

RAMON RAGUÉS I VALLÈS

Catedrático de Derecho Penal.  
Universitat Pompeu Fabra

***WHISTLEBLOWING***

**Una aproximación desde el Derecho Penal**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2013

# ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS .....	13
INTRODUCCIÓN.....	15

## CAPÍTULO I EL FOMENTO DE LAS DENUNCIAS COMO ESTRATEGIA POLÍTICO-CRIMINAL

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL TRABAJO.....	19
2. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL <i>WHISTLEBLOWING</i> .....	23
2.1. Orígenes del fenómeno en los Estados Unidos.....	24
2.2. Expansión internacional del fenómeno.....	29
3. EL FOMENTO DE LAS DENUNCIAS COMO INSTRUMENTO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENCIÓN DEL DELITO.....	34
3.1. Medios para incentivar las denuncias.....	40
3.2. La imposición del deber de denuncia y la eventual sanción de su incumplimiento .....	42
3.2.1. El deber de denuncia: marco legal .....	42
3.2.2. La imposición o reforzamiento del deber de denuncia: va- loración .....	50
3.3. La promesa de recompensas.....	54
3.3.1. La previsión de recompensas en el Derecho vigente.....	55
3.3.2. Pros y contras de incentivar económicamente las de- nuncias.....	57
3.4. El ofrecimiento de protección .....	59
3.4.1. Medios para proteger al empleado denunciante.....	60
3.4.2. Valoración de las medidas de protección .....	66
3.5. Posible atenuación de sanciones penales o de otro tipo.....	67
3.6. Otros recursos: facilitación de los medios, formación.....	70
3.7. ¿Qué sistema de incentivos es más adecuado? .....	72
3.8. Recapitulación y conclusiones .....	74

	Pág.
3.8.1. ¿Una política criminal basada en el fomento de las denuncias? .....	75
3.8.2. El sistema de incentivos: un posible modelo.....	81

CAPÍTULO II  
**LOS SISTEMAS DE DENUNCIA EN LA EMPRESA**  
 («**WHISTLEBLOWING** INTERNO»)

1. LOS PROCEDIMIENTOS INTERNOS DE DENUNCIA: CONSIDERACIONES PRELIMINARES .....	85
2. LOS SISTEMAS DE DENUNCIA INTERNA COMO MANIFESTACIÓN DEL <i>WHISTLEBLOWING</i> .....	90
2.1. Primeras manifestaciones en los Estados Unidos .....	91
2.2. Expansión internacional de los sistemas de denuncia .....	94
2.3. Introducción en España.....	99
2.4. Posibles objeciones a los sistemas internos de denuncia .....	100
3. SISTEMAS INTERNOS DE DENUNCIA Y RESPONSABILIDAD PENAL.....	103
3.1. Consecuencias en la responsabilidad penal de personas físicas .....	103
3.2. Consecuencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas .	108
3.2.1. Sistemas internos de denuncia y ejercicio del control debido sobre los subordinados (art. 31 <i>bis</i> 1 inciso II CP).....	109
3.2.2. Sistemas internos de denuncia como factor de atenuación [art. 31 <i>bis</i> 4.d) CP].....	112
4. EL PROCEDIMIENTO INTERNO DE DENUNCIA COMO ELEMENTO A CONSIDERAR PARA UNA POSIBLE EXENCIÓN O ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL: REQUISITOS...	114
4.1. Potenciales denunciadores: empleados y terceras personas. La confidencialidad y el anonimato .....	116
4.1.1. Los trabajadores como principales destinatarios de los sistemas de denuncia .....	116
4.1.2. Otros posibles denunciadores.....	121
4.1.3. Anonimato y confidencialidad.....	122
4.2. Sujetos y hechos susceptibles de ser denunciados .....	126
4.3. El receptor de las denuncias .....	128
4.4. Los canales de denuncia .....	133
4.5. La investigación interna como primera respuesta a la denuncia ....	135
4.6. Reacciones de la empresa si la investigación interna confirma la credibilidad de la denuncia.....	138
4.6.1. Respuesta respecto del hecho denunciado y sus responsables.....	139
4.6.2. Correcciones en el sistema de denuncia preexistente.....	142

