

De la prohibición al reconocimiento de hecho y de Derecho de las denuncias anónimas

LORENZO COTINO HUESO¹

*Catedrático de Derecho Constitucional Universidad de Valencia. Consell de
Transparencia de la Comunidad Valenciana
lorenzo.cotino@gmail.com*

INTRODUCCIÓN

De la mano de otra excelente persona y también de Murcia, Julián Valero, conocí a Pepe Molina desde su nombramiento como presidente del Consejo de Transparencia de Murcia en 2015. Bajo el criterio de que los amigos de mis amigos son mis amigos, directamente lo tomé como tal y se creó una estupenda relación de confianza. En los seminarios y congresos de transparencia era siempre un placer coincidir con él y con las encantadoras personas de las que se rodeaba, como José Luis Ros Medina. Pepe siempre aprovechaba estar rodeado de académicos para impulsar sus acciones y proyectos tan voluntaristas. Así era habitual responder a las solicitudes de Pepe con algún consejo verbal o alguna petición de opinión informal sobre cuestiones jurídicas. No son muchos quienes tienen la gracia de pedir favores y, encima, conseguir que uno saque el tiempo que no tiene para dar respuesta. Y Pepe tenía esa gracia, nos implicaba para intentar reforzar los pocos medios con los que contaba para sus proyectos. Así me sucedió especialmente con la proposición de ley de gobierno abierto y lucha contra la corrupción de Murcia, en la que pude aportar un amplio informe con propuestas de mejora a través también de José Luis.

Al poco de conocer en febrero el triste deceso de Pepe, decidí inmediatamente dedicar a su memoria el VII Congreso del avance del Gobierno Abierto. V Congreso de Buen gobierno y transparencia de la Comunitat Valenciana de 2020, siendo la primera actividad que se anunció en su nombre². De igual modo, fue un placer participar con la amable invitación del siempre querido José Luis a la I Jornada sobre Regeneración Democrática en Memoria de Pepe Molina y ahora colaborar en esta obra. La impronta personal de Pepe Molina

¹ Proyectos MICINN Retos “Derechos y garantías frente a las decisiones automatizadas...” (RTI2018-097172-B-C21); “La regulación de la transformación digital y la economía colaborativa” Prometeo/2017/064 Generalitat Valenciana, 2017-2021 y “Algorithmic law” (Prometeo/2021/009, 2021-24).

² <http://www.derechotics.com/congresos/2020-limites-acceso>

ha dejado una huella imborrable en la comunidad de la transparencia en nuestro país. Gracias Pepe.

Un viejo proverbio oriental dice que “cuando el sabio señala la luna, el necio mira el dedo”. Es muy posible que muchas denuncias -anónimas en su caso- no estén movidas por sentimientos positivos de colaboración ciudadana frente a las ilegalidades. Sino por la venganza o el despecho. Pero ello es prácticamente intrascendente puesto que lo importante es la veracidad de lo denunciado, su relevancia jurídica, las posibilidades de investigarlo por las entidades responsables y, por supuesto, que no queden afectados los derechos y garantías de las personas denunciadas. Así las cosas, a lo largo de este estudio se va a apreciar el complejo y críptico contexto regulatorio de las denuncias anónimas y su casi completa evolución. Como se va a seguir, es del todo interesante apreciar cómo se ha pasado desde la teórica ilegalidad, al reconocimiento material de hecho de la posibilidad de denunciar anónimamente, pasando por el reconocimiento jurisprudencial y el apoyo e impulso de las instituciones. Este proceso parece ir culminando en un reconocimiento expreso legal de las denuncias anónimas que ya se advierte en algunos casos en España. La inercia de los tiempos, especialmente marcada por la Directiva de protección de los denunciantes parece empujar a favor de un anonimato con garantías, auspiciado totalmente por los medios tecnológicos.

I. DE LA CONFIDENCIALIDAD, RESERVA Y SECRETO, AL POLÉMICO ANONIMATO. UNA REGULACIÓN CONVERGENTE

La confidencialidad, el secreto, y en su caso el anonimato, son instrumentos para proteger al denunciante especialmente frente a cualquier acción frente a él y sus intereses.³ Todas las normas que regulan la protección de denunciantes frente a la ilegalidad y el fraude contemplan la reserva y confidencialidad de los denunciantes, si bien ello no se traduce necesariamente en la posibilidad de denuncias formales con carácter anónimo o el establecimiento de canales que permitan el anonimato de las puestas de comunicación de información.

Debe señalarse en todo caso, que el anonimato parece generar algunos problemas (Sierra, 2020 b). Así, se señalan limitaciones en términos de eficacia de las denuncias formuladas, posibilidad de seguimiento de la investigación, acceso a las medidas de protección del estatuto de denunciante y pérdida de información sobre el perfil del *whistleblower*. Sin embargo, tales problemas

³ Sobre el tema la literatura ya es muy abundante, me permito destacar Amoedo, 2017; Vestri, 2019; Pérez Monguió, 2019; Blanes y Meco, 2019; Benítez, 2019 y 2021; ; Garrido, 2019; García Moreno, 2020; Sierra, 2020.

no parecen ser mayores ni irresolubles. Así por ejemplo, es posible mantener la comunicación y hacer seguimiento y comunicación bidireccional con el denunciante anónimo asignando códigos únicos (Sierra 2020 b, p. 35 y 38). De igual modo no tiene por qué quedar desprovisto de garantías y si se revela su identidad o si decide acogerse al sistema de protección, se le puede aplicar por completo. El anonimato siempre es polémico por facilitar abusos o fraudes en las denuncias con exención de la responsabilidad por quien lo realiza. Sin embargo, la percepción desde las agencias antifraude es que pese al aumento enorme de denuncias cuando se habilitan canales anónimos, el aumento de denuncias malintencionadas ha sido irrelevante (ídem, nota 82).

