un vínculo profesional, dado que si lo que se pretende es permitir

⁵⁹ Igualmente la protección no excluirá la aplicación de las normas relativas al proceso penal y a infracciones en la tramitación de procedimientos de contratación que contengan información clasificada o que hayan sido declarados secretos o reservados, aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado.

⁶⁰ Lo aclara definitivamente el PL en su EM al indicar expresamente que la finalidad de la ley es proteger a los ciudadanos que informan sobre vulneraciones del ordenamiento jurídico en el marco de una relación profesional, matiz éste último que no aparecía en la EM del APL.

⁶¹ Comprendiendo en todo caso las siguientes categorías: a) las personas que tengan la condición de empleados públicos y trabajadores por cuenta ajena; b) los autónomos; c) los accionistas, partícipes y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos y d) cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores.

⁶² Mostrando una postura favorable a lo que califica como marco amplísimo v. AGUILERA GORDILLO, 2022, p. 8.

⁶³ A estos efectos, se entiende que la participación en el capital o en los derechos de voto correspondientes a acciones o participaciones es significativa cuando, por su proporción, permite a la persona que la posea tener capacidad de influencia en la persona jurídica participada.

que afloren conductas irregulares en el seno de entidades públicas y privadas, serán los *insiders* los que particularmente tengan acceso a esta información y los destinatarios de las posibles represalias por la comunicación.

Otro tema de interés es el relativo a si las medidas de protección establecidas se aplican también al denominado informante “arrepentido”, es decir, a aquella persona que comunica o revela públicamente la existencia de una conducta irregular en la que ha participado. Esta cuestión no debe confundirse con la posible existencia de beneficios o figuras premiales para los arrepentidos, problemática que se abordará en el correspondiente apartado⁶⁴. La exclusión de los arrepentidos del ámbito de protección de la Directiva ha sido criticada por la doctrina, ya que la revelación que realiza puede tener consecuencias que afectan a su vida profesional y personal y puede ser igualmente objeto de posibles presiones o represalias⁶⁵. La nueva ley tampoco incluye expresamente al arrepentido en el ámbito personal de protección, pero tampoco lo excluye explícitamente⁶⁶. En el art. 3 se sigue haciendo referencia a la obtención de información, por lo que esta consideración apunta a informantes que alcanzan, consiguen o logran dicha información desde una posición externa a la misma. Si lo que persigue el legislador es fomentar la comunicación de las irregularidades que se producen en el seno de una entidad, deberá tener en cuenta que por mucho que quien revele sea el propio responsable de la infracción, también va a ser objeto de represalias y presiones. En mi opinión, a futuro el legislador debería replantearse hacer extensibles al arrepentido la prohibición de represalias (art. 36), las medidas de apoyo (art. 37) y las medidas de protección frente a las represalias (art. 38).

3.4. Las vías que la ley habilita para hacer efectiva la información

3.4.1. La creación del sistema interno de información: su obligatoriedad en el sector público

En el Título II y III de la Ley 2/2023 se regula tanto el sistema interno de información como el canal externo de información de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I (Autoridad Administrativa Independiente). Por lo que se refiere al primero, se incorpora un concepto más amplio que el empleado por la Directiva, dado que no sólo hace referencia al canal interno de denuncia. Si bien el canal se constituye como uno de los elementos del sistema, dado que es el cauce por donde se da aviso de la información⁶⁷, la inclusión de un sistema interno de información vertebrará todos los elementos que posibilitan su configuración y ejecución, esto

⁶⁴ V. apartado VI.

⁶⁵ OLAIZOLA NOGALES, 2021, pp. 43 y s.

⁶⁶ V. art. 35.2 LPILC.

⁶⁷ AGULERA GORDILLO, 2022, p. 10.

es, la política a seguir, el procedimiento de tramitación, las garantías o la figura del responsable. Este sistema interno de información deberá permitir comunicar la infracción por escrito o verbalmente también de forma anónima, estar diseñado y gestionado de forma segura, garantizando la confidencialidad del informante y de las actuaciones e impidiendo el acceso a terceros⁶⁸. Igualmente deberá posibilitar que la primera que conozca la irregularidad sea la propia entidad u organismo, ser independiente, contar con un responsable del sistema, una política que enuncie los principios generales de manera que sean conocidos en el seno de la entidad u organismo, un procedimiento de gestión de las informaciones recibidas y, finalmente, contar con un sistema de protección para las personas informantes⁶⁹.

La Ley de protección a la persona informante establece que el plazo máximo para dar respuesta a las actividades de investigación no podrá ser superior a tres meses (art. 9.2 d), aunque dicho plazo se podrá extender hasta un máximo de otros tres meses adicionales en casos de especial complejidad. Analizando la tramitación parlamentaria se observa que esta tema ha generado cierta controversia, dado que inicialmente el APL establecía la posibilidad de ampliar el plazo, opción que fue rechazada en la versión inicial del PL pero incorporada de nuevo al mismo en el texto vigente. Considero acertada esta posibilidad de ampliación dado que, en determinados sectores, y sobre todo en el ámbito público, la eliminación de la ampliación de plazo podría suponer que en la práctica la gestión de la información por parte de sistema interno fuera infructuosa.

A pesar de que la Ley declara la preferencia por el sistema interno de información, concede al informante la posibilidad de que valore qué cauce seguir, bien interno o externo, siempre que se pueda tratar de manera efectiva la infracción y si el denunciante considera que no hay riesgo de represalia (art. 4.1). Creo que esto se debe recoger de manera muy favorable, sin que deba imponerse la obligación de que acuda en primer lugar al canal interno de información, teniendo en cuenta que las circunstancias particulares que rodean al informante pueden ser diversas. La ley prevé que la gestión del sistema interno (la recepción de las informaciones) se podrá llevar a cabo dentro de la propia entidad o también se puede externalizar (art. 6), siempre y cuando se lleve a cabo con las mismas garantías y condiciones establecidas para la gestión interna, es decir, respetando en todo caso su independencia, confidencialidad, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones. En mi opinión es positiva

⁶⁸ Por lo que respecta al canal interno de información, el art. 7 establece que dicho canal deberá permitir realizar comunicaciones por escrito (a través de correo postal o cualquier medio electrónico), también de forma verbal, bien por vía telefónica o por mensajería de voz. Igualmente se permite que el informante solicite presentar la información en una reunión presencial en el plazo máximo de siete días. En todo caso, se comunicará al informante la posibilidad de acudir a los canales externos de información. A la hora de realizar la comunicación, el informante podrá indicar un domicilio, correo electrónico o lugar seguro a efectos de recibir las notificaciones. Las comunicaciones verbales deberán ser documentadas, bien mediante una grabación en formato seguro, bien a través de una transcripción completa, previo consentimiento del informante.

⁶⁹ V. art. 5.2 LPILC.

la previsión de externalización del sistema interno que prevé la Ley, ya que incrementa la confianza de quienes quieren hacer uso del mismo, dada la mayor imparcialidad y objetividad de quien lo gestiona.

La obligación de configurar el sistema interno de información tiene un alcance diferente dependiendo de si se implementa en el ámbito de organizaciones privadas o en aquellas que tienen carácter público. En el ámbito privado estarán obligadas todas aquellas personas físicas o jurídicas que tengan contratados a 50 o más trabajadores⁷⁰. En este sentido, la Directiva ha otorgado libertad a los Estados para eliminar este criterio cuantitativo. En contra lo establecido por la FGE⁷¹, la nueva ley obliga al establecimiento de un sistema interno en entidades de cierto tamaño, lo que parece razonable atendiendo no sólo a los costes económicos que puede conllevar, sino también a que en entidades de menor tamaño resulta más fácil el acceso a los órganos de dirección⁷². Así, establece que si las personas jurídicas tienen entre 50 y 249 trabajadores podrán compartir entre sí el sistema interno de información y los recursos destinados a la gestión y tramitación de las comunicaciones, tanto si la gestión se lleva a cabo por cualquiera de ellas como si se ha externalizado, quedando siempre clara la existencia de canales propios en cada empresa. Con independencia del número de empleados se obliga a contar con un sistema interno de información a todos los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, así como a las fundaciones creadas por unos y otros siempre y cuando gestionen fondos públicos. Se argumenta en la EM que la existencia de casos de corrupción que han afectado a algunas de estas organizaciones, que son la manifestación del pluralismo político y vehículo de defensa y protección de intereses económicos y sociales, justifica la implantación de un sistema de información interno, lo que también debe valorarse positivamente⁷³.

En el ámbito del sector público la Ley sí que establece diferencias destacables respecto a lo previsto en la Directiva⁷⁴, ya que en el derecho interno se extiende la obligación a todas las entidades locales de contar con un sistema interno de información (art. 13)⁷⁵. A mi modo de ver, con esta medida se intenta minimizar los posibles

⁷⁰ El art. 10.2 LPILC establece que, en el caso de que se trate de personas jurídicas del sector privado que no estén vinculadas por esta obligación, podrán establecer su propio sistema interno de información, que deberá cumplir los requisitos previstos en la ley. Importante apreciación, sin lugar a dudas, a efectos de los programas de cumplimiento normativo y sus consecuencias jurídicopenales.

⁷¹ Así, v. Circular de la FGE 1/2016, al considerar que el canal de denuncias es un elemento imprescindible en cualquier modelo y prevención de delitos con independencia del volumen de la entidad.

⁷² RAGUÉS I VALLÉS, 2020, pp. 4 y ss.

⁷³ Igualmente CGPJ, 2022, pp. 37 y ss.

⁷⁴ Téngase en cuenta que la Directiva establecía que los Estados podían eximir de la obligación de establecer canales internos de denuncia a los municipios de menos de 10.000 habitantes o a las entidades públicas con menos de 50 trabajadores.

⁷⁵ Incluyéndose, a modo de ejemplo y entre otras, el Banco de España, las universidades públicas, las corporaciones de Derecho público y las fundaciones del sector público. La inclusión de la Casa de su Majestad el Rey, que aparecía incluida expresamente en el APL, desaparece en la redacción del PL.

obstáculos que dificulten la delación de posibles corruptelas en el ámbito de la Administración Pública. Se permite que las entidades locales de menos de 10.000 habitantes puedan compartir el sistema de información y los recursos destinados a las investigaciones y las tramitaciones, previsión que parece también razonable desde el punto de vista de la eficiencia, garantizándose en todo caso la independencia de los sistemas y la diferenciación de los canales. Si las administraciones territoriales encargan a un tercero la gestión del sistema interno de información habrán de acreditar la insuficiencia de medios propios.

El legislador español considera que para garantizar el correcto funcionamiento del sistema de información es importante la designación de un responsable que lo gestione (art. 8). Se crea así la figura del “Responsable del Sistema”, designado por el órgano de administración o de gobierno de cada entidad u organismo y que deberá desarrollar sus funciones de forma independiente y autónoma respecto de aquéllos. Tanto su cese como su nombramiento deberá ser comunicado a la Autoridad Independiente de Protección del Informante A.A.I o en su caso a los organismos competentes en las CCAA, lo que en cierta manera posibilita tener constancia de quién está desempeñando esta función. En las entidades del sector privado el responsable del sistema será un directivo de la entidad (también se permite que sea un órgano colegiado, aunque deberá delegar en uno de sus miembros las facultades de gestión y de tramitación del expediente de investigación) independiente del órgano de administración y gobierno. En aquellos casos en donde la naturaleza o dimensión de las actividades no justifiquen o no permitan la existencia de un directivo responsable del sistema será posible el desempeño ordinario de las funciones del puesto o cargo con las de Responsable del Sistema.

Me gustaría comentar dos aspectos de interés, por lo que respecta a la posible afectación del derecho a la no autoincriminación. El art. 9.2 j) de la Ley 2/2023 obliga al responsable del sistema a que, con carácter inmediato, remita la información al Ministerio Fiscal o a la Fiscalía Europea cuando los hechos revistan indicios de delito. Puede suceder, quizás es lo que ocurra en la mayoría de los supuestos, que la información revelada implique la comisión de un delito por parte de la persona jurídica que recibe la información. Por mucho que el art. 2 señale que la protección dispensada al informante no excluirá la aplicación de las normas relativas al proceso penal, no queda claro si con ello se protege la posición de la persona jurídica. A efectos de posible atenuación o exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica puede resultar útil la comunicación de la información a las autoridades judiciales, pero ésta será una decisión que corresponda al órgano empresarial. Con la nueva redacción, es importante tener presente que la obligación recogida en el art. 9.2 j) podría colisionar con el derecho reconocido constitucionalmente a todos los sujetos a no autoincriminarse, bien sean personas físicas o jurídicas.

Además, la Ley establece que todos los obligados a disponer de un canal interno

de informaciones deberán contar con un libro de registro de las comunicaciones recibidas y de las investigaciones internas, garantizando en todo caso su confidencialidad (art. 26). Este registro no será público y sólo podrá accederse a él, total o parcialmente, en el marco de un procedimiento judicial y siempre y cuando la autoridad judicial competente lo solicite a través de un auto motivado. Como señala AGUILERA GORDILLO⁷⁶, resulta de especial interés lo recogido en este precepto por lo que pudiera comprometer al derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica que es sometida a investigación. Hasta el momento la jurisprudencia ha considerado que en el curso del proceso penal dirigido contra una persona jurídica no puede requerirse la aportación de documentos cuya existencia dependa de la exclusiva voluntad de la persona afectada⁷⁷. Al tratarse de un documento dimanante de un sistema de *compliance* voluntario la aportación o no de dicha documental no plantea mayor controversia. Sin embargo, según lo dispuesto en el art. 26, el libro registro sí que constituiría un tipo de documento cuya llevanza es obligatoria para las personas jurídicas con más de 49 empleados. En este sentido, partiendo del hecho de que se debe reconocer a la persona jurídica los mismos derechos que una persona física (derecho a no autoincriminarse, derecho de defensa y presunción de inocencia)⁷⁸, se entiende razonablemente que no debería existir diferencia dependiendo de si se trata de documentos cuya llevanza es obligatoria o meramente voluntaria. Dado que durante la tramitación parlamentaria de esta ley no se ha arrojado luz al respecto deberemos esperar a que los tribunales diriman esta cuestión de tanta relevancia.

3.4.2. *El canal externo de información: la creación de la Autoridad Independiente de Protección al Informante A.A.I.*

Para frenar el desaliento que pueden experimentar los potenciales informantes y paliar la falta de confianza en el sistema interno, se prevé la obligación de crear un canal externo cuya gestión corresponde a la A.A.I o a las autoridades u órganos autonómicos correspondientes. Así, en el art. 17 se regula la fase de recepción de las comunicaciones, admitiendo la posibilidad de que se puedan llevar a cabo de forma anónima o confidencial⁷⁹.

