INFORME

LA LEY QUE PROTEGE A LOS INFORMANTES DE INFRACCIONES NORMATIVAS COMIENZA SU TRAMITACIÓN: PREGUNTAS Y RESPUESTAS SOBRE UNA NORMA INDISPENSABLE PARA EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS

THE LAW PROTECTING WHISTLEBLOWERS FROM REGULATORY INFRINGEMENTS BEGINS TO BE PROCESSED: QUESTIONS AND ANSWERS ON AN ESSENTIAL PIECE OF LEGISLATION FOR THE PROPER FUNCTIONING OF DEMOCRATIC INSTITUTIONS

por Andrea Garrido Juncal
Profesora contratada doctora de Derecho Administrativo,
Universidad de Santiago de Compostela

Cómo citar este artículo / Citation:
Garrido Juncal, Andrea (2022):
La ley que protege a los informantes de infracciones normativas
comienza su tramitación: preguntas y respuestas sobre
una norma indispensable para el buen funcionamiento
de las instituciones democráticas, en:
Cuadernos Manuel Giménez Abad, nr. 24.
DOI: https://doi.org/10.47919/FMGA.CM22.0210

RESUMEN

El 23 de septiembre de 2022 se publicaba en el Boletín de las Cortes Generales el Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. El comienzo de la tramitación parlamentaria de esta norma, imprescindible para reforzar el control de la actividad pública, implica responder a múltiples preguntas, como si es cierto que no hay mejor forma de proteger al que informa sobre actuaciones irregulares que garantizando su anonimato.

Palabras Claves: lucha contra la corrupción, infracciones normativas, control de la actividad pública

ABSTRACT

The Draft Law regulating the protection of persons who report regulatory infractions and the fight against corruption was published on September 23, 2022, in the Boletín de las Cortes Generales. This law is essential to reinforce the control of public activity and the start of its processing rises many questions, such as whether the guarantee of anonymity is the best way to protect those who report reprehensible behaviors.

Keywords: anti-corruption, regulatory infringements, control of public activity

fundación Manuel Giménez Abad 20 años
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

I. INTRODUCCIÓN

El 13 de septiembre de 2022 el Consejo de Ministros aprobaba el Proyecto de Ley que regula la protección de las personas que informen sobre infracciones que vulneren el ordenamiento europeo y nacional y, en consecuencia, que contribuyan a la lucha contra la corrupción con el objeto de transponer 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 Europea (el Proyecto de Ley, en adelante).

Tras haber incumplido el plazo de transposición de la Directiva whistleblowers, parece que por fin la norma, que logrará que este Derecho de la Unión Europea surta efecto a escala nacional, comienza su tramitación parlamentaria. Sin embargo, se trata este de un camino tortuoso y no exento de escollos, pues se ha delegado en los Estados miembros la decisión sobre cuestiones que suscitan controversias y opiniones encontradas. De todos los temas que levantan polémica nos centraremos en uno de ellos, el que tiene que ver con la preservación del anonimato de la persona que formula la denuncia y, en particular, la posibilidad de seguir respetando esta garantía durante el curso de la investigación de las actuaciones denunciadas, pues ello supondría desconocer la identidad de quien acusa y la procedencia de las pruebas que se aportan contra el denunciado.

II. SOBRE EL VENCIMIENTO DEL PLAZO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA WHISTLEBLOWERS Y LOS RETOS DE ELABORAR UNA NORMA QUE LA APLIQUE A ESCALA NACIONAL

Resulta imposible empezar este estudio sin advertir que el vencimiento del plazo de transposición de la Directiva 2019/1937 (17 de diciembre de 2021) sin que el Estado español haya hecho todavía los deberes es, sin duda, una triste noticia para todos aquellos que estamos sensibilizados con la lucha contra la corrupción. Al mismo tiempo, creemos que esta crítica debe venir acompañada de ciertas observaciones que no pueden pasarse por alto.

