



Revista de Estudios Europeos
Nº extraordinario monográfico, 1-2019, 225-245
ISSN: 2530-9854. <http://www.ree-uva.es/>



**LA PROTECCIÓN DE LOS INFORMANTES – WHISTLEBLOWERS – Y
LAS GARANTÍAS DE LOS INVESTIGADOS. ANÁLISIS DE LA
PROPUESTA DE DIRECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA
DE LA PROPOSICIÓN DE LEY INTEGRAL DE LUCHA CONTRA LA
CORRUPCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DENUNCIANTES***

**THE PROTECTION OF WHISTLEBLOWERS AND PROCEDURAL
SAFEGUARDS FOR THE SUSPECT. ANALYSIS OF THE PROPOSED
DIRECTIVE OF THE EUROPEAN UNION AND THE SPANISH
PROPOSAL FOR HAVING A COMPREHENSIVE LAW TO COMBAT
CORRUPTION AND PROTECTION OF WHISTLEBLOWERS**

Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO
Magistrada-Juez

Resumen: La Comisión Europea ha lanzado una propuesta de Directiva sobre la protección de las personas que informan sobre violaciones del derecho de la Unión. El Parlamento español también está debatiendo sobre una nueva propuesta legislativa que busca una regulación integral para combatir la corrupción y proteger a los denunciantes. La propuesta de la UE destaca la idea de que el juicio justo debe ser la piedra angular que debe presidir la regulación de esta materia. Por el contrario, la propuesta que se debate en el Parlamento español puede poner en peligro las garantías de las personas investigadas, especialmente mediante la creación de un órgano administrativo que puede investigar los casos de corrupción sin enviarlos a las autoridades correspondientes (fiscal o juez de instrucción) desde el primer momento. En relación con las medidas de investigación, la autoridad administrativa puede mantener entrevistas con los afectados sin estar reguladas las garantías que se respetarán durante estas declaraciones. Se contempla en la propuesta que se pueden realizar registros o que se pueden incautar documentos sin especificar cómo deben llevarse a cabo estas medidas. Las medidas de protección incluidas en la propuesta legislativa española tampoco parecen adecuadas. Son medidas de protección que no están sujetas a una decisión o control judicial y su duración puede extenderse incluso después de que se archive el proceso penal. Por otra parte, las medidas de protección solo pueden aplicarse a los funcionarios públicos, aunque con frecuencia los denunciantes son profesionales independientes que tratan con la Administración Pública en la que se produce el hecho delictivo constitutivo de un delito de corrupción. No obstante, todas estas objeciones a la iniciativa española no pueden hacernos olvidar la necesidad de contar en nuestro país con una legislación adecuada para combatir la corrupción de manera más eficaz y, sobre todo, para proteger a los denunciantes más adecuadamente, sin que todo ello suponga merma alguna en las garantías y derechos de las personas investigadas.

Palabras clave: Alertadores/ Protección denunciantes/ Corrupción/ Garantías de los investigados

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D “Garantías Procesales de investigados y acusados: necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito de la Unión Europea”, (Ref. DER2016-79096-P)

Abstract: European Commission has launched a proposal for a Directive on the protection of persons reporting on breaches of Union law. The Spanish Parliament is also debating on the proposal of a new piece of legislation which searches a comprehensive regulation to combat corruption and to protect whistle-blowers. The EU proposal highlights the idea of fair trial as the corner stone of any approach to this issue. On the contrary, the proposal under debate at the Spanish Parliament may jeopardize the safeguards of the persons under investigation, namely by setting-up an administrative board who is allowed to investigate corruption cases without sending them to the proper authorities (Public Prosecutor or Investigative Judge) from the very first moment. In relation to the investigation measures, the administrative authority may maintain interviews with those affected without being regulated the guarantees that will be respected during these statements. It is contemplated in the proposal that searches can be made or documents can be seized without specifying how these measures should be carried out. The protection measures included in the legislative proposal do not seem adequate either. These are measures that are not subject to judicial decision or control and its duration can be extended even after the criminal proceeding is dismissed. The protection measures can only be applied to civil servants, although frequently the whistle-blowers are independent professionals who deals with Public Administration. However, these objections to the Spanish proposal can not make us forget the need to have adequate legislation in our Country to combat corruption more effectively and, above all, to protect whistle-blowers properly, but always having in mind that procedural safeguards and fundamental rights of the persons under investigation should be preserved.

Key words Whistleblowers/ Whistleblowers protection/ Corruption/ Suspect's safeguards

Sumario: 1. La protección de los informantes (whistleblowers). 2. Iniciativa europea: la propuesta de Directiva Europea de protección a los denunciantes. 2.1 *Ámbito de aplicación de la normativa de protección de los informantes y su relación con el proceso penal.* 2.2. *denuncias externas: autoridades competentes para tramitarlas.* 2.3. *Tramitación de las denuncias externas.* 2.4. *La protección a los informantes.* 3. Iniciativa española: la proposición de ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes.

1. La protección de los informantes (whistleblowers)

La corrupción es, sin duda, una de las grandes preocupaciones de este siglo XXI, preocupación que puede calificarse de generalizada en el ámbito internacional, europeo y también nacional, pues no sólo los operadores jurídicos la conciben como una lacra, sino que también lo hacen los ciudadanos (así lo evidencian en España los estudios del Centro de Investigaciones Sociológicas, que en el último publicado al tiempo de escribir estas líneas, el de septiembre de 2018, la corrupción y el fraude son percibidos como los principales problemas del país por más de un 25% de los encuestados). En consecuencia, el impacto económico, político y social de la corrupción es cada vez más significativo.

Fruto de este incremento de la preocupación por los delitos de corrupción han surgido diferentes iniciativas para tratar de luchar de manera más eficaz contra este tipo de delitos. En algunos países se han constituido órganos judiciales especializados en su enjuiciamiento (es el caso por ejemplo de Perú); en otros la especialización se ha centrado en la fase de investigación (por ejemplo, en los órganos encargados del ejercicio de la acción penal en España a través de la Fiscalía Especial contra la corrupción y la criminalidad organizada). La UE no es ajena a esta tendencia. Así, dentro de las actuaciones llevadas a cabo para luchar contra la corrupción cabe enmarcar la reciente aprobación del Reglamento de la Fiscalía Europea¹, que incide en la corrupción si bien en el ámbito específico de las infracciones que afecten a los intereses económicos de la UE.

¹ DOUE L 283 de 31 de octubre de 2017. Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea

En este contexto, existe unanimidad al destacar que la protección a los denunciantes, informantes o alertadores, en definitiva, la protección de aquellos que sacan a la luz conductas corruptas, es esencial para prevenir, erradicar y perseguir administrativa o penalmente todas las formas de corrupción. En el mismo sentido, en la persecución de otro tipo de delitos, resulta esencial la colaboración de informantes, pues de otro modo es difícil esclarecer las circunstancias en las que la infracción penal se está cometiendo².

Sin embargo, los mecanismos para proteger a los denunciantes varían notablemente de un Estado a otro dentro de la UE³. Ante esta situación, la UE ha decidido impulsar el fortalecimiento de los mecanismos existentes para proteger a los informantes en un determinado ámbito.

