

ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY 2/2023 DE PROTECCIÓN AL INFORMANTE: ALGUNAS CUESTIONES SIN RESOLVER TRAS UN AÑO DE SU ENTRADA EN VIGOR

¹PROCEDURAL ASPECTS OF LAW 2/2023 ON THE PROTECTION OF WHISTLEBLOWERS: SOME UNRESOLVED ISSUES ONE YEAR AFTER ITS ENTRY INTO FORCE

JORDI GIMENO BEVIÁ
Prof. Titular Derecho Procesal UNED
Fecha de recepción: 2 de enero 2024
Fecha de aceptación: 7 febrero 2024

SUMARIO: 1. Introducción: el proceso penal como límite a la protección del informante 2. Reserva de identidad del alertador vs derecho de defensa 3. Problemas que plantea la generalización y admisión de informaciones anónimas 4. La controvertida obligación de autodenunciarse vs el derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica 5. Conclusión 6. Bibliografía

RESUMEN:

¹ El presente trabajo supone una revisión y actualización de GIMENO BEVIÁ, J. “El derecho de defensa en la Ley 2/2023 de protección al informante: la otra cara de la moneda”, Revista APDPUE nº8, 2023. Asimismo, se enmarca como resultado de dos proyectos de investigación: “Empresa y Proceso. Investigación y Cooperación” (IPs. Verónica López Yagües y José María Asencio Mellado). Ministerio de Ciencia e Innovación, con Ref. PID2020-119878GB-I00. Y el Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, titulado “Ejes de la Justicia en tiempos de cambio” (IP. Sonia Calaza López), del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2020-113083GB-I00.

La aprobación de la Ley 2/2023 trajo consigo determinadas obligaciones para las empresas y administraciones que deben procurar la protección de aquellos que informen sobre infracciones normativas (los popularmente conocidos como alertadores o *whistleblowers*). Sin embargo, la eficacia de algunas medidas planteadas queda limitada cuando la información reportada deriva en un proceso penal y compromete, las garantías procesales. El trabajo analiza la Ley 2/2023 desde la protección al informante pero, a su vez, defendiendo que las necesarias medidas de protección no pueden traspasar los límites y garantías constitucionales del proceso penal.

PALABRAS CLAVE:

protección al informante, derecho de defensa, persona jurídica, proceso penal

ABSTRACT:

The approval of Law 2/2023 brought with it certain obligations for companies and public administrations that must seek the protection of those who report regulatory infractions (popularly known as whistleblowers). However, the effectiveness of some proposed measures is limited when the information reported leads to criminal proceedings and compromises, procedural rights. This article analyzes Law 2/2023 from the protection of the informant defending that the necessary protection measures cannot exceed the limits and constitutional guarantees of the criminal procedure.

KEYWORDS:

Whistleblower protection, right to defense, corporation, criminal procedure

1. INTRODUCCIÓN: EL PROCESO PENAL COMO LÍMITE A LA PROTECCIÓN DEL INFORMANTE

Hace prácticamente un año, el 20 de febrero de 2023 se aprobó, por fin, la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. En líneas generales, la nueva ley ha sido bien acogida por la doctrina científica e incluso con cierto entusiasmo por parte de determinados actores del sector público y privado, principalmente aquellas entidades dedicadas al cumplimiento normativo (*compliance*) que, todo sea dicho, encuentran en la obligación arriba referida un interesante nicho de mercado. Y es cierto, dejando a un lado lo comercial, que la nueva ley cuenta con innegables beneficios en la promoción de una cultura ética, del cumplimiento normativo y, principalmente, en la protección de los denunciantes. En efecto, la protección a quien, de buena fe, cumple, no ya con los códigos éticos de su empresa -si los tuviere- sino con la sociedad, denunciando conductas que pueden resultar incluso delictivas, deviene absolutamente necesaria, y más teniendo presente las represalias laborales a las que, por

desgracia, tradicionalmente se han enfrentado y todavía padecen. De ahí que este loable objetivo, primero de la Directiva y luego de la Ley 2/2023, merece una valoración altamente positiva.

Ahora bien, del referido objetivo se proyecta o subyace otro, seguramente más controvertido, cual es la búsqueda de información a través de la colaboración ciudadana y de la que deriva el fomento de la denuncia. Así, la exposición de motivos de la Ley 2/2023 da comienzo con esta frase: “*La colaboración ciudadana resulta indispensable para la eficacia del Derecho*”. Y si bien es cierto, como prosigue la exposición, que en España el ciudadano impulsa entre otras y en no pocas ocasiones investigaciones urbanísticas o medioambientales, y en el Derecho de la UE también existen mecanismos e instrumentos para facilitar información a organismos reguladores -p.ej. Derecho de la competencia-; no lo es menos que la presente normativa de protección al denunciante viene influenciada por textos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción celebrada en Nueva York en el año 2003 y ratificada por España, cuyo art. 33 ya contempla que los Estados protejan a los denunciantes de buena fe. No es aventurado afirmar, así las cosas, que la protección al denunciante y la implementación de canales para la búsqueda de la información no provenga directamente o haya sido una idea original de la UE sino, principalmente -como acontece con otros extremos de *compliance*- de los Estados Unidos, donde la figura del *whistleblower* es popularmente conocida.

A decir verdad, en los EE. UU ha resultado todavía más indispensable que en la UE tanto incentivar la denuncia como proteger al denunciante Y ello con base principalmente en dos argumentos, como expone BACHMAIER WINTER, derivados del diferente contexto España/UE-EE. UU. Contexto que, como veremos, no es para nada una cuestión baladí, aunque pase desapercibida en los numerosos estudios sobre la materia².

De un lado, mientras que en lo referente a la justicia penal nuestra decimonónica LECrim contempla la obligación de denunciar en el desfasado art. 259 -desfasado, porque la multa que jamás se aplica está todavía en pesetas-; en países generalmente de *common law* tal obligación no existe y se les incentiva a que colaboren con la administración -p.ej. mediante asociaciones de vigilancia o “*crime stoppers*” -. Por consiguiente, y dejando a un lado los ilustrativos carteles de “se busca vivo o muerto” propios del Lejano Oeste, los Estados Unidos y otros países de cultura anglosajona han incentivado la búsqueda de la información ante

² Véase la explicación de BACHMAIER WINTER, L. en su enriquecedora participación en los Debates Jurídicos de la UNED, concretamente en “La nueva ley de protección a los denunciantes (ley whistleblowing): una lectura desde el sector público, privado y derecho comparado” celebrado el 23 de marzo de 2023 y accesible a través del siguiente enlace <https://canal.uned.es/video/641d71f33056d5775154da82> (último acceso 26/6/23)

la inexistencia de una obligación de denunciar que, todo sea dicho, tampoco es tan eficaz en el Derecho continental. De otro lado, la protección al denunciante en los EE. UU ha constituido una imperiosa necesidad ante una desprotección total de los trabajadores. Allí el despido es todavía mucho más sencillo que en España u otros países de la UE pues el despido sin causa está generalizado. No obstante lo anterior, se van abriendo camino -no sin dificultades- algunas excepciones y no se puede despedir por motivos discriminatorios (raza, sexo, religión), por pertenencia a un sindicato ni, afortunadamente, por reportar malas prácticas en las organizaciones (*whistleblowing*).

