

## **OBSERVACIONES DE LA ASOCIACIÓN BLUEPRINT FOR FREE SPEECH EN EL TRÁMITE DE AUDIENCIA E INFORMACIÓN PÚBLICA DEL ANTEPROYECTO DE LEY REGULADORA DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES NORMATIVAS Y DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN POR LA QUE SE TRANSPONE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 23 DE OCTUBRE DE 2019, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN.**

En Madrid, a 17 de marzo de 2022

La asociación Blueprint for Free Speech ha examinado el anteproyecto de ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión (la “**Directiva**”) (el “**Anteproyecto**”), considerando necesario realizar las siguientes observaciones y propuestas de modificación al Anteproyecto, las cuales están divididas en dos secciones: (A) observaciones generales; y (B) observaciones al articulado.

Este documento identifica y propone correcciones para una amplia gama de riesgos y desafíos en la propuesta, sin embargo, el proceso podría ser fuertemente beneficiado por la experiencia de la sociedad civil que trabaja en España e internacionalmente, si se hubiera proporcionado más tiempo para responder a la consulta pública.

### **(A) OBSERVACIONES GENERALES**

#### **Inclusión de un sistema de definiciones en línea con la Directiva**

Llama la atención que el Anteproyecto no incorpore un Artículo que incluya definiciones que son esenciales para la norma; toda vez, además, que la Directiva sí recoge un listado de definiciones en su Artículo 5.

En nuestra opinión, una ley debe ser clara y no debe dar lugar a problemas interpretativos. Si cabe, esto es más patente en una ley como la presente, que transpone una Directiva de la Unión Europea en una materia tan relevante y novedosa como es la protección al informante.

Dada la relevancia y trascendencia de esta norma, no sólo para los trabajadores y empresarios privados, sino para el sector público que también queda sujeto a sus obligaciones, consideramos que es esencial la inclusión de términos definidos que permitan una mejor comprensión de la norma y aboguen por una mayor seguridad jurídica.

Así, recomendamos la inclusión de un Artículo relativo a la definición de determinados términos que no sólo se repiten a lo largo del articulado, sino que resultarán esenciales para el entendimiento e interpretación de la norma.

El contenido mínimo de dicho sistema de definiciones deberá incluir, al menos, las definiciones que se prevén en la Directiva. Los términos como “informante” (“denunciante” en la Directiva), “facilitador”, “contexto laboral”, “revelación pública”, “represalia” o “seguimiento” deberían definirse utilizando como base las definiciones previstas en la Directiva.

No obstante lo anterior, el Anteproyecto no debería únicamente replicar el contenido mínimo previsto en la Directiva; sino desarrollar dicho contenido mínimo de forma que las definiciones se extiendan en determinados campos e incluir nuevos términos como “Interés General” o “Información Clasificada”.

A título de ejemplo, la Directiva define el término “facilitador” como “una persona física que asiste a un informante en el proceso de denuncia en un contexto laboral, y cuya asistencia debe ser confidencial”. Sin embargo, ciertas personas jurídicas y más concretamente entidades sin ánimo de lucro con presencia en España que, tras la publicación de la norma, también se encargarán de asistir y prestar ayuda a las personas que informen sobre infracciones durante el proceso y que deberían poder estar amparadas por la protección de la norma. La definición de “facilitador” debería extenderse, en consecuencia, tanto a personas físicas como a personas jurídicas.

### **Definición de interés general**

El preámbulo del Anteproyecto al desarrollar el concepto de interés general prevé que *“se consideran particularmente perjudiciales para el interés general aquellas actuaciones que perjudiquen de manera grave los intereses financieros del Estado o que alteren de manera significativa la actuación objetiva e imparcial de los organismos públicos envolviendo prácticas corruptas, de clientelismo o nepotismo.”*

Consideramos que, por su trascendencia, no puede restringirse la definición del interés general a las acciones que perjudiquen los intereses financieros del Estado, sino que también se deberían proteger los siguientes:

1. los derechos medioambientales;
2. la seguridad nuclear;
3. la seguridad de los alimentos y productos; y
4. los derechos humanos tal y como éstos se recogen en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Aunque las infracciones del derecho de la Unión en materia medioambiental, de seguridad nuclear y de seguridad de los alimentos y productos ya se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Anteproyecto, el concepto de interés general resulta de gran importancia dado que, como bien apunta el preámbulo, define el ámbito de aplicación de la ley y puede ser determinante a la hora de inadmitir una información ex. Artículo 18.2 del Anteproyecto.

Los ámbitos definidos anteriormente son fundamentales y de gran importancia en el orden económico, jurídico y social actual lo que justifica su inclusión como interés general. Además, son ámbitos que trata y pretende proteger la propia Directiva. Así, ésta reconoce:

1. en lo relativo a la protección del medio ambiente que, *“reunir pruebas, prevenir, detectar y afrontar los delitos contra el medio ambiente y las conductas ilícitas sigue siendo un reto y las acciones al respecto deben reforzarse, tal como reconoce la Comisión en su comunicación de 18 de enero de 2018, titulada «Acciones de la UE para mejorar el cumplimiento y la gobernanza medioambiental»;*
2. en lo relativo a la protección de la seguridad nuclear, que *“mejorar la protección de los denunciantes favorecería también la prevención y disuasión de infracciones de las normas de la Comunidad Europea de la Energía Atómica en materia de seguridad nuclear, protección frente a las radiaciones y gestión responsable y segura del combustible que se consume y los residuos radiactivos”;*

3. en lo relativo a la protección de la seguridad de los alimentos, que *“la introducción de un marco de protección de los denunciantes también contribuiría a reforzar la ejecución de las disposiciones existentes y prevenir las infracciones de las normas de la Unión en el ámbito de la cadena alimentaria, y en particular en la seguridad de los alimentos y los piensos, así como de la sanidad, la protección y el bienestar de los animales.”*

Los derechos humanos son de interés general y aunque ya gozan de protección constitucional, resulta manifiesto que los mismos deberían estar amparados por el Anteproyecto. Ello facilitaría la protección de los informantes que alerten sobre vulneraciones de los derechos humanos en el contexto laboral.

### **Autoridad Independiente de Protección del Informante**

Los Artículos 53 y siguientes del Anteproyecto regulan la organización de la Autoridad Independiente de Protección del Informante.

En dicha regulación, consideramos que falta, de un lado, la monitorización de la actividad que desarrollará el Presidente de la Autoridad Independiente de Protección del Informante y, de otro lado, la representación de sociedades civiles y organizaciones sin ánimo de lucro en la Comisión Consultiva.

Dada la trascendencia de los dos nuevos puestos creados al amparo del Anteproyecto en la consecución de la finalidad del Anteproyecto, consideramos lo siguiente:

1. En relación con la actividad del Presidente de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, creemos relevante regular una rendición de cuentas de dicha actividad ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados encargada de ratificar su nombramiento durante un periodo de cinco años no renovable.

Resulta fundamental que el Presidente informe de forma periódica a la Comisión de las actividades que desarrolla en el marco de sus funciones, así como de los resultados de las sesiones ordinarias y extraordinarias de la Comisión Consultiva.

2. Al mismo tiempo, creemos que la persona designada para actuar como Presidente de la Autoridad Independiente de Protección del Informante debe ser una persona que cumpla con las condiciones de idoneidad, integridad y profesionalidad.

