

El ambito objetivo de aplicación de la Ley 2/2023: ¿Qué comunicaciones pueden amparar el derecho a protección frente a las represalias?

La Ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva (UE) 201/1937. La protección que la norma dispensa a estas personas

I. El papel de los trajadores en la lucha contra la corrupción

La colaboración ciudadana siempre ha desempeñado un papel muy importante para garantizar la eficacia del derecho. Ya en la antigua Roma quienes proporcionaban información para facilitar el cobro de los tributos recibían una compensación por parte del gobierno. Dando un salto en el tiempo, es a partir de la década de 1960 cuando empieza a generalizarse la denuncia espontánea de irregularidades por parte de los ciudadanos, como un mecanismo reaccional de «resistencia ética» frente a los abusos de las empresas y las instituciones, anclado en convicciones morales y de conciencia social, generalmente vinculados a la protección del medio ambiente y los derechos humanos. A raíz de lo anterior, las organizaciones internacionales y los Estados comprometidos con la lucha frente a la corrupción, no tardaron en darse cuenta del importante papel que desempeñan esas personas honestas y valientes que dan la voz de alerta (en inglés conocidas como whistleblowers), comunicando a su empleador, a las autoridades públicas o directamente a la población, esas conductas perjudiciales para el interés público. **(1)**

Sea como fuere, dar el paso de informar, alertar, o dar cuenta en el seno de una organización, de que se está cometiendo un delito, una infracción administrativa o, simplemente, una conducta inmoral o poco ética no es tarea fácil y exige una importante dosis de valentía. Queramos reconocerlo o no, quien saca a la luz estas conductas irregulares, corre el riesgo de ser tratado como un «chivato» por sus propios compañeros o de sufrir represalias por parte de los responsables de la propia organización —quienes, en una lógica racional, deberían ser los primeros interesados en desterrar ese tipo de conductas de sus organismos o entidades—.

La Directiva 2019/1937 pretende abordar el problema de la corrupción en el contexto laboral, es decir, desde dentro de las organizaciones. Su Considerando 1 parte de la base de que las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto. Se trata, con ello, de afrontar un enfoque preventivo, para atajar dichas conductas desde un primer momento, en un estadio incluso incipiente, superando planteamientos tradicionales centrados exclusivamente en el plano reactivo: es fundamental, en la medida de lo posible, que la información pertinente llegue rápidamente a quienes están más próximos a la fuente del problema y tienen más posibilidades de investigarlo y competencias para remediarlo **(2)**.

De este modo, primero la Directiva y, posteriormente la Ley 2/2023, al transponerla al ordenamiento jurídico nacional, vienen a establecer un marco jurídico para favorecer que las personas, en ese contexto de su relación laboral, puedan contribuir a sacar a luz determinadas irregularidades. Con este fin, dicha regulación:

a) Obliga a los organismos y entidades, públicos y privados, a crear unos sistemas dotados de canales internos, confidenciales y seguros, que permitan a esas personas informar de tales conductas.

b) Impone la creación de unos canales ajenos a esos organismos o entidades (canales externos), encomendados a autoridades independientes, de modo que los trabajadores puedan acudir ante ellos, en aquellos casos en que no se encuentren cómodos o suficientemente seguros informando a través del canal interno la entidad en la que prestan servicios

c) Establece un conjunto de medidas, con el propósito de que quienes alertan de estas irregularidades se encuentren apoyados y protegidos frente a cualquier tipo de represalias en el seno de su organización.

Los contornos en los que se mueve esta regulación hacen que los trabajadores, a la hora de decidir si dan el paso de comunicar una infracción por estas vías, no vayan a tener fácil llegar a saber si van a estar amparados por el sistema protección que la norma prevé.

II. Comunicaciones en el contexto de una relación laboral

La primera cuestión sobre la que hay que recabar la atención es que, tanto la Ley, como la Directiva, vienen a establecer un régimen de protección enfocado al contexto de una relación laboral o profesional.

Lo que se pretende con esta regulación es luchar contra las amenazas o perjuicios para el interés público que surgen o se fraguan en el seno las organizaciones

Ello se debe a que, como hemos visto, lo que se pretende con esta regulación es luchar contra las amenazas o perjuicios para el interés público que surgen o se fraguan en el seno las organizaciones (públicas o privadas). Las personas que alertan sobre esas irregularidades en ese concreto ámbito son las que corren el riesgo de sufrir represalias laborales por su posición de vulnerabilidad económica frente a la persona de la que dependen de facto a efectos laborales: Cuando no existe tal desequilibrio de poder relacionado con el trabajo, por ejemplo, en el caso de demandantes ordinarios o testigos, no es necesaria la protección frente a represalias. **(3)** De ahí que, tanto la Directiva (artículos 4.1 y 5.7), como la Ley (artículo 3), proyecten su protección a quienes comunican información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales. **(4)**

III. Categorias de infracciones

Como se ha dicho, la regulación se orienta a la lucha frente a determinadas categorías de conductas irregulares que puedan suponer amenazas, o de las que se puedan derivar perjuicios para el interés público. De ahí que la delimitación del ámbito de protección se vincule a las categorías de irregularidades que se pretenden combatir:

