

# Whistleblowing Whistleblowing

José Luis Pérez Triviño  
Universitat Pompeu Fabra  
jose.perez@upf.edu

Recibido / received: 22/11/2018  
Aceptado / accepted: 11/01/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4170>

## Resumen

La generalización del *whistleblowing* (delación) responde a varios factores como la influencia proveniente del *private law enforcement* de Estados Unidos, pero también al descubrimiento de escándalos empresariales merced a la revelación de personas que formaban parte de esas organizaciones (Siemens, WorldCom, "Lista Falciani"). Esto ha motivado que se estén extendiendo los canales de denuncia y el fomento de los *whistleblowers*, ya que son vistos como un instrumento básico de prevención y descubrimiento de comportamientos delictivos, especialmente de los relacionados con la empresa y la corrupción. En este trabajo trato de ofrecer una presentación del *whistleblowing* y los canales de denuncia, mostrando algunas de sus ventajas, pero también algunas de las objeciones y riesgos que comportan.

## Palabras clave

*Whistleblowing*, canales de denuncia, traición, corrupción.

## Abstract

*The generalization of whistleblowing responds to several factors such as the influence coming from the American private law enforcement, but also to the discovery of corporate scandals thanks to the disclosure of employees who were part of those organizations (Siemens, WorldCom, "Falciani List"). This has led to the expansion of whistleblower reporting systems and the promotion of whistleblowers insofar it is seen as a basic instrument for the prevention and detection of criminal behavior, especially those related to business and corruption. In this paper I try to offer a brief description of whistleblowing and reporting systems, showing some of its advantages, but also some of the objections and risks involved.*

## Keywords

*Whistleblowing, reporting channels, betrayal, corruption.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Cuestiones conceptuales y normativas en torno al *whistleblower*. 2.1. El *whistleblower* y el desobediente civil. 2.2. El *whistleblower* y el altruismo. 2.3 El *whistleblower* y el héroe. 2.4 El *whistleblower* y el traidor. 2.5 El *whistleblower* y el topo. 3. *Whistleblowing* y el canal de denuncias. 3.1 El establecimiento de los canales de denuncias. 3.2 Los elementos de un canal de denuncias. 4. Riesgos e implicaciones para los derechos fundamentales de los canales de denuncias. 4.1 Confidencialidad y anonimato. 4.2 Las denuncias falsas o de mala fe. 4.3 Los datos personales.



## 1. Introducción

El término inglés nace de la similitud con el típico policía británico que hacía silbar (*to blow*) el silbato (*the whistle*) cuando percibía que se estaba cometiendo algún delito, aunque su uso empieza a generalizarse en los años 70 del siglo XX en EEUU para referirse a los mecanismos de alerta de irregularidades en empresas o administraciones públicas (Calvo, 2016, p. 140). La expresión difícilmente puede traducirse al castellano sin que pierda el sentido de su origen lingüístico inglés y tampoco hay término equivalente, aunque el vocablo “alertador”, que se está extendiendo en los últimos años, quizá sea el más adecuado.

Histórica y socialmente ha sido la pauta tener una visión negativa y estigmatizadora de los *whistleblowers*, pues con su revelación parecen traicionar o ser desleales a los colegas o a la propia institución de la que forman parte. No es extraño entonces que en inglés sean nombrados con términos despectivos como “snitches”, “rats”, “moles”, “finks”, “stool”, “blabbermouths”, “tattletales”. Todos esos términos tienen su traducción al castellano y pueden utilizarse de la misma forma descalificatoria, aunque el grado de reproche no sea el mismo en todas ellas: chivatos, topos, soplones, cagones, bocazas, cotillas (Miethe, 1999, p. 11). El fomento del delator por parte de regímenes totalitarios –de manera muy acentuada por el régimen nazi– ha contribuido también a la estigmatización del *whistleblower* (Rauhofer, 2007, pp. 10 y ss.) y de las organizaciones que los utilizan para conseguir información.

Sin embargo, el halo expresivo de quien revela información sobre un comportamiento irregular ha ido cambiando con el paso del tiempo. Que sea posible utilizar el término *whistleblower* como sinónimo de “chivato” no implica que en la actualidad tenga el mismo sentido descriptivo ni expresivo que en el pasado. En efecto, el *whistleblower* ha acabado adquiriendo un significado más técnico, pasando a referirse a aquella persona que revela una información dentro de una determinada organización más o menos compleja (empresa, administración o, en sentido más amplio, una entidad mínimamente regulada jurídicamente).

En cuanto a la diferencia valorativa entre el *whistleblower* y el “chivato”, cabe afirmar que con el transcurrir del tiempo –y los ejemplos de revelación que han servido para descubrir prácticas empresariales muy perjudiciales para el interés general (caso Enron, Wikileaks, Stepanova, etc.)–, el barniz despectivo se ha trastocado en neutro o directamente positivo, utilizándose ahora sinónimos como denunciante, informante o alertador, vocablos claramente laudatorios. Es más, hay incluso autores que califican su acción como ética: “resistente ético”, “desobediente civil” o, incluso, “héroes”.

Son muchas y variadas las definiciones de *whistleblowing*. Una primera aproximación la ofrece Miethe para quien los *whistleblowers* son “empleados o antiguos empleados que informan de una mala conducta a personas que tienen poder para tomar decisiones” (Miethe, 1999, p. 11). En otras palabras, el *whistleblower* es aquella persona que en una organización revela la comisión de una infracción.