Es menester democratizar el proceso de selección de los candidatos y candidatas aspirantes al puesto. De esta manera, proponemos que la selección se realice a través del parlamento, abriendo la posibilidad a que organizaciones y asociaciones sociales sin ánimo de lucro en España, que trabajen por la construcción de unas instituciones y organizaciones más transparentes y con una mayor rendición de cuentas, a que puedan tener una opinión o incluso proponer a dichos candidatos y candidatas.

Así lo establece el Artículo 26(4) de 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, en lo que respecta a la regulación de la autoridad local: *“4. Las personas candidatas a ocupar el cargo serán propuestas a Les Corts por organizaciones sociales que trabajen en la actualidad contra el fraude y la corrupción en la Comunitat Valenciana y por los grupos parlamentarios. Las personas candidatas deberán comparecer ante la comisión parlamentaria correspondiente en el marco de una convocatoria pública al efecto para ser evaluadas con relación a las condiciones requeridas para el cargo. El acuerdo alcanzado en esta comisión será trasladado al Pleno de las Corts Valencianes.”*

3. En relación con la composición de la Comisión Consultiva de Protección al Informante, el Artículo 54 incluye una serie de miembros que integrarán dicha Comisión Consultiva. Sin

embargo, no incluye el nombramiento de un representante de las sociedades civiles y organizaciones sin ánimo de lucro.

En el derecho comparado, otros Estados Miembros, como por ejemplo Eslovaquia, ha incluido la presencia de un representante de sociedades civiles y organizaciones sin ánimo de lucro en su Comisión.

Consideramos relevante que, de cara a representar los intereses de la sociedad civil, se incluya en la Comisión al menos un representante de sociedades civiles y organizaciones sin ánimo de lucro que en el marco de sus actividades, asistan a los informantes durante el proceso de información.

La elección de dicho representante (o representantes) se debería realizar por mayoría de las sociedades civiles y organizaciones sin ánimo de lucro que se encuentren inscritas en la Autoridad Independiente de Protección del Informante. Para ello, la Autoridad Independiente de Protección del Informante deberá contar con un registro de sociedades civiles y organizaciones sin ánimo de lucro que quisieran participar en este proceso y exclusivamente a estos efectos.

4. El Artículo 47 regula la financiación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, que designa un porcentaje de las sanciones efectuadas para garantizar el desarrollo de sus funciones. Esto puede ser de especial riesgo, introduciendo un mecanismo que puede motivar sanciones para lograr un beneficio económico específico, en vez de estar motivado en la búsqueda de justicia.

Teniendo en cuenta los precedentes internacionales, debemos mencionar cómo en Estados Unidos se ha utilizado la recuperación de activos para la financiación de la actividad policial como una manera de enriquecer y beneficiar al personal de las fuerzas de seguridad, introduciendo grandes distorsiones en la ejecución de su labor, incrementando la desconfianza de la población. Al respecto, puede consultarse una amplia variedad de historias, recabadas por la organización ACLU<sup>1</sup>.

## Revelaciones Públicas

La redacción del Artículo 28, estableciendo las condiciones por las cuales se extenderá protección a quienes decidan realizar una revelación pública sigue muy de cerca la Directiva, pero leído en consonancia con el preámbulo sugiere que no protegerlas es la decisión privilegiada por defecto. El preámbulo sugiere que los que hacen revelaciones públicas estarán protegidos simplemente por el hecho de que el público en general apoye su acción. La experiencia internacional dice lo contrario.

*“El título V se ocupa de la revelación pública. Los informantes que utilizan los cauces internos y externos cuentan con un régimen específico de protección frente a las represalias. Protección que, en principio, no se extiende a aquellas personas que han difundido de manera pública tales informaciones. Esta diferencia se asienta, entre otras causas, en las garantías y protección que ofrece la opinión pública en su conjunto amparando a quien muestra una actitud cívica a la hora de advertir ante posibles delitos o infracciones graves o vulneraciones del ordenamiento jurídico que dañan el interés general, así como la protección de las fuentes que mantienen los periodistas.” (Página 14, Párrafo 5)*

Creemos que esto debe ser modificado en el preámbulo para establecer claridad y garantías jurídicas a quienes decidan informar por este cauce, habiendo cumplido con lo dispuesto en la normativa.

Esto es de vital importancia para lograr un proyecto en línea con las disposiciones en la Directiva 2019/1937. De hecho, es un aspecto sobre el que existe antecedentes. Los informantes que hacen pública

---

<sup>1</sup> Vid. <https://www.aclu.org/issues/criminal-law-reform/reforming-police/asset-forfeiture-abuse>

una información ejercen su derecho a la libertad de expresión, consagrado en el Artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el Artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y permiten a los medios de comunicación desempeñar su función de vigilancia pública, indispensable para el buen funcionamiento de nuestras democracias. Los informantes, al haber adquirido información sensible a través de sus actividades laborales, son los más indicados para determinar qué canales son los más adecuados, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada situación y habiendo cumplido con lo dispuesto en la normativa. En este contexto, traemos a colación lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de la Gran Sala Fressoz y Roire contra Francia (1999), el interés que el público puede tener en una información concreta puede ser a veces tan fuerte que anula incluso un deber de confidencialidad legalmente impuesto.

### **Introducción de cláusulas para proteger contra extradición**

La ley debe establecer que un tribunal puede ordenar que un informante no sea extraditado a otro país si la extradición se solicita por un motivo relacionado con la comunicación o revelación pública. Dicha orden judicial debe tener prioridad. Al considerar dicha solicitud, un tribunal debe tener en cuenta:

1. el grado de conexión entre la revelación y la conducta o las circunstancias que dan lugar a la solicitud de extradición; y
2. si la extradición es necesaria en todas las circunstancias, teniendo en cuenta el interés público de la protección de los informantes, y la confianza pública en estas protecciones.

### **(B) OBSERVACIONES AL ARTICULADO**

#### **Artículo 2º Ámbito material de aplicación**

Cuestión 1º.-: La letra b) del apartado 1 del Artículo 2 por el cual se incluyen dentro del ámbito material de aplicación las infracciones penales o administrativas queda redactado como sigue:

*b) Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave o cualquier vulneración del resto del ordenamiento jurídico siempre que, en cualquiera de los casos, afecten o menoscaben directamente el interés general, y no cuenten con una regulación específica. En todo caso, se entenderá afectado el interés general cuando la acción u omisión de que se trate implique quebranto económico para la Hacienda Pública.*

Propuesta de redacción: Proponemos modificar la letra b) del apartado 1 del Artículo 2 como sigue:

*b) Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa o cualquier vulneración del resto del ordenamiento jurídico siempre que, en cualquiera de los casos, afecten o menoscaben directamente el interés general, y no cuenten con una regulación específica. En todo caso, se entenderá afectado el interés general cuando la acción u omisión de que se trate implique quebranto económico para la Hacienda Pública.*

Justificación: Entendemos que se debe eliminar la referencia de “grave o muy grave” dado que genera cierta inseguridad jurídica. Dicha referencia tiene como finalidad incorporar una cualificación subjetiva, que, si bien se encuentra recogida en las distintas normativas aplicables, un ciudadano *lego* en Derecho desconoce. Además, podría darse el supuesto que haya ciertas infracciones que las normas aplicables no tipifiquen como “graves” o “muy graves” que podrían en último término repercutir en el interés general.

