

APORTACIONES DE TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA A LA CONSULTA PÚBLICA SOBRE LA TRANSPOSICIÓN DE 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 (“WHISTLEBLOWERS”).

27 DE ENERO DE 2021

Transparency International España es el capítulo español de *Transparency International*, la única organización a escala mundial que se dedica, desde 1993, al movimiento anticorrupción, a través de alianzas entre la sociedad civil, el sector privado y los gobiernos. *Transparency International España* se fundó en 2006, con la finalidad de trabajar a favor de la prevención y la reducción de la corrupción en España.

Organización: Transparency International España

CIF: G84845361

C/ Fortuny 53, 28010, Madrid, España.

917004106

www.transparencia.org.es

Autores y encargados del seguimiento de las alegaciones:

Prof. Dra Silvina Bacigalupo Saggese.

D. David Martínez García.

Las ideas reflejadas por los autores no reflejan necesariamente las opiniones y posturas de Transparency International. TI-España no puede aceptar ningún tipo de responsabilidad por las consecuencias de su utilización para otros fines o en otros contextos.

De conformidad con la Consulta pública sobre la transposición de 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 (“*whistleblowers*”), que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y según lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 2016, por el que se dictan instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales web de los departamentos ministeriales, publicado por Orden PRE/1590/2016, de 3 de octubre, **TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA**, con CIF G-84845361 y domicilio social en C/ Fortuny 53, 28010, Madrid, inscrita oficialmente en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior con fecha 2 de octubre de 2006 con el número 160.640, desea formular las siguientes alegaciones en relación al cuestionario planteado por el Ministerio de Justicia:

I. CUESTIONARIO DE LA CONSULTA PÚBLICA

1. En relación con la facultad reconocida a los Estados miembros para ampliar la protección en su Derecho nacional a otros ámbitos o actos no previstos en el artículo ~~1.1~~ 2.1 de la Directiva:

¿Debe ampliarse la protección del denunciante a cualquier materia del derecho nacional más allá de la normativa con origen en el derecho europeo?

Como subraya la propia Directiva (Consid. 4º), la fragmentación de las normas de protección constituye un obstáculo importante para la protección efectiva de los denunciantes o alertadores, de modo que, una ampliación coherente del ámbito de aplicación material mediante el establecimiento de normas mínimas comunes que proporcionen un elevado nivel de protección de las personas que informen sobre infracciones no sólo de los ámbitos del Derecho de la Unión previstos en el Art. 2 de la citada Directiva, sino también de la infracción de cualquier disposición en el marco normativo español vigente, sería el único modo de garantizar un marco global y coherente de protección de los denunciantes a escala nacional (Consid. 5º) .

La investigación y la experiencia internacional han demostrado que un ámbito de aplicación coherente, integral y donde impere la seguridad jurídica es un criterio central para el éxito de la regulación en materia de canales de denuncia y protección de denunciantes/alertadores.

Un régimen de protección de denunciantes/alertadores que solo se aplique a las infracciones de algunos de los ámbitos de la legislación de la UE supondría un peso desproporcionado para dichos alertadores, los cuales se verían obligados a realizar necesariamente un juicio previo de subsunción del contenido de la denuncia para saber si ésta se encuentra incluida en alguno o algunos de los ámbitos a los cuales sí se les otorga protección y qué procedimiento seguir para poder gozar de la misma. De este modo, el resultado sería que, dada esta importante limitación, sólo se podrían detectar aquellas irregularidades e ilícitos que finalmente gozasen del ámbito de protección y se perderían aquellos otros que no lo están, socavando directamente el fin para el cual son creados este tipo de canales: prevenir y detectar todo tipo de prácticas ilícitas o delictivas e impedir que exista una protección fragmentada y parcial.

En base a estas consideraciones, recomendamos que la Ley prevea un alcance material amplio, y se pueda prever cualquier quebrantamiento de las normas tanto nacionales como de la UE, transponiendo la Directiva de manera *horizontal* e incluyendo, en cualquier caso, el catálogo de *numerus clausus* de delitos que generan responsabilidad penal de la persona jurídica e infracciones administrativas que compartan el mismo ámbito, delitos vinculados a los fraudes contra los intereses financieros de la UE y corrupción, delitos de los funcionarios públicos, delitos contra la Administración pública, delitos contra el mercado y los consumidores; así como corrupción entre particulares y violaciones a derechos humanos.

