

España

## OBLIGACIONES DE REPORTE AL MINISTERIO FISCAL EN LA NUEVA LEY DE PROTECCIÓN DE *WHISTLEBLOWERS*

Marta Barceló Moyano

*Abogada del Área de Derecho Penal de los Negocios e Investigaciones Internas de Uría Menéndez (Barcelona)*

### **Obligaciones de reporte al Ministerio Fiscal en la nueva ley de protección de *whistleblowers***

La Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, que transpone al ordenamiento español la llamada Directiva de *whistleblowers*, introduce una obligación de denunciar hechos delictivos al Ministerio Fiscal en el marco de los canales internos y externos de información. En este foro se analiza el origen de esa obligación, su alcance y las consecuencias que puede acarrear para las entidades del sector privado.

#### **PALABRAS CLAVE:**

LEY 2/2023, DIRECTIVA (UE) 2019/1937, *WHISTLEBLOWERS*, DENUNCIANTES, AUTODENUNCIA, MINISTERIO FISCAL, CANAL INTERNO, DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE.

### **Reporting obligations to the Public Prosecutor in the new whistleblower protection law**

*Law 2/2023 of 20 February on protecting persons who report statutory infringements and on the fight against corruption, which transposes the Whistleblower Directive into Spanish law, has introduced an obligation to report criminal offences to the Public Prosecutor's Office that come to light in the context of internal and external whistleblowing channels. This article analyses the background to that obligation, its scope and what it means for private-sector entities.*

**KEYWORDS:**

LAW 2/2023, DIRECTIVE (EU) 2019/1937, WHISTLEBLOWERS, SELF-REPORTING, PUBLIC PROSECUTOR, INTERNAL CHANNEL, RIGHT NOT TO INCRIMINATE ONESELF.

**FECHA DE RECEPCIÓN:** 15-1-2023

**FECHA DE ACEPTACIÓN:** 21-1-2023

Barceló Moyano, Marta (2023). Obligaciones de reporte al Ministerio Fiscal en la nueva ley de protección de *whistleblowers*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 61, pp. 110-117 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Introducción: transposición de la directiva de *whistleblowers*

---

En noviembre de 2019 entró en vigor 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 (la "Directiva"), que establece normas mínimas de protección para las personas que quieran denunciar infracciones del Derecho de la Unión en el contexto de sus actividades laborales tanto en el sector público como privado (los llamados *whistleblowers*).

Con el objetivo de fomentar la comunicación de esas infracciones, la Directiva articula un sistema de denuncias por tres cauces: denuncias internas ante los órganos competentes designados por las entidades de los sectores público y privado, denuncias externas ante las autoridades competentes designadas por los Estados miembros y revelación pública de información sobre infracciones.

El plazo para transponer la Directiva finalizaba el 17 de diciembre de 2021, ampliándose hasta el 17 de diciembre de 2023 respecto de la obligación de establecer un canal de denuncia interno para las entidades del sector privado que tengan entre 50 y 249 trabajadores. En España, sin embargo, la transposición no llegó hasta el pasado mes de febrero, con la aprobación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (la "Ley 2/2023").

Siendo la Directiva una norma de mínimos, los Estados miembros podían ampliar su ámbito de aplicación introduciendo disposiciones más favorables para los denunciantes. Así lo ha hecho la Ley española en lo que se refiere, por ejemplo, al ámbito de aplicación material de la norma, que no solo alcanza a las infracciones del Derecho de la Unión previstas en el artículo 2 de la Directiva, sino también, en general, a las infracciones penales y administrativas graves o muy graves. Lo mismo sucede con las obligaciones de reporte al Ministerio Fiscal que se fijan para los responsables de los canales internos y externos de información y, en particular, con las obligaciones para las entidades privadas que gestionen esos canales internos.

Este trabajo se centra en analizar cómo en este último aspecto la Ley 2/2023 se aparta de la Directiva e introduce una novedad de gran calado para las empresas, prevista en el artículo 9.2.j), que trae consigo un problema de constitucionalidad y que genera múltiples interrogantes en lo que respecta a su necesaria aplicación armonizada junto con la preexistente regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas corporativos de prevención de delitos.