Por otro lado, la referencia a una infracción del interés público es, en este caso, desventajosa, ya que el Anteproyecto no incluye ninguna definición de lo que sería realmente una infracción, añadiendo así un umbral innecesario e indeterminado para la protección. Como resultado, esta redacción haría muy

probable que los informantes tuvieran que defender sus acciones en los tribunales; además, una inseguridad jurídica podría impedir que los informantes presentaran casos más claros (por ejemplo, legislación nacional que transpone la legislación de la UE enumerada en el Artículo 2 de la Directiva 2019/1937).

Por lo tanto, sugerimos que al menos se permita la comunicación de las infracciones de toda la legislación nacional, lo que no solo aumenta la seguridad jurídica para los informantes, sino que maximiza el impacto de la iniciativa legislativa propuesta. Hasta el momento, hay una serie de textos legislativos que establecen ejemplos apropiados en la materia, como la Ley de Revelaciones Públicas de Irlanda de 2014 que incluye la siguiente lista de prácticas:

- (a) que se ha cometido, se está cometiendo o se puede cometer un delito,*
- (b) que se ha incumplido, se está incumpliendo o se puede incumplir una obligación legal, distinta de la derivada del contrato de trabajo del trabajador o de otro contrato por el que el trabajador se compromete a realizar o ejecutar personalmente cualquier trabajo o servicio*
- (c) que se ha producido, se está produciendo o puede producirse un error judicial*
- (d) que se ha puesto, se está poniendo o se puede poner en peligro la salud o la seguridad de cualquier persona,*
- (e) que el medio ambiente ha sido, está siendo o puede ser dañado*
- (f) que se ha producido, se está produciendo o es probable que se produzca una utilización ilegal o indebida de fondos o recursos de un organismo público, o de otros fondos públicos*
- (g) que un acto u omisión por parte de un organismo público, o en su nombre, es opresivo, discriminatorio o gravemente negligente o constituye una grave mala gestión, o*
- (h) que se ha ocultado, se está ocultando o es probable que se destruya información que demuestre cualquier asunto comprendido en alguno de los apartados anteriores.*

Asimismo, La Ley Sapin II francesa, que sirve de antecedente a la recientemente introducida Ley N° 4979 que transpone la Directiva 2019/1937, prevé como divulgación protegida

*“un delito o una infracción, una violación grave y manifiesta de un compromiso internacional debidamente ratificado o aprobado por Francia, de un acto unilateral de una organización internacional adoptado sobre la base de dicho compromiso, de la ley o de los reglamentos, o una amenaza grave o un daño al interés general, de los que tenga conocimiento personal”*

Cuestión 2º.-: El apartado 3 del Artículo 2 por el cual se excluyen del ámbito material de aplicación las informaciones que afecten a la información clasificada (entre otros), queda redactado como sigue:

*3. La protección prevista en esta ley no será de aplicación a las informaciones que afecten a la información clasificada. Tampoco afectará a las obligaciones que resultan del deber de confidencialidad de los médicos, abogados y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, del secreto de las deliberaciones establecido en leyes y reglamentos y del carácter reservado la información con trascendencia tributaria y de cualquier otra información cuando así lo establezca su normativa específica.*

Propuesta de redacción: Proponemos modificar el apartado 3 del Artículo 2 como sigue:

3. La protección prevista en esta ley no será de aplicación a las informaciones que afecten a la información clasificada calificada en las categorías de secreto y reservado. Tampoco afectará a las obligaciones que resultan del deber de confidencialidad de los médicos, abogados y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, del secreto de las deliberaciones establecido en leyes y reglamentos y del carácter reservado la información con trascendencia tributaria y de cualquier otra información cuando así lo establezca su normativa específica.

Justificación: Creemos que la exclusión de la información clasificada no se encuentra suficientemente determinada de forma que podría dar lugar a diversas interpretaciones e inseguridad jurídica. Proponemos especificar que esta norma no será de aplicación a la información clasificada que se encuentre incluida en las categorías de “Secreto” y “Reservado” y que queda amparada por la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales. A efectos aclaratorios, entendemos que esta normativa debería proteger aquella información clasificada que se enmarca en los grupos de “Confidencial” y “Difusión Limitada” dado que no se encuentra amparada (al contrario que los otros dos grupos) por la Ley 9/1968 y, por lo tanto, para esta clase de información clasificada debería prevalecer la protección del informante.

Aunque la protección de la información clasificada es de vital importancia y sensibilidad para los gobiernos, algunas de las actuaciones más graves que afectan a los intereses públicos se amparan bajo esta etiqueta. Conociendo la actual legislación española sobre el acceso a la información clasificada, así como las sanciones por su divulgación, recomendamos que se considere la posibilidad de adaptarlas: los incumplimientos, las faltas éticas y legales pueden darse en todos los sectores de la sociedad y, por tanto, causar un daño sustancial tanto a los intereses públicos como a los económicos. Por lo tanto, es muy aconsejable, en el contexto de varias recomendaciones internacionales, no excluir la revelación de información relacionada con el sector de la seguridad nacional, sino diseñar mecanismos específicos para garantizar un escrutinio particular.

En los Principios Globales sobre la Seguridad Nacional y el Derecho a la Información (Principios de Tshwane)<sup>2</sup> se pueden encontrar directrices sobre cómo abordar este delicado equilibrio. En su Artículo 18, la Ley de Revelación Pública de Irlanda de 2014<sup>3</sup> prevé un régimen específico para las revelaciones relacionadas con la seguridad nacional.

Finalmente, hay información de seguridad nacional que no está clasificada. El ejemplo típico es la orden oral dada en un campo de batalla que, por definición, no puede ser clasificada (la información escrita es clasificada). Alguna información clasificada puede no amenazar realmente la seguridad nacional<sup>4</sup>.

### Artículo 3º **Ámbito personal de aplicación**

Cuestión 1.-: La letra a) del apartado 1 del Artículo 3 por el cual se incluyen dentro del ámbito personal aquellas personas que tengan la condición de empleados públicos o trabajadores, queda redactado como sigue:

*a) las personas que tengan la condición de empleados públicos y trabajadores por cuenta ajena;*

Propuesta de redacción: Proponemos modificar la letra a) del apartado 1 del Artículo 3 como sigue:

*a) las personas que tengan la condición de empleados públicos o trabajadores por cuenta ajena;*

<sup>2</sup> Vid. <https://www.justiceinitiative.org/uploads/bd50b729-d427-4fbb-8da2-1943ef2a3423/global-principles-national-security-10232013.pdf>

<sup>3</sup> Vid. <https://www.irishstatutebook.ie/eli/2014/act/14/section/18/enacted/en/html#sec18>

<sup>4</sup> TEDH, 2013, Bucur contra Rumanía: la vigilancia masiva de periodistas en Rumanía estaba indebidamente clasificada.

Justificación: Proponemos modificar la letra “y” por la letra “o” dado que entendemos que la intención de la norma es extender la protección a empleados públicos y trabajadores de forma alternativa y no de forma conjunta. La letra “y” puede inducir a errores interpretativos.