En relación a la transposición horizontal, el propio Parlamento Europeo, en su *Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2017, sobre las medidas legítimas para la protección de los denunciantes de irregularidades que, en aras del interés público, revelan información confidencial sobre empresas y organismos públicos*, señaló en su Considerando AJ que “es preciso establecer con carácter de urgencia un marco horizontal y exhaustivo que, mediante la formulación de derechos y obligaciones, proteja eficazmente a los denunciantes en los Estados miembros y en las instituciones, autoridades y organizaciones de la Unión.”

El art. 2 de la Directiva contempla un ámbito material amplio a los efectos de cubrir, sustancialmente, los *delitos e infracciones vinculados a los fraudes contra los intereses financieros de la UE*. Visto desde esa perspectiva -corrupción, contratación pública, fraudes- el art. 2.1 a) i)-x), 2.1 b) y 2.1.c) es, incluso, un escenario definido de forma mucho más amplia de lo que puede parecer inicialmente, pues permitirá a la futura Ley desarrollar un elenco de conductas detalladas y previstas tanto infracciones administrativas como delitos en este contexto. Cada uno de los ámbitos enumerados permitirá ser concretado en un ámbito importante de conductas.

Es importante, además, que la transposición de esta Directiva tenga en cuenta todas las *normas sectoriales ya existentes* y no provoque una superposición, antinomias, lagunas o conflictos normativos (p.ej. *Ley 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales, protección en el ámbito laboral*, etc.), para lo cual el adecuado mapeo normativo *ex ante* será fundamental, pues tampoco hay que olvidar que en el marco de otras Directivas ya se encuentran normas suficientemente precisas y concretas en materia de protección de denunciantes, como son las establecidas en relación a los servicios financieros (Reglamento (UE) 594/2014 del Parlamento y el Consejo, Directiva de Ejecución (UE) 2015/2392 de la Comisión adoptada sobre la base de dicho Reglamento; véase también Reglamento (UE) 1286/2014 del Parlamento y el Consejo. (Véase, Considerando 20 de la Directiva 1937/2020).

Finalmente, reflexión aparte merecen las *infracciones a los Códigos de conducta o Códigos éticos* de las AAPP y organizaciones privadas/empresariales. No son infracciones administrativas, sino infracciones a normas de autorregulación y, por tanto, requieren una protección especial. Desde la perspectiva de todos los elementos

que componen un programa de *compliance* deberían estar precisamente cubiertas en una normativa integral de protección de denunciantes o alertadores.

¿En qué ámbitos o materias concretas la protección de los denunciantes necesita un mayor refuerzo?

Conductas vinculadas con acoso sexual, abuso sexual y “*sextortion*” (según datos de nuestro último Barómetro, cerca de un 20% de los encuestados conocen o han sufrido un caso de extorsión sexual o “*sextortion*”). Este sería, sin duda, un ámbito que requiere no sólo un mayor refuerzo, sino un enfoque especial de género, mitigando lo máximo posible el efecto de la doble victimización. También es necesaria tener en cuenta en este sentido que existen grupos de personas especialmente vulnerables, por lo que sería necesario poner especial atención sobre aquellos y protegerlos adecuadamente a través de enfoques como son la inclusión y la diversidad.

A pesar de que los canales de denuncia son un mecanismo de detección cuya cifra de detección suele cifrarse según diversos estudios en torno al 40% de las conductas irregulares detectadas (v. gr. por ejemplo: *Report To The Nations 2018 Global Study On Occupational Fraud And Abuse* o el conocido estudio de la Comisión Europea “*Estimating the economic benefits of whistleblower protection in public procurement*” (2017)), se ha identificado que uno de los más grandes fallos de estos mecanismos para cumplir su principal misión es el distanciamiento que existe entre el diseño de los mecanismos (así como el distanciamiento de los órganos gestores y/u órganos receptores) con la realidad de los destinatarios y sobre todo con ciertos grupos. A este respecto, es preciso diseñar canales teniendo en cuenta las necesidades de todos y sensibles a las diferencias entre los denunciantes, pues nos estamos perdiendo de detectar casos que deberían ser atacados y por eso es necesario un enfoque especial de género, inclusión y diversidad, entre otros, y que en ciertos contextos ya se está trabajando y avanzando en esta dirección.

