

## La inmunidad penal como recompensa a los denunciantes. Allende un nuevo factor subjetivo-formal de punibilidad

Pere Simón Castellano

*Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*

---

SIMÓN CASTELLANO, PERE. La inmunidad penal como recompensa a los denunciantes. Allende un nuevo factor subjetivo-formal de punibilidad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2022, núm. 24-14, pp. 1-32.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-14.pdf>

RESUMEN: El debate doctrinal en torno a los factores de no punición sigue abierto y recientemente se han publicado estudios de dogmática aplicada, explorando la profusión de factores e indagando sobre su naturaleza, llegando a hacer interesantes propuestas de clasificación. En este contexto aparece ahora la posibilidad de que nuestro ordenamiento jurídico otorgue una protección reforzada a aquellos sujetos dispuestos a denunciar las prácticas ilícitas de su empresa, prevista expresamente por la Directiva europea de protección de alertadores, que más allá de las recompensas económicas, abre la vía para la inmunidad penal de los denunciantes. En paralelo, la fiscalía y la Sala 2ª del TS han tenido ocasión de informar favorablemente para la concesión de un indulto parcial a José Luis Peñas, quién alertó y facilitó las grabaciones que permitieron destapar la trama *Gürtel*. En este estado de cosas, el autor plantea una oportuna discusión sobre la viabilidad de incorporar *ex lege* la inmunidad penal como recompensa a los denunciantes, lo que en la práctica supondría la inclusión de un nuevo factor subjetivo-formal de no punibilidad.

PALABRAS CLAVE: Punibilidad, factores de no punición, canales de denuncia, inmunidad penal, recompensa o premio a los alertadores.

TITLE: **Criminal immunity as a reward for complainants. Towards a new formal objective factor of non-punishability**

ABSTRACT: The doctrinal debate around non-punishment factors remains open and recently applied dogmatic studies have been published, exploring the profusion of factors and investigating their nature, making interesting classification proposals —cases in which offenders may be exempt from punishment—. In this context now appears the possibility that our legal system provides enhanced protection to those individuals willing to report breaches of Union law of their company, expressly provided for by the European Directive for the protection of whistleblowers, which, beyond reward or compensation, opens the door for complainants protection against retaliation and immunity from criminal liability. In parallel, the Spanish Prosecution and the Spanish Criminal Supreme Court have had the opportunity to report favorably for the granting of a partial pardon to José Luis Peñas, who alerted and provided the recordings that allowed the Gürtel plot to be uncovered. In this state of affairs, the author raises a timely discussion on the feasibility of incorporating criminal immunity *ex lege* as a reward for complainants, which in practice would mean the inclusion of a new formal subjective factor of non-punishability.

KEYWORDS: Punishability, non-punishment factors, whistleblowing channels, immunity from criminal liability, rewards or compensation of whistleblowers.

Fecha de recepción: 15 enero 2022

Fecha de publicación en RECPC: 2 mayo 2022

Contacto: [pere.simon@unir.net](mailto:pere.simon@unir.net)

*SUMARIO: I. A modo de introducción: actualidad del tema e hipótesis de trabajo. II. La punibilidad como categoría propia de la teoría del delito: un debate abierto. 1. Supuestos de no punición. 2. La falta de sistematización y análisis dogmático de la punibilidad. 3. Una propuesta de clasificación de los factores de no punición. III. La inmunidad penal de los denunciantes como recompensa. 1. El espíritu de la Directiva europea de protección de los alertadores. 2. Incentivar la denuncia frente a factores culturales y a una desconfianza sistémica. 3. La propuesta de ubicar el whistleblowing en la punibilidad. IV. El caso Gürtel y el indulto parcial a José Luis Peñas. 1. El informe favorable de la Fiscalía. 2. El informe favorable de la Sala 2ª del TS. V. Conclusiones. Bibliografía.*

---

## **I. A modo de introducción: actualidad del tema e hipótesis de trabajo**

Los factores de no punición plantean una realidad incómoda desde la óptica de la teoría del delito. La determinación de las razones que permiten que hechos típicos, antijurídicos y culpables, queden sin castigo, no es un ejercicio sencillo y los distintos supuestos previstos *ex lege* no gozan de una aceptación generalizada, pues los argumentos de conveniencia y oportunidad en el diseño de la política criminal no siempre han venido acompañados de explicaciones necesariamente sensatas acerca de la carencia de necesidad de pena.

A esa contradicción interna se refería Mir Puig cuando afirmaba que “la punibilidad afecta a todas las categorías del delito, que es ante todo un hecho punible”<sup>1</sup>. Qué razones llevan a no castigar una conducta típica, antijurídica y culpable, cuando el resultado de lo anterior es, por definición, lo que conocemos como hecho punible. Fruto de ese interrogante o contrasentido no han sido pocas las voces, aún hoy en día, que tratan de restarle autonomía conceptual a la punibilidad<sup>2</sup>, frente a otras, mayoritarias en nuestro modelo —no en perspectiva comparada<sup>3</sup>—, que la posicionan como una categoría autónoma<sup>4</sup>.

Sea como fuere, una visión meramente pragmática nos lleva a aceptar la existencia

<sup>1</sup> A lo que añade: “La decisión acerca de lo que es no sólo dañoso e imputable a su autor, sino también punible, condiciona el contenido y los límites del injusto penal y de la imputación personal jurídico-penal. La selección de los hechos penalmente típicos no depende sólo de su dañosidad social, sino también de que parezca necesaria y oportuna su conminación penal. La exclusión del injusto penal también puede deberse al decaimiento de la suficiente necesidad de pena”. MIR PUIG, 2008, p. 145.

<sup>2</sup> Vid. por todos MIR PUIG, 2008, pp. 142-145; LUZÓN PEÑA, 2002, pp. 832 y ss.; COBO DEL ROSAL, 1983, pp. 9-10 y 47-50; BUSTOS RUBIO, 2015, pp. 191-199. La postura la resume excelentemente Bustos Rubio cuando indica que “La punibilidad es ajena al delito concebido estructuralmente, más no al Derecho penal, del que forma parte. En definitiva: la punibilidad puede afectar a la pena (por ejemplo, haciéndola desaparecer, o supeditando su imposición al cumplimiento de determinados requisitos en atención a la consecución de ciertos objetivos de política criminal) pero no al delito, que ya existe. Esta categoría no se mueve en el seno de la teoría tradicional del delito, sino que se encuentra más próxima a la teoría de la pena”. BUSTOS RUBIO, *ibid.*, p. 199.

<sup>3</sup> Nos referimos a la doctrina alemana, sobre la que volveremos más adelante, vid. nota 19.

<sup>4</sup> Por todos GARCÍA PÉREZ, 1997, pp. 380 y ss.; Díez Ripollés, 2017, pp. 11-27; SÁNCHEZ-OSTIZ, 2009, pp. 16 y ss.; COCCO, 2017, pp. 101 y ss.

de supuestos de no punición, que responden a múltiples factores<sup>5</sup>, que proceden de un ejercicio desordenado y asistemático por parte del legislador, algunos de ellos incluidos en varios preceptos de la parte especial del Código penal, cada uno de estos con su “razón de ser” y su “intrahistoria”<sup>6</sup>. De hecho, algunos factores son incluso anteriores en el tiempo a la propia teoría del delito, como el indulto o el perdón de naturaleza divina, institución vetusta y de honda raigambre histórica, cuyo antecedente más remoto se remonta al Código de Hammurabi, que contiene una serie de edictos que hacen referencia a los perdones desarrollados en la antigua Babilonia hace casi 4.000 años<sup>7</sup>.

Se trata de un debate abierto tal y como muestran las contribuciones recientes de García Pérez<sup>8</sup> y Sánchez-Ostiz<sup>9</sup>, ambos ya centrados en elaborar trabajos propositivos que bien podrían clasificarse como una aspiración loable de elaborar una reflexión teórica sobre la decisión legislativa de no castigar ni sancionar conductas por carencia de necesidad<sup>10</sup>, para luego ofrecer categorías que estructuren los aspectos y factores de no punición en base a criterios —subjetivos u objetivos; formales o materiales<sup>11</sup>—.

En paralelo al debate sobre la punibilidad y sus factores, crece la necesidad social —o al menos así se deriva de los cambios legislativos de las últimas dos décadas, en sintonía con la llamada sociedad del riesgo— de un Derecho penal cada vez menos preocupado por el delito que ya se ha cometido, cuyo foco se sitúa ahora *ex ante delictum*, en la prevención del injusto. La prevención del delito en la empresa, a su vez, pasa necesariamente por el establecimiento de dos controles que se han mostrado con diferencia los más eficaces en la larga tradición anglosajona del *criminal* o *corporate compliance*<sup>12</sup>: la formación y el mantenimiento de canales internos de denuncia.

Es en este ámbito en el que aparece, parece ser, un nuevo aspecto o factor de

<sup>5</sup> Como se analizará en el epígrafe II en el marco de las propuestas de clasificación ya formuladas por parte de la doctrina.

<sup>6</sup> Se hace eco precisamente de este extremo Sánchez-Ostiz que con acierto indica que “los factores que afectan a la punibilidad quedan como preceptos heterogéneos de la Parte Especial del Derecho penal, de manera que la teoría del delito podría continuar actuando sin ellos”. Como reacción, ese mismo autor planteará una interesante propuesta para conceptualarla y sistematizarla, a la que nos referiremos *ut infra*. SÁNCHEZ-OSTIZ, 2020, pp. 141-147.

<sup>7</sup> Vid. HERRERO BERNABÉ, 2012, p. 688.

<sup>8</sup> GARCÍA PEREZ, 2019, p. 710.

<sup>9</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, 2020, pp. 148 y 149.

<sup>10</sup> No deja de ser también un contrasentido que el mismo legislador que establece de forma desordenada aspectos o factores de no necesidad de pena se encuentre inmerso en una auténtica vorágine punitiva, en cierto modo conectado con fenómenos adyacentes que se agrupan bajo las voces de “la expansión del Derecho penal”, el “Derecho penal del enemigo” y, también, del amigo, y el populismo punitivo. Vid. la crítica de SIMÓN CASTELLANO, 2021a, pp. 25-34 y la formulada por el presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, MANUEL MARCHENA en el epílogo a RODRIGUEZ FERNÁNDEZ y SIMÓN CASTELLANO, 2021, pp. 484-486.

<sup>11</sup> Siguiendo aquí la propuesta clasificatoria de SÁNCHEZ-OSTIZ, 2020, pp. 141-143.

<sup>12</sup> Vid. por todos SIMÓN CASTELLANO, 2020a, pp. 31-76 y LEÓN ALAPONT, 2020a.

carencia de necesidad de pena que el legislador más temprano que tarde podría llegar a incorporar formalmente dentro de nuestro ordenamiento y se abre paso a través de la aporética institución del indulto. Como indicaba acertadamente hace más de una década Ragués i Vallés “el incremento de los incentivos para denunciar puede pasar por medidas más bien moderadas, aunque con dudosa eficacia práctica, como el refuerzo de los deberes de evitación o denuncia, o por reformas más contundentes pero ajenas a la tradición jurídica española, como la recompensa económica o la inmunidad penal para los denunciantes”<sup>13</sup>.

La inmunidad penal para los alertadores a la que se refería Ragués i Vallés de forma premonitoria en 2006 parece vehicularse hoy a través del perdón, cuya forma jurídica se adscribe dentro de la concesión de la gracia y bajo la voz del indulto, institución ya referida anteriormente, y todo ello a la espera de que se trasponga en nuestro ordenamiento interno la 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 (en adelante, Directiva *whistle-blowing*).

Así las cosas, y ante los acontecimientos que convierten el tema en un asunto de rabiosa actualidad, el autor pretende plantear los términos del debate partiendo de las siguientes (siete) hipótesis:

Primera. — No existe consenso en torno a la punibilidad como cuarta categoría del delito<sup>14</sup>: de un lado, como consecuencia de que el delito no se puede configurar a partir de y con referencia a la pena<sup>15</sup> o de la constatación que éste no se puede vincular a la teoría de la pena<sup>16</sup>; del otro, existe discusión abierta en relación con la fijación del momento constitutivo del delito —la problemática de integrar en la teoría del delito aspectos que no existen *ex ante delictum*—.