1. Infracciones del derecho de la Unión Europea

La Ley 2/2023, al transponer la Directiva 2019/1937, incorpora el objetivo de ésta de reforzar la aplicación del Derecho ante aquellas categorías de infracciones del Derecho de la Unión que más preocupaban al legislador comunitario. Éstas son las enumeradas en el artículo 2.1 de la Directiva y recogidas en el artículo 2.1.a de la Ley:

a) Infracciones del Derecho de la Unión que entren dentro del ámbito de aplicación de los actos enumerados en el Anexo de la Directiva, relativas a los siguientes ámbitos: i) contratación pública; ii) servicios, productos y mercados financieros, y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; iii) seguridad de los productos y conformidad; iv) seguridad del transporte; v) protección del medio ambiente; vi) protección frente a las radiaciones y seguridad nuclear; vii) seguridad de los alimentos y los piensos, sanidad animal y bienestar de los animales; viii) salud pública; ix) protección de los consumidores; x) protección de la privacidad y de los datos personales, y seguridad de las redes y los sistemas de información. **(5)**

b) Infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea tal y como se contemplan en el artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

c) Infracciones relativas al mercado interior, tal como se contemplan en el artículo 26, apartado 2, del TFUE, incluidas las infracciones de las normas de la Unión en materia de competencia y ayudas otorgadas por los Estados, así como las infracciones relativas al mercado interior en relación con los actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades o a prácticas cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la legislación aplicable del impuesto sobre sociedades.

Con independencia de su tipificación

Es importante observar que, las conductas que pretende atajar la Directiva, son cualesquiera infracciones que entren dentro del ámbito de aplicación material de su artículo 2 —arriba enumeradas—, con independencia de si en el Derecho nacional se tipifican como administrativas, penales o de otro tipo [(6)] . Así lo recoge también su artículo 5.1, cuando nos dice que, a estos efectos, debe entenderse por infracción no sólo las acciones y omisiones ilícitas, sino, además, cualesquiera otras que desvirtúen el objeto o la finalidad de las normas establecidas en los actos y ámbitos de actuación de la Unión que entren dentro del ámbito de aplicación material de ese artículo 2.

El Considerando 42 ya advertía esta cuestión, añadiendo que «La detección y la prevención efectivas de perjuicios graves para el interés público exige que el concepto de infracción incluya también prácticas abusivas, como establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a saber, actos u omisiones que no parecen ilícitos desde el punto de vista formal, pero que desvirtúan el objeto o la finalidad de la ley». [(7)]

Coherencia con disposiciones existentes en el mismo ámbito

Por otra parte, la delimitación del ámbito de aplicación de esta regulación exige también tener en cuenta que la prevención y detección de infracciones del Derecho de la Unión es una constante que lleva mucho tiempo preocupando al legislador europeo. A lo largo de este tiempo, se han ido dictando normas específicas sobre protección a las personas que informan de irregularidades en algunos sectores concretos, como es el caso de los servicios financieros, seguridad del transporte o la protección del medio ambiente. En estos ámbitos, y particularmente en los enumerados en la parte II del Anexo de la Directiva, se mantiene la aplicación de esta normativa específica, de modo que la regulación contenida en la Directiva, simplemente viene a reforzar la protección ofrecida en todos estos instrumentos, intentando con ello ajustar todo el conjunto normativo a un alto nivel de protección (artículos 3.1 Directiva y 2.6 de la Ley).

2. Infracciones penales o administrativas en el ordenamiento juridico interno

El artículo 2.2 de la Directiva permite de forma expresa que los Estados miembros puedan ampliar la protección en su Derecho nacional a otros ámbitos, más allá de las infracciones al Derecho de la Unión. La Ley 2/2023 aprovecha esta oportunidad y la extiende también a combatir, desde el entorno laboral, aquellas infracciones del ordenamiento nacional que estén tipificadas como delito o como infracción administrativa, aunque en este último caso, restringido únicamente a las que estén clasificadas como graves o muy graves (artículo 2.1.b) [(8)] .

Por lo demás, cabe añadir que la matización que incluye el tenor literal de la ley, cuando dice que están amparadas por el sistema de protección todas las infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social, no parece aportar nada, toda vez que el presupuesto que contempla ya está incorporado en la primera parte del precepto [(9)] .

3. Cuestiones a tener en cuenta

A) *Infracciones leves y otras categorías de irregularidades*

La delimitación del ámbito de aplicación, en los términos que se ha expuesto, determina una clara asimetría. Y es que, como hemos visto, la proyección del interés por acabar por conductas irregulares en relación con el Derecho de la Unión se lleva a cabo desde un punto de vista material o sectorial —con independencia de si están o no tipificadas—; frente a ello, en el ámbito del derecho nacional, se acota en función del «mayor impacto al conjunto de la sociedad» —con independencia del ámbito al que afecten—. De este modo, mientras en el primero de los casos la protección se extiende incluso a las personas que en el contexto esa relación laboral comuniquen infracciones menores —infracciones leves— o incluso a conductas que no estén tipificadas, como es el caso de las prácticas abusivas (en los términos que establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia), en el segundo, la comunicación de estas conductas o prácticas «menores» siempre estaría excluida de protección, al estar limitado su ámbito a los delitos y a las infracciones normativamente contempladas bajo las categorías de graves o muy graves.