2. En relación con el ámbito de aplicación personal previsto en el artículo 4 de la Directiva:

¿Qué entidades del sector público deberían quedar integradas en el ámbito de aplicación personal de la directiva? ¿Debe apostarse por una concepción amplia de sector público tomando como referencia el ámbito

de aplicación subjetivo de la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno? ¿Ha de incluirse órganos constitucionales y/o partidos políticos?

A los efectos de la materia fundamental a la que se refiere la Directiva, sería de especial interés tener en cuenta un *concepto amplio de función pública* e incluir a todos los órganos constitucionales y poderes del Estado (central, autonómico y local). También debe incluirse a los partidos políticos. Ténganse en cuenta que los partidos políticos ya son sujetos de Derecho penal y como persona jurídica también podrían, llegado el caso, acogerse a la causa de exención de responsabilidad penal y deben contar con un *programa de compliance y prevención de delitos*. No tendría ningún sentido que quedaran excluidos.

3. En relación con la obligación de establecer canales y mecanismos de denuncia internos recogida en el artículo 8 de la Directiva:

¿Se debe España acoger a la opción de denuncias anónimas?

Sí. No hay ningún impedimento legal para que se acepten las denuncias anónimas. Constituyen una *notitia criminis* y, *por tanto*, permiten abrir una investigación sin mayores problemas. Su único inconveniente es que procesalmente no puede otorgársele más valor que el que realmente pueden tener como *prueba de indicios* dentro del proceso.

Por otro lado, ya se encuentran previstas expresamente a este respecto también en nuestra normativa vigente sobre protección de datos (art. 24 LO 3/2018), así como en la Ley de Prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (art. 26 bis 1, Real Decreto-ley 11/2018); la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo las ha aceptado ya como posibles y les ha otorgado este valor (STS 35/2020, STS 54/2019). Con lo cual, el hecho de no aceptar las denuncias o alertas anónimas en esta nueva regulación sería, sin duda, un retroceso claro con respecto a las últimas manifestaciones normativas sectoriales en la materia y a los recientes pronunciamientos jurisprudenciales.

La experiencia ha demostrado (existen a este respecto numerosos estudios) que los denunciantes utilizan con frecuencia canales de denuncia anónimos como un método de primer contacto, especialmente en el caso de los canales organizativos internos, con el fin de generar confianza en el destinatario de la denuncia y sólo revelar su identidad durante una etapa más avanzada del transcurso de la investigación.

El propio Tribunal Supremo hace referencia expresa a esto, al afirmar que existe *“una alta eficacia al constituir el arranque de la investigación como “notitia criminis” se recoge por la doctrina a este respecto que la Directiva 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.”* (STS 35/2020, FºJº 2)

Por su parte, el Parlamento Europeo en la *Resolución* anteriormente citada (vid. supra) viene a reforzar esta misma postura, considerando que *“la posibilidad de efectuar denuncias anónimas puede animar a los denunciantes a transmitir informaciones que en otras circunstancias no se habrían comunicado; subraya, en este contexto, que es necesario instituir unos mecanismos claramente regulados de denuncia anónima al organismo nacional o europeo independiente responsable de recoger las denuncias, comprobar su credibilidad, hacer un seguimiento de la respuesta y orientar a los denunciantes también en el entorno digital, mecanismos que definan claramente los casos en que se puede denunciar de forma anónima, y destaca que la identidad del denunciante, así como cualquier otra información que permita su identificación, no deben poder ser reveladas sin su consentimiento; considera que cualquier violación de este carácter confidencial debe estar sujeta a sanciones;”* (P. núm. 46).

Finalmente, nuestro Tribunal Supremo ha puesto además de relieve, que el anonimato coadyuva, al mismo tiempo, a reforzar el efecto disuasorio de las sanciones en un marco de cultura del cumplimiento, pues: *“quien pretenda, o planea, 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.”* (STS 35/2020, FºJº 2)

¿Deben las denuncias anónimas reconocerse tanto en el sector público como en el privado?