La primera pasaría poner de relieve que España no es el único Estado miembro que no ha respetado el mandato de Bruselas. Sin el deseo de justificar el incumplimiento por esta vía, pues ya conocemos el refrán “mal de muchos, consuelo de tontos”, con este dato no hacemos más que evidenciar la necesidad de que se produzca de forma inmediata un cambio cultural. Como muy bien señala J. A. Fernández Ajenjo, la razón del éxito o fracaso en este ámbito vendrá marcada por el establecimiento de una nueva cultura ética en la que las organizaciones asuman como una oportunidad la recepción de las denuncias razonables, los ciudadanos se sientan obligados en conciencia a informar de los actos ilícitos que conozcan y la sociedad aprecie estas actitudes como buenos ejemplos a seguir (Fernández Ajenjo, 2020). En síntesis, nos planteamos cómo diantres vamos a favorecer esta transformación cultural cuando los Gobiernos no han priorizado en sus agendas políticas la transposición de la Directiva 2019/1937. Por otra parte, el incumplimiento del plazo de transposición de la Directiva whistleblowers resulta verdaderamente clamoroso si tenemos presente que el Gobierno actual llegó al poder por una moción de censura que prometía acabar con la trama Gürtel y todo acto de corrupción.

La Declaración de Dublín, que ha emitido la Red de Autoridades Europeas de Integridad y Alertadores (NEIWA, Network of European Integrity and Whistleblowing Authorities), alerta que solo tres Estados miembros de la Unión Europea han cumplido con la obligación de transposición, por lo que anima a los restantes a llevar a cabo este trabajo sin mayor demora. Asimismo, esta red - creada en mayo de 2019 y que actualmente representa a veintidós Estados miembros de la Unión Europea como plataforma de

cooperación, intercambio de conocimientos y experiencias en el campo de la integridad y denuncia de irregularidades -subraya que: «para el 17 de diciembre de 2021, importantes elementos de la Directiva 2019/1937 podrán tener efecto directo en la legislación nacional de los Estados miembros en los que aún no se ha producido la transposición, en la relación entre los ciudadanos y el Estado (en el sentido más amplio posible), incluida la obligación de empezar a establecer canales de información externos por parte de las autoridades competentes».

La Agencia Valenciana Antifraude ha emitido una declaración institucional en la misma dirección, previniendo: «De acuerdo con la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia Europeo las Directivas tienen efectos directos cuando la transposición a la legislación nacional no se ha producido o se produce incorrectamente, y si sus términos son incondicionales y suficientemente claros y precisos y atribuyen derechos a los particulares. Los juzgados y tribunales nacionales deben hacer una interpretación conforme a la Directiva 2019/1937, que constituye Derecho comunitario al que el Estado español está sujeto».

En la misma línea, Eloy Velasco, magistrado de la Audiencia Nacional, ha aclarado que si «la Directiva no está transpuesta, solamente es directamente ejecutable en aquello que genere derecho a personas, pero no lo es en aquello que es negativo, por ejemplo, hasta que no se trasponga no sabremos qué multas se impondrán a las empresas que no establezcan los canales de denuncia». También ha reparado en que «si alguien sufre una represalia por una denuncia, puede ir a un juez de cualquier jurisdicción, especialmente de lo laboral, para que aplique directamente la Directiva, porque en la directiva se da un estatuto de asistencia legal, psicológica a la persona que sufra dicha represalia por denunciar un hecho en concreto».

A tenor de lo expuesto, solo podemos insistir en que nuestro ordenamiento jurídico debe interpretarse a la luz de la Directiva 2019/1937 y que, si dicha interpretación provoca consecuencias prácticas que los operadores jurídicos no son capaces de identificar o aplicar, la Abogacía General del Estado, por ejemplo, debería inmediatamente tomar cartas en el asunto. No es de recibo que la sociedad viva en un limbo legal mientras el Derecho nacional no se acomoda al Derecho de la Unión Europea. Con ocasión del retraso en la transposición de las Directivas de contratación pública se difundieron informes, notas informativas, etc. en aras de la seguridad jurídica. Ahora urge actuar de igual forma con el fin de proteger a los informantes de irregularidades.

No podemos finalizar este epígrafe sin apuntar que la transposición de la Directiva 2019/1937 no se trata de una tarea sencilla y, por ende, tampoco será fácil determinar qué previsiones de esta son directamente operativas. No hay que olvidar que la Unión Europea pretende establecer únicamente unas normas mínimas, de forma que los Estados miembros puedan introducir o mantener disposiciones más favorables al denunciante[1]. Por tanto, la transposición de la Directiva 2019/1937 no constituirá, bajo ninguna circunstancia, una justificación válida para la disminución del nivel de protección del que ya gozan los denunciantes en virtud de la legislación nacional en sus ámbitos de aplicación. Importa puntualizar que algunos Parlamentos Autonómicos ya se han adelantado a ejercer la potestad legislativa en este campo, representando, por ejemplo, la aprobación de la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante, el último hito normativo autonómico.