El 23 de abril de este año 2018 la Comisión Europea presentó una propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión⁴. Se insta a que los Estados miembros pongan en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que sean necesarias para cumplir con esta Directiva a más tardar el 15 de mayo de 2021. En el momento actual, noviembre de 2018, el Tribunal de Cuentas de la UE ha emitido ya un dictamen y el texto se encuentra todavía en fase de discusión en los órganos técnicos del Consejo. Estamos, por tanto, en una fase incipiente que hace difícil aventurar si el texto será finalmente aprobado y en qué términos.

Como se destaca en los Considerandos de la propuesta, la falta de protección de los denunciantes incide en los Derechos Fundamentales de los ciudadanos de la Unión, concretamente en la libertad de expresión y en la libertad de los medios de comunicación, derechos éstos consagrados en el artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Así, literalmente se dice en los Considerandos que “la protección de los denunciantes como fuente de información de los periodistas es esencial para que el periodismo de investigación pueda cumplir su función de vigilancia”. Pero también en el derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 30 y 31 de la Carta) en cuanto que trata de proteger al denunciante frente a las represalias en el contexto laboral y en otros derechos, a título ejemplificativo, el respeto a la vida privada y familiar, la protección de datos de carácter personal, la protección de la salud y el derecho a una buena Administración.

Pero, a los efectos que aquí nos ocupan, la perspectiva no será constitucional. La primera cuestión que debe abordarse es hasta qué punto esta propuesta de Directiva incidirá en el ámbito penal, pues sólo ante una respuesta positiva merece que nos entretengamos en cómo se verán en su caso afectadas las

² Al respecto es muy ilustrativo Nieto Martín, A “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal” en *Fraude a consumidores y derecho penal: fundamentos y talleres de leading cases*, Corcoy Bidasolo M y Gomez Martín, V (dir), Valiente Ivañez, V (coord), Madrid, Edisofer, Montevideo, B de F, Buenos Aires, Euros, 2016

³ Sobre la regulación en el ámbito internacional véase Benito Sánchez, D, “La protección de denunciantes (“whistleblowers”) de corrupción en los instrumentos internacionales” en *Nuevos horizontes y perspectivas para el derecho en el siglo XXI*, Romero Velasco (dir), Cizur Menor, 2018 y Encinar del Pozo, M.A. “Los delitos de corrupción y la figura del whistleblower”, ponencia impartida en el curso de formación de Fiscales La prueba obtenida a través de la infiltración y la delación. El agente encubierto y el confidente, Centro de Estudios Jurídicos, 2016, donde el autor analiza la regulación de esta figura en Estados Unidos.

⁴ Documento COM (2018) 218 Final.

garantías de los investigados en el proceso penal, que es la materia que nos ocupa en este proyecto de investigación.

En segundo lugar, esta iniciativa de la UE debe ponerse en relación con otros proyectos legislativos en fase de tramitación en España que inciden sobre esta materia. Nos referimos, concretamente, a la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes (122/000022) del Grupo Parlamentario Ciudadanos, propuesta que fue Presentada el 15 de septiembre de 2016⁵ - en adelante, Proposición de Ley Integral - y que en la actualidad se encuentra en fase de informe por la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados. Analizar hasta qué punto esta iniciativa incide en las garantías de los investigados en el proceso penal será también un objetivo esencial de las próximas líneas.

2. Iniciativa europea: la propuesta de Directiva Europea de protección a los denunciantes

2.1 Ámbito de aplicación de la normativa de protección de los informantes y su relación con el proceso penal

En la evaluación del impacto de la propuesta de Directiva se analizaron una serie de opciones de política legislativa por parte de la UE de las que la Comisión Europea eligió la consistente en impulsar una Directiva relativa a la protección de los denunciantes en ámbitos específicos (incluidos los intereses financieros de la UE) cuando sea necesario para hacer frente a la escasez de denuncias con objeto de mejorar la aplicación del Derecho de la Unión y acompañada de una Comunicación con medidas adicionales y buenas prácticas que deben adoptarse a escala de los Estados miembros, todo ello para ayudar a las autoridades nacionales en el objetivo de proteger a los denunciantes.

Dada la opción escogida por la Comisión, resulta de especial importancia analizar el ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva, que en el articulado se desdobra en una perspectiva material y otra personal.

Desde un plano material⁶, tendría las siguientes características:

- Subsidiariedad en relación con otras normas de Derecho de la UE: la propuesta parte del hecho de que determinados sectores regulados por Derecho de la UE tienen ya normas específicas sobre la denuncia de infracciones. Así, en la regulación europea de los servicios financieros, la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, la seguridad del transporte o la protección del medio ambiente. La propuesta se aplicará en consecuencia a todas las cuestiones relativas a la protección de los informantes que no estén reguladas en actos sectoriales específicos de la UE.

⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B, número 33-1, de 23 de septiembre de 2016

⁶ Art. 1

A título de ejemplo, en la Directiva 2015/849 relativa a la prevención de a utilización del sistema financiero para blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, el art. 61 se dedica a los mecanismos para alentar a que se informe a las autoridades competentes de infracciones de la normativa, entre los que se encuentra el establecimiento de un procedimiento específico para informar, la confidencialidad del informante y la protección de sus datos personales.

- Armonización de mínimos: la propuesta establece normas mínimas comunes (por lo que no obstaculiza en modo alguno que las legislaciones nacionales puedan establecer normas más favorables o protectoras del informante, como expresamente proclama la propuesta en sus disposiciones finales⁷).
- Sistema de protección al denunciante en un ámbito especial: el sistema protector de los informantes que se articula en la propuesta de Directiva recae sobre unas concretas actividades ilícitas o abusos de Derecho que se detallan expresamente (por tanto, no es un sistema general de protección al informante de cualquier actividad ilícita). Así, sin ánimo de exhaustividad, son infracciones que corresponden al ámbito de aplicación de los actos de la Unión en materias como la contratación pública, la salud pública, la protección del medio ambiente, los intereses financieros de la UE o las infracciones del mercado interior. A ello se refiere el anexo que se acompaña con la propuesta. En los Considerandos se destaca que cada vez que se adopte un nuevo acto de la UE para el que la protección de los denunciantes sea pertinente y pueda contribuir a una aplicación más eficaz de la normativa, se podrá modificar el anexo para situar este nuevo acto de la UE dentro de su ámbito de aplicación⁸.

Desde la perspectiva del personal susceptible de protección⁹, la propuesta tiene un ámbito que pretende ser omnicompreensivo dentro del ámbito laboral. Así, se aplicará a los informantes empleados en el sector privado o público que hayan tenido conocimiento de información sobre infracciones en un contexto laboral, incluyendo como mínimo a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia, a los accionistas y personas pertenecientes al órgano de administración de la empresa, voluntarios, trabajadores en prácticas no remunerados, cualquier persona que trabaje bajo la supervisión y la dirección de los contratistas, subcontratistas o proveedores, así como a aquellos cuya relación laboral todavía no haya comenzado (en los casos en los que la información relativa a una infracción ha sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual).