## 2. Obligación de denunciar hechos delictivos al Ministerio Fiscal: equiparación de los canales internos y externos

---

Los procedimientos de denuncia y seguimiento de esas denuncias que establece la Directiva para los canales internos y externos guardan muchas similitudes. Entre otras, se fijan los mismos plazos para acusar recibo y dar respuesta al denunciante y se obliga a hacer seguimiento de la denuncia —ya sea interna o externa— de forma diligente. Sin embargo, una de las diferencias entre los procedimientos de denuncia interna y externa es que, en relación con estos últimos, el artículo 11.2.f) de la Directiva establece que los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes que se designen para recibir y hacer seguimiento de las denuncias externas *“transmitan en tiempo oportuno la información contenida en la denuncia a las instituciones, órganos u organismos competentes de la Unión, según corresponda, para que se siga investigando, cuando así esté previsto por el Derecho de la Unión o nacional”*. La Directiva no prevé una obligación similar en relación con las denuncias internas.

En cambio, la Ley 2/2023 ha incorporado esa obligación (traducida en una obligación de remisión no solo a las autoridades competentes, sino también al Ministerio Fiscal) tanto para el canal externo de información que gestiona la Autoridad Independiente de Protección del Informante (“AAI”, o, en su caso, las autoridades autonómicas competentes) como para los canales internos que gestionen las entidades de los sectores público y privado.

En cuanto al canal externo, el artículo 18.2.c) de la Ley 2/2023 establece que, una vez recibida y registrada la información o comunicación (como sinónimo del término *denuncia* al que se refiere la Directiva), la AAI deberá *“Remitir con carácter inmediato la información al Ministerio Fiscal cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito o a la Fiscalía Europea en el caso de que los hechos afecten a los intereses financieros de la Unión Europea”*. Asimismo, el artículo 20.2.b) prevé que, tras finalizar las actuaciones de instrucción y haber redactado el informe final, la AAI adoptará alguna de las decisiones previstas en ese precepto, entre las que se encuentra la *“Remisión al Ministerio Fiscal si, pese a no apreciar inicialmente indicios de que los hechos pudieran revestir el carácter de delito, así resultase del curso de la instrucción. Si el delito afectase a los intereses financieros de la Unión Europea, lo remitirá a la Fiscalía Europea”*.

Con estas previsiones, la Ley 2/2023 mantiene la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para la investigación de hechos delictivos denunciados o comunicados por canales externos ante autoridades públicas, en línea con lo previsto en otras normas ya existentes que regulan el funcionamiento de los distintos organismos autonómicos de prevención y lucha contra corrupción. Ejemplo de ello es el artículo 21 de la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña, que establece que, si en el curso de las actuaciones de esa oficina se observan indicios de hechos delictivos, su director deberá comunicarlo de forma inmediata al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial. La Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana y la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, contienen

disposiciones prácticamente idénticas. Lo mismo sucede respecto de otros organismos públicos dotados de facultades de inspección o investigación y no necesariamente vinculados con la lucha contra la corrupción. Así, por ejemplo, la Agencia Tributaria está obligada, en el marco de su labor inspectora, a deducir el tanto de culpa al Ministerio Fiscal cuando aprecie la posible existencia de un delito (artículos 95.3 y 251 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), al igual que lo está la Inspección de Trabajo (artículo 17.3 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

Pero la Ley 2/2023 va un paso más allá, pues el artículo 9.2, que regula el contenido mínimo y los principios a los que deberá responder el procedimiento de gestión de informaciones internas en los sectores público y privado, incluye en su letra j) la *“Remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito. En el caso de que los hechos afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, se remitirá a la Fiscalía Europea”*.

El carácter obligatorio de esa remisión de información al Ministerio Fiscal se desprende tanto de la propia literalidad del artículo 9.2.j) de la Ley 2/2023 como de su análisis conjunto con el artículo 63.3.c) de la misma norma, que tipifica como infracción leve (castigada con hasta 100.000 euros de multa para las personas jurídicas) cualquier incumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley que no esté tipificado como infracción grave o muy grave, lo que incluiría la inobservancia del contenido mínimo del procedimiento de gestión de informaciones. No parece que la falta de remisión de esa información al Ministerio Fiscal pueda encajar en alguna de las categorías de infracciones graves o muy graves previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 63.

Con ello, la Ley 2/2023 equipara en este punto los canales internos de información de los sectores público y privado con los canales externos, sin tener en cuenta las diferencias entre unos y otros ni las consecuencias de diversa índole que puede tener esta obligación para las entidades del sector privado (a las que nos referiremos en el siguiente apartado).