	Pág.
5. LOS PROCEDIMIENTOS DE DENUNCIA EN LA ADMINISTRACIÓN: PARTICULARIDADES .....	143
6. BALANCE .....	145

## CAPÍTULO III

**LAS DENUNCIAS A DESTINATARIOS AJENOS A LA PROPIA ORGANIZACIÓN («WHISTLEBLOWING EXTERNO»)**

1. LAS DENUNCIAS EXTERNAS: CONSIDERACIONES PRELIMINARES .....	147
1.1. Concepto y razones de las denuncias externas .....	149
1.2. Clases de denuncias .....	150
2. ¿PRIORIDAD DE LAS DENUNCIAS INTERNAS? .....	155
3. RELEVANCIA JURÍDICA DEL <i>WHISTLEBLOWING</i> EXTERNO .	159
3.1. <i>Whistleblowing</i> y conflicto de intereses .....	159
3.2. Características de la información revelada y grado de protección jurídica .....	161
4. RELEVANCIA EXTRAPENAL DEL <i>WHISTLEBLOWING</i> EXTERNO .....	166
4.1. Derecho laboral .....	166
4.1.1. Consecuencias jurídico-laborales de la denuncia externa de irregularidades con trascendencia penal .....	167
4.1.2. Consecuencias laborales de la denuncia externa de irregularidades sin trascendencia penal .....	173
4.2. Denuncias de empleados públicos .....	184
4.2.1. Marco normativo aplicable .....	185
4.2.2. Interpretación judicial: límites a las denuncias de los empleados públicos .....	187
Excurso: la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso <i>Garcetti vs. Ceballos</i> .....	194
4.3. Otras posibles consecuencias jurídicas del acto de denuncia .....	195
4.4. Recapitulación: valoración del tratamiento extrapenal de la cuestión .....	198
5. RELEVANCIA PENAL DEL <i>WHISTLEBLOWING</i> EXTERNO .....	200
5.1. Conductas de revelación penalmente típicas .....	200
5.1.1. Casos relevantes y tipos aplicables .....	200
5.1.2. Problemas específicos de tipicidad .....	204
5.2. La antijuricidad penal de las denuncias externas: posibles causas de justificación aplicables .....	206
5.2.1. Alcance de la legítima defensa .....	207

5.2.2.	Posible aplicación del estado de necesidad justificante .....	209
5.2.3.	Cumplimiento de un deber.....	219
5.2.4.	¿Ejercicio legítimo de un derecho? .....	222
5.3.	Denuncias de hechos falsos .....	229
6.	RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES .....	232

### **FUENTES CITADAS**

LIBROS, ARTÍCULOS Y CAPÍTULOS DE LIBRO.....	237
INFORMACIÓN OBTENIDA DE PÁGINAS WEB DE INSTITUCIONES O EMPRESAS.....	246

## INTRODUCCIÓN

Mientras estoy escribiendo las últimas páginas de este libro, la oficina de prevención de riesgos laborales de mi Universidad ha tenido a bien enviarme un mensaje de correo electrónico informándome de que, a resultas de la aprobación de un código de conducta interno, se ha abierto en el centro un procedimiento de «prevención y solución de conflictos provocados por conductas inadecuadas», entendiéndose por tales los actos de violencia, acoso o discriminación. En el mensaje se me informa de que, si he sido víctima o testigo de tales hechos, puedo denunciarlos por varios medios a fin de que se intenten esclarecer por parte de una comisión permanente de investigación de conflictos que elevará sus conclusiones al rector para que éste posteriormente decida acerca de las consecuencias jurídicas. En todo este proceso se me garantiza confidencialidad para el caso de que me decida a informar.