Por tanto, por ilustrarlo con un ejemplo, de conformidad con la delimitación del ámbito de aplicación que acabamos de exponer, sería de aplicación la propuesta de Directiva al informante:

- Que sea empleado público y que de a conocer la existencia de sobornos por parte de una empresa constructora a altos cargos de la Administración para la que trabaja, de modo que le sean adjudicados a dicha mercantil una serie de contratos públicos para la realización de carreteras subvencionadas por la UE.

⁷ Art. 19

⁸ Considerando 19

⁹ Art 2

- Que trabaje para la empresa adjudicataria de una obra pública subvencionada por la UE y de a conocer la existencia de sobornos a altos cargos de la Administración que adjudicó ese contrato.

Se dice omnicompreensivo dentro del ámbito laboral porque la propuesta deja fuera de su ámbito de regulación a personas que no tengan relación laboral o profesional alguna con la Administración o con la empresa que intervienen en el hecho delictivo. A veces, el conocimiento de la infracción deriva de vínculos personales con algunos de los implicados (por ejemplo, ser expareja de uno de ellos). En otras ocasiones, los hallazgos son fruto de un trabajo de investigación (por ejemplo, periodistas). Estos supuestos, a pesar de que se dan en la práctica con cierta frecuencia, en principio no tendrían cabida en la propuesta de Directiva, lo cual consideramos que no merece una favorable acogida.

Nada se dice tampoco en la propuesta de directiva sobre el denunciante anónimo. Bien pudiera ser porque se considere que al estar en el anonimato no requerirá protección¹⁰.

Como acertadamente ya otros han puesto de manifiesto¹¹, en el texto de la propuesta se olvida cualquier referencia a los facilitadores, es decir, a los periodistas u otro tipo de profesionales que ayudan al informante en su condición de intermediarios.

En cualquier caso, el ejemplo anterior ilustra cómo esta materia puede incidir claramente en el proceso penal, pues un breve repaso a la más reciente jurisprudencia ilustra como en muchas ocasiones las investigaciones por cohecho, malversación o prevaricación tienen su origen, precisamente, en una denuncia de alguien de dentro de la Administración en la que se ha cometido el delito o bien su testimonio es clave para el descubrimiento de la trama corrupta, siendo frecuente que luego sufra por ello represalias.

Así, en la llamada trama Gürtel, fue clave un testigo, trabajadora del Ayuntamiento de Boadilla. En noviembre de 2017 el Tribunal Supremo confirmó la sentencia que condena al Ayuntamiento de Boadilla al pago de una indemnización a una extrabajadora, por acoso laboral, por ser testigo en el caso de corrupción.

La propuesta de Directiva no olvida que su ámbito de aplicación así configurado es susceptible de afectar a aspectos esenciales del Estado de Derecho, como el propio derecho a un juicio justo. Es decir, parte del principio de que junto a la necesidad de articular un sistema de protección al informante debe garantizarse el adecuado equilibrio respetando las garantías del investigado. Esta premisa, en nuestra opinión, es esencial e informa toda la propuesta de Directiva que ahora nos ocupa. Sin embargo, se echa en falta en otras propuestas legislativas, como la que está en tramitación en el Parlamento español sobre

¹⁰ Sobre la admisibilidad de la denuncia anónima su evolución legal y jurisprudencial, vid. Ortiz Pradillo, J.C Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una “colaboración eficaz” con la Justicia, ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 73-84 y específicamente sobre la confidencialidad y anonimato de los canales de denuncia en las empresas, pág. 94-109

¹¹ XNET Análisis y propuestas para las necesarias modificaciones del borrador de Directiva de la Comisión Europea para la protección de los Alertadores/Whistleblowers <https://xnet-x.net/propuestas-modificaciones-borrador-directiva-ce-protección-alteradores>

protección a los denunciantes, donde, como tendremos ocasión de exponer, las garantías del investigado sí pueden verse seriamente afectadas.

En la propuesta de Directiva, se define como “interesado” a la persona física o jurídica a la que se haga referencia en la denuncia o revelación como la persona a la que se imputa la infracción o que esté asociada a dicha infracción. Por tanto, el interesado, si estamos hablando de hechos constitutivos de delito, será el investigado o en su caso el acusado.

En el ejemplo antes expuesto, el interesado sería tanto el alto cargo que recibe el soborno para adjudicar a la empresa el contrato, como las personas responsables de la misma que pagan los sobornos o, incluso, la propia mercantil como persona jurídica si se dan los requisitos para exigirle responsabilidad penal.

La propuesta exige que los Estados miembros velen porque los interesados disfruten plenamente de su derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, a la presunción de inocencia y al derecho de defensa, incluido el derecho a ser oídos, así como a acceder a su expediente, de conformidad con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, protegiendo en su caso también la propia identidad del interesado¹². En definitiva, que la propuesta de Directiva otorgue un sistema de protección a los informantes no puede ser óbice para que se respete el derecho a un juicio justo y demás garantías del investigado. Así, en los Considerandos de la propuesta se señala que no deberá afectar a la protección de la prerrogativa de secreto profesional en la relación cliente-abogado y en otras profesiones conforme al Derecho nacional¹³ y también, sin perjuicio de que se enfatice que contiene normas mínimas, y que por tanto los Estados miembros deben tener competencia para introducir o mantener disposiciones más favorables al informante, se destaca también un límite claro: que dichas disposiciones no interfieran con las medidas para la protección de los interesados. Las garantías de los investigados, en consecuencia, son el otro lado de la balanza en la protección de los informantes y no pueden obviarse por el legislador nacional.

2.2. Denuncias externas: autoridades competentes para tramitarlas

La propuesta de Directiva, en cuanto a los tipos de denuncia y su tramitación, distingue entre las internas y las externas, dedicándole a cada una de ellas un capítulo diferente.

Las denuncias internas, en cuanto a que supone la existencia de cauces propios en entidades jurídicas del sector privado y también del sector público, inciden menos en el tema que nos ocupa, el proceso penal, pues las garantías del investigado se desarrollarán una vez que la denuncia haya salido de dicha esfera interna y haya llegado a la autoridad nacional competente para investigar y perseguir delitos. Los Considerandos de la propuesta explica que por regla general los informantes deberán utilizar en primer lugar los cauces internos. No obstante, puede ser que no sea obligatorio hacerlo así, o que se haya utilizado y este cauce no haya dado resultado. También puede ocurrir que no pueda esperarse razonablemente que los cauces internos funcionen adecuadamente, por ejemplo, porque el responsable último esté implicado en la infracción o porque de denunciarse internamente podría destruirse prueba. O bien que por la entidad de la

¹² Art. 16

¹³ Considerando 69

infracción deba acudir a autoridades externas, ya sea a las autoridades nacionales competentes o a los órganos y organismos de la UE encargados de la persecución de este tipo de infracciones, como en materia de fraude contra el presupuesto de la UE, la prevención y detección del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo o en el ámbito de los servicios financieros. Es entonces cuando es de plena aplicación la regulación de la propuesta de Directiva relativa a las denuncias externas, previsiones sobre las que nos centraremos a continuación.