Cuestión 2.-: La letra a) del apartado 4 del Artículo 3 por el cual se incluyen dentro del ámbito personal aquellas personas que asisten al informante en el proceso, queda redactado como sigue:

*a) Personas físicas que, en el marco de la organización en la que preste servicios el informante asistan al mismo en el proceso.*

Propuesta de redacción: Proponemos modificar la letra a) del apartado 4 del Artículo 3 como sigue:

*a) Personas físicas o jurídicas que, en el marco de la organización en la que preste servicios el informante o fuera de dicho marco asistan al mismo en el proceso.*

Justificación: En línea con lo apuntado anteriormente, defendemos la inclusión de un sistema de definiciones que incluya el término definido “facilitador” como aquella “persona física o jurídica que asiste a un informante en el proceso de denuncia en un contexto laboral, y cuya asistencia debe ser confidencial”. En caso de que no se incluya finalmente un sistema de definiciones, proponemos que se extienda la protección a toda persona física o jurídica que en el marco de la organización o fuera de dicho marco, asista al informante en el proceso de denuncia con el fin de proteger, como adelantábamos, aquellas entidades sin ánimo de lucro que dediquen una parte de su actividad a la asistencia de estas personas.

Además de los informantes que actúan de manera prescrita, el Artículo 3 incluye como elegibles para la protección tanto a los miembros de la familia potencialmente afectados de un informante como a las personas que apoyan a los informantes dentro de su organización.

Creemos que esto excluye deliberadamente a las personas físicas o jurídicas elegibles para la protección en virtud de las disposiciones de la Directiva 2019/1937 que protegen a los facilitadores. Esto afectaría, por ejemplo, a los trabajadores de organizaciones no gubernamentales que, ya sea psicológicamente, financieramente o con conocimientos especializados, apoyan a los informantes antes, durante o después de su revelación.

Nuestra recomendación sería, pues, extender esta protección a las organizaciones no gubernamentales, así como a sus empleados, en la lista de personas protegidas por la nueva ley. Un ejemplo de este enfoque puede encontrarse en la ley francesa recientemente adoptada que transpone la Directiva 2019/1937, con la siguiente redacción:

*“Los facilitadores, entendidos como cualquier persona física o cualquier persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro que ayude a un informante a realizar una denuncia o revelación en cumplimiento de los Artículos 6 y 8.”*

Para que la legislación sea lo más eficaz posible y cree un mecanismo de disuasión lo más amplio posible contra la discriminación de quienes informan en el interés público, recomendaríamos además que se incluyeran protecciones para los periodistas, así como para los funcionarios del sector público y privado que trabajen en las revelaciones de los informantes. Dependiendo de la naturaleza de una revelación específica, estas personas pueden convertirse en víctimas de represalias y merecen tener acceso a recursos y apoyo.

Además, en particular, la inclusión de los periodistas reforzaría los derechos de los medios de comunicación y la libertad de expresión en general, que están especialmente amenazados en toda la Unión Europea. Hasta donde sabemos, España sería el primer país de la Unión que utilizaría la transposición de la Directiva 2019/1937 para este fin, por lo que daría un importante ejemplo.



#### Artículo 4º Comunicación de infracciones a través de sistemas internos de información

Cuestión: El apartado 1 del Artículo 4 el cual introduce el sistema interno de información, queda redactado como sigue:

*1. Los sistemas internos de información son el cauce preferente para informar sobre las acciones u omisiones previstas en el Artículo 2.*

Propuesta de redacción: Proponemos modificar el apartado 1 del Artículo 4 como sigue:

*1. Los sistemas internos de información son el cauce preferente para informar sobre las acciones u omisiones previstas en el Artículo 2, siempre que se pueda tratar la infracción internamente de manera efectiva y siempre que el informante considere que no hay riesgo de represalias.*

Justificación: La modificación va en línea con lo dispuesto en la Directiva. Consideramos que el sistema interno debe ser el cauce preferente, pero siempre y, en todo caso, cuándo dicho cauce sea efectivo y el informante no considere que hay riesgo de represalias. De no ser así, esto podría introducir riesgos para los informantes, obligándoles a dirigirse primero a los canales internos para contar con protección legal, lo que puede derivar en represalias. Aunque el objetivo de la Directiva y del Anteproyecto sea precisamente regular un sistema de protección al informante, éste debería tener la posibilidad de acudir directamente a los sistemas externos de información si considerara que el canal de información establecido internamente no será efectivo o es manifiesto que no evitará posibles represalias.

La Directiva regula diferentes alternativas para comunicar información sin preferencias entre estos canales. Esto incluye los canales internos en las organizaciones, los canales externos a los reguladores y las revelaciones públicas a los medios de comunicación u otros: el informante tiene la posibilidad de elegir su vía preferida.

Muchas de las preocupaciones sobre la posibilidad de que los informantes puedan elegir dónde hacer su denuncia están fuera de lugar. La abrumadora mayoría de los informantes -muchos estudios encuentran que más del 90%- suelen hacer su primera denuncia a un canal interno, en cualquier caso<sup>5</sup>. La posibilidad de recurrir inicialmente a un regulador o a otro organismo externo es fundamental en la minoría de casos en los que un empleador puede ignorar una denuncia o, peor aún, penalizar al informante y destruir las pruebas cuando se le avisa de una infracción. La introducción de disposiciones que hacen obligatorio el uso de los canales internos como primera opción, crea enormes riesgos de represalias para los informantes que se enfrentan a entornos de trabajo hostiles. Además, esto puede convertirse en una obstrucción a la justicia, ya que obliga a denunciar internamente en lugar de hacerlo directamente a las autoridades, incluidos los fiscales, los reguladores o -en este caso- la Autoridad Independiente instituida en el mismo anteproyecto.

#### Artículo 6º Gestión del sistema por tercero externo.

Cuestión: El apartado 1 del Artículo 6 el cual regula la gestión del sistema entendiéndose por tal la recepción de informaciones, queda redactado como sigue:

*1. La gestión de los sistemas internos de información se podrá llevar a cabo dentro de la propia entidad u organismo o acudiendo a un tercero externo, en los términos previstos en esta ley. A estos efectos, se considera gestión del sistema la recepción de informaciones.*

<sup>5</sup> Vid. Ethics Resource Center (ERC), Inside the Mind of a Whistleblower (2012), <https://www.corporatecomplianceinsights.com/wp-content/uploads/2012/05/inside-the-mind-of-a-whistleblower-NBES.pdf>

Propuesta de redacción: Proponemos modificar el apartado 1 del Artículo 6 como sigue:

*1. La gestión de los sistemas internos de información se podrá llevar a cabo dentro de la propia entidad u organismo o acudiendo a un tercero externo, en los términos previstos en esta ley. A estos efectos, se considera gestión del sistema la recepción de informaciones. La recepción de informaciones por escrito deberá realizarse a través de un sistema de doble encriptado o método informático similar que garantice que la información esté protegida e impida el acceso a ella al personal no autorizado.*

Justificación: Consideramos que es esencial, para la consecución de la finalidad de la norma, que se promueva (mediante su inclusión en el articulado) que los sistemas internos de recepción de informaciones por escrito sean de doble encriptado o método informático similar que garantice la confidencialidad y el secreto de la información y del informante.

El Anteproyecto permite que terceros gestionen los canales de información, de acuerdo con los requisitos de la ley. Sin embargo, nos parece que no hay suficiente regulación para garantizar un mínimo de igualdad para los terceros que puedan prestar este servicio. Una de las vías para introducir un mayor control sobre el proveedor de servicios es establecer una evaluación adecuada de estos proveedores a cargo de la Autoridad Nacional. La centralidad de las comunicaciones para proteger la integridad de los informantes y para hacer frente a las irregularidades y a los delitos hace que esta cuestión sea de extrema relevancia. Al mismo tiempo, los informantes prefieren los canales internos como la principal vía para denunciar, lo que hace aún más importante la regulación de quienes prestan el servicio para gestionarlos.