Segunda. — El Derecho penal moderno se caracteriza por un desplazamiento hacia la teoría de la pena y su determinación —presupuestos del proceso penal— de aquellas cuestiones que tradicionalmente no han encajado en el injusto culpable. La visión y el peso preponderante de la prevención especial y general en el seno de la llamada sociedad del riesgo —con múltiples manifestaciones hoy tales como los sistemas de *compliance* y la proliferación de herramientas actuariales para la predicción del riesgo de violencia o reiteración delictiva futura— exige poner el foco en cualquier circunstancia anterior, simultánea o posterior a la infracción de la norma, que pueden poner de manifiesto la carencia de necesidad de pena en el caso concreto.

<sup>13</sup> RAGUÉS I VALLÉS, 2006, p. 17.

<sup>14</sup> Siguiendo a GARCÍA PEREZ, 2019, pp. 732 y 733. El autor detalla que los dos grandes problemas en torno al reconocimiento de la categoría de punibilidad están relacionados con el papel de la teoría de la pena en la configuración del delito y con el momento constitutivo del delito.

<sup>15</sup> Vid. MENDES CARVALHO, 2007, p. 467.

<sup>16</sup> Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, pp. 541 y ss.

Tercera. — Que no exista un consenso sobre la existencia de la cuarta categoría del delito no significa que no sea conveniente su reconocimiento y que resulte de especial utilidad, siguiendo las razones brillantemente expuestas por García Pérez<sup>17</sup> y la propuesta sistematizadora que recientemente ha formulado Sánchez-Ostiz<sup>18</sup>, que agrupa y aglutina en base a cuatro categorías, como se analizará *ut infra*.

Cuarta. — La subcategoría de aspectos subjetivo-formales de no punibilidad parece estar abierta a recibir en breve aquellos supuestos específicos derivados de la participación voluntaria y proactiva de los alertadores y denunciantes en el seno del nuevo paradigma de los canales de denuncias internos, control por excelencia de los sistemas de *compliance*, cuya obligatoriedad a falta de normativa nacional *ad hoc* es exigible a todo el sector público —salvo los ayuntamientos de municipios con menos de diez mil habitantes— y para todas aquellas empresas con cincuenta o más trabajadores en virtud de la Directiva *whistleblowing*, que además incentiva su uso permitiendo recompensas y garantizando la indemnidad del denunciante.

Quinta. — Ante la pasividad del legislador nacional, incapaz de transponer dentro de plazo la Directiva *whistleblowing*, es la Sala Segunda del Tribunal Supremo la que está reinterpretando supuestos concretos, en el marco de la emisión de los preceptivos informes relacionados con peticiones de indulto, tratando de posicionarse de forma coherente y en sintonía con la nueva melodía que se desprende de los textos internacionales y europeos de reconocimiento de protección a los alertadores y denunciantes.

Sexta. — La propuesta de ubicar el *whistleblowing* en la subcategoría de aspectos subjetivo-formales de no punibilidad tiene una relevancia práctica indiscutible. En la configuración de un nuevo marco europeo y nacional de protección jurídica de los alertadores debería preverse *ex lege* la indemnidad penal del denunciante, pues no parece adecuado reenviar este tipo de casos a una institución que debería ser lo más excepcional y residual posible, como es el indulto<sup>19</sup>.

Séptima. — La legislación debería establecer criterios claros y concretos sobre qué requisitos debe tener una denuncia para ser entendida como parte de esta subcategoría, así como la valoración de la actitud y las acciones posteriores del alertador. De entrada, parece evidente que no debería bastar con la mera denuncia del *whistleblower*, sino que tendría que tratarse de una conducta voluntaria y proactiva del denunciante, seguida de un abandono de la conducta delictiva y de una colaboración estable con la investigación y persecución del delito, ya sea aportando pruebas nuevas y decisivas o compareciendo como testigo.

<sup>17</sup> GARCÍA PEREZ, 2019, pp. 709-753.

<sup>18</sup> SÁNCHEZ OSTIZ, 2020, pp. 123-150.

<sup>19</sup> Vid. sobre la aporética institución del indulto la crítica formulada por RODRÍGUEZ RAMOS y SIMÓN CASTELLANO, 2022, en prensa.

Procede finalmente advertir al lector que a lo largo de este trabajo se analizará el fenómeno del *whistleblowing* desde la punibilidad y, por tanto, el texto se centrará únicamente en las denuncias de quienes han tomado parte en el hecho delictivo, sin valorar la acción de los denunciantes que no han tomado parte en este.

## II. La punibilidad como categoría propia de la teoría del delito: un debate abierto

La punibilidad, como cuarta categoría del delito, ha sido objeto de un debate doctrinal intenso, también extramuros o más allá de nuestro modelo<sup>20</sup>. Mir Puig le restaba autonomía conceptual, tratando de reconducir los factores excepcionales a las categorías tradicionales de la teoría del delito<sup>21</sup>, de modo parecido a lo realizado por la doctrina alemana, si bien por pragmatismo o razones utilitaristas finalmente han acabado triunfando las tesis que entienden que, más allá de una valoración subjetiva, resulta necesario conceptualizar y sistematizar los factores de no punición<sup>22</sup>.

Díez Ripollés, por su parte, y atendiendo a criterios utilitaristas, ha tratado de dotar de contenido material a ese juicio de necesidad de la punibilidad como cuarta categoría del delito a partir de los conceptos pragmáticos de efectividad, eficacia y eficiencia<sup>23</sup>.

Como se observa, la naturaleza y encuadre de la categoría de la punibilidad es una cuestión discutida: puede entenderse que esta es un auténtico elemento de la definición del delito o puede considerarse que el delito existe desde que concurre un hecho típico, antijurídico y culpable. A nuestro modo de ver, la segunda opción es la más acorde con la teoría del delito<sup>24</sup> y, sin embargo, la punibilidad es una nota conceptual y no tiene mucho sentido enquistar el debate y circunscribirlo exclusivamente a un aspecto valorativo, el relativo a consensuar si la punibilidad constituye o no un elemento de la estructura del delito.

Con independencia de la determinación sobre si el delito se perfecciona al constatar la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, lo cierto es que en la práctica (1) la punibilidad afecta a la pena —haciéndola desaparecer o supeditando

<sup>20</sup> En Alemania es habitual reconducir los factores de carencia de necesidad de pena a las categorías de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad. Vid. WOLTER, 2004, pp. 36-38 y 58-68; JAKOBS, 1991, § 10, Núm. 2-3, 6, 15 y 18; también en SANCHEZ OSTIZ, 2020, p. 124. En una línea distinta Roxin sí acepta la punibilidad como categoría propia del delito, aunque con matices, al indicar que “una cuarta categoría delictiva más allá del sistema tripartito del delito no designa un presupuesto general de la punibilidad y ya por esta razón no puede tener el mismo rango que el tipo, la antijuridicidad y la responsabilidad”. ROXIN, 2003, p. 970.

<sup>21</sup> MIR PUIG, 2008, p. 145.

<sup>22</sup> Vid. por todos MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, 2019, p. 379; DÍEZ RIPOLLÉS, 2017, pp. 11-27.

<sup>23</sup> Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, 2017, pp. 11-27.

<sup>24</sup> En consonancia se ha señalado que “esta categoría no se mueve en el seno de la teoría tradicional del delito, sino que se encuentra más próxima a la teoría de la pena”. BUSTOS RUBIO, 2015, p. 199.



su imposición al cumplimiento de ciertos requisitos— y (2) existen diversidad de factores que nos indican que “una pena merecida no es necesaria”<sup>25</sup>.

Veamos entonces, aunque de forma sucinta, pues no es el objeto de este trabajo, los factores heterogéneos de no punición, frente a la proliferación de los cuales resulta más necesario que nunca realizar un esfuerzo de dogmática aplicada para sistematizarlos.

### 1. *Supuestos heterogéneos de no punición*

Los supuestos de no punibilidad previstos en las leyes están conectados con condiciones, factores o posiciones<sup>26</sup> que pueden dividirse en función de si estos se producen *ex ante delictum* —y a su vez subdividirse en subjetivas, cuando dependen de una cualidad que reviste el sujeto activo; objetivas; requisitos de procedibilidad— o si, por el contrario, operan *ex post delictum* —ya sea subjetivo, por una acción u omisión del autor o sujeto activo, de la propia víctima, del Estado, o por un factor objetivo—.

Dentro de las cualidades subjetivas que operan *ex ante delictum* destacan supuestos como la inviolabilidad del Monarca, prevista *ex art.* 56.3 de la Constitución, la inviolabilidad del Defensor del Pueblo —*ex art.* 6 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo—, la inviolabilidad de diputados y senadores y de los magistrados del Tribunal Constitucional, por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones —*ex art.* 71 de la Constitución y 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, respectivamente—, la excusa absolutoria de parentesco en delitos patrimoniales no violentos ni intimidatorios —*ex art.* 268 CP—, los encubridores por mediar parentesco con el autor —*ex art.* 454 CP—, la minoría de edad —*ex art.* 19 CP—, en especial en la llamada segunda infancia y adolescencia.

En cambio, los factores postdelictivos normalmente están vinculados a conductas realizadas en sentido contrario al injusto, no tratándose de cualidades subjetivas de los agentes. Esa acción posterior puede ser realizada por el propio autor del delito —el desistimiento en la tentativa del art. 16, apartados 2 y 3 CP; la revelación eficaz para evitar delitos de rebelión y sedición de los arts. 480.1 y 549 CP; las regularizaciones en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social de los arts. 305.4, 307.3 y 308.6, entre muchos otros<sup>27</sup>—, o por el Estado, en su condición de

<sup>25</sup> Empleamos la terminología propuesta por Ferré Olivé, quién señala que “la punibilidad se refiere en exclusiva a la necesidad preventiva de la pena, en la que inciden conjuntamente elementos sustantivos y procesales. Estos elementos no se fundamentan en la afección culpable a un bien jurídico sino en razones políticas [...] De tal forma, cuando un precepto penal incorpora una condición objetiva, una causa de exclusión de la punibilidad o es de aplicación un presupuesto procesal, se nos está indicando que, en estos casos, al apreciarse un elemento que excluye la punibilidad, una pena merecida no es necesaria”. FERRÉ OLIVÉ, 2008, pp. 7 y 8.

<sup>26</sup> Seguimos con fines enunciativos buena parte de los supuestos detallados previamente, así como la propuesta de clasificación, de SÁNCHEZ-OSTIZ, 2020, pp. 126-129.

<sup>27</sup> Se recomienda consultar el listado exhaustivo que comparte SÁNCHEZ-OSTIZ, 2020, pp. 126-127.

titular del *ius puniendi*, como en el caso del indulto previsto *ex constitutione*, o por la propia víctima —el perdón del injuriado del art. 215.3 CP—.

Entre los factores de no punibilidad se prevén también situaciones en las que no se trata de una conducta sino una situación o factor ajeno a los sujetos la que permite eximir o atenuar la responsabilidad. Dentro de esta categoría se encuentran las condiciones objetivas de punibilidad, que a su vez pueden agruparse en (1) propias o (2) impropias en función de si (1) impiden dejar de castigar o aplicar una sanción más grave o, por el contrario, (2) lo posibilitan. En este ámbito deben incluirse supuestos como el del art. 606.2 del CP que para sancionar el ataque sufrido por un jefe de Estado extranjero exige que el Derecho penal extranjero prevea un delito semejante —condición propia— o el art. 166 del CP en relación con la agravación de la pena que deriva de no dar noticia del paradero de la persona detenida —condición impropia—.

Los elementos que dan lugar a la condición objetiva de punibilidad no quedan englobados por el dolo de quienes pueden beneficiarse de ellos y, por su carácter objetivo, afectan a todos aquellos que toman parte en el delito —autores y partícipes—. El simple o mero paso del tiempo también tiene efectos atenuantes o eximentes, tal y como sucede con la prescripción del delito y de la pena o la medida de seguridad —arts. 131-135 del CP— o como ponen de manifiesto las siempre polémicas, por sus paradójicos efectos y la frecuente responsabilidad del propio autor, dilaciones procesales indebidas —art. 21.6 CP—. Mención especial asimismo merecen ciertos factores ulteriores o postdelictivos que no dependen del agente como la producción de un determinado resultado o la superación de ciertas cuantías<sup>28</sup> —arts. 234, apartados 1 y 2, y 249.2 del CP—.