Esta situación puede complicar la decisión de esas personas a la hora de dar el paso de informar de conductas irregulares, toda vez que para saber si van a poder tener protección frente a la represalias, deberán previamente verificar, en cada caso, si la irregularidad pudiera o no ser constitutiva de delito o infracción administrativa; y, en el caso de que fuera una de estas últimas, tener en cuenta que, si está tipificada como leve, tan sólo podría beneficiarse de esa protección si está relacionada con una infracción del Derecho de la Unión en los sectores concretos a los que se refiere el artículo 2.1.a) de Ley, pero no en el resto de los casos. **(10)**

B)*Infracciones potenciales e intentos de ocultar infracciones*

La delimitación de la extensión de la protección también puede suscitar dudas en relación a esta cuestión. La Directiva establece de forma expresa que, respecto de las infracciones al Derecho de la Unión, están amparadas por el derecho a la protección, tanto las personas que comuniquen infracciones reales, como aquellas otras que comuniquen infracciones potenciales (aquellas que, aunque no se hayan producido, muy probablemente puedan llegar a producirse) y sobre los intentos de ocultar tales infracciones (art. 5.2 y Considerando 43).

Sin embargo, esta previsión tampoco ha sido incorporada en el tenor literal de la Ley para hacerla extensiva a todo su ámbito material de aplicación, pues en relación con las infracciones del derecho interno, la Ley (artículo 2.1), tan sólo se refiere a las acciones y omisiones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave, lo que parece exigir que la conducta tipificada se haya cumplido en todos sus extremos, generando con ello, una vez más, un trato diferenciado contrario al espíritu de la norma europea y carente de justificación.

Infracciones laborales.

En el ámbito laboral existen desde hace años normas específicas en el Derecho de la Unión que protegen a los trabajadores frente a las represalias derivadas de sus actuaciones para exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato, **(11)** y en materia de protección de los trabajadores contra el acoso en el trabajo **(12)** .

El hecho de que las infracciones del Derecho de la Unión en materia laboral no aparezcan en el listado del artículo 2.1 de la Directiva 2019/1937, pone de manifiesto que no se trata de una de las materias sectoriales sobre que dicha norma quiso proyectar de forma específica su actuación. A este ámbito tan sólo se refiere de forma expresa el Considerando 21 cuando establece que la regulación que la misma contempla debe entenderse sin perjuicio de la protección otorgada a los trabajadores cuando informen sobre infracciones del Derecho de la Unión en materia laboral. En particular, en el en el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo, el artículo 11 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo ya obliga a los Estados miembros a velar por que los trabajadores o los representantes de los trabajadores no sufran perjuicios a causa de sus peticiones o propuestas a los empresarios para que tomen medidas adecuadas para paliar cualquier riesgo para los trabajadores o eliminar las fuentes de riesgo. Los trabajadores y sus representantes tienen derecho en virtud de esa Directiva a plantear cuestiones ante la autoridad competente si consideran que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario no son suficientes para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo.

Por su parte, la Ley 2/2023, al extender su ámbito de actuación, e incluir las infracciones que sean constitutivas de delito o infracción administrativa grave o muy grave, cabe entender que estaría incluyendo también todas las infracciones que, en materia laboral, estuvieran tipificadas como tales (salvo las leves).

Más allá de lo anterior, el artículo 2.3 de la Ley establece, igual que hace la Directiva, una reserva específica respecto de quienes informen sobre infracciones del Derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo, al disponer que la protección prevista en la Ley se entiende sin perjuicio de la establecida en su normativa específica.,

Por último, cabe señalar que la extensión del ámbito de la protección a las comunicaciones de infracciones en materia laboral que lleva a cabo la Ley, viene a suponer un paso más allá respecto de la garantía de indemnidad. Esta garantía, si bien ya operaba en interés de que los trabajadores pudieran reclamar sus derechos laborales sin temor a represalias, encontraba dificultades en aquellos casos en que no estaba suficientemente claro que la reclamación realizada internamente en la empresa tuviera por objeto evitar o preparar un proceso judicial futuro.**(13)**

IV. Ámbitos excluidos

Tanto la Directiva 2019/1937, como la Ley 2/2023, excluyen una serie de ámbitos, en los que la información está protegida por las normas respectivas.

1. Seguridad Nacional e Información clasificada

La Directiva reconoce que la regulación en ella contenida no afectará a la responsabilidad de los Estados miembros de velar por la seguridad nacional ni a su facultad de proteger sus intereses esenciales en esta materia (artículo 3.2). De forma específica establece que esta normativa no resultará de aplicación a las denuncias de infracciones en materia de contratación pública que afecten a aspectos de la defensa o la seguridad cuando estos estén cubiertos por el artículo 346 del TFUE, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La protección que ofrece la Directiva, también debe entenderse sin perjuicio de la protección de la información clasificada que la normativa de la Unión Europea o nacional proteja contra todo acceso no autorizado por motivos de seguridad (Considerando 25 y art. 3.3.a).

En este terreno, la Ley 2/2023 mantiene para todo su ámbito de aplicación las mismas exclusiones, estableciendo de forma

específica que las previsiones de dicha norma no serán de aplicación a las informaciones relativas a infracciones en la tramitación de relativa a los procedimientos de contratación que contengan información clasificada o que hayan sido declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado.