Asimismo, cabe también apuntar que la garantía del anonimato en los canales de denuncias no es garantía suficiente. No en vano, la información transmitida y su contexto bien puede facilitar la identificación del denunciante o como mínimo, delimitar el ámbito subjetivo de los posibles denunciantes, al punto de permitir sospechas y acciones respecto de los mismos

Además de servir a la protección del denunciante, la confidencialidad y el secreto son también instrumentos de garantía de la propia organización investigada. Así, como recoge el artículo 8.3º Ley 11/2016, de 28 de noviembre valenciana, “Las obligaciones de secreto y de reserva máxima son especialmente exigibles en los casos de datos protegidos por secreto comercial, industrial y empresarial y en los supuestos de licitaciones y otros procedimientos contractuales en que la confidencialidad es susceptible de proporcionar al titular ventajas competitivas.”

De igual modo, el secreto y la confidencialidad son instrumentos de garantía para el mejor desarrollo de los procedimientos administrativos o judiciales en el marco de la persecución de la ilegalidad. La protección jurídica y normativa de denunciantes, el secreto y su confidencialidad y, en su caso, el anonimato en ocasiones converge en razón de diversas normas administrativas, laborales, penales, civiles. Estas normas regulan obligaciones profesionales en el sector privado y público. Asimismo, quedan recogidas las obligaciones y garantías en normas sobre investigación y procedimiento. También, de modo sustantivo se regulan en normas penales y sancionadoras que castigan las conductas contrarias a estas exigencias. Y de igual modo, como se concretará, prolifera la regulación agrupada y reforzada de la máxima reserva, secreto y confidencialidad en el ámbito de la protección de los denunciantes. Estos deberes se dan respecto de todas las personas que intervengan en la tramitación o tengan conocimiento de denuncias. Y se da también después del ejercicio del cargo.

También hay que señalar que estas exigencias convergen con el régimen general de protección de datos (alguna aproximación, Martínez Saldaña, et al. 2019). El mismo establece con carácter general obligaciones de secreto y confidencialidad. También, la normativa de protección de datos implica claros límites a la comunicación o cesión de datos (como la identidad de las personas)

y exige medidas de seguridad de la información, mayores a mayor impacto en bienes y derechos, como es el caso de los denunciantes. Igualmente, la protección de datos impone que no se desvíe el uso de los datos (como los del denunciante) a finalidades que fueran incompatibles. Además, como luego se expone, la actual regulación de datos regula exigencias y garantías específicas respecto de los sistemas de denuncia y denuncias anónimas.

Sin embargo, estas garantías de protección de datos, confidencialidad y secreto no necesariamente van unidas ni implican el derecho al anonimato si no está expresamente reconocido.

II. DENUNCIAS PÚBLICAS, ANÓNIMAS Y LA TEÓRICA EXCLUSIÓN PENAL Y ADMINISTRATIVA DE LAS DENUNCIAS ANÓNIMAS EN ESPAÑA

Resulta preciso vincular la posibilidad de denuncias anónimas con el régimen administrativo y penal. Así, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas define “denuncia” como “acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo.” (art. 62. 1º) y a renglón seguido impone la obligación de que incluya la identidad del denunciante (art. 62. 2º).

Cabe recordar también que las figuras de la denuncia pública son ya tradicionales en el ámbito tributario (Aparicio, 2002; Palou, 2010) o de la Seguridad Social⁴ y permiten a cualquier persona denunciar ilegalidades en este ámbito. Ahora bien, pese a su regulación expresa, se trata de una figura diferente a la denuncia anónima, sin perjuicio de la garantía reforzada de confidencialidad sobre los datos del denunciante⁵. Se trata de “poner en conocimiento de la Administración tributaria hechos o situaciones que puedan ser constitutivos de infracciones” (art. 114. 1º Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria). Cuestión diferente es que a la hora de la formulación de la denuncia,

⁴ Ver *¿Cómo presentar una denuncia formal ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social?*. Disponible en la web del Ministerio de Seguridad Social. Asimismo cabe seguir el “Buzón de la inspección de trabajo y seguridad social”, <https://expinterweb.mitramiss.gob.es/buzonfraude/>

Según la información que ahí figura, no se admite la denuncia anónima.

⁵ Artículo 60.4, párrafo 1º del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007 de 27 de julio que dispone que “Todo el personal al servicio de la Administración tributaria estará obligado al más estricto y completo sigilo respecto de los datos, informes o antecedentes que conozca por razón de su cargo o puesto de trabajo”.

la AEAT la permita hacer “sin identificación”⁶. En el ámbito de la seguridad social, Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si bien se afirma que “4. La acción de denuncia del incumplimiento de la legislación de orden social es pública.”, también expresamente se señala que “No se tramitarán las denuncias anónimas” (art. 20. 5º), pero “sin perjuicio” de las actuaciones de oficio de la Inspección (art. 20. 3º). Esta *triangulación* abre la puerta al conocimiento de hechos a investigar a partir de comunicaciones o vías anónimas, que no son formalmente las denuncias públicas.

