

## INFORME SOBRE LA UTILIZACIÓN DEL CONCEPTO “DENUNCIANTE” EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN

### **Pretensiones de la Directiva. Generar un marco protegido para la actividad de denuncia**

Las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas y perjuicios para el interés público que surgen en este contexto. Al informar sobre infracciones del Derecho de la Unión que son perjudiciales para el interés público, dichas personas actúan como denunciantes (*whistleblowers*) y por ello desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad. Sin embargo, los denunciantes potenciales suelen renunciar a informar sobre sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias. En este contexto, es cada vez mayor el reconocimiento, a escala tanto de la Unión como internacional, de la importancia de prestar una protección equilibrada y efectiva a los denunciantes.

### **Conclusiones iniciales a partir del tenor literal de la Directiva**

De esta primera aproximación axiológica a la Directiva se pueden extraer algunas conclusiones de principio:

- 1.- La protección se ofrece para todos aquellos que pueden aportar una alerta acerca del comportamiento de una organización (o de sus integrantes) precisamente por: a) su vinculación laboral o de empleo o, b) por razones de proximidad y habitualidad de contacto con la actividad productiva o de servicio que desempeña dicha organización.
- 2.- Las infracciones denunciables son todas aquellas actuaciones que pueden poner en peligro el interés público de la Unión porque representan una amenaza o un perjuicio.

Por tanto, la Directiva recoge una configuración de la figura del denunciante que es:

- i. Restringida: en lo que tiene que ver con su ámbito subjetivo (personas con vínculo laboral o de empleo o de contacto y habitualidad) no se prevé, por tanto, una llamada general a la ciudadanía para que alerte sobre posibles conductas inadecuadas y,
- ii. Extensiva: respecto de su ámbito objetivo de protección (conductas que puedan poner eventualmente en riesgo el interés público de la Unión aunque las mismas no se incluyan en el ámbito limitativo de la infracción penal y/o administrativa<sup>1</sup>).

### **La regulación actual de la figura del “denunciante” en la Ley Procesal**

---

<sup>1</sup> En este sentido cabría pensar que son incluíbles las conductas que puedan cuestionar los códigos ontológicos o los principios de conducta y éticos que estén implantados en una organización.

A efectos de este estudio, son dos las regulaciones que deben ser consideradas: la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Estas son las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento:

**Artículo 259 LECRIM:** el que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de Instrucción, de paz, comarcal, municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo multa de 25 a 250 pesetas.

**Artículo 262 LECRIM:** los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de Instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratare de un delito flagrante (...)

Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público se pondrá además en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo (...)

Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad con arreglo a las leyes.

**Artículo 264 LECRIM:** el que por cualquier medio diferente de los mencionados tuviere conocimiento de la perpetración de algún delito de los que deben perseguirse de oficio deberá denunciarlo al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente o al Juez de Instrucción o municipal o funcionario de policía sin que se entienda por esto obligado a probar los hechos denunciados ni a formalizar querrela.

El denunciador no contraerá en ningún caso otra responsabilidad que la correspondiente a los delitos que hubiere cometido por medio de la denuncia o con otra ocasión.

Por su parte el artículo 62 Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas contiene las siguientes estipulaciones (iniciación del procedimiento por denuncia):

**Artículo 62 LPAC:** 1. Se entiende por denuncia, el 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.

2. Las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan y el relato de los hechos que se ponen en conocimiento de la Administración. Cuando dichos hechos pudieran constituir una infracción administrativa, recogerán la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables.

3. Cuando la denuncia invocara un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas la no iniciación del procedimiento deberá ser motivada y se notificará a los denunciantes la decisión de si se ha iniciado o no el procedimiento.

4. Cuando el denunciante haya participado en la comisión de una infracción de esta naturaleza y existan otros infractores, el órgano competente para resolver el procedimiento deberá eximir al denunciante del pago de la multa que le correspondería u otro tipo de sanción de carácter no pecuniario, cuando sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma y se repare el perjuicio causado.