Éste ha sido mi primer contacto, en tanto que empleado público, con un procedimiento interno de denuncia del que soy potencial usuario, una experiencia que en las últimas décadas han vivido millones de trabajadores repartidos por todo el planeta. La implantación de estos sistemas se enmarca en una tendencia más amplia, consistente en intentar convertir a los empleados, tanto públicos como del sector privado, en informantes o *whistleblowers* —por emplear la frecuente expresión inglesa— acerca de las conductas ilícitas que se llevan a cabo por parte de sus compañeros o superiores en la empresa o en la administración. Un fenómeno que resulta interesante desde perspectivas muy diversas, jurídicas o no, y que, por supuesto, debe atraer también la atención de los penalistas: no en vano, uno de los principales objetivos de fomentar las denuncias es descubrir y prevenir posibles delitos. Cómo deben diseñarse estos sistemas o qué tratamiento jurídico debe dispensarse a quien cuenta con ellos sí, de todos modos, se comete un delito en su organización son cuestiones que serán analizadas en las siguientes páginas.

Mientras escribo también estas líneas la prensa informa del caso de Hervé Falciani, antiguo empleado de la banca suiza que decidió sustraer los datos de numerosos evasores fiscales que, supuestamente, tenían su dinero depositado en entidades de aquel país y entregarlos a las autoridades de varios Estados, entre ellos España. En este caso, nos encontramos ante la figura

del *whistleblower* que decide, al margen de los posibles sistemas internos de denuncia, revelar la información de la que dispone a terceros ajenos a su propia compañía, una actuación cuya valoración jurídica resulta sumamente compleja. No en vano, Falciani es considerado colaborador de las autoridades españolas a la vez que Suiza reclama su extradición —finalmente denegada— por haber cometido diversos delitos con su acto de revelación de información confidencial. La lista de casos recientes que presentan una estructura similar es extensa e incluye escándalos tan sonados como el de la organización *WikiLeaks* o el del antiguo empleado de la CIA Edward Snowden.

Si bien en lengua inglesa existen incontables trabajos sobre el tratamiento jurídico del *whistleblowing* y el tema empieza a merecer una creciente atención de los juristas alemanes, todavía son muy pocos los trabajos que, en lengua española y desde un enfoque jurídico-penal, se han ocupado de la materia. Seguramente en ello influya que esta decisión de los poderes públicos y las empresas de fomentar las denuncias sea todavía muy reciente en España y Latinoamérica. Sin embargo, como muestra el ejemplo de mi propia Universidad o el caso de Falciani, lo que hasta hace unos años era sólo un fenómeno propio de países anglosajones se está extendiendo de forma imparable por Europa y la totalidad del continente americano y, por tanto, es sumamente necesario prestarle atención.

El presente trabajo pretende aproximarse a este tema desde una doble perspectiva: político-criminal y dogmática. Desde el primer enfoque se abordarán —fundamentalmente en el primer capítulo del libro— las dudas que suscitan unas políticas públicas de prevención del delito que pretenden convertir a cualquier persona en denunciante de las irregularidades que pueden haber cometido sus conciudadanos y que, con tal fin, se valen de los más diversos estímulos para que se lleven a cabo las correspondientes delaciones. Desde la perspectiva dogmática se analizarán fundamentalmente otras dos cuestiones cuyo estudio coincide con los capítulos segundo y tercero de la presente obra: la primera, particularmente interesante en un contexto de creciente implantación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es la relativa a cómo la introducción en una empresa de sistemas internos de denuncia puede influir en la responsabilidad de ésta o de las personas que trabajan en ella; por su parte, la segunda tiene por objeto las responsabilidades en las que puede incurrir el sujeto que decide denunciar al margen de tales sistemas revelando información reservada de su propia organización.