Con buen criterio, el Anteproyecto de Ley inicial que aprobó el Consejo de Ministros en marzo de 2022 solo preveía la obligación de denunciar al Ministerio Fiscal para la AAI en el marco de los canales externos de información (en los ya citados artículos 18.2.c y 20.2.b). Sin embargo, el Proyecto de Ley que se remitió al Congreso en septiembre de 2022 incorporó una nueva letra j) en el artículo 9.2, cuya redacción se mantuvo intacta en el texto final de la Ley aprobado por el Congreso en febrero de 2023.

El origen de este precepto —que, como se ha expuesto, equipara los canales internos y externos en este aspecto, apartándose con ello del texto de la Directiva— parece encontrarse en un pasaje del Informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de 26 de marzo de 2022 sobre el Anteproyecto de Ley, que rezaba como sigue:

*“86.- En definitiva, si bien la denuncia a través de los canales internos o externos es una opción que se proporciona al ciudadano que no resulta per se incompatible con la obligación de denunciar establecida en la LECrim, la consecución real del objetivo de fomento del empleo de estos canales de forma preferente —y en especial, del canal interno— para combatir los incumplimientos del Derecho de la Unión Europea y nacional que se enmarcan en su ámbito de aplicación sí resulta di-*

*fácilmente conciliable con dicha obligación legal, y ello sin perjuicio de la obligación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (canal externo creado ex novo por el prelegislador, y que es objeto de análisis en párrafos posteriores) de remitir al Ministerio Fiscal los hechos informados que pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito (artículo 18.2. c APL), obligación que, de otro lado, no se impone a los responsables del sistema interno de información (artículo 9 APL). [...] En todo caso, dada la competencia de los Juzgados y Tribunales para el conocimiento de las infracciones penales (artículo 23 LOPJ), las autoridades judiciales siempre serán autoridades competentes para la recepción de denuncias sobre las infracciones penales que constituyen el ámbito material del APL, con independencia de que la norma proyectada no los mencione y cree y diseñe un nuevo canal externo administrativo".*

Esto es, el CGPJ se mostró crítico con el hecho de que la norma fomentara el empleo preferente de los canales de información (especialmente los internos) en detrimento de la denuncia policial, fiscal o judicial, calificando tal situación de *"dificilmente conciliable"* con la obligación legal de denunciar delitos cometidos por terceros de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (prevista en su artículo 259 y cuya infracción se castiga con una multa irrisoria, de 25 a 250 pesetas). En esta línea de razonamiento, el CGPJ señaló que la obligación de remisión al Ministerio Fiscal en el Anteproyecto únicamente recaía en la AAI que gestiona un canal externo y, por el contrario, *"no se impone a los responsables del sistema interno de información"*.

Sin embargo, el CGPJ ni sostuvo que la equiparación de los canales internos y externos en este punto fuese la solución óptima a sus objeciones ni mucho menos propuso que se impusiese una obligación de denuncia generalizada sobre todos los operadores de sistemas de información del sector privado, alcanzando con ello a hechos de los que la propia persona jurídica puede responder penalmente.

A pesar de lo anterior, en el trámite parlamentario se rechazó la única enmienda que, previendo los potenciales efectos indeseados del artículo 9.2.j), propuso la supresión del precepto. Se trata de la enmienda 141 del Grupo Parlamentario Plural en el Congreso, que justificó la necesidad de eliminar el artículo por los siguientes motivos:

*"El artículo prevé que una entidad que a través de su canal interno conoce indiciariamente de un delito deba remitir toda la información a la fiscalía. Esta previsión afecta gravemente al derecho de defensa.*

[...]

*Por otra parte, el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (con rango de Ley Orgánica) ya prevé los supuestos y la sanción para cualquier persona por incumplir la obligación de denunciar la comisión de un delito cometido por tercero. Por tanto, la redacción de este precepto debe tener rango de ley orgánica y no puede sustituir un supuesto que ya se encuentra regulado en la normativa penal vigente en España, que es el lugar donde debe regularse.*

*La propia Directiva regula la remisión de hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito en respeto a las Constituciones de los Estados miembro, obligando a las autoridades, nunca a los responsables del canal".*

### 3. Consecuencias de la obligación de denunciar al Ministerio Fiscal para las entidades privadas

El artículo 9.2.j) de la Ley 2/2023 es de aplicación a los procedimientos de gestión de informaciones internas tanto en el sector público como en el privado, siendo en este último ámbito donde esta obligación puede generar efectos distorsionadores, o incluso indeseados desde la perspectiva de los derechos y garantías aparejados a una potencial atribución de responsabilidad penal.