Conviene, por tanto, tener muy presente el contexto que ha influido tanto en la Directiva 2019/1937 como en la propia Ley 2/2023. Aunque existan similitudes sociales e incluso, en algún punto, culturales con los EE. UU., también encontramos importantes diferencias que pueden confrontar con nuestra tradición jurídica y, en lo que respecta al objeto del presente trabajo y en último término, nuestro sistema de justicia penal. Cabe recordar que el proceso penal adversarial norteamericano dista de asemejarse a nuestro proceso penal en tanto, si bien consagra un modelo acusatorio, el ejercicio de la acción penal se guía por principios diferentes.

Así pues, mientras que en Estados Unidos, el Fiscal, con base en el principio de oportunidad, decide en atención a una serie de parámetros sobre el ejercicio de la acusación, en España, sin embargo, impera el principio de legalidad que no se complementa con el principio de oportunidad -en contra de lo pretendido por los Anteproyectos de LECrim de 2011 y 2020 y la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013- por lo que, la única manifestación de este principio la podemos encontrar en la conformidad³ y, a diferencia de lo que acontece en la justicia norteamericana, la fase de prueba es trascendental en nuestra justicia penal.

Ello tiene mucha importancia habida cuenta en los Estados Unidos la prueba en muchos casos no es practicada en juicio y, sus fuentes, con independencia de su procedencia -e incluso licitud- despliegan sus efectos para la consecución de un acuerdo entre la acusación y las defensas que, sobre todo en lo que a justicia corporativa se refiere, pretenden evitar el proceso y su presumible estigma público (*stigma of prosecution*).

Todo ello supone que las “alertas” recibidas en EE. UU. a través de los canales de denuncia, ya sean públicos o privados, confidenciales o anónimas e incluso

³ Así lo destaca GIMENO SENDRA quien considera que la conformidad se realiza en el ejercicio del principio “puro” de oportunidad GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pág. 771. Asimismo, también encontramos otra manifestación del principio de oportunidad en el art. 963 de la LECrim, introducido a través de la LO 1/2015 para los delitos leves.

recompensados⁴, puedan surtir efectos porque la información que contengan operará fuera del proceso penal, instrumento que, como se ha expuesto, parece resultar estigmatizante -y no una garantía, como debiera concebirse- para las defensas. En nuestro país, sin embargo, el proceso penal recoge una serie de derechos y garantías, principalmente en términos de tutela judicial efectiva y derecho de defensa, que impiden que cualquier información pueda surtir efectos en el proceso y tanto la propia denuncia como las pruebas deben cumplir determinados presupuestos para ser consideradas prueba de cargo y enervar la presunción de inocencia del investigado.

Por tanto, la información obtenida a través de los canales en EE. UU, UE/España tienen un recorrido procesal diferente que se traduce en un alcance distinto o una diferente eficacia de las medidas de protección planteadas, actuando el proceso penal, *de facto*, como límite a la protección del alertador establecida en la Ley 2/2023.

Por último, es importante tener presente que *la Ley 2/2023 no ha llevado aparejada ninguna reforma penal sustantiva ni, en lo que aquí interesa, procesal*. Seguidamente expondremos algunos de los retos o problemas que la Ley 2/2023 plantea a la justicia penal, partiendo del complejo encaje del alertador en el proceso hacia la incidencia que las medidas de protección planteadas puedan tener en el derecho de defensa de la persona denunciada o, siguiendo la terminología de la propia ley, la persona afectada por la información.

2. RESERVA DE IDENTIDAD DEL ALERTADOR VS DERECHO DE DEFENSA

Como puede advertirse tanto en el propio título como en el art. 1, la protección del alertador constituye el *motto* o *leitmotiv* de la Ley 2/2023. Por ende, uno de los principales objetivos es que su identidad quede protegida o no trascienda para evitar que pueda sufrir represalias por parte del empleador. Para lograr dicho objetivo, mientras que la Directiva 2019/1937 consideraba, en su art. 16.1, la confidencialidad o que no se revelase la identidad del alertador como un deber de los Estados miembros, la Ley 2/2023 lo configura, directamente, como un derecho en su art. 33.1 *“Quien presente una comunicación o lleve a cabo una revelación pública tiene derecho a que su identidad no sea revelada a terceras personas”*.

Pero este derecho no puede ser configurado como absoluto ya que el art. 16.2 de la Directiva referida y el art. 33.3 de la Ley, contemplan una excepción clara:

⁴ Sobre las denuncias recompensadas -con especial referencia a la figura de Bradley Birkenfeld- y la conversión del alertador en un cazarrecompensas puede verse GIMENO BEVIA, J. “De Falciani a Birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistleblower vs bounty hunter)”, *Diario La Ley* nº9139, 2018

la identidad podrá ser revelada a la Autoridad judicial, al Ministerio Fiscal o a la autoridad administrativa competente en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora. Y es que, como reza la exposición de motivos en su párrafo III, esta excepción tiene virtualidad en muchas ocasiones cuando el juzgador argumenta la necesidad de conocer la identidad del denunciante con la finalidad de garantizar el derecho de defensa del denunciado. Por ello, no existe, en puridad, un derecho a que no se revele la identidad a terceras personas sino, más al contrario, a que la defensa pueda identificar la procedencia de la denuncia.

Cabe plantearse si, este derecho en su anverso, esto es, desde la defensa, también debiera o pudiera ser matizado, a los fines de asegurar la confidencialidad en la identidad del alertador. A este respecto, huelga decir que la defensa no tiene un derecho ilimitado al acceso a la información que conforma la investigación penal. Así lo recuerda la relevante e interesante STS 312/2021 de 13 de abril que, si bien se refiere a la investigación preprocesal o policial previa, entre otras conclusiones, establece que:

- “- Las partes personadas, y en particular los encausados, tienen derecho a conocer el contenido íntegro de las actuaciones procesales, sin más excepción que la derivada de su declaración de secreto (art. 302 LECrim)*
- El derecho de las partes a conocer y examinar las actuaciones procesales, plasmado en los artículos 118, 627, 780.1 y 784.1 de la LECrim no faculta conocer la investigación preprocesal que no se haya reflejado en las actuaciones.*
- Excepcionalmente, cuando se presenten indicios fundados de concurrir circunstancias que comprometen la validez de la prueba o que razonablemente pueden condicionar su credibilidad o su capacidad indicativa, afectando con ello al derecho de defensa de las pretensiones de las partes, estas pueden solicitar de la Autoridad Judicial competente que incorpore, únicamente, los extremos concretos de la investigación prejudicial que reflejen tales condicionantes.*
- En esos supuestos, la Autoridad judicial realiza un doble análisis de la pertinencia y necesidad de la indagación peticionada (arts. 311, 659, 785 y 786.2 LECrim)”*

Si extrapolásemos estos argumentos, principalmente el último, a la aplicación de la Ley 2/2023, podríamos entender, como solución, que fuese el Juez, caso por caso, quien decidiera en qué supuestos no es relevante conocer la identidad del alertador para el ejercicio del derecho de defensa. Ello no ha sido apuntado por la Ley 2/2023 pero sí por la Directiva 2019/1937 que considera en su art. 16.2 como excepción al deber de confidencialidad la revelación en el seno

de un procedimiento judicial cuando constituya una obligación “*necesaria y proporcionada*” para salvaguardar el derecho de defensa de la persona afectada. Por consiguiente, debiera el juez valorar en qué casos es necesario y proporcionado la revelación de la identidad del alertador lo que, a buen seguro, generará incertidumbre en el informante que declinará realizar cualquier denuncia ante la más que probable revelación de su identidad.