Asimismo, el órgano competente para resolver deberá reducir el importe del pago de la multa que le correspondería o, en su caso, la sanción de carácter no pecuniario, cuando no cumpliéndose alguna de las condiciones anteriores, el denunciante facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto de aquellos de los que se disponga. En ambos casos será necesario que el denunciante cese en la participación de la infracción y no haya destruido elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia.

5. La presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento.

#### **La regulación actual de la “denuncia” como institución jurídica**

En nuestro actual modelo procesal la denuncia puede presentarse de forma oral o escrita. La denuncia exige la identificación correcta del denunciante (se considera que el anonimato es causa de indefensión) e información sobre la comisión de un hecho delictivo o infracción administrativa susceptible de justificar la iniciación de un procedimiento administrativo de oficio. Por tanto, se requiere la identificación acreditada del denunciante pero no del denunciado.

#### **La regulación en las recomendaciones internacionales, el Derecho comparado y los precedentes internos (legislación autonómica)**

**En el contexto internacional** las referencias en la materia utilizan de forma constante el término “denuncia y/o denunciante”, si bien se pueden diferenciar en el mundo anglosajón las figuras del “denunciante” de la figura del “informante o divulgador de información”. Como muestra reflejamos aquí solo una parte de ellas:

- **Consejo de Europa (2014)**. Recomendación CM/Rec (2014)7 y memorando explicativo.
- **OCDE (2011)**. *Estudio sobre marcos de protección de denunciantes. Compendio de mejoras prácticas y principios rectores para la legislación.*
- **Transparencia Internacional (2013)**. *International Principles for Whistleblower Legislation.*
- **Blueprint for Free Speech**. *Blueprint Principles for Whistleblower Protection*

**También puede resultar relevante la consulta a las ordenaciones en la materia a partir del Derecho comparado.** Se han consultado diferentes legislaciones (Corea del Sur, Países Bajos, Francia, Estados Unidos, Australia, Francia e Irlanda) y la única conclusión factible es que no existe una diferenciación nítida entre las figuras del denunciante, el informante o el revelador

y que cada Estado acaba por regular el sistema jugando más que con el “concepto (o concreta terminología)” con su “estatuto de garantías”; en particular, con la apelación a la denuncia interna/externa, al factor de anonimato/confidencialidad y a la amplitud de la definición de los sujetos protegidos y de las esferas de actuación sobre las que es posible alertar a partir de la “denuncia o divulgación”.

**En el ámbito normativo del modelo autonómico español** tenemos ejemplos de diferentes regulaciones en la materia con denominaciones diferentes para referirse al supuesto de estudio:

- Así en el caso de Castilla y León debe reseñarse la *Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a la informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes*. En esta normativa se utiliza el término “informantes” como queda reflejado de forma palmaria en su exposición de motivos: “Esta cultura de la transparencia está generalizando en los ordenamientos jurídicos la articulación de mecanismos que permitan canalizar las informaciones sobre eventuales supuestos de actuaciones contrarias al interés público realizadas por el personal de las Administraciones Públicas con ocasión del desempeño de su cargo o puesto de trabajo, especialmente en los casos en los que las posibles conductas estuvieran relacionadas con alguno de los delitos contra la Administración a los que se refiere el Código Penal. Se trata de medidas que constituyen una tendencia en las actuales organizaciones administrativas y contribuyen a evitar la simple posibilidad de la existencia de las conductas ilícitas.

El reconocimiento de la importancia de estas informaciones suele ir acompañado de la adopción de medidas legales que, por un lado, incrementen la confianza en los procedimientos mediante los que se tramiten las informaciones que pudieran facilitarse y, por otro, garanticen la protección de los informantes frente a posibles acciones que pudieran perjudicar su situación laboral”.