Tal y como establece el artículo 3.1.b), el ámbito de aplicación material de la nueva norma alcanza a las *"acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave"*, incluyendo, por tanto, los delitos que pueden generar responsabilidad penal de la persona jurídica cuando se cumplan los requisitos del artículo 31 bis del Código Penal.

Por ello, en aplicación del artículo 9.2.j), las empresas pueden verse obligadas a denunciar ante el Ministerio Fiscal hechos de los que pueda responder penalmente la propia entidad, con lo que se ve afectado su derecho constitucional a no autoincriminarse (previsto en los artículos 409 bis.1 y 118.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 24.2 de la Constitución española).

Tal y como ha establecido la Sala Segunda del Tribunal Supremo, los derechos y garantías constitucionales que amparan a las personas físicas investigadas o acusadas en un procedimiento penal también son de aplicación a las personas jurídicas que se encuentren en esa situación. Así lo afirmó en la STS n.º 221/2016, de 16 de marzo (Pte. Marchena Gómez): *"Es importante, además, destacar que el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo"*. En esta misma línea, véanse también las SSTS n.º 514/2015, de 2 de septiembre (Pte. Marchena Gómez), n.º 154/2016, de 29 de febrero (Pte. Maza Martín), y n.º. 234/2019, de 8 de mayo (Pte. de Porres Ortiz de Urbina).

El respeto al derecho constitucional a no autoincriminarse exige que la autodenuncia solo pueda realizarse de manera voluntaria. Precisamente por ello en nuestro sistema procesal penal solo existe un deber de denunciar los hechos delictivos cometidos por terceros (previsto en el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y la confesión se configura como un premio, no como una obligación a cuyo incumplimiento se apareja un castigo.

Así, igual que sucede con la atenuante de confesión de las personas físicas del artículo 21.4 del Código Penal, el sistema de eximentes o atenuantes para la persona jurídica previsto en el Código Penal en forma de exención de la pena (artículo 31 bis 2 y 4) o de circunstancias de confesión y colaboración con la investigación (artículo 31 quater) parten de la premisa de su actuación voluntaria.

Al incorporar la autodenuncia como una obligación, el nuevo artículo 9.2.j) de la Ley provoca una disfunción sistemática respecto de la regulación en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas prevista en los artículos 31 bis y siguientes del Código Penal. Es difícil imaginar

cómo la denuncia al Ministerio Fiscal va a operar de forma simultánea como una obligación que lleva aparejada una sanción y como una atenuante de la eventual responsabilidad penal de la persona jurídica.

Junto con el problema de constitucionalidad que lleva aparejado, la imprecisa redacción del artículo 9.2.j) afecta también a la necesaria seguridad jurídica con la que las empresas deberían poder desarrollar sus programas de prevención de delitos y sus canales internos de denuncia para beneficiarse de la exención de la pena prevista en el artículo 31 bis 2 y 4 del Código Penal. La Fiscalía General del Estado señaló en su Circular 1/2016 que *“la aportación al procedimiento de una investigación interna”* puede permitir a la empresa conseguir esa exención de responsabilidad penal al haber acreditado la eficacia de sus medidas preventivas internas, mientras que *“el retraso en la denuncia de la conducta delictiva”* operaría según la Fiscalía en sentido contrario.

Sin embargo, el artículo 9.2.j) no determina ni el contenido ni el alcance de la nueva obligación de denunciar, lo que genera múltiples incertidumbres: ¿qué significa que los hechos puedan ser indiciariamente constitutivos de delito en el contexto de esta norma?; ¿qué información debe remitirse exactamente al Ministerio Fiscal con carácter inmediato?; ¿solo la denuncia (como sinónimo de información) recibida a través del canal interno?; ¿qué ocurre si esos indicios de delito no se desprenden de la denuncia inicial, pero surgen a raíz de una investigación interna?; en ese caso, ¿debe remitirse al Ministerio Fiscal el contenido de esa investigación interna?; de ser así, ¿cuándo deberá remitirse, tan pronto como surjan los indicios aunque la investigación no esté finalizada o cuando se alcance el resultado final del proceso interno?