Sí. No hay ningún impedimento para que éstas se puedan admitir en el sector público. Al contrario, cumplen la misma función que en el ámbito del sector privado. Vid supra.

¿Qué sujetos deberían cumplir con la obligación de establecer canales y/o mecanismos de denuncia interna?

Deberían estar incluidas todas las personas jurídicas, públicas y privadas, que tengan precisamente personas en un contexto laboral de las previstas en el artículo 8 de la Directiva.

Tómese como referencia la Propuesta de Directiva: Empresas privadas, empresas públicas, Administraciones públicas, organismos y entes de derecho público, Municipios, etc., en un marco del *concepto amplio de función pública* anteriormente señalado.

¿Debe España asegurarse que las entidades privadas de menos de 50 trabajadores establezcan mecanismos y/o canales de denuncia internos?

Sí. Una cuestión es que el CP dispense a las empresas de *pequeña dimensión* a tener un departamento específico de *compliance* de supervisión y puedan dejar las *funciones de supervisión* en el órgano de administración, otra cuestión distinta es que no deban tener un programa de cumplimiento/*compliance* que les pueda servir de eximente.

Por tanto, deberían tener previstos cauces o mecanismos de gestión y recepción de denuncias (no necesariamente “canales de denuncia”, ya que estos mecanismos requieren la satisfacción de una serie de requisitos de seguridad de la información, tecnología y normativa asociada, entre otros, posteriormente detallados en el presente escrito, que implica un despliegue de medios económicos desproporcionado para entidades de pequeñas dimensiones) y prever la protección de los alertadores. En el

mismo sentido, también se pronunció ya con anterioridad la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado.

¿En qué sectores concretos debería garantizarse especialmente el cumplimiento por parte de las empresas de disponer de canales de denuncia internos?

Sin duda, en todos aquellos, en los que haya interés público (contratación pública, regulación del mercado y consumidores, etc.).

¿Debería España exonerar a las entidades públicas de menos de 50 trabajadores de la obligación de establecer canales y/o mecanismos de denuncia internos?

Es necesaria hacer una distinción conceptual que, de forma somera, más arriba se apuntó. No es lo mismo un *canal de denuncias en sentido estricto* que simplemente cualquier cauce, medio o mecanismo para poner en conocimiento unos hechos, sea cuales fuere.

Esta distinción es fundamental e ignorarla puede entrañar consecuencias adversas y contrarias al fin de la norma. Un *canal de denuncias en sentido estricto* (la parte de sentido estricto debería sobreentenderse pero lo expresamos a efectos ser lo más claros posible) debe satisfacer necesariamente unos requisitos mínimos (en aras de que dichos mecanismos cumplan las notas de: idoneidad, eficacia y otorguen la mayor protección posible, que son los principios que informan estos mecanismos a los que la Directiva obliga a implantar a los sujetos previstos en el Art. 8 y ss. de la Directiva), a saber: seguridad de la información, garantía de la confidencialidad/anonimato, procedimiento con pleno respeto a los derechos fundamentales y procesales de las partes, protocolo de conflicto de intereses para órganos de recepción, cifrado, medidas de aseguramiento de la cadena de custodia y de la prueba, cumplimiento con normativa de protección de datos y de conservación de la información, medios de investigación (o protocolos claros de externalización de la misma), establecimiento de criterios de admisibilidad, verosimilitud, credibilidad y pertinencia para el test previo de

plausibilidad, convenios o vías claras y directas de cooperación con las autoridades, normativa completa asociada al canal, etc., etc. Con lo cual, en suma, no cualquier cauce es un *canal de denuncias en sentido estricto*.

Realizada esta distinción conceptual (en ocasiones arriesgadamente ignorada o no incluida en propuestas de especialistas en la materia), y volviendo a la pregunta, las entidades públicas con menos de 50 trabajadores no deberían estar obligadas a establecer canales de denuncia en sentido estricto, sí alentadas a ello no obstante en las medidas de sus posibilidades y teniendo en cuenta qué tipo de intereses gestiona, pero sí que se deberían establecer (y protocolizar) cauces para poder recibir notificaciones, consultas, etc. con suficiente información al potencial alertador o denunciante sobre las limitaciones que entrañan estos cauces al no poder, por razones obvias, satisfacer los requisitos y características básicas anteriormente señaladas.