Los requisitos de procedibilidad también son decisivos para que en ocasiones un hecho típico, antijurídico y culpable no obtenga una respuesta del Estado en forma de pena, tal y como sucede con el suplicatorio de diputados y senadores para ser procesados *ex art. 71.2 CE*, con la denuncia de los perjudicados o personas agraviadas o sus representantes en determinados delitos —v.gr. el descubrimiento y revelación de secretos de empresa que configura el art. 287.1 CP siempre y cuando el injusto en concreto no afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas—, y con la querrela en injurias a un particular —art. 215.1 CP—. Se trata de requisitos de la procedibilidad, que vienen a establecer un filtro objetivo que condiciona el inicio de un proceso judicial por el hecho cometido. Estas condiciones no afectan al delito sino a la posibilidad de su persecución penal, lo que en práctica se traduce en ausencia de pena.

<sup>28</sup> Vid. para mayor detalle SÁNCHEZ-OSTIZ, 2020, pp. 129.



## ***2. La falta de sistematización y análisis dogmático de la punibilidad***

El ejercicio teórico de tratar de agrupar y estudiar de forma conjunta las muy diversas previsiones legislativas desordenadas que afectan a la punibilidad tiene mucho sentido, puesto que más allá de permitir una mejor comprensión de la ausencia de necesidad de pena<sup>29</sup>, difícil de entender de entrada cuando estamos ante una conducta típica, antijurídica y culpable, ofrece la oportunidad de indagar en la naturaleza de cada uno de los factores de relevancia penal negativa o contra-típica, incluidos también los factores de carácter procesal.

La falta de sistematización y las dudas de conceptualización han exigido a la doctrina esfuerzos específicos para perfilar una clasificación sobre la que no existe consenso. Díez Ripollés sostiene que todos los elementos de la categoría de la punibilidad pueden ordenarse formalmente según sean componentes fundadores, excluyentes o graduadores de esta, lo que permitiría reconducir el debate a los tres criterios materiales de necesidad del juicio de responsabilidad —efectividad, eficacia y eficiencia—. Además, propone diferenciar entre los elementos genéricos y específicos de la punibilidad, esto es, los que se aplican a todas las figuras del delito y aquellos que sólo aplican a supuestos delictivos específicos<sup>30</sup>.

## ***3. Una propuesta de clasificación de los factores de no punición***

Resulta de especial interés la propuesta de clasificación formulada por Sánchez-Ostiz, estructurada en dos ejes<sup>31</sup>: el relativo al factor en el que se basa la impunidad y la conducta del agente —si exige una conducta por parte de este u opera con independencia de esta—; y el que atiende a la relevancia penal del hecho y sus efectos —si son limitados al sujeto a quien aplica o en quien concurre el factor o si por el contrario, tiene fuerza general y aplica a todos los intervinientes—.

Como resultado, se pueden distinguir hasta cuatro situaciones. Los factores subjetivo-materiales de la punibilidad son aquellos que sólo proyectan sus efectos sobre el sujeto en cuestión y con independencia de la conducta del agente. Por su parte, los factores subjetivo-formales son aquellos que producen efectos para quien la lleva a cabo pero que, además, exige que medie una conducta suya. Los factores objetivo-

<sup>29</sup> Silva Sánchez se muestra a favor de distinguir las consideraciones de merecimiento y de necesidad de pena, por entender que unas responden a criterios de utilidad y otras a criterios de garantía o valorativos, pudiendo coincidir, pero también separarse. A su juicio, será necesario atender a consideraciones sobre el merecimiento de pena, derivado de la significación atribuida al bien y de la gravedad en función de las formas de ataque a este, y sobre la necesidad de pena, derivada de la ineficacia de otros medios alternativos a la intervención penal. En este último supuesto, y por lo que se refiere a la lesividad, es la necesidad y no el merecimiento de pena la afectada, eliminada o disminuida. De este modo, el merecimiento de pena desempeña un papel considerablemente inferior en el ámbito de la norma secundaria. Siguiendo el análisis efectuado por Silva Sánchez, la punibilidad tendría sentido como expresión de la necesidad de sanción, y no de su merecimiento, y cuyos efectos se proyectan también en el esquema de la culpabilidad. Vid. SILVA SÁNCHEZ, 1992, pp. 406-415.

<sup>30</sup> Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, 2017, pp. 21. También la crítica de GARCÍA PÉREZ, 2019, pp. 722 y ss.

<sup>31</sup> Vid. SÁNCHEZ-OSTIZ, 2020, pp. 141-142.

materiales tienen efectos en la relevancia penal del hecho y con independencia de la conducta del sujeto que se beneficia de la impunidad, mientras que los objetivo-formales proyectan efectos similares, pero que a la par dependen de la realización de una conducta del agente.

Esta clasificación, a nuestro juicio, resulta de especial utilidad e interés para el presente trabajo, ya que como se defenderá a continuación y, muy especialmente, en las conclusiones, la inmunidad penal de los delatores e informantes —canales de denuncia— bien podría vehicularse por el legislador en un futuro cercano como un nuevo factor subjetivo-formal de la punibilidad.

### III. La inmunidad penal de los denunciantes como recompensa

¿Héroes o traidores? Esa pregunta se formulaba de forma temprana —a nivel nacional—, en 2006, Ragués i Vallés<sup>32</sup>, quien ya alertaba que, aunque en la política criminal española todavía no se había planteado seriamente la conveniencia de incentivar las denuncias y alertas internas como un medio de prevención o descubrimiento de delitos, algunos textos internacionales ya marcaban una tendencia decidida en esa dirección<sup>33</sup>.

El fomento de los canales de denuncia y la creación de incentivos a los alertadores es un mecanismo propio de sistemas más pragmáticos<sup>34</sup>, como los de la tradición jurídica del *common law*, que los han incorporado como una herramienta esencial en el seno de los estándares de cumplimiento normativo que cuentan con reconocimiento internacional —las normas de la *International Organization for Standardization*<sup>35</sup> (ISO), los *australian standards*, etc.—. “Normas” que no son normas —pues

<sup>32</sup> RAGUÉS I VALLES, 2006, p. 17.

<sup>33</sup> A lo largo de la última década se ha escrito mucho sobre *criminal compliance* y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluso sobre algunos subsectores que nacen parcialmente agotados por falta de sustantividad o de proyección real tangible, como el de la llamada *public compliance*. De esta misma opinión el catedrático FERRÉ OLIVE, en la conferencia que impartió el 3 de diciembre de 2021 en el I Congreso Internacional “El Derecho penal frente a las crisis sanitarias”, celebrado en la Universitat de València, organizado en el seno del Proyecto de investigación “El Derecho Penal frente a las crisis sanitarias” (GV/2021/103), concedido por Resolución de la Dirección General de Ciencia e Investigación, por la que se conceden subvenciones a grupos de investigación emergentes. Sin embargo, sobre canales de denuncia como elemento clave de los programas de cumplimiento y de los modelos de organización y gestión, la literatura especializada no es tan abundante. Destacan al respecto las contribuciones de LEÓN ALAPONT, 2020b, pp. 1-34; RAGUÉS I VALLES, 2006, pp. 1-19, DEL MISMO AUTOR, 2019, pp. 713-729, DEL MISMO AUTOR, 2020, pp. 1-13, DEL MISMO AUTOR, 2021, pp. 1-8; MARTÍNEZ SALDAÑA, 2020; SÁEZ LARA, 2020; GARCÍA MORENO, 2020, DE LA MISMA AUTORA, 2021, pp. 249-260; MARTÍNEZ CANTÓN, 2020, pp. 2099-2109.

<sup>34</sup> Vid. para una primera aproximación a los antecedentes y regulaciones aplicables en Estados Unidos, Reino Unido y Australia el estudio de CALLAHAN, DWORKIN y LEWIS, 2004, pp. 880 y ss. Con esta misma referencia a la influencia de los modelos anglosajones, aunque en artículos de carácter divulgativo o publicados en prensa, vid. SIMÓN CASTELLANO, 2021b; DEL MISMO AUTOR, 2021c. También la referencia y mención específica que hace al respecto DE MADRID DÁVILA, 2021.

<sup>35</sup> Hasta el punto de contar con un estándar propio, aprobado en octubre de 2021, la UNE-ISO 37002:2021, intitulada “Sistemas de gestión de la denuncia de irregularidades. Directrices”. Los sistemas de denuncia también son citados en otros estándares de las normas de la familia ISO tales como la norma UNE-ISO 19601 —

no gozan de rango legal alguno—, pero que son aceptadas por el mercado y por las empresas y organizaciones que en él operan, estableciendo unos ciertos niveles de homogeneidad en relación con la gestión de procesos de cumplimiento normativo basados en principios como la comunicación y consulta y la mejora continua.

La eficacia de estos sistemas resulta, en la práctica, indiscutible; de hecho, los canales de denuncia se han revelado como una de las vías más eficaces para descubrir e investigar las infracciones que se cometen en el seno de empresas, organizaciones y administraciones públicas. Así, por ejemplo, en Estados Unidos, desde hace años, han optado por este tipo de modelos y, en el año 2017, el gobierno norteamericano recuperó 3.7 billones de dólares<sup>36</sup> gracias a su programa de detección de fraude. De esta cantidad, los denunciantes fueron directamente responsables de la detección y recuperación de 3.4 billones de dólares —92% del total—. Como resultado de esta cooperación, además, los alertadores o denunciantes fueron premiados —un total de 392 millones de dólares, lo que constituye un 11.5% de la suma “recuperada”—.

Según el último informe anual de ACFE, la asociación de referencia de lucha antifraude, más del 40% de los casos de fraude empresarial se detectan gracias a las denuncias de los propios empleados<sup>37</sup>. En el mismo informe destaca un estudio específico —figura 22— sobre la presencia de controles antifraude en las empresas y su relación con la pérdida media derivada del fraude a las compañías, llegando a la conclusión que la existencia de canales de denuncia —*hotlines*— permite recuperar más del 49% de las cantidades defraudadas<sup>38</sup>, siendo uno de los controles más efectivos, sólo superado por la revisión directa por parte de la gerencia —50%—, las auditorías externas de los controles internos vinculados a los informes financieros —50%—, la certificación de cuentas y finanzas —50%—, la existencia de un departamento de auditoría interna —50%— y, finalmente, el código de conducta —51%—.

de alcance nacional—, publicada en mayo de 2017, sobre “Sistemas de gestión de compliance penal” —vid. más concretamente el epígrafe 8.7— o, la más reciente norma técnica internacional, la UNE-ISO 37301:2021, aprobada en mayo de 2021, intitulada “Sistemas de gestión del compliance. Requisitos con orientación para su uso”, que ha sustituido a la anterior ISO 19600:2014. En el epígrafe 8.3 de este nuevo estándar internacional se indica que, como elemento del programa de cumplimiento normativo, “[l]a organización debe establecer, implementar y mantener un proceso para animar y permitir que se informe (en caso de que haya motivos razonables para pensar que la información es cierta) sobre los intentos de infracción, las infracciones supuestas o reales de la política o de las obligaciones de compliance. Este proceso debe: – ser visible y accesible en toda la organización; – tratar los informes de forma confidencial; – aceptar los informes anónimos; – proteger a aquellos que realizan los informes de las represalias; – permitir al personal que reciba asesoramiento. La organización debe asegurarse de que el personal toma conciencia de los procedimientos de información, sus derechos y protección y de que pueden usarlos”.

<sup>36</sup> Todas las cifras incluidas en este párrafo, así como las referencias a las cantidades recuperadas y a las recompensas pagadas a los alertadores, proceden del informe intitolado “Foreign Corrupt Practices Act: How the whistleblower reward provisions have worked”. Vid. NWC, 2018, disponible en <https://www.whistleblowers.org/wp-content/uploads/2018/12/nwc-fcpa-report.pdf> (fecha de última consulta: 26 de diciembre de 2021).

