

-----como Secretaria General de la Plataforma en Defensa de la Libertad de Información (PDLI), con CIF: G-87149746, domicilio en la calle Santa Engracia, 113, bajo D, 28010 Madrid y correo electrónico de contacto: [coordinacion@libertadinformacion.cc](mailto:coordinacion@libertadinformacion.cc)

## **MANIFIESTA**

Que, con relación 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”)”, esta organización viene a formular las siguientes

## **ALEGACIONES**

### **PREGUNTAS**

**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?**

Sí, en la medida de las posibilidades debe ser una norma de carácter transversal que afecte a todos los ámbitos de competencia posibles y no limitarse a los indicados en la Directiva.

Es importante subrayar que los potenciales denunciantes no tienen por qué conocer los ámbitos que entran o no en la Directiva. Sería un contrasentido que se quiera fomentar el uso de alertas y que se inadmitan porque no corresponden con un listado de materias. Cualquier infracción del derecho debería ser susceptible de ser comunicada y dar acceso a las protecciones.

No tiene mucho sentido aprobar medidas de protección cuando se esté denunciando corrupción en una contratación pública afectada por el Derecho de la Unión, pero dejar al denunciante desprotegido si se tratase de una recalificación de terrenos.

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

A pesar del giro que se produjo en la última lectura, una parte del enfoque de la Directiva aún intenta someter la protección de *whistleblowers* al requisito de que el whistleblower haya realizado la denuncia PRIMERO POR LOS CANALES DE DENUNCIA INTERNA (principio general del Cdo 47 y del art. 7).

La posibilidad de denuncia directa A LA PRENSA (“revelación pública”, art. 15) no está amparada por la protección salvo si concurren las condiciones excepcionales del art. 15.1.b): (si “ existe un riesgo de represalias o hay pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la infracción debido a las circunstancias particulares del caso, como que puedan ocultarse o destruirse las pruebas o que una autoridad esté en connivencia con el autor de la infracción o implicada en la infracción” o “riesgo inminente o manifiesto para el interés público”: emergencia, riesgo de daños irreversibles, etc.); y a salvo de la previsión del ar. 15.2 (si hay “disposiciones nacionales específicas por las que se establezca un sistema de protección relativo a la libertad de expresión y de información”).

Estos requisitos privan de protección a quien, sin infringir ningún precepto, acude a los medios a revelar un hecho noticioso. Tal como viene sosteniendo la PDLI y como también defienden organizaciones europeas de defensa de la libertad de prensa como la *European Federation of Journalists*, los *whistleblowers* deben poder determinar cuál es el canal más apropiado para revelar la información (interno, a las autoridades públicas o revelación pública). Por ello, suponen un obstáculo para que la prensa pueda cumplir su papel de *watchdog* en materia de transparencia, corrupción y control ciudadano de los poderes públicos.

## **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?**

Todas, incluyendo los entes con personificación jurídico-privada (empresas públicas, fundaciones de capital público, etc.).

En el caso de incluir a los órganos constitucionales habría que incluir aquellos que no se citan expresamente en la LTBG como el Ministerio Fiscal.

La Ley debería abarcar –especialmente- a todos los tipos de organizaciones que forman parte del engranaje de funcionamiento de nuestro sistema democrático sobre las que es necesario que se actúe con el máximo respeto a la Ley: Partidos Políticos, Organizaciones Empresariales, Colegios Profesionales, Sindicatos, Empresas de medios de comunicación, etc.

En cualquier caso, la Directiva se refiere a los denunciantes que trabajen –en una concepción amplia- en el sector público y privado, y posteriormente –art. 8- a las entidades jurídicas del sector privado y público, por lo que cualquier interpretación del alcance debería ser lo más amplia posible como son los términos utilizados en la Directiva.

**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?**

Sí. (Ver siguiente respuesta)

Tanto en los canales internos, como en el canal externo.

Se podría tomar el modelo de las agencias de integridad de las Comunidades Autónomas (vía externa). De un estudio reciente<sup>1</sup> comparando la experiencia de las oficinas y agencias antifraude de Cataluña, Comunidad Valenciana e Islas Baleares, se deducen algunos argumentos proclives a permitir al anonimato, entre los que están los siguientes:

Las denuncias anónimas son la máxima garantía que se puede ofrecer a un alertador. De hecho, según los datos de denuncias de las oficinas mencionadas, la apertura de los buzones anónimos contribuye a que se incremente el número de alertas y el mayor volumen de las recibidas son anónimas. Nótese que el anonimato no permite inicialmente acceder al régimen de protección, pero, aun así, se prefiere esta opción antes que otras que se limiten a guardar la confidencialidad sobre la identidad del denunciante.

