

Las recompensas económicas al alertador (whistleblower). ¿Límite infranqueable o justa contraprestación?

Beatriz García-Moreno¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumen: Este artículo analiza las estrategias político-criminales de incentivo de denuncias en entidades públicas y privadas, en particular los sistemas de protección de alertadores. Se analizan los argumentos utilitaristas de la colaboración de *insiders* en la lucha contra la criminalidad económica, así como las controversias entorno al pago de recompensas a los ciudadanos que deciden informar irregularidades corporativas

Palabras-chave: Protección de denunciantes; criminalidad corporativa; recompensas económicas.

Abstract: This article analyzes the political-criminal strategies to encourage complaints in public and private entities, in particular the whistleblowers protection programs. The utilitarian arguments of the insiders collaboration in the white collar crime law enforcement are analyzed, as well as the controversies about the rewards to citizens who decide to report corporate irregularities.

Keywords: Whistleblower protection; corporate crime; economic rewards.

1. Introducción

El fomento de la alerta (o *whistleblowing*) se ha convertido en una de las herramientas preferidas por los legisladores para luchar contra la criminalidad económica. Fomentar las denuncias entre los empleados de las empresas y las administraciones públicas se ha revelado como una de las vías más eficaces para descubrir e investigar las infracciones que se cometen

¹ Profesora de Derecho penal. Universidad de Castilla-La Mancha.

en ellas¹. La reciente Directiva (UE) 2019/1937, de protección de denunciantes², que obliga a crear canales de denuncia en buena parte de las entidades públicas y privadas de los Estados miembros y que establece importantes medidas de protección para quienes los usen, constata una apuesta definitiva por estas estrategias político-criminales que se encuentran, a priori, alejadas de la tradición jurídica de nuestro país y de las de nuestro entorno.

Uno de los aspectos más controvertidos en la regulación de este mecanismo es el empleo de recompensas económicas para incrementar el número de alertas recibidas y maximizar así su efectividad. Se trata de una fórmula aún con escaso seguimiento en el derecho comparado pero que en EE.UU. ha logrado unos resultados notables: la *Securities Exchange Commission* ha conseguido imponer más de 2 mil millones de dólares en sanciones desde la puesta en marcha de su sistema de recompensas en 2010³ y la administración tributaria (IRS) recaudó sólo en 2020 cerca de 470 millones de dólares a través del suyo⁴. A pesar de ello, por el momento, esta posibilidad no ha generado un gran entusiasmo entre otros legisladores. La UE, por su parte, ha dejado pasar la oportunidad de regular este aspecto en la Directiva 2019/1937, evitando incluso introducir una disposición como la que existe en el Reglamento 596/2014 sobre el abuso de mercado, que simplemente reconoce a los Estados la posibilidad prever incentivos económicos para quienes, sin estar obligados a hacerlo, denuncien las prácticas irregulares (art. 32)⁵.

El *whistleblowing*, en general, acusa el estigma que ha acompañado tradicionalmente a las conductas relacionadas con la delación y probablemente ello explica al menos en parte las reticencias a establecer premios para quien lo realiza. Denunciar las infracciones cometidas por otra persona, aun estando permitido o incentivado por la ley, está lejos de considerarse un comportamiento socialmente bien valorado. Bien al contrario, este tipo de actuaciones han

¹ Un análisis en profundidad sobre el concepto de whistleblower se encuentra en GARCÍA-MORENO, B. *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*. Tirant lo Blanch. 2020, pp. 63-107

² Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, DOUE L 305/17 de 22 de noviembre de 2019.

³ 2019 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program, p. 1. Disponible online: <https://www.sec.gov/files/sec-2019-annual%20report-whistleblower%20program.pdf> (último acceso 14-02-2021).

⁴ IRS Whistleblower Program. Fiscal Year 2020. Annual Report to the Congress. Los informes correspondientes a todas las anualidades consultarse online: <https://www.irs.gov/uac/whistleblower-office-annual-reports> (último acceso 14-02-2021).

