

ALEGACIONES 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 (WHISTLEBLOWER).

La Directiva 2019/1937 marca un hito en la lucha contra la corrupción y otras ilegalidades, dando un paso importante hacia la promoción de los valores democráticos y del Estado de Derecho.

Al establecer normas mínimas de protección de los alertadores en todos los Estados miembros, exige una armonización normativa en el ámbito europeo que marca un antes y un después en una materia caracterizada hasta ahora por la presencia de regulaciones nacionales deficitarias y fragmentarias.

De esta manera, introduce un marco de protección, dejando a los Estados miembros un margen discrecional para alcanzar esos objetivos garantistas y cumplir con las prescripciones que contiene la propia Directiva, dentro del plazo fijado por ella, que es el **17 de diciembre de 2021**.

En respuesta a esta necesidad se presentan las siguientes alegaciones a las cuestiones sobre las que se plantea la presente 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 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?

La Directiva regula la protección de las personas que alertan sobre determinadas infracciones del Derecho de la Unión Europea, establecidas en el artículo 2.1., entre ellas la contratación pública, la protección del medio ambiente, la seguridad de los alimentos, la salud pública, etc.

Por una parte, creemos que debiera estar incluida toda la normativa estatal y autonómica española referida a las mismas materias protegidas por la directiva europea.

Además de las materias expresamente indicadas en el artículo 2.1., parece evidente que debiera existir al menos el mismo nivel de protección respecto de personas que alerten

sobre infracciones a las normas que protegen derechos fundamentales, tanto los consagrados en la Constitución Española, como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, podría plantearse también la protección de los alertadores respecto de otras materias, siempre que la infracción represente una violación de derechos fundamentales o pueda perjudicar el interés público.

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

Dentro del ámbito de aplicación de la Directiva quedan excluidos los reportes relacionados con la seguridad nacional o la contratación pública en materia de defensa.

Sin embargo, tanto en España como en otros países del mundo, un número considerable de casos se han producido especialmente dentro de estos contextos, por lo que resulta muy importante no excluirlos del alcance de la ley.

Asimismo, al ser ámbitos muy sensibles, se recomienda introducir canales especiales y procedimientos seguros para la notificación de las infracciones de interés público.

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?

Habida cuenta de que la corrupción dentro de la administración pública es uno de los principales retos de la sociedad española, se recomienda respetar la amplia cobertura subjetiva definida por la Directiva, sin restricciones ni exclusiones de ningún tipo. Por ello, debieran entenderse incluidos todos los sectores públicos y todas las administraciones públicas y en general toda institución, incluso privada, que reciba financiación pública.

¿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?

Habida cuenta de que la corrupción dentro de la administración pública es uno de los principales retos de la sociedad española, se recomienda respetar la amplia cobertura

subjetiva definida por la Directiva, sin restricciones ni exclusiones de ningún tipo. Por ello, debieran entenderse incluidos todos los sectores públicos y todas las administraciones públicas y en general toda institución, incluso privada, que reciba financiación pública.

¿Ha de incluirse órganos constitucionales y/o partidos políticos?

Sí. Estimamos que debiera protegerse a quienes alerten sobre infracciones a la normativa vigente cometidas por todo órgano público y por los partidos políticos que aspiran a participar en procesos electorales para ocupar cargos públicos de elección popular. La corrupción partidaria afectará tarde o temprano a los puestos públicos a los que acceda dicho partido político.

Se estima relevante que el ámbito subjetivo de la ley abarque a todas las personas físicas y jurídicas que puedan informar sobre actos que atenten contra el interés público.

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

¿Debe España acoger a la opción de denuncias anónimas?

En muchos casos para el alertador el anonimato representa la única manera de asegurarse plena protección frente a represalias u otro tipo de consecuencias negativas que puedan derivar de su actuación.

Por lo tanto, recomendamos que se permitan los reportes o alertas anónimas a través de canales seguros. Ante la falta de una máxima garantía de anonimato, muchas informaciones esenciales podrían no llegar a las autoridades competentes.

En este ámbito, es importante distinguir conceptualmente entre una alerta o reporte, de una denuncia propiamente tal.

