



blueprint for
FREE SPEECH

“Whistleblowing” en la Union Europea:

Una nueva directiva para
proteger los ciudadanos, la
Democracia y el Estado de
derecho.



Autora: Veronika Nad and Naomi Colvin
Design: Garreth Hanley

© 2019 Blueprint for Free Speech . All rights reserved. We'd like it if you distribute this report to those who find it useful; please do so only in its entirety and with attribution to Blueprint for Free Speech and the authors.

Acknowledgements

In producing this report, Blueprint for Free Speech gratefully acknowledges the support of the Open Society Initiative for Europe within the Open Society Foundations and the Internal Security Fund of the European Union.

Introduction:

Con la introducción de una Directiva Europea por la que se establecen normas mínimas de protección de los alertadores en todos los Estados miembros, las instituciones europeas han dado un paso importante en la dirección correcta. Al reforzar legalmente la posición de los alertadores y protegerlos de las represalias, la UE reconoce la importancia de reportar la corrupción, la negligencia y otros delitos de interés público.

The *Directive of the European Parliament and the Council on the protection of persons reporting breaches of Union law* reconoce los altos costes personales que resultan cuando los alertadores carecen de protección jurídica adecuada: entre ellos la pérdida de empleo y los daños a la salud física y mental. En una mayor escala, la Directiva Europea allana el camino para profundizar un cambio cultural, **afirmando los valores democráticos y el Estado de Derecho** al empoderar a los que defienden estos valores en vez de abandonarlos a su suerte.

El texto final, que fue adoptado por el Parlamento Europeo el 16 de abril de 2019 en Estrasburgo, es compatible con una serie de estándares internacionales de buenas prácticas para una legislación eficaz de protección de alertadores. En comparación con [Blueprint Principles For Whistleblower Protection](#), creemos que la nueva Directiva abarca once de los veintitres principios. Otros ocho se cumplen parcialmente. Los cuatro principios restantes no figuran en el texto o son los Estados miembros que los tienen que definir en la transposición.

En este informe explicamos cómo pensamos que el texto de la Directiva se ajusta a esos 23 principios. Una vez que se apruebe la Directiva, los Estados miembros de la UE dispondrán de dos años para aprobar su propia legislación con el fin de aplicar la Directiva en su legislación nacional.

Lo que ocurra en este proceso de transposición podría marcar una diferencia real en cuanto a la eficacia - y a la exhaustividad- de la practica de estas protecciones. Hay varios aspectos del texto de la Directiva que requerirán que se presenten argumentos a nivel nacional. En la segunda mitad de este informe, ofrecemos algunas recomendaciones para aquellos que presentarán estos argumentos en los distintos Estados miembros de la UE.

COMPLETO

PARCIAL

INEXISTENTE



Principio 1: Amplia cobertura de organizaciones

Uno de los puntos fuertes de la Directiva es su amplia cobertura de las organizaciones públicas, privadas y del tercer sector. Establece que ningún trabajador de una institución pública o privada de un Estado miembro, independientemente de la industria en la que esté implicado, pueda ser objeto de represalias por revelar informaciones en aras del interés público. Con este enfoque, la Unión Europea garantiza la igualdad de los trabajadores en todos los sectores

Principio 2: Amplia definición de las infracciones reportables

Una buena definición de conducta reportable es aquella que abarca diferentes dimensiones de potencial daño al interés público. Las infracciones reportables dentro del ámbito de aplicación de la Directiva son amplias aunque limitadas por el mandato de la UE: sólo pueden aplicarse en ámbitos en los que los Estados miembros hayan acordado previamente compartir competencia. Esto excluye por definición áreas importantes como la seguridad nacional y la policía.

En el ámbito del mandato de la UE, el texto final incluye una definición de gran alcance de las infracciones denunciables, que abarca:

- 1) Infracciones del Derecho de la Unión en ámbitos como la contratación pública, los servicios financieros, los productos y los mercados y la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, la seguridad de los productos, la seguridad de los transportes, la protección del medio ambiente, la protección contra las radiaciones y la seguridad nuclear, la seguridad de los alimentos, la salud y el bienestar de los animales, la salud pública, la protección de los consumidores, la protección de la intimidad y de los datos personales y la seguridad de las redes y los sistemas de información.
- 2) Infracciones que afectan a los intereses financieros de la UE
- 3) Infracciones relacionadas con el mercado interior

Principio 3: Amplia definición de alertadores

Este es otro de los puntos fuertes de la Directiva, que abarca una amplia gama de relaciones laborales. Entre ellos se encuentran los trabajadores, los funcionarios públicos y los trabajadores autónomos. También están cubiertos los accionistas y las personas que pertenecen al órgano administrativo, de gestión y de supervisión de las organizaciones. Además, la Directiva incluye la protección de los voluntarios, los aprendices remunerados o no remunerados, las personas que trabajan en el contexto de relaciones contractuales o con proveedores, así como los empleados futuros o antiguos.