<sup>37</sup> Informe ACFE, 2020, disponible en <https://acfepublic.s3-us-west-2.amazonaws.com/2020-Report-to-the-Nations.pdf> (fecha de última consulta: 26 de diciembre de 2021).

<sup>38</sup> *Ibid.* p. 33, con análisis y valoración de los datos que componen la citada figura 22.

El éxito en cifras es incontestable si se compara con los datos que proceden de la Unión Europea. En 2017, la Comisión Europea publicó el informe “Estimación de los beneficios económicos de proteger a los denunciantes en la contratación pública”<sup>39</sup>, en el que se realiza un cálculo que estima los potenciales beneficios de la recuperación de fondos públicos malversados en los Estados miembros de la Unión Europea, señalando que en todos los casos los beneficios superan los costes de establecer y mantener dichos sistemas, y eso que se trata de un estudio circunscrito sólo al ámbito de la contratación pública. En el caso de España se identifican hasta tres posibles escenarios, en los que la recuperación de fondos públicos se estima —con datos de 2017— en una horquilla entre 1.971 y 3.286 millones de euros al año<sup>40</sup>.

Todas estas razones y evidencias empíricas están detrás de la promoción de los canales internos de alerta o *whistleblowing*, y constituyen el *leitmotiv* que ha inspirado la directiva *whistleblowing*, sobre la que volveremos a continuación, y también a nuestro legislador nacional, con la incorporación en 2015 —LO 1/2015, de 30 de marzo— del art. 31 bis 5. 4º CP que establece que los modelos de organización y gestión “[i]mpondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”. Se trata de un reconocimiento implícito, táctico, de los canales de denuncia como vía de comunicación de irregularidades al órgano de cumplimiento de la empresa, de forma que, a raíz de la alerta recibida, la persona jurídica inicie una investigación interna<sup>41</sup>.

### 1. *El espíritu de la Directiva europea de protección de los alertadores*

Las cifras de lucha contra el fraude y de recuperación de fondos públicos en otros modelos en perspectiva comparada han inspirado al legislador europeo, que con la directiva *whistleblowing* y por la vía de la obligatoriedad pretende que el tejido empresarial y las administraciones públicas se hagan eco de esas razones que subyacen a la norma que pretende establecer la normalidad de los canales de denuncia y la protección de los alertadores como un nuevo paradigma para la detección temprana de irregularidades y su posterior corrección.

El umbral fijado por el regulador europeo para decidir sobre el carácter preceptivo de este tipo de canales no es muy exigente y excluye a las llamadas pequeñas y medianas empresas —*pymes*—. Más concretamente, el artículo 8.3 de la directiva

<sup>39</sup> Informe final intitolado “Estimating the Economic Benefits of Whistleblower Protection in Public Procurement Final Report”, escrito por la compañía Milieu Ltd., publicado y encargado por la Comisión Europea, disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8d5955bd-9378-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-en> (fecha de última consulta: 26 de diciembre de 2021).

<sup>40</sup> *Ibid.* p. 102.

<sup>41</sup> Sobre las múltiples aristas y problemas en torno a las investigaciones internas en nuestro modelo véanse GIMENO BEVIÁ, 2016, pp. 219 y ss.; NEIRA PENA, 2017, pp. 342 y ss.; NIETO MARTÍN, 2015, pp. 232 y ss.; LEÓN ALAPONT, 2020b, pp. 4 y ss.

*whistleblowing* circunscribe la obligatoriedad sólo para aquellas empresas que cuenten con un mínimo de cincuenta trabajadores y, en el caso del sector público, es el artículo 8.9 el que admite la posibilidad de eximir de la obligación citada “a los municipios de menos de 10.000 habitantes o con menos de 50 trabajadores, u otras entidades mencionadas en el párrafo primero del presente apartado con menos de 50 trabajadores”.

Se pretende así luchar contra el fraude interno, cuyas cifras más elevadas concentran las grandes empresas y el sector público. Existen empero otros argumentos, plenamente consonantes con un modelo que ha acabado abrazando la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para aceptar esta obligatoriedad en la práctica. Hay que tener muy presentes los efectos preventivos, de desaliento de comisión delictiva, que se multiplican por la mera existencia de este tipo de canales, pues muy probablemente el infractor se replanteará su actuar futuro al saber que cualquiera puede dar la voz de alarma dentro de la empresa, y que la denuncia será gestionada sin conflictos de interés, garantizando la confidencialidad e indemnidad del alertador.

Así las cosas, los efectos benéficos que despliega para una organización contar con un canal de denuncias interno son múltiples<sup>42</sup>. Permiten conocer a tiempo real qué sucede dentro la organización, y que el órgano de cumplimiento y el órgano de administración tomen decisiones formadas al respecto. Los canales de denuncia correctamente diseñados simplifican este proceso y deben venir acompañados de garantías, que permitan depurar cualquier acción u omisión susceptible de ser considerada irregular, ya sea por tratarse de una conducta delictiva —en el peor de los casos— o por constituir una acción u omisión contraria al código ético de la compañía.

Detectar y corregir las irregularidades en el seno de la empresa puede significar, también, evitar una futura posible sanción penal para la compañía. La directiva *whistleblowing* no incorpora una obligación para las empresas de denunciar la infracción conocida a través de su canal interno; de hecho, difícilmente puede el legislador incorporar un deber de autodenuncia que respete el estatuto jurídico procesal de la persona jurídica<sup>43</sup> y los derechos fundamentales de los que es titular —también,

<sup>42</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala segunda del Tribunal Supremo, que ha aceptado la existencia de canales internos que permiten denuncias anónimas, valorando positivamente la noble intención del regulador europeo de “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”. Se indica, también, que esta medida “se justifica en la constatación de que los informantes, o denunciantes, son el cauce más importante para descubrir delitos de fraude cometidos en el seno de organizaciones; y la principal razón por la que personas que tienen conocimiento de prácticas delictivas en su empresa, o entidad pública, no proceden a denunciar, es fundamentalmente porque no se sienten suficientemente protegidos contra posibles represalias provenientes del ente cuyas infracciones denuncia”. Vid. STS (Sala Segunda) núm. 35/2020, de 6 de febrero de 2020. FD 2. Ponente: Vicente Magro Servet. ECLI: ES:TS:2020:272.

<sup>43</sup> Vid. RAGUÉS I VALLÉS, 2019, pp. 713-729; en relación con el mediático caso BBVA-Villarejo, y más concretamente vinculado a la pieza separada caso Tándem, véanse las contribuciones y reflexiones de SIMÓN CASTELLANO, 2020b, pp. 1-12 y LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2021, pp. 9-11.



aunque con matices, el derecho de defensa<sup>44</sup>—, y quizás por este motivo el regulador ha huido deliberadamente de este extremo.

Otras voces, a nuestro juicio de forma muy acertada, han añadido a la ecuación las dificultades prácticas de establecer un deber de denuncia, y un proceso de sanción derivado de su incumplimiento, que difícilmente podría proyectar más efectos que los meramente simbólicos, con una “capacidad motivadora (...) prácticamente nula”<sup>45</sup>.

El estándar internacional de la norma ISO 37002 —epígrafe 8.5— se limita, por su parte, a señalar de forma abierta que cuando una organización se percata y llega a la conclusión de la existencia de un incumplimiento en la empresa debe tomar las medidas oportunas de acuerdo con sus propias políticas —en especial, de acuerdo con el protocolo de acciones postdelictivas—, imponiendo las sanciones previstas previamente —laborales o disciplinarias— y, sólo cuando proceda, proceder a la remisión de los asuntos a las autoridades competentes.

La ambigüedad de los textos citados dificulta la determinación del “cuando proceda”, que en realidad es una hoja en blanco para las empresas, que podrán delimitar con un amplio margen de discrecionalidad si denunciar y cuando hacerlo, en base también a intereses de negocio o comerciales. Ragués i Vallés ha criticado recientemente este vacío legal o ambigüedad que considera será el punto de partida para la coexistencia de distintos modelos —en los países europeos y en las políticas internas de las organizaciones—, cuando en realidad “la denuncia es lo más aconsejable tanto en términos de interés público como de la propia organización, que en caso de no denunciar externamente —e intentar ocultar lo sucedido— pondrá en cuestión la credibilidad de su modelo de prevención en su conjunto, especialmente en aquellos casos en los que se trate de una entidad de naturaleza pública y los conocedores de la información sean funcionarios”<sup>46</sup>.

En sintonía con Ragués i Vallés, consideramos que por coherencia con los principios del cumplimiento normativo las políticas internas y, más concretamente, el protocolo de acciones postdelictivas, deberían incorporar ese deber de denuncia cuando los hechos sean constitutivos, a ojos de la organización, de un posible injusto, pues de lo contrario la credibilidad de todo el modelo caería por su propio peso y sería difícilmente defendible la existencia de una cultura de cumplimiento normativo favorable a Derecho, siendo este extremo decisivo para apreciar la responsabilidad penal de la empresa y, en su caso, la eximente prevista *ex CP*.

No se trata de la única cuestión que la Directiva *whistleblowing* deja abierta. En primer lugar, debemos tener en cuenta las asimetrías de los procesos legislativos de transposición de la citada Directiva en los distintos Estados miembros, destinadas a

<sup>44</sup> Vid. de nuevo los trabajos de SIMÓN CASTELLANO, 2020b, y LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2021.

<sup>45</sup> RAGUÉS I VALLÉS y BELMONTE PARRA, 2021, p. 4.

<sup>46</sup> RAGUÉS I VALLÉS, 2021, en línea.



producir en el futuro algunas disonancias significativas, y es que más allá de los denominadores comunes de la normativa europea son muchas las cuestiones plenamente abiertas fruto de una redacción excesivamente ambigua<sup>47</sup>, entre las que se encuentra la vieja discusión entre la confidencialidad o, ser más ambiciosos y requerir el anonimato<sup>48</sup>, y también la difícil concreción de las garantías y la protección tangible del denunciante —incluidas las posibilidades de prever premios y recompensas a modo de porcentaje de la cantidad recuperada o incluso la carencia de necesidad de pena<sup>49</sup>—.

En segundo lugar, aunque no por ello menos importante, debemos reparar en el hecho que la legislación sectorial de aplicación es sumamente relevante por lo que se refiere al devenir de las investigaciones internas, que deben desarrollarse con pleno respeto hacia los derechos fundamentales de los investigados, que no son objeto de una investigación criminal. Así, por ejemplo, resulta fundamental comprender la presunción *iuris tantum* de interés legítimo para el tratamiento de datos personales<sup>50</sup> que opera sobre la actuación derivada de la empresa u organización en el seno de una investigación interna, cuyas exigencias formales se reducen a las obligaciones tradicionales del binomio derecho deber de información —transparencia— en protección de datos, ahora recogida expresamente *ex lege*, más concretamente, en el art. 24 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPDGDD).

España, por su parte, no ha cumplido con el plazo inicial de dos años para la transposición de la citada directiva *whistleblowing*; de hecho, tras un proceso de consulta pública<sup>51</sup> cerrado en enero de 2021, ni tan solo hemos llegado a conocer un borrador sobre esta materia<sup>52</sup>.

## ***2. Incentivar la denuncia frente a factores culturales y a una desconfianza sistémica***

Ante la falta de regulación nacional específica, las personas jurídicas y las administraciones públicas apenas disponen de referente más allá de las previsiones muy

<sup>47</sup> Al respecto BENITO SÁNCHEZ, 2019, pp. 520-548, alerta —aunque en relación con la corrupción— que la implementación de las políticas europeas y su transposición en cada Estado miembro constituye uno de los principales desafíos.

<sup>48</sup> Sobre esta cuestión vid. LEÓN ALAPONT, 2020b, pp. 5 y 6.

<sup>49</sup> Sobre el tratamiento en sede de punibilidad (necesidad de pena) de las acciones post-delictivas, puede consultarse el trabajo sobre atenuantes de las personas jurídicas, por lo que se refiere a la colaboración y reparación en el marco del compliance, de GOENA VIVES, 2017.

<sup>50</sup> De nuevo, vid. LEÓN ALAPONT, 2020b, pp. 6 y ss.

<sup>51</sup> Disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Consulta%20Publica%20Whistleblowers%205%20ENE%2021.pdf> (fecha de última consulta: 26 de diciembre de 2021).