1. El art. 25 de la Directiva 2019/1937 declara: «1. Los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones más favorables para los derechos de los denunciantes que los establecidos en la presente Directiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22 y en el artículo 23, apartado 2. 2. La aplicación de la presente Directiva no constituirá en ninguna circunstancia motivo para reducir el nivel de protección ya garantizado por los Estados miembros en los ámbitos regulados por la presente Directiva».

Una vez más hay que reiterar que la transposición de la Directiva 2019/1937 no será una empresa fácil, y menos todavía cuando el tiempo apremia para hacerlo. La afirmación anterior la basamos en tres elementos. La Unión Europea ha delegado en los Estados la elección sobre cuestiones que servirán de marco indicativo para saber hasta dónde están dispuestos a llegar los Gobiernos en su compromiso con la erradicación de las prácticas ilegales. Además de la presión que supone posicionarse en aquellos aspectos que la Directiva lo permite, en el caso español no podemos descuidar que los Parlamentos autonómicos se han apresurado a legislar con el ánimo de combatir la corrupción. Por tanto, esta regulación que proviene de las Comunidades Autónomas podría constituir un factor de presión añadida para el Gobierno de España, pues no se comprendería que las garantías reconocidas a los denunciantes a nivel estatal fueran menores que las que se promueven a nivel autonómico. A continuación, se ofrece recuadro con la normativa autonómica aprobada hasta la fecha.

Comunidades Autónomas	Normativa
Andalucía	Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante. Acuerdo de 20 de abril de 2022, de la Mesa del Parlamento de Andalucía, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior y Funcionamiento de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción.
Aragón	Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas.
Asturias	Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés.
Islas Baleares	Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears. Resolución 1/2021, de 12 de febrero de 2021, por la que se aprueba el protocolo de actuación para la protección y la salvaguarda de los derechos de las personas denunciantes o alertadoras.
Castilla y León	Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes.
Cataluña	Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña. Resolución OAC/DIR/542/2020, de 17 de diciembre, por la que se da publicidad a la modificación parcial de las Normas de actuación y de régimen interior de la Oficina Antifraude de Cataluña.
Comunidad Valenciana	Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana. Resolución de 27 de junio de 2019, del director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la que se aprueba Reglamento de funcionamiento y régimen interior de esta, en desarrollo de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat.
Navarra	Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra.
Comunidad de Madrid	Decreto 63/2022, de 20 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece y regula el canal interno para el tratamiento de las informaciones sobre posibles infracciones.

Finalmente, presentimos que la transposición de la Directiva 2019/1937 acarreará un tsunami regulatorio, ya que múltiples textos legales son los que tendrán que revisarse; aspecto que, por otro lado, es el que posiblemente esté dificultando la especificación de los efectos directos de la Directiva. Cuando se incumplió el plazo de transposición de las Directivas de contratación pública, era obvio que el marco normativo que quedaba afectado era el TRLCSP y que, por tanto, esta era la norma que debía reinterpretarse de acuerdo con las directrices de la Unión Europea. No obstante, la identificación del Derecho nacional que, en esta ocasión, se ve afectado por la Directiva 2019/1937 no está tan claro. Esta norma afecta a miles de organizaciones, a millones de personas insertas en tipos de organizaciones muy diversos y conlleva un cambio organizativo y cognitivo bastante profundo (Villoria Mendienta, 2021: 17). En consecuencia, no es en absoluto descartable que los textos legales que tengan que ser objeto de revisión sean más que aquellos que, a día de hoy, se nombran en el Proyecto de Ley.

III. REPENSANDO LA VIABILIDAD DE PRESERVAR EL ANONIMATO DE LA PERSONA QUE FORMULA LA DENUNCIA

Es indiscutible que existe un miedo a denunciar y que aquellos que presencian irregularidades se enfrentan al crucial dilema de callar o contar lo que han visto. Al mismo tiempo, creemos que está claro que las personas que trabajan tanto en el sector público como en el sector privado son a menudo los primeros testigos de actos ilegales y quienes pueden para dar la voz de alarma, incluso antes de que se produzcan daños. Sin embargo, es a todas luces evidente que son pocos los que se atreven a dar un paso adelante porque, en general, consideran que tienen poco que ganar y mucho que perder.

Debido a la insuficiencia de recursos públicos con los que se cuenta para perseguir las infracciones normativas, la colaboración de los ciudadanos se percibe como una herramienta de gran valor para investigar y sancionar las ilegalidades. Y ello no sólo porque evidentemente conocen mejor el sector en el que intervienen, sus prácticas y sus riesgos, sino también porque pueden recabar información de una forma mucho más sencilla, con menos restricciones, que si lo hiciera el propio Estado (García Moreno, 2020).