La alerta o reporte, efectuado por el alertador (whistleblower), debe ser efectuada de manera anónima y por canales seguros. Será la entidad encargada de recibir y procesar estos reportes o alertas, la que deberá verificar la autenticidad de la información y, en su caso, efectuar una denuncia formal y responsable ante las autoridades administrativas o judiciales competentes.

Los reportes o alertas anónimos deben ser entendidos como un paso previo y como un insumo necesario para una denuncia formal (no anónima), ante las instancias legales correspondientes.

Alerta y denuncia no son lo mismo, la asimilación de ambos términos es un error de traducción y una impropiedad de lenguaje, que genera innecesaria confusión en un tema que de por sí es complejo.

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

El anonimato del reporte o alerta es universalmente reconocido como una medida básica de protección de los alertadores, sin importar el tipo de sector, público o privado, al que se refiera dicha alerta. Lo importante es velar por que se utilicen canales técnicamente seguros para proteger la identidad del alertador.

Nuevamente, no se debe confundir una alerta o reporte, que puede ser anónimo y así se recomienda para la debida protección del alertador, con una denuncia formal ante las instancias legales competentes, que deberá ser nominada y debidamente fundada.

Reiteramos que no se debe confundir reportes o alertas, por una parte, con una denuncia formal, por la otra. Alerta y denuncia no son lo mismo, la asimilación de ambos términos es un error de traducción y una impropiedad de lenguaje, que genera innecesaria confusión en un tema que de por sí es complejo.

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

La protección de los alertadores implica a toda la sociedad, tanto a la administración pública como a las empresas. Toda la administración pública debiera establecer mecanismos de alertas o reportes internos seguros, así como las empresas del sector privado con una dotación de al menos 50 o más trabajadores.

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

La implantación de canales de alerta o reportes internos en todas las entidades empresariales no solamente tendría el beneficio de reforzar un mejor gobierno corporativo sino también fortalecería una auténtica ética empresarial, impulsando un necesario cambio cultural que reconozca el valor cívico de los alertadores.

Si bien la Directiva no lo exige, sí es recomendable establecer un límite inferior, para no desplazar la corrupción hacia abajo o fomentar la creación de pequeñas unidades productivas con la finalidad de eludir la nueva normativa. Un límite más próximo y realista pudiera ser entre 5 y 10 trabajadores.

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

La implantación de canales de alerta o reportes internos en todas las entidades empresariales no solamente tendría el beneficio de reforzar un mejor gobierno corporativo y, asimismo, el fortalecimiento de una auténtica ética empresarial, sino también de impulsar un necesario cambio cultural que reconozca el valor cívico de los alertadores.

Los canales de alerta o reporte seguros debieran estar desplegados y debidamente exigidos en todos los sectores.

Una vez más, insistimos en que es importante distinguir conceptualmente entre una alerta o reporte, de una denuncia propiamente tal. La alerta o reporte, efectuado por el alertador (whistleblower), debe poder ser efectuada de manera anónima y por canales seguros. Será la entidad encargada de recibir y procesar estos reportes o alertas, la que deberá verificar la autenticidad de la información y en su caso, efectuar una denuncia formal y responsable ante las autoridades administrativas o judiciales pertinentes.

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

Recomendamos que todas las entidades de la administración pública, sin excepción, establezcan canales de denuncia internos. Esta es la única manera de garantizar una gestión pública transparente.

¿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?

Los canales de alerta pueden ser gestionados tanto interna como externamente, a través de proveedores de servicios, bajo la condición de que cumplan con las exigencias de protección del reporte y del alertador y con los estándares de seguridad adecuados en materia de almacenamiento de la información.

Lo importante es que las personas encargadas de la gestión reciban una adecuada formación y, por lo tanto, tengan conocimiento de los derechos de los alertadores como de sus obligaciones y posibles sanciones en caso de incumplimiento.

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?

Todo reporte o alerta debiera ser procesado debidamente, indagando en la veracidad de la información recibida y en la plausibilidad de formular o no una denuncia formal ante las entidades legales respectivas dependiendo del tipo de infracción y de la gravedad de las mismas, sean infracciones penales, administrativas o reglamentarias.