⁵ Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión Texto pertinente a efectos del EEE, DOUE L 173/1 de 12 de junio de 2014.

venido habitualmente acompañadas de un profundo reproche ético y social, probablemente a consecuencia de la vinculación de la delación con determinadas instituciones y regímenes como la Inquisición en la Edad Media y, en épocas más recientes, también de los gobiernos dictatoriales de la Alemania nazi, la Italia fascista y la España franquista, entre otros⁶. El reproche social, en el caso del *whistleblowing*, se intensifica al proceder la denuncia de un miembro de la empresa u organización. La actuación del alertador es considerada por muchos una actuación de deslealtad, una traición a la entidad que le proporciona su medio de vida. Si la alerta desinteresada es ya en muchos casos percibida como un acto de deslealtad frente a la organización para la que el denunciante trabaja, la actuación de quien se decide a denunciar a cambio de una recompensa económica suscita aún mayores recelos. En la evaluación de impacto que acompañaba a la propuesta de Directiva se podía leer, incluso, que el empleo de recompensas hace que la denuncia parezca una transacción comercial y que ello podría desacreditar a los denunciantes en general⁷.

Pero, ¿verdaderamente desacredita al alertador el hecho de actuar a cambio de una recompensa? ¿El uso de recompensas económicas tiene cabida en el ordenamiento jurídico español? ¿Excluye el beneficio personal el interés del Estado y de la UE en la detección de

⁶ Si bien este hecho ha venido motivado por diversas circunstancias —ORTIZ PRADILLO localiza su origen en los propios textos bíblicos— puede presumirse que la vinculación de la delación con determinadas instituciones y regímenes ha sido en buena medida responsable de este estigma. El fomento de la delación a través de prácticas intimidatorias —que llegaban a castigar como cómplice de un delito a quien, conociéndolo, no lo hubiera denunciado— y la presunción de veracidad de las acusaciones formuladas aun cuando se hubieran realizado de forma anónima o por sujetos con algún tipo de animadversión hacia el acusado, fueron señas de identidad de los sistemas de vigilancia y *enforcement* del Tribunal de la Inquisición en la Edad Media y, en épocas más recientes, también de los gobiernos dictatoriales de la Alemania nazi, la Italia fascista y la España franquista, entre otros. De la mano del macartismo, esta percepción negativa de la delación alcanzó incluso los EEUU, donde la participación privada en la persecución de infracciones estaba institucionalizada desde los momentos de formación de este país. ORTIZ PRADILLO señala al respecto “El origen de la delación se remonta a la propia existencia del ser humano desde el propio pecado original, pues Adán delató a Eva, y ésta a la serpiente. Y resulta que el delator premiado más famoso de la historia de la humanidad es quizás Judas Iscariote, quien recibió de los sacerdotes treinta monedas de plata a cambio de traicionar a su líder”. Vid. ORTIZ PRADILLO, J. C.: “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre*, vol. 3, n° 1, 2017, p. 42. Del mismo autor: *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la Justicia*, La Ley- Wolters Kluwer, Madrid, 2018. pp 49 ss. Respecto a los familiares de la Inquisición, vid. CERRILLO CRUZ, G.: “Aproximación al estatuto jurídico de los familiares de la Inquisición española”, *Manuscrits. Revista d’història moderna*, n° 17, 1999, pp. 141-158.

⁷ No se trata del único argumento esgrimido en el documento. Junto a lo anterior, se señala también en la evaluación de impacto un argumento de legalidad: la incompatibilidad de las recompensas económicas con la jurisprudencia del TEDH, según la cual la denuncia de irregularidades motivada por la expectativa de obtener un beneficio personal, incluido un beneficio pecuniario, no justificaría un nivel de protección especial. Esta cuestión, también de gran interés, no será abordada en este trabajo. Vid. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT. IMPACT ASSESSMENT. Accompanying the document. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, 5.1.5.

infracciones? A estas cuestiones tratará de dar respuesta este trabajo, realizando una necesaria reflexión sobre las razones que se encuentran detrás de esta nueva tendencia legislativa de fomentar la denuncia y sobre la conveniencia de premiar a estos colaboradores de la justicia.