En relación a las personas jurídicas que pueden ser penalmente responsables, el artículo 31 bis del Código Penal español, si bien en su apartado tercero permite que “las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, [en] las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada”, tal y como se comentó al inicio de este apartado, no exonera a estas, sin embargo, a establecer este tipo de mecanismos para “informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención” (art. 31 bis 5. 4º CP).

¿Debe permitirse que los canales de denuncia puedan ser gestionados tanto internamente por parte de una persona o departamento designado al efecto, como externamente por parte de un tercero, sin perjuicio de que la responsabilidad de la llevanza del canal sea del órgano interno de la compañía o entidad?

El sistema de gestión y recepción de las denuncias, la encriptación y garantía de la seguridad de la información (ISO/IEC 27001), la garantía de la confidencialidad del denunciante y protección de datos, características de conectividad y servicio de

asesoramiento al usuario, etc., así como el procedimiento de investigación (servicios forenses de investigación (*forensic*) para casos complejos o cuando la entidad no cuenta con los medios humanos, tecnológicos y materiales para llevar a cabo una investigación que requiera un mayor estudio) podrían ser o estar externalizados, siempre y cuando el alcance de dichos servicios esté plenamente reflejado y documentado en los instrumentos jurídicos pertinentes y previsto en los protocolos internos. Ello contribuiría, incluso, a evitar muchas veces los conflictos de intereses que existen en el ámbito interno de una organización.

No obstante, el contenido de la denuncia lo debe recibir solo aquel órgano previamente determinado y habilitado por la normativa interna asociada al canal de denuncias, pues si no, estaríamos ante un escenario complejo y delicado, ya que en caso de detectarse infracción o delito habría que determinar quién asumiría la responsabilidad de denunciar dichos hechos ante las autoridades y en qué momento ésta deba formularse (art. 259 LECrim).

4. En relación con la obligación de establecer canales de denuncia externa en el artículo 11 de la Directiva:

¿Debe establecerse el archivo del procedimiento en caso de una infracción manifiestamente menor?

Una vez detectada la infracción -ya sea de normas internas de la empresa (Código de conducta o Código ético y Protocolos internos), o infracciones administrativas- o delitos, no debería establecerse un criterio de oportunidad, dado que ello podría dar lugar a decisiones arbitrarias del receptor de la alerta/denuncia sobre el inicio o investigación. No obstante, puede existir un elenco de conductas que pueden calificarse como “*bagatelas*” por su escaso o insignificante disvalor social; en dichos casos, podría establecerse un principio de oportunidad, pero debería estar perfectamente regulado (véase la regulación de la Ordenanza procesal alemana, StPO).

Sin embargo, una vez establecida la distinción entre lo socialmente permitido y lo prohibido, no parecería haber razones para ello. Lo socialmente permitido está dentro del denominado riesgo permitido y, por tanto, no sería ni infracción, ni delito.

En todo caso, se deberían tener en cuenta (y regular de forma expresa en los Códigos de conducta o éticos) normas específicas que contemplen el *error de tipo y de prohibición* para permitir atenuar o excluir la responsabilidad, tanto en el ámbito de la autorregulación como de las infracciones administrativas. (véase art. 14 Código penal, así como algunos ejemplos similares en otras normas administrativas, p.ej. art. 179 LGT).

¿Debe disponerse que exista la posibilidad de archivar el procedimiento por lo que respecta a denuncias reiteradas que no contengan información nueva y significativa sobre infracciones en comparación con una denuncia anterior respecto de la cual han concluido los correspondientes procedimientos, a menos que se den nuevas circunstancias de hecho o de derecho que justifiquen un seguimiento distinto?

Sí. (*vid supra*: criterios de admisibilidad, verosimilitud, credibilidad y pertinencia para el test previo de plausibilidad).

5. En relación con las autoridades competentes encargadas de recibir, dar respuesta y seguir las denuncias previstas en el artículo 11 de la Directiva,

¿Debe crearse una autoridad administrativa independiente encargada de recibir, dar respuesta y seguir las denuncias que se presenten por canales externos o deben encomendarse las funciones a una autoridad ya existente?