La protección también se aplica a los facilitadores u otras personas relacionadas con un alertador y que, como resultado de su relación, podrían enfrentarse a represalias.

Principio 4 y 5: Gama de canales de reporte internos y reglamentarios

La Directiva estipula que, si bien se fomentan los informes internos, los denunciadores pueden elegir libremente si reportar primero la información internamente o dirigirla inmediatamente a las autoridades competentes. Tanto las instituciones públicas como las privadas están obligadas a proporcionar diferentes canales internos para que los alertadores realicen sus reportes. Entre ellos se incluyen los canales electrónicos y las líneas telefónicas directas, así como las personas designadas para las reuniones físicas y los informes orales. Los canales de reporte deben ser diseñados para poder proteger la confidencialidad del reporte y del alertador y permitir el almacenamiento apropiado de la información para investigaciones posteriores. Los miembros del personal responsables de la elaboración de los informes deben recibir una formación especial.

Principio 6: Gama de canales de reporte externos (terceros/medios de comunicación)

La Directiva ofrece protección en circunstancias específicas y limitadas a los alertadores que efectúan revelaciones al público o a terceros. Por ejemplo en caso de un peligro inminente o manifiesto para el interés público.

Los alertadores también pueden revelar información directamente a los medios de comunicación cuando tengan una sospecha razonable de que se tomarían represalias contra ellos si presentaran un reporte/denuncia a las autoridades públicas. También se protege la información pública cuando las reexpediciones se han realizado previamente internamente o a las autoridades competentes y no se ha tomado ninguna medida apropiada.

Principio 7: Umbral de protección

Una ley debe incluir umbrales sensatos para garantizar la protección; el alertador debe tener una creencia honesta y razonable para considerar que su reporte es veraz. Se incluye la protección para los que cometen "errores honestos".

La Directiva cumple parcialmente esta norma: Los alertadores están protegidos por la legislación de la UE si el reporte corresponde a los ámbitos cubiertos por la Directiva. No existe una prueba de motivación: la protección se aplica cuando existe una creencia razonable de que la información reportada era veraz al momento del reporte. Sin embargo, el texto también estipula que la protección sólo se concederá si la información no constituye un delito autónomo.

Principio 8: Disposiciones y protecciones para los reportes confidenciales y anónimos.

Todos los canales de reporte deben ser diseñados para proteger la identidad del alertador. Las identidades pueden ser divulgadas "sólo cuando se trate de una obligación necesaria y proporcional impuesta por el Derecho de la Unión Europea o nacional". Son los Estados miembros quienes deben definir las sanciones en caso de incumplimiento de esta obligación de confidencialidad.

La Directiva establece una protección parcial para las alertas anónimas. Los alertadores anónimos cuya identidad se revela más tarde están protegidos contra represalias. Sin embargo, los Estados miembros no están obligados a facilitar o respaldar la divulgación de reportes anónimos. Cada uno de los Estados miembros podrá decidir en la transposición si se aceptan o no las denuncias anónimas.

Principio 9: Obligatoriedad de los procedimientos de reportes internos.

Tanto las instituciones del sector privado como las autoridades públicas tienen que establecer canales internos de reporte que cumplan con los requisitos específicos establecidos en la Directiva. Se conceden exenciones a las personas jurídicas con menos de 50 empleados y a los municipios con menos de 10 000 habitantes. Las pequeñas y medianas empresas con hasta 249 empleados pueden compartir recursos con otras organizaciones.

Los canales de reporte pueden ser proporcionados por proveedores de servicios externos, siempre y cuando cumplan con los estándares especificados en cuanto a tiempos de respuesta y confidencialidad.

Principio 10: Amplia protección contra las represalias

La protección contra las represalias debe estar en el centro de toda legislación sobre alertadores. Las disposiciones de la Directiva en este ámbito responden a los estándares mínimos. La Directiva incluye una amplia lista de actos específicos de represalia a los que podrían estar expuestos los alertadores. Incluye las suspensiones, la retención de oportunidades para el desarrollo profesional, la discriminación, la coerción, el daño a la reputación, las pérdidas financieras, y las derivaciones psiquiátricas o médicas. Los posibles actos de represalia no se limitan a los enumerados.