Analizando el caso Wirecard y con el foco puesto en la obligada y ya urgente transposición de la Directiva 2019/1937, se mira con preocupación la creciente complejidad del mundo empresarial y la opacidad de las prácticas de las grandes corporaciones globales, cuyo funcionamiento es poco comprendido por quienes deben vigilar y controlar el cumplimiento de las respectivas legislaciones sectoriales y nacionales. En este contexto, con agencias públicas dotadas de pocos medios, desactualizadas y carentes de las modernas herramientas de control -como la aplicación de la inteligencia artificial, de las posibilidades de la computación, o de data analytics-, se entiende que los informantes son unos fabulosos aliados para desvelar cualquier posible incumplimiento o irregularidad (Benítez Palma, 2021: 55-56).

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se menciona que dicha colaboración ciudadana es un elemento clave en nuestro Estado de Derecho y que además se contempla como un deber de todo ciudadano cuando presencie la comisión de un delito, tal y como recoge la Ley de Enjuiciamiento Criminal[2]. Asimismo, se recuerda que «nuestro

2. El art. 259 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) establece: «El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas». Por otra parte, el art. 264 de la LECrim declara: «El que por cualquier medio diferente de los mencionados tuviere conocimiento de la perpetración de algún

ordenamiento jurídico contempla la participación ciudadana en acciones públicas con el fin de impulsar la investigación sobre actuaciones contrarias a la normativa urbanística, sobre actividades que puedan perjudicar el ambiente, o para evitar daños en el patrimonio histórico-artístico. Estos son otros ejemplos que cuentan con una larga tradición en la legislación española. En el mismo sentido y coincidiendo con el impulso del Derecho de la Unión Europea, algunas regulaciones sectoriales, de manera especial en el ámbito financiero o de defensa de la competencia, han incorporado instrumentos específicos para que, quienes conocen de actuaciones irregulares o ilegales, puedan facilitar a los organismos supervisores datos e información útiles»[3].

Se ha discutido largo y tendido sobre cuáles serían las medidas más propicias para fomentar las denuncias. Para este propósito, se podría garantizar la confidencialidad, es decir, prohibir que la autoridad que recibe la denuncia revele la identidad del denunciante, lo que protegería a esta persona frente a las represalias. No obstante, otra manera de lograr este objetivo consistiría en permitir las denuncias anónimas, que no indican la identidad de la persona que las formula. La gran ventaja del anonimato es que proporciona al denunciante una mayor protección frente a eventuales represalias que la confidencialidad, al enervar el riesgo de que la información sobre su identidad acabe siendo filtrada a los denunciados (Doménech Pascual, 2022). Así las cosas, descubrimos ya uno de los problemas más complejos y difíciles al que nos debemos enfrentar en esta materia, el de las filtraciones, las cuales, por desgracia, no se limitan a la cesión prematura y desautorizada de la identidad de quien formula la denuncia.

Si bien la Directiva de la Unión Europea no impone a los Estados miembros la obligación de aceptar las denuncias anónimas[4], en el Proyecto de Ley se declara sin ambages que no hay mejor forma de proteger al que informa sobre comportamientos reprobables que garantizando su anonimato. Ante esta decisión, que posiblemente no sea acogida con amplio beneplácito por toda la doctrina por los motivos que se anunciarán en las páginas siguientes, enunciaremos la base en la que se apoya esta opción del prelegislador nacional.

Se explica que se trata de una opción de política legislativa fruto de los modelos comparados a nivel internacional y europeo. El Proyecto de Ley se refiere a la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, que establece en su art. 13.2 que «cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción mencionados en la presente Convención y facilitará el acceso a dichos órganos; cuando proceda, para la denuncia, incluso anónima, de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención».

---

delito de los que deben perseguirse de oficio, deberá denunciarlo al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente o al Juez de instrucción o municipal, o funcionario de policía, sin que se entienda obligado por esto a probar los hechos denunciados ni a formalizar querella. El denunciador no contraerá en ningún caso otra responsabilidad que la correspondiente a los delitos que hubiese cometido por medio de la denuncia, o con su ocasión».