En este sentido, existe la *Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada*, que debería ser competente de las denuncias en caso de delitos y en cuanto a las infracciones al derecho de la Unión Europea -propias prevista en la Directiva- la competencia recae en la recientemente creada Fiscalía Europea creada por el Consejo Europeo (12.10.2017; Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo).

Para las infracciones propiamente administrativas, podría pensarse en una Fiscalía de

Investigaciones Administrativas, como existen en otros países, o la creación propiamente dicha de una *Agencia Nacional Anticorrupción* tal y como se dispone en el Convenio contra la corrupción de UN/Convención Interamericana contra la Corrupción; Es un modelo u opción adoptada en ya en otros países (EEUU, América Latina, Asia y África, etc.) y en algunos países de la UE (Italia, Francia y Bélgica); experiencias similares también en España a nivel comunitario (Agència Valencia Antifraude, creada por Ley 11/2016, de 20 de noviembre, de la Generalitat Valenciana; o, la Oficina Antifraude de Catalunya, Ley 14/2008, de 5 de noviembre). También ha sido propuesta en la legislatura pasada por la *Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de denunciantes* (la denominada *ley Ómnibus*). Es un modelo que sin duda no debería de dejarse de tener en cuenta a la hora de analizar qué tipo autoridad puede tener suficiente capacidad como para garantizar que se cumpla el fin de la norma. Siendo que, en todo caso, dicha opción ha de ajustarse a los principios constitucionales contenidos en los artículos 31.2 y 103 CE, se trataría de aglutinar el control y la supervisión del cumplimiento de la autoridades y el personal del sector público de las obligaciones en materia de conflictos de intereses, sustituyendo al actual OCI y el registro de actividades y de bienes y Derechos patrimoniales de Altos Cargos, así como de la aplicación del régimen sancionador del Título IV de la Ley 3/2015, reguladora del ejercicio del alto cargo en la AGE.

Las denuncias de trabajadores del sector privado, en principio, se deberán regir por el derecho laboral (las contravenciones a los Códigos éticos o de conductas son entendidos por la jurisprudencia de lo Laboral como infracciones al art. 53 ET) y tendría poca cabida en las competencias de una Agencia, salvo en lo concerniente a los funcionarios que pudieran estar implicados en los hechos o cuando el trabajador de la empresa recurre al canal externo coordinado por las autoridades estatales (art. 11 Directiva 2019/1937) y se hallan elementos vinculados con su ámbito competencial.

Dicho esto, sea cual sea el modelo por el que decante la legislación es importante que, en todo momento, se garantice la legitimidad constitucional en la elección de los cargos.

6. En relación con el artículo 23 de la Directiva,

¿Qué tipo de sanciones aplicables considera que se pueden aplicar como efectivas, proporcionadas y disuasorias?

Las sanciones para el incumplimiento deben distinguirse entre las aplicables al sector privado y las que se pueden aplicar en el sector público.

Sanciones para el sector privado:

- multas y/o prohibiciones de contratar con las AAPP, pérdida de beneficios fiscales y de la Seguridad Social.

Sanciones para los funcionarios: Régimen disciplinario y las sanciones dispuestas en la Ley del Estatuto Básico de Empleados Públicos, RD-Leg 5/2017i5, de oct., Texto Refundido, arts. 93 ss. y si su actuación fuera contraria a la ley, entonces, responderían por prevaricación (administrativa o penal, incluso). Dicho régimen es aplicable a todos los funcionarios públicos (AGE, CCAA, Entidades Locales, Organismos públicos, Agencias, entidades de derecho público, etc.)

En todo caso, la Ley debe prever sanciones efectivas, proporcionales y suficientemente disuasorias aplicables a las personas jurídicas o físicas que, a pesar de su obligación:

- No establezcan canales y procedimientos internos de denuncia adecuados,
- No proporcionen respuesta sobre la admisión y curso de la denuncia al denunciante dentro del plazo establecido por la ley,
- No protejan adecuadamente a los denunciantes.

7. Entre las medidas de protección del denunciante,

¿Deben incluirse premios o recompensas?

No a nuestro juicio. El actuar conforme a derecho no parece que se tenga que motivar por la existencia de “premios”, sino por la verdadera convicción y compromiso con los valores éticos e institucionales en un Estado de Derecho.