La prestación de servicios de alta calidad también puede fomentarse introduciendo medidas para crear un entorno competitivo en este ámbito, evitando la concentración en grandes actores o consultores y estimulando la participación de diversos actores en su prestación.

Homólogamente, las provisiones incluidas aquí deben extenderse al Artículo 15, el cual regula los canales gestionados por terceros en el sector público.

#### **Artículo 7º Canales internos de información.**

Cuestión 1º.-: El apartado 1 del Artículo 7 el cual regula los canales internos de información, queda redactado como sigue:

*1. Todos los canales internos de información de que disponga una entidad para posibilitar la presentación de información respecto de las infracciones previstas en el Artículo 2 estarán integrados dentro del sistema interno de información a que se refiere el Artículo 6.*

Propuesta de redacción: Proponemos modificar el apartado 1 del Artículo 7 como sigue:

*1. Todos los canales internos de información de que disponga una entidad para posibilitar la presentación de información respecto de las infracciones previstas en el Artículo 2 estarán integrados dentro del sistema interno de información a que se refiere el Artículo 5.*

Justificación: Consideramos que se trata de un error tipográfico dado que es el Artículo 5 el que regula los sistemas internos de información. El Artículo 6 regula la gestión del sistema por tercero externo.

Cuestión 2º.-: La primera parte del apartado 2 del Artículo 7 el cual regula los canales internos de información, queda redactado como sigue:

*2. Los canales internos deberán permitir realizar comunicaciones por escrito o verbalmente, o de las dos formas. La información se podrá realizar bien por escrito, a través de correo postal o a través de cualquier medio electrónico habilitado al efecto, o verbalmente, por vía telefónica o a través de sistema de mensajería de voz. A solicitud del informante, también podrá presentarse mediante una reunión presencial. En estos últimos casos, bien sea realice la comunicación verbalmente bien de manera*

*presencial, se advertirá al informante de que la comunicación será grabada y se le informará del tratamiento de sus datos de acuerdo a lo que establecen el Reglamento (UE) 2016/679 y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.*

*Al hacer la comunicación, el informante podrá indicar un domicilio, correo electrónico o lugar seguro a efectos de recibir las notificaciones.*

(...)

Propuesta de redacción: Proponemos modificar el apartado 2 del Artículo 7 como sigue:

*2. Los canales internos deberán permitir realizar comunicaciones por escrito o verbalmente, o de las dos formas, de forma anónima o informando sobre la identidad del informante. La información se podrá realizar bien por escrito, a través de correo postal o a través de cualquier medio electrónico habilitado al efecto, o verbalmente, por vía telefónica o a través de sistema de mensajería de voz. A solicitud del informante, también podrá presentarse mediante una reunión presencial. En estos últimos casos, bien sea realice la comunicación verbalmente bien de manera presencial, se advertirá al informante de que la comunicación será grabada y se le informará del tratamiento de sus datos de acuerdo a lo que establecen el Reglamento (UE) 2016/679 y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.*

*Al hacer la comunicación, el informante podrá indicar un domicilio, correo electrónico o lugar seguro a efectos de recibir las notificaciones. No obstante lo anterior, se deberá comunicar, advertir y anunciar en todo momento la posibilidad de informar de forma anónima.*

(...)

Justificación: En el apartado 3 del Artículo 7 se prevé la posibilidad de realizar comunicaciones anónimas; sin embargo, consideramos que la norma refuerza otros formatos, principalmente los referidos a encuentros presenciales, en donde se establecen mecanismos de grabación o anotación de las comunicaciones. Esto puede establecer riesgos para aquellas personas que decidan hacerlo de esta manera, sobretodo en administraciones u organizaciones medianas o pequeñas, en donde la exposición a través de estos mecanismos es mayor. Se propone reforzar la garantía de anonimato y el reconocimiento de estas comunicaciones durante el proceso.

Cuestión 3º.-: El apartado 3 del Artículo 7 el cual regula las comunicaciones anónimas, queda redactado como sigue:

*3. Los canales internos deberán permitir la presentación y posterior tramitación de comunicaciones anónimas.*

Propuesta de redacción: Proponemos modificar el apartado 3 del Artículo 7 como sigue:

*3. Los canales internos deberán permitir la presentación y posterior tramitación de comunicaciones anónimas a través de un sistema único de cifrado que garantice el anonimato del informante.*

Justificación: En línea con lo indicado en el apartado anterior, la norma debe promover la posibilidad de informar anónimamente. Para ello, las organizaciones deberán crear un sistema o canal único de recepción de información anónima que garantice debidamente el anonimato.

El presente Anteproyecto introduce una amplia disposición de diferentes formatos para informar internamente, incluyendo informes escritos y de voz, y disposiciones generales para mantener la confidencialidad de la información, y la identidad de cada persona involucrada en el informe. Sin embargo, no se incluyen herramientas específicas para garantizar el anonimato. Muchas administraciones públicas y empresas privadas en España ya han desarrollado diferentes tipos de

formatos, incluyendo opciones de fuentes abiertas como GlobaLeaks. Por ejemplo, la Agencia Antifraude de Valencia, el Ayuntamiento de Barcelona (Busta Ética), o el Sindicato de Periodistas de España ya han probado estos mecanismos, permitiendo comunicaciones bidireccionales encriptadas y anónimas, con resultados positivos alentando las informaciones.

Este Artículo debe incluir una disposición que garantice que al menos una de las vías para denunciar ofrezca la infraestructura técnica para comunicar la información de forma segura. Si la ley va a proteger las denuncias anónimas, los españoles merecen estar seguros de que existen canales correctamente publicitados y técnicamente desarrollados para garantizarlo.

La Legge italiana 30 Noviembre 2017, n. 179 exige que las administraciones públicas pongan en marcha mecanismos de denuncia interna, donde más de 600 han desarrollado sistemas anónimos y digitales para ello. Esto constituye un fuerte precedente en el que los funcionarios públicos han desplegado rápidamente los conocimientos y habilidades para gestionarlos con éxito. Este Anteproyecto regula un sistema nuevo que aún debe asentarse en nuestro ordenamiento; por ello, recomendamos altamente que los canales internos de denuncia que se establezcan a raíz de la entrada en vigor del Anteproyecto, deban comunicar y anunciar el derecho del informante a informar de forma anónima.

La creación y promoción de canales garantizando técnicamente la anonimización de las comunicaciones debe también extenderse al Artículo 17, el cual regula los canales habilitados por la Autoridad Independiente de Protección del Informante.

Otro punto débil en la constitución y gobernanza de los canales internos en el proyecto de legislación es la ausencia de informes públicos de rendimiento. La publicación de información periódica es de vital importancia para evaluar y mejorar la aplicación de los sistemas, lo que -si se mejora- también podría tener un impacto positivo en la confianza de los canales y en la receptividad de los empleados y otras personas a la hora de informar a través de ellos.

## **Artículo 18º Canales Externos y responsabilidad penal de los informantes**

Cuestión 1º.-: El apartado 2 del Artículo 18, el cual regula el tramite de admisión,

*2. Realizado este análisis preliminar, la Autoridad Independiente de Protección del Informante, decidirá, en un plazo que no podrá ser superior a diez días hábiles desde la fecha de entrada en el registro de la información:*

*a) Inadmitir la comunicación, en alguno de los siguientes casos:*

*1º. Cuando los hechos relatados carezcan de toda verosimilitud.*

*2º. Cuando los hechos relatados no sean constitutivos de infracción del ordenamiento jurídico incluida en el ámbito de aplicación de esta ley o, siéndolo, no afecten al interés general.*

Propuesta de redacción: Proponemos modificar el apartado 2 del Artículo 18 para incluir un mecanismo a través del cuál puedan recurrirse las decisiones de la Autoridad a este respecto.

