

III

2023

N.º 141

**cuadernos
de política criminal
segunda época**



Dykinson, S.L.

III

2023

N.º 141

**cuadernos
de política criminal
segunda época**

Edita

Dykinson, S.L.

CONTENIDO

SECCIÓN DE ESTUDIOS PENALES

EL CONSENTIMIENTO DEL MENOR DE 16 AÑOS EN EL ÁMBITO SEXUAL: REVISIÓN DE LA CLÁUSULA DEL ART. 183 BIS, CP, TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS PENALES. <i>Por María del Mar Carrasco Andrino</i>	5
LA ANSIADA REFORMA DE LA TRATA DE PERSONAS: UN NUEVO SISTEMA DE TUTELA PENAL Y PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS. <i>Por Josefa Muñoz Ruiz</i>	45
COMPLIANCE PROGRAMS Y CANALES DE DENUNCIAS INTERNOS EN EL ÁMBITO PRIVADO: EFECTOS DE LA LEY WHISTLEBLOWER (LEY 2/2023, DE 20 DE FEBRERO). <i>Por Aixa Gálvez Jiménez</i>	91
INTELIGENCIA ARTIFICIAL ¿OTRO CAMBIO DE PARADIGMA EN EL DERECHO PENAL?. <i>Por Edgar Iván Colina Ramírez</i>	123
LOS DELITOS DOLOSOS CONTRA LA VIDA Y SU CONTRADICCIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE NON BIS IN IDEM Y PROPORCIONALIDAD. <i>Por Cristina Callejón Hernández</i>	151

SECCIÓN JURISPRUDENCIAL

PANORAMA JURISPRUDENCIAL: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO. <i>Por Manuel Jaén Vallejo</i>	183
--	-----

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIÓN A FRANCISCO JAVIER GARRIDO CARRILLO, «PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL DE MENORES», ARANZADI, CIZUR MENOR (NAVARRA), 2023, 336 PÁGINAS. <i>Por Juan José Romero Abolafio</i>	207
RECENSIÓN AL LIBRO DE FERNANDO PIGNATELLI Y MECA. TRATADO SOBRE LOS CRÍMENES DE GUERRA EN EL DERECHO ESPAÑOL. EDITORIAL TIRANT LO BLANCH, 2023, PÁGINAS 2060. <i>Por Jacobo Barja De Quiroga</i>	219

NOTA NECROLÓGICA

IN MEMORIAM JOSE EDUARDO SÁINZ-CANtero CAPARRÓS. <i>Por Lorenzo Morillas Cueva</i>	231
---	-----

NOTICIARIO	237
------------------	-----

POLÍTICA EDITORIAL, CRITERIOS Y RÉGIMEN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS ORIGINALES EN CPC	303
--	-----

COMPLIANCE PROGRAMS Y CANALES
DE DENUNCIAS INTERNOS
EN EL ÁMBITO PRIVADO:
EFECTOS DE LA LEY WHISTLEBLOWER
(LEY 2/2023, DE 20 DE FEBRERO)

*Compliance programs and internal whistleblowing
channels in the private sphere:
effects of the whistleblower law
(Law 2/2023 of 20 february 2010)*

AIXA GÁLVEZ JIMÉNEZ*

Fecha de aceptación: 16/10/2023

Fecha de aprobación: 11/12/2023

DOI: 10.14679/2717

RESUMEN: El Código Penal contempla desde el año 2010 la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La norma penal contiene la posibilidad de exonerar o atenuar la responsabilidad de la persona jurídica cuando ésta haya adoptado un modelo de prevención. El contenido del *Compliance Program* debe cumplir con los requisitos incluidos en el art. 31 bis 5 CP; entre ellos, la condición cuarta contiene la obligación de informar al encargado de vigilar el modelo de las posibles irregularidades que puedan presentarse en el desarrollo de la actividad empresarial. Esta exigencia debe interpretarse en función del contenido de Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas

* Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho Penal. Universidad de Granada.

que informen sobre infracciones normativas y la lucha contra la corrupción, traspuesta a partir de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. En este trabajo se pretende abordar la cuestión desde una perspectiva general y avanzar deductivamente hasta el canal de denuncias interno en el ámbito privado como un elemento fundamental de esta normativa.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal, Directiva, *Whistleblowers*, Programa de cumplimiento, protección, informantes.

ABSTRACT: *Since 2010, the Spanish Criminal Code contemplates the criminal liability of legal entities. The criminal law contains the possibility of exonerating or mitigating the liability of the legal person when it has adopted a prevention model. The content of the Compliance Program must comply with the requirements included in art. 31 bis 5 CPE; among them, the fourth condition contains the obligation to inform the person in charge of monitoring the model of possible irregularities that may arise in the development of the business activity. The fourth requirement must be interpreted according to the content of Law 2/2023 of 20 February, regulating the protection of persons who report regulatory infringements and the fight against corruption, transposed from EU Directive 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law. The aim of this paper is to address the issue from a general perspective and to deductively advance to the internal complaints channel in the private sector as a fundamental element of this regulation.*

KEYWORDS: *Criminal Law, Directive, Whistleblowers, Compliance Program, protection, informants.*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. MODELOS DE CUMPLIMIENTO.

1. Posible atenuación o exención de la pena a partir de la adopción de modelos de cumplimiento.
 2. Requisitos de los planes de prevención.
 3. En particular, la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos tras la LPPI.
- III. LA LEY *WHISTLEBLOWER*.
1. La transposición de la Directiva (UE) 2019/1937.
 2. Finalidad y ámbito de aplicación.
 3. Sistemas de información.
 - 3.1. Canales de denuncia internos y externos.
 - 3.2. Especial referencia a los sistemas internos y su proyección en el ámbito privado.
 - 3.2.1. Entidades privadas obligadas a establecer canales internos.
 - 3.2.2. Gestión y procedimiento de los sistemas internos.
 - 3.3. La admisión de la denuncia anónima.
 4. La protección del informante.
- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, introduce en nuestro Código Penal un sistema que permite atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas¹. No obstante, algunos autores han defendido que la mencionada responsabilidad se inicia con la entrada en vigor de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ya que consideran que a través del art. 31.2 CP ya se había creado un verdadero sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, la doctrina mayoritaria viene manifestando que hasta el año 2010 nuestro ordenamiento no contempló un verdadero modelo de atribución y determinación de esta responsabilidad².

La introducción de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Código Penal fue un acontecimiento muy esperado³, aunque algunos autores se mostraron reacios a la intervención del Derecho penal para castigar estas entidades⁴. Los contrarios a este modelo de atribución de responsabilidad manifestaron que la Teoría Jurídica del Delito nace y se construye a partir de comportamientos realizados por personas físicas, de modo que resulta problemática su adaptación a la persona jurídica⁵. También, hubo autores que rechazaron el nuevo modelo de responsabilidad porque –según argumentaban– no respetaba los principios básicos del Derecho penal (por ejemplo, el principio de resocialización o el de culpabilidad⁶).

¹ De manera sintetizada, sobre los rasgos que definen la responsabilidad penal de las personas jurídicas: DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Derecho penal económico y de la empresa* (AAVV), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 130 a 132.

² Puede consultarse: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 758 y 759.

³ DE LA CUESTA, J. L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, núm. 3, 2015, pág. 40.

⁴ VARELA, L., y MANSDÖRFER, M., *Principios de Derecho penal económico*, J. M. Bosch, Barcelona, 2021, pág. 127, destacan los problemas que se derivaron de fundamentar la responsabilidad penal.

⁵ Puede consultarse: ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 121; igualmente, véase el autor citado en la siguiente obra: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 9 [documento electrónico]; recordemos a AFTALIÓN, E., “Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La Ley*, núm. 37, 1945, pág. 186, que ya señalaba “subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas con la llamada teoría jurídica del delito, pues peor para esta última”.

⁶ *Vid.*, GÓMEZ MARTÍN, V., VALIENTE IVÁÑEZ, V., y CIGÜELA SOLA, H., “Responsabilidad penal de la persona jurídica”, en *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados* (dirs.

Con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se han modificado algunos aspectos relacionados con la responsabilidad penal de las personas jurídicas (a los que haremos referencia posteriormente). Con la Reforma, tal y como indica el texto de 2015 en la Exposición de Motivos (III), se pretendía llevar a cabo una “mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. No obstante, el establecimiento de un sistema que criminaliza a las personas jurídicas no ha estado exento de debate; no lo estuvo su introducción, ni tampoco la posterior reforma. Si bien la ya citada LO 1/2015 solventó algunas cuestiones relacionadas con la aplicación del art. 31 bis y siguientes del Código Penal, aun quedan problemas que deben resolverse.

En este trabajo, nos centramos en uno de estos aspectos. Destacamos el papel que tienen los modelos de cumplimiento, ya que son claves para atenuar o exonerar la pena prevista para sancionar a las personas jurídicas. Los programas de prevención deben redactarse conforme a los requisitos del art. 31 bis 5 CP. En particular, el artículo mencionado, en el numeral cuarto, se refiere a la instauración y uso de los conocidos como “canales internos de denuncias”. Los integrantes de la persona jurídica deben informar de las irregularidades que conozcan respecto a ésta. La denuncia de la infracción genera una situación de riesgo para el denunciante, que podría ser objeto de represalias tras su comunicación. En este contexto entra en vigor la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y la lucha contra la corrupción, conocida como la Ley *whistleblower* (en adelante, LPPI), que ha sido incorporada al ordenamiento español para trasponer la Directiva de la UE 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. En términos generales, la LPPI está dirigida a proteger a personas que, en un contexto profesional o laboral, informan sobre la realización de actividades con-

CORCOY BIDASOLO, M., y GÓMEZ MARTÍN, V.), Tomo 2, Tirant lo blanch, Valencia, 2020, pág. 159, los autores hacen referencia al principio de culpabilidad y al principio de personalidad de las penas. También puede consultarse, SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J. R., “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 35, 1997, pág. 136, el autor resume las tres grandes objeciones que se han formulado tradicionalmente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En concreto, alude a la ausencia de acción penal de estos entes, al principio de culpabilidad, y por último, al carácter personal de la pena. Por su parte, y antes de 2010 ya ponía de relieve las discusiones que existían sobre la posible atribución de la culpabilidad a las personas jurídicas: GARCÍA CAVERO, P., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Derecho penal y criminología*, Vol. 26, núm. 78, 2005, págs. 139 a 143.

trarias al ordenamiento jurídico. En algunos casos, el miedo a las represalias impide que los trabajadores comuniquen las irregularidades que conocen. La regulación de los mecanismos que pueden utilizarse para informar y, especialmente, el establecimiento de garantías relacionadas con los derechos sociales y jurídicos del informante son aspectos esenciales para que esta práctica –la del uso de los canales de denuncia– sea eficaz.