En relación con las denuncias externas, la propuesta obliga a los Estados miembros a designar autoridades competentes encargadas de recibirlas y tramitarlas¹⁴. Lógicamente, la determinación de qué autoridades deben ser éstas, su naturaleza, estructura o composición, es algo en lo que la propuesta de Directiva no entra, dado que depende de cada Estado miembro cómo articularlo. Señala los Considerandos que puede tratarse de organismos de regulación o de supervisión en los ámbitos de que se trate, de autoridades policiales o judiciales y organismos de lucha contra la corrupción o defensores del pueblo. En cualquier caso, deben tener la capacidad y las competencias necesarias para evaluar la exactitud de las alegaciones presentadas en el informe y para ocuparse de las infracciones denunciadas, entre otros medios, a través de la apertura de una investigación, el enjuiciamiento, la acción de recuperación de fondos u otras medidas correctoras adecuadas, de conformidad con su mandato¹⁵.

De este modo, en el actual marco legal español, las previsiones de la propuesta de Directiva en lo que a denuncias externas se refiere podrían ser de aplicación a instituciones como el Tribunal de cuentas o el Defensor del Pueblo, pero también a las autoridades policiales, al Ministerio Fiscal o a los Juzgados de Instrucción (en cuanto que reciben denuncias por hechos delictivos que se enmarcan en el ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva).

Esto no excluye que, con la aprobación de la Directiva propuesta o incluso antes, puedan crearse autoridades diferentes cuya concreta competencia sea precisamente conocer de este tipo de denuncias. Esta es la idea sobre la que pivota la proposición de Proposición de Ley Integral, que opta por la creación de una Autoridad Independiente de Integridad Pública.

Finalmente, es importante destacar que la propuesta de Directiva insta a los Estados miembros a presentar anualmente a la Comisión estadísticas sobre el curso dado a las denuncias externas presentadas – si se dispone de ellas a nivel central del Estado de que se trate –; específicamente sobre los siguientes parámetros¹⁶:

- * número de denuncias recibidas por las autoridades competentes,
- * número de investigaciones y actuaciones judiciales iniciadas a raíz de esas denuncias y su resultado final,
- * estimación del perjuicio financiero causado y de los importes recuperados tras las citadas actuaciones.

Esto, por tanto, evidencia la íntima conexión que la Comisión aprecia entre estos cauces de denuncia y los procedimientos penales que puedan seguirse en los

¹⁴ Art. 6

¹⁵ Considerando 34

¹⁶ Art. 21

Estados miembros en relación con los delitos que caen dentro de la esfera de esta propuesta.

2.3. Tramitación de las denuncias externas

La propuesta de Directiva obliga a que las autoridades externas competentes – sean éstas las que sean - dispongan de un adecuado sistema de recepción, tratamiento y transmisión de las denuncias llevado a cabo por personal específico. Concretamente:

- 1) Recepción

Las autoridades competentes deben contar con cauces específicos para que la denuncia sea recibida y tratada.

Los cauces de comunicación para la presentación y tramitación de denuncias deberán gozar de una especial publicidad. Concretamente, la propuesta de Directiva exige velar porque se publiquen en una sección separada, fácilmente identificable y accesible desde sus sitios web. Debe indicarse con claridad los números de teléfono (especificando si las conversaciones se graban o no), las direcciones electrónicas y postales específicas, el procedimiento aplicable y la naturaleza de su tramitación.

En la publicidad de estos cauces de denuncia deben también especificarse algunos extremos que son de trascendental importancia, como las condiciones bajo las cuales los informantes pueden optar a protección, el régimen de confidencialidad de la denuncia, las vías de recurso y los procedimientos disponibles contra represalias (incluso las posibilidades de que las personas que contemplen la presentación de una denuncia reciban asesoramiento confidencial).

También exige la propuesta de Directiva que de manera pública se especifique que las personas que pongan en conocimiento de la autoridad competente esta información no vulnerarán las restricciones sobre comunicación de información impuestas contractualmente o por imperativo de una disposición legislativa, reglamentaria o administrativa, de modo que no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de esta revelación. Esto no es obstáculo, por otra parte, para que la propuesta de Directiva contemple también la obligación de los Estados miembros de establecer sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias a las personas que presenten denuncias o efectúen revelaciones maliciosas o abusivas, incluidas medidas que permitan compensar a las personas que hayan sufrido daños resultantes de estas informaciones¹⁷. Los Considerandos destaca que estas sanciones contra las personas que presenten una denuncia o hagan una revelación siendo conscientes de su falsedad son necesarias para impedir nuevas denuncias maliciosas, preservando así la credibilidad del sistema¹⁸.

Estos cauces deben ser externos, independientes, autónomos, seguros y confidenciales. Para ello deben cumplir los siguientes criterios:

¹⁷ Art. 17

¹⁸ Considerando 78

a) deben estar separados de los cauces de comunicación general (incluidos aquellos a través de los cuales se cursan las comunicaciones internas o con terceros en el curso normal de sus actividades)

b) su diseño y gestión debe garantizar la integridad y confidencialidad de la información, de modo que se impida el acceso al personal no autorizado de la autoridad competente

c) debe permitir el almacenamiento duradero de la información de modo que se posibiliten investigaciones futuras. Esto se articula a través de un registro de denuncias que tendrá carácter obligatorio.

En cuanto a las modalidades de recepción, como mínimo el cauce debe permitir las denuncias escritas, orales por vía telefónica y mediante reunión física con personal específicamente designado para tales fines.

Si la denuncia fuera escrita, la previsión general de la propuesta obliga a acusar recibo sin demora (a menos que el informante expresamente solicite lo contrario o que la autoridad competente considere razonablemente que el envío de un acuse de recibo pondría en peligro la protección de la identidad del denunciante).

Si la denuncia fuera oral por vía telefónica o mediante reunión presencial, si el informante da su consentimiento, la autoridad competente podrá documentarla bien en una grabación de la conversación en un soporte duradero y accesible o bien mediante una transcripción completa y precisa de la conversación realizada, que el informante podrá comprobar, rectificar y aceptar mediante su firma.

2) Procedimiento

El procedimiento está a cargo de personal específico que tiene como función tramitar las denuncias, contando al respecto con formación específica¹⁹.

La propuesta obliga a que los Estados miembros velen porque sus autoridades revisen periódicamente sus procedimientos de recepción y tramitación de denuncias, al menos cada dos años²⁰.

Sin perjuicio de esta necesidad de actualización, se fijan en el articulado unos mínimos²¹:

- El denunciante debe ser informado sobre la tramitación de la denuncia en plazo razonable (que se cifra en un periodo no superior a tres meses, en casos debidamente justificados ampliable a seis meses).
- Puede requerirse al informante para que aclare la información presentada o facilite información adicional.
- Deben tramitarse las denuncias adoptando las medidas necesarias e investigando, en la medida en que proceda, el objeto de la denuncia, transmitiéndola a la autoridad competente en caso de que no tenga competencia para abordarla.
- De esta transmisión a la autoridad competente, así como del resultado final de la investigación, deberá darse noticia al informante.

¹⁹ Art. 8

²⁰ Art. 12

²¹ Art. 9

Dentro de las normas de procedimiento se contempla expresamente que se informe al denunciante, de manera clara y con un lenguaje comprensible y accesible para todos los informantes, del régimen de confidencialidad aplicable a su denuncia, incluyendo una descripción detallada de las circunstancias en las que podrán revelarse los datos confidenciales de un informante. A este respecto se menciona expresamente que tal revelación sea una obligación necesaria y proporcionada exigida en virtud del Derecho de la Unión o nacional en el contexto de investigaciones o procesos judiciales subsiguientes o para salvaguardar las libertades de los terceros, incluido el derecho de defensa del interesado.