⁷⁶ AGUILERA GORDILLO, 2022, p. 16.

⁷⁷ STEDH 17 de diciembre de 1996 (TEDH 1996, 67). Caso Saunders contra Reino Unido; STEDH 3 de mayo de 2001. Caso (TEDH 2001, 322) JB contra Suiza; STEDH 8 de abril de 2004 (TEDH 2004, 28). Caso "Weh" contra Austria; STS 8 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2056); AAN 1 de julio de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:5479A).

⁷⁸ STS 16 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:966); STS 29 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:613).

⁷⁹ Estas comunicaciones podrán realizarse por escrito (correo postal, medios electrónicos) o de forma verbal (telefónica o mensajería de voz), pudiendo igualmente el informante solicitar la presentación de la comunicación en una reunión presencial en el plazo máximo de 7 días. Las comunicaciones verbales deberán ser documentadas o mediante una grabación en formato seguro o a través de una transcripción completa. En todo caso, se comunicará al informante sobre los canales externos de información. A la hora de hacer la comunicación, el informante podrá indicar un domicilio, correo electrónico o lugar seguro a efectos de recibir las notificaciones. Realizada la comunicación se procederá a su registro en el sistema de gestión de información, cuyo acceso estará restringido al personal de la A.A.I.

Una vez que la A.A.I., registrada ya la información, comprueba que ésta encaja en el ámbito material de protección de la ley, en el plazo máximo de 10 días hábiles desde la fecha de registro de la información tendrá que decidir si 1º) Inadmitir la comunicación, siempre y cuando concurren los supuestos previstos, 2º) Admitir a trámite la comunicación, 3º) Remitir con carácter inmediato la información al Ministerio Fiscal (o en su caso a la Fiscalía Europea) cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito o 4º) Remitir la comunicación a la autoridad, entidad u organismo que se considere competente para su tramitación. Veamos en qué casos la A.A.I. está facultada para inadmitir la comunicación (art. 18.2 a), ya que los informantes que se encuentren en estos supuestos quedarán excluidos de la protección prevista en la ley (art. 35.2).

Tal y como establece el art. 18.2 a) el informante que comunica la información a la A.A.I. no gozará de la protección dispensada en la ley si los hechos carecen de toda verosimilitud, cuando no sean constitutivos de alguna de las infracciones del ordenamiento jurídico incluidas en el ámbito de aplicación de la ley, cuando carezca manifiestamente de fundamento, cuando no contenga información nueva y significativa respecto de otra anterior o finalmente cuando existan indicios racionales, a juicio de la A.A.I., de que la información se ha obtenido a través de la comisión de un delito. En este último caso, se remitirá al Ministerio Fiscal la relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito. Si bien la letra de ley recoge claramente los supuestos de inadmisión, quizás en la práctica no sea tan fácil su discernimiento a la hora, por ejemplo, de determinar cuándo la información carece de toda verosimilitud, fundamento o existen indicios racionales de haber sido obtenida delictivamente. La A.A.I. deberá hilar muy fino (¿dispone de medios y procedimientos?) para delimitar si existen esos indicios racionales o cuándo los hechos carecen de *toda* verosimilitud y cuando tienen *algo* de verosimilitud, atendiendo al hecho de que la instrucción del procedimiento (admitida por lo tanto la comunicación) estará dirigida a comprobar la verosimilitud de los hechos relatados (art. 19.1).

Admitida la comunicación comenzará la instrucción que, en el plazo máximo de 3 meses desde el registro de la comunicación, estará dirigida a comprobar la verosimilitud de los hechos, sin que la ley prevea posibilidad de ampliar este plazo. La Ley 2/2023 no contempla, como sí lo hace la Directiva, la posibilidad de ampliar el plazo a los seis meses en los casos debidamente justificados. Al margen de la restricción temporal, especialmente significativa por lo que pudiera afectar a los casos de mayor complejidad, lo cierto es que la regulación de la tramitación de la comunicación dista de ser clarificadora. Así, si bien en el art. 19 se establece que no se dará acceso a la comunicación a la persona afectada, posteriormente en el mismo precepto se establece que tendrá acceso al expediente. Tampoco queda claro que se garantice en todo caso que la persona afectada, al margen de su derecho de formular alegaciones por escrito, pueda ser oída (dado que el precepto establece la condición “en la medida

que sea posible”)⁸⁰. Por otro lado, también se debería clarificar si la persona afectada puede aportar los medios de prueba a través de otros mecanismos o escenarios que no sean el de la entrevista, como así parece deducirse del art. 19.3⁸¹.

Como hemos visto, una de las piezas clave en la ley de protección del informante es la creación de la A.A.I. Entre sus funciones se encuentra la gestión del canal externo de comunicaciones, la adopción de las medidas de protección al informante, la información de los anteproyectos y proyectos de disposiciones generales que afecten a su ámbito competencial y a las funciones que desarrolla, la tramitación de los expedientes sancionadores y la imposición de sanciones y, finalmente, el fomento y promoción de la cultura de la información. Dotada, según la ley, de plena autonomía e independencia orgánica y funcional, la A.A.I es una autoridad administrativa que se prevé que se vincule al Ministerio de Justicia. Esta adscripción permite introducir la duda razonable acerca de la auténtica naturaleza independiente de este órgano. La Ley 2/2023 establece la posibilidad de que sean las agencias anticorrupción autonómicas las que resulten competentes para tramitar los avisos o comunicaciones recibidas. Atendiendo a una pretendida agilidad y a criterios de eficiencia parece razonable habilitar estos mecanismos dada la mayor conexión del sistema con el objeto sobre el que versa la información. Sin embargo, se debe reconocer que esta proximidad también conlleva sus riesgos, atendiendo al hecho de que precisamente esta cercanía puede favorecer posibles filtraciones que puedan frustrar el óptimo desarrollo del procedimiento⁸².

Al margen de estas cuestiones, considero que atendiendo a las exigencias que la ley establece para el sistema de información interno y los canales y procedimientos de información externa probablemente su implantación no vaya a ser una realidad muy inmediata. Así, los sistemas internos de información deberán implantarse en un plazo máximo de tres meses⁸³ (ampliándose este plazo hasta el 1 de diciembre de 2023 para las entidades jurídicas privadas con menos de 250 trabajadores), mientras que los externos se deberán adaptar en el plazo máximo de seis meses. Quizás, la finalidad protectora que guía al legislador en la esta Ley se vea frustrada o, al menos, muy dilatada en el tiempo, fruto de la dificultad fáctica para cumplir sus exigencias.

⁸⁰ A pesar de que el art. 9.2 f) LPILC establece el derecho de la persona afectada a ser oída en cualquier momento.

⁸¹ Concluidas las actuaciones, la A.A.I. emitirá un informe adoptando alguna de las siguientes decisiones (art. 20 LPILC): acordar el archivo del expediente, remitir el expediente al Ministerio Fiscal si tras la instrucción se hubieran apreciado inicialmente indicios de delito, trasladar a la autoridad sectorial competente o iniciar un procedimiento sancionador.

⁸² La Ley también extiende la competencia las agencias de anticorrupción autonómicas respecto a las infracciones cometidas en el ámbito del sector privado cuando afecte a su ámbito territorial y así lo disponga la normativa autonómica (art. 61.3 LPILC).

⁸³ Téngase en cuenta que el plazo para las entidades de más de 250 trabajadores vence a los 3 meses de la entrada en vigor de la ley, es decir el 13 de junio de 2023.

3.4.3. *La revelación pública de las conductas irregulares como algo distinto a la mera información*

Al margen de la posibilidad de comunicar la existencia de infracciones bien a través del sistema interno de información o a través de los canales externos, se establecen también medidas de protección para quienes lleven a cabo una revelación pública, entendiendo por ésta la puesta a disposición del público de información sobre acciones u omisiones en los términos previsto en la ley (art. 27.1). Salvo la excepción que comentaré al final, las medidas de protección en los casos de revelación pública se activan siempre y cuando se den alguna de las condiciones siguientes (art. 28): 1º. Que se haya realizado la comunicación primeramente a través de canales internos y externos o directamente por canales externos sin que se hayan tomado medidas apropiadas al respecto en el plazo establecido⁸⁴; 2º. Que la persona tenga motivos razonables para pensar que o bien a) la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público (en particular cuando se da una situación de emergencia o existe un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de una persona) o bien b) en caso de que se haya producido la comunicación a través del canal externo, exista un elevado riesgo de represalias o haya pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso, como puede ser la ocultación o destrucción de pruebas o la connivencia de una autoridad con el autor de la infracción o que la propia autoridad esté implicada en la infracción.

La indefinición de los términos que se emplea en la Ley 2/2023 para dar cobertura a la revelación pública (¿cómo se define el interés público? ¿cuándo la infracción puede constituir un peligro para el interés público, al margen de las situaciones recogidas en el precepto? ¿cómo se gradúa la inminencia o el carácter manifiesto del peligro? ¿cómo se determina la situación de riesgo de daño irreversible? ¿cuándo existe un elevado riesgo de represalia?) puede condicionar el deseo del informante de hacer pública la información. Sí que es cierto que, respecto a la redacción inicial del APL, en la versión finalmente aprobada se ejemplifican los casos en los que pueden existir pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo la información que pueden contribuir a la clarificación de esta situación. Sin embargo, la utilización de conceptos tan difusos para articular la protección, unido a la percepción del sujeto

⁸⁴ Así lo refiere la SAPSE 31 de marzo 2020 (ECLI:ES:APSE:2020:1151) que confirma parcialmente la sentencia condenatoria de un Juzgado de lo Penal de Sevilla que condenó a la pena de 3 años de prisión como autor de un delito de revelación de secretos (art. 200 relación con el art. 197.1, 2 y 4 CP) a un trabajador de UGT que filtró a los medios de comunicación archivos informáticos que contenía información confidencial que estaba siendo objeto de investigación judicial por la presunta financiación ilegal del sindicato. Aludiendo a la Directiva la propia sentencia establece que su finalidad es otorgar protección a los denunciantes que realicen revelaciones públicas, pero exigiendo primeramente que la persona haya denunciado primero por canales internos o externos, sin que se hayan adoptado medidas al respecto. Interpretación a mi juicio errónea, dado que la Directiva no exige que concurren las dos condiciones.

acerca de todas estas situaciones parecen aventurar la intervención de jueces y tribunales en la interpretación de estos conceptos.

La Ley 2/2023, a diferencia de la redacción inicial del APL y siguiendo lo dispuesto en la Directiva, establece que en aquellos casos en los que la persona haya revelado información directamente a la prensa en el ejercicio de la libertad de expresión y de información veraz, no le serán aplicable las condiciones para acogerse a la protección. Resulta razonable esta previsión, atendiendo a la función de guardián que el periodismo de investigación desempeña en las sociedades democráticas.

4. La necesidad de proteger a la persona informante

Atendiendo a su destinatario, la nueva ley articula distintas medidas de protección para el informante (art. 35-38) y para las personas afectadas (art. 39).

La protección de la persona afectada por la información es de suma relevancia, ya que por mucho que se incida de manera específica en la protección del informante, es necesario igualmente abordar la protección de aquéllas para preservar sus derechos fundamentales⁸⁵. Por lo que respecta a la protección de las personas afectadas, se establece que durante la tramitación del expediente tendrán derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y de acceso al expediente en los términos regulados, preservándose su identidad y garantizándose la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento. Como se puede observar, la previsión respecto de las garantías y derechos que asisten a la persona afectada es ciertamente lacónica, lo que sin duda generará numerosos problemas en la práctica. Un aspecto de indudable interés, por lo que puede afectar a su derecho de defensa, es la admisión de la comunicación (denuncia) anónima, cuestión que se tratará en el apartado correspondiente⁸⁶.

Procede analizar a continuación cuáles son las medidas de protección que la Ley 2/2023 prevé para la persona informante.

4.1. *Las condiciones previas para la protección: la creencia razonable de la veracidad de la información*

La Ley condiciona la protección del informante a que la comunicación se haya realizado conforme a lo previsto en la ley, la información entre en su ámbito de aplicación y, además, el informante tenga motivos razonables para pensar que la información es veraz en el momento en que se revela, aun cuando no se aporten pruebas concluyentes (art. 35.1 a). La Directiva protege al informante de buena fe, siendo

⁸⁵ BARBER BURUSCO, 2021, p. 66.

⁸⁶ V. apartado 5.2.

indiferentes los motivos que le guíen, sea el bien común, el interés personal, la venganza, vanidad u odio⁸⁷. Sí que es cierto que las continuas referencias que la Ley realiza al civismo o a la actitud de respeto democrático pueden empañar sensiblemente esta interpretación y, en este sentido, considero que la buena fe debe ser el criterio interpretativo del requisito de que el informante tenga motivos razonables para pensar que la información es veraz, dejando al margen las motivaciones o la catadura moral del propio informante. Si lo que se pretende es el fomento de las comunicaciones, resultaría estéril exigir que el informante tuviera la certeza absoluta de que la información que comunica es veraz⁸⁸. Por lo tanto, lo fundamental será que el informante tenga motivos razonables para pensar⁸⁹, incluso equivocadamente, que era veraz lo que comunicaba, por lo que debe activarse la protección incluso en aquellos casos en los que la información es inexacta, equivocada o no pueda probarse. Así lo avala la propia Ley cuando reconoce la protección al informante de buena fe, incluso cuando no aporte pruebas concluyentes. GARCÍA MORENO considera que la protección al informante debería estar condicionada, al margen de su actuación de buena fe, a la imposición de lo que denomina un estándar de veracidad⁹⁰, de manera que sólo se otorgue el estatuto de informante y, por lo tanto, protección, a aquellas personas que comuniquen actuaciones avaladas por indicios y hechos objetivos. No se trata de que se ofrezca una información rigurosamente cierta, sino de negar la protección a quienes transmiten simples rumores, invenciones o insinuaciones. Creo que esta autora tiene razón, dado que al menos teóricamente la exigencia de presentación de indicios supone un freno para la interposición de denuncias falsas que, no olvidemos, podrían ser remitidas al Ministerio Fiscal y dar lugar al correspondiente procedimiento penal. Así, en la medida en que se presenten, no pruebas concluyentes, pero sí ciertos indicios (a poder ser más de uno, salvo que por su singularidad sea suficiente con sólo uno) y que además sean coherentes, esto permitirá reducir las posibilidades de que, por ejemplo, una mera conjetura o suposición active todo el procedimiento y afecte injustificadamente a la persona objeto de la revelación.