En España, previamente a la entrada en vigor de la LPPI no había ninguna norma dedicada íntegramente a la regulación del tratamiento jurídico de los canales de denuncias y la protección del informante. Por este motivo, el estudio de la nueva Ley, tomando en cuenta la Directiva, es relevante a efectos de delimitar el contenido del art. 31 bis 5. 4º CP.

II. MODELOS DE CUMPLIMIENTO

1. POSIBLE ATENUACIÓN O EXENCIÓN DE LA PENA A PARTIR DE LA ADOPCIÓN DE MODELOS DE CUMPLIMIENTO

En la actualidad, las empresas no tienen obligación de adoptar planes de prevención, es decir, su implementación es facultativa⁷. A diferencia de estas entidades, existen otros sujetos que sí tienen la obligación de desarrollar modelos que permitan prevenir la comisión de delitos; por ejemplo, los partidos políticos (art. 9 bis de la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos)⁸.

⁷ Sobre la posibilidad de que el deber de implementación de los programas de cumplimiento surja a partir del “deber general de diligencia” que conlleva cumplir con la “diligencia de un ordenado empresario”, véase: BACIGALUPO SAGGESE, S., “Compliance”, en *Eunomía: revista en cultura de la legalidad*, núm. 21, 2021, págs. 270. También nos recuerda –atendiendo al blanqueo de capitales– que la adopción del *criminal compliance* no es obligatorio: FERRÉ OLIVÉ, J. C., “Compliance anticorrupción”, en *Revista penal México*, núm. 22, 2023, pág. 71.

⁸ Sobre los modelos de cumplimiento y los partidos políticos, véase: MORALES HERNÁNDEZ, M. A., “Propuesta de «criminal compliance» para partidos políticos españoles: su adaptación al artículo 31 bis 5 del Código Penal”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 24, 2022, pág. 5 hasta 38, el autor recalca que la instauración de un *criminal compliance* por parte de los partidos políticos, puede contribuir de manera decisiva a poner fin a la corrupción; y además, realiza un exhaustivo y novedoso estudio sobre las distintas fases que tiene la implantación de un programa de cumplimiento tomando como base las características propias de los partidos políticos. La investigación realizada ha llevado al autor a cuestionarse si realmente es necesario que los partidos políticos sean responsables de delitos como personas jurídicas en MORALES HERNÁNDEZ, M. A., “¿Es necesario un modelo propio de atribución de responsabilidad

Hasta el año 2015, el Código Penal solo contemplaba la posibilidad de atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando el modelo de organización y gestión se adoptase después de la comisión del delito pero antes del juicio oral (art. 31 quater d) CP). Con la reforma del año 2015 se ha introducido expresamente la posibilidad de eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas que hayan adoptado y desarrollado un plan de prevención antes de la comisión del delito. Incluso, el Código Penal ha previsto que pueda atenuarse la pena si no se cumplen los requisitos necesarios para la exoneración de responsabilidad de la persona jurídica⁹. El Código Penal distingue en el art. 31 bis 2, 3, y 4, en qué supuestos los planes de cumplimiento pueden desplegar eficacia como eximentes o atenuantes; y, además, determina los requisitos que tienen que tener los programas de prevención para que se deriven de ellos efectos positivos (art. 31 bis 5 CP).

A continuación, procedemos a distinguir los dos supuestos en los que una persona jurídica puede quedar exonerada de responsabilidad penal¹⁰. La diferencia entre las dos posibles alternativas radica fundamentalmente en la persona física que cometió el delito imputado a la persona jurídica.

criminal en España para los partidos políticos?: Un análisis jurídico en base al derecho interno y comparado”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 29 (3ª época), 2023, págs. 356 a 362.

⁹ La LO 5/2010 no señala expresamente la posibilidad de que la persona jurídica quedase exenta de responsabilidad penal debido a la implementación de un programa de cumplimiento. Esta circunstancia creó un intenso debate doctrinal entre los que consideraban que podría exonerarse de responsabilidad criminal a la persona jurídica y los que mantenían la idea contraria. Con la entrada en vigor de la LO 1/2015 el problema quedó solucionado, admitiéndose expresamente la conocida como “eximente de *compliance*”. Sobre esta cuestión: GÓMEZ MARTÍN, V., y TURIENZO FERNÁNDEZ, A., “Programas de cumplimiento. III. Elementos esenciales de los modelos de prevención de delitos”, en *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados* (dirs. CORCOY BIDASOLO, M., y GÓMEZ MARTÍN, V.), Tomo 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 179. Extensamente: CÉSAR BUSATO, P., *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 115 a 126.

¹⁰ El Código Penal recoge un “doble régimen de exención” al que hace referencia la Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CPE efectuada por la LO 1/2015 (en adelante, Circular 1/2016 de la FGE). La circular recalca en el epígrafe 5.2, que el régimen de exención es “sustancialmente idéntico pero con algunos matices que dibujan el marco de exoneración de la persona jurídica algo más amplio para las conductas de los subordinados”.

El primer supuesto se recoge en el art. 31 bis 2 CP, y se refiere al delito cometido por alguno de los sujetos del art. 31 bis 1 a) CP, es decir, por representantes legales de la persona jurídica, autorizados para tomar decisiones en su nombre o con facultades de organización y control. En estos casos, para que el programa de cumplimiento pueda operar como eximente o atenuante de la responsabilidad penal deben concurrir cuatro condiciones.

La primera condición exige que “el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control”. Será determinante que el modelo sea puesto en funcionamiento antes de que se cometa el hecho delictivo (requisito temporal). En caso de que sea adoptado tempestivamente pero no se haya aplicado, podríamos dudar sobre la posible atenuación¹¹ (lo que en nuestra opinión sería procedente). La adopción y ejecución del modelo debe ser eficaz para eximir de responsabilidad criminal; para ello, la Circular 1/2016 de la FGE recoge diferentes pautas que permiten evaluar el grado de eficiencia del Plan. El precepto señala también: “las medidas serán idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”. A este respecto, la doctrina distingue entre prevenir y reducir. En el primer supuesto, el juez observará si las medidas adoptadas *ex ante* eran apropiadas para evitar que se cometiese el delito conforme a la experiencia general; y en el segundo, el juez reparará en el modelo para confirmar si se han aplicado mecanismos que permitan aminorar los riesgos. La referencia a “delitos de la misma naturaleza” puede suscitar distintas interpretaciones. No será igual considerar los delitos patrimoniales y socioeconómicos en general, que limitarnos al delito de estafa, o bien, a los distintos tipos de estafas (por ejemplo, la estafa informática)¹².

La condición segunda está incluida en el art. 31 bis 5. 2º CP con el siguiente tenor: “la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica”. Se exige que haya un órgano integrado en la persona jurídica que supervise el funcionamiento y con-

¹¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos”, en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 39, 2019, pág. 607.

¹² Así, es expuesto extensamente por GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “La eficacia eximente...”, *op. cit.*, pág. 607 a 626.

trol del modelo. En general, este órgano va a ser el *compliance officer*¹³. El precepto indica que el órgano formará parte de la persona jurídica y tendrá funciones independientes¹⁴. Puntualizamos, en este sentido, que el órgano de cumplimiento no va a ser el que adopte el modelo de organización idóneo para prevenir delito, sino el que va a vigilar su correcta ejecución¹⁵. La Circular 1/2016 de la FGE también se ha pronunciado sobre esta condición, y explica que las tareas que integran la función principal del órgano al que se refiere (y que se resumen en supervisar el funcionamiento del modelo) no tienen que ser desarrolladas por éste. LEÓN ALAPONT distingue entre los poderes autónomos de iniciativa y de control de los que debe disponer el órgano. El autor determina que entre los primeros pueden incluirse “la facultad para iniciar una investigación interna; para suspender temporalmente o paralizar una determinada operación; para tener acceso a cualquier tipo de información o la potestad para dar órdenes e instrucciones, entre otros”; mientras que en los segundos quedan englobados “la supervisión de determinadas actividades, la capacidad de fiscalización, recabar informes, etc”¹⁶. Respecto de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, para lograr la exención de la responsabilidad penal, el órgano de supervisión al que se refiere la condición segunda puede ser sustituido por el propio órgano de administración (así lo determina el art. 31 bis 3 CP). Se permite esta particularidad por razones económicas, estructurales y de tamaño, para evitar un

¹³ GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 147; LEÓN ALAPONT, J., “*Criminal compliance*: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 CP y 31 quater CP”, en *Revista general de Derecho penal*, núm. 31, mayo, 2019 [documento electrónico, sin numerar].

¹⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los modelos de cumplimiento: las condiciones legales establecidas en el art. 31 bis 2 y ss CP”, en *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (dir. GÓMEZ COLOMER, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 203 y 204, señala que la independencia no es absoluta si el órgano de cumplimiento no tiene acceso a toda la información existente que le ayude a valorar el incumplimiento del delito. En estos casos el programa de cumplimiento no será eficaz porque la valoración solo se hará a partir de parte de la información. Además, el autor propone que el órgano de control esté formado por personal que tenga capacidad de decisión, “que posibilite la comisión de alguno de los delitos integrados en el sistema de *numerus clausus* que se pretende prevenir”.

