WORLD COMPLIANCE ASSOCIATION



La directiva europea de los denunciantes de corrupción revoluciona la legislación española

Claves fundamentales para entender la nueva Directiva que prohíbe las represalias contra los denunciantes de corrupción.

El nuevo ordenamiento jurídico nos exige un enorme esfuerzo de reinterpretación de los textos legales patrios que también afectan a la Constitución misma. En España no nos hemos enterado, o no hemos querido hacerlo. Pero está claro que la Unión Europea ha creado un nuevo ordenamiento jurídico destinado a proteger a los denunciantes de corrupción. Está en vigor desde el 17 de diciembre de 2019.

El problema de base existe porque nuestros institutos procesales contemplan un único derecho fundamental en conflicto cuando se imputa un delito de corrupción a una autoridad o funcionario público. Ese único derecho en conflicto es la **presunción de inocencia** del destinatario de la imputación, paradójicamente una autoridad o funcionario público sospechosos de corrupción.

Desde esa perspectiva el **Tribunal Supremo**, avalado por el **Constitucional**, llegó a considerar que la imputación de corrupción contra autoridades y funcionarios públicos se reputaba falsa, y por tanto era calumniosa, si no se conseguía probar que era verdadera.

Conde Pumpido, ponente de la conocidísima y polémica STS 2ª 190/2001, llegó a escribir que "sólo la demostración de la veracidad de la imputación permitirá el amparo de esta causa de justificación (la exceptio veritatis del art. 207 del CP), pues de otro modo ***entra en juego la presunción de inocencia de los calumniados, que determina la falsedad de una imputación delictiva no acreditada".***

Ahora bien, todo este antiguo panorama jurídico ha cambiado radicalmente desde la entrada en vigor, el 17 de diciembre de 2019, de 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**, también conocidos con el término inglés de **"whistleblowers"** o **denunciantes y alertadores de corrupción.**

El cambio de perspectiva viene determinado por el hecho de que la Directiva ya no contempla solo un derecho fundamental en conflicto cuando se formula una imputación de corrupción, sino que son dos:

I. El derecho a la **presunción de inocencia** del destinatario de la imputación.

II. El derecho a la **libertad de expresión y de información** del denunciante o alertador de corrupción.

Esta duplicidad de los derechos fundamentales en conflicto ha cambiado de forma radical, también dramática, las reglas de juego de nuestro ordenamiento jurídico penal y procesal.

En primer lugar debe entenderse que el artículo 259 de la Lecrim -el que obliga a quien presencie la perpetración de cualquier delito a ponerlo en conocimiento de las autoridades- ha quedado parcialmente derogado cuando se trata de delitos de corrupción.

Ahora la revelación pública de la comisión de un delito, que constituya a su vez una infracción del Derecho de la Unión, **deja de ser una obligación para convertirse en un derecho fundamental.**

De esa forma, el denunciante de corrupción puede **elegir el modo de hacer la comunicación:**

A. Anónimamente, utilizando los canales internos donde los haya.

B. Ante los medios de comunicación.

C. Identificándose ante la policía, la fiscalía, el CGPJ o el juzgado de guardia.

El derecho a la **libertad de expresión y de información** del denunciante o alertador de corrupción ahora obliga a los poderes públicos españoles a garantizar su ejercicio (art. 53.2 CE), y tendrán que ordenar todo lo necesario para que se investiguen esas denuncias.

En segundo lugar, el derecho a la **presunción de inocencia** del destinatario de la imputación de corrupción solo se garantizará en el seno de esas investigaciones en su contra, sin que pueda formular mientras tanto ninguna querella por injurias o calumnias contra el denunciante o alertador.

Si lo hicieran, cometerá un **delito de represalias** y la querella por injurias o calumnias deberá de archivarse inmediatamente. Solo cuando se acredite que la denuncia o alerta pública eran falsas, podrá entonces proceder el imputado contra el denunciante o alertador.

Tampoco el Ministerio fiscal podrá actuar de oficio contra el denunciante o alertador de corrupción cuando el imputado sea una autoridad o un funcionario público.