- *La Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana*, recoge en el artículo 11 lo siguiente: “2. Cualquier persona puede dirigirse a la agencia para comunicar conductas que puedan ser susceptibles de ser investigadas o inspeccionadas por esta. En este caso, se acusará recepción del escrito recibido. 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. 3. Las autoridades, los empleados públicos y todos los que cumplan funciones públicas o desarrollen el trabajo en entidades y organismos públicos deben comunicar inmediatamente a la agencia, desde el momento en que los conozcan, los hechos que puedan ser susceptibles de ser objeto de investigación o inspección por parte de la agencia, sin perjuicio de las obligaciones de notificación propias de la legislación procesal penal. También en este caso, 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.

En el artículo 14 se habla del Estatuto de la persona “denunciante”: a) La actuación de la agencia prestará especial atención a la protección de las personas denunciantes. Se considera persona denunciante, a los efectos de esta ley, cualquier persona física o jurídica que comunique hechos que pueden dar lugar a la exigencia de responsabilidades legales. c) La agencia deberá establecer procedimientos y canales confidenciales para la formulación de denuncias que garanticen la estricta confidencialidad cuando el denunciante invoque la aplicación del estatuto regulado en este artículo. Estos procedimientos y canales podrán ser también utilizados por los que ya hayan actuado como denunciantes para comunicar represalias u otras actuaciones lesivas derivadas de la presentación de la denuncia. d) Sin necesidad de previa declaración o reconocimiento, las personas denunciantes de buena fe recibirán inmediatamente asesoría legal para los hechos relacionados con la denuncia y tendrán garantizada la confidencialidad de la identidad. La agencia velará para que estas personas no sufran, durante la investigación ni después de ella, ningún tipo de aislamiento, persecución o empeoramiento de las condiciones laborales o profesionales, ni ningún tipo de medida que implique cualquier forma de perjuicio o discriminación.

Como se puede observar en la regulación valenciana los términos “informante” y “denunciante” se utilizan de forma indistinta y se configura un modelo de garantías equivalente e intercambiable para sendas figuras.

- La *Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón* regula en sus artículos 45 a 47 el Estatuto del denunciante: 1. Se considera denunciante a los efectos de esta ley a cualquier empleado del sector público de Aragón o de las instituciones y órganos estatutarios que pone en conocimiento de la Agencia de Integridad y Ética Públicas hechos que pudieran dar lugar a la exigencia de responsabilidades por alcance o penales por delitos contra la Administración pública. En la regulación de los medios para garantizar la confidencialidad se afirma 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. En particular, la Agencia creará una oficina virtual, que pondrá a disposición de los denunciantes para la presentación de denuncias y documentación asociada, así como para la comunicación con los denunciantes que así lo soliciten, de manera segura y confidencial. Dichos procedimientos y canales podrán ser también utilizados por quienes ya hubiesen actuado como denunciantes para comunicar represalias u otras actuaciones lesivas derivadas de la presentación de la denuncia.

La normativa aragonesa mantiene la uniformidad terminológica a lo largo de toda su regulación asumiendo en exclusividad la figura del demandante, sin referencias a otras figuras como el informante, el revelador, el divulgador, etc.

- Finalmente, en la *Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de Creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en la Illes Balears* prevé: 3. La Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción garantizará que cualquier persona pueda dirigirse a ella para comunicar presuntos actos de corrupción, prácticas fraudulentas o

conductas ilegales que afecten a los intereses generales o la gestión de los fondos públicos. En este caso, se acusará recepción del escrito o de la comunicación recibidos. El personal de la Oficina deberá informar de sus derechos y obligaciones como denunciante a la persona informante, la cual podrá solicitar la confidencialidad sobre su identidad, y el personal de la Oficina estará obligado a mantenerla, excepto en el caso de que reciba un requerimiento judicial. 4. Las autoridades, los empleados públicos y todos los que cumplen funciones públicas o trabajan en entidades u organismos públicos deberán comunicar inmediatamente a la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción los hechos que detecten y puedan ser considerados constitutivos de corrupción o ilegales, sin perjuicio de las otras obligaciones de comunicación establecidas en la legislación procesal penal. También en este caso, la persona informante puede solicitar que se guarde la confidencialidad sobre su identidad y el personal de la Oficina está obligado a mantenerla, excepto en el supuesto de que reciba un requerimiento judicial.