2. Secreto profesional y deber de confidencialidad

El legislador europeo declara de forma expresa que la regulación que se contiene en la Directiva no afecta a la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes, («prerrogativa de secreto profesional en la relación cliente-abogado») ni a la obligación que tienen los prestadores de asistencia sanitaria, incluidos los terapeutas, de mantener la confidencialidad de las comunicaciones con sus pacientes y de las historias clínicas («secreto profesional médico»), ni al secreto de las deliberaciones judiciales (Considerando 26 y art. 3.3.b)**(14)**

Por su parte, la Ley 2/2023 incorpora este régimen de excepciones en su artículo 2.4, añadiendo una categoría más allá, al señalar que esta regulación tampoco afecta a las obligaciones que resultan del deber de confidencialidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ámbito de sus actuaciones.

3. Protección en el proceso penal

Como ya se ha dicho, tanto la Directiva, como la Ley, tan solo se ocupan de la comunicación de irregularidades que tiene su origen en el entorno de una relación laboral (tanto si se materializa a través de un canal interno, el externo o a través de una revelación pública). De este modo, la protección que contempla dicha regulación solo se proyecta para evitar las represalias que esas personas pueden sufrir en ese entorno por la posición de vulnerabilidad en que se encuentran frente a la persona de la que depende laboralmente. El Considerando 36 de la Directiva decía, en este sentido, que «Cuando no existe tal desequilibrio de poder relacionado con el trabajo, por ejemplo, en el caso de demandantes ordinarios o testigos, no es necesaria la protección frente a represalias». Esta es la razón por la que, cualquier medida de protección para garantizar la integridad física o de otro tipo, fuera de ese contexto, de las personas que intervienen en un proceso penal —sea en condición de testigos, de investigados o de cualquier otra— queda totalmente al margen de la Directiva.

Por su parte, el Considerando 28 añade que la regulación de la Directiva «no debe afectar a las normas nacionales relativas al proceso penal, especialmente a las destinadas a proteger la integridad de las investigaciones y procedimientos o los derechos de defensa de las personas afectadas».

La Ley 2/2023 podría haber sido más ambiciosa, pero tampoco ha querido ir más allá, de modo que su artículo 2 se limita a establecer que la protección que la misma contempla no resulta excluyente respecto de la aplicación de las normas relativas al proceso penal, incluyendo las diligencias de investigación.
En nuestro ordenamiento jurídico actualmente existe una normativa específica en materia de protección a testigos y peritos en causas criminales

En todo caso, cabe recordar que, en nuestro ordenamiento jurídico actualmente existe una normativa específica en materia de protección a testigos y peritos en causas criminales —Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre— la cual, si bien comparte con la Ley 2/2023 el objetivo de incentivar la persecución de actos contrarios al ordenamiento jurídico, el marco de su protección se limita exclusivamente a la preservación de la identidad de aquellos dentro del proceso penal.

V. Otros factores a tener en cuenta

Tal y como hemos visto, el ámbito material de la protección que la Ley 2/2023 otorga a las personas que informan de irregularidades se delimita en función de aquellas infracciones que el legislador quiere combatir y prevenir, que son todas las previstas en los dos primeros apartados del artículo 2. Sin embargo, las garantías que la regulación establece para quienes realizan esas comunicaciones no pueden hacer olvidar que, hay quienes pueden intentar hacer uso de esta vía simplemente para perjudicar a terceros, o para beneficiarse ellos mismos de ese régimen de protección. Llegar a un equilibrio no es fácil, puesto que, excluir de protección en determinados supuestos para evitar esas actuaciones fraudulentas puede ir en contra de la finalidad de la norma, en la medida que puede hacer desistir de comunicar irregularidades que, de otro modo, no podrían llegar a atajarse.

1. La buena o mala fe en la comunicación de irregularidades

El componente subjetivo a la hora de comunicar las infracciones es absolutamente irrelevante a los efectos del derecho de protección. Si bien es cierto que durante años muchas normas en esta materia excluían las comunicaciones realizadas de mala fe con la finalidad de evitar las temidas denuncias malintencionadas, en los últimos años esa previsión se ha ido suprimiendo. Así lo propuso ya en 2.014 la recomendación del Consejo de Europa sobre la protección de los denunciantes de irregularidades, y así lo recogió más tarde el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), al considerar que «el requisito de la buena fe no es compatible con la obligación legal de los funcionarios de denunciar [...]. Aún si la denuncia se hace de mala fe [...] redundará en interés del empleador o en interés público». La Directiva sigue este mismo criterio y ya, en su Considerando 32, dispone que los «[los] motivos de los denunciantes al denunciar deben ser irrelevantes para determinar si esas personas deben recibir protección», lo que se ratifica en el artículo 6.1.a) de la Directiva y en el 35.1.a) de la Ley 2/2023 que, en este sentido, tan sólo exigen que quienes comunican las informaciones «tengan motivos razonables para pensar que la información sobre infracciones denunciadas es veraz en el momento de la denuncia».

2. La veracidad de la infracción comunicada

Más allá de lo hasta aquí dicho, hay que subrayar que la protección a las personas que comuniquen irregularidades no puede estar supeditada a una exigencia de veracidad absoluta de la información facilitada. Es lógico que ello sea así, pues como ya dijera el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 6/1988 «de imponerse «la verdad» como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio».

En consecuencia, la regulación tan solo exige que quienes comunican los hechos tengan motivos razonables para pensar que la información referida es veraz en el momento de la comunicación, lo que opera «como una salvaguardia esencial frente a denuncias malintencionadas, frívolas o abusivas,para garantizar que quienes, en el momento de denunciar, comuniquen deliberada y conscientemente información incorrecta o engañosa no gocen de protección. Al mismo tiempo, el requisito garantiza que la protección no se pierda cuando el denunciante comunique información inexacta sobre infracciones por error cometido de buena fe» (Considerando 32).