La indeterminación y vaguedad del artículo 9.2.j) en lo que se refiere a cuándo, cómo y qué denunciar al Ministerio Fiscal impedirá a las empresas operar con la deseable previsibilidad para conseguir esa exención. Y es que, en función del tipo de “información” y del momento en que esta se remita al Ministerio Fiscal, la actuación de la empresa podría considerarse insuficiente o tardía para beneficiarse de la exención.

## 4. Consideraciones finales

---

La Ley 2/2023 ha incorporado la obligación de denunciar al Ministerio Fiscal como contenido mínimo del procedimiento de gestión de informaciones internas, vinculando con ello a todos los responsables de sistemas de información internos tanto del sector público como privado y equiparando en este punto los canales internos y externos.

La nueva regulación se aparta de lo dispuesto en la Directiva y no tiene en cuenta las distintas consecuencias que puede tener esa obligación genérica de denunciar al Ministerio Fiscal en función de la naturaleza del sujeto obligado. A diferencia de lo que sucede con las empresas privadas obligadas por el artículo 9.2.j), las entidades del sector público que gestionen canales internos de información y la AAI u otras autoridades que gestionen los canales externos no están sujetas a responsabilidad penal (*ex* artículo 31 quinquies del Código Penal) y, por tanto, no incurrirán en el ejercicio de esa función pública de denuncia de hechos cometidos por terceros en un riesgo de au-

toincriminarse. Parece razonable entonces que la Directiva solo introdujera la obligación de transmitir la información a otras autoridades competentes para los responsables de canales externos.

El tratamiento en la Ley 2/2023 de las obligaciones de reporte al Ministerio Fiscal se aleja también de las normas adoptadas por otros países de la Unión Europea para transponer la Directiva, que, a diferencia de España, no han introducido una obligación de denuncia para las entidades del sector privado que gestionen los canales internos de información.

Aunque a fecha del presente trabajo aún hay algunos Estados miembros que no han transpuesto la Directiva a sus ordenamientos internos (como Alemania o Luxemburgo), las normas aprobadas por países como Francia (Ley n.º 2016-1691, modificada en marzo de 2022), Irlanda (Ley de revelaciones protegidas de 2014, modificada en julio de 2022) o Bélgica (Ley de 28 de noviembre de 2022) únicamente prevén una obligación general de las autoridades que gestionen el canal externo de denuncias de remitir la información recibida a las autoridades que sean competentes para investigar esas infracciones.

La Ley sueca 2021:890 va un paso más allá y establece una obligación de remitir la información a las autoridades competentes no solo en el marco de los canales externos, sino también para los canales internos del sector público (diferenciando, por tanto, las obligaciones previstas para los canales internos de los sectores público y privado). Por último, resulta de interés la solución adoptada por Portugal en su Ley 93/2021 de 20 de diciembre, pues, mientras que en el caso de los canales externos prevé la obligación de remitir la denuncia al Ministerio Público cuando los hechos sean constitutivos de delito, para los responsables de los canales internos esa denuncia al Ministerio Público es potestativa (tras la recepción de una denuncia interna, los sujetos obligados pueden abrir una investigación interna o notificar a la autoridad competente para que investigue la infracción).

Esta mirada a los países de nuestro entorno confirma que existen alternativas más respetuosas con los derechos y garantías constitucionales de las personas jurídicas que la adoptada por la Ley 2/2023 para transponer la Directiva, sin que por ello se descuide el deber general de los ciudadanos y las autoridades de denunciar delitos cometidos por terceros. Dado que parece poco probable que en el corto plazo se vaya a modificar la Ley para corregir o modular este aspecto, sería deseable que los operadores jurídicos aporten criterios interpretativos que permitan armonizar este precepto con la regulación y jurisprudencia existente sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hasta que no lleguen los primeros pronunciamientos jurisprudenciales, parece que es la Fiscalía General del Estado quien está en mejor posición para, a través de una circular o una instrucción, proponer una interpretación y aplicación del artículo 9.2.j) plenamente acorde a los derechos y garantías de las personas jurídicas que puedan ser penalmente responsables.