<sup>52</sup> El gobierno ha aprobado en marzo de 2022 el Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, por ello únicamente hemos tenido acceso a este en fase de revisión del presente artículo.

genéricas de la directiva *whistleblowing*<sup>53</sup> y aquellas otras, más concretas, que provienen de “buenas prácticas” o estándares internacionales como la norma ISO 37002, citada anteriormente. Las pocas provisiones específicas deben complementarse con una lectura sistemática de las obligaciones o exigencias que provienen de la legislación sectorial, en especial todo lo relacionado con la protección de datos —*ex art. 24 LOPDGDD*—.

Sea como fuere, ante la falta de concreción y ambigüedad del regulador europeo, nada impide explorar tantas opciones como sean viables para incentivar la denuncia en el seno de la empresa u organismo público. Este extremo resulta fundamental en la medida que existe una desconfianza sistémica y ante la ausencia de incentivos lo más cómodo es no decir ni hacer nada o, a vueltas, comentarlo con el superior jerárquico, que bien podría estar vinculado o directamente relacionado con el hecho delictivo.

Las opciones a manos del legislador para incentivar la denuncia son diversas y el nivel o intensidad de la protección que se dispensa a los alertadores también, en función de determinados factores o elementos que procedemos a analizar a continuación.

Un primer ítem para tener en cuenta es que, más allá de las opciones legislativas, la protección sólo debería cubrir (1) aquella información necesaria que se aporta a través de la denuncia, nunca los datos o información que puedan catalogarse como accesorios. Ragués i Vallés pone un ejemplo interesante al respecto<sup>54</sup> —empleado de entidad bancaria que, para denunciar ciertas actuaciones irregulares de la empresa, procede a descubrir la identidad de los titulares de determinadas cuentas sin que tal revelación sea imprescindible para dar a conocer dichas irregularidades—. La conducta del alertador sería típica y no podría justificarse por estado de necesidad al causarse un mal adicional e innecesario, puesto que los datos e información accesorios no quedan cubiertos por las garantías específicas de protección del denunciante. Todo ello salvo regulación expresa *ex lege* en sentido contrario.

El legislador podría optar por (2) ampliar el radio de acción del delito de omisión del deber de impedir delitos<sup>55</sup> —*ex art. 450 CP*—, castigando la inacción del empleado en aquellas modalidades delictivas que acostumbran a producirse en el seno de las empresas o administraciones públicas, aunque lo cierto es que el discurso y las políticas del miedo tienen un difícil encaje en los sistemas proactivos de cumplimiento normativo, en la práctica no acostumbran a dar buenos resultados ya que un

<sup>53</sup> Esta se limita a reproducir lo evidente, esto es, que los empleados de una organización pública o privada pueden desempeñar 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 estas (vid. considerando 1). Sin embargo, los denunciantes potenciales suelen renunciar a informar por temor a represalias y por ello deviene esencial que desde el Derecho se establezca una protección equilibrada y efectiva a los alertadores.

<sup>54</sup> RAGUÉS I VALLÉS, 2006, p. 16.

<sup>55</sup> Al respecto vid. BUSTOS RUBIO, 2014, pp. 97 y 98.

incremento punitivo es inocuo en términos de prevención y además plantea la contradicción insalvable —deber de autodenuncia— en el caso que el denunciante haya participado —acción u omisión— en las conductas ilícitas de la empresa<sup>56</sup>.

Descartada la opción (2) de crear un deber de denuncia y penalizar las conductas omisivas, las variables pasan por (3) reforzar la protección estatal al denunciante o (4) establecer recompensas, tratando al alertador prácticamente como un héroe. La vía intermedia (3), que se sitúa entre la obligación de denuncia y la recompensa, aunque compatible con ambas, implica que el Estado otorgue al denunciante una protección bastante frente a eventuales represalias que pueda sufrir por su conducta de revelación.

La protección (3) que se otorga al denunciante puede tener una extensión e intensidad dispar en función de los motivos y las razones que subyacen a la revelación o denuncia<sup>57</sup>. No es lo mismo revelar de buena fe o de forma altruista que hacerlo con fines espurios o por mero ánimo de lucro. Así, por ejemplo, el art. 6 de la ley de lucha contra la corrupción francesa exige que el sujeto actúe de forma desinteresada y de buena fe<sup>58</sup> —*de manière désintéressée et de bonne foi*—.

No obstante, no todas las previsiones legislativas en perspectiva comparada han optado por dejar de proteger o incluso recompensar a los alertadores en función de los motivos de la denuncia, especialmente los países de la tradición jurídica del *common law*, que le prestan poca atención o no le otorgan ninguna importancia a este hecho<sup>59</sup>. Nuestro legislador por ende podría optar por una u otra opción, exigiendo la buena fe del denunciante y preocupándose por los motivos que llevan al alertador a informar de la irregularidad o, por el contrario, optando por posiciones más pragmáticas y valorando en exclusiva la posibilidad de depurar y corregir una situación desconocida previamente por la organización.

Además de la buena fe *stricto sensu*, la protección al alertador también podría delimitarse en función de la veracidad de los hechos y de la existencia de razones que lleven al denunciante a creer que la información que comparte se corresponde con la realidad, no cubriendo o protegiendo afirmaciones temerarias o infundadas. Al respecto, Ragués i Vallés se refiere al caso de una empleada de una residencia de ancianos que fue despedida por haber denunciado supuestas vejaciones a los residentes, dando lugar a un procedimiento penal que acabó archivado por falta de indicios de criminalidad<sup>60</sup>. El despido fue contrario a Derecho a juicio del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, pues es necesario acreditar mala fe por parte del trabajador

<sup>56</sup> De la misma opinión RAGUÉS I VALLÉS, 2006, p. 8.

<sup>57</sup> Vid. al respecto GARCÍA MORENO, 2021, pp. 256 y ss.; RAGUÉS I VALLÉS, 2006, pp. 16 y ss.

<sup>58</sup> Art. 6 de la LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Esta referencia también, entre otras, en GARCÍA MORENO, 2021, p. 257 y GARCÍA MORENO, 2020, pp. 73-76.

<sup>59</sup> Vid. CALLAHAN, DWORKIN y LEWIS, 2004, pp. 895 y ss.

<sup>60</sup> Vid. RAGUÉS I VALLÉS, 2006, p. 16.

para despedirle lícitamente y no basta con la mera sospecha derivada del archivo de la denuncia formulada, correspondiendo a la empresa probar la imputada acción maliciosa<sup>61</sup>.

La vía intermedia de la protección (3) debería incluir en todo caso la indemnidad del denunciante, al prohibir la Directiva *whistleblowing* cualquier tipo de represalia al trabajador —siguiendo la estela de las normas norteamericanas *Notification and Federal Employee Antidiscrimination and Retaliation Act* y la *Sarbanes-Oxley Act*, ambas de 2002—, ya sea en forma de despido, sanción, cambio de funciones, destinos, etc. Frente a ello los denunciantes estarán protegidos, y opera una suerte de presunción *iuris tantum* contra el empleador o empresario, que es quien deberá demostrar con argumentos sólidos que detrás de las citadas decisiones existen otras razones distintas y desconectadas de la denuncia. A los denunciantes no se les considerará infractores de posibles restricciones a la divulgación de información impuestas por contrato o ley y contarán con protección ante procedimientos seguidos contra ellos por difamación, violación de los derechos de autor o revelación de secretos.

Sin embargo, lo original o novedoso en nuestro modelo sería que la indemnidad llegase a irradiar sus efectos sobre la propia responsabilidad criminal, tal y como sucede en Estados Unidos, donde la legalidad procesal deja mucho margen al fiscal para llegar a acuerdos y les permite otorgar a los informantes inmunidad penal también en aquellos casos en los que los alertadores han participado activamente en las conductas delictivas que más tarde deciden denunciar<sup>62</sup>.

La jurisprudencia del TEDH ha resuelto recientemente un caso en sentido contrario a lo indicado. Resulta necesario traer a colación la sentencia del TEDH en el caso *Luxleaks* (Halet c. Luxemburgo), de 12 de mayo de 2021, en la que la Corte de Estrasburgo confirma la condena a un denunciante por revelación de secretos y deslealtad profesional. Más concretamente, el TEDH sopesó la naturaleza y la gravedad de las sanciones impuestas al alertador o denunciante, considerando que los tribunales nacionales ya tuvieron en cuenta, como circunstancia atenuante, el carácter desinteresado del acto del demandante al imponerle sólo una multa bastante reducida, lo que, en definitiva, no produce un efecto disuasorio sobre el ejercicio de la libertad de denunciar del demandante o de otros empleados<sup>63</sup>.

La citada STEDH en el caso *Luxleaks* ha sido objeto de fuerte crítica doctrinal; por todos, destaca la voz contrastada en la materia de Goena Vives<sup>64</sup>, más favorable al voto particular suscrito por los magistrados Lemmens y Pavli, que centraron su

<sup>61</sup> Vid. la STSJ de Cantabria núm. 809/2000, de 17 de julio de 2000. Ponente: María Jesús Fernández García. ECLI:ES:TSJCANT:2000:1381.

<sup>62</sup> Vid. sobre la institución del *plea bargaining* las contribuciones de BAUER, 1976, pp. 143 y ss.; ALSCHULER, 1979, pp. 1-44; ABEL SOUTO, 2020, pp. 14-16; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2005, p. 4.

<sup>63</sup> Vid. STEDH Halet c. Luxemburgo, de 12 de mayo de 2021, § 111.

<sup>64</sup> GOENA VIVES, 2021, pp. 313-322.

crítica en la falta de equilibrio en la ponderación de los derechos privados del empresario frente al interés público de la información divulgada.

Compartimos la crítica efectuada en la medida que la doctrina del TEDH es difícilmente compatible con el fin de la Directiva *whistleblowing*, al establecer un régimen de protección de los alertadores genérico e incierto, basado en el dogma que una información sólo puede protegerse en el caso de que sea nueva, esencial y previamente desconocida. Se trata de criterios genéricos muy alejados de los que señala la Directiva *whistleblowing*: (1) que el denunciante tenga motivos razonables para pensar que la información es veraz en el momento de la denuncia; (2) que sea relativa al ámbito de aplicación de la Directiva; (3) que la denuncia se efectúe a través del canal de comunicación adecuado, primando el canal interno, cuando resulte posible.

La indemnidad penal del denunciante sería, entonces, además de novedosa y original, parcialmente contraria a la reciente jurisprudencia del TEDH, aunque acorde con los principios de inspiran la Directiva *whistleblowing*. El voto particular en el caso *Luxleaks* y la Directiva muestran que el debate en materia de punibilidad está abierto. Hasta la fecha, nuestro Derecho contempla pocas atenuaciones, las previstas para casos de terrorismo o narcotráfico, la excepción prevista *ex art.* 171.3 CP para algunos casos de chantaje<sup>65</sup>, la regularización fiscal, la colaboración de los partícipes en el delito fiscal o la denuncia del particular en el cohecho. No es descabellado además verlo como una causa de ausencia de necesidad de pena, ahora que sabemos, por ejemplo, que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha informado favorablemente para el indulto del confesor del caso Gürtel, José Luis Peñas, lo que le permitiría volver a trabajar como funcionario y esquivar la inhabilitación para cargo público. Sobre este particular volveremos en el epígrafe 4 del presente trabajo.

Finalmente, otra opción plausible y compatible con la anterior, es la de avanzar al prever e incluso incentivar el establecimiento de (4) premios y recompensas para los denunciantes. La *US Securities and Exchange Commission* premió y recompensó en 2020 a los alertadores con más de 27 millones de dólares<sup>66</sup>, alcanzando un éxito cuyas cifras ofrece con gráficos y mapas interactivos online<sup>67</sup>. Lo cierto es que la Directiva *whistleblowing* se limita a establecer la posibilidad de que los Estados miembros prevean incentivos, dejando pasar la oportunidad de establecer cierta homogeneidad en el sentido de exigir que los Estados avancen estableciendo incentivos económicos para que aquellos que no están obligados a hacerlo, informen de conductas o prácticas irregulares<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Como apunta RAGUÉS I VALLÉS, 2006, p. 11.