Principio 11: Soluciones integrales contra las represalias

La Directiva exige a los Estados miembros que presten asistencia, apoyo y recursos a los alertadores que hayan sufrido represalias "como sea apropiado" en su legislación nacional. La forma que deben adoptar esas medidas se deja a la decisión de los Estados miembros.

Otros elementos de la Directiva en este ámbito son más sólidos. Por ejemplo en los casos en que se han tomado medidas disciplinarias contra un alertador, se aplica una inversión de carga de la prueba: son los empleadores que tienen que probar que las medidas tomadas no estaban relacionadas con el reporte.

Principio 12: Sanciones en caso de represalias.

Si las disposiciones de protección de los alertadores han de tener algún peso, entonces debe haber las disposiciones para sanciones civiles, penales y/o disciplinarias para aquellos que dañan a los alertadores. Este es otro ámbito en el que las instituciones de la UE han decidido dejar la libertad a los gobiernos de decidir durante la transposición. Los Estados miembros establecerán "sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias" por obstaculizar las represalias contra los alertadores y sus facilitadores. Asimismo, la naturaleza de estas sanciones se determinará en la legislación nacional.

Principio 13: Audiencia justa

La UE ha proporcionado garantías suficientes para que los alertadores reciban una audiencia justa. La Directiva establece que los alertadores tienen derecho a impugnar ante los tribunales las medidas de represalia. En estos casos, los Estados miembros están obligados a garantizar que los alertadores tengan acceso a medidas de apoyo adecuadas, incluido el acceso a la información, la asistencia jurídica y el apoyo financiero.

Principio 14: Autoridad de Supervisión

La Directiva no establece la creación de una autoridad o un tribunal independiente. El texto sólo sugiere que el asesoramiento y el apoyo a los alertadores "puede" proporcionarse a través de un centro de información o de una autoridad independiente. El examen del funcionamiento de los mecanismos de presentación de reportes se deja, una vez más, en manos de los Estados miembros.

Principio 15: Uso transparente de la legislación

Los Estados miembros están obligados a informar anualmente a la Comisión Europea. Estos informes deben incluir estadísticas sobre el número de informes realizados, así como sobre las investigaciones y los procedimientos iniciados en consecuencia. Deben incluir una estimación de los daños financieros notificados y de los importes recuperados.

Se trata de una disposición importante de la Directiva, que permitirá controlar y evaluar los efectos positivos de las medidas de protección de los alertadores en un contexto transnacional amplio.

Principio 16: Exención de responsabilidad

La exención de responsabilidad es un elemento fundamental de la protección de los alertadores, que permite a las personas reportar las infracciones en aras del interés público, sin temor a ser procesados penalmente o a recibir sanciones civiles. En general, la Directiva exime de responsabilidad legal a las personas que hayan reportado siguiendo correctamente los procedimientos. La protección se concede siempre que la información revelada se refiera al ámbito de aplicación cubierto por la Directiva y que los alertadores tengan motivos razonables para creer que la información revelada es veraz. Se aplican normas especiales a los informes enviados directamente a los medios de comunicación.

Sin embargo, tenemos que hacer una advertencia importante: En virtud de la Directiva, las protecciones no se aplican cuando la adquisición de la información comunicada constituye un "delito en sí mismo". Este es un aspecto problemático que puede socavar las protecciones en muchos casos.

Principio 17: Reportes y ordenes de confidencialidad.

En la Directiva, el tratamiento de los acuerdos de confidencialidad y otros tipos de cláusulas contractuales que podrían restringir a los alertadores es claro e inequívoco. Los Estados miembros deben velar por que los derechos y recursos previstos en la Directiva no sean coartados o limitados en virtud de ningún acuerdo.

Principio 18: Reportes en el ámbito de la Seguridad Nacional e Inteligencia.

Las disposiciones de la Directiva no incluyen específicamente los reportes relacionados con la seguridad nacional o los contratos públicos de defensa, que quedan fuera de la competencia habitual de la UE. Los asuntos relacionados con la protección de la información clasificada están explícitamente reservados a los Estados miembros.

Principio 19: Extradición

La Directiva tiene por objeto establecer un estándar mínimo y común de protección de los alertadores en la UE, teniendo particularmente en cuenta el funcionamiento del mercado único a través de las fronteras nacionales. La Directiva no dice nada sobre la cuestión de la extradición.

Principio 20: Recompensas financieras

La Directiva no prevé la concesión de indemnizaciones económicas a los alertadores.