¹⁵ DE LA MATA BARRANCO, N. J., “El órgano de “*compliance*” penal: algunas cuestiones”, en *Compliance y prevención de delitos de corrupción* (dir. MATA LLÍN EVANGELIO), Tirant lo blanch, Valencia, 2018, pág. 40.

¹⁶ LEÓN ALAPONT, J., “*Criminal compliance...*, *op. cit.* [documento electrónico, sin numerar].

incremento significativo de costes¹⁷. Esta concreta previsión parece muy razonable a efectos de incorporar a este paradigma a entidades que de otro modo no podrían acceder a la adopción de estos planes sin incurrir en un gasto inasumible dadas sus características.

La tercera condición exige que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención¹⁸, es decir, que las personas físicas incluidas en el art. 31 bis 1 a) CP burlen el plan de cumplimiento para la comisión de un delito. La Circular 1/2016 de la FGE puntualiza que la acreditación del incumplimiento grave de los deberes de vigilancia y control no es exigible a la persona jurídica. En este sentido, bastaría una “específica diligencia incrementada” dirigida a la vigilancia y control de los administradores¹⁹, ya que en ese caso el delito se cometería eludiendo las medidas establecidas en el modelo. Respecto a la redacción de la condición tercera, QUINTERO OLIVARES determina que la alusión al fraude puede causar confusión, ya que evoca la idea de engaño relacionada con la deslealtad y la obtención del beneficio propio²⁰. En este sentido, destacamos la interpretación que hace PALMA HERRERA, que entiende que cualquier conducta fraudulenta no puede considerarse relevante; solo lo será aquella que haya permitido eludir los mecanismos que eran adecuados para prevenir delitos (desde una perspectiva valorativa *ex ante*). Además, para valorar si la conducta es

¹⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “La eficacia eximente..., *op. cit.*, pág. 642, el autor hace incluso mención a razones de índole jurídico (sometimiento a regímenes administrativos, fiscales y mercantiles), y como ejemplo, incluye el contenido del art. 258 de la Ley de Sociedades de Capital.

¹⁸ La Circular 1/2016 de la FGE recalca que la única diferencia del doble régimen de exención de las personas jurídicas se encuentra en la condición 3ª del apartado 2, que tan solo se aplica para los sujetos del apartado a). La condición señalada no se exige para los subordinados, esto es, para los supuestos de la letra b). Además, la Circular añade “no obstante que, en la práctica, la mínima diferencia que comporta la condición 3.ª del apartado 2 será relativa pues, a salvo las conductas imprudentes, difícilmente podrá acreditarse que un programa es eficaz si puede ser quebrado por los dependientes sin la concurrencia de una conducta que comporte algún tipo de fraude”.

¹⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Derecho penal económico y de la empresa* (dirs. DE LA MATA BARRANCO, N. J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., y NIETO MARTÍN, A.), Dykinson, Madrid, 2018, pág. 146.

²⁰ QUINTERO OLIVARES, G., “Art. 31 bis CP; arts. 31 ter; arts. 31 quater, y art. 31 quinquies”, en *Comentarios al Código Penal español*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2016 [documento electrónico, sin numerar].

fraudulenta, podrían aplicarse los elementos de valoración del engaño que la jurisprudencia ha concretado para la estafa²¹.

La cuarta y última condición para que pueda eximirse de responsabilidad penal a la persona jurídica cuando alguno de los sujetos del art. 31 bis 1 a) CP comete el delito es que “no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición segunda”. La última exigencia consiste en comprobar si el órgano encargado del funcionamiento y cumplimiento del modelo ha empleado la diligencia debida para evitar que se produjera el delito acaecido. En este caso, se trata de analizar la actuación del órgano de vigilancia respecto a la infracción que ha tenido lugar y no de valorar de manera general si el órgano está cumpliendo o no con su tarea de supervisión, vigilancia y control (a la que ya se alude en la condición segunda)²². GONZÁLEZ CUSSAC, atendiendo al contenido de la condición cuarta, precisa que ésta se puede incumplir de dos maneras. La primera tiene lugar cuando el órgano no desarrolla sus funciones dirigidas a evitar la comisión del delito enjuiciado o prevenir su comisión; mientras que la segunda, consiste en que el órgano actúe de manera insuficiente. De este modo, puede ocurrir que el órgano de vigilancia y control haya detectado el riesgo, pero no lo valore conforme a la entidad que tiene; o bien, habiéndolo evaluado correctamente no emplee las medidas adecuadas para evitar que se materialice²³.

El segundo supuesto en el que una persona jurídica puede quedar exonerada de responsabilidad penal está recogido en el art. 31 bis 4 CP. Este precepto se aplica cuando el hecho delictivo ha sido realizado por alguno de los sujetos del art. 31 bis 1 b) CP, esto es, por una persona subordinada. La Circular 1/2016 de la FGE determina que el marco de exención de responsabilidad de la persona jurídica es más amplio en relación con los delitos cometidos por los subordinados. En concreto, el art. 31 bis 4 CP señala: “la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma

²¹ PALMA HERRERA, J. M., “Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de «compliance»”, en *Compliances y responsabilidad penal corporativa* (dirs. PALMA HERRERA, J. M., y AGUIERA GORDILLO, R.), Aranzadi, Pamplona, 2018, pág. 69.

²² LEÓN ALAPONT, J., “*Criminal compliance...*”, *op. cit.* [documento electrónico, sin numerar].

²³ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “La eficacia eximente...”, *op. cit.*, pág. 633.

significativa el riesgo de su comisión”. A diferencia del supuesto anterior, el Código Penal no exige explícitamente que se cumplan las cuatro condiciones analizadas en relación con el delito cometido por un representante, administrador o directivo. Ante esta cuestión, la doctrina mayoritaria ha manifestado que, aunque el precepto no lo señale de forma expresa, deben concurrir los presupuestos a los que se refiere el art. 31 bis 2 CP, excepto el de elusión fraudulenta del art. 31 bis 2 condición tercera CP, que es aplicable exclusivamente en relación con los sujetos del art. 31 bis 2 CP²⁴. La Circular 1/2016 de la FGE sobre las condiciones que pueden aplicarse señala que, a pesar de que el apartado 4 no alude a las condiciones incluidas en el apartado 2, las condiciones primera, segunda y cuarta son de aplicación común. Parece una exigencia de sentido común extender por vía interpretativa y a efectos de obtener mayores garantías, las condiciones que hemos analizado anteriormente a este supuesto.

De otro lado, debemos destacar que el Código Penal ha previsto en la última parte del art. 31 bis 2 y 31 bis 4 CP que, en caso de que las condiciones solo puedan acreditarse parcialmente, no se eximirá a la persona jurídica de responsabilidad criminal pero sí se podrá atenuar la pena. Estamos ante una eximente incompleta que según la FGE en la Circular 1/2016 se debería haber incluido junto al catálogo de atenuantes del art. 31 quater CP (y, además, haberse redactado de forma más “clara”). En este sentido, la FGE determina que la acreditación parcial significa que el “modelo presenta algunos defectos o que solo se ha acreditado que hubo preocupación por el control, un control algo menos intenso del exigido para la exención plena de la responsabilidad penal, pero suficiente para atenuar la pena”. Por último, hay que hacer mención al art. 31 quater d) CP, que establece como circunstancia atenuante específica la adop-

²⁴ Vid. *Supra*, pág. 635, el autor argumenta que la primera condición del art. 31 bis 2 CP se extiende a la prevista en el art. 31 bis 4 CP, pues la del apartado 2 hace referencia a la adopción de un programa de cumplimiento “por la persona jurídica” y el apartado 4 al “órgano de administración”. Ambas expresiones se pueden equiparar, ya que el órgano de administración está ligado a la persona jurídica, y además, ésta última actúa a través de dicho órgano. El autor manifiesta, respecto a la segunda condición del apartado 2, que este presupuesto también tiene que cumplirse en relación con el apartado 4. Debe existir un órgano que vigile y supervise el cumplimiento del programa en el que se encuentren las medidas idóneas para prevenir la comisión de delitos. Además, se podrá aplicar el contenido del art. 31 bis 3 CP relativo a las personas jurídicas de pequeñas dimensiones. Por último, el autor analiza con minucioso detalle la condición cuarta que alude a la idoneidad para prevenir o reducir de forma significativa el riesgo y la del apartado 2 que exige que sea adecuado para prevenir o reducir; para ello, utiliza “idóneas” y “adecuado” como sinónimos. También, sobre la posible aplicación de condiciones incluidas en el art. 31 bis 2 CP puede consultarse: FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Tratado sobre compliance penal...*, op. cit., págs. 206 a 209.

ción el plan de cumplimiento después de la comisión del delito y antes del comienzo del juicio oral²⁵.