Una definición más completa es la que ofrece Hersh, para quien el *whistleblowing* es “la revelación deliberada de información acerca de actividades no triviales que se creen peligrosas, ilegales, inmorales, discriminatoria o que de otra manera incluyen una infracción, generalmente por miembros actuales o pasados de la organización” (2002, p. 242). Esta caracterización añade que la revelación no puede ser aleatoria o fruto del azar, sino deliberada, fruto de un razonamiento por

parte del denunciante. Por otro lado, aporta como rasgo relevante que el contenido de la información no puede carecer de importancia, ser trivial, sino que debe comprometer algún valor jurídico o ético que se está infringiendo.

Sin embargo, la definición de Hersh es también parcial, ya que omite otros rasgos que posteriormente los expertos han introducido en la caracterización del *whistleblowing*. Así por ejemplo, Ragués (2013<sup>a</sup>, p. 20) añade que el ente puede ser tanto público como privado y la información se traslada bien a los superiores dentro de la propia organización o bien de terceras partes. Es especialmente relevante este último matiz, pues incide en un rasgo importante del *whistleblowing*: el que pueda tener carácter bien interno, informándose a órganos predeterminados en la propia organización, o bien externo, siendo entonces los destinatarios de la revelación entidades ajenas a la organización (la administración, los medios de comunicación, ONG, etc.). Como se verá más adelante, las consecuencias vinculadas a una u otra alternativa de revelación son notables. Para finalizar esta caracterización del *whistleblowing*, el denunciante no puede ser alguien que tenga alguna competencia investigadora, de denuncia o de control dentro de la propia organización, pues entonces tiene un deber de informar derivado del cargo que ocupa. En definitiva, puede caracterizarse el *whistleblowing* como la revelación deliberada de información acerca de actividades no triviales que se creen peligrosas, ilegales, inmorales, discriminatorias o que de alguna otra manera incluyen una infracción en una organización, siendo tal revelación llevada a cabo por miembros actuales o pasados de la organización, que no tienen deberes de información o de vigilancia, y pudiendo ir dirigida a órganos de la propia organización o a terceras partes.

## 2. Cuestiones conceptuales y normativas en torno al *whistleblower*

Son varias las cuestiones conceptuales y normativas que se han discutido alrededor de la figura del *whistleblower*. De manera introductoria analizaré a continuación el debate acerca del estatuto moral del *whistleblower*, esto es, si se trata de un desobediente civil, un salvador altruista, un héroe o un traidor. Como colofón a este apartado señalaré la diferencia entre *whistleblower* y la figura del topo. Tales discusiones, en todo caso, permiten avanzar en la caracterización del *whistleblower*, al discutir, por un lado, si forma parte de su definición una cierta motivación moral y, por otro, su papel dentro de la organización.

### 2.1 El *whistleblower* y el desobediente civil

La caracterización del *whistleblower* como desobediente civil se basa en que en su actuación hay un rechazo y denuncia de una norma o comportamiento que considera manifiestamente injusto y que pretende que sea eliminado. Así, algunos autores elogian a los *whistleblowers* y los ven como a los desobedientes civiles en tanto “resistentes éticos”. Este es el caso, por ejemplo, de Rothschild y Miethe, quienes señalan que los *whistleblower* expresan una nueva forma de resistencia relevante en la batalla entre los trabajadores y los empresarios por el control del puesto de trabajo (Rothschild y Miethe, 1994, citado en Bouville, 2008, p. 579).

Sin embargo, no parece posible asimilar ambas figuras en tanto que el desobediente pretende hacer pública su oposición a la norma que valora como injusta. En cambio, el *whistleblower* lleva a cabo su denuncia de forma secreta, en algunos casos anónimamente y en otros tratando de mantener en secreto su identidad para evitar las eventuales represalias.

### 2.2 El *whistleblower* y el altruismo

Hay quien considera que los *whistleblowers* son individuos que obran movidos por una preocupación moral. En virtud del grado de tal motivación su caracterización

varía. Algunos estudios empíricos que muestran que los *whistleblowers* presentan una sensibilidad moral elevada, así como una identidad moral robusta, de forma que muestran una actitud en la que destaca el coraje (Watts y Buckley, 2015, p. ii). Así, por ejemplo, para algunos son calificados como “salvadores” o “santos de una cultura secular” (Grant, citado en Bouville, 2008, p. 579), para lo cual incluyen en la caracterización de su actuación una determinada motivación moral, el altruismo, esto es, la disposición a actuar en consideración de los intereses de otras personas.

Aunque para muchos autores la motivación ética es un rasgo central en la caracterización del *whistleblower*, para la mayoría no es así. La existencia de motivos éticos puros es bienvenida y elogiada, pero no es necesaria para el *whistleblowing*, comportamiento que es caracterizado por sus efectos positivos más que por la motivación del denunciante. La revelación puede estar motivada por la sed de venganza, por la búsqueda de fama o de recompensas económicas. Pero sería extraño que la organización, al recibir una denuncia que le revela una irregularidad que le está provocando pérdidas económicas cuantiosas o que le puede dañar en su reputación, la rechazara por estar basada en motivaciones poco éticas. En este juicio acerca de la “moralidad” de la motivación de la denuncia subyace una ética deontológica o de principios. Pero si se es menos riguroso y se admite que bajo el manto de “moralidad” también cabe la ética consecuencialista, entonces la valoración acerca del carácter ético del *whistleblowing* cambia radicalmente. Así, por ejemplo, Bouville señala

“Pero si alguien me salva la vida por venganza, ¿no debería decir 'gracias' en lugar de 'esto estaba mal, nunca lo hagas de nuevo'? Aunque uno puede argumentar que salvar mi vida por las razones correctas es mejor que salvar mi vida por razones equivocadas, es bastante obvio que salvarme es mejor que no hacerlo. Tomar la decisión correcta por la razón equivocada sigue siendo la decisión correcta” (Bouville, 2008, p. 584).

