

La falta de transposición de la Directiva Whistleblowing deja en un limbo legal muchos aspectos de su aplicación

El plazo de dos años que tenía el Gobierno español para transponer la Directiva que protege a los alertadores de corrupción se cumplió este viernes

España no ha transpuesto la **Directiva 'Whistleblowing'** de protección al denunciante de corrupción en el tiempo previsto. Expertos consultados por Confilegal afirman que es «algo prioritario, no solo a nivel empresarial sino también el terreno público, para aclarar diversos aspectos de la propia directiva que ahora no están claros».

Desde el Ministerio de Justicia indican que se está culminando su transposición y que **en enero se elevará a Consejo de Ministros**. Asimismo, apuntan que antes de que se abra un posible procedimiento sancionador se habrá iniciado la tramitación, trasladando así un mensaje claro a Europa de la voluntad inequívoca de este Gobierno de cumplir con el mandato de la transposición.

Otra cuestión que aclaran desde el departamento de **Pilar Llop** es que están en contacto con la Comisión y que tiene conocimiento de los avances en la elaboración del texto.

Desde el Ministerio de Justicia se insiste en que hasta que no se transponga la Directiva no entra en vigor ningún aspecto de su contenido, frente a otras opiniones recabadas por este medio.

Eloy Velasco, magistrado de la Audiencia Nacional, aclara que "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 que multas se impondrán a las empresas que no establezcan los canales de denuncia".

También indica 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".

Este magistrado señala que "necesitamos la transposición para saber si España sube el listón de garantías que establece la citada directiva. Es una directiva de mínimos, pero igual nuestro país quiere concretarla más en determinados aspectos de la misma".

Para Velasco esta Directiva explica realmente lo que quiere regular en su exposición de motivos, **"pretende que aflore la corrupción protegiendo a aquellos que se decidan a denunciar casos de este tipo**. El termino corrupción lo vincula a normativa de la UE y tiene que ser en esos sectores, como es la banca, blanqueo de capitales o medioambiente, entre otros temas".

Desde su punto de vista, nuestra organización territorial no contribuye a una transposición sencilla de la Directiva, "hay tres niveles de denuncia, canal público, interno e institucional, como son juzgados y tribunales y medios de comunicación. Ahora, **las empresas con más de 250 trabajadores ya están obligadas a tener ese canal de denuncia**, las que tienen menos tienen aún dos años para adaptarse a ello".

Otra cuestión que subraya este magistrado es que la Directiva **también implica obligaciones a instituciones de carácter público**, "ayuntamientos de España con más de 10.000 habitantes, tendrán que tener canales. Aquí surge la dude de si junto con el canal interno de la corporación habría que implementar otro externo para que los ciudadanos puedan denunciar esos hechos. Eso tiene que aclararse con la transposición".

OPACIDAD EN LA TRAMITACIÓN

Por su parte, **Joan Linares**, director de la Agencia Valenciana Antifraude, destaca que “era algo de esperar porque no había entrado ningún proyecto de ley en el Congreso. Se rumoreaba que se podría estar preparando un Decreto Ley, pero la directiva y su transposición afectaría a leyes orgánicas en nuestro país como el Código Penal o la LECrim, pero eso impide utilizar el Decreto Ley”.

En su opinión, “en estos momentos hay una opacidad alarmante en un asunto tan importante. Atender la transposición se interpreta como el interés o no del Gobierno en luchar contra la corrupción. **Si no protegemos a los denunciantes es que no nos interesa que denuncien**. Y esto genera desconfianza”.

Este experto hace suya la opinión del resto de Agencias Antifraude españolas, “**desde este sábado cualquier ciudadano puede exigir el cumplimiento de la Directiva siguiendo la doctrina consolidada del TJUE**, donde se habla que una vez traspuesta, si no se ha hecho, deviene en norma de obligado cumplimiento”.

“Esto es complicado en la práctica porque falta una autoridad estatal de control y protección de los denunciantes. Tendría que estudiar y analizar las denuncias que le vinieran por los canales externos. Este es el debate abierto ahora que hay a falta de la transposición real en nuestro país”.

Linares recuerda que habría modificar otras normas estatales, donde los parlamentos autonómicos no tiene competencia para hacer la transposición de la Directiva, “es el caso del estatuto de los Trabajadores, el Estatuto del Empleado Publico, Código Penal, LECrim, ley de protección de datos, entre otras”.