2. La utilidad de la alerta en la detección de infracciones corporativas

En el Derecho penal español y, en general, en el de todos los países pertenecientes a la tradición jurídica del *civil law*, el papel de los informantes o delatores ha sido muy limitado⁸. El Estado ha preferido ejercer el *ius puniendi* confiando exclusivamente en sus propios medios, a diferencia de lo que ha ocurrido en el derecho anglosajón, donde algunas instituciones de colaboración público-privada como las acciones *qui tam*⁹ gozan de un profundo arraigo.

La lucha contra la criminalidad económica ha supuesto, sin embargo, un cambio de paradigma en este sentido. La colaboración privada se ha demostrado esencial en la persecución de este tipo de infracciones especialmente en las últimas décadas, en las que los factores

⁸ La regulación de las obligaciones de denuncia en la legislación procesal penal ha sido un claro reflejo de este desinterés en fomentar la participación de los ciudadanos en la persecución de las infracciones. Estas obligaciones no tienen, en la práctica, fuerza vinculante, en algunos casos porque el precepto no prevé ninguna sanción en caso de incumplimiento, como ocurre respecto al deber de denunciar previsto en el art. 264 de la LECrim para los testigos de referencia; y, en otros, porque la sanción prevista resulta insignificante y carece de todo efecto disuasorio, como ocurre con la multa de 125 a 250 pesetas prevista cuando el testigo de referencia fuera profesional sanitario (art. 262) y de 25 a 250 pesetas cuando son testigos directos los que omiten la denuncia (art. 259). Esta tendencia tuvo su lógico reflejo en el ámbito administrativo donde la denuncia pública se ha mantenido como una de las formas de iniciación del procedimiento, pero se derogaron los escasos incentivos que los ciudadanos tenían para realizarlas. Así en 1986, apenas dos años antes de que en EE. UU se promulgara la ley de protección de los empleados públicos que informaran sobre actividades ilícitas en la administración, en España la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado eliminó de la legislación tributaria el único incentivo económico para los informantes que había estado vigente en nuestro ordenamiento jurídico. La evolución de esta figura en la legislación tributaria española puede consultarse con más detalle en APARICIO PÉREZ, A.: *La denuncia pública en materia tributaria. Génesis, evolución, perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 20 ss. Entre las normas que reconocían al denunciante derecho a participar en la cantidad recuperada, el autor hace referencia al Reglamento para el Servicio de la Inspección e Investigación de 31 de agosto de 1892 (arts. 33-35); Reglamento de la Inspección de la Hacienda Pública de 14 de septiembre de 1893 (art. 27); Reglamento de la Inspección de la Hacienda Pública de 13 de octubre de 1903, modificado por el RD de 22 de septiembre de 1922 (art. 50); RD de 30 de marzo de 1926 por el que se aprueban las bases por las que han de guiarse la Inspección de los servicios de la Hacienda Pública y la de los Tributos en lo referente a la denuncia (Base 35 ss); Ley refundida del Impuesto de Derechos Reales de 21 de marzo de 1958 (art. 44); y RD 3494/1981, de 29 de diciembre, reglamento sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 83 y 84).

⁹ Sobre la aparición y desarrollo de las acciones *qui tam*, vid. PITZER, D. D.: "The qui tam doctrine: a comparative analysis of its application in the United States and the British Commonwealth", *Texas International Law Journal*, vol. 7, n° 3, 1972, p. 418; Vid. también, RADZINOWICZ, L.: *A History of English Criminal law and its Administration*, vol. 2, Macmillan Company, 1957, pp. 142 ss; HELMER., J. B. Jr. / NEFF, R. C. Jr. "War stories. A History of the Qui Tam provisions of the False Claims Act, the 1986 Amendments to the False Claims Act, and their application in the United States ex rel. Gravittv. General Electric Co. Litigation", *Ohio Northern University Law Review*, vol. 18, n° 35, 1991, p. 37.