La Ley 2/2023 reproduce con carácter general las condiciones de protección establecidas en la Directiva, aunque novedosamente establece un listado de excepciones en donde quedaría excluida la protección al informante (art. 35.2). Así, no gozarían de protección informaciones que se refieran a acciones u omisiones fuera del ámbito de aplicación material del art. 2, cuando se trate de informaciones que sean conocidas públicamente o que constituyan meros rumores, informaciones vinculadas a conflictos interpersonales o que afecten únicamente al informante y a las personas a las que

⁸⁷ BACHMAIER WINTER, 2019, p.5.

⁸⁸ NIETO MARTÍN, 2016, p. 14.

⁸⁹ Se precisa cierta objetivación en el requisito de la creencia razonable, atendiendo a que lo razonable debe ser a los ojos de cualquier persona, en atención al contexto en donde se desarrolla la conducta irregular y a las circunstancias particulares del informante, JERICÓ OJER, 2021, pp. 99 y s.

⁹⁰ GARCÍA MORENO, 2022a, pp. 47 y ss.

se refiere la información o revelación y, por último, cuando se trate de informaciones que hayan sido inadmitidas por algún canal interno de información (a pesar de que la ley no aclara los motivos de inadmisión en el canal interno) o por alguna de las causas previstas en el art. 18.2 a).

4.2. Las medidas de protección para la persona informante: la prohibición de represalias y otras medidas de apoyo

La nueva regulación articula el sistema de protección al informante a través de tres medidas fundamentales: la prohibición de represalias (art. 36), el establecimiento de ciertas medidas de apoyo (art. 37) y, finalmente, el establecimiento específico de medidas de protección frente a las represalias (art. 38).

a. La prohibición de represalias. Acatando el mandato establecido en el art. 19 de la Directiva, la ley española establece la prohibición expresa de actos constitutivos de represalia, incluidas las amenazas de represalia y las tentativas de represalia. Se reconoce así la garantía de indemnidad para el informante trabajador derivada del art. 55 ET. Al margen de ofrecer una definición de represalia⁹¹, a modo de ejemplo se establece un listado de lo que se deben considerar a efectos de la ley como represalias (art. 36.3)⁹². Igualmente establece la posibilidad de indemnización de daños y perjuicios al informante⁹³. Resulta razonable considerar que, si lo que el legislador pretende es fomentar las delaciones en el ámbito de la entidad, establezca esta prohibición, pues lo habitual será que tras la revelación se produzcan despidos, anulación de contrato, modificación de las condiciones de trabajo o incluso conductas de mayor gravedad. La Ley anuda esta prohibición a una medida específica de protección frente a las represalias. Así, invirtiendo la carga de la prueba, la propia ley establece que, en los procedimientos ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad relativos a

⁹¹ Art. 36.2 LPILC: “Se entiende por represalia cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable 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”.

⁹² Art. 36.3 LPILC: “A los efectos de lo previsto en esta ley, y a título enunciativo, se consideran represalias las que se adopten en forma de: a) Suspensión del contrato de trabajo, despido o extinción de la relación laboral o estatutaria, incluyendo la no renovación o la terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal una vez superado el período de prueba, o terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios, imposición de cualquier medida disciplinaria, degradación o denegación de ascensos y cualquier otra modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; salvo que estas medidas se llevaran a cabo dentro del ejercicio regular del poder de dirección al amparo de la legislación laboral o reguladora del estatuto del empleado público correspondiente, por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas, y ajenas a la presentación de la comunicación. b) Daños, incluidos los de carácter reputacional, o pérdidas económicas, coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo. c) Evaluación o referencias negativas respecto al desempeño laboral o profesional. d) Inclusión en listas negras o difusión de información en un determinado ámbito sectorial, que dificulten o impidan el acceso al empleo o la contratación de obras o servicios. e) Denegación o anulación de una licencia o permiso.

f) Denegación de formación. g) Discriminación, o trato desfavorable o injusto”.

⁹³ V. art. 21.8 de la Directiva.

los perjuicios sufridos por el informante, si éste ha demostrado razonablemente que tras haber comunicado o revelado una información de conformidad con la ley ha sufrido un perjuicio, se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia (art. 38.4)⁹⁴.

Por lo que respecta a la redacción incorporada inicialmente en el APL, el texto vigente establece una modificación que merece ser resaltada. Así, el APL limitaba expresamente en el art. 36.4 la existencia de represalias siempre y cuando se produjeran mientras durase el procedimiento de investigación o en los dos años siguientes a la finalización del mismo o de la fecha en que tuvo lugar la revelación pública⁹⁵. Respecto de esa pretensión inicial de proteger al informante, y, por tanto, de facilitar el descubrimiento y persecución de las infracciones, resultaba dudoso limitar el concepto de represalia a aquellas que se produjeran en un período máximo de dos años. La previsión que realizaba el APL era mucho más restrictiva que lo que dispone la Directiva, dado que ésta no establece ningún plazo. Sin embargo, si bien es cierto que ahora el legislador no condiciona la existencia de una represalia al marco temporal de dos años, sí que indirectamente lo hace al mantener (corregida) la redacción del actual art. 36.4. Este precepto establece que la persona que viera lesionados sus derechos por su comunicación o revelación, transcurrido el plazo de dos años, podrá solicitar la protección de la autoridad competente que, excepcionalmente y de forma justificada podrá extender el período de protección⁹⁶, previa audiencia de las personas u órganos que pudieran verse afectados. El mensaje es claro: la protección se extiende en todo caso por un plazo de dos años (el legislador obvia el inicio del cómputo de este plazo aunque se deberá interpretar en los dos años siguientes a la finalización del procedimiento de investigación o de fecha en que tuvo lugar la revelación pública) y, excepcionalmente y de manera justificada, a un plazo superior que en ningún caso se determina. El hipotético informante deberá ser consciente de que la ampliación del plazo de protección será excepcional y deberá justificarse. Creo que si el potencial informante es conocedor de que la protección, con carácter general, está limitada a dos años esto puede suponer un claro desincentivo para lograr aquello que se pretende, esto es, favorecer la comunicación de las conductas irregulares.

b. Las medidas de apoyo. Igualmente se reconocen ciertas medidas de apoyo frente a las represalias, muy en consonancia con lo establecido en la Directiva. Así,

⁹⁴ Así, corresponderá a la persona que haya tomado la medida prejudicial probar que dicha medida se basó en motivos debidamente justificados no vinculados a la comunicación o revelación pública.

⁹⁵ Art. 36.4 APL: “Se entiende por represalia cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley (...), y siempre que tales actos u omisiones se produzcan mientras dure el procedimiento de investigación o en los dos años siguientes a la finalización del mismo o de la fecha en que tuvo lugar la revelación pública (...)”.

⁹⁶ En todo caso la denegación de la ampliación del plazo deberá motivarse, según lo establece el art. 36.4 LPILC.

aunque de manera excepcional, se incluye el apoyo financiero y psicológico al informante si se entiende procedente tras la valoración de la A.A.I. Igualmente se prevén la información y asesoramiento sobre procedimientos y recursos disponibles y la asistencia efectiva y jurídica gratuita en los procesos penales y civiles transfronterizos y en los procedimientos judiciales derivados de la comunicación o revelación pública de la información (art. 37).

c. Resta abordar cuáles son las medidas de protección específicas establecidas en la ley frente a la existencia de represalias (art. 38). Una medida específica de protección frente a las represalias es la inversión de la carga de la prueba, al presumir bajo determinadas condiciones que el perjuicio sufrido por el informante se produjo precisamente por el hecho de informar. Sin embargo, la Ley plantea además otro tipo de medidas de enorme impacto y que giran alrededor de una cuestión fundamental: dirimir la posible existencia de responsabilidad jurídica (incluida por lo tanto la penal) del informante que comunica o revela públicamente una información relativa a la existencia de conductas irregulares en una entidad pública o privada. La cuestión no es baladí, pues la exención o no de responsabilidad jurídica *por la comunicación o revelación* se convierte en un factor clave que decantará la balanza a la hora de fomentar las informaciones o, por el contrario, disuadirá al informante de esta actuación. Resulta obvio que, por mucho que se trate de conductas que encarnen valores cívicos y de respeto democrático, si de ellas se derivan consecuencias jurídicas (incluso jurídico-penales) para los informantes, ello constituirá un elemento de disuasión indiscutible que puede frustrar las pretensiones de la propia ley.

4.3. *La protección al informante por los actos de comunicación o revelación de la información: ¿qué ocurre con la responsabilidad penal?*

Resulta evidente que la persona que se plantea comunicar o revelar la existencia de conductas irregulares que se producen en el seno de una entidad pública o privada es consciente de la existencia de diversos riesgos⁹⁷, unos de origen interno y otros de carácter externo. Entre los primeros destaca sobre todo el riesgo de sufrir represalias por parte de los integrantes de la organización y también el desgaste emocional que puede ocasionar en el informante el inicio de un proceso de estas características, sobre el que planea también el reproche social de su conducta pues no en todas las ocasiones este tipo de comportamientos conllevan un reconocimiento positivo⁹⁸. A pesar de que la Ley 2/2023 insiste en poner en valor el carácter positivo de este tipo de conductas, quizás hoy en día todavía pesa más, sobre todo en las entidades de naturaleza privada, el considerar al informante como una persona delatora o chivata cuya revelación genera un impacto negativo para el prestigio de la organización. Me

⁹⁷ FERRÉ OLIVÉ, 2021, p. 545; JERICÓ OJER, 2021, p. 85; GARCÍA MORENO, 2022a, pp. 44 y s.: GARCÍA RODRÍGUEZ-MARÍN, 2022, p. 195.

⁹⁸ FERRÉ OLIVÉ, 2021, p. 545.

interesa especialmente incidir en los riesgos de carácter externo o, mejor dicho, en el principal riesgo externo que se cierne sobre la figura del informante: la posibilidad de que su comunicación o revelación, por mucho que el fin sea el de poner en conocimiento la existencia de irregulares cometidas en el seno de una entidad, sea constitutiva de un ilícito o, en el peor de los casos, de un delito. El informante se sitúa ante una clara posición de ambivalencia⁹⁹: la posibilidad de revelar los ilícitos que se cometen en la organización de los que tiene conocimiento como *insider* y también la de cometer delitos con el propio hecho de la revelación. Se trata de dar respuesta, como acertadamente plantea LEITE, al interrogante de si merece un tratamiento diferenciado aquel que revela actuaciones ilícitas en comparación, por ejemplo, con aquel otro que revela secretos al competidor comercial a cambio de una contraprestación económica. Y coincidiendo también con este autor, parece que la intuición nos conduce hacia una respuesta afirmativa. En la EM de la Ley se resalta expresamente que “ha de conseguirse que nadie esté amedrentado ante futuros perjuicios”. Posiblemente, uno de los mayores perjuicios (por no decir el mayor) que puede ocasionar la comunicación o revelación de una información comprometida para el informante es el que se derive responsabilidad penal por la realización de esta conducta. No voy a analizar en este momento el tratamiento jurídico penal que dispensa la Ley de protección a la persona informante, sino que me parece interesante para llegar a este punto examinar, en primer lugar, cuáles han sido los pronunciamientos jurisprudenciales en nuestro país al respecto, para continuar desmenuzando el posicionamiento que adopta la Directiva y la doctrina con relación a esta problemática que, como he señalado anteriormente, es de crucial importancia. Una vez analizadas estas consideraciones pasaré a desvelar cuál es la opción incorporada en la regulación española.

4.3.1. *El tratamiento jurídico penal de la conducta del informante: las decisiones jurisprudenciales al respecto*

El CP no prevé una regulación específica que aporte algo de luz al tratamiento jurídico penal que se le puede dispensar al informante. Debido a esta ausencia, en caso de que concurren los tipos penales correspondientes son de aplicación las causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad generalmente previstas. Tampoco han sido numerosos los pronunciamientos jurisprudenciales que han abordado la problemática de cuál es el tratamiento jurídico penal que debe dispensarse el informante por los actos de información o revelación pública. Las conductas de revelación de la información de irregularidades producidas en el seno de una identidad pueden dar lugar a la comisión de varios tipos delictivos, entre ellos delitos contra la intimidad (arts. 197 y ss. CP), delitos relativos al mercado y los consumidores (arts. 278 y ss. CP), violación de secretos por parte de autoridad y funcionario (art. 417 CP), delito de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa

⁹⁹ LEITE, 2021, pp. 191 y 197.

nacional (arts. 598 y ss. CP) y delito de traición en tiempo de guerra (art. 584 CP). Sin embargo, como se analizará a continuación, la opción jurisprudencial apunta principalmente a la comisión de delitos contra la intimidad y delitos relativos al mercado y los consumidores.

Siguiendo la clasificación establecida por RAGUÉS I VALLÉS¹⁰⁰, resumidamente podemos clasificar los pronunciamientos jurisprudenciales en tres grupos claramente diferenciados:

Primer grupo de casos: El informante, para denunciar las prácticas irregulares de la empresa, revela información de la entidad en la trabaja sobre posibles fraudes cometidos y sus responsables, conducta que daría lugar a la comisión de un delito de revelación de secretos (art. 199 CP) y de un delito de revelación de secretos en el ámbito empresarial (art. 279 CP). El conocidísimo Caso Falciani, resuelto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el año 2013¹⁰¹, encajaría dentro de estos supuestos. Falciani, informático de la entidad financiera suiza HSBC, recopiló datos de más de 100.000 posibles evasores fiscales facilitando los datos a la Fiscalía francesa, con la finalidad de que se iniciara el correspondiente procedimiento penal para acreditar la presunta comisión de un fraude fiscal. La AN negó la extradición bajo al argumento de la inexistencia de doble incriminación pero, por lo que aquí interesa, estableció dos consideraciones muy importantes relativas a la protección funcional del secreto y de la licitud del secreto. Por lo que respecta a la primera de las cuestiones, la AN puso de manifiesto que el secreto no es un valor en sí mismo, sino que se protege en virtud de su funcionalidad, es decir, en la medida en que es un instrumento para proteger otros bienes jurídicos que sí son merecedores de protección como la intimidad, la libre competencia o el secreto de empresa. En segundo lugar, señaló la importancia de la licitud del secreto, en el sentido de que la información amparada bajo el secreto debe ser lícita. En caso contrario, prosiguió la AN, existen intereses superiores que justificarían la revelación de la información a las autoridades con el fin de que se inicie la investigación y posterior persecución del ilícito penal. Concluyó la AN afirmando que quien defrauda a la Hacienda Pública no puede tener la legítima expectativa de que su secreto no sea conocido por terceros, por lo que en el caso analizado la información revelada no constituiría un secreto merecedor de protección penal.