Justificación: El apartado 2 del Artículo 18 reconoce a la Autoridad Independiente una considerable discrecionalidad para no tener en cuenta los informes por considerar que las infracciones "no afectan al interés general". La Autoridad Independiente puede rechazar un informe sin ni siquiera dar sus razones para hacerlo.

Además, no parece haber una vía para recurrir el uso de esta discrecionalidad si se rechaza un informe. Si es posible recurrir a los tribunales (no sé lo suficiente sobre la legislación española para decirlo), será engorroso y posiblemente caro.

Otras jurisdicciones han implementado una vía administrativa (es decir, dentro de la Autoridad Independiente) de apelación, véase por ejemplo Eslovaquia<sup>6</sup>:

*Sobre los recursos. A6(4) - "El notificador al que no se le haya concedido la protección prevista en el apartado 3 podrá, en el plazo de 15 días a partir de la recepción de la notificación prevista en el apartado 3, solicitar a la autoridad administrativa superior, por sí misma o a través de la Oficina, que examine los motivos de la no protección prevista en el apartado 3. protección de conformidad con el Artículo 7 y lo notificará por escrito al notificador, al empresario y a la Oficina, o notificará al notificador o a la Oficina dentro de este plazo que el notificador no ha realizado una notificación cualificada".*

El hecho de que la Autoridad Independiente española propuesta sea efectivamente la vía para impugnar las decisiones de los canales internos (véase el apartado 5 del Artículo 13) hace aún más importante que las decisiones en este punto estén motivadas y puedan ser impugnadas.

Cuestión 2º.-: El apartado 3 del Artículo 18 el cual regula la recepción de las comunicaciones, queda redactado como sigue:

*"Cuando la comunicación carezca manifiestamente de fundamento o existan, a juicio de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, indicios racionales de haberse obtenido de forma ilícita. En este último caso, siempre que el acceso pudiera ser constitutivo de un delito no perseguible de oficio, además de la inadmisión se deducirá el tanto de culpa o se remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito."*

Propuesta de redacción: Con miras a poder modificar esta debilidad en la Ley, puede considerarse el texto recientemente aprobado en la Ley N° 4979 que transpone la Directiva 2019/1937 en Francia, donde se determina lo siguiente:

*"El Artículo 122-9 del Código Penal se modifica como sigue:*

*1º La palabra "procedimientos" se sustituye por la palabra "condiciones";*

*2º Se añaden dos párrafos como sigue:*

*"Tampoco incurrirá en responsabilidad penal el denunciante que sustraiga, se apropie indebidamente u oculte documentos o cualquier otro soporte que contenga información de la que tenga legítimo conocimiento y que comunique o revele en las condiciones a que se refiere el primer párrafo de este Artículo.""*

(Original: L'article 122-9 du code pénal est ainsi modifié :

1º Le mot : « procédures » est remplacé par le mot : « conditions » ;

2º Sont ajoutés deux alinéas ainsi rédigés :

« N'est pas non plus pénalement responsable le lanceur d'alerte qui soustrait, détourne ou recèle les documents ou tout autre support contenant les informations dont il a eu connaissance de manière licite et qu'il signale ou divulgue dans les conditions mentionnées au premier alinéa du présent article.)

Así mismo, puede considerarse las siguientes fórmulas desarrolladas por Blueprint for Free Speech para un modelo de ley utilizado Alemania para la transposición de la Directiva EU 2019/1937:

---

<sup>6</sup> Vid. <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2019/54/20190301>.

*(1) Toda persona que comete un delito con el fin de obtener información para informar o revelar en el sentido de esta ley no está actuando ilegalmente si la obtención o el acceso, al sopesar los intereses en conflicto, incluidos los intereses legales afectados y el grado de peligro que los amenaza, es el interés protegido que predomina significativamente. Un interés protegido es la prevención y detección de infracciones legales en el sentido de esta ley. Queda excluida la justificación de delitos intencionados contra la vida y la integridad física según esta disposición; esto incluye la tentativa, la amenaza y la puesta en peligro real.*

*(2) Si el denunciante comete un delito penal con el fin de obtener información que se denuncia o divulga en el sentido de esta ley y no se cumplen los requisitos de la subsección 2 cláusula 2, el tribunal puede mitigar la pena de conformidad con la sección 49 subsección 1 del Código Penal o abstenerse de castigar si el denunciante ha hecho una contribución significativa a la detección o prevención de una violación en virtud de esta ley*

Justificación: La Autoridad Independiente realizará una evaluación de cada comunicación, en donde parece haber mucho margen de manobra para desestimar los informes. Uno de los aspectos más preocupantes es que no aceptará los casos en los que haya "indicios racionales de haberse obtenido de forma ilícita". El Anteproyecto debe incluir excepciones razonables que permitan a los informantes comunicar sin temor a ser acusados de robo, delitos informáticos, entre otras causas que pueden llegar a sufrir en caso de no modificar este aspecto. Las demandas contra los informantes son una de las formas más extendidas y comunes de represalias, y este proyecto deja una amplia discrecionalidad para minimizar este riesgo. Los "indicios razonables" que pueden fundamentar el caso contra el informante probablemente se basen en declaraciones del sujeto de la denuncia; siendo inapropiado considerarlos como neutrales. Además, estos casos no deberían ser entregados a la Fiscalía en una primera fase; esto introduciría un importante efecto disuasorio en la inclinación de la gente a denunciar, socavando todo el propósito de la legislación. El Articulado actual excluye de admisión cualquier información obtenida ilegalmente. Esto se contradice con la Directiva 2019/1937, que sólo excluye la inmunidad para los delitos autónomos (self-standing criminal offence).

En términos más generales, esto podría tener un fuerte efecto amedrentador sobre los informantes. Teniendo en cuenta que Antoine Deltour (uno de los informantes en el caso conocido como LuxLeaks, que expuso crímenes fiscales de gran peso en toda Europa) fue procesado y condenado, incluso en la fase de apelación en Luxemburgo por robar la información a PwC. En caso de mantener esta provisión en el anteproyecto, se hará casi imposible que los informantes escapen a los procesos como el de Sr. Deltour, sino que también tendrá un efecto negativo a la hora de alentar que los ciudadanos comuniquen sobre posibles faltas, ya que cualquier información obtenida ilegalmente es inadmisibles ante la autoridad independiente.

Encontrar excepciones a la responsabilidad penal de los informantes a la hora de obtener información para comunicar infracciones, crímenes y malas prácticas es de vital importancia para el desarrollo de una ley en línea con los estándares internacionales. Sin embargo, otros aspectos deben ser también considerados a la hora de regular este aspecto:

1. las alegaciones sobre la forma en que se ha consultado la información no deberían impedir la investigación del fondo del informe;
2. los trabajadores deberían poder hacer un informe sin temor a ser denunciados a la policía en base a que su empleador diga que "no deberían haber podido acceder a esta información".