<sup>66</sup> Disponible en <https://www.sec.gov/news/press-release/2020-89> (fecha de última consulta: 26 de diciembre de 2021).

<sup>67</sup> Disponible en <https://www.sec.gov/page/whistleblower-100million> (fecha de última consulta: 26 de diciembre de 2021).

<sup>68</sup> Lo cierto es que en EE.UU. el *whistleblowing* empezó a funcionar con la aprobación de la Ley Dodd-Frank, en 2010, que contempla expresamente la posibilidad de premiar a los informantes, y no solo cuando los protegió, que es a lo que se limitaba la Ley *Sarbanes-Oxley* de 2002.

Qué duda cabe de la utilidad de los canales de denuncia internos —nos remitimos a las cifras ofrecidas a lo largo del trabajo—. Precisamente por ello, y como reacción a la existencia de factores culturales —el rechazo apriorístico, ético y social al chivato<sup>69</sup>— y a una desconfianza sistémica en nuestro país, nuestro legislador debería descartar una visión negativa de los denunciantes<sup>70</sup> —como si se tratara de traidores, a los que se estigmatiza—, empezando a abrazar posiciones más pragmáticas que permitan como mínimo detectar y corregir irregularidades, y en el mejor de los casos, recuperar parte de las cantidades defraudadas o distraídas. Todo ello lejos de considerarlos héroes, aunque aceptando e incentivando por razones de conveniencia esa acción que permite “tirar de la manta” y depurar la organización de irregularidades e injustos<sup>71</sup>.

### 3. *La propuesta de ubicar el whistleblowing en la punibilidad.*

El art. 31 bis 5 CP establece que los programas de cumplimiento normativo impondrán una obligación de denunciar que se concreta un deber de informar sobre posibles incumplimientos a través del canal de denuncias interno de la empresa u organización. Además, los arts. 259 y 264 LECrim establecen que se deben denunciar ante las autoridades judiciales, fiscales o policiales, los hechos delictivos de los que se tiene conocimiento. Y a ello hay que sumar la obligación del art. 450 CP, que como se ha indicado anteriormente, es un tipo infra-aplicado con una redacción un tanto confusa. Con lo cual, los denunciantes que reportan los delitos de una empresa en la que hay un programa de cumplimiento estarían haciendo lo debido.

Puede parecer *prima facie* que defender la ausencia de necesidad de pena en un supuesto en el que el sujeto activo está haciendo lo debido sería contradictorio, lo que podría llegar a cuestionar la necesidad de ubicar el *whistleblowing* en la punibilidad. Sin embargo, tal extremo no supone necesariamente un óbice conceptual para aceptar tal corolario si se comprende que la actuación del denunciante no se concreta y se limita a la acción de denunciar, que es a lo que está realmente obligado, sino que debe venir acompañada de otros requisitos, a juicio de quien suscribe estas líneas,

<sup>69</sup> Los orígenes más remotos de ese reproche ético y social, así como el estigma que pesa sobre los delatores, es brillantemente expuesto en los trabajos de ORTIZ PRADILLO, 2017, p. 42, y DEL MISMO AUTOR, 2018, pp. 49 y ss. Vid. también en esa segunda obra todo lo relacionado con las recompensas y las fórmulas de incentivar una colaboración eficaz con la justicia.

<sup>70</sup> Podría al respecto afirmarse que el legislador ya descartó en su día una visión negativa de los alertadores en la medida que obliga a todo aquel que pueda impedir un delito contra la Administración de Justicia a ponerlo en conocimiento de la autoridad o de los agentes ex art. 450 del CP, si bien de ello no se han proyectado consecuencias prácticas porque el delito del 450 CP está infra-aplicado. Quizás también fruto de la propia redacción confusa del artículo que circunscribe la obligación a las informaciones relativas a los delitos “previstos en el apartado anterior”, esto es, en el Capítulo I del Título XX del CP, dedicado a la prevaricación.

<sup>71</sup> En una línea parecida García-Moreno advierte que “parece razonable que se superen las reticencias de premiar a quien denuncia, entendiéndose que se trata de una contraprestación adecuada a la asistencia prestada por el ciudadano”. GARCÍA-MORENO, 2021, p. 260.



tan significativos como el abandono o cesación en la acción u omisión típica, la colaboración en la investigación —aportando pruebas e información o compareciendo como testigo— y la reparación del año cuando resulte posible.

La acción de denunciar más la suma de los requisitos señalados *ut supra* no coincide con la mera acción de denunciar que deriva de la obligación legal que se desprende de los preceptos citados del CP y la LECrim, y de la exigencia ética o del deber de conducta que se prevea expresamente en los programas de cumplimiento normativo de la empresa u organización en cuestión.

El debate en torno a los requisitos que deben reunirse para superar el umbral que permita aceptar la ausencia de necesidad de pena para el informador, no obstante, se encuentra abierto, como mostrábamos anteriormente con la polémica doctrina del TEDH en el caso *Luxleaks*.

A continuación, plantearemos cuáles deberían ser esos requisitos mínimos de proactividad del denunciante —como sujeto activo—, teniendo en cuenta (1) otras figuras del CP que pertenecen a esa misma subcategoría de factores formales (subjetivos u objetivos, en función de si afectan a la relevancia penal del hecho) de no punición y (2) la propuesta de Anteproyecto nacional de transposición de la Directiva *whistleblowing*, que incorpora un artículo *ad hoc* para los programas de clemencia.

En cuanto a la voluntad de (1) sistematizar unos requisitos mínimos de proactividad para todas ellas, cabe tener en cuenta que el indulto (art. 130.4 CP) es un factor subjetivo-material, que no coincidiría con la ausencia de necesidad de pena en el caso del informante. En cambio, muchas son las similitudes con la categoría de los aspectos objetivo-formales de no punibilidad, tales como la regularización tras un delito de defraudación tributaria (art. 305.4 CP), la acción del particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denuncia el cohecho (art. 426 CP), la regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social (307.3 CP) o el que se retracte del falso testimonio (art. 462 CP). La única diferencia es que en estos casos la impunidad no recae en exclusiva sobre el sujeto que realiza una conducta, sino que afecta a la relevancia penal del hecho. En el ámbito del *whistleblowing*, por el contrario, la impunidad se proyectaría en exclusiva sobre el alertador.

Sobre los factores de ausencia de necesidad de pena que operan *ex post delictum* en base a la proactividad del sujeto activo, resulta necesario también acudir a la propuesta de clasificación de Faraldo Cabana (2000). Siguiendo a una de las autoras de referencia en la materia, encontramos la propuesta de englobar dentro de la punibilidad dos grandes categorías: (a) las condiciones objetivas de punibilidad<sup>72</sup> y (b) las excusas absolutorias (Faraldo Cabana, 2000, pp. 41 y ss.), que la doctrina alemana

<sup>72</sup> Extremo para nada pacífico, pues la doctrina ha discutido su posible inclusión en la categoría de la tipicidad. De nuevo *vid.* MIR PUIG, 2008.

diferencia a su vez en dos, las causas de exclusión de la pena y las causas de levantamiento de pena<sup>73</sup>.

La división que hace Faraldo Cabana (2000) resulta especialmente útil, pues ubica las excusas absolutorias que derivan de un término francés muy antiguo que no diferencia entre lo que *a priori* delimita la no punibilidad y lo que convierte al sujeto activo en merecedor de una no punibilidad por ausencia de necesidad —las causas de levantamiento de la pena, como la citada regularización del art. 305.4 CP, entre otras— dentro de la punibilidad, equiparándolas a las causas de exclusión de la pena. Las excusas absolutorias empero deben excluirse de este estudio por no tratarse de aspectos subjetivo-formales de no punición, puesto que de forma objetiva decretan que no se imponga una pena en un supuesto concreto, y como hemos indicado anteriormente, nos parece más adecuado seguir la propuesta de clasificación coherente y sistemática que ha formulado Sánchez-Ostiz (2020).

Entrando en el ámbito, en cambio, de las causas de levantamiento de la pena<sup>74</sup>, la mayoría encuadrables dentro de la categoría de aspectos objetivo-formales de punibilidad, estas requieren de una acción posterior del sujeto con contenido reparador, ya sea la regularización tributaria (art. 305.4 CP), el arrepentimiento en el indulto —aunque su concesión es discrecional<sup>75</sup>—, para cuya concesión puede tenerse en cuenta también la satisfacción de la responsabilidad civil derivada de delito (art. 130.4 CP), la denuncia del cohecho cuando no hayan pasado más de dos meses de los hechos siempre y cuando no se haya abierto un procedimiento (art. 426 CP), el completo reconocimiento y pago de la deuda antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras ante la Seguridad social (art. 307.3 CP) o el que reconozca y se retracte del falso testimonio (art. 462 CP). En todos estos supuestos se produce una reparación *ex post*, que debe nacer libremente del sujeto activo y resultar en todo caso de buena fe —por ello en la regularización tributaria, la denuncia del cohecho o el reconocimiento y pago de deuda ante la Seguridad Social se exige que sea anterior a la incoación del procedimiento—, si bien los criterios para comprender que se supera el umbral de ausencia de necesidad de pena son distintos para cada caso.

Traer a colación estos criterios en el ámbito del *whistleblowing* parece especialmente apropiado, más aún si vamos a ubicarlo, como se propone, en el ámbito de la punibilidad y dentro de la categoría de aspectos formales. La denuncia de buena fe del alertador en el marco de los sistemas de cumplimiento normativo y los canales internos tiene un parecido más que razonable con las causas de levantamiento de la

<sup>73</sup> Vid. FARALDO CABANA, 2000, pp. 44-45. Seguimos a esta autora a favor de la clasificación alemana y desplazar la tradicional terminología francesa por los problemas interpretativos que proyecta.

<sup>74</sup> Según Faraldo Cabana habría que crear otra categoría dogmática incluso por encima de la punibilidad en la teoría jurídica del delito, extremo este que no se comparte tal y como hemos argumentado en el planteamiento de este artículo. FARALDO CABANA, 2000, pp. 177 y 178.

<sup>75</sup> Vid. la crítica efectuada por RODRÍGUEZ RAMOS y SIMÓN CASTELLANO, 2022.

pena por ausencia de necesidad de pena, en la medida que el sujeto activo haya operado de acuerdo con (2) los requisitos de la Directiva *whistleblowing* y de la futura norma española, esto es —al menos en los términos del Anteproyecto ya aprobado—, de buena fe, como una acción que deriva de la conciencia honesta del informante que, en paralelo, actúa previamente a la incoación de un procedimiento de investigación, ha cesado efectivamente en la comisión de la infracción, colabora con posterioridad a la denuncia y a lo largo de la investigación, facilita pruebas e información veraz y relevante y procede a la reparación del daño causado en aquello que le sea imputable.

No bastaría entonces con la mera denuncia del informante para entender que nos encontramos ante un supuesto de ausencia de necesidad de pena. Faltaría comprobar y valorar en base a criterios y requisitos estables definidos *ex lege*, cuál ha sido la actitud y acción del denunciante desde la óptica de la reparación del daño causado. El legislador español parece que podría arrojar algo de luz, como decíamos anteriormente, con la trasposición de la Directiva *whistleblowing*; de hecho, el Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción<sup>76</sup>, que se ha aprobado en marzo de 2022, contiene algunas menciones que conviene traer a colación.

Ya en la exposición de motivos se indica que la buena fe y la conciencia honesta de que se han producido o pueden producirse hechos graves perjudiciales constituye un requisito indispensable para la protección del informante. Esa buena fe excluye no sólo la remisión de informaciones falsas, tergiversadas, así como aquellas que se han obtenido de manera ilícita, sino también aquellas informaciones que puedan facilitarse cuando el procedimiento judicial ya se haya incoado o con el mero fin de evitar el castigo o sanción penal. En el Anteproyecto se indica la necesidad de regular este extremo puesto que los programas de clemencia en ciertos ámbitos sectoriales han mostrado una eficacia y utilidad notable.