No es recomendable predeterminar el destino de la alerta *a priori*. En caso de que la alerta dé cuenta de una infracción manifiestamente menor, debidamente verificada y contrastada, debiera recibir el tratamiento que se le brinda a todas las infracciones menores, con independencia de si esta ha sido detectada mediante el sistema de alertas, mediante una denuncia directa y formal, o mediante un proceso rutinario de supervisión o auditoría.

¿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?

Las alertas deberían ser investigadas y corroboradas. En caso de ser plausibles y existir indicios de una infracción normativa, debiera hacerse la denuncia formal ante las autoridades legales competentes, dependiendo del tipo de infracción y de la gravedad de la misma. Si tras la indagación de la entidad respectiva se concluye que la alerta o reporte es inverosímil, carente de fundamento o manifiestamente falso, debería archivar, sin perjuicio de que puedan aparecer posteriormente nuevos antecedentes que permitan el cambio de percepción inicialmente negativa.

La reiteración de la alerta no la hará plausible, sino la debida investigación que deberá llevar a cabo la entidad encargada de procesarla.

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?

A partir de las experiencias exitosas de otros países, recomendamos la creación de una institución pública nacional, encargada de supervisar la aplicación de la legislación sobre protección de alertadores en colaboración con las Oficinas, Agencias y otras entidades públicas competentes a nivel autonómico o municipal.

En España existen algunas experiencias exitosas a nivel autonómico, como la Agencia Valenciana Antifraude o la Oficina Antifraude de Cataluña. El ideal sería que la ley estatal previera que existiera al menos una Agencia Antifraude en cada Comunidad Autónoma.

La mencionada autoridad estatal debería estar dotada de facultades de investigación y sancionadoras, junto con poderes de supervisión y protección tanto de la información recibida, como de las personas alertadoras u otras personas involucradas, y de promoción de iniciativas de concienciación y formación en materia de alertadores y lucha contra la corrupción.

Asimismo, recomendamos que tanto la constitución como el funcionamiento de esta autoridad estatal se fundamenten en el respeto de las exigencias de independencia, imparcialidad y transparencia.

La creación de una autoridad estatal pública e independiente permitiría la definición de mecanismos de supervisión y coordinación de las instituciones autonómicas, que deberían trabajar conjuntamente en beneficio de la confianza pública y de la responsabilización de las administraciones.

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 conductas descritas en dicho artículo debieran asimilarse a los delitos de obstrucción a la justicia y al de revelación de secretos, teniendo una penalidad acorde a la gravedad de las distintas conductas, las que deberían ser denunciadas por la entidad respectiva ante las autoridades con competencia penal.

7. Entre las medidas de protección del denunciante, ¿deben incluirse premios o recompensas?

En la definición de las medidas de protección del alertador, recomendamos tener en cuenta todas aquellas garantías necesarias para defender la integridad física, mental y laboral tanto del sujeto como la de su familia.

Más que premios o recompensas, el alertador debe tener derecho a la reparación de los daños personales, materiales y morales sufridos a consecuencia de la alerta y/o de las represalias asociadas. Además, debieran existir medidas de apoyo legal, económico y psicológico, aplicables en caso de ser necesarias para hacer frente a situaciones de dificultad producidas como consecuencia de la alerta y/o de las represalias asociadas.

El alertador no debe ser considerado un héroe sino un ciudadano o ciudadana que cumple con un deber cívico de reportar una situación irregular, debiendo por ello ser protegido y resultar indemne.

8. Finalmente, ¿qué otras cuestiones consideran que se deberían contemplar al margen de la transposición de la Directiva?

Con el objetivo de garantizar la efectividad de los sistemas de reportes y, asimismo, disminuir el posible riesgo de represalias, recomendamos reducir el plazo de respuesta de las alertas, fijado por la Directiva en tres meses.

Asimismo, recomendamos no permitir la extradición de un alertador si la causa de la extradición es la alerta misma o la divulgación de información de interés público.