#### **Artículo 20° Terminación de las actuaciones**

Cuestión: El apartado 5 del Artículo 20, el cual regula la terminación de las actuaciones, queda redactado como sigue:

5. Las decisiones adoptadas por la Autoridad Independiente de Protección del Informante en las presentes actuaciones no serán recurribles en vía administrativa ni en vía contencioso administrativa, sin perjuicio del recurso administrativo o contencioso administrativo que pudiera interponerse frente a la eventual resolución que ponga fin al procedimiento sancionador que pudiera incoarse con ocasión de los hechos relatados.

Propuesta de redacción: Proponemos modificar el apartado 5 del Artículo 20, como sigue:

5. Las decisiones previstas en las letras b, c y d del apartado 3 de este Artículo, adoptadas por la Autoridad Independiente de Protección del Informante en las presentes actuaciones no serán recurribles en vía administrativa ni en vía contencioso administrativa, sin perjuicio del recurso administrativo o contencioso administrativo que pudiera interponerse frente a la eventual resolución que ponga fin al procedimiento sancionador que pudiera incoarse con ocasión de los hechos relatados. Contra las decisiones de archivo adoptadas por la Autoridad Independiente de Protección del Informante podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Justificación: Puede ser razonable que las decisiones de la Autoridad Independiente de Protección del Informante previstas en las letras b, c y d del apartado 3 no sean susceptibles de recurso, ya que en ese caso cabrá recurrir la resolución del expediente sancionador o hacer valer los medios oportunos frente a la decisión del Ministerio Fiscal o de la autoridad competente. Pero las decisiones de archivo deben ser susceptibles de recurso, ya que en ese caso no existe medio alguno para controlar la legalidad de la resolución adoptada por la Autoridad Independiente de Protección del Informante. Dada su naturaleza de autoridad independiente, y en línea con lo previsto para el control jurisdiccional de otras entidades de este tipo, la competencia debe corresponder a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

#### **Artículo 28º Revelación Pública. Condiciones de protección.**

Cuestión 1º.-: El Artículo 28, el cual regula las condiciones de protección, queda redactado como sigue:

*La persona que haga una revelación pública sólo podrá acogerse a protección en virtud de la presente ley si se cumple alguna de las condiciones siguientes:*

a) *Que haya realizado la comunicación primero por canales internos y externos, o directamente por canales externos, de conformidad con los títulos II y III, sin que se hayan tomado medidas apropiadas al respecto en el plazo establecido.*

b) *Que tenga motivos razonables para pensar que:*

i) *la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, en particular cuando se da una situación de emergencia, o existe un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de una persona, o*

ii) *en caso de comunicación a través de canal externo, exista un elevado riesgo de represalias o haya pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso.*

Propuesta de redacción: Proponemos modificar el Artículo 28, como sigue:

*La persona que haga una revelación pública sólo podrá acogerse a protección en virtud de la presente ley si se cumple, especialmente pero no limitándose a, alguna de las condiciones siguientes:*

a) Que haya realizado la comunicación primero por canales internos y externos, o directamente por canales externos, de conformidad con los títulos II y III, sin que se hayan tomado medidas apropiadas al respecto en el plazo establecido.

b) Que tenga motivos razonables para pensar que:

i) la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, en particular cuando se da una situación de emergencia, o existe un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de una persona, o

ii) en caso de comunicación a través de canal externo, exista un elevado riesgo de represalias o haya pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso.

iii) la evidencia y/o información será destruida o modificada.

**Justificación:** El Artículo 28 realiza una satisfactoria transposición de texto propuesto en la Directiva 2019/1937. Sin embargo, creemos que es importante que estas disposiciones mínimas puedan extenderse para ampliar el alcance de esta regulación esencial en el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión.

Mientras que es importante que existan canales de denuncia internos y/o externos para los informantes, es igualmente importante que los informantes puedan revelar información relevante a los medios de comunicación, cuando sea apropiado. Esto no debería ser esencial en los casos en que los canales internos y/o externos no existan o no funcionen adecuadamente, o no se pueda esperar que lo hagan, sino también cuando las infracciones sean tan graves que el público tenga derecho a saber, independientemente de la disponibilidad de los mecanismos de comunicación. Este Artículo debe tener en cuenta el derecho del público a ser informado sobre asuntos de interés público y el derecho de los periodistas a publicar información sobre dichos asuntos. Como han señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa, el equilibrio entre los intereses de los empresarios y los intereses del público debe tener en cuenta otros principios democráticos como la transparencia, el derecho a la información y la libertad de expresión, y los medios de comunicación.

Además, como señaló el relator especial de la ONU en su informe sobre la protección de las fuentes y los informantes en 2015<sup>7</sup>, el público puede tener un derecho excepcionalmente fuerte a conocer algunos tipos de información o denuncias, de tal manera que anulen incluso los procesos internos o de supervisión potencialmente eficaces. Esto incluye, entre otras cosas, de acuerdo con una jurisprudencia bien establecida del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los informantes, las violaciones de una ley, norma o reglamento; una mala gestión flagrante; un derroche flagrante de fondos; un abuso de autoridad; y un peligro sustancial y específico para la salud y la seguridad públicas.

#### **Artículo 29° al 34° (Título IV) Protección de datos**

Si los datos se transmiten con fines de investigación a las autoridades regionales, o viceversa, a otros reguladores nacionales, a la fiscalía o a cualquier otro agente implicado, se aplica el mismo régimen de confidencialidad. Para reforzar la seguridad jurídica, esto debería concretarse.

Según el punto 3 del apartado 2 del Artículo 31, se puede renunciar al anonimato “en el contexto de una investigación penal, disciplinaria o de disciplina”. Para proteger las identidades de los informantes y prevenir los abusos, esto debería limitarse y regularse, por ejemplo, para impedir la revelación de la

<sup>7</sup> Vid. <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/reports/2015/report-protection-sources-and-whistleblowers>



identidad de un empleado del sector público a su empleador en el contexto de una "investigación disciplinaria" o penal del informante.

### Artículo 36° Prohibición de represalias

Cuestión 1º.-: El apartado 1 del Artículo 36, el cual regula la prohibición de represalias, queda redactado como sigue:

*1. Se prohíben expresamente los actos constitutivos de represalia, incluidas las amenazas de represalia y las tentativas de represalia contra las personas que presenten una comunicación conforme a lo previsto en la presente ley.*

Propuesta de redacción: Proponemos modificar el apartado 1 del Artículo 36, como sigue:

*1. Se prohíben expresamente los actos constitutivos de represalia, incluidas las amenazas de represalia y las tentativas de represalia contra las personas enunciadas en el Artículo 3 que hayan actuado en el marco de lo dispuesto en la presente ley.*

Justificación: Si el ámbito de protección personal del Anteproyecto se extiende a todas las personas enunciadas en el Artículo 3, debería protegerse a dichas personas contra los actos constitutivos de represalia. En caso contrario, las personas no mencionadas conforme a la redacción actual, quedan desprotegidas y no se cumple la finalidad de la norma.