En un sentido parecido se posiciona Goñi cuando, ante la objeción de la inmoralidad de ser delator, señala que es conveniente superar los prejuicios y centrarse en la utilidad que aportan:

“lo que se trata es de proteger es, junto al interés vital de la empresa, el interés público -la seguridad financiera en los mercados, la conformidad a la ley y a las normas vigentes financieras, la prevención del fraude- y la integridad moral de las personas empleadas (trabajadores, directivos y altos cargos)” (Goñi Sein, 2013, p. 329).

### 2.3 El *whistleblower* y el héroe

Son varios los trabajos en los que se discute si el *whistleblower* puede ser considerado un héroe (Hersh, 2002; Ragués, 2006). Si calificamos como héroe<sup>1</sup> al individuo que sacrifica sus intereses principales en aras de otros ajenos, los *whistleblowers* podrían encajar en tal caracterización. Su actuación sería claramente supererogatoria, en el sentido de que “representa un extremo de desafío a las expectativas razonables de las más prominente versiones de la ética” (Grant, citado por Bouville, 2008, p. 581)<sup>2</sup>. Está constatado que la actuación que llevan a cabo, la revelación de información sensible para los intereses de la empresa, suele implicar para los alertadores

<sup>1</sup> Los editores de la revista *Time* eligieron a los *whistleblowers* de los casos WorldCom's y Enron –Cynthia Cooper y Sherron Watkins, respectivamente– personajes del año 2002.

<sup>2</sup> Por otro lado, en aquellas organizaciones donde se ha establecido la obligatoriedad de denunciar las eventuales irregularidades, no cabe hablar ya de comportamiento supererogatorio, pues es un acto que cae dentro del deber. Nadie puede ser calificado de héroe si cumple simplemente con su deber (Bouville, 2008, p. 584).

consecuencias muy negativas<sup>3</sup>. Las denuncias de irregularidades no suelen ser inocuas para los alertadores. Suelen ir acompañadas de despidos, descensos laborales, represalias de los superiores, estigmatización por los compañeros y otros perjuicios. Y, en ocasiones, son peores las consecuencias colaterales: problemas conyugales, familiares, financieros y de otro tipo, que en numerosas ocasiones acaban en depresiones y suicidios.

Pero, aunque se tienen ejemplos de *whistleblowers* que han sufrido tales males, no siempre es el caso de que padezcan penalidades tan severas. En ocasiones, el sacrificio que puede suponer la revelación es leve, sin que ello afecte a la calificación del comportamiento como *whistleblowing*. Sin negar valor a esta última acción, no parece tener la misma entidad que aquellas propias de los héroes donde el riesgo y el sacrificio es mucho mayor.

#### 2.4 El *whistleblower* y el traidor

En el lenguaje coloquial, que normalmente refleja un imaginario colectivo compartido por una comunidad lingüística, el *whistleblower* suele ser visto como un chivato, un ser desleal o un traidor (Hersh 2002; Ragués, 2006). Para los cristianos, Judas ha sido históricamente un traidor. Es más, “Judas” es un término que también se utiliza para calificar al delator.

Pero en la actualidad con el *whistleblowing* ocurre algo parecido que con el “corrupto”. Este no necesariamente es alguien que actúa de forma inmoral, sino que puede obrar por motivos morales aceptables en función del código normativo que aplique<sup>4</sup>.

Con el *whistleblowing* ocurre algo parecido, pues nos encontramos ante – como mínimo – dos sistemas normativos desde los que enjuiciar su actuación. En este sentido, el *whistleblower* se encuentra ante un dilema. Desde el sistema normativo donde él se halla inserto (el grupo de amigos, la empresa o el club deportivo), la revelación de un dato relativo a un comportamiento corrupto (ilegal o inmoral) por parte de un compañero o de la propia institución es susceptible de ser calificado como “traición” o “deslealtad”. En cambio, desde otro sistema normativo que se puede denominar de referencia (la moral individual, la moral objetiva, un credo religioso, el bien común, etc.), la revelación cambia su sentido para alcanzar un calificativo claramente positivo, tal y como se ha expuesto en el apartado dedicado al “altruismo”.

#### 2.5 El *whistleblower* y el topo

Dando por supuesto que la persecución de los delitos en determinados ámbitos como el empresarial o el público son especialmente complicados para que los fines que persigue el Derecho Penal sean alcanzados, el recurso a los *whistleblowers* se ha destacado como especialmente apropiado. En efecto, por circunstancias ligadas a la alta especialización, a la complejidad de las estructuras organizativas, al desarrollo

<sup>3</sup> Solo por citar un ejemplo de los múltiples y variados sacrificios que han padecido los *whistleblower* en el pasado: el caso de Stanley Adams, ex ejecutivo de la firma farmacéutica suiza Hoffman La Roche, que fue encarcelado por exponer los métodos ilegales de fijación de precios de la empresa a la Comisión Europea en 1973 y cuya esposa se suicidó (Hersh, 2002, p. 252).

<sup>4</sup> Pongamos el ejemplo de Oskar Schindler. Su comportamiento visto desde la perspectiva de los judíos no solo no era inmoral, sino que más bien podría calificarse de heroico. Y es que la calificación depende del sistema normativo desde el que se lleve a cabo la misma. En la medida en que el ordenamiento nazi era inmoral, desobedecerlo para salvar las vidas inocentes de los judíos era perfectamente aceptable y elogiado desde un código ético opuesto. Ahora bien, y esta es la paradoja, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico nazi, del cual él mismo Schindler era destinatario, su acción podía ser calificada de corrupta y de traición.

tecnológico (Coca, 2013, p. 46) o a ciertas dinámicas grupales (la omertá o el código de silencio), el Estado delega cada vez más en las organizaciones la regulación, investigación y sanción de las irregularidades que puedan tener en su seno. Nadie mejor que ellas para proveer de estas funciones exitosamente.