La fallida proposición de Ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes presentada el 23 de septiembre de 2016 por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos en el Congreso expresamente afirmaba que “No se admitirán a trámite las denuncias anónimas” (art. 5. 2º), ello sin perjuicio de la garantía de la confidencialidad y “máxima reserva” y “deber de secreto” en el artículo 12, amén de la protección de datos (art. 13).

Un elemento clave es la consideración o no de denuncia a las comunicaciones de hechos que sirven para iniciar investigaciones de oficio. Y otro, obviamente, que al formular una denuncia formal, se haga una efectiva comprobación de la identidad del denunciante.

En el ámbito penal, la denuncia es la puesta en conocimiento de un delito (art. 259, 264 Ley de Enjuiciamiento Criminal, LECrim en adelante) “por escrito o de palabra” (art. 265). Y el artículo 266 impone que “La denuncia que se hiciere por escrito deberá estar firmada por el denunciador” (art. 266) y se excluye la denuncia (formal) anónima. Así, los artículos 266 y 267 LECrim imponen la identificación del denunciante. No obstante, como sucede en el ámbito administrativo, las “denuncias” anónimas no lo son formalmente, sino que en razón del artículo 308 LECrim la comunicación anónima de hechos a los jueces puede dar lugar a las diligencias de investigación penal. Así, si llegan noticias sobre delitos a manos judiciales, a través del Secretario judicial se ponen en conocimiento de la Fiscalía.”⁷. Este modelo ha influido en las regulaciones autonómicas.

⁶ Resulta de interés seguir “Denuncia tributaria” en la AEAT, en concreto, “Denuncia ordinaria”, ahí la posibilidad de denuncia “Sin identificación”. Disponible en la web de la Agencia Tributaria. Según la información que ahí figura, no se admite la denuncia anónima. Cuestión diferente es la comprobación de la realidad de la identificación del denunciante.

⁷ “los Jueces [que...] tuvieren noticia de la perpetración de un delito, el Secretario judicial lo pondrá en conocimiento del Fiscal de la respectiva Audiencia, y dará, además, parte al Presidente de ésta de la formación del sumario, en relación sucinta, suficientemente expresiva del hecho, de sus circunstancias y de su autor, dentro de los dos días siguientes al en que hubieren principiado a instruirle. Los Jueces de Paz darán cuenta inmediata de la prevención de las diligencias al de Instrucción a quien corresponda”.

Es un tema ciertamente interesante la admisibilidad de las denuncias anónimas en el ámbito penal.⁸ En todo caso, cabe seguir especialmente a la Fiscalía General del Estado (FGE en adelante) en su Instrucción de 3/1993 de 16 de marzo (FGE, 1993), la circular 1/2000 del 18 de diciembre (FGE, 2000, VI.2.B. Objeto de las Diligencias Preliminares), así como la Circular 4/2013, de 30 de diciembre, sobre las Diligencias de Investigación (FGE, 2013, II.- Recepción de la *notitia criminis*). Ahí se adoptan criterios para verificarlas y elementos para iniciar diligencias de investigación a partir de la información. La Fiscalía apunta que para iniciar una fase de investigación preparatoria con origen en una denuncia anónima hay que ponderar el alcance del hecho denunciado, su intensidad ofensiva para un determinado bien jurídico, la proporcionalidad y conveniencia de una investigación por hechos cuyo relator prefiere no identificarse y, en fin, la legitimidad con la que se pretenden respaldar las imputaciones delictivas innominadas. La Sentencia del Tribunal Supremo (STS en adelante) 1335/2001, de 19 de julio afirma que la denuncia sea anónima no impide la investigación, sin perjuicio de que “deba ser contemplada con recelo y desconfianza”. El denunciante puede tener “un temor razonable de represalias en ocasiones notoriamente feroces y crueles”. En los casos de denuncias anónimas se exige al juez “gran prudencia” y si la denuncia “aparenta credibilidad y verosimilitud, debe inicialmente inquirir, con todos los medios a su alcance”.

Recuerda la Fiscalía que la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/2003 de 23 de octubre y la STS 416/2005, de 31 de marzo apuntan que la sola denuncia anónima no es suficiente fuente de conocimiento, por lo que para adoptar medidas cautelares restrictivas de derechos se exige una “mínima investigación por la Policía a los efectos de corroborar”. En este sentido, especialmente, STS 27/2004, de 13 de enero. La Fiscalía también señala los supuestos de posibles denuncias anónimas en masa conectadas a debates sociales. En esos casos, si no hay elementos indiciarios podrán archivarse de plano. La STS 318/2013, de 11 de abril, (Recurso: 1098/2012) analiza ampliamente la cuestión (Fundamento jurídico (FJ en adelante) 2º) y concluye que “Nuestro sistema no conoce, por tanto, un mecanismo jurídico que habilite formalmente la denuncia anónima como vehículo de incoación del proceso penal, pero sí permite, reforzadas todas las cautelas jurisdiccionales, convertir ese documento en la fuente de conocimiento que, conforme al art. 308 de la LECrim, hace posible el inicio de la fase de investigación”.