Otra cuestión, es la previsión de ayudas económicas y sociales que pudieran según los

casos ser necesarias para proteger a personas especialmente vulnerables. Algunos países, como recientemente Argentina, ha introducido como inventivo el “pago a los arrepentidos que denuncian”. Es, sin duda, un ejemplo a no seguir. El arrepentimiento (espontáneo) es una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal prevista expresamente en el Código Penal y aplicable a todos los delitos. (véase, infra 8.1).

8. Finalmente,

¿Qué otras cuestiones, considera que se deberían contemplar al margen de la transposición de la directiva?

- 1) Una cuestión que la Directiva no aborda y, sin embargo, tiene especial trascendencia en el ámbito penal, es la relativa a la *distinción* del “denunciante” / “alertador” que no haya tomado parte en la infracción o en el delito, frente a la figura del “informador o denunciante *arrepentido*”. Para esta última figura, el Derecho penal prevé –precisamente en los delitos de cohecho- la excusa absolutoria y la posibilidad de la atenuante genérica de arrepentimiento. Dejar clara esta cuestión sería importante y tendría también un efecto preventivo.
- 2) Aprovechar para dejar claro la diferencia entre denuncia *en sentido estricto* (Art. 259 y ss. LECrim) e información y canales de denuncia *en sentido estricto* vs cauces o medios de notificación, consulta e información (vid supra), así como la inclusión del término de “alertador” (en lugar del término “denunciante”), que, al margen de la cuestión sobre la neutralidad socio-jurídica del significado de este término (*reporting person* (término de la Directiva) vs whistleblower) en comparación con “denunciante” o “informante”, el concepto jurídico de “denunciante”, a la luz de nuestro marco jurídico, se encuentra forzado a una serie de importantes características: obligatoriedad de la denuncia (259 LECrim y ss), obligatoriedad de acudir solamente ante ciertos órganos o autoridades, ámbito material limitado y, finalmente, un difícil consorcio con el anonimato, características que el concepto de “alertador” vence.
- 3) Prever expresamente la obligación de respeto de los principios y garantías de naturaleza procesal consagrados constitucionalmente tanto para denunciante como para denunciado (o “persona afectada”: “concerning person”) por parte de

los sujetos obligados. No permitir en este sentido un retroceso en materia de derechos fundamentales. Garantizar, siempre, por tanto: presunción de inocencia, derecho de audiencia, derecho a un órgano o persona a con autoridad para juzgar imparcial, derecho a la asistencia por parte de un abogado, derecho a la utilización de medios de prueba pertinentes y prohibición de dilaciones indebidas.

- 4) En esta misma línea, por ejemplo, si bien se establece claramente un plazo de acuse de recibo de denuncia al denunciante (Art 9.1 b) y se incluye la necesidad de establecer un plazo razonable de respuesta (Art 9.1 f), es necesario también establecer seguridad jurídica del lado del denunciado o persona afectada, regulando expresamente el plazo máximo en el que se el debe notificar que se ha iniciado un procedimiento de investigación, para que pueda ejercer sus derechos procesales pertinentes (vid punto 3).
- 5) La ley debería, igualmente, imponer claramente a la persona que ha tomado una medida perjudicial o represalia contra un denunciante la carga de probar que esta medida “no estaba vinculada de ninguna manera con la denuncia o la divulgación pública” y de que de igual manera hubiera ocurrido sin alterarse el curso causal y concausal.
- 6) Extender la protección a entidades u organizaciones de la sociedad civil que reciben alertas y asisten a denunciantes. Si bien no estamos en contra de que se garantice la pluralidad y diversidad de canales, para que, de este modo, el potencial denunciante o alertador pueda elegir a cuál dirigirse, sí consideramos que aquellos canales externos no institucionales ni corporativos (es decir, que no son ni de administraciones, ni de empresas incluidos en el ámbito del art 8, sino que son ofrecidos por organizaciones de la sociedad civil u otras entidades) deben satisfacer necesariamente los requisitos mínimos que debe contener todo canal de denuncias/alertas en sentido estricto (tal y como lo deben hacer los sujetos obligados en aras de que dichos mecanismos sean adecuados, eficaces y otorguen la mayor protección), señalados anteriormente y si no, informar de manera transparente que sus cauces no tienen la posibilidad de cumplir con los mismos.
- 7) Importante resulta también pensar en la mejor forma para evitar posibles abusos por parte de los prestadores de estos servicios para garantizar que se venden o

distribuyen canales que cumplen con todos los requisitos expuestos, a un precio justo, razonable, adecuado y conveniente, y que no hay empresas prestadoras de estos servicios que incurren en competencia desleal, abuso de mercado o estafas.