Junto al fomento de las denuncias, un mecanismo que se han puesto también en práctica es la inclusión de “topos”<sup>5</sup>, figura con la que el *whistleblower* presenta evidentes similitudes, pues ambos son agentes que pertenecen a una organización y que ponen en conocimiento de la autoridad la realización de una conducta que jurídica o éticamente cabe calificar de irregular o contraria a las normas o principios de la organización. Sin embargo, no parece que puedan asimilarse. El alertador es, como antes se ha mencionado, aquel sujeto que no está encargado específicamente de ningún tipo de vigilancia, control o denuncia (Ragués, 2013<sup>a</sup>, p. 19). El “topo” es la versión ilegal del auditor o controlador, y por lo tanto, un cargo que dudosamente respeta la ética –y en particular, la ética empresarial– y los derechos de los trabajadores, a los que se coloca en una posición de debilidad e inseguridad jurídica frente a la abusiva vigilancia de la empresa (Gómez, 2013).

### 3. *Whistleblowing* y el canal de denuncias

#### 3.1 El establecimiento de los canales de denuncia

Por influencia de los países anglosajones son cada día más las organizaciones que han implantado sistemas y programas de Buen Gobierno o Compliance Programs, cuya finalidad es prevenir o, como mínimo, reducir la comisión de actos ilícitos en su funcionamiento diario.

Dentro de esos programas, un elemento esencial es la institucionalización de la denuncia por parte del eventual *whistleblower* a través de un canal de denuncias<sup>6</sup>. Así, los alertadores pueden informar internamente de la posible comisión de una infracción o de un comportamiento contrario a los valores de la organización al órgano encargado de la vigilancia (Armentia, 2015, p. 610). El sentido de su implantación responde al “empeño de las empresas por incorporar *motu proprio* estándares de conducta del buen gobierno corporativo. La funcionalidad de estos sistemas está en el interés de los grupos empresariales (...) en desarrollar instrumentos que permitan ejercer un control interno sobre el respeto a los principios que representan el sistema de valores de la empresa” (Goñi Sein, 2011, p. 322). El presupuesto de su eficacia radica en el convencimiento de que los propios empleados son la mejor fuente de información de lo que sucede en la propia organización.

“Se piensa que la mejor manera de prevenir o de identificar comportamientos irregulares antes de que terminen saliendo a la luz pública es alentando a las personas que presencien supuestos de hechos irregulares a informar de sus sospechas, invitándoles a someter sus denuncias a un servicio de recepción y tratamiento de las presuntas violaciones, diseñado con plenas garantías de confidencialidad e imparcialidad” (*Ibid.*, p. 325).

---

<sup>5</sup> Otras figuras con las que el *whistleblower* puede ser asimilado son los confidentes, los testigos protegidos y los arrepentidos (Ortiz, 2015, p. 8). En el caso de que el denunciante esté de alguna manera vinculado con los hechos constitutivos de la infracción puede acabar convirtiéndose en “arrepentido” y, como tal, puede ser beneficiario de atenuantes por confesión anterior al descubrimiento del delito (art. 21.4 CP) y por disminución de los efectos sancionatorios (art. 21.5 CP).

<sup>6</sup> La eficacia de tales mecanismos de *whistleblowing* está mediatizada por otras normas laborales o administrativas (por ejemplo, de protección de datos), que protegen otros valores jurídicos, de forma que no cabe penalizar a aquella organización que haya decidido seguir dichas normas vigentes o recomendaciones (Ragués, 2013<sup>a</sup>, pp. 114-5).

Un precedente normativo a nivel internacional, en particular de EEUU, es la conocida como *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, que se promulgó a raíz de los escándalos de los casos Enron, Tyco Internacional y WorldCom (Goñi Sein, 2011, p. 320). Tal disposición, en su sección 301, establece que las sociedades de ese país que coticen en bolsa y sus filiales radicadas en la Unión Europea están obligadas a implantar en su Comité de Auditoría

“(…) procedimientos para la recepción, retención y tratamiento de quejas recibidas por el causante en relación con la contabilidad, controles contables internos o cuestiones de auditorías; y la presentación confidencial y anónima por parte de los empleados de la persona causante de preocupación en relación con cuestiones contables o de auditoría cuestionables”.

En el ámbito español, la primera normativa que establece un sistema de denuncias internas tiene lugar en 2006, cuando se publica el “Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas” por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Allí se contempla que

“(…) como novedad procedente de la Recomendación de la Comisión Europea – inspirada a su vez, en la experiencia de Estados Unidos, Reino Unido, y otros países cuyas compañías tienen establecidos canales internos para que sus empleados puedan denunciar irregularidades–, el Código recomienda que las sociedades cotizadas encomienden al Comité de Auditoría el establecimiento y seguimiento de mecanismos de esa naturaleza, que protejan la identidad del denunciante e incluso, si se considera oportuno, permitan su anonimato” (Alba, 2017, p. 2).

En su disposición 50.d), también se contempla que es competencia del Comité de Auditoría: “establecer y supervisar un mecanismo que permita a los empleados comunicar, de forma confidencial y, si se considera apropiado, anónima las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables, que se adviertan en el seno de la empresa”.