criminógenos presentes en la actividad del mercado y de las propias corporaciones se han visto favorecidos por diversas coyunturas. En particular, el proceso globalizador y el crecimiento en tamaño y capacidad de influencia de las empresas ha puesto a disposición de éstas un espacio de mayores dimensiones y unos medios más efectivos para el desarrollo de sus actividades lícitas, pero también de las ilícitas, y en la misma medida ha complicado la labor fiscalizadora del Estado sobre éstas. La aparición de grandes organizaciones, de compleja estructura y actividad transnacional ha significado en la práctica un incremento sustancial de las dificultades para la prevención, el descubrimiento y la efectiva punición de los comportamientos ilícitos ocurridos en el seno de las organizaciones. Ha sido en este contexto en el que ha tenido lugar la proliferación de políticas de fomento del *whistleblowing*, que no busca sino aumentar los recursos del Estado en la tarea de detección e investigación de infracciones, sumando a sus filas a los trabajadores de las empresas y administraciones públicas.

La criminalidad corporativa representa un importante desafío para el sistema de justicia entre otras razones por su naturaleza asociativa u organizacional, es decir, porque se trata de infracciones ideadas y ejecutadas al amparo de un grupo estructurado y jerarquizado y que cuenta con recursos humanos y materiales para perpetrar el delito y para ocultarlo. La detección e investigación de actividades ilícitas se hace así más compleja para los agentes estatales y las estrategias de “*enforcement*” deben también adaptarse a ello.

En el ámbito del crimen organizado – paradigma de la criminalidad asociativa –, la colaboración de informantes se ha desvelado como una de las fórmulas más eficaces. La lógica es simple: quienes se encuentran en contacto directo con la actividad de las organizaciones gozan de una posición privilegiada para conocer información que para terceros, y en particular para las autoridades, resulta difícilmente accesible. Por ello, las estrategias para combatir la criminalidad organizada se han basado en contar dentro del grupo criminal con un colaborador, bien que ya pertenecieran a éste o que ya tuviera contacto directo con él (confidentes) bien introduciéndolo *ex profeso* en la organización (agentes infiltrados)¹⁰. Respecto a estas figuras,

¹⁰ Sobre la figura del confidente, y las diferencia con el agente infiltrado, *vid.* GARCÍA-FUSTEL GONZÁLEZ, J.: “Figuras de agente encubierto y confidente. Visión de la Guardia Civil”, ponencia impartida en el seminario de formación continuada *La prueba obtenida a través de la infiltración y la delación. El agente encubierto y el confidente*, organizado por la FGE y celebrado el 2 de junio de 2016. El texto de la ponencia se encuentra disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/comunicaci%C3%B3n%20Garc%C3%ADa-Fustel%20Gonz%C3%A1lez,%20Jes%C3%BAAs.pdf?idFile=f7cb2112-9d7c-4a2c-9d17-51efae9a0197 (último acceso 14-02-2021).

GARCÍA-FUSTEL señalaba que su creación ha respondido a “*la necesidad de acceder a una información sólo disponible en el seno de los conflictivos, dispersos y muy restringidos círculos de las estructuras, redes y células en las que se articula el crimen organizado*”¹¹. Este tipo de estrategias, además, no sólo permite obtener información sobre hechos delictivos concretos, sino que también puede ofrecer datos relevantes sobre los miembros del grupo criminal, su estructura e incluso sobre su *modus operandi*, que ayuden a prevenir futuros delitos y a desarticular la organización.

Por las mismas razones, una aproximación similar resulta muy útil en la lucha contra la criminalidad corporativa. Las infracciones que se cometen en el desarrollo de la actividad de una empresa o incluso de una organización pública, no son obra de un individuo que actúa de forma autónoma e independiente, sino que tienen lugar al amparo de la organización, que justifica y favorece la comisión de ese hecho¹². Igual que ocurre en la criminalidad organizada, las infracciones corporativas se producen en el marco de la actividad de un grupo de personas, que se relacionan también bajo premisas de lealtad y confianza, y que actúan en connivencia con la política criminógena de la organización a la que pertenecen, liderada por la dirección de la entidad pero comúnmente aceptada y ejecutada por sus miembros. El empleo de sobornos, la realización de vertidos contaminantes en ríos o el uso indebido de datos personales con fines comerciales pueden ser buenos ejemplos de lo anterior: el ejecutor de estas acciones será lógicamente un miembro – o varios – de la organización, pero su actuación sólo se entiende si se enmarca dentro una política corporativa y se encaja su papel en el sistema de división de trabajo y la jerarquía de la organización.