Como tantas otras cosas, debo también mi interés por este tema a mi querido y admirado maestro, Jesús-María Silva, quien allá por el año 2006 me propuso que presentara sobre la cuestión una ponencia en el seminario de penalistas de mi Universidad. Aquella ponencia versó fundamentalmente sobre la cuestión de la responsabilidad penal del denunciante que revela información confidencial de su propia organización, que era la situación que

entonces tenía más interés para el Derecho español. Posteriormente, en 2011 presenté un segundo trabajo centrado en los sistemas internos de denuncia en la empresa cuando ya había entrado en vigor la Ley Orgánica 5/2010 que estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la trascendencia práctica del tema se había incrementado notablemente.

Esta segunda ponencia y la publicación de este libro son el resultado, entre otros, del proyecto de investigación «Nuevos fenómenos regulatorios y responsabilidad penal en la empresa», financiado por el Ministerio de Educación y que entre 2008 y 2013 hemos desarrollado los profesores de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra. A todos los profesores y estudiantes que participaron en las sesiones de trabajo de dicho proyecto —y a los que asistieron a la exposición de mis ponencias en otros foros, como la Universidad de Barcelona, la Universidad Austral o la Universidad de Talca— mi agradecimiento sincero por todos los comentarios y observaciones, gratitud que hago especialmente extensiva a quienes me han orientado y proporcionado interesantes referencias sobre ciertos aspectos de la presente investigación, especialmente a Albert Estrada en materia de secretos de empresa.

Éste es el primer libro que publico en la colección «Derecho penal y Criminología», que tengo el honor de codirigir con mis queridos colegas Íñigo Ortiz de Urbina y Luis Greco, y no puedo dejar de agradecer a Marcial Pons y en especial a Juan José Pons la confianza depositada tanto para la publicación de esta obra como, especialmente, para la dirección de la colección. Mi gratitud también para Chris Christoffersen, nuestro interlocutor diario en la editorial y la persona encargada de velar por la pulcritud de los textos.

He redactado el presente libro en varias fases entre 2006 y 2013 aprovechando los huecos que me ha dejado mi actividad docente y, desde 2009, la absorbente tarea de implantar y dirigir el Máster Universitario en Abogacía de la Universitat Pompeu Fabra. Sin la ayuda de Joan Carles Seuba y Giulia Grigolo, con quienes he gestionado el día a día del curso y a quienes he podido confiar tantas tareas, estas páginas probablemente no habrían visto la luz. Finalmente, gracias a Isabel, Anna, María y Judit por estar a mi lado todo este tiempo y perdonarme las incontables horas que les he robado con este libro.

*Sant Cugat, 25 de julio de 2013*

## CAPÍTULO I

# EL FOMENTO DE LAS DENUNCIAS COMO ESTRATEGIA POLÍTICO-CRIMINAL

### 1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL TRABAJO

La palabra inglesa *whistleblower* se traduce literalmente al español como «el que toca el silbato»<sup>1</sup>. La expresión se utiliza para hacer referencia a quienes denuncian un determinado hecho ilícito, según suele afirmarse, por analogía con los antiguos policías ingleses, que hacían sonar su silbato cuando advertían la presencia de un posible delincuente<sup>2</sup>. La palabra no puede traducirse literalmente al español y no tiene tampoco un término castellano equivalente. A menudo se traduce como «chivato», «soplón» o «delator», pero éstas son expresiones que tienen un marcado matiz peyorativo que no parece que contenga la expresión inglesa<sup>3</sup>. Por ello, en ocasiones prefiere utilizarse como traducción expresiones más neutras, como pueden ser «denunciante», «informador» o «informante», aunque con las dos últimas se pierde seguramente el matiz de que la información que se revela esté relacionada con algún tipo de actividad ilícita<sup>4</sup>. Probablemente la

---

<sup>1</sup> Algunos autores prefieren la expresión «*whistle-blower*»: por ejemplo, FELDMAN/LOBEL, *TLR*, 88 (2010), pp. 1151-2011. Otros ocasionalmente «*whistle blower*»: por ejemplo, BOUVILLE, *JBE*, 81 (2008), p. 584. Algunas referencias etimológicas en SCHEMME/RUHMANNSEDER/WITZIGMANN, *Hinweisgebersysteme*, p. 3.