3. Conviene añadir que en la consulta pública previa sobre el Anteproyecto de ley por el que se modifica la Ley de suelo y rehabilitación urbana, aprobada por Real decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la planificación territorial y urbanística, uno de los aspectos que se pretende incluir en la propuesta normativa es: «La actualización de la acción pública en materia de urbanismo (proveniente de la Ley del Suelo de 1956) a la vista de una utilización cuasi profesional de la misma con intereses lucrativos privados muy alejados del interés público del planeamiento. Teniendo en cuenta las más altas exigencias europeas en materia de protección del medio ambiente, se acerca la nueva regulación de la acción pública en materia de urbanismo a la vigente regulación de la acción popular en materia medioambiental, no sin dejar de reconocerle su singularidad».

4. Véanse el Considerando 34 y el art. 6, apartados 2 y 3.

Asimismo, el Proyecto de Ley rememora que el Consejo de la Unión Europea, en su Decisión de 25 de septiembre de 2008, en nombre de la entonces Comunidad Europea, aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuyo art. 13.2 dispone: «Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción mencionados en la presente Convención y facilitará el acceso a dichos órganos, cuando proceda, para la denuncia, incluso anónima, de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención».

En la Exposición de Motivos el Gobierno justifica su decisión alegando también que la denuncia anónima no es una rara avis en la normativa europea, citando el art. 5.1 del Reglamento (UE, EURATOM) n.º 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013 relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1073/1999, que dispone que «el director general podrá iniciar una investigación cuando haya sospecha suficiente, que puede también basarse en información proporcionada por una tercera parte o por información anónima, de que se ha incurrido en fraude, corrupción u otra actividad ilegal en detrimento de los intereses financieros de la Unión».

Para reafirmar la importancia de admitir las denuncias anónimas, el Proyecto de Ley destaca que el antiguo órgano asesor de la Comisión Europea en materia de protección de datos, el GT29, en su Dictamen 1/2006 relativo a la «aplicación de las normas sobre protección de datos de la UE a los sistemas internos de denuncia de irregularidades en los ámbitos de la contabilidad, controles y cuestiones de auditoría, lucha contra la corrupción y delitos financieros y bancarios», establecía como regla general que el denunciante debía identificarse, pero también existía la posibilidad de recibir y tramitar denuncias anónimas en determinadas circunstancias. La apuesta por las denuncias anónimas se escuda igualmente haciendo mención al funcionamiento de una herramienta de «denuncia anónima» de irregularidades para ayudar a la Comisión Europea a descubrir cárteles y otras infracciones antimonopolio y sobre tales prácticas anticompetitivas prohibidas por la ley de competencia de la UE, que causan daños considerables a la economía europea.

En cuanto al sistema jurídico español, si bien la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP, en adelante) rechaza de plano la posibilidad de las denuncias anónimas, al señalar en su art. 62.2 que «deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan», sobre este punto no se ha logrado alcanzar un razonable grado de consenso.

En línea con lo dispuesto en la LPACAP, otros textos legales interceden a favor de la identificación del denunciante. Nos referimos, entre otros, al art. 46 de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón. Este precepto declara: «No se admitirán denuncias anónimas. No obstante, la Agencia deberá establecer procedimientos y canales confidenciales para la formulación de denuncias que garanticen su estricta confidencialidad cuando el denunciante invoque la aplicación del estatuto regulado en este artículo. En particular, la Agencia creará una oficina virtual, que pondrá a disposición de los denunciantes para la presentación de denuncias y documentación asociada, así como para la comunicación con los denunciantes que así lo soliciten, de manera segura y confidencial. Dichos procedimientos y canales podrán ser también utilizados por quienes ya hubiesen actuado como denunciantes para comunicar represalias u otras actuaciones lesivas derivadas de la presentación de la denuncia».

Sin embargo, la Resolución de 27 de junio de 2019, del director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la que se aprueba Reglamento de funcionamiento y régimen interior de esta, en desarrollo de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, establece que se incorporan

mecanismos de interacción con informantes anónimos. En particular, se indica en el art. 35.6 de dicha Resolución: «se admiten las denuncias y comunicaciones, tanto nominales como anónimas, pudiendo realizarse con plenas garantías de anonimato mediante el buzón de denuncias electrónico disponible en la página web de la Agencia. Dicho canal de denuncias opera asimismo como oficina virtual del personal empleado público que pone en conocimiento de la Agencia las irregularidades que conozca o a las que haya tenido acceso».