Quizá la solución estribe en una interpretación tanto de la Directiva como de la propia Ley 2/2023 acorde a los parámetros establecidos en la jurisprudencia del TEDH en materia de protección de testigos, esto es, que no haga falta revelar la identidad del alertador cuando su declaración no se erija en la única prueba ni cuando la denuncia deba practicarse como prueba testimonial. En definitiva, que la alerta o denuncia no sea la prueba determinante o la única que determine la quiebra de la presunción de inocencia⁵. Pero más allá de esta interesante opción, entendemos que dejar al albur del instructor la decisión sobre la revelación de la identidad del alertador no resulta deseable ni parece recomendable en términos de seguridad jurídica, sino que debiera producirse una reforma en la legislación procesal penal para determinar la procedencia de dicha revelación⁶. Así lo intenta el Anteproyecto de LECrim de 2020 en su art. 528.6, que hace especial referencia a las denuncias realizadas a través de los canales internos, indicando que “*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.*” Decimos que el ALECrím “lo intenta” porque su redacción contempla una protección más aparente que efectiva en tanto, si en el marco del proceso se solicita su revelación, la excepción final del artículo parece habilitar dicha situación.

Y es que una regulación que garantice la no revelación de la identidad del alertador no es fácil. Incluso la obsoleta LO 19/1994 de 23 de diciembre de protección de testigos, con un ámbito de protección aún más necesario y urgente –peligro grave para la persona, libertad, familiares, ... (art.2)- establece

⁵ Para profundizar sobre ello, BACHMAIER WINTER, L. *Debates Jurídicos*, op.cit. Entre otras sentencias, véase SSTEDH Doorson contra Países Bajos, de 26 de marzo de 1996, Visser contra Holanda, de 14 de febrero de 2002

⁶ Sin embargo, ello no ha acontecido ni tras la Ley 2/2023 ni de forma simultánea, cerrando las esperanzas de expertos en la materia como FORTUNY CENDRA quien, con anterioridad a la transposición, decía que queda por ver si la confidencialidad se aplicará a nivel jurisdiccional. Es decir, si la transposición supondrá la modificación de leyes procesales que protejan debidamente la identidad del alertador dentro de un proceso judicial, evitando que en sede judicial pueda llegar a ser conocida la identidad de este.” En FORTUNY CENDRA, M. “¿Quién le pone el cascabel al gato? Incógnitas de la transposición de la Directiva Whistleblowing”. Disponible en el siguiente enlace <https://fortunylegal.com/incognitas-de-la-transposicion-de-la-directiva-whistleblowing/> (último acceso 26/12/23)

en su art. 4.3 la obligación al juez –“*deberá facilitar*”– de revelar la identidad del testigo protegido si las partes, motivadamente, lo solicitasen.

Por todo ello, como se puede apreciar, el equilibrio entre el derecho de la defensa a conocer la procedencia de la acusación y el del alertador a no ver revelada su identidad, resulta difícil de alcanzar. No obstante lo anterior, sería conveniente establecer un verdadero estatus procesal del informante en el proceso penal pues, como doctrinalmente se ha apuntado en estos años, no goza de un correcto encaje con las figuras procesales existentes⁷. Y, de *lege ferenda*, que esa regulación estableciera reglas claras para una pacífica coexistencia de ambos derechos.

3. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA GENERALIZACIÓN Y ADMISIÓN DE INFORMACIONES ANÓNIMAS

El título III de la exposición de motivos de la Ley 2/2023 dedica una parte considerable a justificar la opción de política legislativa escogida, con base en los modelos comparados internacionales y europeos, que apuesta por la regulación de las informaciones anónimas y la protección a la persona que las comunica. Así pues, tras realizar un recorrido por distintos instrumentos internacionales –p.ej. CNUNCC 2003–, comunitarios –p.ej. en el ámbito de la lucha contra los cárteles–, nacionales –LOPD, LO 12/2007 del régimen disciplinario de la Guardia Civil–, e incluso autonómicos –la regulación de agencias tales como la AVAF, OAC, ...–, concluye afirmando, sin ambages, que “*No hay mejor forma de proteger al que informa que garantizando su anonimato*”.

En efecto, *la Ley 2/2023 no es que contemple “incluso” la presentación y tramitación de comunicaciones anónimas, tanto en los canales internos (art.7) como externo de la Autoridad Independiente de Protección al Informante (en adelante, A.A.I), (art.17), sino que considera abiertamente el anonimato como la mejor medida de protección.*

Pero cabe advertir que esta promoción del anonimato como la más efectiva medida de protección choca con la senda iniciada tras la aprobación de la Constitución en el año 1978 que reducía en las distintas legislaciones el protagonismo del anonimato –muy presente en la dictadura franquista– en pos de la revelación de la identidad del denunciante, principalmente para el ejercicio del derecho de acción. Ello porque el conocimiento de la identidad o del origen de la denuncia o querrela se ha considerado como una garantía vinculada al

⁷ Vid. entre otros., GARCIA-MORENO DE LA GALANA, B *Del Whistleblower al Alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020. También el excelente trabajo de BACHMAIER WINTER, L. y MARTÍNEZ SANTOS, A. “El régimen jurídico- procesal del whistleblower. La influencia del Derecho europeo” en *Tratado de compliance penal* (GÓMEZ COLOMER, J.L.Dir.). Tirant lo Blanch, 2019.

derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del derecho de defensa⁸. Este enfoque, prudente, es el que acontece respecto al tratamiento de la denuncia anónima en la justicia penal. En primer lugar, tanto la Fiscalía como el Tribunal Supremo alejan la información obtenida anónimamente del concepto estricto de denuncia y lo circunscriben al ámbito de la *notitia criminis* donde encuentra un mejor acomodo. Por otro lado, el Tribunal Supremo, aunque entiende que la LECrim exige la identificación del denunciante, avala las denuncias anónimas confrontando el 266 y 267 con el art. 308 que, ante la existencia de un delito, obligan a los Jueces instructores a que practiquen las primeras diligencias de investigación⁹. Por consiguiente, la denuncia anónima está admitida habitualmente en la práctica forense, pero tanto la policía, fiscalía y, principalmente, el órgano judicial, deben actuar con suma prudencia habida cuenta los derechos fundamentales pueden verse afectados. Como reza jurisprudencia del TS “un sistema que rindiera culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentado la negativa erosión, no sólo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle.”¹⁰