En este ámbito, contar con un colaborador dentro de la organización resulta muy valioso, pues pone a disposición de las autoridades una fuente de información de primera mano que permite ubicar la infracción en el grueso de la actividad lícita de la organización, y dirigir la investigación de forma más precisa, identificando las transacciones, registros u otro tipo de documentos que pueden ser relevantes para la investigación, evitando el procesamiento de aquellos miembros de la organización que no estuvieran involucrados en los hechos e identificando a otras entidades o sujetos que tuvieran algún tipo de implicación.

¹¹ *Ibidem*, p. 3.

¹² SUTHERLAND, E. H., *El delito de cuello blanco*, BdF, Montevideo-Buenos Aires, 2009. NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.

En el caso de las organizaciones de economía legal, en las empresas, sin embargo, la fórmula de los confidentes y los agentes infiltrados no resulta adecuada tal y como está planteada respecto de las organizaciones criminales. En éstas, las autoridades recurren a la colaboración de *insiders* precisamente porque ya tienen indicios de la actividad ilícita y la información que buscan está principalmente dirigida a la investigación de los hechos y a la desarticulación de la organización. En el ámbito corporativo, en cambio, el colaborador es ya imprescindible para detectar el delito. En las organizaciones de economía legal, las irregularidades están convenientemente camufladas entre la predominante actividad lícita de la organización, además, presentan cierta sofisticación y generalmente son difíciles de advertir por quien carece de formación específica o un conocimiento concreto del área donde se está cometiendo. Estos hechos, en la mayoría de los casos, pasarían completamente desapercibidos para reguladores y Administración de Justicia de no ser por que una persona de la organización lo comunicara. Por todo ello, reclutar un confidente en una empresa cuando ya se cuenta con indicios que justifiquen la intervención resulta una medida poco eficaz. Pero su utilización en un momento anterior, de forma prospectiva, no sería compatible con principios como el de proporcionalidad o la presunción de inocencia.

La colaboración de *insiders* en el caso de la criminalidad corporativa ha sido concebida por todo ello de una forma distinta a la de los confidentes propios de la criminalidad organizada. Se ha optado por no designar un único colaborador sino por empoderar a los individuos que operan habitualmente dentro o que tienen un contacto directo con la organización para que acudan a las autoridades en el momento en el que tengan conocimiento de alguna irregularidad. Las políticas públicas que utilizan esta estrategia optimizan los resultados de la labor fiscalizadora del Estado sobre las corporaciones, permitiéndoles multiplicar exponencialmente el número de efectivos disponibles para llevar a cabo la tarea de detección e investigación de infracciones. Quienes disponen de información relevante en este sentido, se convierten en potenciales denunciadores y, por ende, en potenciales colaboradores del sistema sancionador estatal. Pero la mejora no se produce sólo desde una perspectiva cuantitativa sino también –y sobre todo– en lo que respecta a la calidad de los nuevos recursos. Los programas de fomento de alertas permiten a las autoridades contar con la colaboración de sujetos especialmente cualificados para prestar esta colaboración como pueden ser los trabajadores de la empresa, que son probablemente los mejor posicionados para identificar los riesgos y conocer las prácticas

irregulares dentro de la organización, pues conocen con detalle los procedimientos y están en contacto directo con compañeros y superiores.