Este experto, al igual que hiciera Velasco recuerda que “cualquier elemento punitivo a nivel de sanción requiere de la transposición de la Directiva para ser efectivo y ponerse en marcha. **Hay un limbo legal con obligaciones y derechos pero con una incertidumbre de quien los tiene hacer cumplir.** Esta ausencia de transposición genera una situación de reclamaciones sobre las administraciones que deberían estar cumpliendo la directiva”.

TRANSPOSICIÓN Y DUDAS LEGALES

Ignacio Sánchez, socio responsable del penal económico del despacho internacional Hogan Lovells en España, recuerda que en esta transposición el legislador español debe tomar decisiones hay que determinar cómo se va a implementar y su alcance, así como los recursos que se van a gestionar”.

Recuerda que se habla de **tres canales diferentes de denuncia** en ella, el canal interno, la denuncia externa que se puede hacer en determinados supuestos, agentes y autoridades. Habrá que concretar quién tiene que recibir eso y en algunos supuestos de divulgación pública, entre otras cuestiones.

Al mismo tiempo, subraya, “con algunas cuestiones, el anteproyecto de ley de la LECrim, aprobado en noviembre del 2020, también **se solapaba con los canales de ‘whistleblowing’,** ya hablaba que la denuncia derivada de una actuación de una entidad publica o privada de un alertador podría presentarse ante la autoridad penal competente por el responsable del canal de denuncia, sin revelar su identidad”.

Sánchez cree que la Directiva establece tres elementos claves “la obligación de establecer esos canales de denuncia, su gestión eficiente a través de protocolos concretos y la protección al denunciante con el citado Estatuto. A mi mi juicio esta protección del denunciante es lo más importante de la directiva”.

En cuanto a las empresas cree que han sabido adaptarse a esta nueva normativa **“en el sector privado hay una cierta cultura sobre estos temas**, sobre todo por las exigencias derivadas de los programas de cumplimiento penal. Las empresas hacen sus deberes ya llevan once años con la responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

A su juicio, “hay que hacer unos ajustes pero saber cómo quiere el legislador que se hagan dichos ajustes; es el caso de abrir el canal de denuncias a todo el mundo o solo a los empleados, por ejemplo, o el perfil de la persona que gestiona la denuncia son algunas inquietudes de las empresas privadas, así como su tramitación”.

NECESIDAD DE MARCO NORMATIVO

Para **Jorge Navarro**, socio de Molins Defensa Penal, “el objeto de la Directiva Whistleblowing consiste, esencialmente, en proteger a quien denuncia el incumplimiento en el ámbito de una organización situaciones relativas a los servicios financieros, contratación pública, blanqueo de capitales, medio ambiente, protección de consumidores, etc.».

Para este jurista, “si bien la finalización del plazo para la transposición de la Directiva no supone la automática entrada en vigor de las previsiones establecidas en materia de canales de denuncia para entidades privadas, **sí que genera derechos de los ciudadanos en su relación con las autoridades públicas** (no con las entidades privadas) pues los particulares desde este viernes podrán invocar el contenido de la misma, como consecuencia del denominado efecto directo vertical de la Directiva».

A juicio de este experto “de lo anterior, se desprende la absoluta conveniencia de que las entidades, tanto del sector privado como del sector público, adopten las **medidas necesarias para cumplir con lo establecido en la Directiva** (mediante la implementación de canales de denuncia y la definición de pautas de actuación interna), adaptando sus canales internos a los estándares de la Directiva Whistleblowing en caso de ya poseerlos”.

Sobre la importancia de esta Directiva considera que ”es real y no meramente retórica, pues pasa por la imposición de obligaciones como son la de **garantizar la confidencialidad de la identidad del denunciante** y de cualquier tercero afectado, e impedir el acceso al personal no autorizado”.

Al mismo tiempo, “se debe trasladar de acuse de recibo de la denuncia al denunciante en un plazo de siete días a partir de su recepción, así como la gestión de esa denuncia a través de una persona imparcial como encargado del canal de denuncias, el seguimiento y dar una respuesta al denunciante en tres meses”.

Navarro también comenta “la necesidad de tratar los datos personales incluidos en las denuncias o a los que se acceda en las investigaciones internas conforme la normativa en materia de protección de datos así como **registrar y conservar las denuncias** durante el período proporcionado necesario para los fines de la Directiva”.

Para este experto en derecho penal “habrá que ver el valor que, por parte de los jueces y tribunales, se dará a las posibles investigaciones internas desarrolladas. Nos falta un marco normativo que delimite las garantías y los derechos de los intervinientes en estas investigaciones, pues **pueden derivarse consecuencias penales** sin haber respetado derechos de los intervinientes”.

Fuente: *Confilegal*