Existen sistemas que compaginan el anonimato con la posibilidad de que el alertador acceda a un área interna para recibir comunicaciones (sobre la tramitación de su alerta). El anonimato se asegura mediante la asignación de códigos de identificación que se obtienen cuando se formula la denuncia, por lo que no es necesario consignar ningún dato personal.

Las denuncias anónimas no incrementan necesariamente la utilización de los canales para verter acusaciones falsas –según las entrevistas realizadas a técnicos de las Oficinas-.

En esta línea se debería prever la posibilidad de identificación posterior de los alertadores que haya emitido una denuncia anónima, para que ante represalias (porque haya una investigación abierta y estén buscando al denunciante) pueda acogerse a las medidas de protección (art. 6.3 de la Directiva).

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

Sí. De hecho, debe entenderse que no están excluidas de la regulación vigente.

---

<sup>1</sup> Sierra Rodríguez, J. 2020. "Anonimato y apertura de los canales de denuncia de la corrupción". *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55.

El carácter anónimo no impide su fiabilidad. De hecho, si una empresa recibe una denuncia anónima de unos hechos que plantea una hipótesis plausible de modo fiable (p. ej. que su planta industrial X está contaminando por encima de lo permitido; o que se están desviando fondos de una subvención), y posteriormente es denunciada por permitir que se siga cometiendo ese delito, dicha empresa no puede acogerse a que ésta era anónima como argumento de defensa.

Por otra parte, con esta directiva (Considerando 34, arts. 6.2, 6.3 y 9.1.e) se demuestra definitivamente la incorrección de la vieja toma de posición de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) respecto una hipotética ilegitimidad de los canales de denuncia que permiten recoger denuncias anónimas.

Aunque puedan existir reparos porque las denuncias administrativas (art. 62.2 LPAC) exigen identificación, pero también cumplen una función como información previa, a partir de la que se pueden activar procedimientos a iniciativa de la administración. En cualquier caso, su valor es indudable ante la existencia de ilícitos penales porque esta información tiene el valor de *notitia criminis*<sup>2</sup>

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

Deben tenerlas las instituciones públicas y las empresas de más de 50 empleados, así como las que, teniendo menos de 50 empleados, manejen intereses específicos como medio ambiente o salud pública, o estén afectadas por regulación sectorial que impone en ciertos ámbitos esta obligación (servicios financieros, PBC/FT).

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

Respecto de las empresas más pequeñas, aunque no estén obligadas, debe considerarse que si no lo tienen no cumplen con los requisitos que el art. 31 bis 2 del Código Penal exige para la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

---

<sup>2</sup> La STS 35/2020, de 6 de febrero, Sala 2ª de lo Penal (Rec. núm. 2062/2018) argumentaba: «estos anónimos, admitidos en la actual situación y avalados por Directivas comunitarias, como se ha expuesto, pueden no contener identidades de hacia quien se refieren, pero sí alertar de la existencia de irregularidades para iniciar una investigación, como así ocurrió» (F.D. 17).

A estos efectos debería incluirse en el art. 31 bis CP la obligación de introducir canales y/o mecanismos de denuncia interna.

No obstante, si se les exonera de la disposición de un canal de denuncias, se debería permitir a los potenciales alertadores el acceso directo a la vía externa.

La excepción la constituyen aquellas empresas que trabajan con relación al sector público (véase pregunta siguiente) y con el tipo de organizaciones que son una pieza básica de nuestro sistema democrático (partidos, sindicatos, etc.), sobre los que debería proyectarse la obligación de disponer de estos canales internos, aunque sea de manera externalizada.

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

Más que sectores, distinguiríamos las siguientes situaciones:

- Empresas de sectores en los que se produzcan situaciones de monopolio u oligopolio.
- Contratistas de las administraciones públicas y concesionarias de servicios públicos (a partir de un umbral económico a determinar).
- Beneficiarios de subvenciones de administraciones públicas (umbral a determinar).
- Otros supuestos de empresas que estén en situaciones análogas o asimilables.

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

No, porque hay entidades con poco personal que manejan montantes económicos muy altos. Por este motivo deberían tener la obligación, aunque se les permita que la llevanza de estos canales se haga por entidades externas. Si se pretende eximir de estas obligaciones según lo dispuesto en el art. 8.9 de la Directiva, el criterio de tamaño de plantilla debería complementarse con un umbral de presupuesto anual a partir del cual no operase la exención.

**¿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?**

No parece haber obstáculos determinantes para ello. No obstante, debe tenerse en cuenta que la gestión externa puede también determinar graves responsabilidades penales: tanto por revelación de secretos, como por la vía de “silenciar” o “cerrar en falso” investigaciones ante denuncias plausibles.