<sup>2</sup> Cfr. CAVICO, *STLR*, 2003-04, p. 548; y LUTTERBACH, *Die strafrechtliche Würdigung*, p. 3.

<sup>3</sup> Según el Diccionario de la Real Academia, «soplón» o «chivato» —expresiones consideradas sinónimas— es aquella persona que «acusa en silencio y cautelosamente», características que no siempre concurren en los *whistleblowers*, quienes, a veces con gran revuelo, difunden sus denuncias directamente a la opinión pública a través de los medios de comunicación.

<sup>4</sup> JUBB, *JBE*, 21 (1999), p. 79. La *Technical Guide* de 2009 que desarrolla la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* prefiere referirse a los *whistleblowers* (p. 105) como «personas denunciante» (*reporting persons*), pues la primera es una «expresión coloquial que no puede traducirse de manera adecuada y precisa a muchas lenguas». Por su parte, el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos traduce la expresión al español en alguno de sus documentos como «denunciante interno» (por ejemplo, <http://www.osba.gov/Publications/factsheet-whistleblower-consumer-product-industry-workersSP.pdf>). En algunos trabajos se habla de «denunciante cívico» (NIETO MARTÍN, *NDP*, 2008, p. 15) o de «informantes internos» (BERMEJO, *RDP*, 4 [2013], pp. 49 y ss.; y RAGUÉS I VALLÉS, *InDret*, 2006, pp. 1 y ss.).

dificultad para encontrar una expresión tan concreta y al mismo tiempo tan plástica como la inglesa explica el éxito de la palabra original, que ya se ha convertido en el término por excelencia para referirse al fenómeno del que se ocupará el presente libro. En las páginas que siguen se utilizarán como equivalentes —según la ocasión y el contexto— todas las palabras acabadas de mencionar.

La expresión no tiene tampoco una traducción fácil a otras lenguas como el alemán y, por ello, también en los trabajos publicados en este idioma suele emplearse la expresión inglesa<sup>5</sup>. Algún analista apunta a que el hecho de que los equivalentes más directos en alemán sean expresiones como «*Informant*», que tienen una connotación negativa, podría explicar el que estos sujetos sean vistos con un cierto recelo en aquel país<sup>6</sup>.

Si bien en el lenguaje cotidiano la expresión puede utilizarse para hacer referencia a cualquier denunciante, en contextos jurídicos el término *whistleblower* suele emplearse para aludir a *aquellos miembros o antiguos miembros de una determinada organización pública o privada que denuncian prácticas ilícitas —o poco éticas— llevadas a cabo por la propia organización o por sujetos que forman parte de ella poniendo en conocimiento tales hechos, según los casos, de sus superiores, de las autoridades o de terceras personas*<sup>7</sup>. La relación entre el sujeto denunciante y una determinada empresa o administración pública es un rasgo de esta figura que le atribuye un carácter específico dentro del concepto más amplio de denunciante, entendido este último como todo aquel que da a conocer hechos de los que ha tenido conocimiento no necesariamente referidos a la actuación de un determinado ente colectivo, público o privado<sup>8</sup>. Otra característica importante es que el *whistleblower* no desempeñe dentro de la organización a la que pertenece funciones específicas de control, investigación o denuncia respecto de los hechos de los que informa: en consecuencia, tal condición no puede predicarse, por ejemplo, del jefe de un departamento que, en cumplimiento de las

---

<sup>5</sup> Cfr. LUTTERBACH, *Die strafrechtliche Würdigung*, pp. 3 y ss., así como SCHEMMEL/RUHMANNSEDER/WITZIGMANN, *Hinweisgebersysteme*, p. 5, quienes proponen como expresión alemana más adecuada «Hinweisgeber/in».

<sup>6</sup> Cfr. el artículo publicado por el periodista Michael KNIGGE para *Deutsche Welle* (<http://www.dw.de/europe-us-take-different-approaches-to-whistle-blowing/a-5965148>). Ver también STRACK, «Whistleblowing in Germany», p. 3. Más detalles sobre la controversia que suscita la actuación de estos sujetos en Alemania *infra* en cap. I, 2.2 y cap. II, 2.2.