En consonancia, el Anteproyecto, en el art. 25.e) garantiza “las vías de recurso y los procedimientos para la protección frente a represalias”, contemplando “las condiciones de exención de responsabilidad y los programas de clemencia”. El artículo 40 se dedica en exclusiva a ello, al regular el caso en el que el informante hubiera participado en la comisión de la infracción administrativa objeto de la información, siempre y cuando esta se presente con anterioridad a que hubiera sido notificada la incoación del procedimiento de investigación o sancionador por el órgano competente para resolver el procedimiento.

Los requisitos para poder acceder a “la clemencia” son cuatro, previstos en los epígrafes letras a) a d) del citado art. 40 del Anteproyecto, exigiendo la cesación en la comisión de la infracción en el momento de la denuncia; la cooperación plena,

<sup>76</sup> Como hemos indicado *ut supra* sólo hemos tenido acceso al citado Anteproyecto en fase de revisión de este artículo.

continua y diligente a lo largo de todo el procedimiento de investigación; haber facilitado información veraz y relevante, medios de prueba o datos significativos para la acreditación de los hechos investigados, sin que haya procedido a la destrucción de estos o a su ocultación; haber procedido a la reparación del daño causado que le sea imputable.

Como se observa, la línea que todo parece indicar adoptará en breve nuestro legislador nacional, se acerca a los requisitos habituales de las causas de levantamiento de la pena, con una acción reparadora *ex post* del sujeto activo, que no se limita a la mera denuncia, sino que exige una serie de requisitos más allá de la falta de notificación de incoación de un procedimiento, la cesación en la comisión de la infracción y la reparación del daño. Es decir, se trata de requisitos bastante más exigentes que los previstos para los casos de indulto —arrepentimiento— o para otros factores formales como la regularización fiscal o reconocimiento de deuda y pago ante la Seguridad Social, la denuncia de cohecho, etc., puesto que aquí se exige también colaboración proactiva a lo largo de todo el procedimiento y aportación de pruebas o información veraz.

#### IV. El caso Gürtel y el indulto parcial a José Luis Peñas

José Luis Peñas, exconcejal del PP de Majadahonda, delató a Francisco Correa y a otros implicados en la trama Gürtel en 2007, tras grabarle durante 2 años —de 2005 a 2007—, lo que dio origen a la investigación y posterior detención en 2009 de todos los implicados en la citada trama corrupta. Más concretamente, el denunciante aportó más de 80 horas de grabaciones de las conversaciones que mantuvo a lo largo de esos dos años con los cabecillas de la trama.

Esa proactividad del alertador empero no le libró de la condena en mayo de 2018 por la Audiencia Nacional<sup>77</sup> —decisión confirmada en octubre de 2020 por el Tribunal Supremo<sup>78</sup>— junto con los demás implicados en la citada trama Gürtel, por delitos de asociación ilícita, cohecho, falsedad documental, fraude, malversación de caudales públicos y prevaricación. Al denunciante José Luis Peñas se le aplicó la atenuante de confesión —art. 21. 4ª CP— apreciada como muy cualificada —art. 66.1.2a CP—, y fue condenado a 5 años y 3 meses de prisión, a 5 años y 1 mes de inhabilitación absoluta, a 7 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público y al pago de 130.600 euros en concepto de multa.

Más concretamente, José Luis Peñas fue condenado por los delitos de asociación ilícita, cohecho en concurso con delito de falsedad documental penados por separado, delito continuado de fraude en concurso medial con malversación, delito continuado

<sup>77</sup> Vid. la SAN (Sala de lo Penal) núm. 20/2018, de 17 de mayo de 2018. Ponente: Júlío de Diego López. ECLI:ES:AN:2018:1915.

<sup>78</sup> Vid. la STS 507/2020, de 25 de febrero de 2020. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. ECLI: ES:TS:2020:3191.

de malversación de caudales públicos en concurso medial con delito de prevaricación y por delito continuado de malversación en concurso con falsedad documental continuada.

Frente a ello, la representación del denunciante José Luis Peñas interesó la suspensión de las penas de prisión —ninguna de estas por separado superaba los dos años— y formuló una petición de indulto ante el Ministerio de Justicia.

Las penas de prisión se suspendieron por Auto de 5 de abril de 2021, fundamentado en que ninguna de las penas de prisión, por separado, superaba los dos años, y que el condenado realizó un esfuerzo reparador mediante el ingreso de importantes cantidades en cuenta de consignaciones del juzgado, adecuado a su capacidad económica.

### 1. *El informe favorable de la Fiscalía*

El criterio del Ministerio Público en relación con la petición de indulto de José Luis Peñas ha sido determinante en la posterior valoración positiva de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. El Ministerio Público entiende que existen en este caso razones de justicia, equidad y utilidad pública, requisitos que exige la Ley del Indulto, junto al arrepentimiento del solicitante.

El Ministerio Público detalla en su informe que las penas de prisión impuestas fueron suspendidas al considerar que ninguna de las penas por separado superaba los dos años y que el denunciante realizó un importante esfuerzo restaurativo o reparador mediante el ingreso de importantes cantidades económicas en el juzgado.

Además, la denuncia y las grabaciones aportadas por el ex concejal de Majadahonda se consideran pruebas claves tanto para la investigación como para la condena de los principales responsables de la trama corrupta. Otro elemento para la valoración es que el denunciante también ha comparecido como testigo en las piezas separadas de esta trama que han terminado en sentencia condenatoria —casos Fitur, Valencia piezas 1, 2 y 6, Jerez, AENA y la visita del Papa a Valencia—.

En ese mismo informe el Ministerio Público lamenta la falta de protección de los denunciantes en España, algo que “no incentiva y protege a los funcionarios públicos que habiendo intervenido en las actividades delictivas deciden ponerlo en conocimiento de la justicia”<sup>79</sup>. Por ello, prosigue, “España ha recibido la crítica de diversos organismos internacionales y supranacionales ante la falta de un sistema destinado a proteger a los denunciantes de buena fe”<sup>80</sup>, realizando una lectura sistemática de la Directiva *whistleblowing*, cuyo espíritu debe tenerse en cuenta a ojos de la fiscalía con el fin de extender una protección real de los delatores e informantes de casos de corrupción, como en el caso de José Luis Peñas.

<sup>79</sup> Informe de la Fiscalía y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el expediente de indulto núm. 10/2021, recurso 10575/2018, Rollo de Sala núm. 5/2015, de 13 de octubre de 2021.

<sup>80</sup> *Ibid.*

En el FJ VI de ese mismo informe de la Fiscalía se afirma que “la regulación española es absolutamente insuficiente” y añade que “no hay apenas instrumentos jurídicos que incentiven el arrepentimiento, la confesión y la ayuda a la investigación (...)”<sup>81</sup>.

El informe del Ministerio Público es favorable al indulto parcial del denunciante puesto que el cumplimiento de la pena de inhabilitación absoluta significaría en la práctica la pérdida del trabajo de este, una “aflicción desmedida e innecesaria”<sup>82</sup> para alguien que ha colaborado —en todas las causas relacionadas con la trama Gürtel—, ha aportado pruebas decisivas —grabaciones— y se muestra arrepentido —ha ingresado importantes cantidades económicas en el juzgado—. El indulto parcial, que equivale al perdón, serviría así para conmutar las penas de inhabilitación absoluta por dos de inhabilitación especial, evitando que el delator de la Gürtel pierda la condición de funcionario público —ordenanza en el Ayuntamiento de Madrid—.

## 2. *El informe favorable de la Sala 2ª del TS*

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha acogido y aceptado la interpretación y valoración del Ministerio Público, a la que hacíamos referencia anteriormente, informando favorablemente para que se conmuten las dos penas de inhabilitación absoluta a las que José Luis Peñas fue condenado —una de 3 años y otra de 2 años y 1 mes— por dos penas de inhabilitación especial, de idéntica duración que las conmutadas, aunque limitando sus efectos sólo para el ejercicio de cargos públicos de libre designación o elección.

Resulta significativo, a nuestro modo de ver, el peso que la Sala de lo Penal atribuye al “espíritu” de la Directiva *whistleblowing*, algo que viene realizando con una doctrina jurisprudencial ambiciosa y creadora de Derecho, que encuentra su punto de partida en febrero de 2020, cuando aceptó la denuncia anónima como canal de comunicación de infracciones o prácticas delictivas en la empresa<sup>83</sup>. De este modo, el Tribunal Supremo ya ha anticipado, expresamente, tanto (1) la posibilidad de que se realicen denuncias anónimas en el seno de los canales de denuncia, con el fin de proteger a los alertadores y ofrecerles un nivel de seguridad suficiente que les incentive a informar de irregularidades o infracciones<sup>84</sup>, como (2) la ausencia de necesidad de pena al delator o denunciante, aceptando el perdón —indulto— parcial en el caso citado de José Luis Peñas.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo informa a favor del indulto parcial en el

<sup>81</sup> *Ibid.*, FJ VI.

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> Vid. la STS (Sala Segunda) núm. 35/2020, *ob. cit.*

<sup>84</sup> *Ibid.* En el FD 2 de la citada STS se hace hincapié en el alcance y valor de una denuncia anónima dirigida a una empresa que, tras gestionarla, emplea la información para desatar una investigación judicial y contribuye así a destapar el fraude que varios trabajadores de esa empresa, en connivencia con personal de empresas proveedoras de material, venían realizando hasta la fecha.



sentido de conmutar las penas de inhabilitación absoluta por dos penas de inhabilitación especial, de idéntica duración que las conmutadas, para cargos públicos de libre designación o elección, así como la imposibilidad de obtener otros análogos durante el tiempo de duración de la pena, lo que le permitiría no perder la condición de funcionario público y seguir en el desempeño de sus funciones como ordenanza en el Ayuntamiento de Madrid.

Debe entenderse que la valoración favorable del indulto se debe a que la denuncia vino acompañada de reparación. En el informe del Ministerio Fiscal, cuyos argumentos acoge y hace suyos la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se hace referencia a “razones de justicia, equidad y utilidad pública” y, sin embargo, el informe favorable se basa por la “denuncia y colaboración”<sup>85</sup> del penado José Luis Peñas, pues que la denuncia inicial vino acompañada de una investigación policial exhaustiva gracias a la aportación de grabaciones e información veraz por parte del denunciante, que también compareció como testigo en todas las piezas separadas de la trama *Gürtel*.

En este estado de cosas lo más correcto sería que el arrepentimiento y la colaboración posterior del denunciante constituyan un requisito añadido al *whistleblowing*, en términos parecidos a lo que se prevé en el Anteproyecto de Ley anteriormente analizado. La reparación en este caso pasa por la colaboración proactiva del alertador, ya sea aportando pruebas, compareciendo como testigo u ofreciendo información veraz a lo largo de toda la investigación.

## V. Conclusiones

Primera. — No existe consenso doctrinal en torno a la punibilidad como cuarta categoría del delito. La discusión teórica sobre si la punibilidad se considera parte del delito o no conlleva a conclusiones prácticas muy distintas, si bien en este trabajo se ha contrastado la necesidad de avanzar hacia posiciones más pragmáticas y funcionales que advierten de la importancia de conceptualizar la punibilidad y sistematizar los dispersos y múltiples factores de no punición en base a criterios sólidos y estables.

Segunda. — Una visión más pragmática o utilitarista encaja a la perfección con un Derecho penal caracterizado por un desplazamiento hacia la teoría de la pena y su determinación —presupuestos del proceso penal— de aquellas cuestiones que tradicionalmente no han encajado en el injusto culpable. El Derecho penal es el reflejo de una sociedad cada vez más preocupada por prevenir y menos por castigar, que en ocasiones incluso anticipa la barrera de protección —con los delitos de puesta en peligro en abstracto— y que pretende actuar *ex ante delictum*. Una forma eficaz de combatir —prevenir, detectar o corregir— el injusto en el seno de las empresas y

<sup>85</sup> Informe de la Fiscalía y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el expediente de indulto núm. 10/2021, *ob. cit.* FJ V.

administraciones públicas es precisamente el establecimiento de programas y sistemas de cumplimiento normativo, con el establecimiento de controles funcionales *ad hoc* tales como los canales de denuncia, cuya eficacia y éxito depende del establecimiento de incentivos y garantías para los denunciantes.