Así las cosas, algunas Comunidades Autónomas han extendido su protección a las denuncias anónimas y han establecido canales para su recepción, mientras que otras han preferido optar por la confidencialidad. En opinión de Doménech Pascual, «las disposiciones legales autonómicas que excepcionan la regla del anonimato, son flagrantemente inconstitucionales, por cuanto vulneran el art. 62.2 de la LPACAP, que constituye legislación básica constitucionalmente vinculante para todas las Comunidades Autónomas. La Constitución española obliga a los legisladores autonómicos a respetar lo establecido en la legislación estatal básica, como es el caso del citado artículo». Desde la perspectiva de este autor, «una afirmación parecida hay que hacer, con más razón si cabe, respecto de los buzones de denuncias anónimas establecidos sin cobertura legal por algunas autoridades administrativas. Resulta irónico e inadmisible que una Administración creada para luchar contra la corrupción y el fraude utilice abiertamente con este fin medios que vulneran de manera ostensible lo establecido por el mismo ordenamiento jurídico que esa administración debe y supuestamente pretende salvaguardar» (Doménech Pascual, 2022).

Una vez dejada constancia del posicionamiento de algunos textos normativos vigentes acerca de esta cuestión, es el turno de examinar las consecuencias que acarrearía la admisión de las denuncias anónimas. Algunas voces entienden que el anonimato no impide que otros adivinen con éxito quién presentó la denuncia. A mayor abundamiento, se aboga por la identificación de la persona porque permite protegerla frente a las represalias y plantearle preguntas en el curso de la investigación. Por otra parte, se considera que la aceptación de las denuncias anónimas podría alimentar el planteamiento de asuntos con malicia, así como dificultar el derecho de defensa del inculpado u obstaculizar la exigencia de responsabilidades a aquellos que presentan denuncias falsas.

Sin embargo, algunos denunciantes podrían no encontrarse siempre en situación de expresar su nombre y apellidos, y tampoco puede ignorarse que las denuncias anónimas son, en cierto modo, una realidad en la práctica diaria. El Consejo General del Poder Judicial nos pone sobre aviso, diciendo que la denuncia anónima ya se regula en algunos ámbitos como el de Hacienda (art. 114 de la Ley 58/2003, General Tributaria), o el de blanqueo de capitales (art. 26 bis 1 de la Ley 10/2010, de 28 de junio, en transposición de la Directiva 2015/849), y se admite en otros, por ejemplo, a través de los buzones de denuncia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, o del propio Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, siendo especialmente necesario mencionar la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que ha reconocido y regulado, desde la perspectiva de la protección de datos, estos sistemas en su art. 24, precepto que declara «lícita la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado, incluso anónimamente, la comisión en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable», siempre que se cumplan los principios que el precepto establece. Por su parte, el apartado 5 de este art. 24 se ocupa de precisar que dicho régimen legal será aplicable a «los sistemas de denuncias internas que pudieran crearse en las Administraciones Públicas».

El Proyecto de Ley alude también al reconocimiento de la posibilidad de presentar anónimamente denuncias en la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, en la que se contempla la posibilidad de que la denuncia anónima pueda dar lugar al menos al inicio de una «información reservada». De otro lado, el Proyecto de Ley trae a colación que la Fiscalía General del Estado en su Circular de 4/2013, de 30 de diciembre, sobre las Diligencias de Investigación, actualiza la consideración sobre las denuncias anónimas. Señala que, aunque las denuncias deben en principio cumplimentar los requisitos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para ser tenidas como tales, el incumplimiento de alguno de ellos no ha de llevar a su inadmisión si se están poniendo de manifiesto hechos constitutivos de delito perseguibles de oficio con visos de verosimilitud.

A los negacionistas de la denuncia anónima, con frecuencia se les afea el desconocimiento de las normas que incluyen la denuncia anónima entre las herramientas para la lucha contra la corrupción o que no presten atención a las sentencias de órganos judiciales que validan la denuncia anónima como el origen de una investigación posterior (Clemente, 2022).