La FGE señala que en los supuestos de denuncias por correo ordinario, fax o correo electrónico (y en su caso actuales canales o vías de denuncia), tales “deficiencias” en general deben suplirse en la posterior ratificación del denunciante. Ya internamente se dispone la incoación de diligencias, provisional

⁸ Cabe seguir, Ortiz, 2016 y 2017; Planchadell, 2020 y Gimeno, 2021.

calificación jurídica, designación de un fiscal investigador por turno ordinario (o en su caso en razón de especialización) que hará lo procedente y elevará al fiscal jefe un informe-propuesta. Una vez concluidas las actuaciones, sin perjuicio de las delegaciones generales que pudieran realizarse en cada Fiscalía en favor de los fiscales decanos o delegados para resolver las diligencias de investigación.

III. INERCIAS INTERNACIONALES Y SUPRANACIONALES A FAVOR DE LAS DENUNCIAS ANÓNIMAS

Las inercias internacionales y supranacionales a favor de las denuncias anónimas son claras. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, ratificada por España el 19 de julio de 2006, en su artículo 13. 2º sí que habla de la obligación de “facilitar” el “acceso” a “órganos pertinentes de lucha contra la corrupción [...] para la denuncia, incluso anónima”. De lo mismo se puede desprender una posición proclive a este tipo de denuncias, si bien resulta difícil desprender una obligación clara de establecer denuncias anónimas para los Estados.

Especial importancia tiene 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 misma define en el artículo 5. 3º “«denuncia» o «denunciar» como la comunicación verbal o por escrito de información sobre infracciones”. No le impone un carácter formal. El Considerando 34 deja en manos de los Estados “decidir [...] que acepten y sigan denuncias anónimas de infracciones”. Y en todo caso, “las personas que denuncien de forma anónima o hagan revelaciones públicas de forma anónima dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva y cumplan sus condiciones deben gozar de protección en virtud de la presente Directiva si posteriormente son identificadas y sufren represalias”. En este sentido hay que seguir el artículo 6. 2º y 3º, así como el 9. 1 e) respecto de la necesidad de hacer seguimiento de estas denuncias anónimas si es que son admitidas.

IV. DE UNA PERCEPCIÓN NEGATIVA EN ESPAÑA A ALGUNA REGULACIÓN EXPRESA DE LAS DENUNCIAS ANÓNIMAS Y SU ESPALDARAZO POR LA STS 272/2020 DE 6 DE FEBRERO

Sin perjuicio de la tradicional regulación de la denuncia pública, que no es anónima, el anonimato ha tenido por lo general una percepción negativa. Así, se puede seguir en el Informe 128/2007 sobre mecanismos de “whistleblowing” de la Agencia Española de Protección de Datos (2007). La Agencia Española

de Protección de Datos (AEPD en adelante) optó por identificar al denunciante, aunque garantizando la confidencialidad de las denuncias recibidas. En esta línea no había una obligación expresa para investigar las denuncias anónimas, pudiendo desecharse por falta de garantías.

No obstante, se abrió la puerta al anonimato en el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas desde 2006, y especialmente en 2015 y en su Recomendación 42: “*c) Establecer y supervisar un mecanismo que permita a los empleados comunicar, de forma confidencial y, si resulta posible y se considera apropiado, anónima las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables, que adviertan en el seno de la empresa*”.

La FGE (2016) en su Circular 1/2016, de 22 de enero no menciona el anonimato, pero sí “La existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención [...] con una regulación protectora específica del denunciante (*whistleblower*), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias.” (apartado 5. 3°).

En 2018 el Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, modificó la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo. Su actual artículo 26 bis 1° sobre procedimientos internos de comunicación de potenciales incumplimientos expresamente señala el anonimato al afirmar que “Los sujetos obligados establecerán procedimientos internos para que sus empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre posibles incumplimientos de esta ley, su normativa de desarrollo o las políticas y procedimientos implantados para darles cumplimiento, cometidos en el seno del sujeto obligado.”

Y ello viene a incorporarse en Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que establece en su artículo 24.1 que “será lícita la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado, incluso anónimamente, la comisión en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable”. El precepto refuerza las garantías de acceso a los datos del sistema (2°) y a las “medidas necesarias para preservar la identidad y garantizar la confidencialidad de los datos” (3°). La AEPD fue muy reticente en su Informe: 0194/2017 (AEPD, 2017, ap. XII y ss.). Recuerda que pese a que se admita el anonimato, en todo caso, se habrán de “reforzar las garantías de exactitud y acceso a la información obrante en estos sistemas” y recuerda las garantías del artículo (limitación al máximo del personal que puede acceder

a los datos de la denuncia y conservación máxima por tres meses). La versión inicial de la ley reservaba las denuncias anónimas al sector público. De ahí que la AEPD afirmase que estas denuncias anónimas “ninguna relación guardan con el tratamiento de las denuncias que se formularan, cualquiera que sea su naturaleza, ante el sector público” donde no caben en razón de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Sin embargo, la versión última de la ley abrió claramente la puerta, aunque una vez más de modo indefinido por remitir a los principios en el apartado 5º de este artículo 24: “5. Los principios de los apartados anteriores serán aplicables a los sistemas de denuncias internas que pudieran crearse en las Administraciones Públicas.”

Y así llegamos a la importante STS 272/2020 de 6 de febrero, Sala 2ª de lo Penal (Recurso 2062/2018)⁹. La misma ha dado un importante espaldarazo a la denuncia anónima para descubrir fraudes en las empresas, el “fin de la ley del silencio” (Martínez Moya, 2020).