Los Considerandos apuntan dos cuestiones de trascendental importancia en relación con el procedimiento, cuestiones que no se desprenden con tanta claridad del articulado²²:

1) la obligación de las autoridades de actuar con diligencia en la tramitación de las denuncias recibidas;

2) los límites de la comunicación al informante, comunicación que podrá no hacerse si se considera que perjudicaría a la investigación o a los derechos de los interesados.

Precisamente en esta línea, los Considerandos inciden también en que los derechos del interesado (por tanto, del investigado o acusado) deben estar protegidos para evitar daños a su reputación u otras consecuencias negativas²³. Sus derechos de defensa y de acceso a las vías de recurso deben ser plenamente respetados en cada fase del procedimiento tras la denuncia. Al garantizar el derecho de defensa del interesado, deberá incluirse el derecho de acceso al expediente, el derecho a ser oído y el derecho a la tutela judicial efectiva contra una decisión que le concierna (todo ello con arreglo a los procedimientos aplicables establecidos en Derecho nacional en el contexto de investigaciones o procesos judiciales ulteriores). Asimismo proclama que toda persona interesada que sufra un perjuicio, directo o indirecto, como consecuencia de la denuncia o la revelación de información inexacta o engañosa gozará de protección, tendrá vías de recurso conforme al Derecho interno y derecho a indemnización si la denuncia fuera inexacta o engañosa deliberada y conscientemente²⁴.

2.4. La protección a los informantes

La propuesta de Directiva articula un sistema de protección a los informantes ante las represalias que puedan sufrir como consecuencia de la denuncia. Se pretende otorgar protección contra toda forma de represalia, en el sentido de cualquier acto u omisión que se produzca en el contexto laboral y cause un perjuicio a la persona²⁵.

A título ejemplificativo, y por tanto sin ánimo de exhaustividad, las represalias que recoge la propuesta de Directiva son las siguientes²⁶:

a) suspensión, despido, destitución o medidas equivalentes;

²² Considerando 49

²³ Considerando 76

²⁴ Considerando 77

²⁵ Considerando 31

²⁶ Art. 14

- b) degradación o denegación de ascensos;
- c) cambio de puesto de trabajo, cambio de ubicación del lugar de trabajo, reducción salarial o cambio del horario de trabajo;
- d) denegación de formación;
- e) evaluación o referencias negativas con respecto a sus resultados laborales;
- f) imposición de cualquier medida disciplinaria, amonestación u otra sanción, incluidas sanciones pecuniarias;
- g) coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo en el lugar de trabajo;
- h) discriminación, marginación o trato injusto;
- i) no conversión de un contrato de empleo temporal en permanente,
- j) no renovación o rescisión anticipada de un contrato de trabajo temporal;
- k) daños, incluidos a su reputación, o pérdidas económicas, incluidas la pérdida de negocio y de ingresos;
- l) inclusión en listas negras sobre la base de un acuerdo sectorial, formal o informal, que implique que en el futuro la persona no encontrará empleo en dicho sector;
- m) resolución anticipada o cancelación de contratos de bienes o servicios,
- n) anulación de un permiso o autorización.

Las represalias pueden ser directas o indirectas, tanto desde el punto de vista de quien las sufre como de quien las ordena.

- Los Considerandos destacan que estas represalias pueden tomarse frente al propio informante, pero también frente a la persona jurídica que éste represente (boicot a empresas, inclusión en listas negras, por ejemplo). Asimismo, las represalias indirectas incluyen las medidas adoptadas frente a familiares del informante que también mantengan una relación laboral con la persona a la que afecte la denuncia. Puede afectar a los clientes del informante. O incluso a los representantes de los trabajadores que hayan prestado apoyo al informante²⁷.
- También puede tratarse de represalias que lleve a cabo otra persona diferente del empresario o persona interesada, pero que venga recomendada o tolerada por éste²⁸.

Lo primero que debe constatarse es que actualmente en derecho procesal penal español no contamos con un instrumento eficaz para proteger a los denunciantes en relación con dichas represalias. La Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales en modo alguno sirve a tal propósito. En primer lugar, porque exige que para sus disposiciones sean aplicables la autoridad judicial aprecie racionalmente un *peligro grave para la persona, libertad o bienes* de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad, sus ascendientes, descendientes o hermanos. Este peligro grave no puede equipararse a algunas de las represalias que se mencionan en la propuesta de Directiva, pudiendo tan sólo las coacciones, intimidaciones, el acoso o la discriminación

²⁷ Considerando 65

²⁸ Considerando 65

acercarse a este concepto, ninguna de las demás. Y en segundo lugar, porque la protección que dispensa la LO 19/1994 es estrictamente preservar la identidad del testigo (con las limitaciones derivadas de las necesidades consustanciales a un juicio justo en la fase de juicio oral) y garantizarle, en su caso, protección policial. No otorga protección, por tanto, en otras facetas, como la laboral. Por tanto, puede afirmarse que con la propuesta de la Comisión Europea se viene a cubrir una faceta hoy día no regulada en nuestro Derecho interno.

Los requisitos contemplados en la propuesta de Directiva para activar la protección son, además del consustancial a que se incardine dentro de su ámbito de aplicación, los siguientes²⁹:

a) que haya motivos fundados para creer que la información comunicada era veraz en el momento de la denuncia. Al respecto, los Considerandos señala que los informantes deben creer razonablemente, a la luz de las circunstancias y de la información de que dispongan al tiempo de la denuncia, que los hechos que notifican son veraces. Esta creencia razonable debe presumirse hasta que se demuestre lo contrario³⁰. Se trata por una parte de evitar denuncias abusivas y por otra de garantizar que no se pierda la protección cuando el informante comunique información inexacta debido a un error cometido de buena fe.

b) que se haya presentado una denuncia externa, en todos los supuestos en los que ésta es admisible (es decir, bien porque pudiera acudir directamente a esta vía, o bien porque se agotó la vía interna y no se tomaron medidas oportunas, o no existía cauce interno, o el cauce interno no era obligatorio, o no podía esperarse razonablemente que el cauce interno fuera utilizado a la vista del objeto de la denuncia o existían motivos razonables para creer que la denuncia interna socavaría la eficacia de la investigación por parte de las autoridades competentes);

c) incluso sin denuncia por los cauces adecuados, en el supuesto de que la información se haya revelado públicamente, bien cuando la denuncia interna o externa no haya propiciado la adopción de medidas apropiadas o cuando no podía esperarse razonablemente que se recurriera a dichos cauces internos o externos debido a un peligro inminente o manifiesto para el interés público, a las circunstancias particulares del caso o a la existencia de riesgo de daños irreversibles.