Segundo grupo de casos: Se trataría de aquel informante que, para comunicar prácticas irregulares en su empresa, revela información confidencial de terceros, lo que podría ser constitutivo de un delito de revelación de secretos (arts. 197 y 199 y ss. CP) pero, a diferencia del caso anterior, estos terceros no son responsables de la irregularidad de las conductas reveladas. Se podría incluir en este grupo el caso de

¹⁰⁰ RAGUÉS I VALLÉS, 2013, pp. 200 y ss. Igualmente, JERICÓ OJER, 2021, pp. 85 y ss.

¹⁰¹ AAN 8 de mayo de 2013 (ECLI:ES:AN:2013:696A).

las prótesis mamarias¹⁰², fechado también en el 2013¹⁰³, en donde por lo que respecta a la delimitación de la responsabilidad penal el TS distinguió claramente la conducta de acceso a la información y la conducta posterior de revelación. En este sentido el TS consideró que la conducta de revelación estaba justificada, argumentando que el poner en conocimiento de la autoridad competente unos determinados hechos no constituye una revelación de secretos, sino que implica el cumplimiento de la obligación impuesta en los arts. 259 y ss. LECrim, es decir, el deber de denunciar impuesto legalmente. Sin embargo, el TS no llegó a la misma conclusión de justificación respecto a la conducta del acceso previo a la información. Así consideró que la conducta de acceso a los historiales médicos sería constitutiva de un delito de revelación de secretos (art. 197 CP), a la que aplicó un error de prohibición invencible (art. 14.3 CP), dado que el acusado se asesoró acudiendo a fuentes de su máxima solvencia¹⁰⁴ y actuó en la creencia de que su deber de denunciar los hechos le facultaba a indagar previamente.

Tercer grupo de casos: El tercer grupo de casos vendría constituido por una serie de casuística que realmente se aparta de los supuestos anteriores. Si bien en los hechos anteriormente relatados la finalidad del informante era comunicar la existencia de prácticas irregulares, este grupo de casos tiene en común en que el informante, con motivo de un procedimiento por despido, accedió y reveló posteriormente una documentación de la empresa considerada reservada para fundamentar su reclamación improcedente¹⁰⁵. En principio esta conducta sería constitutiva del delito contra la intimidad (art. 199.1 CP) y del delito de revelación de secreto de empresa (art. 278 CP). Por lo que respecta a la posible aplicación del art. 199.1 CP, se ha entendido que las conductas no colman las exigencias típicas previstas en este precepto, ya que se establece la necesidad de distinguir entre el dato privado (como sería el caso analizado en toda la casuística) y el dato íntimo, siendo este último el único que se protege en este tipo delictivo¹⁰⁶. También se excluye la tipicidad por lo que respecta a la posible aplicación del delito de revelación de secretos de empresa (art. 278 CP). Así en primer lugar se entendió que no existe una afectación del bien jurídico protegido, esto es, el correcto funcionamiento del mercado. Además se indicó que el contenido de la revelación no afectaba a ningún secreto profesional, siendo éstos los propios de

¹⁰² Se trataba de un cirujano plástico trabajador de una entidad médico-quirúrgica que, tras practicar diversas intervenciones quirúrgicas de implantes de mama, advirtió que las marcas de las prótesis mamarias de algunas clientas eran distintas a las que figuraban en la documentación de la empresa. Tras recabar historias clínicas de clientas propias y también de quienes no habían sido intervenidas por él expuso este descubrimiento a sus superiores. A tenor de la inexistencia de acuerdos para resolver esta situación, el cirujano cesó en su actividad laboral interponiendo al mismo tiempo una denuncia adjuntando el dossier con toda la documentación, imputando a los responsables de la clínica la presunta comisión de delitos de estafa, contra la salud pública y delitos relativos a los consumidores.

¹⁰³ STS 22 de octubre 2013 (ECLI:ES:TS:2013:7728).

¹⁰⁴ En concreto a su padre, letrado especialista en Derecho del trabajo.

¹⁰⁵ AAPM 18 de junio de 2012 (ECLI:ES:APM:2012:276513A);

¹⁰⁶ AAPM 18 de junio de 2012 (ECLI:ES:APM:2012:276513A).

la actividad empresarial que, de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, podrían afectar a su capacidad competitiva. Por último, no se acreditó el elemento subjetivo necesario en el tipo, ya que el investigado no actuó con la intención de descubrir un secreto empresarial, sino con la voluntad de aportar elementos de prueba al proceso laboral¹⁰⁷.

Vemos, por lo tanto, que las decisiones jurisprudenciales en materia de acceso y revelación de información han encontrado encaje en sede de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

4.3.2. *La exclusión de la responsabilidad penal por la revelación de la información: la indicación de la Directiva*

Lo previsto en la Directiva relativo a la delimitación de responsabilidad penal por revelación de información no se aparta en exceso de las líneas definidas en los pronunciamientos jurisprudenciales analizados¹⁰⁸. El art. 21.2 de la Directiva excluye cualquier tipo de responsabilidad (por lo tanto, también la responsabilidad penal), para quien comunique o revele públicamente información sobre infracciones, siempre y cuando el informante tenga motivos razonables para pensar que la información era necesaria para revelar la infracción. Si la revelación se lleva a cabo conforme a lo que dispone la Directiva, la protección que se otorga al informante respecto de la posible comisión de delitos resulta muy amplia¹⁰⁹. Sin embargo, el tratamiento jurídico penal que la Directiva otorga al acceso o la adquisición de información es distinto, ya que no en todos los casos considera que el acceso debe estar justificado. Así, si el acceso no es constitutivo de delito no existirá responsabilidad de ningún tipo, mientras que si el acceso sí lo es (pensemos por ejemplo en una adquisición violenta o intimidatoria de la información o la interceptación de comunicaciones constitutivas de delito), la Directiva establece que la responsabilidad penal se dirimirá según el derecho nacional.

4.3.3. *La opinión doctrinal*

Hemos visto cómo las decisiones jurisprudenciales y la Directiva apuntan hacia la exención de responsabilidad penal de las conductas de información y revelación pública llevadas a cabo por el informante. Sin embargo, teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico penal no prevé específicamente la exención de responsabilidad penal del informante por las conductas de revelación esto supone, al menos por

¹⁰⁷ Argumentos recogidos todos ellos en el AAPM 18 de junio de 2012 (ECLI:ES:APM:2012:276513A) y parcialmente en el AAPB 21 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:38062A).

¹⁰⁸ JERICÓ OJER, 2021, pp. 108 y ss.

¹⁰⁹ Implicaría esto la ausencia de responsabilidad penal por delitos de difamación (injurias y calumnia de los arts. 205, 208, 490, 491, 496 y 504 CP), violación de derecho de autor (propiedad intelectual e industrial de los arts. 270 y ss. CP), descubrimiento de secretos y revelación de secretos comerciales (arts. 197 y ss., 278 y ss., 415 y ss. CP).

ahora, dejar en manos de los tribunales la aplicación de posibles causas de justificación, lo que desde la perspectiva de la seguridad jurídica no es del todo aconsejable.

La doctrina especializada reconoce las dificultades de aplicar las causas de justificación legalmente previstas¹¹⁰. Por lo que respecta a la legítima defensa (art. 20.4 CP) se entiende que la agresión debe realizarse sobre bienes jurídicos individuales y no de naturaleza supraindividual, como pueden ser los afectados o puestos en peligro ante la realización de conductas irregulares en el seno de la entidad. Además, se debe tener en cuenta que la agresión debe ser penalmente típica, y en ese sentido no toda irregularidad cometida en el seno de una entidad lo es. Igualmente adquiere gran importancia el hecho de que la agresión sea actual, en otras palabras, que subsista la posibilidad de peligro ulterior para el bien jurídico. En este caso, la aplicación de la eximente de legítima defensa plantea problemas de aplicación ante conductas irregulares que ya se han cometido en la entidad y en donde no existe peligro de reiteración. Del mismo modo se debe tener en cuenta que el objeto de la defensa debe incidir sobre los bienes jurídicos del agresor y en estos casos la revelación, como medio de defensa, puede afectar a bienes jurídicos distintos y que no sean necesariamente del agresor.

También plantearía problemas la aplicación del estado de necesidad como causa de justificación (art.20.5 CP). En este caso, los requisitos de la situación de necesidad, proporcionalidad y de la subsidiaridad resultan ser factores clave que dificultan la aplicación de esta eximente. En este sentido, siguiendo a RAGUÉS I VALLÉS¹¹¹, podría ser admisible esta causa de justificación cuando, atendiendo a la ponderación de los intereses en juego, con la información por ejemplo se estuviese revelando una *ofensa* futura a bienes personales de importancia como la salud de los consumidores, pero no estaría tan claro cuando la ofensa futura son los intereses patrimoniales de la empresa o cuando se ponen en conocimiento hechos que ya han finalizado. En todo caso será necesario que el informante haya intentado en vano llevar a cabo una comunicación a través del sistema interno, para cumplir de este modo con el requisito de la subsidiariedad. Teniendo en cuenta estas limitaciones, en Alemania recientemente se ha planteado por LEITE la posibilidad de justificar los actos de revelación del informante a través del estado de necesidad defensivo de terceros impropio¹¹². Sin embargo, este autor considera que la admisión del estado de necesidad defensivo debería respetar algunos límites: 1º) que la revelación sea necesaria, dado que el ilícito que se revela implica una situación próxima a un peligro permanente de bienes

¹¹⁰ RAGUÉS I VALLÉS, 2013, pp. 206 y ss.; GARCÍA MORENO, 2020, pp. 197 y ss.; JERICÓ OJER, 2021, pp. 108 y s. En Alemania, LEITE, 2021, pp. 196 y s.

¹¹¹ RAGUÉS I VALLÉS, 2013, pp. 209 y ss.

¹¹² La comunicación del informante supondría la afectación de un bien, pero sería defensivo en la medida en que procede de una fuente de peligro generada por la propia entidad. Es de terceros dado que el informante no salva un bien propio, sino que atiende al interés colectivo de perseguir los delitos y, finalmente, es impropio dado que generalmente el peligro no es actual, ya que ni siquiera se trata de un peligro permanente, LEITE, 2021, pp. 200 y s.

jurídicos; 2º) que los ilícitos desvelados den lugar a responsabilidad jurídico penal y posean determinada gravedad; 3º) que las conductas ilícitas no sean hechos aislados, sino que respondan a una estrategia organizacional y 4º) que el alertador haya utilizado primeramente el sistema interno de información, para dar cuenta posteriormente de la infracción a través de los canales externos, sin que pueda inicialmente justificarse la actuación del informante que acude directamente a plataformas digitales o la prensa para comunicar la ilicitud¹¹³.

También resulta problemática la aplicación de la exigente de cumplimiento de un deber (art. 20.7 CP). El cumplimiento del deber de denuncia previsto en los arts. 259 y ss. LECrim podría ser admisible, pero siempre y cuando la comunicación se realice ante funcionarios o autoridades, se cumplan las formalidades establecidas en la ley, esto es, se trate de comunicaciones sobre la existencia de posibles delitos de naturaleza pública, quedando al margen delitos de naturaleza semipública y también, por ejemplo, las infracciones administrativas graves y muy graves a las que alude la ley española¹¹⁴. Por último, con relación a la posibilidad de alegar el ejercicio de un derecho (art. 20.7 CP) se debe tener en cuenta los requisitos establecidos por el TEDH para la libertad de expresión en el ámbito laboral, como son el interés público de la revelación, su autenticidad, del daño originado por la revelación, la motivación del informante, la exigencia de haber informado previamente a través del sistema interno y la severidad de la sanción impuesta¹¹⁵.

En este análisis debemos partir del hecho de que a través de las causas de justificación el Estado concreta y temporalmente suspende la protección jurídica otorgada a determinados bienes jurídicos, siempre y cuando concurran determinados requisitos. Por lo tanto, deben existir poderosas razones que legitimen esa suspensión. De este modo, una permisión demasiado generosa de la conducta del informante podría desproteger, llegado el caso, un bien jurídico relevante de carácter patrimonial¹¹⁶. No podemos olvidar que, tras la oportuna ponderación, en la esfera de la justificación se van a sacrificar intereses que también son relevantes para el ordenamiento jurídico, por lo que la inclusión de una hipotética causa de justificación debería estar sometida, dentro de su excepcionalidad, a requisitos tan exigentes y precisos como los establecidos para la legítima defensa o el estado de necesidad¹¹⁷. Cualquier solución que se plantee no va a estar exenta de objeciones, debido a la complejidad de adoptar una solución satisfactoria para todos los supuestos. La propuesta ofrecida por LEITE me parece interesante, aunque creo que es necesario incorporar ciertas matizaciones. Podría admitirse la aplicación de un estado de necesidad defensivo, como causa de justificación suprallegal por analogía con la legítima defensa por un lado y con el estado

¹¹³ Reconociendo el autor que la Directiva no impone un orden de preferencia en los medios de denuncia.

¹¹⁴ RAGUÉS I VALLÉS, 2013, p. 222.

¹¹⁵ SÁEZ LARA, 2018, p. 263.

¹¹⁶ LEITE, 2021, pp. 196 y s.