La sentencia señala que la denuncia anónima fue corroborada con la posterior investigación interna en la empresa y policial. En la línea de la directiva europea afirma la necesidad de implantar canales de denuncia y su alta eficacia al constituir el arranque de la investigación como “notitia criminis”. Los informantes o denunciadores son el cauce más importante para descubrir delitos de fraude cometidos en el seno de organizaciones y para ello deben sentirse protegidos, para lo cual el anonimato es una vía. Así en el FJ 2º se ratifica el proceso de valoración de la prueba expresamente afirmando la validez de un canal de denuncias que permite la denuncia anónima, como idóneo mecanismo.¹⁰ Esta sentencia ya ha sido mencionada en numerosas sentencias de tribunales infe-

⁹ Disponible en la web del Poder Judicial.

¹⁰ “con el canal de denuncias quien pretenda, o planee, llevar a cabo irregularidades conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma. En el caso ahora analizado una denuncia interna -señala la sentencia-, al modo del canal de denuncias aquí expuesto, provoca la apertura de la investigación que desemboca en el descubrimiento de las operaciones que estaban realizando los recurrentes durante el periodo de tiempo indicado en los hechos probados, y que causó el perjuicio económico que se ha considerado probado. Resulta, pues, necesaria la correlación entre el programa de cumplimiento normativo en la empresa para evitar y prevenir los delitos cometidos por directivos y empleados ‘ad intra’, como aquí ocurrió con los tres empleados, a fin de potenciar el control interno y el conocimiento de directivos y empleados de la posibilidad de que dentro de su empresa, y ante el conocimiento de alguna irregularidad, como aquí ocurrió perjudica a la propia empresa, y, al final, a los propios trabajadores, si el volumen de la irregularidad podría poner en riesgo y peligro hasta sus propios puestos de trabajo, pero más por el propio sentimiento de necesidad de la honradez profesional y evitación de actividades delictivas, o meras irregularidades en el seno de la empresa, circunstancia que de haber existido en este caso hubiera cortado la comisión de estos hechos, aunque sin que por su ausencia, por falta de medidas de autoprotección, derive en una exención de responsabilidad penal, como se propone en este caso por el recurrente.”

rios, especialmente de la Audiencia Nacional. Por ejemplo cabe seguir la doctrina en Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN en adelante) de 19 de mayo de 2020, Procedimiento Ordinario 158/2015, donde además se tiene también en cuenta la doctrina del TS (ver también entre otras, SAN 4960/2021), de 19 de noviembre de 2021, Recurso: 240/2016, o SAN 4889/2021 de 19 de noviembre de 2021, Recurso: 265/20).

V. UNA REGULACIÓN AUTONÓMICA PRETENDIDAMENTE CRÍPTICA DE LAS DENUNCIAS ANÓNIMAS

Diversas regulaciones autonómicas de protección de denunciantes no acaban de afirmar expresamente el anonimato para no enfrentarse directamente a la ley básica estatal. No obstante, en diversas ocasiones se afirma lo que es una “denuncia” a los efectos de la propia ley, para fundirla o confundirla con la mera comunicación no formal de hechos y no sujetarla al régimen de las denuncias formales, que no pueden ser anónimas. De este modo, estas comunicaciones de hechos pasan a ser objeto de diligencias previas de investigación. De igual modo, la protección de la confidencialidad de los denunciantes en ocasiones aparenta el reconocimiento del anonimato. También se confunde, posiblemente de modo pretendido, la confidencialidad con el mantenimiento del anonimato.

Más allá del texto de la ley, la importante Oficina Antifraude de Cataluña no admitía las denuncias anónimas y así lo expresó en una Instrucción en noviembre de 2011. No obstante, en 2016 pasó a admitirlas por Instrucción 1/2016 del Director de la Oficina Antifrau de Catalunya, afirmándose que ha de ser la verosimilitud de los hechos denunciados la clave y no la constancia de la identidad de la persona. Su web afirma que “Usted puede presentar las denuncias de manera anónima mediante cualquiera de las opciones que ofrecemos” y se ha habilitado un “Buzón de denuncias anónimas”¹¹. Según los datos desde que se habilitaron han pasado a multiplicarse su uso (Capdeferro, 2020, p. 41-43).

La ley balear (Ley 16/2016, de 9 de diciembre) no expresa las denuncias o comunicaciones anónimas, sino subraya la protección de la confidencialidad y secreto (art. 11)¹². No obstante, su buzón expresamente integra las denuncias

¹¹ <https://www.antifrau.cat/es/investigacion/denuncia.html>

El acceso al buzón en: <https://www.antifrau.cat/es/comunicaciones-anonimas>

¹² “Artículo 11. Confidencialidad de las investigaciones y protección de datos:

1. Las actuaciones de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears se llevarán a cabo asegurando en todo caso la reserva máxima para evitar perjuicios a la persona o a la entidad investigada, a las personas denunciantes y a las entrevistadas con motivo de las funciones de investigación e inspección; y también para la salvaguardia de

anónimas. La ley aragonesa (Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas) define “denunciante a los efectos de la ley” a quien “pone en conocimiento” “hechos que pudieran dar lugar a la exigencia de responsabilidades” (art. 45. 1º). Expresamente dispone que “No se admitirán denuncias anónimas. No obstante, la Agencia deberá establecer procedimientos y canales confidenciales para la formulación de denuncias que garanticen su estricta confidencialidad cuando el denunciante invoque la aplicación del estatuto regulado en este artículo.” (art. 46). La Agencia de Integridad y Ética Públicas aún no está implantada.

La Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra habla de “Toda persona denunciante o informante de hechos o conductas” (art. 9. 3º). Es también algo críptica al respecto del anonimato. Así, la no identificación de las “denuncias o comunicaciones” (art. 17) no es un supuesto de no tramitación (art. 18). La protección de los denunciantes del artículo 24. 2º afirma que “A tal efecto la persona podrá permanecer en el anonimato”, pero sí que hace referencia a la posible revelación de datos en los casos que lo solicite el juez competente. No se afirma, pues, que se admitan las denuncias anónimas. En todo caso, no parece implantada la oficina y la posibilidad de denuncia.

En Asturias se afirma la confidencialidad, pero no el anonimato, aunque también de modo algo críptico. Así, la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés, en su artículo 60 afirma la obligación de confidencialidad, esto es, “omitir cualquier dato que pueda conducir a su identificación, sin perjuicio de que, en los términos en su caso establecidos por la legislación básica, puedan presentarse denuncias anónimas.”

En Castilla y León la ley habla de “facilitar información” y no recoge el anonimato expresamente (Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autónoma sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes).

la eficacia del procedimiento jurisdiccional o administrativo que se pueda iniciar en consecuencia.

2. El personal de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción, para garantizar la confidencialidad de las investigaciones, está sujeto al deber de secreto, que perdura también después de que cese en el cargo o que deje de ocupar los puestos de trabajo adscritos.”

VI. LA EXPERIENCIA DE LOS BUZONES ANÓNIMOS EN EL ÁMBITO CONTRA EL FRAUDE

Existen múltiples vías para la presentación de las denuncias o comunicaciones anónimas, no necesariamente virtuales (como un sobre por correo o un fax público, por ejemplo). En todo caso Internet ha facilitado posibilidades más o menos sofisticadas. Así, desde el simple envío de un correo electrónico anónimo, o que las entidades que reciben las denuncias predispongan plantillas para la remisión de información. Y estos buzones pueden formalmente pedir la identificación, pero sin identificación robusta (es decir, que incluyan el campo de la identidad, pero sin contrastar). O que la teórica identificación ni siquiera sea un campo obligatorio. Y, especialmente, cabe tener en cuenta los más elaborados canales de denuncia directamente pensados para el anonimato que incorporan tecnología de anonimización. Como recuerda Sierra (2020 b) en Italia la *Autorità Nazionale Anticorruzione* (ANAC) y en Cataluña y la Comunidad Valenciana se afirma expresamente el anonimato y la instalación y utilización del navegador TOR para evitar el reconocimiento de las conexiones y números de dirección de protocolo de Internet (IP por sus siglas en inglés) para garantizar completamente el anonimato. En las Islas Baleares existe expresamente la modalidad anónima e identificada.¹³

Sierra (2020b, pp. 31-34) y Capdeferro para Cataluña (2020, pp. 41-43) han analizado los datos de uso de estos canales anónimos. Se puede afirmar que los datos demuestran que una vez operativos se incrementa aproximadamente un 50% el número de denuncias. Asimismo, el incremento de denuncias anónimas ha conllevado que ya no se solicitara el procedimiento de reserva de identidad (decaendo del 16,6% hasta el 12,4% en 2018 y el 7,3% en 2019), es decir, los datos apuntan a que la existencia del buzón hace innecesario que se solicite el procedimiento de reserva de identidad. En la Comunidad Valenciana desde que se habilitó el buzón como vía de registro en mayo de 2018, pasó a usarse del 53,6% en dicho ejercicio al 75,6% en 2019. Y de las que se presentan a través del buzón la mitad (el 51,8%) son anónimas. Y siguiendo a Sierra (2020b, p. 37) desde las oficinas antifraude la posición de los técnicos es muy favorable tanto por el incremento de denuncias como por la garantía y confianza que supone para los alertadores.

¹³ <https://oaib.es/denuncias/>

VII. EL ANONIMATO DEL DENUNCIANTE COMO “DERECHO” EN EL DESARROLLO DE LA LEGISLACIÓN VALENCIANA Y LA MÁS RECIENTE LEY ANDALUZA DE 2021

La legislación valenciana (Ley 11/2016, de 28 de noviembre) regula específicamente la confidencialidad (art. 8) y garantías del denunciante, pero no expresamente el anonimato. Su artículo 11 dispone en todo caso que “La persona informadora puede solicitar que se garantice la confidencialidad sobre su identidad, y el personal de la agencia está obligado a mantenerla, excepto en el caso en que se reciba un requerimiento judicial”.

Aunque no expresa en la ley, el anonimato acaba siendo regulado ampliamente en Resolución de 25 de abril de 2018, del director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la que se crea el Buzón de Denuncias de la Agencia y se ordena su funcionamiento¹⁴.

Así, se dispone el uso del buzón de denuncias “de forma identificada o anónima, a elección del denunciante” (Primero). Se viene a reconocer como derecho (Cuarto, 4): “4. Las personas informantes tienen derecho a la confidencialidad de las comunicaciones e informaciones que proporcionen y a mantener su anonimato si así lo desean.” Y el anonimato es claro elemento de los “Principios generales de funcionamiento del Buzón de Denuncias” (Tercero). Ahora bien, en la línea del referido artículo 11 de la ley en todo caso no se excluye que “Tanto en el caso de comunicaciones anónimas como identificadas

¹⁴ Apartado primero
Primero

Crear el Buzón de Denuncias de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana y ponerlo a disposición de la ciudadanía en general y de las personas al servicio de las administraciones públicas en particular, para facilitar, de forma identificada o anónima, a elección del denunciante.