2. REQUISITOS DE LOS PLANES DE PREVENCIÓN

En relación con los modelos de prevención, a los que venimos haciendo referencia, debemos aludir al art. 31 bis 5 CP, ya que describe cuál debe ser el contenido de estos planes. FERNÁNDEZ TERUELO puntualiza que los requisitos incluidos en el apartado 5 son un “esqueleto del programa”, es decir, el contenido mínimo que el modelo debe tener, pudiendo ampliarse las estrategias de prevención²⁶. La mera adopción de modelos de cumplimiento no es suficiente para alcanzar la exención o atenuación de la pena, ya que el programa también debe ser aplicado de manera diligente (para que sea válido a efectos de exoneración o rebaja de la pena tiene que implantarse y ejecutarse de manera eficaz)²⁷. Desarrollando la cuestión, GONZÁLEZ CUSSAC señala que los requisitos enumerados en el art. 31 bis 5 CP están dirigidos a determinar la idoneidad de los planes de cumplimiento²⁸. Por su parte, la FGE ha criticado la decisión del legislador penal de incorporar los requisitos que debe tener un programa preventivo al Código Penal, ya que considera que este contenido debe estar incluido en la legislación mercantil²⁹. Entendemos que en este caso

²⁵ LEÓN ALAPONT, J., “*Criminal compliance...*, *op. cit.* [documento electrónico, sin numerar]. EL autor señala que en el caso del art. 31 quater d) CP el modelo de cumplimiento tiene que tener una finalidad preventiva que también esté enfocada a detener los delitos que pueden desarrollarse en el interior de la persona jurídica. Sobre la atenuante antes de la reforma de 2015: MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., “El sistema de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (dir. PALMA HERRERA, J. M.), Dykinson, Madrid, 2014, págs. 107 a 111.

²⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “La prevención del delito fiscal a través de un «compliance» penal corporativo”, en *Homenaje, en su centenario, al rector Teodoro López-Cuesta de Egocheaga* (coords. ABAD FERNÁNDEZ, M., GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. I., y LÓPEZ-CUESTA EGOACHEAGA, T.), Universidad de Oviedo, 2021, pág. 212.

²⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Tratado sobre compliance penal...*, *op. cit.*, pág. 206, trata este aspecto en relación con el art. 31 bis 2. 4ª CP. También, LEÓN ALAPONT, J., “Los programas de cumplimiento penal: aspectos generales”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 31, pág. 369.

²⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuantes de los programas de prevención de delitos”, en *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (dir. GÓMEZ COLOMER, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 339, el autor pone en conexión la idoneidad a la que alude con el contenido del art. 31 bis 2. 1ª y del art. 31 bis 4 CP.

²⁹ Sobre esta cuestión: AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M., y PERRINO PÉREZ, A. L., *Derecho penal de las personas jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 116.

el legislador ha priorizado –con acierto– que los preceptos que regulan el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas estén en el mismo texto, a pesar de que el contenido de alguno de ellos –como el del art. 31 bis 5 CP– no sea estrictamente penal.

Según establece el art. 31 bis 5 CP, los modelos de cumplimiento:

- 1º. “Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos”. Para cumplir con este requisito se debe aplicar una metodología sistemática de gestión de riesgos. En este sentido, la valoración del riesgo puede desarrollarse en cuatro fases: identificación, cuantificación, control y comunicación de riesgo³⁰. En definitiva, se trata de construir el conocido como “mapa de riesgos” que deberá estructurarse en función a diferentes variables (objeto social, localización geográfica, etc)³¹.
- 2º. “Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos”. Deberá determinarse con precisión cuál es el órgano u órganos de la empresa que tienen facultades de decisión y ejecución y concretar qué fases componen estos actos. AGUILERA GORDILLO explica que se desarrollará un exhaustivo organigrama en el que se detallarán las funciones de las personas que forman parte de la corporación, teniendo especial relevancia los que desarrollen tareas de representación, decisión y control. Una vez realizado el organigrama, se debe especificar el procedimiento que se va a seguir para la toma de decisiones y ejecución de las mismas. Para ello, se atenderá al tratamiento de los procesos recogidos en los estándares generales y a los procedimientos específicos utilizados en el sector³².
- 3º. “Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos”. La doctrina ha interpretado esta exigencia de dos

³⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Condiciones y requisitos para la eficacia...”, *op. cit.*, pág. 339.

³¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal* (coords. BAJO FERNÁNDEZ, B., FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pág. 133.

³² AGUILERA GORDILLO, R., *Compliance penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance program* (tesis doctoral dir. PALMA HERRERA, J. M), Córdoba, 2018, págs. 282 a 284.

maneras diferentes. Algunos autores defienden que este requisito trata de imponer una dotación efectiva de recursos económicos para la prevención del delito, y otros señalan que se está exigiendo la implantación de controles financieros aptos para prevenir las prácticas contrarias a Derecho³³. Tal y como señala GUTIÉRREZ PÉREZ, esta cuestión es difícil de valorar por parte del juez³⁴. En nuestra opinión, con la redacción actual del precepto, habrá de hacer uso de su facultad de libre apreciación atender casuísticamente a este aspecto.

- 4º. “Imponer la obligación de informar, de posibles riesgos e incumplimientos, al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”. A esta cuestión, central en este estudio, nos referimos en el siguiente epígrafe con mayor detalle, en el que analizamos la condición en sí misma y su aplicación tras la LPPI.
- 5º. “Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo”. La instauración de planes de cumplimiento conlleva la adopción de normas internas que determinen las obligaciones de los integrantes de la persona jurídica (trabajadores y directivos) así como las consecuencias que se derivan de su incumplimiento. Esta normativa interna, que se debe realizar por escrito, se incorpora al modelo de organización y gestión como un “código de conducta”³⁵. En cualquier caso, el sistema disciplinario no puede solaparse con las sanciones penales previstas en el Código Penal, ya que se vulneraría el principio *non bis in idem* (en caso de identidad de sujeto, hecho y fundamento).
- 6º. “Verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada

³³ GÓMEZ MARTÍN, V., y TURIENZO FERNÁNDEZ, A., “Programas de cumplimiento. III. Elementos esenciales...”, *op. cit.*, págs. 181 y 182.

³⁴ GUTIÉRREZ PÉREZ, E., “Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015”, en *Revista General de Derecho penal*, núm. 24, 2005, [documento electrónico, sin numerar], señala que el Juez para realizar una valoración deberá acudir a elementos como “la existencia de talleres de formación a los empleados, guías básicas de comunicación y protocolos”, entre otros.

³⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Condiciones y requisitos para la eficacia...”, *op. cit.*, pág. 344.

que los hagan necesarios”. Se requiere el seguimiento, verificación y actualización del plan de prevención. La inexistencia de la comisión de delitos no quiere decir que el programa funcione perfectamente³⁶. El requisito sexto no indica el periodo que debe transcurrir para que se realice la revisión. Estamos ante una condición abierta, que se va a especificar en el modelo; en particular, en éste se debería concretar qué plazo debe cumplirse para que el plan sea revisado en su totalidad y en qué situaciones se hará de forma inmediata. En relación con la revisión extraordinaria, el CP incluye algunos indicadores que señalan que ésta procede cuando se infrinjan disposiciones, haya cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada³⁷.

3. EN PARTICULAR, LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR DE POSIBLES RIESGOS E INCUMPLIMIENTOS TRAS LA LPPI

Tras haber analizado de manera muy breve cinco de los seis requisitos que debe tener un plan de cumplimiento según el art. 31 bis 5 CP, nos vamos a detener en el que falta por tratar, es decir, en el que se encuentra en el numeral cuarto (sobre la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos). En términos generales, el artículo establece que la implantación del modelo conlleva el deber de informar de las posibles irregularidades que puedan presentarse en el desarrollo de la actividad empresarial³⁸. La Circular 1/2016 de la FGE, que denomina “clave” este elemento en los modelos de prevención, añade que para que “la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del de-

³⁶ BACIGALUPO SAGGESE, S., “*Compliance...*, *op. cit.*”, pág. 269.

³⁷ Sobre verificaciones programadas o sobrevenidas: GÓMEZ MARTÍN, V., y TURIENZO FERNÁNDEZ, A., “Programas de cumplimiento. III. Elementos esenciales...”, *op. cit.*, págs. 183 y 184. También GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad...* *op. cit.*, pág. 146.

³⁸ SÁEZ LARA, C., *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la directiva whistleblowing*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 62, determina que el establecimiento de procedimientos de canales internos en el marco del *compliance* responde al interés de asegurar el control sobre una información potencialmente sensible, que si llega a terceros puede poner en peligro a la empresa. GARCÍA MORENO, B., “*Whistleblowing* como forma de prevención de la corrupción en la administración pública”, en *Public Compliance: prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos* (dirs. NIETO MARTÍN, A., y MAROTO CALATAYUD, M.), Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2014, pág. 44.

nunciante (*whistleblower*), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias”.

Si atendemos a la literalidad del art. 31 bis 5. 4º CP observamos que el legislador deja una amplia discrecionalidad a la persona jurídica para que pueda cumplir con este requisito. El precepto no especifica quién tiene el deber de informar, cuándo hay obligación de ello, o qué procedimiento se ha de seguir, entre otras cuestiones. Además, la Circular 1/2016 de la FGE destaca que se debe garantizar la protección del denunciante, pero tampoco explica cómo. A este respecto, debemos poner de relieve que el margen de libertad que ofrece el Código Penal es demasiado amplio, pudiendo generar inseguridad. La concreción de estas cuestiones facilitaría el cumplimiento del requisito, que junto al resto de los incluidos en el art. 31 bis 5 CP, pueden atenuar o eliminar la responsabilidad penal. En este punto, entendemos que debe primar la efectividad de la norma, y ello pasa por una mayor especificación, de manera que los criterios aplicables en la valoración de este requisito sean más precisos. Reducir el margen interpretativo conllevaría en este caso una mejor perspectiva de aplicación de las normas que estudiamos.