**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?**

*[Es una cuestión que, en principio, no entra en el ámbito de actuación de la PDLI]*

**¿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?**

*[Es una cuestión que, en principio, no entra en el ámbito de actuación de la PDLI]*

**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?**

Esta Ley podría atribuir el canal externo a uno de los múltiples organismos que están dedicados a la función de control, y al mismo tiempo, mejorar su configuración y rasgos de independencia. En Italia, la *Autorità Nazionale Anticorruzione* gestiona externamente

los canales de denuncia a los que se puede acudir para poner en conocimiento posibles casos de corrupción. Esta autoridad no se limita a la lucha y prevención de la corrupción, sino que también actúa en torno a la promoción de la transparencia pública y el control de la contratación administrativa.

En caso de optar por una autoridad nueva, es relevante su diseño para que sea verdaderamente un órgano independiente: adscripción parlamentaria, nombramiento de su dirección por mayoría cualificada, requisitos de idoneidad de sus titulares (experiencia, relación con la materia, no afiliación a partidos políticos en los últimos diez años, imposibilidad de reelección, etc.)

En todo caso, se debería prever que disponga de recursos económicos, materiales y personales suficientes para el desarrollo de su función.

**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?**

Para la revelación de la identidad de los denunciantes debe entenderse aplicable actualmente el vigente delito de revelación de secretos; no obstante, una previsión específica de esta violación de la confidencialidad del denunciante entre las modalidades típicas de estos delitos, mediante una fórmula *ad exemplum*, podría disipar posibles dudas.

Se requeriría una regulación de las medidas de represalia y procedimientos abusivos contra los alertadores o *whistleblowers*. Las represalias de corte laboral pueden estar previstas entre los delitos contra los derechos de los trabajadores o en el art. 10 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Las que sean ya de por sí constitutivas de delitos de amenazas o coacciones ya están penadas.

El intento de impedir denuncias, allá donde tenga lugar mediante amenaza o coacción, ya está sancionada en el CP. No obstante, puede proceder una previsión sancionadora administrativa o penal del ejercicio de influencia indebida por vías constitutivas de acoso del superior.

La conducta de ignorar la denuncia (o fingir que se investiga: “cierre en falso”) no está prevista en el art. 23.



Respecto de la denuncia falsa: aparte de la previsión del delito de acusación o denuncia falsa, existen las vías para la defensa del honor de las personas y el prestigio de las entidades de Derecho público.

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

Es un tema extremadamente delicado. Por una parte, en ocasiones se concibe la recompensa como una compensación de la autoexclusión del mercado que supone la denuncia.

Por otra, no obstante, son más los argumentos que pesan en contra. La reducción de la fiabilidad de la denuncia, la sospecha de incentivos espurios, la mercantilización vía cazarrecompensas... todo ello aconseja que la lógica compensatoria a la que hacía referencia se instrumente por otras vías (incentivos a la contratación de *whistleblowers*, favorecimiento en empleo público, etc.).

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

#### **PRIMERO.- El papel de los *whistleblowers* como fuente informativa, en el ámbito del artículo 20 CE:**

Desde la perspectiva de la PDLI, es fundamental para la libertad de información garantizar la inmunidad de las personas que denuncian la corrupción en organizaciones públicas y privadas. Una inmunidad que debe cubrir los actos de los informadores, pero que también debe extenderse a las plataformas que publican las filtraciones, así como a los periodistas y medios de comunicación que las publican.

En la medida que la actividad un *whistleblower* trasciende el ámbito interno de una organización y sus canales de denuncia, y su información, por su relevancia, alcanza el ámbito público, en particular -aunque no solo- a través de medios de comunicación, el anclaje constitucional debería ser el del mencionado artículo 20 CE.

Esto supondría, entre otras cosas, amparar el derecho/obligación de los periodistas a no revelar fuentes y justificar las reformas penales que consideramos necesarias acompañando la transposición de esta Directiva.

## **SEGUNDO.- Riesgos penales de los *whistleblowers* como fuentes informativas y de periodistas y medios.**

En España, el delito de revelación de secretos siempre ha sido una espada de Damocles sobre el periodismo de investigación. En nuestro país no solo se criminaliza a quien obtiene el secreto y lo difunde, sino que el vigente artículo 197.3 del Código castiga también con penas de uno a tres años y multa al que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, difunda dichos secretos.

Distintos periodistas, entre los que cabe destacar un par de casos que afectaron a la Cadena Ser y a Abc, fueron objeto de persecución penal por presunta revelación de secretos, si bien sus casos se resolvieron favorablemente.

La revelación de los correos de Caja Madrid también dio lugar a diferentes actuaciones del Ministerio Fiscal, si bien no ha habido condenados hasta la fecha. Un juez de Madrid prohibió al periódico El Mundo la publicación de las informaciones #FootballLeaks sobre fraude fiscal en el negocio del fútbol, y llegó a procesar al entonces director Pedro Cuartango.

Del mismo modo ha habido persecuciones penales en otros casos de filtraciones, como los de los Papeles de Panamá o los de la Castellana o el 'caso Cifuentes', entre otros<sup>3</sup>.