¹¹⁷ JERICÓ OJER, 2021, p. 109.

de necesidad por otro. En el estado de necesidad defensivo se reacciona frente a una fuente creadora de peligro pero que no es constitutiva de agresión ilegítima. Al no tratarse de una agresión ilegítima debe existir una proporcionalidad entre los males causados (a semejanza con el estado de necesidad), de modo que el mal causado no puede ser desproporcionadamente superior al que amenaza. Debido a la ponderación de intereses se exigirá también el requisito de la subsidiariedad. Por lo tanto, partiendo de la necesidad de proteger al informante es importante tener en cuenta que la comunicación o revelación, para que esté justificada a través del estado de necesidad defensivo, tiene que estar sometida a una serie de límites: la revelación tendría que ser necesaria, entendiendo que debe existir una situación de peligro próximo y permanente para los bienes jurídicos. Además, sería difícil la justificación cuando nos encontramos ante la revelación de hechos aislados, por lo que se debería exigir que se comunicara o revelara no sólo hechos ocasionales sino una estrategia de la entidad. La subsidiariedad vendría a través de la exigencia de que el informante utilizara, antes de la comunicación, otras vías para evitar lesionar directamente determinados bienes jurídicos con su revelación. Finalmente, y a diferencia de lo que plantea LEITE, creo que a través de la vía del estado de necesidad defensivo se podrían llegar a justificar algunos casos en donde se revelaran hechos que no fueran penalmente típicos. Recordemos que en el estado de necesidad defensivo el mal causado puede ser mayor que el que se trata de evitar, pero no desproporcionadamente superior. En todo caso sí que tienen que ser hechos graves. De este modo, frente a la revelación de vulneraciones del ordenamiento jurídico, infracciones administrativas graves o muy graves o delitos que afecten directamente al interés general sí que podría admitirse la justificación a través de la aplicación de un estado de necesidad defensivo¹¹⁸, con los límites anteriormente mencionados. La exigencia de no causar con la revelación un mal desproporcionadamente mayor implicaría por lo tanto excluir de la protección las revelaciones de un hecho aislado o que no supusiera un peligro próximo o permanente para los bienes jurídicos.

4.3.4. *La opción española: ¿en qué quedamos?*

La Ley 2/2023 recoge un elenco de medidas de protección frente a las represalias que puede sufrir el informante, vinculadas precisamente con la posible exclusión de responsabilidad jurídica por el acceso a la información y también por el acto de la comunicación y revelación pública (art. 38).

Así, establece que el informante no incurrirá en responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información, siempre que dicha adquisición o acceso no constituya un delito. Por lo tanto, serían lícitos los accesos a la información, salvo

¹¹⁸ Aunque quizás, por razones de seguridad jurídica, sería más aconsejable la incorporación en el CP de una causa de justificación legal con los requisitos señalados.

que este acceso fuera constitutivo de infracción penal. Hasta aquí no se presenta divergencia alguna respecto a lo dispuesto en la Directiva. Sin embargo, no sucede lo mismo por lo que respecta al tratamiento jurídico que se le otorga a la comunicación y revelación de la información. Probablemente nos encontramos ante uno de los aspectos más llamativos de la regulación española, como a continuación se verá.

De manera similar a lo dispuesto en la Directiva, el art. 38.1 de la Ley inicia su redacción excluyendo claramente la responsabilidad del informante que comunique o revele públicamente siempre que tuviera motivos razonables para pensar que su comunicación o revelación era necesaria para revelar una acción u omisión de las referidas en la propia ley, dejando al margen las excepciones recogidas en el art. 2.3¹¹⁹. Hasta aquí, como indico, la regulación española se alinea con las disposiciones de la Directiva referidas a la exclusión de responsabilidad jurídica en la conducta del informante. Sin embargo, de forma taxativa, al final del precepto el legislador nacional establece que esa medida de protección, es decir, la ausencia de responsabilidad jurídica por la acción realizada, “no afectará las responsabilidades de carácter penal”. Por lo tanto, la propuesta española de protección al informante mantiene la posible atribución de responsabilidad penal por las conductas de comunicación y revelación. Esta decisión se aparta diametralmente de lo establecido en la Directiva, que no realiza ninguna distinción por lo que respecta a la responsabilidad penal, también de los pronunciamientos judiciales en esta materia y, por último, de lo que considera la doctrina penalista especializada. Esta contrariedad con lo dispuesto en la Directiva ya fue evidenciada en el trámite de enmiendas al PL, sin que la propuesta de eliminar la existencia de posible responsabilidad penal por la revelación tuviera éxito¹²⁰. Distinta suerte corrió la redacción del art. 38.5 que igualmente fue objeto de enmiendas a tenor de su contradicción con lo dispuesto en la Directiva. Así, en la versión inicial del texto se establecía que en los procesos judiciales *civiles o laborales* las personas informantes no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que su comunicación o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción en virtud de lo dispuesto en la ley¹²¹.

¹¹⁹ Art. 38.1 LPILC: “Medidas de protección frente a represalias. 1. No se considerará que las personas que comuniquen información sobre las acciones u omisiones recogidas en esta ley o que hagan una revelación pública de conformidad con esta ley hayan infringido ninguna restricción de revelación de información, y aquellas no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha comunicación o revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública de dicha información era necesaria para revelar una acción u omisión en virtud de esta ley, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2.3. Esta medida no afectará a las responsabilidades de carácter penal.”

¹²⁰ Así, v. Enmiendas con relación al PL, presentadas por varios grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados (https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-123-3.PDF).

¹²¹ Art. 38.5 PL: “En los procesos judiciales *civiles o laborales*, incluidos los relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos empresariales, o a solicitudes de indemnización basadas en el derecho laboral o estatutario, las personas a que se refiere esta ley no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de comunicaciones o de revelaciones públicas protegidas por la misma. Dichas personas tendrán derecho a alegar en su descargo el haber comunicado o haber hecho una revelación pública, siempre que tuvieran motivos

Esta regulación, si bien resultaba contradictoria con lo dispuesto en el art. 21.7 de la Directiva, que no acota la previsión a los procedimientos civiles o laborales¹²², mantenía cierta coherencia interna con lo recogido en el art. 38.1: las medidas de protección frente a la revelación de información no excluían la posible responsabilidad penal por la propia revelación, pero sí permitían excluir la responsabilidad en el ámbito de los procesos civiles o laborales. Como acabo de referir, la aprobación de las enmiendas a la redacción del art. 38.5 implicó que, salvo alguna referencia de menor calado, este precepto fuera similar a su homólogo en la Directiva, no estableciendo ningún tipo de limitación a la exclusión de responsabilidad con independencia del proceso, dado que genéricamente se alude a procesos judiciales. De este modo, la versión final del art. 38.5 resulta conforme con lo dispuesto en la Directiva, pero plantea ciertas incoherencias internas con lo dispuesto en el art. 38.1 que, recordemos, resulta contrario a lo recogido en la Directiva. Esta especie de customización a la que se ha sometido la ley española en la última etapa de tramitación parlamentaria, adaptando tan sólo una de las previsiones a lo recogido en la Directiva, introduce problemas interpretativos a la hora de concluir si se exime o no de responsabilidad penal por la revelación de información. Por un lado, el art. 38.1 indica claramente que no se excluirán las responsabilidades de carácter penal por la revelación pero, por otro, el art. 38.5 establece la exención de responsabilidad de cualquier tipo por la vulneración de secreto o por la revelación de secretos empresariales. La coherencia interna de la Ley 2/2023 pasaba o bien por adecuar los arts. 38.1 y 38.5 a la Directiva o bien por no adaptar ninguno. En mi opinión, la adaptación parcial a la Directiva genera en la regulación española evidentes contradicciones en un ámbito, además, especialmente importante como es el de decidir si se atribuye responsabilidad penal o no al informante por su revelación. El mensaje del legislador español en este sentido, cuando menos, resulta muy confuso.

Si una de las piezas clave en la lucha contra la corrupción es el establecimiento de un régimen general de protección para los informantes de infracciones, probablemente cualquier tipo de medida establecida para tal fin sea insuficiente cuando se cierne sobre el informante la amenaza de que se derive responsabilidad penal por su actuación. De nada sirve insistir al *insider*, apelando a su loable comportamiento cí-

razonables para pensar que la comunicación o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción en virtud de esta ley”. La redacción final de precepto elimina la referencia expresa a los órdenes civil o laboral, manteniendo la alusión genérica a los procesos judiciales.

¹²² Art. 21.7 Directiva: “En los procesos judiciales, incluidos los relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos comerciales, o a solicitudes de indemnización basadas en el Derecho laboral privado, público o colectivo, las personas a que se refiere el artículo 4 no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de denuncias o de revelaciones públicas en virtud de la presente Directiva. Dichas personas tendrán derecho a alegar en su descargo el haber denunciado o haber hecho una revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la denuncia o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción en virtud de la presente Directiva”.

vico o a su conducta valiente, en que comunique la realización de conductas irregulares, incluso delictivas, en el seno de una entidad, y posteriormente generar una confusión acerca de si se va a excluir o no la responsabilidad penal por la revelación de la información. Se evidencia, por lo tanto, una especie de perversión institucional: por un lado, los poderes públicos utilizan al ciudadano apelando emocionalmente a su conciencia cívica para que informe, erigiéndolos como pieza clave en la lucha contra la corrupción en la sociedad democrática, pero luego no aclaran si se le exime de responsabilidad penal por esa colaboración. La ponderación del coste-beneficio en la decisión del informante, a la que aludíamos con anterioridad, parecería claramente inclinada hacia un incremento del coste por el riesgo de una posible imposición de la pena frente a la decisión de comunicar o revelar una conducta irregular. Eso no significa que, en todo caso, el informante deba ver excluida su responsabilidad penal, dado que como he comentado anteriormente, la justificación tendrá que ser excepcional y estar circunscrita a la existencia de unos determinados límites.

4.4. *El régimen sancionador*

Advirtiendo la necesidad de combatir eficazmente tanto las actuaciones que impliquen represalias contra los informantes como cualquier incumplimiento en el establecimiento de las reglas de los canales de comunicación, la Ley 2/2023 establece un régimen sancionador (art. 60 y ss.) siguiendo lo dispuesto en el art. 23 de la Directiva. De este modo establece que el ejercicio de la potestad sancionador corresponde a la A.A.I. y a los órganos competentes de las CCAA, sin perjuicio de las facultades disciplinarias que internamente se reconozcan a los órganos competentes de cada organización. Serán sujetos responsables las personas físicas y jurídicas que dolosamente lleven a cabo las conductas descritas en la ley como infracciones. Estas infracciones se clasifican en muy graves, graves y leves y llevan aparejadas su correspondiente sanción (extraordinariamente cuantiosas en algunos casos, ya que pueden llegar a los 300.00 euros para las personas físicas y 1.000.000 de euros para las personas jurídicas, lo que indudablemente incorpora un elemento de disuasión) que puede ser objeto de posibles graduaciones. Adicionalmente, en el caso de infracciones muy graves, la A.A.I. podrá acordar la amonestación pública, la prohibición de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales durante un plazo máximo de cuatro años o la prohibición de contratar con el sector público durante un plazo máximo de tres años, estableciendo un sistema de graduación de todas las infracciones en el art. 66. A diferencia del vacío que parece existir la regulación de la Directiva, la propuesta española sí que permite sancionar como infracción muy grave (o en su caso grave) el hecho de que la entidad no incorpore en su sistema el preceptivo canal de denuncias. Concretamente, el art. 63.1 g) al calificar como infracción muy grave el “incumplimiento de la obligación de disponer de un Sistema interno de información en los términos exigidos en esta ley”, se colma esta laguna.

5. La garantía de confidencialidad y la incorporación de la denuncia anónima en Ley de protección a la persona informante

En mi opinión es muy importante abordar el tratamiento que se le dispensa al informante en el ámbito del proceso penal, atendiendo fundamentalmente a dos necesidades: en primer lugar, la de proteger al informante cuando los hechos que comunica pueden ser constitutivos de delito e interviene en el proceso penal y, además, la de asegurar que su intervención en el procedimiento no supone un detrimento de las garantías procesales que asisten a la persona afectada.

Debemos tener en cuenta que, ante la tentación de importar las medidas establecidas en el sistema norteamericano, en España el recorrido procesal de la información obtenida a través de los canales de denuncia es muy diferente¹²³. El principio de oportunidad se erige como un fundamento clave en el sistema norteamericano¹²⁴, lo que permite llegar casi en la práctica totalidad de los casos a una justicia negociada que concluye antes de alcanzar el juicio oral. Esto no ocurre en un sistema procesal como el establecido en nuestro país, vinculado por el principio de legalidad, en donde la comunicación surte efectos dentro de un proceso penal que puede resultar estigmatizante y en donde se deben establecer unas garantías para el derecho de defensa.

Surge de este modo el debate de cómo se debe articular, dentro del proceso penal, la comunicación confidencial y la comunicación anónima que permitiría preservar y proteger al informante, sin que ello suponga un detrimento de las garantías constitucionales reconocidas a la persona afectada, en particular del derecho de defensa. Cabe reseñar que en el modelo de confidencialidad la identidad del informante sólo es conocida por personas que están autorizadas, sin que se revele al resto de los integrantes de la entidad¹²⁵. El anonimato va más allá, dado que ni el propio órgano encargado de tramitar la denuncia será conocedor de la identidad del informante. Veamos a continuación cuál es el recorrido que ha diseñado la ley española para ambos modelos de comunicación.

5.1. *Informante y garantía de confidencialidad: su difícil encaje en el proceso penal*

La Directiva señala que una de las medidas imprescindibles para evitar que la persona informante sea objeto de represalias consiste en preservar la confidencialidad de su identidad durante el proceso de denuncia y la posterior investigación. Ex-

¹²³ GIMENO BEVIÁ, 2021, pp. 163 y ss.

¹²⁴ Existen manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso penal español, especialmente visibles en el ámbito del Derecho penal de menores y en lo dispuesto en el art. 963.1 1º LECrim. Igualmente, en países de nuestro entorno, como Alemania, el principio de oportunidad tiene una presencia importante en el proceso penal. Sin embargo, la referencia que se lleva a cabo en el texto al principio de oportunidad en EEUU se justifica por el impacto que puede tener la justicia negociada en materia de *whistleblowing*, con tradición en el sistema norteamericano.

¹²⁵ ECHEVERRÍA BERCIARTUA, 2019, p. 12.

cepcionalmente, sólo podrá revelarse su identidad cuando en el marco de una investigación llevada a cabo por autoridades nacionales o en un proceso judicial la salvaguarda del derecho de defensa así lo exija (art. 16.2)¹²⁶. Ambas consideraciones se incorporan en el art. 33 de la ley española al reconocer el derecho del informante a que su identidad no sea revelada a terceras personas. Igualmente establece la obligatoriedad de que el sistema interno de información cuente con medidas técnicas y organizativas adecuadas para preservar la identidad de las personas afectadas y, especialmente, la del informante. Por último, establece que la identidad de la persona informante sólo podrá ser comunicada a la autoridad administrativa, judicial competente o al Ministerio Fiscal en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora.