Siguiendo esa lógica, el legislador ha tratado de minimizar los problemas derivados de la aplicación del art. 31 bis 5. 4º CP con una normativa destinada expresamente a regular los canales de denuncias y la protección de los denunciantes³⁹. Con la entrada en vigor de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y la lucha contra la corrupción, se puede solventar la laguna a la que nos hemos referido. El contenido de la LPPI va a servir como referencia para el desarrollo de los programas de cumplimiento en relación con los canales internos de denuncias y la tutela del informante. El informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de la LPPI emitido el 26 de mayo de 2022 ya señalaba que el texto proyectado no podía desvincularse de la figura del *legal compliance*, haciendo referencia a la responsabilidad de las personas jurídicas (en concreto, al art. 31 bis 2, 1ª y 2ª; 31 bis 5, 4ª y 31 quater d) CP). La existencia de una ley específica sobre canales de denuncia y la protección del informante ocupa un papel fundamental en el marco del *compliance*, ya que podrá ser considerada como guía para aplicar

³⁹ Durante estos años, se ha tenido en consideración el contenido de la UNE-ISO 37002:2021 sobre “Sistemas de gestión de la denuncia de irregularidades. Directrices”.

y evaluar el requisito cuarto del art. 31 bis 5 CP⁴⁰. La entrada de la LPPI en el sistema ha de servir no solo para proteger al denunciante, sino que debe tomarse como referencia para aplicar correctamente los requisitos relativos a los planes de cumplimiento como elemento que puede eximir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aunque el CP no se remite expresamente a la LPPI, nuestra tesis es que sus prescripciones deben ser comprendidas como criterios de interpretación válidos a tal efecto. El uso de esta norma favorecería el establecimiento de estándares claros en relación con los canales de denuncias y la efectividad de los mismos. En este sentido, creemos que la Ley *Whistleblower*, que impone obligaciones generales y específicas respecto de los sistemas de internos de información, se debe tomar también como una norma conectada al art. 31 bis 5 CP.

III. LA LEY WHISTLEBLOWER

1. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937

El origen de la LPPI es el mandato de la Directiva de la UE 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, que entró en vigor el 16 de diciembre 2019. La Directiva debería haberse transpuesto en los Estados miembros antes del 17 de diciembre de 2021; no obstante, pocos países cumplieron con el plazo establecido. En particular, la Comisión Europea inició en enero de 2022 un procedimiento de infracción contra España y otros países que aún no habían adaptado su normativa interna al contenido de la Directiva. Tras la respuesta de las autoridades españolas a la falta de transposición, la Comisión emitió un dictamen motivado en julio de 2022 a través del que quedaba constancia del compromiso de España de garantizar la aplicación de la Directiva. La Comisión, el 15 de febrero de 2023, presentó un recurso al Tribunal de Justicia de la UE por el incumplimiento de transposición de la Directiva por parte de España y otros países. Cinco días después, se aprobó en España la ya citada norma de transposición.

⁴⁰ Igualmente, LEÓN ALAPONT, J., *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 221. También, JERICÓ OJER, L., "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", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 25-08, 2023, pág. 4.

La Directiva 2019/1937 supuso una gran novedad, ya que no existía una normativa integral que estuviese dirigida a regular el funcionamiento de los canales de denuncias y la protección del denunciante. No obstante, en España podemos encontrar algunos precedentes en el uso del canal de denuncias en el sector público y privado⁴¹. En relación con este último, destacamos el *compliance* empresarial, ya que la utilización de los canales de denuncias venía aplicándose desde antes de la Directiva. Recordemos que estos canales son una herramienta fundamental de los modelos de cumplimiento, y por consiguiente, en la posible atenuación o exoneración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Con la aprobación de la LPPI el 20 de febrero de 2023 se incorpora al ordenamiento español el contenido de la Directiva⁴², que se traslada al Derecho nacional siguiendo en gran medida su estructura: distingue los mismos canales de denuncia, desarrolla de forma similar la gestión y diseño de cada uno de ellos, y garantiza la protección a los denunciantes a través de distintos medios. Algunas consideraciones de la Directiva 2019/1937 y de las aportaciones realizadas por el Grupo de Expertos de la Comisión al texto de la misma han sido reproducidas de forma idéntica en la LPPI. La norma europea debe además contemplarse como herramienta de interpretación en relación con las disposiciones de la LPPI de carácter abierto o indeterminado⁴³.

2. FINALIDAD Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

En el art. 1 LPPI se recoge la doble finalidad de la norma. En primer lugar, proteger a los que sufran represalias por utilizar sistemas de la información para denunciar acciones u omisiones contrarias a la normativa; y en segundo lugar, fortalecer la cultura de la información y de las infraestructuras que la facilitan para prevenir y detectar las amenazas al

⁴¹ Por ejemplo, el Preámbulo (I) de la LPPI, expone que previamente a la Directiva, algunas CCAA como Cataluña, Valencia, Islas Baleares, Navarra, Asturias o Andalucía, han puesto en funcionamiento herramientas para recibir comunicaciones de los ciudadanos que informan de irregularidades. Además, algunas regulaciones sectoriales (habitualmente del ámbito financiero o en defensa de la competencia), han abordado la cuestión de los canales de denuncias.

⁴² En España, el proceso comenzó con la publicación por del Anteproyecto de Ley el 4 de marzo de 2022; mees después, el 13 de septiembre de 2022 se aprobó el Proyecto de Ley, que fue remitido a las Cortes para su tramitación.

⁴³ DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Ley 2/2023, de Protección de los informantes. Problemas aplicativos desde una perspectiva laboral”, en *Labos: revista de Derecho del Trabajo y Protección social*, Vol. 4, núm. Extra 0, 2023, pág. 34.

interés público. En relación con los objetivos expuestos, una parte de la doctrina ha debatido si realmente los resultados que se persiguen con la aplicación de la nueva ley son exclusivamente los establecidos en el art. 1 LPPI, o si son otros, que ocupan una posición principal y no están incluidos en el precepto. En concreto, se ha puesto de manifiesto por algunos autores si una de las finalidades de la Ley –no incluida en el art. 1– es descubrir y perseguir delitos en las entidades públicas y privadas. Hay que tener en cuenta que la complejidad de algunos entramados societarios y el aumento de la delincuencia económica han dificultado la persecución de algunas conductas irregulares⁴⁴. Por ello, la colaboración de los ciudadanos es clave en el descubrimiento de delitos que se cometen especialmente en el ámbito empresarial⁴⁵. En ese sentido, JERICÓ OJER destaca la importancia que la LPPI otorga a la participación ciudadana en la persecución de delitos⁴⁶. El legislador promociona la conducta de la persona que denuncia una irregularidad a partir de la que se puede perseguir una infracción. A partir de esta idea, la autora expone que la nueva Ley protege a los informantes porque su aportación es esencial en el descubrimiento y la prevención del delito, garantizando de esta forma su situación⁴⁷.

El ámbito material de la LPPI se proyecta en la protección de las personas que informan sobre infracciones del Derecho de la Unión Europea, y también, sobre infracciones penales o administrativas graves o muy graves que conlleven un quebranto económico para la Hacienda o Seguridad Social. De este modo, el ámbito de aplicación de la LPPI es

⁴⁴ RAGUÉS I VALLÈS, R., y BELMONTE PARRA, M., “El incentivo de las denuncias como instrumento de prevención y persecución penal: presente y futuro del *whistle-blowing* en Chile”, en *Política Criminal: Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, Vol. 16, núm. 31, 2021, pág. 2, nos recuerdan que el interés público por incentivar las denuncias tiene su origen en EEUU, apareciendo sus antecedentes más próximos asociados al *criminal compliance*.

⁴⁵ RAGUÉS I VALLÈS, R., “¿Héroes o traidores?: la protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal”, en *Indret: revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2006, pág. 6, destaca que desde una perspectiva político-criminal la revelación de informaciones internas puede resultar muy beneficiosa. DOMINGO JARAMILLO, C., “La prevención de la corrupción en la administración pública a través de *whistleblowing* y la valenza de derechos”, en *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política* (dir. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2020, pág. 460, sobre la relevancia de las denuncias de los ciudadanos para detectar delitos.

⁴⁶ JERICÓ OJER, L., “Primeras aproximaciones a la Ley...”, *op. cit.*, pág. 5.

⁴⁷ *Vid. Supra*, pág. 7, además, la autora manifiesta que la LPPI convierte a los ciudadanos en el principal elemento para conseguir la eficacia de la norma, sin embargo, no debe olvidarse que los poderes públicos son los que tienen que averiguar y perseguir el delito.

más amplio que el que estaba previsto en la Directiva (de acuerdo con su carácter de norma de mínimos), haciéndose eco de esta circunstancia el propio Preámbulo (III) de la LPPI. Desde el punto de vista semántico, podría señalarse que el art. 2.1.b) LPPI –relativo a dicho ámbito– no es claro porque no determina si se está refiriendo por separado a las infracciones penales y administrativas cuando estas últimas sean graves o muy graves; o si se está aludiendo a las infracciones penales o administrativas, cuando cualquiera de ellas sea grave o muy grave. No obstante, y teniendo en cuenta que nuestro Código Penal no contiene infracciones penales muy graves, entendemos que cuando la LPPI hace referencia a la intensidad de la infracción es en relación con las infracciones administrativas⁴⁸. Igualmente, la doctrina ha criticado la formulación “en todo caso, se entenderán comprendidas todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebrantamiento económico para la Hacienda o para la Seguridad Social”. El legislador nos hace dudar sobre si protege al sujeto que informa de cualquier delito o tan solo de infracciones penales que conlleven un menoscabo a la Hacienda Pública o la Seguridad Social, es decir, de la comisión de delitos que estén comprendidos en el Título XIV del Libro II del Código Penal. A nuestro juicio debería incluirse cualquier delito, pues de lo contrario, quedarían fuera infracciones de especial relevancia como las estafas⁴⁹.

Respecto del ámbito de aplicación subjetivo, la LPPI señala en el art. 3.1 CP que rige con carácter general para las personas que trabajan en el sector privado o público y que comunican una infracción en un contexto laboral o profesional (autónomos, personas que pertenecen al órgano de administración, etc.). Además, la LPPI incluye en el apartado segundo una lista de sujetos a los que también se les aplicará la norma. A diferencia del primer grupo, en este segundo la relación que los sujetos tienen con dicho contexto laboral o profesional es menos intensa, inestable o incluso inexistente en la actualidad (becarios, voluntarios, o personas en periodos de formación, entre otros). Por último, cabe subrayar que el legislador no ha extendido la protección de la norma a cualquier ciu-

⁴⁸ Con mayor profundidad, LEÓN ALAPONT, J., *Canales de denuncia...*, *op. cit.*, pág. 290, el autor argumenta, apoyándose en el texto del Proyecto, que el legislador debería haber sido más preciso en este aspecto.