Activada la protección contra las represalias que pueda sufrir el informante, las medidas correctoras de esas represalias se configuran como un catálogo abierto. Pueden ser medidas cautelares que se adopten a la espera de la resolución del proceso judicial que se haya entablado. En este sentido, la propuesta de Directiva prevé que se adopten todas aquellas que sean necesarias para garantizar la protección al informante. El remedio adecuado se determinará en función del tipo de represalia sufrido. Puede tomar la forma de reintegración (por ejemplo, en caso de despido, traslado, degradación, congelación de formación o de ascenso); restauración de un permiso, licencia o contrato cancelado; compensación por pérdidas financieras o reparación de otros daños económicos (gastos jurídicos, costes de tratamiento médico o daños inmateriales)³¹.

²⁹ Art. 13

³⁰ Considerando 60

³¹ Considerando 71

Los Considerandos destacan que estas medidas provisionales a la espera de la resolución del proceso judicial son especialmente importantes dado que el proceso puede prolongarse en el tiempo³². Algunas represalias pueden ser difícil revertirlas una vez transcurrido un largo periodo de tiempo desde la denuncia, tiempo que puede llevar al informante a arruinarse económicamente siendo este temor un efecto disuasorio para futuros denunciantes.

Al margen de esta previsión, la propuesta contempla un elenco mínimo de medidas de protección. De entre ellas, en lo que aquí nos concierne, conviene destacar que se contempla la asistencia jurídica gratuita a los informantes en los procesos penales. Junto a esto, de conformidad con el Derecho nacional, los Estados miembros podrán establecer medidas de apoyo y asistencia jurídica y financiera a los informantes en el marco de un proceso judicial. En todo caso, los informantes tendrán acceso a asistencia efectiva por parte de las autoridades competentes ante cualquier autoridad pertinente asociada a su protección contra represalias, pudiendo obtener un certificado acreditativo de que pueden acogerse a la protección prevista en la Directiva³³.

Es importante destacar que se contiene una previsión normativa de inversión de la carga de la prueba, en el siguiente sentido: una vez que el informante demuestre, razonablemente, que ha presentado una denuncia o que ha revelado información y que ha sufrido un perjuicio, la carga de la prueba deberá recaer sobre la persona que haya tomado la medida de represalia, quien deberá demostrar que la medida no estaba vinculada en modo alguno con la denuncia³⁴. Conviene destacar que esta inversión de la carga de la prueba puede resultar problemática si el investigado en el proceso penal es quien adoptó la represalia. Esta inversión de la carga de la prueba es, quizás, el aspecto más criticable de la propuesta de Directiva o la que mayor incidencia puede tener en las garantías del investigado. Será decisivo, por tanto, los términos en los que la normativa europea la contemplan definitivamente en el texto que sea finalmente promulgado.

3. Iniciativa española: la proposición de ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes

La proposición de Ley Integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes que se encuentra a día de hoy en trámite parlamentario, aunque es anterior en el tiempo a la propuesta de Directiva, comparte algunas características con la iniciativa de la UE, pero se aparta de la misma en algunos extremos de capital importancia, hasta el punto que consideramos que supone una amenaza para el proceso penal en diferentes facetas, como trataremos de exponer a continuación.

Crea un órgano de naturaleza administrativa, denominado Autoridad Independiente de Integridad Pública – en adelante AIIP - sobre el que se centra gran parte del articulado.

A los efectos que aquí nos ocupan, lo primero que es digno de mención es que parte de un concepto restringido de denunciantes, limitándolos a los altos

³² Considerando 73

³³ Art. 15

³⁴ Considerando 70

cargos, los funcionarios y el resto del personal al servicio del sector público³⁵ cuando sean éstos los que revelen información con apariencia suficiente de veracidad sobre hechos que puedan *ser constitutivos de delito* o infracción administrativa, en particular delitos contra la Administración Pública o contra la Hacienda Pública o sobre hechos que puedan dar lugar a responsabilidades por alcance. Por tanto, no pretende proteger a todo tipo de denunciantes o alertadores, ni siquiera – a diferencia de la propuesta de Directiva – a los denunciantes que conocen de unos hechos en virtud de su relación profesional, sólo configura como susceptibles de protección a aquellos que están vinculados con la Función Pública. Con ello se restringen de manera injustificada el elenco de alertadores dignos de protección. Además, la proposición de ley integral, como destaca Ragués I Vallés, olvida que los funcionarios públicos ya vienen obligados por ley a formular denuncia por los delitos de los que tengan noticia, todo ello de conformidad con el artículo 262 LECrim³⁶.

Expresamente contempla la propuesta de ley integral que no se admitirán a trámite las denuncias anónimas ni tampoco aquellas que no puedan sostenerse en documentos o informaciones contrastadas³⁷. Estas previsiones pueden tener un auténtico efecto disuasorio de presentar la denuncia ante la fiscalía o ante el juzgado de instrucción, pues puede concluirse que de no prosperar ante la AIIP con más motivo no lo hará ante la autoridad judicial. Tampoco contempla la proposición que expresamente se advierta al informante que la inadmisión a trámite ante la AIIP en absoluto tiene efectos ante las autoridades judiciales.

También debe destacarse que la información que debe revelar el denunciante para acceder al estatuto de tal no se circunscribe a la esfera administrativa, sino que puede incluir la revelación de auténticos ilícitos penales. Por ello, el estatus merecedor de especial protección surge desde el momento en que los denunciantes presentan su denuncia ante cualquier superior jerárquico, autoridad administrativa o judicial³⁸. De este modo, de prosperar esta proposición de ley, el régimen jurídico de los denunciantes de delitos no estaría regulado sólo en la LECrim, o en el estatuto de la víctima si además de denunciante tiene esta condición, sino también en esta ley integral cuando se trate de personal sobre el que resulte de aplicación. Esta dispersión normativa nos parece indeseable y puede generar importantes contradicciones en el régimen jurídico de unos y otros.

Exige la proposición que se facilite información que identifique los hechos constitutivos de ilícito penal o administrativo, los presuntos responsables y, si fueren conocidas, la fecha de comisión, el alcance económico del acto ilícito, así como cualquier otra circunstancia que facilite su investigación³⁹. Por tanto, al menos en los aspectos que resultan imperativos (los hechos y su calificación como ilícito penal o administrativo así como los autores) son ciertamente exigentes.

En la proposición de ley integral, a estos denunciantes les atribuye una serie de derechos⁴⁰:

³⁵ Art.3

³⁶ Ragués I Valles, Ramón, DIARIO LA LEY, número 9003, de 19 de junio de 2017, Wolter Kluwer

³⁷ Art. 5.2

³⁸ Art. 4

³⁹ Art. 5.3

⁴⁰ Art. 4

a) A que las denuncias formuladas sean tramitadas por canales y procedimientos que garanticen la confidencialidad del denunciante, sin perjuicio de lo que dispongan las normas procesales. Todas las personas que intervengan en la tramitación o tengan conocimiento de la denuncia quedarán sometidas a deber de secreto en sus actuaciones. En ningún caso se considerará que los denunciantes incumplen con su deber de sigilo en el ejercicio de sus funciones.

b) A recibir información acerca de la situación administrativa de su denuncia y notificación sobre los trámites realizados y sobre las resoluciones acordadas respecto de la misma

c) A que la denuncia que presente finalice mediante resolución expresa y motivada en los términos y plazos previstos en la presente Ley.

d) A la asesoría legal gratuita en relación con la denuncia presentada.

e) A la indemnidad laboral, sin que pueda sufrir ningún género de perjuicio o menoscabo en su estatuto personal y carrera profesional como consecuencia de la denuncia presentada. Se considerarán nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y decisiones que atenten contra la indemnidad laboral del denunciante, salvo que la autoridad o superior jerárquico que los hubiese emitido demuestre que no tienen relación ni traen causa alguna de la denuncia presentada.

f) A la indemnización por daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública cuando acredite la existencia de un daño individualizado y determinado económicamente consecuencia directa de la denuncia, en los términos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por ejemplificar las contradicciones a las que antes hacíamos referencia, en la LECrim, el denunciante que no sea víctima de un delito (por ejemplo, que se limite a ser testigo presencial del hecho delictivo) no tiene derecho a asistencia legal gratuita. Este derecho, sin embargo, sí se le reconocería si fuera denunciante en las circunstancias recogidas en la proposición analizada.