Al igual que sucedía en la regulación valenciana los términos “informante” y “denunciante” se utilizan de forma indistinta y se configura un modelo de garantías equivalente e intercambiable para sendas figuras.

## **Conclusión**

Del análisis de los diferentes modelos analizados (internos, externos e internacionales) es posible deducir lo siguiente:

1.- El término “denunciante” está generalizado, con matizaciones entre diferentes modelos de referencia que no permiten una distinción nítida con otras figuras afines. En el ordenamiento interno como se ha comprobado, las experiencias normativas que han regulado la materia con objetivos parangonables a los de la propia Directiva utilizan de forma indistinta e intercambiable diferentes términos (denunciante, informante, etc.,).

2.- Es posible que desde el purismo jurídico hubiera que reservar el término “denunciante” para aquel que comunica un hecho, dato o circunstancia que puede derivar directamente (sin mediación) en la apertura de un expediente judicial/administrativo en el que se atribuya un cierto nivel de responsabilidad sancionable. Siendo que el informante pone en conocimiento una situación que, sólo tras la mediación de un “análisis indiciario de culpas” normalmente en manos de una oficina u organismo especializado, pueda resolverse con determinada imputación a partir de una actuación institucionalizada. Eso justificaría la necesidad de evitar el anonimato en el denunciante y de posibilitarse en el mero informador.

3.-Sin embargo, el sentido finalista de la Directiva (fiscalizar las conductas que perjudiquen el interés público y evitar cualquier situación de represalia en quien alerta de las mismas) recomienda que se fije más la atención en los instrumentos de protección que garantizan los objetivos (no es más garantista el anonimato que la confidencialidad y las consecuencias del anonimato en nuestro modelo procesal pueden ser negativas si lo que se considera es la

persecución del delito; no puede olvidarse que el anonimato puede causar indefensión o, en su caso, infracción de las garantías procesales de defensa para el inculpado).

**En cualquier caso, podrían considerarse dos propuestas alternativas para resolver el debate:**

**Propuesta regulatoria 1. Utilizar una terminología diferenciada que distinga denunciante e Informante/alertador**

En ese caso el informante sólo se caracterizaría por hacer llegar al órgano competente (vehiculado por un canal de garantía interno/externo) la información que, en su personal consideración, puede poner en riesgo el interés público. El informante en este caso quedaría bajo la protección del anonimato. Sería el órgano que recibe el “anuncio de la noticia” el que, en su caso, iniciaría el proceso sancionador y asumiría la condición de “denunciante” en el sentido estricto de nuestra ley procesal tras comprobar que se dan indicios suficientes de la comisión del “ilícito”.

El denunciante, como sujeto conocedor de una situación que puede revelarse como sancionable, tendría la capacidad de iniciar el procedimiento de control sin la necesidad de intervención interpuesta. Su revelación quedaría garantizada por el criterio de confidencialidad.

**Propuesta regulatoria 2. La utilización del mismo concepto vinculado exclusivamente al ámbito de regulación de la propia Ley de transposición**

También puede considerarse la posibilidad de utilizar el concepto “denunciante” (para no distorsionar la práctica general de nuestro modelo jurídico) dotando al concepto de tantas especialidades o singularidades como fueren necesarias pero determinado que el ámbito de aplicación de esas “especiales características” (por ejemplo, atribución al denunciante de una garantía de anonimato) queda exclusivamente ceñido al procedimiento de denuncia que se diseñe en la propia ley de transposición.

17 de enero de 2020