⁴⁹ *Vid. Supra*, pág. 292, ha calificado la disposición como “superflua”. A favor de una interpretación restrictiva, JERICÓ OJER, L., “Primeras aproximaciones a la Ley reguladora...”, *op. cit.*, pág. 14. Sobre esta cuestión también: VIGURI CORDERO, J., “Los retos de la protección de personas informantes en España tras la aprobación de la Ley 2/2023”, en *Revista Española de Transparencia*, núm. 17 (núm. Extraordinario), 2023, págs. 289 y 290.

dadano independientemente de su condición laboral o profesional⁵⁰. La delimitación de la LPPI favorece la admisión de denuncias veraces, pues de lo contrario, cabría la posibilidad de que se produjera una saturación de comunicaciones sin fundamento⁵¹.

3. SISTEMAS DE INFORMACIÓN

3.1. Canales de denuncia internos y externos

La LPPI distingue entre los canales externos e internos de información. Los primeros se regulan en el Título III. El legislador ha desarrollado el contenido de la Directiva 2019/1937 que contiene la obligación de establecer canales externos que garanticen “la exhaustividad, integridad y confidencialidad de la información, impedir el acceso a ella por el personal no autorizado y permitir un almacenamiento de duradero de la misma”⁵². Destacamos, en relación con la aplicación del sistema externo, el papel de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, esta novedosa figura se encarga de garantizar la autonomía e independencia del sistema. Dentro de los segundos, regulados en el Título II de la LPPI, se distingue entre sistema interno de información en el sector público y privado. Estos últimos son los que interesan más a este estudio, debido a su relación con el *compliance*. El art. 31 bis 5. 4º CP viene impulsando el desarrollo de canales de denuncia internos en el marco empresarial.

Según el art. 5 LPPI, el sistema externo e interno de la información: a) permite a los informantes la comunicación de las infracciones previstas en la Ley; b) está diseñado de manera segura para garantizar la confidencialidad; c) admite comunicaciones presentadas por escrito o verbalmente, o de ambas formas; d) debe integrar diferentes canales internos dentro de una misma entidad; e) debe garantizar su efectividad; f) debe

⁵⁰ Por su parte, VIGURI CORDERO, J., “Los retos de la protección...”, *op. cit.*, págs. 294 y 294, echa en falta “a las organizaciones que asisten o realizan actividades de apoyo o investigación junto a la persona informante, entre las que se incluyen asociaciones de protección a las personas informante u organizaciones no gubernamentales (ONG), entre otras”. FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., *Comentarios de la Ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 65, se pronuncia en relación con las personas jurídicas, manifestando que la Ley debería haber sido más ambiciosa y haber hecho también mención a éstas.

⁵¹ JERICÓ OJER, L., “Primeras aproximaciones a la Ley reguladora...”, *op. cit.*, pág., 16, considera que es “sensato” limitar la aplicación de la norma en este sentido.

⁵² Véase, el Preámbulo (III) de la LPPI.

distinguirse y ser independiente de los sistemas internos utilizados en otras entidades; g) debe tener un responsable; h) debe acompañarse de una política o estrategia que anuncie los principios generales del sistema de interno de información y de la protección del informante. Esta información debe ser publicitada; i) debe contar con un procedimiento para gestionar la información recibida; j) establecerá garantías para proteger a los informantes.

La LPPI señala en el art. 4.1 que el sistema interno debe utilizarse de forma preferente al externo. Sin embargo, el informante puede decidir si utilizar el canal externo o interno a tenor de las circunstancias que le rodean, entre las que se deben incluir factores personales, laborales, psicológicos, temor a represalias, etc.

3.2. *Especial referencia a los sistemas internos y su proyección en el ámbito privado*

A tenor de dicha preferencia legal y del mejor encaje de la nueva normativa con los programas de cumplimiento que ya establecían canales internos de denuncias en virtud de lo dispuesto en el Código Penal, asumimos un mayor interés por esta vía –la del canal interno–, que analizamos a continuación. De hecho, la LPPI viene a imponer obligaciones en este sentido a determinados operadores privados de gran relevancia económica y peso en el sistema; lo que justifica una atención particular al perfil de los mismos y a las reglas que deben observar en la gestión del canal interno de denuncias.

3.2.1. Entidades privadas obligadas a establecer canales internos

El art. 10.1 LPPI expresa que tendrán la obligación de aplicar el sistema interno de información: a) las personas jurídicas que tengan 50 trabajadores contratados o más; b) las personas jurídicas que se incluyan en el ámbito de aplicación de los actos de la EU en materia de servicios, productos y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales, entre otros; y, c) los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y fundaciones (siempre que dispongan de fondos propios). En los casos en los que una persona jurídica no esté obligada a través del apartado 1 a disponer de un canal de denuncias interno, puede adoptarlo igualmente; ahora bien, la implementación del sistema de la información en estas entidades se hará siguiendo los criterios de la LPPI (art. 10.2). Esta prescripción manifiesta una preocupación muy loable por parte del

legislador a la hora de establecer canales internos de denuncias, que en todo caso deben diseñarse respetando las normas a tal efecto (incluso en aquellas entidades que no tienen obligación de establecerlos). No obstante, la diferenciación entre personas jurídicas obligadas a llevar a término estos sistemas y las que no lo están genera en nuestra opinión un sistema a dos velocidades, que dificulta la identificación de conductas delictivas en el ámbito de las personas jurídicas no obligadas. Esta cuestión puede compensarse acudiendo a canales de denuncia externos, aunque el recurso a los mismos implica la superación de una cierta barrera psicológica que puede aminorar su efectividad. En todo caso, y siguiendo nuestra tesis principal, las personas jurídicas pueden encontrar en el establecimiento de estos canales internos una gran ventaja, como es el cumplimiento de las exigencias del CP a la hora de eximir o atenuar su responsabilidad penal.

En relación con los grupos de empresas la LPPI determina algunas obligaciones más concretas respecto a la adopción del canal de denuncias interno. Así, a) la sociedad dominante tendrá funciones específicas como aprobar una política general sobre el sistema interno de la información y a la protección de informante, respetando la autonomía e independencia de cada entidad que forma parte del grupo; b) el responsable del sistema podrá ser uno para todo el grupo o uno para cada sociedad que forme parte del grupo; c) el sistema de la información puede ser común para todo el grupo; d) se admitirá el intercambio de información entre los diferentes responsables de grupo.

El legislador, previendo los costes que supone para las pequeñas y medianas empresas la implantación de una canal de denuncias, ha permitido que puedan compartirse recursos. Ahora bien, solo podrán acceder a este beneficio las personas jurídicas que tengan entre cincuenta y doscientos cuarenta y nueve trabajadores. De esta forma, se pretende fomentar la aplicación y eficacia de los canales internos en relación con estos sujetos.

3.2.2. Gestión y procedimiento de los sistemas internos

De la gestión del sistema interno se puede ocupar la propia entidad o un tercero externo, siempre que acudir a esta figura no suponga un menoscabo de las garantías y requisitos que tiene que tener el canal (art. 6 LPPI). El art. 8 LPPI establece que, en relación con el sector privado, el órgano de administración está obligado a designar –y en su caso destituir o cesar– a una persona física que se ocupe de la gestión del sistema.

Incluso, se prevé la posibilidad de que se nombre un órgano colegiado, siempre que uno de sus miembros se ocupe de la gestión del sistema y de tramitar los expedientes. La persona física que actúe como responsable del sistema o la que desarrolle las funciones que le haya delegado el órgano colegiado tiene que ser un directivo de la entidad. Tal directivo actuará de manera independiente al órgano de administración o de gobierno de la persona jurídica⁵³. En situaciones excepcionales, se admite el desempeño ordinario de las funciones del responsable del sistema. De esta forma, podríamos cuestionarnos si en las empresas que tengan un modelo de cumplimiento puede desarrollar estas funciones el *compliance officer*. La duda queda despejada atendiendo al art. 8.9 LPPI, que permite que el *compliance officer* se encargue de esta gestión, aunque tan solo haga mención al “responsable de la función de cumplimiento normativo”.

El procedimiento de gestión de informaciones, que habrá sido redactado conforme a la LPPI, debe ser aprobado por el órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad. Una vez aprobado, el responsable del sistema responderá de su tramitación (art. 9.1 LPPI). Ahora bien, el legislador, en relación con el sistema interno de la información, no ha determinado cómo debe desarrollarse el procedimiento. En la LPPI sí encontramos desgornado el proceso correspondiente a la presentación de la información en el canal externo, pero no en el interno. Nos adherimos de esta manera a la crítica realizada por LEÓN ALAPONT que define esta situación como “incompresible”⁵⁴. El legislador debería haber aprovechado esta oportunidad (la que surgió a partir de la trasposición de la Directiva) para definir con mayor exhaustividad el proceso referente a la tramitación de la comunicación.

El contenido mínimo del procedimiento sí podemos encontrarlo en el art. 9.2 LPPI. En concreto, el procedimiento responderá al contenido y los principios siguientes: a) identificar el canal de información internos a los que está asociado; b) incluir información clara y accesible respecto a los canales externo de información; c) se enviará el acuse de recibo de la comunicación al informante; d) se determinará el plazo para responder a las actuaciones de la investigación; e) preverá la posible comunicación con el informante e incluso solicitarle, si fuese necesario, más información; f) se establece el derecho que tiene la persona afectada a que se le informe de las infracciones que se le atribuyen y poder ser oída; g) ga-

⁵³ Sobre los conocimientos que debe tener el Responsable del sistema, puede consultarse: FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., *Comentarios de la Ley 2/2023 reguladora de la protección...*, op. cit., pág. 102.