Principio 21: Participación de los alertadores

Se trata de un elemento importante de la Directiva. Las instituciones públicas y privadas están obligadas a informar a los alertadores sobre el estado de las investigaciones relativas al reporte. Después de la presentación de un reporte interno, los alertadores recibirán una notificación de recepción dentro de los siete días siguientes a la presentación. Las informaciones sobre las investigaciones internas debe darse en un plazo de tres meses.

Cuando se presente un informe a autoridades externas, el plazo para la comunicación de información podrá ampliarse a un máximo de seis meses en casos debidamente justificados. Las autoridades competentes tienen que informar a los alertadores sobre el resultado final de la investigación.

Se pueden establecer excepciones a estas normas en los casos en que las autoridades competentes reconozcan que una infracción es "claramente menor" y en el contexto de la Directiva no requiere un seguimiento ulterior. Los informes repetitivos que no incluyan ninguna información nueva y significativa podrán ser ignorados.

Principio 22: Anonimato tecnológico

La Directiva establece parcialmente el anonimato. Los canales proporcionados tanto internamente como externamente tienen que garantizar la confidencialidad de la identidad del alertador. Los Estados miembros podrán introducir disposiciones que permitan la presentación de reportes anónimos, siempre que sea posible un seguimiento con el alertador.

Principio 23: Revisión legislativa

Transcurridos dos años desde la transposición, la Comisión presentará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo en el que se analizará la aplicación de la Directiva, sobre la base de los informes estadísticos anuales presentados por los Estados miembros. Cuatro años después de la transposición, y teniendo en cuenta su propia revisión, así como los informes anuales adicionales de los Estados miembros, la Comisión evaluará la eficacia de la Directiva. Sobre la base de esta evaluación, la Comisión puede decidir modificar y mejorar la legislación de la UE

Recomendaciones para la transposición al Derecho nacional

La Directiva acordada por las instituciones europeas es un paso importante para garantizar un nivel mínimo decente de protección de los alertadores en todo el continente. En los países de la UE en los que no existen actualmente protecciones para los reportes de interés público, la adopción de la Directiva supone una diferencia significativa.

Inusualmente, las instituciones de la UE han dejado claro que, no sólo deben preservarse los compromisos preexistentes de protección de los alertadores, sino que los Estados miembros son bienvenidos a introducir nuevas protecciones que vayan más allá de lo estipulado en el texto de la Directiva. Además, como hemos visto, la Directiva deja explícitamente ciertas cuestiones a la decisión de los gobiernos nacionales.

Esto significa que lo que ocurra en los próximos dos años en cada uno de los Estados miembros de la UE es de relevante importancia. Creemos que los Estados miembros tienen que tener en cuenta las siguientes cuestiones al transponer la Directiva. Si lo hacen, se aseguraran de proporcionar a sus ciudadanos las más avanzadas medidas de protección de los alertadores.

Además de las medidas que se proponen a continuación, los Estados miembros también deberían considerar la posibilidad de ampliar las nuevas protecciones a posteriori, siguiendo el ejemplo de la Ley de reportes protegidos de Irlanda de 2014. Esto permitiría a los denunciantes que sufrieron represalias antes de la introducción de nuevas disposiciones legales, presentarse y reclamar el reconocimiento de lo que ahora se considera un acto legítimo de reporte de interés público.

1. Ampliar el alcance de las infracciones reportables

El ámbito de aplicación de la Directiva es amplio, pero está limitado por el mandato de la UE. Para introducir una verdadera protección de los alertadores, los Estados miembros deberían ampliar el ámbito de aplicación de sus protecciones para cubrir la notificación de cualquier infracción que perjudique o amenace el interés público.

2. Limitar las excepciones basadas en la forma en que se adquirió la información

El mantenimiento de la responsabilidad legal cuando la adquisición de información constituye un "delito en sí mismo" es potencialmente problemático. Si no se trata con cuidado, esta disposición podría significar que se penalice a los alertadores por hacer lo necesario para presentar su informe. No es difícil encontrar ejemplos en los que los alertadores se hayan enfrentado a este tipo de problemas. Los alertadores que han acudido a los tribunales laborales en virtud de la Ley de Reportes de Interés Público del Reino Unido de 1998 han perdido casos después de encontrarse en la situación "catch 22" de ser acusados de "robo" de la documentación necesaria para probar su caso. Dado que el ejemplo del alertador de LuxLeaks, Antoine Deltour, fue uno de los principales impulsores de la Directiva, resulta irónico que se encontrara precisamente en este tipo de situación en los tribunales luxemburgueses. Los secretos comerciales, la protección de datos e incluso las leyes de delitos informáticos podrían utilizarse para socavar la protección de los alertadores de reportes válidos. Los Estados miembros deben tener cuidado al transponer esta disposición y hacerlo de manera coherente con los objetivos generales de la Directiva.