Tercera. Principios generales de funcionamiento del Buzón de Denuncias

1. Las personas que pongan en conocimiento de la Agencia una conducta contraria al derecho y a los principios o reglas éticas y de buen gobierno y administración pueden colaborar en comprobar los hechos, si así lo deciden voluntariamente.

2. El Buzón de Denuncias incorpora mecanismos de interacción con informantes anónimos que están orientados a garantizar dicha colaboración.

3. Por cada comunicación realizada, el Buzón de Denuncias asigna un código alfanumérico a través del cual la persona informante, anónima o no, puede acceder al sistema e interactuar con el personal funcionario de la dirección de Análisis e Investigación de la Agencia.

4. Las denuncias o comunicaciones anónimas dan lugar a un expediente que se inicia en la dirección de Análisis e Investigación de la Agencia, tramitándose de forma ordinaria previo análisis de la verosimilitud de los hechos denunciados o comunicados.

5. Tanto en el caso de comunicaciones anónimas como identificadas, la Agencia garantiza la total confidencialidad en la gestión del Buzón de Denuncias. Esta garantía de confidencialidad no impide la cesión de los datos que requieran los juzgados y tribunales en ejercicio de su función jurisdiccional, o la fiscalía en ejercicio de las facultades de investigación.

[...] no impide la cesión de los datos que requieran los juzgados y tribunales en ejercicio de su función jurisdiccional, o la fiscalía en ejercicio de las facultades de investigación.” (Tercero, 5).

Y en esta línea, poco después, el Reglamento de la Agencia de 2019¹⁵ en su artículo 35.1º expresa que “se admiten las denuncias y comunicaciones, tanto nominales como anónimas, pudiendo realizarse con plenas garantías de anonimato mediante el buzón de denuncias electrónico disponible en la página web de la Agencia.”

Y este proceso de avance hacia el reconocimiento expreso legal de las denuncias anónimas al momento de cerrar estas páginas culmina con la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante, como también ha analizado Aliaga (2021). Así, las mismas están específicamente reguladas en la Disposición adicional segunda, por la que (1º) “la Oficina estará obligada a admitir a trámite, así como a iniciar el procedimiento de investigación e inspección de las denuncias anónimas, siempre y cuando las mismas cumplan los requisitos establecidos en el artículo 20.1, previo análisis de la verosimilitud de los hechos denunciados o comunicados.” Asimismo, “2. La Oficina está obligada a implementar una vía que garantice el derecho a la denuncia anónima, a través de la creación de un buzón o canal de denuncias anónimas.” El artículo 20 c) 1º afirma que en general las denuncias “deberán expresar la identidad de la persona o personas que las formulan”, pero “exceptuándose las anónimas”. También el artículo 39. 1º a) expresamente afirma “el canal específico de denuncia anónima”.

VIII. PARA CONCLUIR, PARECE QUE HAY QUE DEJAR ATRÁS LAS PERCEPCIONES NEGATIVAS Y APOSTAR POR UN NUEVO ANONIMATO TECNOLÓGICO CON SUFICIENTES GARANTÍAS

Quien suscribe ciertamente no ha sido un fervoroso defensor de las denuncias anónimas. A fuer de ser sincero, no deja de recordar las prácticas inquisitoriales, dictatoriales y vinculadas a la traición. Aunque los Reyes Católicos estuvieron escandalizados por algunos abusos y calibraron en 1501 eliminar el anonimato (Rabadé, 2018p. 182), nunca se consiguió que el Santo Oficio accediera a publicar los nombres de los testigos sobre cuyas delaciones alzaba su actividad para evitar coacciones o venganzas. Pero lo cierto es que en aquellas épocas el anonimato “dejaba absolutamente desprotegidos a los acusados”,

¹⁵ Resolución de 27 de junio de 2019, del director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la que se aprueba Reglamento de funcionamiento y régimen interior de esta, en desarrollo de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat.

bueno, les quedaba la posibilidad de probar en los “pliegos de tachas” y con testigos, las personas que podían ser sus denunciantes por venganza (Rabadé, 2018, p. 162). Asimismo apunta Ortiz (2017, p. 42) que hay cierta resistencia cultural y religiosa a las prácticas de delación y anonimato. De un lado, por la correlación entre la delación y el pecado original y con la traición a Jesucristo, de ahí se deriva que la delación no fue regulada como un modo ordinario de facilitar o recibir información útil para las causas judiciales, sino como una herramienta extraordinaria y excepcional, para casos extremos o de circunstancias especiales. Por otro lado, porque estos sistemas de delación anónima también se vinculan los Estados totalitarios y dictatoriales.