⁵⁴ LEÓN ALAPONT, J., *Canales de denuncia...*, op. cit., pág. 312.

rantizar la confidencialidad cuando se usen otros canales de denuncias u otras personas no responsables de su tratamiento; h) respetar la presunción de inocencia, el honor de las personas; i) proteger los datos personales; j) remitir la información de forma inmediata la Ministerio Fiscal o a la Fiscalía Europea cuando los hechos puedan ser constitutivos de delito.

En relación con los plazos, se ha determinado: el plazo de siete días naturales desde que se recibe la información para enviar acuse de recibo; y como regla general, el plazo de tres meses para contestar a la información desde que se recibió la comunicación –en casos excepcionales se podrá ampliar a ocho meses–⁵⁵.

Una de las cuestiones más debatidas gira en torno al apartado j) del art. 9.2 LPPI. El artículo señala que se remitirá la información al MF cuando los hechos “puedan ser indiciariamente constitutivos de delito” o a la Fiscalía Europea si afectan a los intereses financieros de la Unión. La doctrina ha criticado que el art. 9.2.j) LPPI no determina qué delitos son de los que se deben informar (si nos referimos a cualquier delito, ello puede provocar una saturación de comunicaciones). Llama también la atención la “inmediatez” con la que se exige que se traslade la información. Si atendemos a la regulación de los canales externos, observamos que el mismo mandato de remisión al MF se incluye en relación con el trámite de admisión (art. 18.2.c) LPPIC). De modo que, si se traslada esta exigencia al procedimiento interno, el equivalente sería que la remisión al MF se realizará después del análisis inicial de la veracidad del contenido de la información⁵⁶. De esta manera, podría entenderse el contenido del precepto, que *a priori* parece generar la obligación de remitir la información inmediatamente a la comunicación de la denuncia⁵⁷.

3.3. La admisión de la denuncia anónima

Una de las cuestiones más relevantes en relación con la Directiva de la UE 2019/1937 y su trasposición a la normativa española está relacionada con la denuncia anónima. El art. 6.2 y el considerando 34 de la Directiva permiten que los Estados miembros decidan si las entidades

⁵⁵ JERICÓ OJER, L., “Primeras aproximaciones a la Ley..., *op. cit.*, pág. 18, se muestra a favor de la ampliación de los plazos porque en caso contrario la gestión de la información podría ser “infructuosa”.

⁵⁶ SIERRA RODRÍGUEZ, J., “Los sistemas internos de información en la Ley 2/2023 de protección de personas informantes: un análisis jurídico ante su inmediata exigibilidad”, en *Revista vasca de gestión de personas y organizaciones públicas*, núm. 24, págs. 87 y 88.

⁵⁷ VIGURI CORDERO, J., “Los retos de la protección..., *op. cit.*, págs. 282 y 283.

jurídicas de los sectores privado y público pueden aceptar y, en su caso, seguir las denuncias anónimas. Además, el art. 9.1.e) de la Directiva señala que los procedimientos de denuncia interna tendrán un seguimiento diligente en relación con las denuncias anónimas cuando lo establezca el Derecho nacional. La Directiva abonó el debate sobre la posición que el legislador español adoptaría en la nueva Ley respecto a admisión de este tipo de denuncias. Debemos tener en cuenta que la doctrina ha discutido en numerosas ocasiones sobre la aceptación de esta forma de comunicación⁵⁸.

En el Preámbulo de la LPPI se hace un repaso de la normativa internacional y nacional que regula la admisión de las denuncias anónimas⁵⁹. En España, destacamos que la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales señala en el art. 24.1 que, a través de los sistemas de la información pueden ponerse en conocimiento de una entidad privada, incluso anónimamente, la comisión de infracciones. Además, el Preámbulo de la LPPI hace mención especial a la relevancia que tienen las denuncias anónimas en relación con los planes de cumplimiento pues “han colaborado a instituir un instrumento esencial para la *compliance* de una empresa y ha sido fundamental para poder recibir denuncias graves que de otra manera las personas trabajadoras y los colaboradores no se atreverían a señalar por temor a represalias en el caso de ser identificados”. En particular, en el art. 7.3 LPPI se admite en relación con los canales internos la presentación y tramitación de la comunicación anónima⁶⁰.

En el ámbito procesal penal, los art. 266 y 267 LECrim no admiten la denuncia anónima expresamente pero tampoco la prohíben. El Tribunal Supremo ha considerado que la información que se obtiene de forma anónima no encaja en el concepto estricto de denuncia, pero sí lo hace en el de *notitia criminis*. La jurisprudencia admite el inicio de diligencias de

⁵⁸ JERICÓ OJER, L., “Primeras aproximaciones a la Ley..., *op. cit.*, pág. 43, distingue entre los autores que consideran que la denuncia anónima es un instrumento útil para luchar contra la corrupción y proteger al informante; de la doctrina mayoritaria que se apoya en los riesgos que conlleva su admisión de esta comunicación, especialmente en relación al derecho de defensa.

⁵⁹ Además, en España antes de la entrada en vigor de la LPPI, también, el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, que introdujo en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, regula las comunicaciones anónimas en relación con el canal de denuncias interno. En el ámbito civil, se permitía la imposición de denuncias anónimas a través de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil.

⁶⁰ También la recepción de comunicaciones anónimas está permitida en función del contenido del art. 17.1 LPPI (esta última relacionada con el canal externo).

investigación con base en una *notitia criminis* anónima, siempre que se realice un análisis reforzado sobre la congruencia de sus argumentos y la verosimilitud de los datos que se suministran⁶¹. A pesar de que la LECrim actual no se posiciona sobre las denuncias anónimas, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado el 24 de noviembre de 2020 en el Consejo de Ministros señala que cuando un empleado o funcionario, en el seno del sector público o privado, hubiese informado de un hecho delictivo a través de un procedimiento de denuncia interna, la comunicación del hecho señalado a las autoridades podrá realizarla el responsable del canal de denuncia sin revelar la identidad del alertador, salvo que fuese especialmente requerido para hacerlo (art. 528.6). Aunque no se trata de una norma vigente, nos parece un criterio de interpretación adecuado en esta materia.

A favor de las comunicaciones anónimas, puede señalarse que su aceptación garantiza que la identidad del sujeto no se va a revelar, y ello promoverá la participación en el canal de denuncias. Aunque esta opción, la seguida por el legislador, nos parece la más operativa desde el punto de vista práctico, entendemos que también conlleva algunos riesgos. Es evidente que aceptar información anónima puede implicar el uso indiscriminado del canal de denuncia, que haya un mayor número de denuncias falsas, y también, que se planteen problemas durante el proceso judicial. La identificación del informante contribuye a que se haga efectiva su protección en caso de posibles represalias; y además, permite reunir más información sobre los hechos que han tenido lugar⁶². No obstante, son más los beneficios que los inconvenientes derivados de la admisión de este tipo de denuncias, y así se ha ponderado, con acierto, por la LPPI.

⁶¹ En este sentido, puede consultarse la STS de 11 de abril de 2013; y también, la STS de 6 de febrero de 2020, destacamos los hechos que en enjuiciaron en este último caso y que se desarrollan en un contexto empresarial en el que se admite una información recibida de forma anónima. Los hechos probados de la STS 6 de febrero, se resumen de la manera siguiente: tres trabajadores compraban chatarra con el objeto de transformarla en acero, pero se ponen de acuerdo con sus proveedores y la mezclan con estériles en un porcentaje superior al habitual del sector. De esta forma, generaron un fraude tasado en la responsabilidad civil a dos grupos de empresas de casi 800.000 euros. La estafa se destapa por un mensaje anónimo que recibe el Departamento de Derechos Humanos explicando el modus operandi de los implicados. La empresa no tenía ni canal de denuncias ni plan de cumplimiento; por ello, en la sentencia se pone de relieve la importancia que tiene la adopción de ambas herramientas, y se “abre la puerta” a la admisión anónima de información a través de los canales de denuncia.

⁶² Sobre estos extremos, véase el Anteproyecto de la LPPI.

4. LA PROTECCIÓN DEL INFORMANTE

La LPPI tiene marcado entre sus objetivos la protección de los informantes, incluso en los casos en los que hayan hecho la comunicación de manera anónima y después hayan sido identificados. En relación con la protección, la Ley no distingue si el informante ha utilizado el canal interno o externo de información. La tutela de los informantes está condicionada a la presentación de información sobre la que existan motivos razonables para pensar que es veraz, aunque no se hayan aportado pruebas. Respecto a esta exigencia, LEÓN ALAPONT manifiesta que se deben aportar evidencias que sostengan la versión del informante. Probablemente, el informante no pueda aportar pruebas materiales pero, al menos, sí debe mantener un discurso lógico, ordenado y serio⁶³. Además, la LPPI exige que la revelación de la información se haga conforme los canales y procedimientos establecidos (art. 35). En definitiva, la aplicación de medidas de protección va a depender del contenido de la denuncia y de cómo se haya realizado. Esto enlaza con el art. 35.2 LPPI –que difiere del art. 6.1 de la Directiva pero que ha sido avalado, en términos generales, por el Informe que hizo el CGPJ sobre el Anteproyecto– que excluye de la protección prevista a: las personas que hayan comunicado informaciones inadmitidas por un canal de denuncias; las informaciones que ya estén disponibles para la generalidad; las que sean rumores; entre otras. También, se ha debatido si debe otorgarse protección a los “arrepentidos”, pues la LPPI no especifica nada al respecto. Debemos tener en cuenta que la persona comunica que conoce de una infracción en la que ha participado, también puede sufrir represalias. Algunos autores, como JERICÓ OJER, han determinado que de *lege ferenda* debería de extenderse la aplicación de las medidas incluidas en el art. 35 y siguientes al “arrepentido”⁶⁴. Desde la óptica de maximizar la efectividad de la norma en orden a la revelación de conductas delictivas, sería aconsejable seguir dicha recomendación.