Al margen de estas consideraciones, no se hace referencia alguna a cuál debe ser el estatus del informante confidencial dentro del proceso penal. Parece difícil su encaje en las distintas categorías procesales y, en todo caso, su incorporación al proceso resulta problemática¹²⁷. Si actúa en calidad de testigo, porque no ha tenido ningún tipo de implicación en los hechos, tendrá que ratificar su testimonio en el plenario, conociéndose de este modo su identidad. Podría comparecer como testigo protegido, opción no exenta de problemas, en primer lugar dado el alcance limitado de esta figura al poder ser desvelada su identidad si se ve afectado el derecho de defensa del investigado. Se trataría entonces de ponderar los intereses en juego, por un lado la seguridad del informante y por otro el derecho de defensa de la persona afectada, debiéndose incidir en el hecho de que la valoración del testimonio de una persona desconocida por el acusado debe ser excepcional¹²⁸. Igualmente resulta complicado encajar al informante en la categoría de testigo protegido¹²⁹, ya que otra de las exigencias establecidas por la LO es la existencia de un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella o de sus familiares, lo que no acontecerá en todos los casos¹³⁰.

De ahí que se haya elevado alguna propuesta doctrinal que postula la creación de

¹²⁶ Por lo que respecta a la garantía de confidencialidad, la LPILC establece que el sistema interno de información, en cualquiera de sus fórmulas de gestión, deberá estar diseñado, establecido y gestionado de una forma segura de modo que se garantice la identidad del informante y de cualquier tercero mencionado en la comunicación (art. 5.2. b). Extiende la garantía de confidencialidad a los casos en los que el sistema se gestione por un tercero externo (art. 6.2) y también cuando la comunicación sea remitida a personal no competente (art. 9.2.g). Se garantiza igualmente la confidencialidad en el registro de las comunicaciones (art. 26). Finalmente, califica como información muy grave (o en su caso grave) la vulneración de las garantías de confidencialidad y anonimato previstas en la ley (art. 63.1 c).

¹²⁷ GARCÍA MORENO, 2022a, pp. 46 y s.

¹²⁸ BARBER BURUSCO, 2021, p. 77.

¹²⁹ GIMENO BEVIÁ, 2022, p. 342. A favor de la reforma de la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales RAGUÉS I VALLÉS, 2017, p. 7, quien considera que se debería ampliar el ámbito de protección a testigos más allá de las situaciones de riesgo vital; MARTÍNEZ CANTÓN, 2020, p. 2102; ORTIZ PRADILLO, 2020, p. 11.

¹³⁰ RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, 2019, pp. 236 y ss.

un estatuto jurídico procesal específico para el informante, como figura de colaboración público-privada con una regulación propia como medio de investigación. Según GARCÍA MORENO, esto evitaría que el informante interviniera como testigo en el procedimiento y tuviera que revelar su identidad, lo que sería desincentivador, y también que tuviera que recopilar información u otro medio de prueba, función que corresponde a los órganos administrativos o judiciales competentes o la corporación en aquellos casos en los que se trate de una denuncia interna. La actuación del informante debería limitarse a comunicar información sobre la que tenga indicios de veracidad y facilitar toda la información de la que disponga, pero sin llevar a cabo ningún tipo de averiguación¹³¹. Esta autora plantea también la posibilidad de que los datos aportados por el informante fueran plasmados en un informe, completados con una descripción de las diligencias practicadas como consecuencia de la información e incluso con las conclusiones de los agentes, incorporando este informe al procedimiento como informe pericial que fuera ratificado por el agente responsable de la operación. En mi opinión, se suscita alguna duda con este último planteamiento. La incorporación de las consideraciones del informante en una especie de informe pericial no encaja con lo dispuesto en el art. 456 LECrim, que establece la incorporación al proceso de dicho informe cuando para conocer o apreciar algún hecho fuera necesarios o conveniente conocimientos científicos o artísticos. De este modo, el informe pericial se constituye como medio de prueba a través del cual se introduce en el proceso penal un análisis efectuado por un profesional experto en una materia, de hechos complejos que, sin dicho informe, no podrían ser interpretados por el órgano judicial. Se trata de un análisis técnico que interpreta de manera especializada los hechos más complejos dirimidos en juicio. A mi modo de ver, la incorporación de la comunicación realizada por el informante al informe realizado por los agentes en los que se incluyen todas las conclusiones no encaja propiamente con la finalidad establecida en la propia LECrim, que evidencia el carácter técnico de dicho informe. No implicaría, por lo tanto, proporcionar al órgano de instrucción los conocimientos científicos y/o tecnológicos imprescindible para resolver la cuestión judicial¹³².

Lege ferenda, parece necesario articular una fórmula que sea capaz de conjugar equilibradamente la garantía del derecho de defensa de la persona afectada y también la necesidad de preservar la identidad del informante para evitar futuras represalias, labor que no está exenta de dificultad.

A diferencia del APL, el texto vigente sí que establece la posibilidad de que la autoridad competente traslade al informante la decisión de revelar los datos confidenciales, por lo tanto, su identidad, pero siempre y cuando ello no comprometa la investigación o el procedimiento judicial (art. 33.3). La propuesta de reforma de la

¹³¹ GARCÍA MORENO, 2020, pp. 78 y ss., pp. 100 y ss.

¹³² En contra también BARBER BURUSCO, 2021, p. 80, al considerar que se tratará seguramente de una aportación por escrito de los investigadores y que no proviene de unos hechos que ellos hayan percibido directamente.

LECrim¹³³, si bien inicialmente parece que protege la identidad del informante cuando comunica una irregularidad a través de un canal interno, al final plantea la posibilidad de revelarla, por lo que la garantía de confidencialidad puede verse excepcionada. Creo que esto debe ser así y que, por lo tanto, para que el derecho de defensa no sea vea afectado se debe admitir que en algunos casos se pueda desvelar la identidad del informante.

5.2. *La admisión de la comunicación o denuncia anónima*

La Directiva otorga facultad a los Estados de decidir si se exige o no a las entidades y a las autoridades competentes aceptar y seguir las denuncias (comunicaciones) anónimas de infracciones (art. 6.2). El legislador español adopta una postura clarísima en esta materia que anuncia ya en la EM, al establecer que no hay mejor forma de proteger al que informa que garantizando su anonimato. Sin embargo, siendo consciente de los riesgos que implica la incorporación de la denuncia anónima y en comparación con lo descrito en el APL, el legislador se esfuerza en justificar la incorporación de la denuncia o comunicación anónima en su EM, haciendo referencia a las distintas convenciones internacionales que la admiten, la legislación interna o las previsiones que realizan las CCAA con relación a los canales para su recepción.

De este modo se incorpora en el texto la obligación de que los canales internos permitan la presentación y posterior tramitación de la comunicación anónima (arts. 7.3). Igualmente, el art. 17.1 establece que la recepción de la información a través de los canales externos puede llevarse a cabo de forma anónima. Incorpora de este modo la posibilidad de la comunicación anónima dentro del sistema de protección al informante establecido en la ley. Ello supone consolidar una tendencia estatal en favor del reconocimiento de los sistemas anónimos de denuncia, previsto en la LOPD (art. 24.1), en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo (art. 26 bis 1) y en el ámbito de las agencias antifraude implementadas en las Administraciones Públicas¹³⁴.

La admisión de la comunicación anónima no ha estado exenta de polémica. Frente a quienes consideran que es un instrumento útil para combatir prácticas corruptas y proteger al informante¹³⁵, un sector mayoritario expone los riesgos que conlleva su admisión, principalmente por lo que afecta al derecho de defensa¹³⁶. Como señala GIMENO BEVIÁ, la denuncia anónima convierte al ciudadano en un agente privado

¹³³ Art. 528.6 APL LECrim: “Cuando la noticia de la comisión de un delito cometido en el seno de una entidad del sector público o privado la hubiese dado un funcionario o empleado a través de un procedimiento de denuncia interna, la comunicación del hecho delictivo a las autoridades podrá realizarla el responsable del canal de denuncia sin revelar la identidad del alertador, salvo que fuese especialmente requerido para hacerlo”.

¹³⁴ Entre otras, la Agencia Valenciana Antifraude y la Oficina Antifraude de Cataluña.

¹³⁵ FERRÉ OLIVÉ, 2021, p. 546; MORALES HERNÁNDEZ, 2022, p. 31. Igualmente, v. Aportaciones de Transparency International España a la consulta pública sobre la transposición de la Directiva UE 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, de 27 de enero de 2021.

¹³⁶ GIMENO BEVIÁ, 2022, pp. 175 y s.

del Estado que desarrolla funciones públicas, dado que obtiene pruebas sin las limitaciones propias de una investigación llevada a cabo por la policía y que debe respetar los derechos fundamentales del investigado, siendo contraria además a la transparencia. Del mismo modo, la denuncia anónima no sólo plantea la posibilidad de incorporar comunicaciones de mala fe sin que exista la posibilidad de descubrir al informante¹³⁷ sino, y ahí está la paradoja, se dificulta en la protección del informante ya que es necesaria su identificación para que éste pueda beneficiarse de las medidas de protección¹³⁸. Además, y creo que esta es una cuestión muy a tener en cuenta, anonimizar al informante significa evidenciar de alguna manera la debilidad del Estado para protegerlo frente a aquellos que tienen capacidad de intimidarlo¹³⁹.

En nuestro país, la LECrim exige que en el proceso penal se haga constar la identidad del informante. Sin embargo, ni prohíbe expresamente ni tampoco admite la denuncia anónima. Es importante tener en cuenta que el TS considera que la información obtenida anónimamente no encaja en el concepto estricto de denuncia, pero puede servir para iniciar la investigación penal como *notitia criminis*¹⁴⁰. No puede ser tenida en cuenta como prueba de cargo suficiente ni motivar la adopción de medidas cautelares limitativas de derechos, por lo que obliga en fase de instrucción a la práctica de las correspondientes diligencias de investigación. Sin embargo, es necesario tener presente que el TS ha ido un poco más allá, variando su posición inicial de cautela, al considerar que en el ámbito empresarial se abre la puerta a la admisión de la denuncia anónima a través de los canales de denuncia¹⁴¹. No obstante, creo que se debe abogar por una interpretación restrictiva y considerar que este pronunciamiento del TS no implica un cambio de criterio radical respecto a la jurisprudencia anterior, es decir, no supone una admisión del anonimato en la denuncia sino que la denuncia anónima se debe articular como fuente o inicio de investigación que permita contrastar su veracidad con otros medios de prueba¹⁴². En definitiva, la comunicación anónima aportada por el informante ha de ser objeto de investigación y corroboración a través de otros medios que en fase de instrucción podrán ser considerados como diligencias de prueba, lo que posteriormente podrá dar lugar a la práctica de la prueba en el acto del juicio oral¹⁴³.

¹³⁷ Coste de una denuncia injustificada que, en opinión de algún autor, vale la pena asumir por las ventajas tan evidentes que supone el anonimato, MORALES HERNÁNDEZ, 2022, p. 31.

¹³⁸ BARBER BURUSCO, 2021, pp. 70 y s.

¹³⁹ GIMENO BEVIÁ, 2021, pp. 174 y s.

¹⁴⁰ V., por ejemplo, STS 11 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1825).

¹⁴¹ STS 6 de febrero 2020 (ECLI:ES:TS:2020:272).

¹⁴² GIMENO BEVIÁ, 2021, pp. 170 y s.

¹⁴³ DELGADO MARTÍN, 2022, p. 8.

6. Los beneficios (o programa de clemencia) que establece la Ley de protección de la persona informante para la figura del arrepentido

A pesar de que la Directiva no hace ningún tipo de referencia a la posibilidad de establecer beneficios respecto del informante arrepentido¹⁴⁴, es decir, aquella persona que participa en las conductas irregulares que posteriormente comunica o revela públicamente, la Ley 2/2023 incorpora en su art. 40 (aunque sin hacer referencia explícita) un programa de clemencia. Resulta cuando menos curioso el cambio de criterio en la redacción del enunciado este precepto, dado que en el art. 40 APL se aludía expresamente a los programas¹⁴⁵. Quizás no se trate sólo de evitar la utilización de una terminología de claro tinte compasivo o moralista, sino quizás de minimizar en la opinión pública (eliminando expresamente la referencia a los programas de clemencia) la dudosa acogida que pueda tener esta propuesta.

Con esta medida se consolida la tendencia del legislador nacional a incorporar ciertos beneficios para el arrepentido en el ámbito de la ley, como también así se reconoce en los arts. 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en el art. 62.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

De este modo, en el art. 40 se admite la posibilidad de exonerar del cumplimiento de la sanción administrativa que le correspondiera a la persona que hubiera participado en la comisión de la infracción administrativa objeto de información, siempre y cuando resulten acreditados los siguientes requisitos: 1º) que haya cesado en la comisión de la infracción en el momento de la comunicación o revelación; 2º) que identifique al resto de las personas que hayan participado o favorecido la infracción; 3º) que haya cooperado plena, continua y diligentemente a lo largo de todo el procedimiento de investigación; 4º) que haya facilitado información veraz y relevante, medios de prueba o datos significativos para la acreditación de los hechos investigados, sin que haya procedido a su destrucción u ocultación, ni haya revelado directa o indirectamente a terceros su contenido y 5º) que haya procedido a la reparación del daño causado que le sea imputable. En aquellos casos en los que estos requisitos no se cumplan en su totalidad se podrá aplicar una atenuación de la sanción correspondiente, si la autoridad sancionadora competente así lo considera, siempre y cuando no existiera otra anterior por hechos de la misma naturaleza. Además, se añade un requisito temporal dado que se exige que la comunicación de la información debe presentarse con anterioridad a la notificación de la incoación del procedimiento de investigación o sancionador.

Se ha indicado que se trata de una medida que supone una notable ventaja a la

¹⁴⁴ Aspecto que figuraba como una de las recomendaciones de Transparencia Internacional sobre la transposición de la Directiva, aludiendo indirectamente a la excusa absolutoria prevista en el CP para el delito de cohecho (art. 426 CP) y la posibilidad de aplicar la atenuante genérica de arrepentimiento (art. 21.4 CP) (entiéndase, más técnicamente, la atenuante de confesión ante las autoridades).

¹⁴⁵ Aunque sí aparece esta expresión en la EM y en el art. 25.e) del PL.

hora de facilitar el descubrimiento de infracciones administrativas, ya que incentiva sobremanera que se informe¹⁴⁶. Nadie duda de que, al menos teóricamente, esto es así. Posiblemente, los resultados de los estudios existentes que abordan la eficacia real y práctica de los programas de clemencia en el ámbito del derecho de la competencia y del procedimiento administrativo común pueden aventurar cuál puede ser el éxito del programa de clemencia en esta ley¹⁴⁷. Sin embargo, cabe destacar el nivel de exigencia de este programa de clemencia respecto a los dos anteriormente mencionados, ya que a pesar de que no exige al informante ser el primero en aportar la prueba al procedimiento, sí que le requiere todos y cada uno de los requisitos previstos en aquellos otros dos ámbitos, añadiéndose además uno de particular calado como es la identificación en su caso del resto de las personas que haya participado o favorecido la infracción.