En 2015, la revisión del Código Penal viene a mejorar la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y junto a ello, de las circunstancias que pueden aportar para eximirse o exonerarse. Entre ellas, se cuenta el establecimiento de un “debido control” de la prevención del delito en su propia esfera: “...[se] impondrá la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”. Dicho de otra manera, se requiere el establecimiento de un canal de denuncias eficaz a través del cual los usuarios puedan informar o denunciar posibles incumplimientos.

Desde entonces, los procesos de denuncia interna se han ido extendiendo entre las empresas y organizaciones de forma muy variada. Algunas se centran en crear una línea ética, señalando escuetamente los canales de denuncia, mientras que otras desarrollan un amplio abanico de procedimientos de denuncia. Otras incluso incluyen declaraciones de principios en los que la organización muestra su compromiso con la implantación de una cultura ética genuina.

### 3.2 Los elementos de un canal de denuncias

El sistema de *whistleblowing* o canal de denuncias es el mecanismo interno establecido en una organización para comunicar de forma confidencial una información relevante sobre alguna infracción en el seno de una organización.

Tal sistema de comunicación de denuncias tiene por tanto varias virtualidades:

- Otorga la posibilidad a la organización de conocer la realización de irregularidades y, por lo tanto, de conocer fallos en la prevención de aquellas (conocimiento).
- Permite reaccionar frente a dichas irregularidades a nivel interno, sin que ello tenga repercusiones externas o públicas (reacción).
- Puede ayudar a disuadir la realización de actuaciones irregulares a los integrantes de la organización (prevención).

La eficacia del sistema de denuncias y el logro de sus objetivos parece presuponer que cumpla con varias exigencias o características:

1. Que sea respaldado por la dirección.
2. Que los destinatarios del mecanismo sean previamente informados.
3. Accesibilidad del sistema.
4. Proporcionalidad del sistema.
5. Documentación del sistema.
6. Independencia del órgano de gestión de las denuncias.
7. Completud del sistema de infracciones y sanciones.
8. La protección del denunciante o alertador.

Este último requisito siempre ha sido el talón de Aquiles de los sistemas de *whistleblowing*. Como ya se ha hecho mención anteriormente, este constituye un aspecto esencial para la efectividad del sistema preventivo que se desea instaurar en la empresa a través del programa de cumplimiento. Un sistema de denuncias que no incorpore un adecuado mecanismo de protección de los intereses del denunciante/alertador no será suficiente para incentivar la aparición de éstos, pues será decisivo para tomar su decisión de revelar el que haya medidas que impidan una reacción en forma de represalias en contra de sus intereses, por parte de la organización o de sus colegas<sup>7</sup>. Es más, en ocasiones, se exige incluso que haya medidas de protección de su integridad física y económica, pues las consecuencias de la revelación pueden depararle un quebranto económico grave.

La protección no solo debe incluir la reserva de confidencialidad, sino también la garantía de que por el hecho de denunciar no pueda ser objeto de represalias de ningún tipo. Por desgracia, y como se ha señalado anteriormente, son muchas las formas que pueden adquirir la represalias por parte de la organización o de los propios compañeros. En todo caso, en el ordenamiento penal español se trata cada vez más de esquivar las limitaciones legales que impiden la adecuada protección del delator cuando este también haya participado en el delito. Así, por ejemplo, frente a la carencia de "programas de clemencia" o de competencias de los fiscales para llegar a acuerdos con los colaboradores para su no enjuiciamiento, se aplican atenuantes de confesión o el principio de oportunidad reglada (Ortiz, 2015, pp. 9-10).

#### **4. Riesgos e implicaciones para los derechos fundamentales de los canales de denuncia**

Como señala Goñi, la principal objeción que puede dirigirse a los canales de denuncia y al fomento de la delación tiene en realidad una doble faz. Por un lado, nuestra cultura –a diferencia de otras donde la revelación de información crucial en la persecución de

<sup>7</sup> El Derecho laboral declara inválida cualquier medida adoptada por la empresa contra un trabajador en estas circunstancias. Por otro lado, es preciso recordar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece el deber de denuncia cuando la conducta irregular sea un delito perseguible de oficio (Ragués, 2013<sup>a</sup>, p. 119).



delitos no solo es aceptada, sino incluso premiada<sup>8</sup>— es poco proclive a la delación, lo que convierte en dudoso que los canales de denuncia puedan llegar a ser eficaces: "cabe señalar que surgen no pocas dudas sobre el hecho de que resulte una política verdaderamente eficaz para los objetivos propuestos" (Goñi Sein, 2011, p. 328), pues la revelación de infracciones suele estar mal considerada, es más, el delator es asimilado al chivato o soplón, y como tal, genera un evidente rechazo o reproche social. Goñi añade a esta consideración general el que

"Normalmente, nadie quiere poner en entredicho a nadie, y menos al propio jefe, y no ya solo por las consecuencias a las que se expone, sino porque está mal visto. Se prefiere no involucrar a nadie y menos por conductas reprochables. Lo normal es guardar el secreto" (*Ibíd.*, p. 329).

Pero, con independencia de las consideraciones críticas acerca de su efectividad, la principal objeción que suele presentarse a los canales de denuncia es su inestable compatibilidad con los derechos fundamentales que pueden ser afectados —honor, intimidad y dignidad de las personas—, así como otros efectos sociales y psicológicos, como la estigmatización y exclusión de la persona inculpada.

En efecto, un procedimiento común de denuncia supone recoger datos sobre los presuntos comportamientos irregulares llevados a cabo, pero también se puede acceder a otra información delicada de la persona investigada. Es más, esos datos pueden ser trasladados al órgano encargado previsto por la empresa, que a su vez, lo transmite a los órganos de dirección. El resultado puede ser que una multitud de personas en la misma organización obtenga conocimiento sobre datos sensibles del "denunciado".