Cuestión 2º.-: El apartado 2 del Artículo 36, el cual regula el concepto de represalias, queda redactado como sigue:

*2. Se entiende por represalia cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, sólo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública, y siempre que tales actos u omisiones se produzcan mientras dure el procedimiento de investigación o en los dos años siguientes a la finalización del mismo o de la fecha en que tuvo lugar la revelación pública. Se exceptúa el supuesto en que dicha acción u omisión pueda justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.*

Propuesta de redacción: Proponemos modificar el apartado 2 del Artículo 36, como sigue:

*2. Se entiende por represalia cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, sólo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública, y siempre que tales actos u omisiones se produzcan mientras dure el procedimiento de investigación o en un mínimo de tres años siguientes a la finalización del mismo o de la fecha en que tuvo lugar la revelación pública. Se exceptúa el supuesto en que dicha acción u omisión pueda justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. La protección podrá extenderse cuánto como sea necesario, tras una evaluación del caso.*

Justificación: Proponemos extender los años de protección a un mínimo de tres años tras la comunicación de una información o haber revelado públicamente dicha información por parte de un informante contra las represalias. La Directiva define "represalia" como "toda acción u omisión, directa o indirecta, que tenga lugar en un contexto laboral, que esté motivada por una denuncia interna o externa o por una revelación pública y que cause o pueda causar perjuicios injustificados al informantes". Defendemos la determinación de un periodo de tiempo, pero sugerimos extenderlo a un periodo más largo para asegurar una protección adecuada del informante en su correspondiente contexto laboral.

Además, para completar la siguiente cláusula del apartado 2 del Artículo 36:

*“Se exceptúa el supuesto en que dicha acción u omisión pueda justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.”*

Recomendamos que se añada una disposición que aclare que la justificación conforme a esta disposición debe ser probada por el represaliado. Esta inversión de la carga de la prueba se corresponde con las medidas previstas en el apartado 5 del Artículo 21 de la Directiva.

Para reforzar aún más el apoyo provisional a los informantes, los legisladores pueden considerar la introducción de una disposición que permita la suspensión de la acción del empleador durante 30 días si un informante solicita asistencia. Este tipo de disposición existe en otras legislaciones, como la eslovaca. La Autoridad Independiente de Denuncia de Irregularidades de Eslovaquia se legisló en 2019 y finalmente comenzó a funcionar en 2021. En sus primeros meses de funcionamiento utilizó sus poderes para suspender las medidas disciplinarias contra un informante<sup>8</sup>.

### **Artículo 37° Medidas de Apoyo**

Cuestión: La letra c) del apartado 1 del Artículo 37 el cual regula las medidas de apoyo financiero y psicológico, queda redactado como sigue:

*c) Apoyo financiero y psicológico, de forma excepcional, si procede tras la valoración por la Autoridad independiente de Protección del Informante de las circunstancias derivadas de la presentación de la comunicación.*

Propuesta de redacción: Proponemos modificar la letra c) del apartado 1 del Artículo 37 como sigue:

*c) Apoyo financiero y psicológico si procede tras la valoración por la Autoridad independiente de Protección del Informante de las circunstancias derivadas de la presentación de la comunicación.*

Justificación: Proponemos eliminar la referencia al carácter “excepcional” de la medida dado que ya se indica que dicho apoyo financiero y psicológico procederá tras la realización de una valoración por la Autoridad.

La referencia a la excepcionalidad puede conllevar que la Autoridad no valore en todos los casos si el apoyo financiero y psicológico es necesario, lo que en nuestra opinión reduce la protección al informante. Dicha evaluación debería realizarse en todo caso en línea con lo dispuesto en la Directiva.

### **Artículo 38° Protección contra las represalias**

Cuestión 1º.-: El apartado 2 del Artículo 38 el cual regula las medidas de protección contra las represalias, queda redactado como sigue:

*2. Los informantes no incurrirán en responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada públicamente, siempre que dicha adquisición o acceso no constituya un delito.*

Propuesta de redacción: Como mencionado en el Artículo 18, deben encontrarse excepciones a la responsabilidad penal de los informantes a la hora de acceder y comunicar información necesaria para señalar crímenes, irregularidades o malas prácticas.

---

<sup>8</sup> <https://e.dennikn.sk/minuta/2610390>

Con miras a poder modificar esta debilidad en la Ley, puede considerarse las siguientes fórmulas desarrolladas por Blueprint for Free Speech para un modelo de ley utilizado Alemania para la transposición de la Directiva EU 2019/1937:

*(1) Toda persona que comete un delito con el fin de obtener información para informar o revelar en el sentido de esta ley no está actuando ilegalmente si la obtención o el acceso, al sopesar los intereses en conflicto, incluidos los intereses legales afectados y el grado de peligro que los amenaza, es el interés protegido que predomina significativamente. Un interés protegido es la prevención y detección de infracciones legales en el sentido de esta ley. Queda excluida la justificación de delitos intencionados contra la vida y la integridad física según esta disposición; esto incluye la tentativa, la amenaza y la puesta en peligro real.*

*(2) Si el informante comete un delito penal con el fin de obtener información que se denuncia o divulga en el sentido de esta ley y no se cumplen los requisitos de la subsección 2 cláusula 2, el tribunal puede mitigar la pena de conformidad con la sección 49 subsección 1 del Código Penal o abstenerse de castigar si el informante ha hecho una contribución significativa a la detección o prevención de una violación en virtud de esta ley*

Cuestión 2º.-: El apartado 4 del Artículo 38 el cual regula el procedimiento a seguir en caso de alcanzar tratamiento en órganos jurisdiccionales, queda redactado como sigue:

*4. En los procedimientos laborales ante un órgano jurisdiccional relativos a los perjuicios sufridos por los informantes, una vez que el informante haya demostrado razonablemente que ha comunicado o ha hecho una revelación pública de conformidad con la presente ley y que ha sufrido un perjuicio, se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por informar o por hacer una revelación pública. En tales casos, corresponderá a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados no vinculadas a la comunicación o revelación pública.*

Propuesta de redacción: Proponemos modificar el apartado 4 del Artículo 38, como sigue:

*4. En los procedimientos laborales ante un órgano jurisdiccional relativos a los perjuicios sufridos por los informantes, ~~una vez que el informante haya demostrado razonablemente que ha comunicado o ha hecho una revelación pública de conformidad con la presente ley y que ha sufrido un perjuicio, se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por informar o por hacer una revelación pública. En tales casos, corresponderá a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados no vinculadas a la comunicación o revelación pública.~~*

Justificación: La protección contra las represalias parece aplicarse principalmente en los tribunales durante los procedimientos laborales.

Merece la pena señalar que el Reino Unido cuenta con este sistema desde hace muchos años en virtud de la Ley de Divulgación de Interés Público de 1998. Blueprint for Free Speech llevó a cabo un estudio exhaustivo de los casos de los tribunales de empleo del Reino Unido y descubrió que sólo unos pocos informantes contaron con resoluciones en su favor en sus casos<sup>9</sup>. Dado este antecedente, la inversión de la carga de la prueba es una parte importante para restablecer el equilibrio entre las personas que informan y quienes se encuentran involucrados en la información. Es quien ha presuntamente cometido un crimen quién tiene que demostrar que no lo ha hecho, y no son los informantes quienes deben que justificar la legalidad de su comunicación y los vínculos entre el hecho de haber comunicado y las represalias. Esta es una provisión mínima y fundamental para una efectiva protección de los

<sup>9</sup> Vid. <https://static1.squarespace.com/static/5e249291de6f0056c7b1099b/t/5ea06ff8d801be771a29d32e/1587572764935/Report-Protecting-Whistleblowers-In-The-UK.pdf>

informantes, ya que el costo económico y el estrés de los procedimientos judiciales probablemente seguirán existiendo.

Esta presentación ha sido preparada y escrita por Bruno Galizzi, Veronika Nad, Naomi Colvin y Jean-Phillipe Foegle para Blueprint for Free Speech.

Contacto: [brunogalizzi@blueprintforfreespeech.net](mailto:brunogalizzi@blueprintforfreespeech.net)