3. La conveniencia de emplear incentivos para fomentar la alerta

La lógica tras estas estrategias de fomento de la delación y su utilidad ha sido expuesta en el epígrafe anterior y han sido ampliamente reconocidas. De hecho, las primeras líneas de la Directiva 2019/2017 se dedican a atestiguar que las persona que trabajan para una organización pública o privada desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir las infracciones que se cometen en el desarrollo de la actividad corporativa por ser a menudo las que primero tienen conocimiento de ellas¹³. Toda la regulación que sigue a ese primer párrafo se construye precisamente sobre esta idea de persuadir – básicamente, ofreciendo protección – a aquellos que por ser empleados o personas próximas a una organización pueden delatar las irregularidades que allí ocurren. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, que en sentencia de 6 de febrero de 2020 reconoce que con la Directiva “se busca reforzar la protección del *whistleblower* y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocida en el art. 10 CEDH y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y *con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas*”¹⁴. Si el fundamento tras la regulación es eminentemente utilitarista, es decir, si se trata en definitiva de aprovechar la colaboración que presta un ciudadano en una tarea – la persecución de delitos – eminentemente pública ¿el pago de recompensas no supondría de hecho una justa contraprestación a la asistencia prestada?

El uso de incentivos es indudablemente una de las grandes controversias entorno al *whistleblowing*. A priori, es una dinámica que no encaja con la concepción – muy extendida – que identifica al alertador con un héroe, que lo dibuja como un ciudadano comprometido con el interés público que se arriesga a sufrir represalias. Una concepción no sólo generalizada entre la opinión pública, sino también en la doctrina y en el derecho comparado. Existe una tendencia legislativa, con cierto seguimiento, que otorga relevancia a los motivos que llevan al *whistleblower* a actuar, exigiéndole para poder ser beneficiario de las medidas de protección que la revelación sea un acto esencialmente altruista, otorgando sólo protección a los denunciantes que no buscan un beneficio personal. Esta es, por ejemplo, la opción adoptada por

¹³ Considerando 1.

¹⁴ La cursiva ha sido añadida por la autora. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo nº. 35/2020, de 6 de febrero.

la ley de lucha contra la corrupción francesa, que exige que el sujeto actúe de forma desinteresada (“*de manière désintéressée et de bonne foi*”)¹⁵. Sin embargo, como acabamos de exponer, el fomento de las alertas es una estrategia político-criminal con un fundamento principalmente utilitarista: lo que se pretende a través de los alertadores es obtener de forma lícita información sobre infracciones que se cometen en una organización y que de otro modo pasaría desapercibidas para quienes tienen competencia para sancionarlas. Es decir, el Estado fomenta las alertas porque está interesado en obtener la información que está en manos de estos ciudadanos, para mejorar la detección y sanción de infracciones.

En algunos casos, los ciudadanos en posesión de información relevante se decidirán a denunciar, a proporcionarle al Estado la información, de forma espontánea, movidos por sus creencias o convicciones morales. Es decir, hay sujetos que entregarán la información a las autoridades simplemente porque entienden que es lo correcto, sin necesitar ninguna contraprestación del Estado. Y, en estos casos, bastará con que la regulación se concentre en prever medidas eficaces para proteger al alertador. Éste ya está motivado y la normativa únicamente necesita asegurar que su denuncia no le reportará ninguna consecuencia negativa, como represalias laborales. Sin embargo, esto no ocurrirá siempre. La alerta no incentivada, en la que el *whistleblower* colabora con el Estado sin recibir ningún tipo de ventaja o recompensa es, en la práctica, un fenómeno limitado. Según indica un eurobarómetro sobre corrupción encargado por la Comisión Europea, solo un 18% de las personas que conocen un caso de corrupción lo reportan¹⁶. Por eso, confiar solo en las medidas de protección implica prescindir de la colaboración de potenciales alertadores que no se encuentran por sí mismos suficientemente motivados para hacerlo. Si el Estado tiene un verdadero interés en contar con esa información para luchar contra la criminalidad corporativa, si este tipo de colaboración constituye uno de los elementos esenciales de la política criminal en un ámbito concreto, no puede simplemente confiar en que los ciudadanos se decidan a ser héroes, sino que debe crear estímulos que resulten suficientemente poderosos para todos aquellos sujetos que disponen de datos relevantes.