De este modo, el requisito de veracidad de la información no excluye que la misma sea controvertible, sino tan sólo exige que quien la comunica crea en su certeza sobre la base de fuentes fiables, aunque cuando no disponga de pruebas concluyentes (artículo 35.1.a) de la Ley 2/2023) y ello sin perjuicio de que luego la noticia se revele falsa.

Esta postura, por lo demás, sigue la fijada por nuestro Tribunal Constitucional al establecer que la comunicación que la Constitución protege es la que transmita información «veraz». Con ello «no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio— cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado». STC 6/1988.

3. Forma en la que se ha obtenido la información

El artículo art. 18.2.a.3º de la Ley, en relación con el 35.2, establece que no tienen derecho a la protección aquellas personas que comuniquen irregularidades de las que se ha tenido conocimiento a través de la comisión de un delito. Si bien esta previsión parece tener su justificación en evitar dar protección a quien incurre en una conducta delictiva **(15)** , no aparece recogida en similares términos en la Directiva, la cual sólo se ocupa de este tema al abordar el aspecto concreto de la posible responsabilidad de quien comunica irregularidades derivada del modo o la forma en que ha tenido conocimiento de las mismas (y que viene a eximir a esas personas de cualquier responsabilidad salvo en aquellos casos en que lo hayan hecho mediante la comisión de un delito, art. 21.3).

4. Comunicaciones inverosímiles, reiterativas y otras categorías afines

Más allá de lo aquí visto, cabe señalar que, tampoco toda comunicación relacionada con las infracciones que están incluidas en las categorías previstas en el artículo 2.1 de la Ley hace derivar un derecho a protección, puesto que existen determinadas excepciones. Quedan fuera de esa protección:

a. Quienes comuniquen irregularidades que carezcan de toda verosimilitud o manifiestamente de fundamento (art. 35.2.a en relación con el artículo 18.2.a. en sus apartados 1 y 3).

En este mismo supuesto encajarían también las informaciones que «constituyan meros rumores» a las que se refiere de forma expresa el artículo 35.2.c), si bien en este caso, aunque no lo diga la Ley, debería ser condición imprescindible de que esos rumores no estén confirmados, tal como establece la Directiva en su Considerando 43.

b. Quienes comuniquen irregularidades «reiterativas», es decir, aquellas que no contengan información nueva y significativa sobre infracciones en comparación con una comunicación anterior, respecto de la cual han concluido los correspondientes procedimientos (art. 35.2.a, en relación con el art. 18.2.a.4). Esta regla, no obstante, no resulta de aplicación cuando en la nueva comunicación concurran nuevas circunstancias de hecho o de Derecho que justifiquen un seguimiento.

El artículo 35.2, esta vez en su apartado c), incorpora también otra categoría muy próxima, a la anterior, al referirse a las «Informaciones que ya estén completamente disponibles para el público», reproduciendo en este caso lo establecido en el Considerando 43 de la Directiva.

La delimitación de esta categoría de exclusiones **(16)** plantea algunos problemas. El primero de ellos resulta del hecho de que, cuando la Ley en su artículo 35.2.a) enumera los supuestos en los que no procede la protección, alude de forma expresa a las comunicaciones que hayan sido inadmitidas por algún canal interno de información o por alguna de las causas previstas en el artículo 18.2.a) **(17)**, en alusión a aquellos supuestos en que la comunicación hubiere sido inadmitida, tanto en el ámbito del sistema interno de información del propio organismo o entidad, como por la autoridad independiente (actuando como canal externo). Es necesario advertir que esta previsión, no sólo no encuentra amparo en la Directiva, sino que, además, puede plantear importantes problemas, en la medida que estaría dejando totalmente en manos de cada entidad el derecho de protección del trabajador que ha acudido al canal interno para comunicar esa irregularidad, lo cual resulta inadmisible.

Lo cierto, es que la Directiva tan sólo se refiere de forma expresa a la exclusión de protección respecto de este tipo de comunicaciones en su Considerando 43, cuando dispone que «no debe protegerse a personas que comuniquen información que ya esté completamente disponible para el público, o rumores y habladurías no confirmados. Por su parte, la norma europea, al establecer el tratamiento de las comunicaciones presentadas ante los canales de denuncia externa, en su artículo 11, contempla la posibilidad de que pueda acordarse el archivo del procedimiento cuando la infracción sea "manifiestamente menor" o cuando se trate de "denuncias reiteradas", pero este tratamiento está únicamente vinculado a la finalidad de aliviar las cargas que soporten las autoridades competentes como consecuencia de las denuncias de infracciones menores de disposiciones que entren en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, las denuncias reiteradas o las denuncias sobre infracciones de disposiciones accesorias» (Considerando 70).

La regulación de la Directiva se muestra mucho más garantista para quien denuncia estas irregularidades, hasta el punto que, en el apartado tercero de ese artículo 11, dispone que esa decisión de archivo «no afectará a otras obligaciones o procedimientos aplicables para tratar la infracción denunciada, ni a la protección prevista por la presente Directiva en relación con la denuncia interna o externa».