La LPPI establece dos grupos de medidas que se pueden desarrollar para proteger a los denunciantes. Podemos agruparlas en medidas de apoyo y medidas de protección frente a represalias. En relación con las primeras, se ofrece a las personas que han comunicado la infracción: información y asesoramiento sobre la protección de la que disponen; asistencia por parte de las autoridades competente, asistencia jurídica y apoyo financiero y psicológico (art. 37.1 LPPI). Estas medidas serán

⁶³ LEÓN ALAPONT, J., *Canales de denuncia...*, *op. cit.*, págs. 294 y 295.

⁶⁴ JERICÓ OJER, L., “Primeras aproximaciones a la Ley...”, *op. cit.*, pág. 17.

prestadas por la Autoridad Independiente de Protección del Informante (A.A.I), y en su caso, los órganos competentes de las CCAA.

Sobre las segundas, esto es, las medidas de protección frente a represalias del art. 38 LPPI, debemos detenernos un poco más. La propia LPPI le dedica más contenido a este tipo de medidas que van precedidas de la delimitación del término “represalia” (art. 31 LPPI). Las represalias a las personas que hayan presentado la información están expresamente prohibidas. La LPPI define “represalias” como “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 una desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes, o haber realizado una revelación pública”⁶⁵. RAGUÉS I VALLÈS señala que las represalias habitualmente provendrán de la misma empresa u organización denunciada. Generalmente –puntualiza el autor–, van a consistir en la frustración de legítimas expectativas laborales del sujeto o, incluso, en su despido⁶⁶. Además de la definición, la LPPI incluye una enumeración de conductas que van a ser consideradas represalias (terminación anticipada del contrato, denegación de ascenso, coacciones, discriminación...). La Ley no determina cuál es el plazo en el que se van a aplicar las últimas medidas, pero sí señala que si transcurridos dos años, la persona que ve lesionados sus derechos por haber realizado la comunicación, puede solicitar que se extienda el periodo de protección sin limitación de plazo⁶⁷. De modo que, del precepto 36.4 LPPI se extrae implícitamente que las medidas se aplicarán de manera automática durante dos años.

En relación con las medidas de protección frente a represalias, ha surgido un debate que tiene su origen en el contenido de la Directiva 2019/1937, a partir del cual se ha planteado si los informantes pueden tener algún tipo de responsabilidad. El art. 38.1 LPPI es claro al respecto: “no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo”. Esta exención queda condicionada bajo el siguiente tenor: “siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública de dicha información era necesaria para revelar la acción u omisión”. No obstan-

⁶⁵ UZAL SÁNCHEZ, A., “La tutela del *whistleblower* frente a las represalias empresariales: una laguna en el ordenamiento jurídico español”, en *Estudios de Deusto: Revista de Derecho público*, Vol. 71, núm. 1, pág. 373, destaca la inclusión de un concepto eminentemente laboral, lo facilita confirmar que la LPPI se proyecta a la tutela del informante principalmente en el ámbito laboral.

⁶⁶ RAGUÉS I VALLÈS, R., “¿Héroes o traidores?..., *op. cit.*”, pág. 9.

⁶⁷ El Anteproyecto de Ley tan solo ampliaba la tutela por dos años.

te, dicha exención no contempla la responsabilidad penal, expresamente excluida en el mencionado precepto. A este respecto puede dudarse si el legislador español ha cumplido el mandato de la Directiva, que en su art. 21.2 excluye “cualquier tipo de responsabilidad”. De acuerdo con un sector doctrinal, entendemos que el legislador español ha actuado contra un mandato claro y preciso de la Directiva⁶⁸, con las consecuencias que ello puede conllevar a efectos de la tutela judicial de los afectados por la norma.

La segunda cuestión que se ha puesto en tela de juicio es si la forma en la que el informante ha accedido o adquirido la información puede generar responsabilidad. La regla general es que los informantes no tendrán responsabilidad, salvo que para llegar hasta la información se haya cometido un delito (art. 38.2 LPPI)⁶⁹.

La LPPI hace ciertas aclaraciones respecto a los procedimientos judiciales laborales y civiles (art. 38. 4 y 5 LPPI)⁷⁰, en las que no entramos por exceder los objetivos de este trabajo.

A pesar de que la rúbrica del Título VII “medidas de protección” nos lleva relacionarlo automáticamente con la tutela del denunciante, en esta parte de la LPPI también –acertadamente– hay medidas dedicadas a la protección de las personas afectadas. Los sujetos que son objeto de la información suministrada también van a estar protegidos, pues la LPPI en su artículo 39 determina que: “tendrán derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y al derecho de acceso al expediente en los términos regulados en esta ley, así como a la misma protección estableci-

⁶⁸ FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., *Comentarios de la Ley 2/2023 reguladora de la protección...*, *op. cit.*, pág. 216, determina que el contenido del art. 38.1 LPPI, la referencia a la responsabilidad penal, es contraria a la Directiva. JERICÓ OJER, L., “Primeras aproximaciones a la Ley...”, *op. cit.*, pág. 30 a 36, pone de manifiesto que el informante puede incurrir en delitos contra la intimidad, delitos relativos al mercado y los consumidores, violación de secretos por parte de la autoridad y funcionario, delito de descubrimiento y revelación de secretos, entre otros; y ante esto, no existe un régimen jurídico que pueda dispensar al informante.

⁶⁹ LEÓN ALAPONT, J., *Canales de denuncia...*, *op. cit.*, pág. 301, trae a colación la doctrina reiterada del Tribunal Supremo citando para ello la STS 116/2017, de 23 de febrero, que ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 97/2918, de 16 de julio, y nos recuerda que no en todas las ocasiones que se vulnera el art. 11 LOPJ.

⁷⁰ SIERRA RODRÍGUEZ, J., “Los sistemas internos de información...”, *op. cit.*, pág. 75, determina que la cláusula abierta del art. 38.1 LPPI, colisiona con el apartado 5, en el que se reitera la exención de responsabilidad en los procesos judiciales en general, citando algunos en particular. El autor aboga por una modificación del Código Penal, pues considera que el apartado 5 tan solo contiene una declaración de intenciones.

da para los informantes, preservándose su identidad y garantizándose la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento”.

Además, la LPPI ofrece otros beneficios a las personas que han participado en la infracción e informan de su existencia (“programas de clemencia”), pues cabe la posibilidad de que se exima o atenúe el cumplimiento de la sanción administrativa que le corresponda cuando concurren alguna de las circunstancias del art. 40.1 LPPI.

IV. CONCLUSIONES

La posibilidad de atenuar o eximir la responsabilidad penal de las personas jurídicas depende, entre otras cuestiones, de la implementación de los llamados modelos de cumplimiento, a los que hemos hecho referencia en este trabajo. Los *compliance programs* deben contener a tal efecto, al menos, las directrices marcadas por el art. 31 bis 5 CP. Entre tales requisitos se encuentra la obligación de establecer canales para permitir la comunicación de posibles riesgos e incumplimientos que tengan lugar en la empresa (art. 31 bis 5. 4º CP). Sin embargo, el precepto no indica cómo se va a desarrollar este mandato ni las garantías que tendrá la persona que acuda a dichos mecanismos. Por este motivo, la entrada en vigor de la LPPI es de gran relevancia para el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, revelándose como un instrumento adecuado para dar solución a algunas de las cuestiones que hasta el momento han permanecido sin respuesta. Esta apreciación, que es el fundamento de este trabajo, tiene grandes implicaciones prácticas pues supone la integración de una norma vaga e imprecisa del Código Penal, encontrándose en dicha Ley los elementos necesarios para interpretar los requisitos y condiciones de los canales de denuncia y, por ende, de la posibilidad de eximir o atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El sistema que instaura la LPPI para la protección del informante no es una cuestión desconectada del Código Penal, sino que debe acudir a ella para aplicar sus prescripciones en la materia aludida.

La Ley nos ayuda a interpretar algunos aspectos del art. 31 bis 5. 4º CP, pudiendo tomarse como referencia, entre otros, para delimitar qué sujetos están obligados a comunicar la información (art. 3 LPPI). También, –y esto es muy importante– regula la protección de informante; en ese sentido, la LPPI establece detalladamente los derechos y garantías de los que dispone el sujeto que ha proporcionado la información, con el objetivo principal de evitar que éste pueda ser objeto de represalias. El carácter garantista de la norma lleva a regular en este caso no solo la

protección del informante, sino también a establecer una serie de medidas tuitivas de las personas afectadas por la denuncia.

Sin embargo, y a pesar de los beneficios que se derivan de la aplicación de la Ley 2/2023, se han expresado aquí también algunas lagunas existentes en la norma. A nuestro juicio, se trata de una ley que podría haber sido más ambiciosa en relación con algunas materias que quedan descuidadas en el texto. En concreto, sorprende que el legislador no haya establecido con mayor detalle el proceso de tramitación de la información en los canales internos del sector privado. Si bien es claro que la naturaleza del canal externo –desarrollado en el marco de una Autoridad Independiente– aconsejaba una regulación específica, ello no obstaba a una mayor concreción en el proceso de aceptación y tramitación de la información en los canales de denuncia internos.

Más allá de los aspectos que pueden criticarse de esta normativa, la LPPI adapta el ordenamiento español a la legislación europea, y en particular a la Directiva 2019/1937, estableciendo un marco general sobre el que reinterpretar algunas disposiciones básicas en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, fundamentalmente el art. 31 bis 5. 4º CP; al tiempo que ofrece protección a los informantes en el marco de las infracciones cometidas en determinados contextos empresariales.