El nuevo **artículo 197 ter del Código Penal** español va un paso más allá, y se llega al extremo de considerar delito de revelación de secretos facilitar a terceros una simple contraseña, un código de acceso o 'datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información'. La indefinición con que el artículo habla de 'datos similares' puede permitir el procesamiento de cualquier medio informativo donde se informe sobre fallos de seguridad informática, con el agravante de que el delito del artículo 197 ter puede ser considerado terrorismo. Así, informar sobre una vulnerabilidad

---

<sup>3</sup> Una relación completa de casos en: SÁNCHEZ ALMEIDA, C. "LA DIRECTIVA DE PROTECCIÓN DE LOS INFORMADORES" (PDLI, 2019) Disponible en: < <http://libertadinformacion.cc/wp-content/uploads/2019/10/LA-DIRECTIVA-DE-PROTECCION-DE-LOS-INFORMADORES-011019-1.pdf>>

en la web de un ayuntamiento podría ser un delito de revelación de secretos de carácter terrorista, si tal revelación tiene como objetivo condicionar la actuación del poder público.

En noviembre de 2017, la PDLI presentó un escrito en el Congreso de los Diputados con su propuesta sobre la regulación en España de la protección a informadores. En dicha propuesta, y frente a la actual desprotección legal, la **PDLI**, en defensa del derecho a la información, viene reclamando que los denunciantes que revelan documentos confidenciales **se encuentren amparados por un marco legal adecuado**<sup>4</sup>, en línea con las **recomendaciones de Naciones Unidas**<sup>5</sup> en esta materia.

Entre otros cambios necesarios en la proposición de ley sobre *whistleblowers*, la PDLI reclama: que se garantice el **anonimato** del informante, que pueda tener estatus de denunciante **cualquier persona** y no solo aquellas vinculados a la Administración Pública, que las irregularidades de las que se alerten puedan ser también del **ámbito privado** (empresas), y que la obtención de la información protegida incluya, con las cautelas necesarias, el **acceso a sistemas o dispositivos**.

Esto supone, entre otras reformas, que se modifique la ley para que la Fiscalía pueda dejar de acusar por el **delito de revelación de secretos** cuando la información obtenida pueda fundamentar la persecución de graves delitos de corrupción y sea de prevalente interés público para la ciudadanía, o la modificación del Código Penal en lo relativo a delitos informáticos.

De nada sirve que se creen plataformas de denuncia de corrupción si los denunciantes son perseguidos por el Ministerio Fiscal por revelación de secretos.

### **TERCERO.- Comentarios adicionales:**

#### **Sobre la autoridad externa<sup>6</sup>.**

La autoridad externa debería tener capacidad inspectora y sancionadora (directa) respecto al cumplimiento de la normativa sobre los canales internos, es decir, que se le otorgue la misión de ser la cúspide del sistema de los canales de alerta.

<sup>4</sup> PDLI: "La PDLI reclama protección para medios y denunciantes en las filtraciones", PDLI, 26/03/2017, disponible en: <http://libertadinformacion.cc/la-pdli-reclama-proteccion-para-medios-y-denunciantes-en-las-filtraciones/>

<sup>5</sup> NACIONES UNIDAS: "Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression", ONU, 08/09/2015, disponible en: <https://info.publicintelligence.net/UN-WhistleblowerProtections.pdf>

<sup>6</sup> Sobre la futura autoridad externa realizo consideraciones con mayor detalle en el siguiente texto: Sierra Rodríguez, J. 2020. "Impulso europeo al whistleblowing y las agencias de integridad", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19: 64-85. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/5703/3974>

Además, para el seguimiento de las denuncias y las investigaciones, la autoridad externa debería tener facultades de inspección en términos similares –o más amplios- que los previstos para la CNMC.

### **Sobre la apertura de los canales a la utilización de todos los ciudadanos.**

Se podrían abrir los canales de denuncia -en este caso los externos- para **su utilización por cualquier ciudadano**, aunque el régimen de protección no sea aplicable completamente porque su sentido y orientación está previsto para evitar las represalias a los denunciantes en el ámbito laboral.

En España tenemos las agencias autonómicas de integridad mencionadas, que permiten esta posibilidad. Los datos disponibles vienen a mostrar que el 60% o más de las personas individuales que utilizan los canales de alerta son particulares.

Las principales reticencias respecto a estas denuncias pueden venir de la calidad de la información ofrecida o de un uso malintencionado. No obstante, en última instancia cualquier fuente es válida si permite la detección de corrupción porque lo importante es que las situaciones planteadas se aclaren.

### **SOLICITAMOS**

Se tengan por efectuadas las anteriores alegaciones de cara a 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*”) al ordenamiento jurídico español.

En Madrid, a 27 de enero de 2020.