- 8) Importante nos parece también garantizar la libertad de elección del canal para alertar por parte del denunciante o alertador, no estableciendo prelación o limitación alguna.
- 9) Asimismo, la ley debería especificar que los denunciantes deben tener acceso a una gama completa de medidas de reparación que cubran todas las consecuencias directas e indirectas de cualquier perjuicio, con el objetivo de que se le pueda garantizar una protección y reparación integral. A este respecto, la legislación podría incluir una lista no exhaustiva de medidas de reparación incluyendo expresamente compensación financiera y remedios extrafinancieros tales como reincorporación, transferencia a un nuevo departamento, cambio de supervisor o restauración contractual, entre otras. Planes de reparación integral.
- 10) En materia de transparencia y acceso a la información, la nueva norma debería incluir una disposición donde se inste a las entidades públicas y las autoridades competentes a publicar anualmente a nivel agregado datos cuantitativos sobre denuncias recibidas, archivadas y resueltas, y sobre número de denuncias de casos de denunciantes injustamente castigados con represalias.
- 11) La proposición de Ley deberá incluir la correspondiente *Memoria económica* a fin de garantizar las ayudas y asistencia jurídica-social a los informadores, así como para la dotación de las plantillas y recursos necesarios para las funciones del órgano que vaya a encargarse de la función (Agencia nacional o la modalidad que se proponga).

Ténganse por efectuadas las presentes contribuciones y se tenga por hecha la anterior manifestación de cara a una adecuada transposición de 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 (“*WHISTLEBLOWERS*”) al ordenamiento jurídico español.

En Madrid, a 27 de enero de 2020.

II. REFERENCIAS BÁSICAS

LASCURAÍN, J.A. (2020) "La Directiva UE de protección de alertadores: perspectiva penal". *Blog Almacén de Derecho*, Junio/2020. Recuperado de: <https://almacenederecho.org/la-directiva-ue-de-proteccion-de-alertadores-perspectiva-penal>.

MARTINEZ SALDAÑA, D./ABRIL MARTÍNEZ, J./RODRÍGUEZ CELADA, E./REYES RICO, L.I. (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 protección de datos". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, pp. 24 – 68. Recuperado de: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/6845/documento/art02.pdf?id=9331>.

MCDEVITT, A. y TERRACOL, M. (2020). *Assessing whistleblowing legislation: Methodology and guidelines for assessment against the EU Directive and best practice*. Transparency International. Recuperado de: <https://www.transparency.org/en/publications/assessing-whistleblowing-legislation>.

PONCE SOLÉ, J. (2017). "Las Agencias Anticorrupción. Una propuesta de lista de comparación de la calidad de su diseño normativo". *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*. nº 3/2017. Recuperado de: <https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/04/Julio-Ponce.pdf>

RAGUÉS, R. (2006). "¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal". *Indret*, nº364.

--. (2013) *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons.

--. (2015) "La trascendencia penal de la obtención y revelación de la información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 778/2013 sobre el "caso de las prótesis mamarias". *Indret*, nº 3, pp. 1 – 33.

-- (2017) "¿Es necesario un estatuto para los denunciantes de corrupción?", *Diario La Ley*, nº 9003.

TERRACOL, M. (2018). *A best practice guide on whistleblowing legislation*. Transparency International. Recuperado de: file:///Users/davidmartinezgarcia/Downloads/2018_GuideForWhistleblowingLegislation_EN.pdf.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. (2019). *Building on the EU Directive for whistleblower protection: Analysis and recommendations*. (Position Paper #1). Recuperado de: <https://www.transparency.org/en/publications/building-on-the-eu-directive-for-whistleblower-protection>.

Transparency International España

Calle Fortuny, 53
28010, Madrid
Telf: +34 917004106

<https://transparencia.org.es>