Así resulta también de la necesidad de que estas decisiones se sometan a control judicial.«Toda decisión adoptada por autoridades en perjuicio de los derechos otorgados por la presente Directiva, en particular las decisiones por las que las autoridades competentes decidan archivar el procedimiento relativo a una infracción denunciada a causa de ser manifiestamente menor o reiterada, o decidan que una denuncia concreta no merece tratamiento prioritario, está sujeta a control judicial de conformidad con el artículo 47 de la Carta» (Considerando 103), previsión que choca frontalmente con lo establecido en el artículo 20.4 la Ley 2/2023, cuando establece que las decisiones adoptadas por la Autoridad Independiente en ejercicio de sus funciones como «canal externo» no serán recurribles en vía administrativa ni en vía contencioso administrativa.

5. Los conflictos interpersonales

Ya hemos visto que las irregularidades que se tratan de combatir y prevenir a través de esta regulación son la que representan

amenazas o pueden causar perjuicios al interés público en los términos delimitados en las letras a) y b) del artículo 2 de la Ley. Es por ello que parece razonable que se excluya de la protección dispensada por esta Ley a las comunicaciones que se limitan al terreno privado, es decir las que afecten solamente a conflictos interpersonales entre el denunciante y las personas a las que se refiera la comunicación (art .35.2.b), conflictos que, en la mayor parte de los casos se desarrollarán en el ámbito laboral. **(18)**

6. El cauce empleado para comunicar las irregularidades

Tanto la Directiva como la Ley, protegen frente a las represalias a las personas que, en el contexto de su relación laboral, hayan comunicado alguna de las infracciones a que nos hemos referido a través de los cauces que la propia norma contempla. El enfoque marcadamente preventivo de esta regulación hace que se pretenda que esos trabajadores acudan en primer lugar a los canales internos de las propias entidades (artículo 7.2 de la Directiva y 4.1 de la Ley) **(19)** , sin perjuicio de que se otorgue la misma protección si dirigen directamente a canales externos, o incluso, —en los casos que expresamente se contemplan— si la información se transmite a través de la revelación pública regulada en el artículo 28.

En este punto, es necesario aclarar que, el hecho de que esta regulación promueva la comunicación de conductas irregulares, no quiere decir que con ello se pretenda sustituir la posibilidad —o la obligación, según los casos— de que cualquier ciudadano acuda a poner en conocimiento de los organismos competentes, infracciones administrativas o penales y que ya aparece prevista en nuestro ordenamiento jurídico. La denuncia del artículo 62 de la Ley 39/2015, regulada en el contexto de la Iniciación del Procedimiento Administrativo —Título IV, Capítulo II—, al abordar la Iniciación de oficio por la administración, se refiere a la actuación por la que, cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo. Esa comunicación, dirigida a la autoridad administrativa competente para conocer de esa irregularidad, puede partir de cualquier ciudadano y permite poner en marcha el procedimiento administrativo —normalmente un procedimiento sancionador—, incluso acordando la apertura de una «información y actuaciones previas». Por su parte, en el ámbito penal, la LECRIM establece la obligación de denunciar la perpetración de cualquier delito público ante las autoridades judiciales, fiscales o policiales, que también son las materialmente competentes para conocer de esos hechos.

Siendo así, el concepto de denuncia, en sentido estricto, conectaría más directamente con la puesta en conocimiento de los hechos ante la autoridad con competencia por razón de la infracción —administrativa o penal—, con independencia incluso del contexto en el que se ha obtenido esa información. Frente a ello, la Directiva, como se ha dicho, pretende s arbitrar cauces para que quienes en el contexto de una relación laboral adviertan alguna irregularidad, incluso en un estadio incipiente, puedan alertar de las mismas preferentemente en el seno de la propia entidad, promoviendo también con ello el fortalecimiento de la cultura de integridad de las organizaciones y de la comunicación como mecanismo para prevenir y detectar esas amenazas al interés público incluso antes de que se materialicen, y ello, en su caso, como paso previo de las actuaciones que correspondan a las autoridades administrativas o penales con competencias para investigar esos hechos con plenas garantías. **(20)**

En consecuencia la regulación contenida en la Ley no afectaría para nada a la competencia de dichas autoridades, tal y como llegó a advertir el CGPJ en su informe del al Anteproyecto de Ley: *«dada la competencia de los Juzgados y Tribunales para el conocimiento de las infracciones penales (artículo 23 LOPJ), las autoridades judiciales siempre serán autoridades competentes para la recepción de denuncias sobre las infracciones penales que constituyen el ámbito material del Anteproyecto de Ley, con independencia de que la norma proyectada no los mencione».*

El mismo informe añadía que el *objetivo de la Directiva es alentar la denuncia interna, y proteger al informante, y en modo alguno penalizar a aquel que, precisamente para evitar represalias, acude a canales internos o externos y evita denunciar ante la autoridad judicial, fiscal o policial.* Por este motivo, valoraba positivamente que el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal en tramitación, mantuviese la obligación de denunciar en su artículo 526, y al tiempo tuviera en cuenta las previsiones de la Directiva al establecer en su artículo 528.6 que *«Cuando la noticia de la comisión de un delito cometido en el seno de una entidad del sector público o privado la hubiese dado un funcionario o empleado a través de un procedimiento de denuncia interna, la comunicación del hecho delictivo a las autoridades podrá realizarla el responsable del canal de denuncia sin revelar la identidad del alertador, salvo que fuese especialmente requerido para hacerlo».*

La Directiva también extiende la protección frente a las represalias a aquellos supuestos en que, esas personas que hayan conocido de los hechos en el contexto de su relación laboral, hayan acudido directamente a denunciarlos ante autoridades competentes