Además, descartar el uso de incentivos para fomentar las alertas no solo hace que el Estado pierda la colaboración de los sujetos que sólo actuarían motivados por intereses

¹⁵ Vid. art. 6 Loi 8 novembre 2016 relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Vid. también, con ulteriores referencias, GARCÍA-MORENO, B. *op. cit.*, pp. 73-76.

¹⁶ Special Eurobarometer 470 - October 2017. “Corruption” Report, p. 6.

personales sino también la de aquellos ciudadanos que no comparten sus valores o su percepción sobre la corrección o incorrección de algunos comportamientos. La percepción que tiene un sujeto de determinados hechos ilícitos o incluso del propio acto de denunciar puede variar en función del tipo de infracción, el contexto social y cultural en el que se produzca o incluso la posición que ocupe el sujeto en la organización, entre otros factores. Así, por ejemplo, quien ocupa un puesto elevado en la jerarquía de la organización puede tender a alinear sus intereses con los de ésta, y a considerar que la actuación ética es la de proteger los intereses de la entidad ocultando los hechos. De la misma manera, la denuncia que se refiere a situaciones que ponen en peligro la vida o la salud de las personas es considerada una actuación ética por la mayoría, y sin embargo, el valor ético de una denuncia no es tan evidente cuando se trata de denuncias de infracciones que no causan víctimas directas, cuando se trata de irregularidades más formales, como puede ser la llevanza de una contabilidad falsa, o se perciben como una forma de operar propia del negocio, como ocurre en algunos lugares con la corrupción. Por todo ello, si no existen incentivos que resulten atractivos para quienes no comparten los valores o los intereses que busca proteger y promocionar el Estado, el círculo de potenciales colaboradores se ve en la práctica excesivamente reducido.

Al argumento utilitarista, se unen además razones de coherencia interna del propio ordenamiento jurídico-penal. El legislador, con carácter general, no desecha el testimonio de una víctima de estafa o de un delito de lesiones, por mucho que pudiera existir en ellas una lógica animosidad, un deseo de venganza contra su agresor o la intención de obtener la indemnización correspondiente a la responsabilidad civil. Si la información que proporciona es cierta y así puede corroborarse por medio de otras pruebas o indicios, la declaración de estos sujetos operará como prueba de cargo sin importar los motivos que le llevaron a denunciar. Lo mismo ocurre respecto a quienes intervienen en el procedimiento como meros testigos y mantienen algún tipo de desencuentro con el acusado y desean su condena por motivos distintos al restablecimiento de la paz social. Este hecho con carácter general no impide que los tribunales valoren su declaración, lógicamente tomando en consideración estas circunstancias y poniéndola en relación con el resto de prueba practicada. El Estado mantiene el interés en las aportaciones de estos sujetos siempre que la colaboración sea eficaz, es decir, siempre que la información facilitada sea fiel a la realidad y, por tanto, facilite el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables. Y, por la misma razón, el Estado no deja de estar interesado en saber si una empresa utiliza el soborno para conseguir nuevos contratos si quien está

dispuesto a facilitar esa información es un empleado descontento con su superior que pretende así perjudicarlo, y la CNMC tampoco pierde el interés en la existencia de un cártel si quien lo pone en su conocimiento es uno de sus participantes que espera no ser sancionado a cambio, como ocurre en los programas de clemencia. En definitiva, la Administración de Justicia o el regulador mantienen el interés en esa información aun cuando los motivos de quien la ofrece no sean los más nobles.