Por ello, siendo un mecanismo que potencialmente puede implicar una afeción grave a varios derechos fundamentales de las personas sobre las que recae una denuncia, el sistema debe quedar sometido a la superación del triple juicio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad (STC 186/2000).

El primero de estos requisitos parece superarse dados los intereses de las organizaciones en prevenir el fraude, la seguridad financiera, el interés de los empleados y la reputación de la organización. Parece justificado el interés de la empresa u organización por luchar contra la corrupción y otras posibles infracciones que afecte no solo a sus bienes patrimoniales, sino también su reputación. Un mecanismo de denuncia cuya función sea comprobar la integridad en la gestión de la organización —y a la inversa, prevenir irregularidades— es adecuado e idóneo en términos generales.

Respecto de la necesidad, es cierto que pueden existir otros canales internos de comunicación en la institución. Así, se podría vehicular la denuncia a través de los sindicatos o representantes de los trabajadores o dirigirse directamente a los órganos directivos. Sin embargo, estas vías regulares de comunicación pueden ser insuficientes o imperfectas. No garantizan la seguridad ni tampoco la imparcialidad, tan necesaria tanto para el denunciante como para el denunciado. También resulta dudosa su eficacia en el caso de que los propios gestores y representantes de la organización estén implicados en las irregularidades denunciadas. En estos

---

<sup>8</sup> En EEUU existen programas de incentivos económicos (*bounty programs*) y de clemencia (*leniency programs*), así como mecanismos de protección al delator (*Witness Crown, Informer privilege, Whistleblower Protection Act*) (Ragués, 2013a, Ortiz, 2015).

supuestos, es factible pensar que harán todo lo posible por silenciar, ocultar o destruir cualquier indicio o prueba de la irregularidad (Goñi Sein, 2011, p. 331).

Frente a esos peligros, el canal de denuncias debería garantizar que la recogida de datos sea proporcionada, independiente y eficaz. Ofrece, como señala Goñi, "mayores posibilidades de que las denuncias se tramiten y lleguen realmente a los órganos de control y se aplique el procedimiento justo y objetivo para la investigación. Por otra parte, proporciona también una mayor garantía de protección a los empleados denunciadores, frente a las posibles represalias" (2011, p. 331).

Por último, los canales de denuncia también parecen superar el juicio de proporcionalidad *stricto sensu*, dado que los límites que pueden sufrir los investigados en virtud del *whistleblowing* no deben desarrollarse de forma desproporcionada respecto de sus derechos fundamentales, siempre que se adopten los mecanismos previstos para ello. La recogida de la información debe ser la estrictamente necesaria y su tratamiento también debe garantizar la privacidad de los datos.

Dicho esto, merece la pena detenerse en analizar, aunque sea brevemente, algunas de las cuestiones más controvertidas que plantean los canales de denuncia respecto a ciertos derechos de los afectados: a) la discusión acerca de si las denuncias deben ser anónimas o confidenciales, b) las denuncias falsas y de mala fe y, c) el tratamiento de los datos personales.

#### 4.1 Confidencialidad o anonimato

Una cuestión ampliamente debatida es si las denuncias deben ser anónimas o si simplemente debe respetarse la confidencialidad. Como señala Adán Nieto, la elección de un sistema u otro no solo responde a criterios técnicos, sino de elección entre los fundamentos morales de un sistema de cumplimiento basado en el control o en los valores.

"La implantación de canales de denuncia basados en el anonimato (...) se corresponde con un sistema de cumplimiento orientado al control, mientras que basar las denuncias en una regla como la confidencialidad responde más al *compliance*, orientado al fomento de valores. El fomento del anonimato, y con ello de los abusos que de él pueden derivarse, solo se explican en un marco donde lo único que importa es el control. La confidencialidad, por el contrario, supone que los responsables de cumplimiento se han esforzado en ganarse la confianza y el respeto de los posibles denunciadores" (Nieto, 2013, p. 33).

Sin embargo, esta dicotomía parece un poco exagerada, pues no contempla que se puedan modular aquellos aspectos más negativos del sistema basado en el anonimato respecto de los derechos de los afectados.

En principio, desde una perspectiva centrada en la persecución de las irregularidades parece preferible adoptar un sistema que tolere las denuncias anónimas, pues este mecanismo garantizará que no se puedan tomar, por parte de la organización, medidas de represalias, así como que los *whistleblowers* no aparezcan como "chivatos" ante sus compañeros y colegas.

Ahora bien, una posición contraria se mantiene en los dos textos de referencia en materia de Protección de Datos que deben cumplir las entidades que pretendan implantar un canal de denuncias (Dictamen 1/2006 del Grupo de Trabajo del artículo 29 y el Informe 0128/2007 de la AEPD) (Armentia, 2015, p. 623). Una ventaja que suele mencionarse para rechazar las denuncias anónimas en favor de las que garantizan la confidencialidad es que aquellas pueden fomentar el uso masivo de denuncias, y además, que muchas de estas denuncias pueden ser falsas,

escasamente fundamentadas o inspiradas en motivos espurios. Así por ejemplo lo aconseja el *Code of Practice* británico. Por otro lado, Ragués señala que

“la aceptación de denuncias anónimas parece estar en condiciones de proporcionar mayor cantidad de información a las empresas, pero no necesariamente una mayor calidad de la información recibida si lo que se pretende es poder utilizar los datos obtenidos para poder adoptar legítimamente medidas laborales disciplinarias posteriores o asegurar una respuesta de la administración de justicia” (Ragués, 2013, p. 122).