3. Introducir la obligación de proporcionar canales anónimos y el seguimiento de los reportes anónimos.

Los Estados miembros podrían mejorar la cobertura parcial de la Directiva en materia de reportes anónimos situándolos al mismo nivel que los reportes efectuados de cualquier otro modo. Hay muchas razones por las que los alertadores prefieren hacer reportes anónimos. Sin la obligación de hacer un seguimiento de los reportes anónimos, las autoridades corren el riesgo de perder información vital para proteger la salud y la seguridad pública.

4. Proporcionar una lista extensa de recursos para los alertadores que se enfrentan a represalias.

Las instituciones europeas han dejado en manos de los legisladores nacionales la definición de recursos civiles y/o laborales para los alertadores o facilitadores que son sancionados por presentar denuncias. Deberían aprovechar esta oportunidad para poner en práctica soluciones globales que incluyan derechos de indemnización, daños y perjuicios generales y punitivos, medidas cautelares y otras medidas, incluido el estatuto de protección como alertador. Cuando los alertadores, los facilitadores o sus familias se encuentren en peligro físico, deberían tener el derecho a medidas de protección personal adecuadas para garantizar su seguridad.

5. Introducir sanciones disuasorias en caso de represalias.

Este es otro ámbito en el que los gobiernos nacionales deberían decidir de disposiciones de protección más fuertes. A fin de evitar acciones perjudiciales o represalias contra los alertadores, los Estados miembros deben introducir sanciones civiles, penales y/o disciplinarias específicas. Deben tener en cuenta las responsabilidades personales, así como las de las empresas o instituciones en los casos de represalias.

6. Limitar las restricciones de reporte a los medios de comunicación y a terceros

La posibilidad de acudir a los medios de comunicación constituye una salvaguardia del interés público y un importante respaldo para la eficacia de la protección de los alertadores. Para garantizar la seguridad jurídica, los Estados miembros deben proporcionar directrices sobre las circunstancias de "peligro inminente o manifiesto" en las que la Directiva permite a los alertadores acudir directamente a los medios de comunicación. Esto podría incluir una lista explícita de los casos en que se alcanzaría el umbral.

7. Procedimientos específicos para los reportes de irregularidades en materia de seguridad nacional e inteligencia

El reporte de irregularidades en materia de seguridad nacional no entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, pero debe estar prevista. Los Estados miembros deben velar por que se establezcan mecanismos seguros e independientes que permitan notificar las infracciones de interés público cuando se produzcan en un entorno sensible o cuando la información esté clasificada.

Estos mecanismos deben incluir la provisión de canales internos apropiados, la capacidad de informar al parlamento o a los reguladores cuando el alertador lo considere necesario, y la regulación efectiva de la divulgación pública cuando las circunstancias lo requieran.

8. Introducir una autoridad de supervisión especializada

Recomendamos que los Estados miembros creen una institución pública independiente encargada de supervisar la aplicación de la legislación sobre alertadores. Las funciones de esta institución podrían incluir, entre otras cosas, asegurar que los alertadores estén debidamente informados sobre las protecciones de que disponen, recibir reportes, garantizar el cumplimiento de la ley, recopilar datos sobre los casos de alertas, informar a las legislaturas nacionales, iniciar investigaciones por iniciativa propia o coordinar con otros organismos la investigación de las infracciones reportadas.

9. Plazos más cortos

Tres meses -hasta seis en casos debidamente justificados- de espera para que los alertadores sepan si su reporte se califica como una revelación protegida o no es un tiempo muy largo. Para reducir el riesgo de represalias, los Estados miembros deben acortar el plazo de presentación de los informes internos y externos. Otra opción sería la introducción de un estatus temporal de alertador, haciendo ilegal cualquier medida disciplinaria hasta que se investigue suficientemente el reporte.

10. Extradiciones

Los Estados miembros deberían ir más allá de las disposiciones de la Directiva permitiendo a los tribunales de ordenar la no-extradición de un alertador a otro país, si esta es solicitada en base a la divulgación de interés público.



“Whistleblowing” en la Union Europea:

Una nueva directiva para proteger los ciudadanos, la democracia y el Estado de Derecho

Acknowledgements

In producing this report, Blueprint for Free Speech gratefully acknowledges the support of the Open Society Initiative for Europe within the Open Society Foundations and the Internal Security Fund of the European Union.