Ahora bien, parece que son nuevos tiempos y hay que librarse de estas percepciones negativas más intuitivas que racionales y prácticas. Y la experiencia y los datos parecen demostrar que la garantía del anonimato inhibe preventivamente y es eficaz para romper los círculos de silencio en los que se desenvuelve la ilegalidad, dan la suficiente confianza y garantías a los alertadores, garantías que no acaban de dar las normas y las instituciones, aunque garanticen la confidencialidad. Y además y sobre todo, los datos parecen avalar que no hay correlación entre el anonimato y las denuncias fraudulentas o falsas. Asimismo y por otro lado, los riesgos que implica el anonimato para los acusados y sus derechos y garantías pueden atemperarse en muy buena medida con buenas prácticas, transparencia y garantías de actuación por quienes reciben la información. Cabe seguir la STS 318/2013, de 11 de abril (FJ 2º) cuando apunta que “Un sistema que rindiera culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentado la negativa erosión, no sólo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle. Pero nada de ello impide que esa información, una vez valorada su integridad y analizada de forma reforzada su congruencia argumental y la verosimilitud de los datos que se suministran, pueda hacer surgir en el Juez, el Fiscal o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el deber de investigar aquellos hechos con apariencia delictiva de los que tengan conocimiento por razón de su cargo”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Agencia Española de Protección de Datos (2007). Informe 128/2007 Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas (mecanismos de “whistleblowing”).
- Agencia Española de Protección de Datos (2017). Informe 194/2017.
- Aliaga Rodríguez, R. (2021). La «denuncia anónima» en la lucha contra la corrupción. Especial referencia a la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante, Diario La Ley, nº 9900, 2021.

- Amoedo Barreiro, D. (2017). "Elementos esenciales para un sistema de protección de denunciantes", *Revista Internacional de Transparencia*, núm. 4, 2017.
- Aparicio Pérez, A. (2002). La denuncia pública en materia tributaria: (génesis, evolución, perspectivas de futuro). Tirant lo Blanch.
- Benítez Palma, E. (2019). La propuesta de directiva europea de protección de los denunciantes: Un avance importante con algunas matizaciones. *Revista española de la transparencia*, nº 9 (Enero-Abril 2019).
- Benítez Palma, E. (2021). Las múltiples dimensiones de la protección a los denunciantes (whistleblowers): *Lecciones del caso Wirecard*. *Revista española de la transparencia*, , Nº. 13, 2021, págs. 47-57.
- Blanes Soliva, M. F. y Meco Tébar, F. (2019). La protección de datos de las personas denunciantes en casos de corrupción en el sistema español. *Cuadernos de política criminal*, nº 129, págs. 153-186.
- Fiscalía General del Estado (1993). Instrucción 3/1993, de 16 de marzo, sobre el Ministerio Fiscal y la defensa de los derechos de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones indebidas. Su deber de velar por el secreto del sumario. La denuncia anónima: su virtualidad como "noticia criminis".
- Fiscalía General del Estado (2000). Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.
- Fiscalía General del Estado (2013). Circular 4/2013, de 30 de diciembre, sobre las Diligencias de Investigación.
- Fiscalía General del Estado (2016). Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.
- García Moreno, B. (2020). *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Garrido Juncal, A. (2019). La protección del denunciante: regulación autonómica actual, novedades normativas y propuestas de futuro. *REALA*, 12, pp. 126-151. doi:
- Gimeno Beviá, J. (2021). El fomento de la denuncia anónima y su incidencia en la justicia penal. En Faggiani V. et al (coords.) *Retos en la lucha contra la delincuencia organizada*. págs. 211-228.
- Martínez Moya, J. (2020). Denuncia anónima, fraude empresarial e incumplimientos laborales: la jurisprudencia penal se pronuncia sobre el whistleblowing.: El fin de la ley del silencio. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº. 7.
- Martínez Saldaña, D. et al. (2019),. La protección del *whistleblower* tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 53, , págs. 24- 68.
- Oficina Antifrau de Cataluña (2016). Instrucción 1/2016 del Director sobre denuncias anónimas.
- Ortiz Pradillo, J. C. (2016). Derecho Pasado, presente y futuro de la denuncia anónima en el proceso penal. En Díez-Picazo, I. y Vegas Torres. J. (coords.) . *Justicia, Universidad: liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos* , Vol. 2, pp. 2417-2436.
- 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*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 39-70

- Palou Bretones, A. (2010). La denuncia pública. En Báez Moreno, A. et al (coords.) Tratado sobre la Ley General Tributaria: homenaje a Álvaro Rodríguez, Vol. 2, (Tomo II), págs. 403-425.
- Pérez Monguió, J.M. (2019). Del chivato al cooperador: el *whistleblowing*. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 115, pp. 343-375.
- Planchadell Gargallo, A. (2020). Denuncia anónima e inicio de la investigación. *Revista de derecho y proceso penal*, N^o. 58, , págs. 341-346.
- Rábade Obradó M. P. (2018). La toma de decisiones en relación con las denuncias de criptojudíos ante los tribunales de Ciudad Real y Toledo (1483-1504). *Revista de la Inquisición. Intolerancia y Derechos Humanos*, Volumen 22, pp. 159-184 .
- Sierra Rodríguez, J. (2020 a). Impulso europeo al *whistleblowing* y las autoridades de integridad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 64-85 .
- Sierra Rodríguez, J. (2020 b). Anonimato y apertura de los canales de denuncia de la corrupción. *Revista General de Derecho Administrativo*, n^o. 55, 2020.
- Vestrí, G. (2019). Aproximación al sistema de «*whistleblowing*». Un nuevo desafío para la Administración Pública española. *Revista General de Derecho Administrativo*, 51, pp. 1-24.