En la misma línea, la AEPD en su informe 0128/2007 "Creación de sistemas de denuncias internas en las empresa (mecanismos de 'whistleblowing')" establece que: “a nuestro juicio, debería partirse del establecimiento de procedimientos que garanticen el tratamiento confidencial de las denuncias presentadas a través de sistemas de *whistleblowing*, de forma que se evite la existencia de denuncias anónimas para garantizar la exactitud e integridad de la información que predica la normativa de Protección de Datos”. En cualquier caso, la organización deberá tomar aquellas medidas que considere oportunas para con el denunciante confidencial, con el objetivo de que no se puedan adoptar represalias contra ellas. Esta decantación hacia el rechazo de las denuncias anónimas va claramente en sentido contrario a la práctica imperantes en otros países (EEUU, países latinoamericanos y europeos) (Ragués, 2013<sup>a</sup>, p. 123)<sup>9</sup>.

El organismo europeo, el Grupo de Trabajo, en un alarde de realismo admite que el denunciante no se identifique, pues en la mayoría de organizaciones –sobre todo en aquellas radicadas en países donde no está tan arraigada la cultura de la denuncia– lo habitual es que el denunciante permanezca anónimo. En virtud de esta circunstancia fija la necesidad de informar al denunciante acerca de que sus datos identificativos permanecerán confidenciales. Ahora bien, si el individuo denunciante desea mantenerse en el anonimato, su denuncia será igualmente cursada, con la particularidad de que será gestionada con mayor rapidez, con el objetivo de evitar riesgos por su eventual mal uso.

La realidad es que un tercio de las entidades que cotizan en el IBEX aceptan las denuncias anónimas, pues en su voluntad de terminar con las irregularidades que puedan desarrollarse en su estructura organizativa es más fructífero tomar en consideración todas las denuncias que se puedan recibir, incluidas aquellas en las que el denunciante no esté identificado. Y es que parece improbable que una organización rechace tales denuncias y se muestre reacia a reaccionar ante ellas cuando hay evidentes rasgos de certeza (Goñi Sein, 2011, p. 338). Incluso ante un juez, no reaccionar ante tales denuncias puede ser visto como una señal de falta de debido control sobre los empleados, condición para evitar el reproche penal de la persona jurídica. Por eso, tal y como señala Ragués, sería recomendable que

“en el diseño de los respectivos procedimientos [...] prever que cuando pese a todo, se reciba una denuncia anónima verosímil la empresa reaccionara igual -o de la manera más similar posible- que en los casos de denuncias procedentes de sujetos identificados y, fundamentalmente, iniciara la correspondiente investigación interna para comprobar la realidad de la información recibida tratando en ella de desvelar la identidad del informante” (Ragués, 2013a, p. 125).

---

<sup>9</sup> Junto a España, los otros dos países favorables a las denuncias anónimas son sólo Portugal y Australia.

En todo caso, una reciente sentencia se muestra favorable a una posición no excesivamente garantista<sup>10</sup>, al no considerar que con las denuncias anónimas se infrinjan normas de protección de datos (Alba, 2017, p. 10).

#### 4.2 Las denuncias falsas y de mala fe

Como se ha señalado anteriormente, un riesgo del anonimato es el fomento de las denuncias irresponsables e, incluso, de las denuncias falsas o de mala fe. Por ese motivo, un programa de denuncias debe mantener un equilibrio entre el incentivo de las denuncias y el rechazo de las denuncias falsas y de mala fe. Para lo primero, el sistema debe asegurar que los denunciadores no estén expuestos a riesgos de represalias, así como establecer medidas de protección al alertador que haya denunciado de buena fe. Para lo segundo, un programa de denuncias debe incluir en los reglamentos internos una indicación expresa de las consecuencias negativas derivadas de las denuncias falsas y, en el caso de que haya mala fe, informar de la identidad del denunciante además de ser susceptible de sanciones disciplinarias internas (García Moreno, 2015, p. 224). También parecería razonable que el empresario informara de que “la denuncia no le eximirá de su responsabilidad en el caso de que haya intervenido en el delito denunciado, pero poniendo en su conocimiento que la Ley prevé atenuaciones importantes a quien contribuya activamente al descubrimiento de tales hechos” (Ragués, 2013a, p. 120). Así por ejemplo, de que una denuncia falsa puede dar lugar a un delito de injurias (o de calumnias) y a responsabilidad civil por lesión del derecho a honor (García Moreno, 2015, p. 224).

#### 4.3 Los datos personales

El cumplimiento de las exigencias de la Ley de Protección de Datos supone que cualquier persona sobre la que se vaya a recabar datos personales deberá “ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco de una serie de informaciones relativas a los mecanismos y procedimientos sobre comportamientos irregulares” (art. 5.1 LOPD). Asimismo, se deberá incluir una cláusula con el contenido informativo que exige la normativa vigente. Y es que tanto las investigaciones internas como en el canal de denuncias es posible que se produzca una tensión entre el derecho de la empresa a conocer y, eventualmente, a denunciar y evitar la comisión de delitos por parte de sus integrantes, por un lado, y algunos derechos fundamentales de los trabajadores, en especial, el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, por otro (Gómez, 2013).

Así pues, en función del canal elegido por el denunciante para comunicar la infracción realizada (página web, correo electrónico o carta en soporte papel), se le debe informar de forma clara de aquellas circunstancias en materia de protección de datos (Armentia, 2015, p. 629).