Igualmente se ha señalado que la propuesta española no deja claro que la medida se aplique sólo a los partícipes o a todo sujeto que interviene en la infracción, incluyendo por lo tanto también a los autores¹⁴⁸. Creo que esta cuestión debe resolverse en favor de una interpretación inclusiva, es decir, siendo extensiva tanto autores como partícipes. En primer lugar, porque si de lo que se trata es de favorecer que afloren las conductas ilícitas a través de beneficios premiales, lo razonable es focalizar el beneficio principalmente en aquellas personas que mayor implicación o responsabilidad han tenido en la conducta irregular, es decir, en los autores. Además, desde una interpretación sistemática, el art. 40.1 a) alude al “resto de personas que hayan participado o favorecido” la comisión de la infracción. Por lo tanto, considero que en el ámbito de esta ley la referencia a la participación debe ser equiparable a la figura de la autoría, mientras que el favorecimiento se asemejaría a la participación en la infracción. Igualmente se debe poner de relevancia que uno de los requisitos para activar el programa de clemencia es que se haya identificado al resto de las personas que hayan favorecido o participado en la infracción. Si los programas de clemencia hubieran estado pensados única y exclusivamente para la figura del partícipe, sería harto difícil materializar los beneficios que este programa comporta, precisamente porque si se trata de estructuras organizadas con dinámicas comisivas complejas, lo más probable es que el partícipe no conozca todo el entramado y, por lo tanto, no se pueda beneficiar de la clemencia.

La Ley 2/2023 determina con toda claridad que la atenuación o exención de la sanción se aplicará a los que hayan participado en la comisión de la infracción administrativa objeto de información. Eso implica que el programa de clemencia previsto no se extiende a la figura del delincuente arrepentido, es decir, a quien revela la comisión de un delito.

¹⁴⁶ AGUILERA GORDILLO, 2022, p. 21.

¹⁴⁷ Lamentablemente, el análisis de estos estudios no puede ser abarcado en esta investigación.

¹⁴⁸ AGUILERA GORDILLO, 2022, p. 21.

La cuestión que se plantea en este punto es si en el ámbito del Derecho penal es políticocriminalmente correcto o no el establecimiento de las figuras premiales, es decir, la concesión de atenuaciones o incluso exenciones para el informante que, tras participar en la comisión de un delito, colabora con la justicia. Se trata de analizar la conveniencia o no de potenciar determinadas medidas, basadas en fórmulas premiales y de justicia negociada que ya son aplicadas en otros países como herramientas para destapar, investigar y castigar todas las conductas relacionadas con la corrupción pública y la delincuencia económica empresarial. El fundamento de este Derecho penal premial se encontraría en razones de política criminal basadas en el criterio de la utilidad, al considerarse más útil para la persecución y enjuiciamiento de determinados delitos el hecho de rebajar o eximir la pena a quien colabore en su investigación, favoreciendo de este modo las delaciones y las autodenuncias mediante beneficios punitivos¹⁴⁹. No puede desconocerse que el debate es encendido y que ha venido a retomarse con la transposición de la Directiva al derecho interno y con la elaboración de la Ley 2/2023.

La atenuación o incluso exención de la pena podría plantearse como un premio a la deslealtad, se constituiría como beneficio disponible para quien ha tenido cierta responsabilidad en la producción del delito y podría quebrar la eficacia preventiva del Derecho penal, en especial prevención general negativa y positiva de la pena¹⁵⁰. Es importante tener presente que la colectividad difícilmente puede comprender que el infractor no reciba un castigo severo por la comisión de su delito, sino que además estas medidas implicarían un tratamiento desigual, ya que beneficiarían en mayor medida a quien más información podría tener de la comisión del hecho delictivo, es decir, a quien tendría más responsabilidad. Además, teniendo en cuenta que la ley española no plantea (al menos claramente) la exención de responsabilidad penal por las conductas de revelación que lleve a cabo el denunciante, aquel que denuncia pero que no ha tomado parte en el hecho delictivo podría sentirse jurídicamente peor tratado que el arrepentido, dado que uno y otro responderían de la misma manera y podrían tener idéntico reproche, ambos por la revelación, pero el arrepentido vería exonerada su responsabilidad penal por el delito cometido. Esto iría en contra del fin pretendido que no es otro que el favorecimiento de las delaciones por parte del informante que no ha participado en el hecho delictivo.

Mayoritariamente la doctrina considera que, en caso de establecerse beneficios penológicos para el delincuente arrepentido, estos deberían ser de carácter excepcional, para determinados delitos y estar sujetos a requisitos exigentes¹⁵¹. Recientemente, SIMÓN CASTELLANO ha planteado esta problemática centrando su investigación en el análisis de la viabilidad de incorporar *ex lege* la inmunidad penal como

¹⁴⁹ ORTIZ PRADILLO, 2015, p. 7

¹⁵⁰ OLAIZOLA NOGALES, 2021, p. 47; ORTIZ PRADILLO, 2015, pp. 7 y ss.

¹⁵¹ JERICÓ OJER, 2021, pp. 110 y s.; OLAIZOLA NOGALES, 2021, p. 48; RAGUÉS I VALLÉS/BELMONTE PARRA, 2021, p. 26.

recompensa a los informantes¹⁵². Sitúa el punto de partida en el posicionamiento de la Sala 2ª del TS que, ante la pasividad del legislador nacional de transponer la Directiva, está reinterpretando supuestos concretos en el marco de la concesión del indulto¹⁵³. Propone ubicar al alertador en la categoría de aspectos subjetivos formales de la punibilidad,¹⁵⁴ debiendo ser la concesión del indulto algo excepcional. Considera que la ley debería establecer criterios claros sobre los requisitos de la denuncia para encajar en esta categoría, no siendo suficiente la denuncia por parte del arrepentido, sino que entiende que debería tratarse de una conducta voluntaria y proactiva del delincuente previa a la incoación del procedimiento de investigación, seguida de un abandono de la conducta delictiva y de una colaboración estable con la investigación y persecución del delito, ya sea aportando pruebas nuevas y decisivas o comparciendo como testigo y la reparación del daño cuando ello resulte posible¹⁵⁵. En mi opinión, no sería suficiente con la mera confesión del alertador arrepentido, sino que debería exigirse, entre otras cosas, que el arrepentido fuera el primero en aportar elementos de prueba que den inicio al procedimiento, que no se dispusiera de otros medios de prueba y que el alertador hubiera procedido a la reparación del daño causado. Es necesario que, en todo caso, la conducta que realiza el arrepentido para ser merecedor del beneficio sea considerada de utilidad social.

Si bien teóricamente estos planteamientos, ciertamente exigentes, pueden favorecer las autodenuncias y, por lo tanto, la persecución del delito a cambio de beneficios premiales para el arrepentido, lo relevante es analizar si tienen visos de prosperar con cierto éxito. Esto es importante tenerlo en cuenta, dado que el CP no es ajeno a la aplicación de figuras premiales que, atendiendo a distintos motivos y contextos, prevén la aplicación de beneficios penológicos que van desde la atenuación de la pena en uno o dos grados hasta la exención de la responsabilidad penal¹⁵⁶. Por su vinculación con la corrupción pública son especialmente interesantes las exenciones o reducciones de pena previstas para el delito de cohecho (art. 426 CP) y el delito de malversación (art. 434 CP). Como señala OLAIZOLA NOGALES¹⁵⁷, la aplicación

¹⁵² SIMÓN CASTELLANO, 2022, pp. 2 y ss.

¹⁵³ En el “caso Gürtel”, teniendo en cuenta el criterio favorable del Ministerio Fiscal, dado que el TS apoya la concesión de un indulto parcial de la pena de inhabilitación al denunciante José Luis Peñas. En su informe, el TS es favorable a que se conmuten las dos penas de inhabilitación absoluta a las que fue condenado el denunciante (una de 3 años y otra de 2 años y 1 mes) por dos penas de inhabilitación especial, de idéntica duración que las conmutadas, para cargos públicos de libre designación o elección.

¹⁵⁴ Partiendo de la clasificación que propone SÁNCHEZ OSTIZ de la punibilidad, atendiendo a si se exige o no una conducta por parte del autor y si los efectos de la exención se aplican sólo al autor o también a terceros. En el caso de la denuncia del informante se exigiría la conducta del autor, por lo que se trataría de un factor subjetivo que, además, sólo tendría efectos respecto del propio autor, de ahí su carácter formal. Más ampliamente, v. SÁNCHEZ OSTIZ, 2020, p. 123 y ss.

¹⁵⁵ SIMÓN CASTELLANO, 2022, pp. 20 y s.

¹⁵⁶ V. art. 171.3 CP, art. 225 bis CP, art. 305.4, art. 307.3 CP, art. 307 ter 2, art. 308.6 CP, art. 376 CP, art. 426 CP, art. 434 CP, art. 480 CP, art. 570 quáter 4, art. 579 bis CP. Igualmente, v. art. 262.3 y 288 bis CP, de novedosa incorporación por LO 14/2022, de 22 de diciembre,

¹⁵⁷ OLAIZOLA NOGALES, 2021, pp. 45 y ss.

de ambos beneficios dista mucho de haber sido un éxito, aunque los motivos son diferentes. Por lo que respecta a la exención de pena prevista para el particular que accede a la solicitud de la dádiva por parte del funcionario en el delito de cohecho, las condiciones leoninas del propio precepto por lo que se refiere a los requisitos cronológicos puede que hayan frustrado en la realidad su aplicación¹⁵⁸. Por su parte, el art. 434 CP previsto para el delito de malversación, tras la modificación operada por LO 14/2022, de 22 de diciembre, obliga a la atenuación de la pena en uno o dos grados siempre que el culpable hubiera reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público antes del juicio oral o hubiera colaborado activa y eficazmente con las autoridades para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o el esclarecimiento de los hechos, planteándose la aplicación de las atenuantes genéricas en aquellos casos en los que no se cumplan con los requisitos establecidos en el art. 434 CP. La incorporación de estos nuevos requisitos permite aventurar la escasa funcionalidad de la atenuante, sobre todo atendiendo a la exigencia de que la colaboración sea eficaz, ya que puede plantear restricciones en su aplicación respecto de aquellas personas que carecen de la información que se exige y de la existencia de factores externos como el acierto policial.

Efectivamente, desde la perspectiva premial el CP también plantea como posibles opciones la aplicación de la atenuante genérica de confesión (art. 21.4 CP), la reparación del daño (art. 21.5 CP), incluso muy cualificadas y la atenuante analógica (art. 21.7 CP). Con relación a la aplicación de estas atenuantes a los informantes creo que debe exigirse cierta prudencia, sobre todo por lo que respecta a la confesión extemporánea (que no permitiría la aplicación de la atenuante genérica de confesión, dado que esta circunstancia exige que el culpable haya procedido a confesar la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, pero sí la analógica del art. 21.7 CP) y la laxitud con la que los tribunales parecen aplicar esta atenuante, sobre todo en los juicios en donde la sentencia condenatoria se produce por una conformidad. La confesión tardía del informante, dado que es extemporánea, debe tener algún reflejo en la rebaja de la pena pero no por el hecho de que reconozca los hechos, sino que se deberá exigir que el informante lleve a cabo alguna aportación extraordinaria de colaboración con la justicia, por ejemplo la aportación de pruebas o informar acerca de la implicación de otras personas en los hechos¹⁵⁹.

7. Conclusiones finales

Iniciaba este trabajo señalando cuál era la finalidad pretendida. Así, en primer lugar se ha tratado de determinar si la Ley de protección a la persona informante

¹⁵⁸ Así el precepto exige que la denuncia se realice antes de la apertura del procedimiento y en todo caso antes de que hayan transcurrido dos meses desde los hechos.

¹⁵⁹ POZUELO PÉREZ, 2020, p. 20.

otorga un ámbito de protección mayor a la persona que informa respecto de lo establecido en la Directiva. Vinculado con ello, he pretendido aventurar si la regulación española puede contribuir o no a la finalidad perseguida, es decir, la de descubrir y evitar las conductas irregulares especialmente las que tienen lugar en el ámbito público. En segundo lugar, cabe realizar una pequeña reflexión acerca de los posibles riesgos que pueden generarse con la aplicación de esta nueva ley por lo que respecta a los derechos y garantías de la persona afectada.

1. Por lo que se refiere al margen de protección al informante y la eficacia de la ley para favorecer el descubrimiento y persecución de las conductas irregulares se puede concluir lo siguiente. Por lo que respecta al ámbito de aplicación material, la Ley 2/2023 amplía la protección dado que protege al informante que no sólo informa sobre las infracciones del derecho de la Unión Europea, sino también a quien informe sobre acciones u omisiones constitutivas de un delito o de una infracción administrativa grave o muy grave. La aclaración que realiza el legislador indicando que, en todo caso, quedan comprendidas las infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social permite intuir que, quizás, su intención no es la de incluir en el ámbito de protección de la ley cualquier delito. Ya he señalado que, en mi opinión, se debe sostener una interpretación restrictiva, situando el foco en aquellas irregularidades que afecten el correcto funcionamiento de las instituciones pública y privadas. Considero que el hecho de que no se incluya claramente un listado de delitos objeto de protección específica puede generar cierta incertidumbre a la hora de delimitar concretamente cuáles son las informaciones que son protegidas y, consecuentemente, disuadir al hipotético informante por no tener clarificados los casos en los que su revelación encaja dentro del ámbito de protección. La indefinición también es una característica presente en aquellos casos en los que se lleva a cabo una revelación pública. Esta indeterminación puede reducir las posibilidades de que el legislador español vea frustrado el fin que pretende, esto es, la detección de las conductas irregulares.

Claramente la regulación española va más allá de lo recogido en la Directiva al extender la obligación a todas las entidades locales de implementar un sistema interno de información, lo que debe valorarse de manera positiva en la medida en que pueda suponer una restricción u obstáculo para las corruptelas. Lo mismo se puede concluir respecto a la obligación de implementar un sistema interno de información a todos los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, así como a las fundaciones que dependen de los mismos siempre y cuando gestionen fondos públicos. También es positiva la previsión de externalización del sistema interno que prevé la Ley 2/2023, ya que incrementa la confianza de quienes quieren hacer uso del mismo, dada la mayor imparcialidad y objetividad de quien lo gestiona. Si se

desean cumplir los plazos de implantación de los sistemas (relativamente cortos, teniendo en cuenta que el plazo para las entidades de más de 250 trabajadores vence a los 3 meses de la entrada en vigor de la ley, es decir el 13 de junio de 2023) probablemente los sistemas no sean los más idóneos, mientras que si se opta por intentar garantizar la finalidad de protección la Ley quizás ésta se vea frustrada, o al menos muy dilatada en el tiempo, fruto de la imposibilidad fáctica de abordar sus exigencias.