En el entorno corporativo, la STS 272/2020 de 6 de febrero, abre la puerta a la admisión de la denuncia anónima a través de los canales de denuncia o *whistleblowing* de los modelos de organización (*compliance*). Más allá del interesante *excursus* sobre las bondades y necesidad de los canales de denuncias -que compartimos-, en el presente caso la información anónima queda “convalidada” en tanto considerada como “*notitia criminis*” que sirvió de base para posteriores pesquisas que desembocaron en el descubrimiento de las acciones delictivas. No debiera realizarse, sin embargo, una lectura expansiva de la admisión de la información anónima como denuncia, sino, en consonancia con la previa jurisprudencia del TS, como fuente para realizar una investigación que contraste su veracidad¹¹.

⁸ Y no solo en sede jurisdiccional se ha considerado pertinente conocer la procedencia de la denuncia, sino, hasta no hace tanto tiempo, la propia Agencia de Protección de Datos en su informe 2007-128 apostaba porque las empresas establecieran únicamente canales confidenciales y que las denuncias anónimas sólo pudieran admitirse excepcionalmente. No las prohibía, por tanto, pero tampoco las fomentaba o promocionaba.

⁹ Así lo resume -y coincidimos- RUBIO EIRE, J.V. “La posible inviabilidad de una denuncia anónima o fundada en fuentes no verificables como elemento precursor de una investigación penal”, *Tribuna Francis Lefevbre*, 5 de mayo de 2013. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional advierte que, cuando la investigación se inicia por fuentes anónimas, se hace necesario comprobar su veracidad “por medios menos dudosos” para que se puedan llevar a cabo diligencias que puedan restringir derechos fundamentales (STC 184/2003 de 23 de octubre).

¹⁰ STS 318/2013 de 11 de abril

¹¹ Tras el análisis de la sentencia referida, resulta recomendable la lectura del artículo escrito por el mismo autor, MAGRO SERVET, V. “¿Por qué es recomendable un canal de denuncias interno en la empresa?” en *Diario La Ley* nº 9586, 4 de marzo 2020. Defiende el autor, en línea con la sentencia que (Las denuncias anónimas) “No son técnicamente una denuncia, pues esta requiere que se haga constar la identidad del denunciante, como exige el art. 268 LECrim, pero puede ser un medio de recepción de la «notitia criminis» que dé lugar a que la policía

Pero más allá del enfoque prudente que existe en la justicia penal, el auge del cumplimiento normativo (*compliance*) y su traslación hacia el sector público (*public compliance*) nos ha llevado a una aceptación generalizada de la recepción de información anónima no sólo en los canales de denuncia de las empresas sino también en los que, adelantándose a la obligatoriedad establecida en la Ley 2/2023, incorporaron determinados organismos públicos. Cabe destacar, en este sentido, que en las últimas décadas han surgido Oficinas y Agencias Antifraude, organismos de reciente cuño de carácter autonómico y/o local cuya labor principal, entre otras, radica en la prevención y lucha contra la corrupción en el sector público¹².

En relación con la recepción de las denuncias, estas Oficinas o Agencias Antifraude, hacen una llamada a la colaboración ciudadana, tanto confidencial como anónima, frente a la lucha contra la corrupción. En consonancia con los canales empresariales, -sin ánimo de exhaustividad- Oficinas como la Antifrau Catalana o la Agencia Valenciana Antifraude ya vienen aceptando y dando trámite a este tipo de comunicaciones, además de que disponen de una plataforma de denuncias anónimas en la que pueden describir la información e incluso adjuntar documentación. Por otro lado, y en palabras de una de las creadoras de la aplicación, los buzones anónimos están configurados para ocultar la trazabilidad de la denuncia¹³.

A nivel nacional, la Ley 2/2023 prevé la creación de la Autoridad Independiente de Protección al Informante (A.A.I)¹⁴ y, en el art. 16, regula las comunicaciones que se realicen a través del canal externo tanto a esta entidad como a las autoridades u organismos autonómicos, dejando meridianamente claro, en el siguiente artículo (art. 17), que la información puede ser remitida de forma anónima.

Así las cosas, cuando la denuncia reviste caracteres de delito, será comunicada

compruebe la realidad de la misma.”

12 La pionera fue la Oficina Antifraude de Cataluña, en el año 2008 y pero también cuentan con entidades similares la Comunidad Valenciana, Baleares, Andalucía,Para una información más detallada acerca de las referidas Agencias y como debieran configurarse, vid. por todos, PONCE SOLE, J. “Las agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación de la calidad de su diseño normativo” en Revista Internacional Transparencia e Integridad n°3 enero-abril 2017

13 Vid. la noticia publicada en <https://valenciaplaza.com/los-valencianos-ya-cuentan-con-un-buzon-anonimo-para-denunciar-casos-de-corrupcion> (último acceso 26/12/23)

14 Como indican AYALA DE LA TORRE y BUENO SÁNCHEZ, la A.A.I tiene un ámbito competencial propio que la diferencia de las oficinas o agencias ya surgidas que de forma sectorial o general actúan en sus respectivas autonomías. En AYALA DE LA TORRE J.M. y BUENO SÁNCHEZ, J.M La protección al informante en el Derecho español, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pág. 176.

inmediatamente a la Fiscalía (art. 18 c) o, posteriormente, si dicha apreciación acontece tras la instrucción de la A.A.I, u Autoridad autonómica competente (art. 20 b). También, lógicamente, deberán remitir las denuncias anónimas con el contenido adjunto. Estas Autoridades Independientes, se erigen, por tanto, en una suerte de filtro de denuncias que, en no pocos casos, tendrán trascendencia penal¹⁵. Ahora bien, el tratamiento de la denuncia anónima recabada por la A.A.I, Oficina o Agencia autonómica y su tránsito hacia la justicia penal plantea algunos problemas respecto a las garantías del denunciado o persona afectada por la información.

Principalmente, cabe plantearse la licitud de la información obtenida, habida cuenta el anonimato de la fuente y el limitado poder de inspección de estas autoridades administrativas, ésta pudiera haber sido obtenida de forma delictiva, lo que la haría nula en un futuro proceso penal¹⁶. Sobre ello, la Ley 2/2023, advierte en su art. 18.2. 3º que la comunicación será inadmitida *“Cuando la comunicación carezca manifiestamente de fundamento o existan, a juicio de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., indicios racionales de haberse obtenido mediante la comisión de un delito. En este último caso, además de la inadmisión, se remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito”*. Pero esta redacción plantea dos problemas. En primer lugar, la remisión carecerá de virtualidad práctica por falta de autor conocido. En segundo, como acertadamente señala MORALES PRATS, si fuera identificado, circunscribir o limitar la inadmisión de la comunicación a que esta haya sido obtenida de forma delictiva, deja fuera a la comisión de ilícitos civiles contra la intimidad (Ley de Protección Civil 1/1982 de 5 de mayo) así como otras violaciones que, aun no siendo delictivas, puedan ser consideradas ilícitas en un ulterior proceso jurisdiccional¹⁷.