En cualquier caso, tampoco hay que olvida que la Directiva también extiende la protección frente a las represalias a aquellos supuestos en que, esas personas que hayan conocido de los hechos en el contexto de su relación laboral, hayan acudido directamente a denunciarlos ante autoridades competentes. En concreto, su artículo 6.4 dispone de forma expresa que también tendrán derecho a la protección las *personas que informen ante las instituciones, órganos u organismos pertinentes de la Unión Europea infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva.* A este respecto, la reproducción del exacto tenor literal de esta previsión en el 35.4 **(21)** de la Ley 2/2023, manteniendo la referencia únicamente a las infracciones que entren dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, determina, una vez más, un claro desequilibrio. Por una parte, supondría que respecto de unos mismos hechos (por ejemplo, un fraude en materia de contratación pública que afecta a la ejecución al presupuesto de la Unión, advertido en el contexto de una relación laboral), estarían protegidos laboralmente frente a las represalias quienes acuden a ponerlos en conocimiento ante la Fiscalía Europea, pero no a quienes lo hicieran ante la Fiscalía española. Por otro lado, de nuevo se estaría dando protección frente a represalias a quienes denuncian infracciones al derecho de la Unión (artículo 2.1.a de la Ley) ante las autoridades europeas competentes, mientras se priva de la misma a quienes denuncian delitos o infracciones administrativas graves o muy graves del derecho nacional a que se refiere el artículo 2.1.b) de la Ley, ante las autoridades nacionales competentes (administrativas o penales).

Lo anterior enlaza, por otra parte, con el «discurso del deber», que afecta a aquellas personas que están obligadas a informar, bien como consecuencia de sus obligaciones laborales, o bien porque el incumplimiento es un delito. A ellos se refiere el Considerando 62, estableciendo de forma expresa que la Directiva: *«también debe conceder protección en los casos en que el Derecho de la Unión o nacional exija a los denunciantes que se dirijan a las autoridades nacionales competentes, por ejemplo, en el marco de sus deberes y responsabilidades laborales o porque la infracción constituye un delito»*, cuestión que tampoco ha sido objeto de tratamiento por parte de la Ley nacional.

VI. Conclusiones

El artículo 1 de la Ley 2/2023 establece que una de las finalidades de la norma es el fortalecimiento de la cultura de la información, de las infraestructuras de integridad de las organizaciones y el fomento de la cultura de la información o comunicación como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público. La norma aprobada supone un hito esencial para la consecución de tal objetivo, tanto por lo que representa desde un punto normativo, como desde el cultural. Y es que, no sólo era necesario establecer un marco regulatorio que permitiese avanzar en los derechos y garantías de esas personas por su posición de vulnerabilidad frente a las personas de las que dependen laboralmente, sino también para lograr crear una conciencia social que permitiese poner en valor la actuación de esos empleados honestos y valientes que deciden dar un paso al frente comunicando esas irregularidades.

Sin embargo, todos somos conscientes del limitado valor de las normas por sí solas para la consecución de estos logros. La regulación crea simplemente un nuevo escenario, en el que son muchos los actores que deben entrar en juego. Los organismos y entidades, privados y públicos, más allá de cumplir las obligaciones que la nueva regulación les impone, deberían asumirlas como una apuesta clara por la integridad y la cultura ética, una buena excusa para protegerse frente al fraude y para cultivar la credibilidad y confianza en las organizaciones, generando así un valor reputacional añadido.

También es responsabilidad de las instituciones, quienes tienen que estar a la altura de las circunstancias, pues su compromiso no se agota con dictar normas, con crear sistemas de información o con crear autoridades independientes o agencias con las exigencias impuestas. Como hemos visto, a pesar de los importantes avances que incorpora la Ley 2/2023 en la materia, quedan muchas cuestiones pendientes. Entre ellas, las que afectan a la seguridad nacional, un ámbito extraordinariamente sensible que debe ser tratado con una extrema prudencia. Lo mismo ocurre con las importantes deficiencias derivadas del propio tenor literal de la norma y que pueden provocar graves asimetrías; y otras, también, como consecuencia de la falta de regulación en ámbitos conexos, donde el ejemplo más claro lo tenemos con la falta de desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales que, de acuerdo con sus disposiciones adicionales se debería haber llevado a cabo en el plazo de un año desde su aprobación. Todas ellas deberán ser abordadas, más pronto que tarde, si queremos llegar a tener, como sería deseable, un marco global, coherente y uniforme de protección a escala nacional.

(1)

Surge así el término whistle-blowing, como «la revelación por parte de miembros de la organización (anteriores o actuales) de prácticas ilegales, inmorales o ilegítimas controladas por sus empleadores, a personas u organizaciones que puedan ser capaces de actuar a su respecto» Near y Miceli (1985).

(2)

Considerando 47 de la Directiva 2019/1937.

(3)

Considerando 36 de la Directiva 2019/1937.

(4)

El artículo 5.9 de la Directiva define el «contexto laboral» como «las actividades de trabajo presentes o pasadas en el sector público o privado a través de las cuales, con independencia de la naturaleza de dichas actividades, las personas pueden obtener información sobre infracciones y en el que estas personas podrían sufrir represalias si comunicasen dicha información».