La incorporación de la denuncia anónima supone incluir una medida de protección amplia para el informante que no aparece prevista en la Directiva, aunque atendiendo a la afectación del derecho de defensa de la persona afectada su eficacia debe ser limitada.

La ley española limita con carácter general la protección a un período de dos años, pudiendo ser ampliado el plazo sólo de manera excepcional y siempre y cuando esté justificado. Si el potencial informante es conocedor de que la protección está materialmente limitada ello puede suponer un claro desincentivo para lograr aquello que se pretende, esto es, favorecer la revelación de las conductas irregulares que se producen en el seno de una entidad u organización. Además, el hecho de que como consecuencia de una deficiente técnica legislativa la Ley 2/2023 no aclare (o mejor dicho, genere cierta confusión) acerca de si la difusión o revelación de la información excluye o no la responsabilidad penal constituye, en mi opinión, una limitación importante en la protección de la persona informante. De nada sirve insistir al *insider*, apelando a su loable comportamiento cívico o a su conducta valiente, en que comunique la realización de conductas irregulares, incluso delictivas, en el seno de una entidad y posteriormente inducir a la confusión acerca de la posible exclusión de responsabilidad penal por su revelación. La ponderación del coste-beneficio en la decisión del informante aparecería claramente inclinada hacia un incremento del coste por el riesgo de una posible imposición de la pena frente a la decisión de comunicar o revelar una conducta irregular. Eso no significa que, en todo caso, el informante deba ver excluida su responsabilidad penal, dado que la justificación tendrá que ser excepcional y estar circunscrita a la existencia de unos determinados límites.

Desde el análisis de la eficacia, el establecimiento del programa de clemencia supone, al menos teóricamente, un incentivo para que el informante arrepentido comunique la existencia de conductas irregulares en el seno de la entidad. Sin embargo, la exigencia de sus requisitos puede generar la duda de que en la práctica tenga algún tipo de éxito. Quizás a futuro el legislador debiera también plantearse la posibilidad de extender las medidas de protección previstas para el arrepentido si lo que pretende es favorecer la detección de irregularidades cometidas en la entidad.

2. Abordaré, por último, los posibles riesgos que se ciernen sobre los derechos y garantías de la persona afectada. Ante el riesgo de privatizar una función que corresponde única y exclusivamente a los poderes públicos, como es la de la averiguar y

perseguir el delito, el legislador debe actuar con la máxima cautela, pues utilizar al ciudadano como principal fuente de información puede hacer peligrar todo el sistema de garantías establecido.

La previsión de la ley española respecto de las garantías y derechos que asisten a la persona afectada es ciertamente lacónica, lo que sin duda generará numerosos problemas en la práctica. Por lo que respecta al procedimiento establecido en el canal externo de comunicación creo que la ley debería incorporar expresamente que el derecho a ser oída que asiste a la persona afectada se va a materializar realmente en la práctica.

Como he señalado, hasta ahora la jurisprudencia ha considerado que en curso del proceso penal dirigido contra una persona jurídica no puede requerirse la aportación de documentos cuya existencia dependa de la exclusiva voluntad de la persona afectada. La obligación de crear un libro registro en las entidades plantea un escenario distinto respecto a la aportación obligatoria de la documental y podría generar ciertas dudas acerca de si con ello se vulnera el derecho de defensa y de no autoincriminarse de la persona jurídica.

La Ley 2/2023 no prevé cuál debe ser el estatus del informante confidencial en el proceso penal. Dado que se plantean problemas tanto en su participación como testigo o como testigo protegido, parece razonable la creación de un estatus jurídico procesal específico. Sin embargo, en aras del mantenimiento del derecho de defensa de la persona afectada, creo que excepcionalmente se debe admitir que la identidad del informante sea revelada.

Finalmente, creo que la denuncia anónima, admitida en la Ley de protección a la persona informante, no puede ser tenida en cuenta como prueba de cargo suficiente ni motivar la adopción de medidas cautelares limitativas de derecho. Las informaciones comunicadas a través de una denuncia anónima han de ser objeto de una investigación ulterior y posteriormente corroboradas en el ámbito del proceso penal a través de otros medios de prueba.

Bibliografía citada

- AGUILERA GORDILLO, R. (2022), “Sistema interno de información”: La próxima “gran” obligación para toda persona jurídica o física con más de 49 trabajadores. Análisis de las ventajas, aspectos jurídico-penales, efectos sobre el sistema de *compliance* y otros puntos relevantes del Anteproyecto de ley de protección al informante”, *Compliance Advisory LAB*, n. 7, pp.1-26.
- BACHMAIER WINTER, L. (2019), “Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de las personas que reporten infracciones en el Derecho de la Unión”, *Diario La Ley*, n. 9539, pp. 1-8.
- BARBER BURUSCO, S. (2021), “La protección del alertador y los derechos de las “personas afectadas” en el ámbito penal”, en Molina Álvarez/Alemán Aróstegui (coords.); López López/ Olai-zola Nogales/ Sierra Hernáiz (dirs.): *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*, Pamplona, pp. 53-80.

- CGPJ (2022), *Informe sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone 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 derecho de la Unión*, pp. 1-120.
- DELGADO MARTÍN, J. (2022), “Reflexiones sobre el papel de los alertadores (whistleblowers) en el proceso penal”, *Diario La Ley*, n. 9992, pp. 1-12.
- DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, M. (2021), “Presentación”, en Molina Álvarez/Alemán Aróstegui (coords.); López López/ Olaizola Nogales/ Sierra Hernáiz (dirs.): *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*, Pamplona, pp. 21-24.
- ECHEVERRÍA BERCIARTUA, E. (2019), “Whistleblowing o canales de denuncia: la garganta profunda de las empresas”, *Diario La Ley*, n. 9342, pp. 1-20.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.C. (2021), “Cultura de la legalidad y deflación del proceso penal en delitos de cuello blanco: Un fenómeno criminológico” en Roca Martínez (dir.), *Un modelo de justicia para el s. XXI: Justicia alternativa, justicia negociada y justicia informal*, Valencia, pp. 79-113.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C. (2021), “Nuevos actores en el panorama penal: compliance officers, whistleblowers, gatekeepers” en Abel Souto/Brage Camazano/ Guinarte Cabada/ Martínez-Buján Pérez/ Vázquez-Portomeñe Seijas (coords.), *Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Valencia, 2021, pp. 535-552.
- FOFFANI, L.; MESSORI, L. (2021), “La Directiva (UE) 2019/1937 desde la perspectiva del derecho penal italiano”, en Molina Álvarez/Alemán Aróstegui (coords.); López López/ Olaizola Nogales/ Sierra Hernáiz (dirs.): *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*, Pamplona, pp. 179-190.
- FRANCÉS LECUMBERRI, P. (2021), “La prevención de la falsedad de las cuentas públicas (arts. 433 bis CP9 y las disposiciones de la Directiva 2019/1937. Muchos límites y algunas oportunidades”, en Molina Álvarez/Alemán Aróstegui (coords.); López López/ Olaizola Nogales/ Sierra Hernáiz (dirs.): *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*, Pamplona, pp.119-160.
- GARCÍA MORENO, B. (2020), *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Valencia.
- GARCÍA MORENO, B (2021), “Las recompensas económicas al alertador ("whistleblower"). ¿Límite infranqueable o justa contraprestación?”, en De Vicente Martínez/ Gómez Iniesta/ Martín López/ Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín (coords): *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista*, Vol. 1, Madrid, pp. 249-260.
- GARCÍA MORENO, B. (2022a), “La figura del whistleblower”, en Gimeno Beviá/ López Donaire (dirs.): *La directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, Valencia, pp. 29-52.
- GARCÍA MORENO, B. (2022b), “Marco normativo del whistleblowing”, en Gimeno Beviá/ López Donaire (dirs.): *La directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, Valencia, pp. 53-70.
- GARCÍA RODRÍGUEZ-MARÍN, A. (2022), “La futura ley de protección de denunciantes: Una oportunidad para luchar contra la corrupción en España”, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n. 23, pp. 195-206.
- GIMENO BEVIÁ, J. (2021), “Whistleblowing y proceso penal: una lectura desde las garantías procesales”, en Molina Álvarez/Alemán Aróstegui (coords.); López López/ Olaizola Nogales/ Sierra Hernáiz (dirs.): *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*, Pamplona, pp. 161-178.

- GIMENO BEVIÁ, J. (2022), “Protección del denunciante y garantías procesales”, en Gimeno Beviá/ López Donaire (dirs.): *La directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, Valencia, pp. 337-354.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. (2022), “Las normas UNE-ISO y su referencia a los canales de denuncia”, en Gimeno Beviá/ López Donaire (dirs.): *La directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, Valencia, pp. 71-100.
- JERICÓ OJER, L. (2021), “Responsabilidad penal por la obtención y revelación de información confidencial: garantías que establece la directiva 2019/1937 para los alertadores y las decisiones jurisprudenciales españolas al respecto”, en Molina Álvarez/Alemán Aróstegui (coords.); López López/ Olaizola Nogales/ Sierra Hernáiz (dirs.): *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*, Pamplona, pp. 81-117.
- LEITE, A. (2021), “Whistleblowing y derecho penal: observaciones sobre la responsabilidad penal del alertador ante la Directiva 2019/137 de la Unión Europea”, en Molina Álvarez/Alemán Aróstegui (coords.); López López/ Olaizola Nogales/ Sierra Hernáiz (dirs.): *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*, Pamplona, pp. 191-201.
- LLEDÓ BENITO, I. (2020), “La protección del informante (whistleblower) en los delitos de corrupción política”, en Morillas Cueva (dir.): *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Madrid, pp. 417-452.
- NEUPAVERT ALZOLA, M. (2021), “El whistleblower como mecanismo de prevención de la delincuencia: tratamiento jurídico y perspectivas de futuro”, en Casado Patricio/ Izco Rincón/ Páez Mérida (eds. lit.): *Forjando nuevos caminos: investigaciones noveles en criminología*, Valencia, pp. 229-239.
- NIETO MARTÍN, A. (2016), “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, en Corcoy Bidasolo/ Gómez Martín (eds.): *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*, Madrid, pp. 3-39.
- MARTÍNEZ CANTÓN, S. (2020), “La incidencia de la Directiva “whistleblowing” en el ámbito penal”, en De Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón, /Olaizola Nogales/ Trapero Barreales/Roso Cañadillas/ Lombana Villalba (dirs.): *Libro Homenaje al profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Volumen II, Reus, pp. 2099-2119.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, D./ABRIL MARTÍNEZ, J./ RODRÍGUEZ CELADA, E./ REYES RICO, L.I. (2019), “La protección del whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del Derecho laboral, público, penal y de protección de datos”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 53, pp. 24-68.
- MORALES HERNÁNDEZ, M.A. (2022), “Propuesta de «criminal compliance» para partidos políticos españoles: su adaptación al artículo 31 bis.5 del Código Penal”, *RECPC*, n. 24-22, pp. 1-47.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (2021), “La protección de los denunciantes: algunas carencias de la directiva (UE) 2019/1937”, en Molina Álvarez/Alemán Aróstegui (coords.); López López/ Olaizola Nogales/ Sierra Hernáiz (dirs.): *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*, Pamplona, pp. 27-51.
- ORTIZ PRADILLO, J.C. (2015), “El difícil encaje del delator en el proceso penal español (1)”, *Diario la Ley*, n. 8560, pp. 1-30.
- ORTIZ PRADILLO, J.C. (2020), “La recepción de la cultura del “compliance” y del “whistleblowing” en España”, *Consinter*, n. XI, pp. 1-27.
- POZUELO PÉREZ, L. (2020), “La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia”, *RECPC*, n. 22-17, pp. 1-28.

- RAGUÉS I VALLÉS, R. (2006), “¿Héroes o traidores?”, *Indret*, n.3, pp. 1-19.
- RAGUÉS I VALLÉS, R. (2013), *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*, Madrid.
- RAGUÉS I VALLÉS, R. (2017), “¿Es necesario un estatuto para los denunciantes de la corrupción?”, *Diario La Ley*, n. 9003, pp. 1-9.
- RAGUÉS I VALLÉS, R. (2020), “El tratamiento jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva 2019/1937”, *La Ley compliance penal*, n.1, pp. 1-22.
- RAGUÉS I VALLÉS, R./BELMONTE PARRA, M. (2021), “El incentivo de las denuncias como instrumento de prevención y persecución penal: presente y futuro del whistleblowing en Chile”, *Política Criminal*, n. 31, pp. 1-29.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (2006), “La protección de los whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales”, en Arroyo Zapatero/Nieto Martín (coords.): *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca, pp. 447-484.
- RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C. (2019), “La protección de los informantes-whistleblowers-y las garantías de los investigados. Análisis de la propuesta de Directiva de la Unión Europea y en España de la proposición de Ley Integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes”, *Revista de Estudios Europeos*, n.1, pp. 225-245.
- SÁEZ HIDALGO, I. (2022), “La protección de los denunciantes (“informantes”) entra en escena”, *AJA*, n. 983, pp. 1-4.
- SÁEZ LARA, C. (2018), “Libertad de expresión de los trabajadores, tutela internacional y la protección en España de los whistleblowers”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 145, pp. 243-280.
- SÁNCHEZ-MORENO GÓMEZ, J.L (2022), “Canal de Denuncias, Ético o Whistleblowing Management Systems. Aproximación al anteproyecto legislativo”, *Diario La Ley*, n. 10044, pp. 1-6.
- SÁNCHEZ OSTIZ, P. (2020), “Punibilidad y teoría del delito. Propuesta de sistematización de los supuestos de no punibilidad”, en Sánchez Ostiz (dir): *A vueltas con la Parte Especial (Estudios de Derecho penal)*, Barcelona, pp. 123-149.
- SIMÓN CASTELLANO, P. (2022), “La inmunidad penal como recompensa a los denunciantes. Allende un nuevo factor subjetivo-formal de punibilidad”, *RECPC*, n. 24-14, pp. 1-32.