4. Conclusiones

La nueva tendencia legislativa en la lucha contra la criminalidad corporativa consiste en fomentar que los empleados o directivos de las empresas o administraciones públicas denuncien cuando tengan conocimiento o sospecha de que se están cometiendo infracciones en la organización. La habitual vía para lograr que estos sujetos se decidan a denunciar es el ofrecimiento de protección frente a represalias, pero nada impediría que se empleara también otro tipo de incentivos, como las recompensas económicas. Estas nuevas estrategias de política criminal tienen un fundamento eminentemente utilitarista, pues la razón de que se implementen no es otra que la necesidad de mejorar la detección de infracciones en el ámbito empresarial y en el sector público. El Estado, consciente de las limitaciones de sus propios medios, recurre a la colaboración de los ciudadanos para llevar a cabo esta tarea, que corresponde a priori a los agentes estatales. En un contexto como este, de colaboración público-privada, parece razonable que se superen las reticencias de premiar a quien denuncia, entendiendo que se trata de una contraprestación adecuada a la asistencia prestada por el ciudadano.

5. Bibliografía

Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program. 2019. Disponible online: <https://www.sec.gov/files/sec-2019-annual%20report-whistleblower%20program.pdf> (último acceso 14-02-2021).

APARICIO PÉREZ, A.: *La denuncia pública en materia tributaria. Génesis, evolución, perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

BRODY, R. G./ COULTER, J. M./ SUMING, L.: “The Effect of National Culture on whistleblowing perceptions”, *Teaching Business Ethics*, vol. 3, nº 4, 1999.

CERRILLO CRUZ, G.: “Aproximación al estatuto jurídico de los familiares de la Inquisición española”, *Manuscripts. Revista d’història moderna*, n° 17, 1999

CHIU, R. K.: “Ethical Judgment and Whistleblowing Intention: Examining the Moderating Role of Locus of Control”, *Journal of Business Ethics*, vol. 43, 2003.

COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT. IMPACT ASSESSMENT. Accompanying the document. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law.

FELDMAN, Y./ LOBEL, O.: “The Incentives Matrix: The Comparative Effectiveness of Rewards, Liabilities, Duties, and Protections for Reporting Illegality”, *Texas Law Review*, vol. 88, n° 6, May 2010.

GARCÍA-FUSTEL GONZÁLEZ, J.: “Figuras de agente encubierto y confidente. Visión de la Guardia Civil”, ponencia impartida en el seminario de formación continuada *La prueba obtenida a través de la infiltración y la delación. El agente encubierto y el confidente*, organizado por la FGE y celebrado el 2 de junio de 2016. El texto de la ponencia se encuentra disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/comunicaci%C3%B3n%20Garc%C3%ADa-Fustel%20Gonz%C3%A1lez,%20Jes%C3%BA.pdf?idFile=f7cb2112-9d7c-4a2c-9d17-51efae9a0197 (último acceso 14-01-2022).

GARCÍA-MORENO, B. Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia. Tirant lo Blanch. 2020.

HELMER., J. B. Jr./ NEFF, R. C. Jr.: “War stories. A History of the Qui Tam provisions of the False Claims Act, the 1986 Amendments to the False Claims Act, and their application in the United States ex rel. Gravittv. General Electric Co. Litigation”, *Ohio Northern University Law Review*, vol. 18, n° 35, 1991.

IRS Whistleblower Program. Fiscal Year 2020. Annual Report to the Congress. Los informes correspondientes a todas las anualidades consultarse online: <https://www.irs.gov/uac/whistleblower-office-annual-reports> (último acceso 14-02-2021).

Loi 8 novembre 2016 relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.

ORTIZ PRADILLO, J. C.: *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la Justicia*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

ORTIZ PRADILLO, J. C.: “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre*, vol. 3, nº 1, 2017.

PITZER, D. D.: “The qui tam doctrine: a comparative analysis of its application in the United States and the British Commonwealth”, *Texas International Law Journal*, vol. 7, nº 3, 1972

RADZINOWICZ, L.: *A History of English Criminal law and its Administration*, vol. 2, Macmillan Company, 1957

Reglamento (UE) n ° 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014 , sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión Texto pertinente a efectos del EEE, DOUE L 173/1 de 12 de junio de 2014.

Special Eurobarometer 470 - October 2017. “Corruption” Report.

SUTHERLAND, E. H.: *El delito de cuello blanco*, BdF, Montevideo-Buenos Aires, 2009.

Tribunal Supremo, Sentencia nº 35/2020, de 6 de febrero.