Del mismo modo, también es necesario advertir la impunidad con la que opera el denunciante anónimo cuando la denuncia, finalmente, resulta falsa. Sobre ello, la exposición de motivos de la Ley 2/2023 nos dice que *“También aquellas personas a las que se refieran los hechos relatados en la comunicación han de contar con una singular protección ante el riesgo de que la información, aun*

¹⁵ De hecho, las agencias y oficinas antifraude de Cataluña, C. Valenciana, Andalucía y Baleares recientemente han suscrito un convenio de colaboración con la Fiscalía General del Estado para una mejor coordinación entre estos organismos. Ello merece, sin duda, una valoración positiva. <https://www.fiscal.es/-/la-fiscalia-general-del-estado-y-organismos-antifraude-de-andalucia-baleares-cataluna-y-valencia-refuerzan-la-lucha-contra-la-corrupcion> (último acceso 26/12/2023)

¹⁶ Esta cuestión, en particular, y respecto a la licitud de las pruebas obtenidas a través de los canales de denuncia, en general, han sido abordadas con mayor detalle en GIMENO BEVIA, J. (2021)

¹⁷ MORALES PRATS, F. “El Anteproyecto de Ley de Informantes: Delación y Estado de Derecho”, *Tribuna de El Confidencial*, 13 abril 2022. Disponible en el siguiente enlace https://blogs.elconfidencial.com/juridico/tribuna/2022-04-13/el-anteproyecto-de-ley-de-informantes-delacion-y-estado-de-derecho_3407884/ (último acceso 26/6/23)

con aparentes visos de veracidad, haya sido manipulada, sea falsa o responda a motivaciones que el Derecho no puede amparar". Pero cabe distinguir la protección del denunciado frente a estas comunicaciones espurias de la depuración de responsabilidades del informante que, impunemente, lo calumnia. Y si bien, por ejemplo, la Oficina Antifraude de Cataluña advierte en su web que *"podrá exigir las responsabilidades que correspondan"* y la Agencia Valenciana las considera sancionables como infracciones muy graves hasta con 400.000 euros de multa a quien realice denuncias falsas, difícil sanción tendrá quien no puede ser identificado¹⁸.

Por todo ello, la admisión de informaciones anónimas que, en un sentido amplio, 1) puedan ser obtenidas de forma delictiva y, más concreto, 2) den lugar a denuncias falsas, no sólo afectarán al derecho de defensa de la persona denunciada, sino también a la determinación de responsabilidades del autor, protegido bajo el manto de anonimato, de tales comunicaciones.

4. LA CONTROVERTIDA OBLIGACIÓN DE AUTODENUNCIARSE VS EL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE DE LA PERSONA JURÍDICA

Desde la Ley 5/2010 de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la literatura sobre el derecho a la no autoincriminación ha resultado incesante¹⁹. Jurisprudencialmente, el TS ha sido meridianamente claro desde la STS 154/2016 de 29 de febrero en que a las personas jurídicas le asisten los derechos y garantías constitucionales que operan en el proceso penal²⁰.

Siempre hemos defendido, sin embargo, que tal reconocimiento es más teórico que real o práctico. Y ello porque existen vías para conculcar el referido derecho, tales como nombrar testigo a quien deba comparecer como representante o solicitar a la entidad que en un procedimiento administrativo sancionador

¹⁸ A diferencia de lo que acontece en los Estados Unidos el art. 21. F-9 (b) de la Securities Exchange Act advierte al informante que la información otorgada debe ser veraz bajo pena de perjurio

¹⁹ Entre otros, GÓMEZ TOMILLO, M. "Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimiento de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol 42, 2022; GOENA VIVES, B. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 23, 2021; SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A. ("El derecho de las personas jurídicas a no auto inculparse por delito fiscal". *Diario La Ley*, Nº 8737, 8 de abril de 2016. Y, desde el Derecho Procesal, vid., por todos, ARANGÜENA FANEÑO, C. "El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de compliance" en *Tratado de compliance penal* (GÓMEZ COLOMER, J.L.Dir.). Tirant lo Blanch, 2019.

²⁰ "... de manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados (...), como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc (...) ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones". También, en un sentido muy parecido, la STS 226/2016 de 16 de marzo.

entregue documentos que la puedan incriminar en un futuro proceso penal. De ahí que nos parezca más congruente -insisto, congruente, que no mejor-negárselo, tal y como acontece en el Derecho de los E.E.U.U. En dicho país, las personas jurídicas no tienen derecho a la V Enmienda con base en que no son ciudadanos sino una creación del Estado, de quien reciben sus derechos y privilegios, así como sus límites a través de las Leyes. Por consiguiente, permitir que la empresa se ampare en dicha Enmienda para protegerse del Estado, que es quien le ha conferido previamente la capacidad para realizar sus actuaciones, entienden los norteamericanos que resulta harto paradójico²¹.

Así las cosas, descendiendo al conflicto que plantea el ejercicio de este derecho con el requerimiento u obligación en la aportación de documentación, a falta de un ulterior y necesario pronunciamiento del TS, el relevante AAN 391/2021 de 1 de julio delimita, en materia de canales de denuncia e investigaciones internas, la información protegida por el derecho a no autoincriminarse. Y esa delimitación excluye los documentos internos que proceden del canal de denuncias, los resultados derivados de las investigaciones internas que “voluntariamente” haya desarrollado la entidad, las declaraciones en nombre de la persona jurídica o sus representantes en las que admitan existencia de irregularidades y aquellos documentos generados durante la investigación que forman parte de los programas de cumplimiento, siendo, por tanto, decisión de la entidad su aportación (o no) al poder afectar a su posición procesal en el procedimiento en cuestión²².