Conforme al art. 20.5 de la Ley 23/2015, Ordenadora del Sistema la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: «no se tramitarán las denuncias anónimas ni las que tengan defectos o insuficiencias de identificación que no hayan sido subsanadas en el plazo establecido para ello», siendo, por tanto, la identificación del denunciante necesaria para la remisión del informe sobre las actuaciones de comprobación y medidas administrativas llevadas a cabo con relación a los hechos denunciados. En todo caso, debe matizarse que, con arreglo al art. 20.5 de la Ley 23/2015 y el art. 9.1 f) del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, los supuestos en los que las denuncias no se deben tramitar son los siguientes: las denuncias anónimas o que tengan defectos o insuficiencias de identificación que no se subsanen en plazo; referidas a materias cuya vigilancia no corresponda a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS); carentes de fundamento o inteligibles; las coincidentes con asuntos de los que esté conociendo un órgano jurisdiccional. Específicamente en cuanto a las denuncias anónimas, en el ámbito de la actuación de la Inspección de Trabajo se distingue entre las denuncias y reclamaciones que no tienen datos identificativos del denunciante, y las que sí los tienen. Respecto a las primeras, en principio no pueden ser admitidas, y por lo tanto deben ser archivadas sin más trámite. No obstante, en la práctica de la actuación inspectora, a estas denuncias, aunque sean anónimas, se les da en ocasiones curso cuando se detecta que son manifestación de una situación real de especial importancia y gravedad sobre todo en materia de prevención de riesgos laborales o de economía sumergida, por lo que es criterio habitual que, una vez ponderadas las circunstancias por el Jefe de la Inspección, se inicien las correspondientes comprobaciones, si bien no en virtud de denuncia sino por orden superior. Habitualmente, estas denuncias anónimas se venían comunicando telemáticamente a través del denominado buzón del fraude laboral, el cual no exige identificación de la persona que transmite los datos, pudiendo la ITSS utilizar la información que contienen para iniciar actuaciones de oficio. Similar situación se produce en los escritos remitidos a través de correo electrónico. El Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2020 reguló dicho buzón de denuncias ante la Inspección de Trabajo, que sustituye al buzón de lucha contra el fraude del Ministerio de Empleo que venía funcionando desde 2013.

Llegados a este punto, procedería analizar varios pronunciamientos judiciales para comprender de forma cabal los supuestos en los que una denuncia anónima podría dar lugar a una investigación y no ser directamente archivada. De todos modos y por motivos de espacio, nos remitiremos al Informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial, sin desaprovechar la oportunidad de compartir cuatro ideas que, a nuestro juicio, son esenciales si se desea responder a la pregunta que nos planteábamos

al inicio del presente trabajo: ¿la protección del denunciante constituye fundamento suficiente para optar por el anonimato de quien advierte de una práctica ilícita?

La primera, cuando la Administración se encuentre ante una denuncia anónima, no podrá, sin más, acordar en base a la misma el inicio del procedimiento. Ahora bien, nada impide que, cuando la denuncia presente ciertos signos de veracidad y credibilidad, la Administración pueda realizar una investigación mediante la realización de determinadas actuaciones previas tendente a verificar, prima facie, los hechos irregulares puestos en su conocimiento. En tales situaciones, el eventual acuerdo de inicio del procedimiento no vendrá amparado o fundamentado en la denuncia anónima sino en la información previa, que es la que verdaderamente determina el inicio del procedimiento. De esta forma, el acuerdo de inicio del procedimiento será adoptado por propia iniciativa, que es una de las modalidades de inicio de oficio de un procedimiento que se contempla en el art. 58 de la LPACAP.

En segundo lugar, en el ámbito penal, de la lectura de los arts. 266 y 267 LECRim parece deducirse que las denuncias anónimas no son admisibles en el proceso. Sin embargo, el inicio de diligencias de investigación con base en notitia criminis anónima no aparece proscrita por nuestra jurisprudencia, que las permite, siempre bajo el requisito de un análisis reforzado, debiendo citarse la STS de 11 de abril de 2013, que no solo resume la jurisprudencia anterior, sino que continúa siendo citada en resoluciones posteriores del tribunal superior en todos los órdenes (véase la reciente STS de 23 de enero de 2020).

La tercera idea que merece ser compartida conecta con las dudas que manifiesta el Consejo General del Poder Judicial acerca de si el derecho de defensa de la persona afectada por la denuncia se podría ver comprometido al enfrentarse a una investigación en la que desconoce la identidad de quien le acusa y la procedencia de la evidencia que contra él se aporta. En este sentido, la propia Directiva establece, para salvaguardar el derecho de defensa, una excepción a la regla de la confidencialidad en su art. 16.2, permitiendo que la identidad del denunciante u otra información sea revelada cuando exista una obligación legal necesaria y proporcionada en el contexto de una investigación o en el marco de un proceso judicial, para garantizar el derecho de defensa de la persona afectada, que deriva de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Ahora bien, dicha necesidad de revelación aparece conectada, en el concreto contexto de un procedimiento penal, al empleo de las alegaciones del denunciante como fuente de prueba y como testimonio de cargo, pues en ese marco, como señala la STS de 23 de julio de 2020 «es la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo que el citado Tribunal (Europeo de Derechos Humanos) considera contrario a las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio; por el contrario, en aquellos casos en que el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de «oculto» (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos -tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado- resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3 d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución».