Como adelantábamos, en la proposición de ley integral la protección de este tipo particular de denunciantes no se atribuye a autoridades ordinarias (al Juez de Instrucción que conoce del delito denunciado por el funcionario público o a la propia Fiscalía) sino que acude a la creación de una autoridad nueva: la Autoridad Independiente de Integridad Pública (AIIP).

Esta autoridad se configura como ente de Derecho Público dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, y actuará con plena independencia orgánica y funcional respecto de las Administraciones Públicas en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines. Entre las diversas funciones que le atribuye la proposición de Ley, a los efectos que aquí nos interesa conviene destacar que se encuentra la de investigar el destino irregular de fondos públicos en el ámbito del sector público estatal, tramitar las denuncias al respecto y tutelar los derechos de los denunciantes.

Estas funciones, así configuradas, se solapan plenamente con las atribuidas, por ejemplo, a la propia Fiscalía⁴¹. Podría pensarse que el ámbito de actuación de la AIIP nunca sería aquellos hechos que tengan entidad delictiva, pero no es así.

⁴¹ Recordemos, por ejemplo, que el artículo 3.10 de la Ley 50/1981 por la que se regula del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal atribuye a éste velar por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban ayuda y asistencia efectivas

Como se ha mencionado anteriormente, se contempla expresamente que ante esta AIIP se denuncien ilícitos penales. Cabe cuestionarnos si con ello se está otorgando impunidad al que, con temerario desprecio a la verdad o con conocimiento de su falsedad, denuncie un delito que se sabe inexistente, pues el artículo 457 CP exige para su persecución que haya dado lugar a actuaciones procesales, cuestión ésta que entendemos no concurriría en modo alguno si la única que abre investigación es la AIIP ante la que se denuncia (pero, que con base en dicha denuncia, ha podido adoptar medidas de protección a favor del informante).

Además, la proposición señala que en el supuesto de que la autoridad judicial iniciase un procedimiento para determinar la relevancia penal de unos hechos que constituyan a la vez el objeto de actuaciones de investigación de la AIIP, esta deberá cesar en su actuación tan pronto como:

- a) sea requerida por dichas autoridades o
- b) tenga conocimiento del inicio de cualquier procedimiento por parte de aquellas⁴².

Consecuentemente, si no hay tal requerimiento (pues bien puede ignorar la autoridad judicial o fiscal la existencia de este procedimiento ante la AIIP) o si no tiene tal conocimiento (porque la AIIP no tiene por qué conocer la existencia de unas diligencias de investigación de fiscalía o de una causa judicial en fase de instrucción o incluso que esté bajo secreto del sumario) puede darse el indeseable supuesto de que haya dos órganos investigando los mismos hechos.

Cierto es que la proposición contempla que si de las actuaciones practicadas se apreciaran indicios racionales de la existencia de un posible delito, la AIIP resolverá motivadamente el traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la posibilidad de la Autoridad de ejercer la acusación particular⁴³. Obsérvese que no se especifica en la proposición en qué plazo tiene que remitirse la investigación, si inmediatamente o en cuantos días, lo que puede propiciar retrasos indeseables. Por otra parte, el hecho de que la AIIP se pueda personar como acusación particular hace que, en delitos de corrupción, podamos encontrarnos, ejercitando la acusación, al Ministerio Fiscal, a la Abogacía del Estado y a la citada AIIP (lo que, sumado a las posibles acciones populares, supone un fortalecimiento notable del legitimado para ejercitar la acusación).

En el supuesto de traslado al Ministerio Fiscal, la AIIP informará de si a su juicio concurren circunstancias que puedan suponer un peligro grave para la persona, libertad o bienes del denunciante, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad, o sus ascendientes, descendientes o hermanos, a efectos de que la autoridad judicial adopte las medidas de protección a que haya lugar de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre⁴⁴. La pregunta que surge al hilo de esta previsión es de si la AIIP debe dar cuenta sólo de estos peligros graves y la respuesta parece positiva pues, como tendremos ocasión de exponer, en relación con las medidas de protección que garanticen la indemnidad laboral del denunciante, la AIIP conservará su competencia para acordarlas incluso aunque el procedimiento judicial esté ya en trámite.

⁴² Art.9.2

⁴³ Art.5.6

⁴⁴ Art.5.6 párrafo segundo

Eso sí, en el caso de remisión a la autoridad con competencia en materia penal, la Autoridad Independiente de Integridad Pública aportará de oficio toda la información de la que disponga y, si fuese requerida para ello, prestará la asistencia y colaboración precisa⁴⁵. Podríamos pensar que, desde luego, faltaría más, y que una previsión de estas características es de todo punto innecesaria, por exigencia del artículo 118 CE.

Iniciado el procedimiento ante la AIIP, la proposición contempla una serie de plazos⁴⁶:

- un plazo de quince días desde la fecha del registro de entrada de la denuncia para acordar el inicio de un procedimiento de información reservada, que deberá ser comunicado al denunciante.
- en el plazo máximo de tres meses desde el acuerdo del inicio de las actuaciones, deberá llevar a cabo la comprobación previa de los hechos, así como la participación de los presuntos responsables. Pero contempla un plazo excepcional hasta un máximo de seis meses, en los casos en los que la complejidad del asunto o la necesaria colaboración de otras Administraciones públicas así lo justifiquen.

Estos plazos, en cuanto que se sumarían a los previstos para el proceso penal en el artículo 324 LECrim, suponen de facto una ampliación del plazo de investigación con que cuentan las autoridades españolas ante hechos delictivos en este ámbito.

Apuntábamos antes que se lleva a cabo una invasión de las competencias de la Fiscalía y de los Juzgados de Instrucción. Pues bien, se dice esto porque la proposición contempla que la AIIP, en el ejercicio de sus funciones, pueda llevar a cabo actuaciones de investigación e inspección, a cuyo fin podrá⁴⁷:

- Acceder a cualquier información que se halle en poder de las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas.
- Personarse, acreditando la condición de autoridad o agente de la Autoridad Independiente de Integridad Pública, en cualquier oficina o dependencia de la Administración General del Estado o de las entidades del sector público estatal para solicitar información, efectuar comprobaciones in situ y examinar los documentos, expedientes, libros, registros, contabilidad y bases de datos, cualquiera que sea el soporte en que estén grabados, así como los equipos físicos y lógicos utilizados.
- Efectuar las entrevistas personales que se estimen convenientes, tanto en las dependencias de la Administración General del Estado o de las entidades del sector público estatal, como en la sede de la Autoridad Independiente de Integridad Pública. En este supuesto, los entrevistados tienen derecho a ser asistidos por la persona que ellos mismos designen.
- Acordar, al efecto de garantizar la indemnidad de los datos que puedan recogerse, la realización de copias o fotocopias adverbadas de los documentos obtenidos, cualquiera que sea el soporte en que estén almacenados.