Pero la redacción de la Ley 2/2023 se infiere la quiebra de la voluntariedad en la revelación de la información por parte de la persona jurídica estableciendo auténticas obligaciones para la entidad, tanto a través de los sistemas internos como en el canal externo de la A.A.I. Concretamente, dos: la obligación de remitir información (art. 9.2 j y 19.2 c) y la de entregar el registro en un procedimiento judicial (art. 26)

²¹ Sobre el derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en EEUU, puede verse VILLEGAS GARCÍA, M.A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: la experiencia de los Estados Unidos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016 y también GIMENO BEVIÁ, J. *Compliance y proceso penal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016

²² Concretamente, el Auto indica que quedarán excluidos “Los documentos internos procedentes del “canal de denuncias” de las empresas en los que consten los hechos denunciados y los resultados de las investigaciones internas que, voluntariamente haya llevado a cabo la entidad, así como cualesquiera declaraciones bien de la entidad, o de sus representantes legales, admitiendo la existencia de irregularidades o ilegalidades en su actuación corporativa»; excluyendo del requerimiento documental objeto del recurso los programas de cumplimiento normativo (compliance), así como determinados documentos que eventualmente pudiera haber generado la sociedad en materia de investigaciones internas, «al formar parte estos de los programas de cumplimiento corporativos, cuya aportación voluntaria, es una decisión que corresponde en exclusiva a la persona jurídica investigada, al poder afectar a su posición procesal en el procedimiento en cuestión.” Sobre ello, véase el trabajo de CAELLAS CAMPRUBÍ, M. “El derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica investigada”, *La Ley Compliance Penal*, nº12, 2023

A) La obligación de remitir la información al M.F cuando los hechos puedan ser delictivos

En el marco de las disposiciones generales -sector público y privado- (Tít. II, Cap. I) el art. 9.2 j contempla, literalmente, la *“Remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito. En el caso de que los hechos afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, se remitirá a la Fiscalía Europea”*. La redacción ha sido interpretada como una verdadera obligación y no una posibilidad, como ha acontecido hasta la fecha pues, ni las reformas penales de 2010 y 2015 ni siquiera las circulares de la fiscalía de 2011 y 2016 han planteado, bajo ningún concepto, traspasar este límite que afecta no solo al derecho a la no autoincriminación sino, de pleno, a la presunción de inocencia²³.

¿Y qué sucede si incumple la referida obligación? Algunos autores entienden que la no remisión de la información al M.F pudiera tener encaje dentro de las infracciones leves establecidas en el art. 63.3 c) con sanciones para personas físicas y jurídicas, en este último caso, de hasta 100.000 € (art. 65.1 a)²⁴. Esta obligación, sin embargo, no venía impuesta ni tampoco sugerida por la Directiva 2019/1937 y resulta extraño que el legislador no haya reparado lo problemático que resulta cuando, a mayor abundamiento, fue advertido en la fase de enmiendas, concretamente la nº141 que alertaba de la afectación grave para el derecho de defensa. Además, en tanto afecta a derechos fundamentales, debiera haber sido introducida a través de una norma con rango de ley orgánica²⁵. No es de extrañar, por tanto, que autores como LIÑÁN LAFUENTE hayan apuntado la necesidad de incluir, a final del párrafo, una salvedad a esa obligatoria remisión, cual es: *“... salvo que exista una causa legal en la que se pueda amparar para no remitir la información”* permitiendo así que el responsable del canal lo comunique al administrador o consejo de administración que será en quien, voluntariamente, resida la decisión sobre la entrega o no de la información²⁶. Solución que, por

²³ Sobre ello, puede verse, la opinión, que compartimos, de AGUINAGA, B. *“Límites a las exigencias de la nueva ley de protección al informante”*, publicado el 30 de marzo de 2023 en el Diario Expansión y disponible en el siguiente enlace <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2023/03/30/6425662f468aeb81608b4660.html> (último acceso 26/12/23)

²⁴ Así lo advierte, en un interesante artículo WALSER BROSERMAN, J. *“Las carencias de la Ley Whistleblower y el deber de remitir las denuncias recibidas”* publicado en *Economist and Jurist* el 15 de mayo de 2023, accesible desde el siguiente enlace <https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/las-carencias-de-la-ley-whistleblower-y-el-deber-de-remitir-las-denuncias-recibidas/> (último acceso 26/12/23)

²⁵ De hecho, los promotores de dicha enmienda apuntan que la obligación de denunciar ya se encuentra en el art. 259 LECrim y la redacción de este precepto *“no puede sustituir un supuesto que ya se encuentra regulado en la normativa penal vigente en España, que es el lugar donde debe regularse”*. Esta y todas las enmiendas presentadas pueden verse en el siguiente enlace https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-123-3.PDF (último acceso 26/12/23)

²⁶ Además de la referida solución, en un trabajo muy interesante, el autor analiza en profundidad todos los interrogantes que plantea esta ley en relación con el derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica. Vid.,

supuesto, estimamos razonable y compartimos. También en el mismo sentido, sugiere AGUILERA GORDILLO que la actual redacción generará graves problemas en los procesos penales en que se determine la responsabilidad penal de la persona jurídica²⁷.

De otro lado, la obligación de remitir a la Fiscalía cualquier información delictiva puede llegar a resultar disfuncional pues, ante la obligación impuesta por la Ley 2/2023 de contar con el canal de denuncias (art. 10, art. 13), el caudal de información que llegará será exponencialmente muy superior a lo acontecido hasta la fecha, que su implementación no era obligatoria. Por consiguiente, ante una Fiscalía ya de por sí sobrecargada de trabajo y asumiendo, cada vez, más funciones -entre otras tras la reforma procesal penal de 2015-, cabe plantearse el recorrido que tendrá la información remitida y, sobre todo, la celeridad en la investigación que, no olvidemos, deberá llevar a cabo en un entorno corporativo, con las dificultades que ello entraña.

Asimismo, la referida obligación de remitir la información al M.F supone a nuestro juicio un ataque directo a los fundamentos de la autorregulación promovida en 2010 y con mayor profusión en 2015 para que las empresas controlasen sus riesgos criminales a través del *compliance*, al objeto de ver atenuada o eximida una hipotética responsabilidad penal (art. 31 bis CP). Así pues, la obligación de reportar al M.F (art. 9.2 j, 18 c) y la posibilidad de informar directamente ante la A.A.I (“*toda persona física podrá informar...*” art.16) implica una desconfianza hacia los sistemas internos de información en tanto guía o dirige tanto al responsable del canal como a los trabajadores a que remitan la información a las autoridades²⁸. Ello implica abandonar la apuesta hacia una mayor autorregulación empresarial, para avanzar en dirección a una suerte de autorregulación tutelada, controlada y dirigida por y hacia el Estado.

b) El acceso de la autoridad judicial al registro de informaciones

Otro aspecto que puede resultar controvertido es el contenido en el art. 26 que, en su número 2, establece la posibilidad de que el juez acceda al libro-

por todos, LIÑÁN LAFUENTE, A. “La Ley 2/2023 de protección al informante vs el derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica” *La Ley Penal* nº 162, 2023

27 AGUILERA GORDILLO, R. “Órganos empresariales con funciones de supervisión, *compliance* y responsables de los canales de denuncia” *Compliance Advisory Lab Grant Thornton, Report 9*, 14 marzo 2023

28 Y ello con independencia de que el art. 5.2 indique el que el sistema interno de información, en cualquiera de sus fórmulas, deba garantizar que el primero en conocer la posible irregularidad sea la propia entidad u organismo. Ese artículo carece de virtualidad cuando se trate de una actuación delictiva pues, si nada más conocerla tiene obligación “inmediata” de reportarla, además de no poder gestionar u ofrecer internamente una respuesta, deberá denunciarlo -y denunciarse, pues también se pondrá en tela de juicio el modelo de prevención, si lo tuviere, de la entidad- al M.F.