En consonancia con lo anterior, la cuarta y última idea que merece ser considerada como fundamental es que si el informante no es fuente de prueba ni medio probatorio, sino medio de investigación, y en definitiva, la información aportada de forma anónima goza de verosimilitud, siendo objeto de investigación por otros medios que, en su caso, podrán generar fuentes y medios probatorios, la denuncia anónima es admisible como notitia criminis.

IV. CONCLUSIONES

En estos momentos parece que va asentándose paulatinamente la idea de que es imprescindible dotar al sector público, y no sólo al sector privado, de instrumentos que faciliten el afloramiento de información sobre actuaciones ilícitas. La Unión Europea está convencida de que hay que facilitar la presentación de denuncias, pues a través de estas es posible detectar, e incluso prevenir, graves deficiencias en la ejecución de normas. Con el ánimo de reforzar el cumplimiento del ordenamiento jurídico siguiendo esta senda, se entiende que urge poner fin a la falta de confianza en la eficacia de las denuncias y al temor a sufrir represalias por comunicar infracciones. Con la intención de generar confianza en los potenciales denunciantes, la Directiva 2019/1937 articula una serie de medidas, entre las que deja la puerta abierta a que se admitan las denuncias anónimas.

El reconocimiento de la posibilidad de denunciar no es ninguna novedad en nuestro sistema jurídico. Como tampoco debería causar, a estas alturas, ningún asombro manifestar que en ocasiones se acuerda iniciar una investigación a pesar de que la denuncia que se presenta no va acompañada del nombre y apellidos de quien la formula; siendo en estos casos relevante que los hechos irregulares puestos en conocimiento de las autoridades presenten ciertos signos de veracidad y credibilidad y que las autoridades de turno tengan la voluntad de indagar en la historia que se les traslada de forma anónima.

Desde nuestro punto de vista, el dilema crucial al que nos enfrentamos no es cuántas garantías podría ofrecer nuestro ordenamiento jurídico al denunciante; sino saber si cualquiera de ellas podría llegar a ser verdaderamente útil. Si hablásemos con sinceridad llegaríamos a la conclusión de que, por ejemplo, la novedosa exigencia de que las denuncias se tramiten con diligencia o en un plazo razonable no vale de nada, si detrás no hay una intención firme de acatarla. No se puede ignorar aquí que la inactividad formal es una realidad cotidiana, a pesar de que los textos legales, que imponen la obligación de resolver en un tiempo concreto, se cuentan por decenas. En otro orden de consideraciones, entendemos que preservar el anonimato del denunciante ayuda a atajar el problema que plantean las filtraciones de una forma parcial, ojalá solo ese dato fuera el que se divulga indebidamente.

Sin perjuicio de lo anterior, urge ahora explicar hasta qué punto es cierto que no hay mejor forma de proteger al que informa sobre comportamientos reprobables que garantizando su anonimato y, lo que es más importante, hasta cuándo se puede preservar la identidad del denunciante, pues el art. 6 del CEDH persigue el objetivo de proteger a toda persona acusada de una infracción frente al poder del Estado y reconoce, entre otros derechos, «el de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra».

V. BIBLIOGRAFÍA

- BENÍTEZ PALMA, E (2021): Las múltiples dimensiones de la protección a los denunciantes (whistleblowers) Lecciones del caso Wirecard, en Revista Española de la Transparencia, número 13, pp. 47-57.
- CLEMENTE, T. (2022): Negacionistas de la denuncia anónima, en Valencia Plaza.
- DECLARACIÓN DE DUBLÍN, emitida por la Red de Autoridades Europeas de Integridad y Alertadores (NEIWA, Network of European Integrity and Whistleblowing Authorities).
- Declaración institucional: Expiración del plazo para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1937 de protección a las personas denunciantes y alertadoras 17 de diciembre de 2021, firmada por la Agencia Valenciana Antifraude.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2022): Denuncias anónimas, en Valencia Plaza.
- FERNÁNDEZ AJENJO, J. A. (2020): Comentarios a la Directiva UE 2019/1937 relativa a la Protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, en N. Rodríguez García y F. Rodríguez López (dirs.), Compliance y Justicia Colaborativa en la prevención de la Corrupción, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA MORENO, B. (2020): Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Informe sobre 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, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, aprobado por el Consejo General del Poder Judicial el 26 de mayo de 2022.
- VILLORIA MENDIETA, M. (2021): Un análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 desde la ética pública y los retos de la implementación, en Revista Española de la Transparencia, número 12, pp. 15-24. ■