⁴⁵ Art.9.2

⁴⁶ Art. 5.3

⁴⁷ Art.11

Las dudas que surgen al respecto son qué garantías se respetarán en estas entrevistas personales desarrolladas ante la AIIP, o en los registros o incautación de documentación. En definitiva, se está habilitando al personal de la AIIP a desarrollar auténticas medidas de investigación que pueden perjudicar las que más tarde se practiquen en el seno del procedimiento penal ahora ya sí con todas las garantías previstas en nuestra ley procesal penal. El caso del registro es quizás el que más gráficamente lo ilustra: la comprobación “in situ” de los documentos, expedientes, libros, registros por la AIIP puede provocar una alteración de elementos probatorios claves (donde estaban estos registros físicamente, por ejemplo, significativo de quien ha podido tener acceso a los mismos) hasta el punto de hacer ineficaz un futuro registro acordado judicialmente.

Para desarrollar estos cometidos, los funcionarios al servicio de la AIIP que tengan atribuidas competencias inspectoras tendrán la condición de agente de la autoridad⁴⁸. Los documentos que formalicen en los que, observándose los requisitos legales correspondientes, se recojan los hechos constatados por aquéllos, gozarán de presunción de veracidad salvo que se acredite lo contrario.

Desde un punto de vista procedimental, será el Estatuto Orgánico de la AIIP el que establecerá los procedimientos de actuación⁴⁹, y será en esta norma (de carácter por tanto administrativo) donde deberán garantizarse los derechos de los afectados, debiendo otorgarse también la posibilidad de que los órganos, instituciones y entidades investigadas realicen las alegaciones que estimen oportunas antes de la resolución

Así, la proposición estipula que la AIIP deberá informar de sus actuaciones a los sujetos que pudieran resultar afectados y, en todo caso, deberá otorgarle audiencia antes de dictar resolución. Excepcionalmente, cuando lo exija el buen fin de las actuaciones, podrá diferirse la información a los sujetos afectados, comunicándolo en tal caso al responsable del órgano o entidad correspondiente⁵⁰, lo que puede resultar perjudicial también para el futuro proceso penal que se incoe como consecuencia de estos hechos.

En materia de confidencialidad, las actuaciones de la AIIP estarán sometidas a la máxima reserva con objeto de garantizar el buen fin de sus actuaciones y los derechos de las personas y entidades afectadas. El personal de la Autoridad, para garantizar la confidencialidad de sus actuaciones, está sujeto al deber de secreto. El incumplimiento de este deber dará lugar a la correspondiente responsabilidad disciplinaria. Esta regulación resulta inquietante en cuanto a insuficiente: no tiene las garantías de plazos y de control judicial que tiene el secreto sumarial. De nuevo nos encontramos con una amenaza para las garantías del afectado en una materia que no sólo se asemeja a la delictiva, sino que en muchos casos lo será también.

Los actos y decisiones de los órganos de la AIIP podrán ser objeto de recurso administrativo, siendo únicamente recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁵¹. Esto plantea problemas cuando la decisión de la AIIP sea la de derivar la investigación a la Fiscalía o al correspondiente Juzgado

⁴⁸ Art. 11.3

⁴⁹ Art. 11.4

⁵⁰ Art. 12.3

⁵¹ Art. 25

de Instrucción, pues somete a esta jurisdicción la valoración de si los hechos son o no delictivos.

La AIIP tiene también competencia para ordenar la aplicación de las medidas de protección necesarias para garantizar los derechos de los denunciantes⁵². De este modo, en cualquier momento durante el procedimiento de información reservada, los denunciantes podrán solicitar de la Autoridad la adopción de medidas de protección frente a aquellas actuaciones que vulneren por acción u omisión sus derechos y que hayan sido adoptadas a causa de la denuncia presentada. A tales efectos, la AIIP podrá acordar, entre otras medidas, la suspensión de las decisiones, acuerdos o resoluciones que causen perjuicio o menoscabo en el estatuto personal del denunciante o en su carrera profesional. Asimismo, a instancia del denunciante, la AIIP, cuando apreciare su conveniencia para garantizar la protección de sus derechos, podrá instar a la autoridad o al órgano competente la concesión de un traslado provisional a otro puesto de trabajo del mismo o equivalente grupo, cuerpo, escala o categoría profesional; o la concesión de un periodo de excedencia por tiempo determinado, con derecho al mantenimiento de su retribución y computable a efectos de antigüedad, carrera y derechos del régimen de Seguridad Social que sea de aplicación, en ambos casos con derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran.

Resulta especialmente problemática la duración de esta protección que decide la AIIP. Así, los efectos de las medidas de protección se extenderán por el tiempo que la Autoridad determine mientras se tramita el procedimiento de información reservada. Pero la proposición contempla que si el denunciante viera lesionados sus derechos por causa de su denuncia en un momento posterior al cierre del procedimiento de información reservada, este podrá solicitar entonces la protección de la Autoridad, la cual de forma justificada podrá acordar las medidas previstas en este artículo y – aquí es donde surge el problema - extender sus efectos incluso más allá de los procesos administrativos y judiciales a que haya dado lugar la denuncia.

La proposición contempla también que se garantizará en todo caso el derecho de audiencia de las personas u órganos que pudieran verse afectados por las medidas cautelares que acuerde la AIIP⁵³. Esta audiencia, por mucho que pueda pensarse a priori que es loable y que supone una garantía para el afectado, lo cierto es que puede también poner en peligro el éxito de la ulterior investigación penal que deba desarrollarse.

En consecuencia, la conclusión que extraemos del análisis de la (bienintencionada) Proposición de Ley Integral es que su enfoque no parece el más adecuado para regular de manera satisfactoria la necesidad imperiosa de cubrir el vacío legal existente en nuestro ordenamiento jurídico para la eficaz protección de los alertadores. Genera duplicidad de procedimientos, invade competencias reservadas a la autoridad judicial y fiscal, articula medidas de investigación administrativas que pueden incidir muy negativamente en las diligencias de investigación penales y resta garantías a los investigados, aquellas garantías que precisamente sí les reconoce la LECrim. La propuesta de Directiva europea, sin embargo, puede resultar de mayor utilidad y, sobre todo, parece descansar en el principio inquebrantable del derecho a un juicio justo. Será

⁵² Art. 5.5

⁵³ Art. 5.5 último párrafo

necesario prestar atención al desarrollo legislativo de ambas proposiciones, sin perjuicio de destacar , como reflexión final, que lo que parece absolutamente imprescindible es contar (de una vez) con una ley procesal penal moderna que aborde esta materia y las implicaciones que presenta para nuestro procedimiento penal en general y para las garantías de los investigados en particular.