Respecto del denunciado y terceras partes implicadas (afectados, testigos, etc), también se exige cumplir con las exigencias de la normativa de Protección de Datos y, por tanto, se debe informar de los extremos detallados en la misma. Dicha obligación de información a estos sujetos (denunciado y terceros) debe ser cumplida por la organización dentro de los tres meses siguientes al momento en que se recabaron los datos de su titular (Armentia, 2015, p. 630). En el marco de estas obligaciones no está el trasladar la información sobre la identidad del denunciante o los datos que permitan conocerla, ni de terceras personas, pero sí, entre otros puntos,

<sup>10</sup> La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 22 de junio de 2016, Recurso 263/2016, que resuelve un asunto en Suplicación entre Endesa y un trabajador.

de quien ha sido denunciado a través del sistema del canal de denuncias implantado por la organización, así como de los hechos denunciados.

En tanto las denuncias constituyen una información sensible para las personas denunciadas, la organización dispone de unos plazos máximos para disponer y almacenar la denuncia y la información surgida alrededor de ella. Una vez transcurridos esos plazos, la normativa de la LOPD exige su destrucción<sup>11</sup>.

## Bibliografía

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2007), "Informe sobre Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas (mecanismos de "whistleblowing")". Disponible en: [https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes\\_juridicos/otras\\_cuestiones/common/pdfs/2007-0128\\_Creaci-oo-n-de-sistemas-de-denuncias-internas-en-las-empresas-mecanismos-de-whistleblowing.pdf](https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/otras_cuestiones/common/pdfs/2007-0128_Creaci-oo-n-de-sistemas-de-denuncias-internas-en-las-empresas-mecanismos-de-whistleblowing.pdf) (fecha de consulta: 10 de enero de 2018).
- ALBA, I. (2017), "Canal de denuncia en las personas jurídicas públicas", *Actualidad Administrativa* no 7-8, pp. 1-14
- ARMENTIA, P. (2015), "Canal de denuncias". En: SAIZ PEÑA, C. (ed.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos de la empresa*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 610-642.
- BOUVILLE, M. (2008), "Whistle-Blowing and Morality", *Journal of Business Ethics*, 81, pp. 579-585.
- CALVO, P., "Whistleblowing ante la miseria moral de instituciones y organizaciones". En: AVILÉS, M. (ed.), *Empresas, derechos humanos y RSC: una mirada holística desde las Ciencias Sociales y Jurídicas*, Madrid, Aranzadi, 2016, pp. 135-153.
- COCA, I. (2013), "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?". En: MONTANER, R. y SILVA, J., *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, pp. 43-76.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2016), "Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica". Disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/CIRCULAR%201-2016%20-%20PERSONAS%20JUR%C3%8DDICAS.pdf?idFile=cc42d8fd-09e1-4f5b-b38a-447f4f63a041](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%201-2016%20-%20PERSONAS%20JUR%C3%8DDICAS.pdf?idFile=cc42d8fd-09e1-4f5b-b38a-447f4f63a041) (fecha de consulta: 10 de enero de 2018).
- GARCÍA MORENO, B. (2015), "Whistleblowing y canales institucionales de denuncia". En: NIETO, A. (ed.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 205-230.
- GÓMEZ, V. (2013), "Compliance y derechos de los trabajadores". En: KUHLEN, L., MONTIEL, J.P. y ORTIZ DE URBINA, I., *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, pp. 125-146.
- GOÑI SEIN, J.L. (2011), "Sistemas de denuncia interna de irregularidades ("whistleblowing")". En: GOÑI SEIN, J.L., *Ética empresarial y códigos de conducta*, Madrid, La Ley, pp. 319-355.

<sup>11</sup> Los plazos pueden ser los siguientes: a) Durante la fase investigación/instrucción de la denuncia interna. Las denuncias e información consecuencia de la misma podrán ser almacenadas durante el tiempo que dure la investigación, siempre y cuando no se dilate en el tiempo y pueda perjudicar al denunciado.

b) Finalizada la investigación. Aquí hay que distinguir si se trata de denuncias sobre hechos no probados o probados. En el primer caso, las informaciones se deberán eliminar en dos meses tras la finalización de la investigación de los hechos alegados. En el segundo supuesto, los datos deberán conservarse durante la tramitación del procedimiento, extendiéndose en el caso de que deban adoptarse medidas contra el denunciado. Una vez finalizado el procedimiento (penal, laboral etc.) y transcurridos los dos meses, se deberán eliminar.

- GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29 SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (2006), "Dictamen 1/2006". Disponible en: [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2006/wp117\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2006/wp117_es.pdf) (fecha de consulta: 10 de enero de 2018).
- HERSH, M.A. (2002), "Whistleblowers. Heroes or traitors? Individual and collective responsibility for ethical behaviour", *Annual Review in Control*, 26, pp. 243-262.
- MIETHE, T.D. (1999), *Whistleblowing at work*, Westview Press, Boulder.
- NIETO, A. (2013), "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal". En: KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I., (eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, pp. 21-50.
- ORTIZ, M.A. (2015), "El difícil encaje del delator en el proceso penal español", *Diario La Ley*, n. 8560, pp. 2-15.
- RAGUÉS, R. (2006), "¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal", *Indret*, pp. 3-19.
- RAGUÉS, R. (2013a), *Whistleblowing*, Marcial Pons, Madrid.
- RAGUÉS, R. (2013b), "Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos de empresa". En: KUHLEN, L., MONTIEL, J.P. y ORTIZ DE URBINA, I., *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, pp. 160-196.
- RAUHOFER, J. (2007), "Blowing the whistle on Sarbanes-Oxley: Anonymous hotlines and the historical stigma of denunciation in modern Germany", *International Review of Law Computers & Technology*, 21(3), pp. 1-18.
- WATTS, L., BUCKLEY, M.R (2015), "A Dual-Processing Model of Moral Whistleblowing in Organizations", *Journal of Business Ethics*, pp. 1-15.