registro de informaciones en el marco de un procedimiento judicial. La entrega de este libro, en el que deben reflejarse tanto las informaciones recibidas como las investigaciones internas a las que haya dado lugar, puede plantear un problema de *nemo tenetur se ipsum accusare*. Parece que el hecho de que resulte obligatorio contar con el referido libro, no contravendría el derecho a no autoincriminarse en tanto derivaría de una obligación legal²⁹ y no de la exclusiva voluntad de la persona jurídica, en consonancia con lo apuntado en el ya citado AAN 391/2021. Ahora bien, de aceptar esta tesis, se antojaría realmente sencillo para el legislador establecer unas obligaciones legales *ex novo* para conseguir en el seno de un proceso judicial -que no necesariamente penal- documentación propia de un modelo de organización que debiera ser entregada voluntariamente por la persona jurídica. Además, la entrega del referido libro puede convertirse en un verdadero filón -“*el hilo de Ariadna*”, en palabras de LIÑÁN LAFUENTE- para las acusaciones que, tras constatar la existencia de una denuncia y posterior investigación interna, no parece aventurado afirmar que requerirán todo el expediente³⁰.

Por todo ello, entendemos que el legislador no debiera haber optado por establecer una obligación ni de denunciar ni de aportar información sino por el fomento de la cooperación voluntaria con las autoridades. Se trata, sin atisbo de duda, de una opción que se cohonesta mejor con el respeto a los derechos fundamentales, principalmente del derecho de defensa y promueve una armoniosa convivencia con los lineamientos de la autorregulación. Sin embargo, la autodenuncia y la cooperación con las autoridades no se encuentra, actualmente, suficientemente valorada por la justicia penal de ahí que, como sugiere DEL ROSAL BLASCO, las empresas deban reflexionar previa y pausadamente la trascendencia de esa decisión³¹.

A este respecto, quizás podrían arbitrarse soluciones en las que se le otorgue mucho más valor a la cooperación como, a modo de ejemplo, encontramos en la Ley 27401 de Argentina. De un lado, la denuncia espontánea tras la investigación

²⁹ Como acertadamente nos recuerda NEIRA PENA “cabe afirmar que el deber de someterse a ciertos controles o de exhibir ciertos documentos no siempre vulnera el derecho a no declarar, especialmente cuando tales materiales no han de ser específicamente producidos para ser aportados al proceso, sino que existen de forma previa e independiente a la voluntad del acusado, particularmente, en virtud de una obligación legal” en NEIRA PENA, A *La instrucción de los procesos penales frente a personas jurídicas*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pág.291. También, en este sentido, PASCUAL SUAÑA, O. “Implicaciones del derecho a no autoincriminarse de las personas jurídicas del Proyecto de ley Whistleblower”, *Revista APDPUE*, nº6, 2022, pág. 102.

³⁰ “Y es aquí donde surgirá la pregunta de si esa documentación puede seguirse manteniendo que está protegida por el *nemo tenetur* de la persona jurídica, o debido a la obligación impuesta a la empresa, vía artículo 9 de la Ley 2/2023, de contar con un procedimiento que conlleva la obligación de realizar una investigación interna, se puede considerar excluida al no ser ya una investigación voluntaria, sino preceptiva”. LIÑÁN LAFUENTE, A. *op.cit*

³¹ Véase la entrevista realizada al autor en el *Diario Cinco Días de El País* “¿Garantiza la autodenuncia que la empresa se vea eximida de sus delitos?”, publicada el 23 de julio de 2018 y disponible en el siguiente enlace https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/07/20/legal/1532076051_240931.html (último acceso 26/12/23)

interna (autodenuncia), la implementación de un modelo de prevención y la devolución del beneficio indebido obtenido conlleva, ex art. 9, la exención de la pena. De otro, la cooperación puede dar lugar a la celebración de acuerdos de colaboración eficaz con el M.F. en las que las autoridades valoren, muy positivamente, la información ofrecida voluntariamente por la entidad (arts. 16 a 21). También, por supuesto, podría tomarse como modelo los estándares de la cooperación voluntaria (*self-disclosure policy*) de la Fiscalía norteamericana³². Pero para ello, en nuestro país, sería conveniente, -como venimos defendiendo desde hace una década- una reforma procesal penal que avance hacia el principio de oportunidad que no exponga a las empresas al daño reputacional o a diversos perjuicios colaterales -por ejemplo, la pérdida de trabajos- que puede producir el proceso y, por otro lado, evitando al Estado los costes y el tiempo de un largo y caro proceso penal que, en casos de grandes empresas, será presumiblemente complejo³³.

5. CONCLUSIÓN

Si bien el S. XX se caracterizó, sobre todo en sus últimas décadas, por el refuerzo y consolidación de las garantías, en este manido debate de garantías vs eficiencia, el presente S.XXI avanza hacia una justicia eficiente, incluso aceptando el sacrificio, la rebaja o limitación de las garantías para alcanzar dicho fin.

De un lado, que el proceso penal se erija en un límite a la eficacia de algunas de las medidas de protección planteadas cuando éstas puedan afectar o tensionar el derecho de defensa no debe hacernos caer en la tentación de rebajar o limitar este derecho. El derecho de defensa constituye la necesaria excepción a la regla general, reconocida tanto en la Directiva (art. 16.2) como en la propia Ley 2/2023 (art. 33.3), cuando la reserva de identidad pueda comprometer su correcto ejercicio. Por ello, en vez de buscar soluciones que decanten la balanza hacia una reserva absoluta de la identidad, debieran arbitrarse opciones que conjugasen, de forma equilibrada, ambos derechos.

De otro, no discutimos la eficacia del anonimato como medida de protección pues, lógicamente, nadie puede ser represaliado si no se conoce su identidad. Sin embargo, puede facilitar denuncias espurias, infundadas o directamente falsas, con el consecuente perjuicio al denunciado y crear un espacio de impunidad cuando la información aportada haya sido podido ser obtenida vulnerando derechos fundamentales. Del mismo modo, resulta paradigmático hablar de

³² Vid la política de cooperación voluntaria de la Fiscalía de EEUU (*United States Attorney's Offices Voluntary Self-Disclosure Policy*) El documento se encuentra disponible siguiendo el enlace https://www.justice.gov/d9/pages/attachments/2023/02/23/usao_voluntary_self-disclosure_policy.pdf (último acceso 26/12/23)

³³ Sobre ello, véase, ampliamente GIMENO BEVIA, J. op. cit.

ética corporativa o cumplimiento normativo y fomentar este tipo de prácticas cuyo origen es eminentemente inquisitorial³⁴.