(5)

El Considerando 19 ayuda a comprender dicha delimitación, cuando dice que «Además, se debe entender que la remisión a los actos del anexo incluye todas las medidas delegadas y de ejecución nacionales y de la Unión que se hayan adoptado con arreglo a dichos actos. Asimismo, se debe entender la remisión a los actos de la Unión que figuran anexo como una referencia dinámica, de conformidad con el sistema normal para hacer referencia a los actos jurídicos de la Unión. De este modo, si un acto de la Unión que figura en el anexo ha sido modificado o se modifica, la remisión se hace al acto modificado; si un acto de la Unión que figura en el anexo ha sido sustituido o se sustituye, la remisión se hace al nuevo acto.»

(6)

El Considerando 3 de la Directiva justifica la necesidad de la protección a los que denuncien estas conductas por los graves perjuicios que pueden ocasionar al interés público, con independencia de si el Derecho nacional las clasifica como administrativas, penales o de otro tipo.

(7)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea para considerar que se producen prácticas abusivas, exige que «concurran dos condiciones, a saber, por una parte, que las operaciones controvertidas, pese a reunir los requisitos establecidos en las disposiciones pertinentes de la referida Directiva, y de la legislación nacional de transposición, tengan como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria al objetivo perseguido por tales disposiciones y, por otra parte, que de un conjunto de elementos objetivos resulte que la finalidad esencial de las operaciones en cuestión se limita a obtener dicha ventaja fiscal» (STJUE de 11 de noviembre de 2021, C-281/20).

(8)

La exposición de motivos de la Ley 2/2023 lo justifica así: Se ha considerado necesario, por tanto, ampliar el ámbito material de la Directiva a las infracciones del ordenamiento nacional, pero limitado a las penales y a las administrativas graves o muy graves para permitir que tanto los canales internos de información como los externos puedan concentrar su actividad investigadora en las vulneraciones que se considera que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad.

(9)

Esta previsión sólo tenía sentido con alguno de los textos iniciales que manejó el Ministerio, en los que tan sólo se incluían las acciones u omisiones que pudieran ser constitutivas de infracción administrativa grave o muy grave o cualquier otra

infracción del ordenamiento jurídico siempre que, en cualquiera de los casos, afecten o menoscaben el interés general.

(10)

En todo caso, téngase en cuenta que el artículo 7.4 de la Ley dispone que cada entidad puede habilitar los canales internos de información para la recepción de cualesquiera otras comunicaciones o informaciones fuera del ámbito establecido en el artículo 2, si bien, en estos casos ya advierte que esas comunicaciones y sus remitentes quedarán fuera del ámbito de protección dispensado por la misma.

(11)

Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

(12)

Directiva 89/391/CE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

(13)

SSTS de 26 de abril de 2018, Rec. 2340/2016, y 29 de febrero de 2019, Rec. 3941/2016.

(14)

El Considerando 27 añade que Los miembros de otras profesiones que no sean los abogados y los prestadores de asistencia sanitaria han de poder acogerse a protección al amparo de la presente Directiva cuando comunican información protegida por las normas profesionales aplicables, siempre que la comunicación de dicha información sea necesaria a los efectos de revelar una infracción que entre dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva.

(15)

La Exposición de Motivos de la Ley, sin embargo, iba más allá y justificaba la necesidad de excluir de protección a todas las comunicaciones obtenidas de forma ilícita.

(16)

Reiterado en el artículo 20.2.a) de la Ley por la remisión que hace al artículo 18..2.a)

(17)

Comunicaciones relativas a hechos que no sean constitutivos de infracción del ordenamiento jurídico incluida en el ámbito de aplicación de la ley, cuando los hechos carezcan de toda verosimilitud, manifiestamente de fundamento, las reiterativas o cuando no existan indicios racionales de haberse obtenido mediante la comisión de un delito.

(18)

La Directiva establece que los estados miembros podrían decidir que las denuncias relativas a reclamaciones interpersonales que afecten exclusivamente al denunciante, a saber, reclamaciones sobre conflictos interpersonales entre el denunciante y otro trabajador, puedan ser canalizadas hacia otros procedimientos. (Considerando 22)

(19)

El Considerando 47 dispone que: Para la detección y prevención efectivas de infracciones del Derecho de la Unión es fundamental, en la medida de lo posible, que la información pertinente llegue rápidamente a quienes están más próximos a la fuente del problema y tienen más posibilidades de investigarlo y competencias para remediarlo. Así pues, por principio, debe animarse a los denunciantes a utilizar en primer lugar los canales de denuncia interna e informar a su empleador, si dichos canales están a su disposición y puede esperarse razonablemente que funcionen

(20)

El considerando 47 dispone que se trata de fomentar una cultura de buena comunicación y responsabilidad social empresarial en las organizaciones, en virtud de la cual se considere que los denunciantes contribuyen de manera significativa a la autocorrección y la excelencia dentro de la organización.

Por su parte la Ley 2/2023, también así lo contempla al incluir entre las finalidades de la norma «el fortalecimiento de la cultura de la información, de las infraestructuras de integridad de las organizaciones y el fomento de la cultura de la información o comunicación como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público» (artículo 1.2).

(21)

Artículo 35.4 Las personas que informen ante las instituciones, órganos u organismos pertinentes de la Unión Europea infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, tendrán derecho a protección con arreglo a lo dispuesto en esta ley en las mismas condiciones que una persona que haya informado por canales externos.

Fuente: diariolaley

LINK DE LA NOTICIA