Muy importante es saber que en este sentido debe interpretarse de manera distinta el artículo 215 del Código Penal, el que obliga al Ministerio Fiscal a actuar de oficio cuando se trate de injurias y calumnias vertidas contra autoridades y funcionarios públicos, pues ha quedado también parcialmente derogado por la Directiva de protección de los denunciantes de corrupción.

La obligación del Ministerio Público a partir de ahora es investigar la corrupción sin perseguir a los denunciantes o alertadores.

De igual forma deberán reinterpretarse también los artículos 207 y 210 del Código Penal a la luz de la nueva Directiva de protección de los denunciantes de infracciones del Derecho de la Unión.

Estos artículos, que regulan la exceptio veritatis, se entiende que también han quedado derogados parcialmente por la Directiva y tampoco se podrán aplicar en los procesos por injurias o calumnias abiertos contra el denunciante o alertador de corrupción.

Las querellas por injurias y calumnias contra los denunciantes de infracciones del Derecho de la Unión, como hemos dicho, se consideran actos constitutivos de un **delito de represalias**, y deben de archivarse de oficio y sin dilación.

En definitiva, la nueva Directiva introduce un cambio tan radical en la interpretación y aplicación de las leyes vigentes, que será tanto o más importante como el que supuso la perspectiva de género en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros de la Unión Europea.

El cambio va a ser impactante y brutal, sobre todo en la manera de actuar frente a los denunciantes de corrupción para evitar que sean represaliados.

Esto obligará en España a la creación de **juzgados especiales para encargarse de las denuncias por infracciones del Derecho de la Unión**,unos imprescindibles juzgadosdotados de capacidad para proteger de los acosos a los denunciantes y alertadores en los procedimientos en los que sean parte.

Es precisamente en este punto donde cabe hacer mención a la propuesta procesal más llamativa de la Directiva, que prevé la posibilidad de **invertir la carga de la prueba en los procesos judiciales a favor y en contra de los denunciantes y alertadores de corrupción**, para que en estos casos corresponda a la persona que haya tomado medidas perjudiciales demostrar que no está ejerciendo represalias motivadas por la denuncia.

La prohibición de las represalias a los denunciantes y alertadores de corrupción se garantiza en la normativa europea de dos maneras diferentes:

I. Introduciendo la inversión de la carga de la prueba en todos **los procedimientos penales, civiles, o administrativos instados por el propio denunciante de corrupción para pretender la indemnización de los daños causados por esas represalias**, que es a lo que se refiere el apartado 5 del artículo 21 de la Directiva, cuando dice:

“En los procedimientos ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad **relativos a los perjuicios sufridos por los denunciantes**, y a reserva de que dicha persona establezca que ha denunciado o ha hecho una revelación pública y que ha sufrido un perjuicio, **se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por denunciar o 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”.**

II. La otra vía introduce en el artículo 21.7 de la Directiva para **los procedimientos penales, civiles, o administrativos instados, esta vez, contra el denunciante de corrupción por motivo de sus denuncias o revelaciones públicas de corrupción**, que deberán archivarse, sobreseerse, o terminar con la absolución:

“En los procesos judiciales, incluidos los relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos comerciales, o a solicitudes de indemnización basadas en el Derecho laboral privado, público o colectivo, **las personas a que se refiere el artículo 4 no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de denuncias o de revelaciones públicas en virtud de la presente Directiva. Dichas personas tendrán derecho a alegar en su descargo el haber denunciado o haber hecho una revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la denuncia o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción en virtud de la presente Directiva”.**

De esta forma, y a partir de la entrada en vigor de la Directiva, los poderes públicos ante los cuales se estén tramitando estos procedimientos tendrán que habilitar un trámite “especial” que permita la alegación de los “motivos razonables” por parte del denunciante o revelador, y en su caso la prueba por parte del que haya iniciado el procedimiento contra el denunciante o revelador, de que no era necesaria la denuncia o revelación.

Fuente: *Diario 16. El dirario de la Segunda Transición*