Pero, como hemos advertido, *la Ley 2/2023 no sólo tiene por objetivo establecer medidas de protección para el informante, sino que también subyace el fomento de la denuncia y la búsqueda de la información por parte del Estado*. Ello refleja un cambio de tendencia de una perspectiva de Derecho continental hacia otra más cercana a sistemas de *common law* donde, generalmente, la obligación de denunciar no existe. Pero debiéramos hacer una lectura crítica y reflexionar sobre el impacto no solo material y procesal, sino incluso cultural y social que implica la paulatina adopción de instituciones propias de los Estados Unidos, pues la constante creación de agencias, autoridades independientes, oficinas, etc. nos lleva inexorablemente hacia un modelo de “agencies” en detrimento de una jurisdicción fuerte e independiente. Como alerta ARMENTA DEU, estamos ante una pujante administrativización, entendida como remisión a métodos propios del Derecho administrativo, más fácil de controlar y desjudicializando “lo procesal”³⁵. Por todo ello, protección al informante, rotundamente sí, pero con respeto al sistema de garantías constitucionales que, tanto tiempo, ha costado construir.

6. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA GORDILLO, R. “Órganos empresariales con funciones de supervisión, compliance y responsables de los canales de denuncia” Compliance Advisory Lab Grant Thornton, Report 9, 14 marzo 2023

AGUINAGA, B. “Límites a las exigencias de la nueva ley de protección al informante”, publicado el 30 de marzo de 2023 en el Diario Expansión y disponible en el siguiente enlace <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2023/03/30/6425662f468aeb81608b4660.html>

ARANGÜENA FANEGO, C. “El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de compliance” en *Tratado de compliance penal* (GÓMEZ COLOMER, J.L.Dir.). Tirant lo Blanch, 2019.

AYALA DE LA TORRE, J.M y BUENO SÁNCHEZ, J.M. *La protección al informante en el Derecho español*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2023

ARMENTA DEU, T. *Derivas de la Justicia*, Ed. Marcial Pons, 2021

BACHMAIER WINTER, L. en los Debates Jurídicos de la UNED, concretamente en “La nueva ley de protección a los denunciantes (ley whistleblowing): una lectura desde el sector público, privado y derecho comparado” celebrado el 23 de marzo de 2023 y accesible a través de Canal UNED

BACHMAIER WINTER, L. y MARTÍNEZ SANTOS, A. “El régimen jurídico- procesal del whistleblower. La influencia del Derecho europeo” en *Tratado de compliance*

³⁴ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. *Ecos de Inquisición*, Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2014 pág.294

³⁵ Vid. por todos ARMENTA DEU, T. *Derivas de la Justicia*, Ed. Marcial Pons, 2021, pág. 15 y ss,

penal (GÓMEZ COLOMER, J.L.Dir.). Tirant lo Blanch, 2019.

CAELLAS CAMPRUBÍ, M. “El derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica investigada”, *La Ley Compliance Penal*, nº12, 2023

DEL ROSAL BLASCO, B. “¿Garantiza la autodenuncia que la empresa se vea eximida de sus delitos?”, en el *Diario Cinco Días de El País* publicada el 23 de julio de 2018 y disponible en el siguiente enlace https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/07/20/legal/1532076051_240931.html

DE LA CRUZ LÓPEZ, P. “Medidas para la protección de la persona afectada. Algunas consideraciones sobre el estatuto del denunciado” en *La Directiva de protección a los denunciantes y su aplicación práctica al sector público* (LÓPEZ DONAIRE, M.B y GIMENO BEVIÁ, J. Dirs.) Tirant lo Blanch, 2020

FORTUNY CENDRA, M. “¿Quién le pone el cascabel al gato? Incógnitas de la transposición de la Directiva Whistleblowing”. Disponible en el siguiente enlace <https://fortunylegal.com/incognitas-de-la-transposicion-de-la-directiva-whistleblowing/>

GARCIA-MORENO DE LA GALANA, B. *Del Whistleblower al Alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020

GIMENO BEVIA, J. “La apuesta por el principio de oportunidad y los programas de compliance en el proceso penal de las personas jurídicas” en *Diario La Ley* nº 8437, 2014

GIMENO BEVIA, J. *Compliance y Proceso penal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2016

GIMENO BEVIA, J. “De Falciani a Birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistleblower vs bouny hunter)” en *Diario La Ley* nº9139, 2018

GIMENO BEVIA, J. “Valor procesal de las fuentes de prueba obtenidas en el marco de las investigaciones internas” en *Las investigaciones internas en compliance penal. Factores clave para su eficacia* (FORTUNY CENDRA, M. Dir.) Thomson Reuters Aranzadi, 2021

GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, Civitas, 2015, 2ª Ed

GOENA VIVES, B. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 23, 2021

GÓMEZ TOMILLO, M.; “Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimiento de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol 42, 2022; GOENA VIVES, B. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 23, 2021

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. *Ecos de Inquisición*, Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2014

LIÑÁN LAFUENTE, A. “La Ley 2/2023 de protección al informante vs el derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica” *La Ley Penal* nº 162, 2023

MAGRO SERVET, V. “¿Por qué es recomendable un canal de denuncias interno en la empresa?” en *Diario La Ley* nº 9586, 4 de marzo 2020

MORALES PRATS, F. “El Anteproyecto de Ley de Informantes: Delación y Estado de Derecho”, *Tribuna de El Confidencial*, 13 abril 2022. Disponible en el siguiente enlace https://blogs.elconfidencial.com/juridico/tribuna/2022-04-13/el-anteproyecto-de-ley-de-informantes-delacion-y-estado-de-derecho_3407884/

NEIRA PENA, A. *La instrucción de los procesos penales frente a personas jurídicas*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017

PASCUAL SUAÑA, O. “Implicaciones del derecho a no autoincriminarse de las personas jurídicas del Proyecto de ley Whistleblower”, *Revista APDPUE*, nº6, 2022

PONCE SOLE, J. “Las agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación de la calidad de su diseño normativo” en *Revista Internacional Transparencia e Integridad* nº3 enero-abril 2017

RUBIO EIRE, J.V “La posible inviabilidad de una denuncia anónima o fundada en fuentes no verificables como elemento precursor de una investigación penal”, *Tribuna Francis Lefebvre*, 5 de mayo de 2013

SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A. “El derecho de las personas jurídicas a no auto inculparse por delito fiscal”. *Diario La Ley*, Nº 8737, 8 de abril de 2016

VILLEGAS GARCÍA, M.A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: la experiencia de los Estados Unidos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016

VILLEGAS GARCÍA, M.A. “Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley de protección al informante”, *Diario La Ley* nº10187, 13 diciembre 2022

WALSER BROSERMAN, J. “Las carencias de la Ley Whistleblower y el deber de remitir las denuncias recibidas” publicado en *Economist and Jurist* el 15 de mayo de 2023, accesible desde el siguiente enlace <https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/las-carencias-de-la-ley-whistleblower-y-el-deber-de-remitir-las-denuncias-recibidas/>