<sup>7</sup> Otras definiciones en G20 ANTI-CORRUPTION ACTION PLAN, *Action Point 7*, pp. 7 y ss.; LUTTERBACH, *Die strafrechtliche Würdigung*, pp. 4 y ss. y p. 45 (aunque esta autora, *ibid.*, p. 39, concluye afirmando que no es posible encontrar una definición inequívoca que abarque todos los usos que suelen hacerse de la expresión); JUBB, *JBE*, 21 (1999), p. 78; BLONDER, *CJE*, 29 (2010), p. 258; SCHEMMEL/RUHMANNSEDER/WITZIGMANN, *Hinweisgebersysteme*, p. 3; y CHIU, *JBE*, 43(2003), p. 65, con referencias adicionales.

<sup>8</sup> En tal sentido afirma RAUHOFER, «Blowing the Whistle», p. 4, que «la posición del informante como un *insider* de la organización es un factor clave en la determinación de la protección que merece».

obligaciones de su cargo, comunica a la dirección general de la empresa que sus subordinados han cometido una determinada irregularidad<sup>9</sup>.

Finalmente, otro rasgo importante es que el hecho denunciado debe haberse realizado en la actividad de la organización a la que pertenece el sujeto concurriendo lo que *prima facie* podría caracterizarse, en el momento de la denuncia, como *una cierta apariencia de responsabilidad por parte de la organización o de quienes la dirigen o integran*. Ello tiene como consecuencia el que, por ejemplo, no queden abarcados por el concepto de *whistleblower* habitualmente empleado los casos de denuncia de hechos cometidos por usuarios de un determinado servicio o clientes de una empresa, como sucede respecto de los deberes de comunicación que tienen ciertos profesionales en materia de blanqueo de capitales (cfr. *infra* 3.2.1.2).

Algunos estudios sobre la materia añaden el requisito de que la información revelada tenga «interés público»<sup>10</sup>. Sin embargo, la utilidad de esta exigencia para precisar el alcance de la presente figura es cuestionable: si interés público se atribuye a toda aquella información que puede dar origen a un procedimiento penal o administrativo, este requisito prácticamente carece de capacidad delimitadora; sí, por el contrario, se equipara el interés público con la capacidad de atraer la atención de los medios de comunicación de masas, se restringe excesivamente la definición.

La presente obra se propone reflexionar sobre la figura del *whistleblower* a propósito de la creciente tendencia en la política criminal contemporánea de fomentar de diversas maneras la actuación de estos sujetos y convertirla, según suele decirse, en un *instrumento básico de prevención y descubrimiento de comportamientos delictivos, especialmente de los relacionados con la empresa y la corrupción en la administración pública*. Dicho análisis no sólo se acometerá desde un enfoque estrictamente político-criminal, sino también dogmático, es decir, se estudiarán las consecuencias jurídico-penales que puede tener la actuación de estos individuos en la declaración y la graduación de las responsabilidades penales de terceros (ya sean personas físicas o jurídicas) o de ellos mismos. A tal efecto, el libro se dividirá en tres grandes bloques temáticos, que se corresponden con sus respectivos tres capítulos:

1) Tras una breve presentación del fenómeno (apartado 2), este *primer capítulo* se ocupará fundamentalmente de analizar los diversos medios a los que pueden recurrir los poderes públicos para fomentar la presentación de denuncias por parte de personas distintas de la víctima o los perjudicados por un determinado delito (apartado 3). En todas estas páginas se reflexionará, en general, acerca de hasta qué punto puede ser considerada útil y legítima una política criminal que apueste de manera decidida por incentivar las delaciones.

---

<sup>9</sup> En tal sentido JUBB, *JBE*, 21 (1999), p. 79.

<sup>10</sup> Por ejemplo G20 ANTI-CORRUPTION ACTION PLAN, *Action Point 7*, p. 8.