Tercera. — Frente a la heterogeneidad de motivos y causas que justifican la ausencia de necesidad de pena, es conveniente tratar de conceptualizar y sistematizar la punibilidad, en la línea que ha sido marcada por la más contrastada doctrina nacional<sup>86</sup>. En este trabajo hemos estructurado conceptualmente nuestro análisis en base a la propuesta sistematizadora que recientemente ha formulado Sánchez-Ostiz<sup>87</sup>.

Cuarta. — La subcategoría de aspectos subjetivo-formales de no punibilidad, esto es, aquella integrada por factores que exigen la realización de una conducta por parte del agente —durante o *ex post delictum*— a la vez que despliega efectos sólo en quien concurre el citado ítem —esto es, para el propio denunciante y no para la relevancia penal del hecho—, podría incluir en un futuro cercano, ya sea *ex lege* o por vía de construcción jurisprudencial, un nuevo factor específico, el relativo a la participación voluntaria y proactiva de denunciantes, alertadores o informantes. Se trataría de un incentivo decisivo<sup>88</sup> para que se denuncien aquellas irregularidades y prácticas delictivas en el seno de la empresa o entidad pública, que más allá de la existencia de un premio o recompensa económica —ánimo de lucro—, pasa por garantizar a los alertadores una protección bastante frente a represalias por parte de las organizaciones cuyas infracciones denuncian y, en especial, otorgarles inmunidad penal, también cuando estos han participado activamente en las conductas delictivas que más tarde deciden denunciar.

Quinta. — Ante la pereza e inacción del legislador nacional, incapaz de transponer dentro del plazo de dos años la Directiva *whistleblowing*, es la Sala Segunda del Tribunal Supremo la que parece “hacer los deberes”<sup>89</sup>, delimitando por la vía interpretativa una posible línea futura de actuación que, en sintonía con el espíritu de la normativa europea, podría atenuar, pero también llegar a eximir la responsabilidad penal de los denunciantes, alertadores o informantes. El informe favorable para el indulto parcial de José Luis Peñas —delator de la trama Gürtel— se basa, precisamente, en la Directiva *whistleblowing*, vehiculando la ausencia de necesidad de pena, en esta ocasión, a través de un perdón —indulto— parcial. *De lege lata vel ferenda* debemos esperar que más temprano que tarde los argumentos del regulador europeo

<sup>86</sup> Vid. GARCÍA PÉREZ, 2019, pp. 709-753; SÁNCHEZ OSTIZ, 2020, pp. 123-150.

<sup>87</sup> SÁNCHEZ OSTIZ, 2020, pp. 123-150.

<sup>88</sup> Vid. en esta misma dirección la STS (Sala Segunda) núm. 35/2020, *ob. cit.* FD 2.

<sup>89</sup> Las construcciones jurisprudenciales se producen, a vueltas, fruto de una excesiva elasticidad interpretativa, aprovechando la falta de acción del legislador o su ambigüedad. Así ha sucedido, por ejemplo, en un ámbito relacionado con este trabajo, el de la atenuante de confesión del delito del 21.4 del CP, como reacción a una insatisfactoria regulación, lo que no ha escapado a la crítica de la doctrina más especializada. Vid. POZUELO, 2020, pp. 1-28.

y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo alcancen e iluminen al legislador nacional.

Sexta. — No nos parece adecuado que se siga vehiculando la ausencia de necesidad de pena en el caso del *whistleblowing* a través del instituto del indulto, que en realidad constituye un factor subjetivo-material de la punibilidad que debería reservarse a supuestos excepcionales de justicia y equidad fruto de situaciones en las que el bien común o interés general reclamen la abolición de un proceso penal o la anulación de una sentencia condenatoria.

Séptima. — Las consecuencias prácticas de ubicar el *whistleblowing* en la punibilidad son notables, puesto que se incentiva decisivamente una acción a la que los potenciales alertadores no están obligados —diferenciando el mero deber de denunciar, de la reparación y colaboración proactiva— por la vía de la indemnidad penal. Nos encontramos ante un supuesto perfectamente encuadrable dentro de la categoría de aspectos subjetivo-formales de punibilidad, que integra una acción reparadora *ex post* y que exige como requisitos de proactividad del denunciante la cesación en el hecho típico, la buena fe en la acción de informar —siempre previa a tener conocimiento de la eventual existencia de un procedimiento de investigación, para alejar cualquier sombra de duda sobre los motivos para emprender el camino correcto—, la colaboración en la investigación —pruebas, informaciones, grabaciones, etc.— y la reparación del daño que le sea imputable.

## Bibliografía

- ABEL SOUTO, M. (2020), “Admission of Guilt in Economic Crimes, Money Laundering, and Criminal Responsibility of Legal Persons”, *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, Vol. 420, pp. 14-16.
- ALSCHULER, A. W. (1979), “Plea bargaining and its history”, *Columbia Law Review*, Vol. 79, núm. 1, pp. 1-43.
- BAUER, W. J. (1976), “Reflections on the role of statutory immunity in the criminal justice system”, *Journal Of Criminal Law and Criminology*, Vol. 67, núm. 2, pp. 143-154.
- BENITO SÁNCHEZ, D. (2019), “The European Union Criminal Policy against Corruption: Two Decades of Efforts”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Vol. 15, núm. 27, pp. 520-548.
- BUSTOS RUBIO, M. (2014), “Limitación de mandato en los delitos de omisión propia: una reivindicación desde las ideas del Derecho penal mínimo e inexigibilidad”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 112, I, pp. 95-136.
- BUSTOS RUBIO, M. (2015), “Más allá del injusto culpable los presupuestos de la punibilidad”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 35, pp. 189-238.
- CALLAHAN, E. S., DWORKIN, T. M. y LEWIS, D. (2004), “Whistleblowing: Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest”, *Virginia Journal of International Law*, núm. 880, pp. 879-912.
- COBO DEL ROSAL, M. (1983), “La punibilidad en el sistema de la Parte General del Derecho penal español”, en *Estudios penales y criminológicos*, Tomo VI, Santiago de Compostela.

- COCCO, G. (2017), *La punibilità. Cuarto elemento del reato*, Milán.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2016), *Derecho penal español. Parte General*, València.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2017), “La categoría de la punibilidad en el derecho penal español”, *Cuadernos de Derecho Penal*, núm. 18, pp. 11-29.
- FARALDO CABANA, P. (2000), *Las causas de levantamiento de la pena*, València.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. (2008), “Punibilidad y proceso penal”, *Revista General de Derecho penal*, núm. 10.
- GARCÍA PÉREZ, O. (1997), *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona.
- GARCÍA PÉREZ, O. (2019), “Sobre el estado actual del debate en torno a la punibilidad”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 39, pp. 709-753.
- GARCÍA-MORENO, B. (2020), *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, València.
- GARCÍA-MORENO, B. (2021), “Las recompensas económicas al alertador (whistleblower). ¿Límite infranqueable o justa contraprestación?”, en *Libro Homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista*, Vol. I, Madrid, pp. 249-260.
- GIMENO BEVIÁ, J. (2016), *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Pamplona.
- GOENA VIVES, B. (2017), *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Madrid.
- GOENA VIVES, B. (2021), “Whistleblowing: ¿Prohibición, prescripción o permisión? El caso «Luxleaks»”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2021, sección Revista Crítica de Jurisprudencia Penal, pp. 313-322.
- HERRERO BERNABÉ, I. (2012), “Antecedentes históricos del indulto”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 10, pp. 687-709.
- JAKOBS, G. (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlín, Boston.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. (2021), “Análisis de riesgos penales: cuatro inquietudes”, *La Ley Compliance Penal*, núm. 7, pp. 1-11.
- LEON ALAPONT, J. (2020a), *Compliance penal: especial referencia a los partidos políticos*, València.
- LEON ALAPONT, J. (2020b), “Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los compliances”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 22-04, pp. 1-34.
- LUZÓN PEÑA, D. M. (2002), “La punibilidad”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, pp. 820-839.
- MADRID DÁVILA, E. (2021), “Investigación privada en el marco del compliance”, *La Ley Compliance Penal*, núm. 7, pp. 1-8.
- MARCHENA GÓMEZ, M. (2021), “Epílogo”, en *La pena de ingreso en prisión. Antecedentes y regulación actual*, Madrid.
- MARTÍNEZ CANTÓN, S. (2020), “La incidencia de la Directiva “whistleblowing” en el ámbito penal”, en *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Vol. II, Madrid, pp. 2099-2109.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, D. (2020), *La protección del whistleblower*, València.
- MENDES DE CARVALHO, E. (2007), *Punibilidad y delito*, Madrid.
- MIR PUIG, S. (2008), *Derecho penal. Parte general*, Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. (2010), *Derecho penal, parte general*, 8ª Edición, València.

- NEIRA PENA, A. M. (2017), *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, València.
- NIETO MARTÍN, A. (2015), “Investigaciones internas”, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, pp. 231-270.
- ORTIZ PRADILLO, J. C. (2017), “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, núm. 1, pp. 39-69.
- ORTIZ PRADILLO, J. C. (2018), *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la Justicia*, Madrid.
- POZUELO PÉREZ, L. (2020), *La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 22-17, pp. 1-28.
- RAGUÉS I VALLÉS, R. (2006), “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2006, pp. 1-19.
- RAGUÉS I VALLÉS, R. (2019), “Responsabilidad penal corporativa e infracción de deberes de denuncia y reparación ¿pueden las empresas lavar la ropa sucia en casa?”, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. I, Madrid, pp. 713-729.
- RAGUÉS I VALLÉS, R. (2020), “El tratamiento jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva 2019/1937”, *La Ley Compliance Penal*, núm. 1, pp. 1-13.
- RAGUÉS I VALLÉS, R. (2021), “Un nuevo avance en la estandarización de los modelos de prevención de delitos: la ISO 37002 sobre gestión de sistemas de denuncia”, *La Ley Compliance Penal*, núm. 7, pp. 1-8.
- RAGUÉS I VALLÉS, R. y BELMONTE PARRA, M. (2021), “El incentivo de las denuncias como instrumento de prevención y persecución penal. Presente y futuro del whistleblowing en Chile”, *Localización: Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Vol. 16, núm. 31, pp. p. 1-29.
- RODRIGUEZ RAMOS, L. y SIMÓN CASTELLANO, P. (2022), “La aporética constitucionalidad del indulto”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 50, en prensa.
- RODRIGUEZ FERNANDEZ, R. y SIMÓN CASTELLANO, P. (2021), *La pena de ingreso en prisión. Antecedentes y regulación actual*, Madrid.
- ROXIN, C. (2003), *Derecho penal. Parte General*, Tomo I, Madrid.
- SÁEZ LARA, C. (2020), *La protección de denunciantes. Propuesta de regulación para España tras la Directiva whistleblowing*, València.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. (2005), “El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, pp. 1-33.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (2009), “Una aportación al estudio de la punibilidad. A propósito de la autodenuncia tras el fraude fiscal”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 28, pp. 11-30.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona.
- SIMÓN CASTELLANO, P. (2020a), “Responsabilidad penal de las personas jurídicas, mapa de riesgos y cumplimiento en la empresa”, en *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*, Barcelona, pp. 31-76.
- SIMÓN CASTELLANO, P. (2020b), “Requerimientos de información y derecho de defensa de la persona jurídica (Reflexiones en torno al caso BBVA-Villarejo)”, *Diario La Ley*, núm. 9691, pp. 1-12.

- SIMÓN CASTELLANO, P. (2021a), “Legislador acientífico y furor punitivo. Evitar el diseño de la política criminal a golpe de tuit”, en *Cuestiones penales a debate*, Barcelona, pp. 25-42.
- SIMÓN CASTELLANO, P. (2021b), ¿“Herois o traïdors? La consolidació forçosa dels canals de denuncia”, *Món jurídic. Butlletí del Col·legi d'Advocats de Barcelona*, núm. 338.
- SIMÓN CASTELLANO, P. (2021c), “Respecto al canal de denuncias, la información contenida en la denuncia, no tiene encaje el derecho al olvido”, en *Elderecho.com*, disponible en [shorturl.at/lwGRV](https://shorturl.at/lwGRV) (fecha de última consulta: 26 de diciembre de 2021).
- WOLTER, J. (2004), “Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena”, en *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid, pp. 31 y ss.