La protección del denunciante: el modelo italiano

Gianluca Gardini
Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Ferrara (Italia)

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019. 3. Diferencias con el modelo italiano anterior a la directiva. 4. Bibliografía.

1. Introducción

Cuando, en 2018, la Comisión Europea publicó la Comunicación en la que anunciaba al Parlamento Europeo y al Consejo la idea de definir un "marco estratégico" para reforzar la protección de las personas que denuncian infracciones de la legislación de la UE, Italia fue uno de los diez —de los veintiocho— Estados miembros que ya tenía una ley sobre la protección del denunciante (incluso ya sometida en 2014 a una primera modificación, y en 2017 a una reforma completa). Solo el Reino Unido, que luego abandonó la Unión Europea, precedió a nuestro país en esto, habiendo promulgado el *Public Interest Disclosure Act* en 1998.

La propuesta de la Comisión dio lugar, como sabemos, a la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, cuya transposición se completó en Italia con el Decreto Legislativo n.º 24/2023, tras la apertura del procedimiento de infracción por parte de la Comisión Europea. Cabe decir que ninguno de los actuales veintisiete Estados miembros de la Unión ha implementado espontáneamente la transposición dentro del plazo establecido (17 de diciembre de 2021). Inmediatamen-

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 38
ISBN: 978-84-125912-4-8

te después de la fecha límite (enero de 2022), la Comisión notificó formalmente la infracción a veinticuatro Estados miembros, de conformidad con el artículo 258 TFUE. Esto resultó en la promulgación de nuevas leyes sobre la protección de los denunciantes en Francia, Croacia, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Portugal, Suecia y España. En los últimos tiempos, los procedimientos de transposición de la directiva están en marcha en el resto de Estados de la Unión. Solo Hungría mantiene, por ahora, la ley anterior.

2. La Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019

La Directiva (UE) 2019/1937 tiene la intención de establecer "normas mínimas comunes que proporcionen un elevado nivel de protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión" (artículo 1), posiblemente sin distinguir entre el sector público y el sector privado, ya que la voluntad de la misma es lograr una protección del denunciante no solo uniforme entre los Estados miembros, sino también armonizada entre los distintos ámbitos (considerando n.º 4).

El denunciante tiene el papel de "centinela" de la Unión; no un trabajador como los demás, sino una especie de vigía o escucha que debe asegurar la primacía del derecho comunitario y favorecer el funcionamiento del mercado único. Para darse cuenta inmediatamente de los efectos positivos que tiene la protección de los denunciantes en el funcionamiento del mercado único, basta pensar en la información que puede conducir al descubrimiento de infracciones del derecho comunitario en ámbitos como la contratación pública, la competencia y las ayudas estatales, u otras materias similares. Los célebres denunciantes (*Luxemburg Leaks*, *Panama Papers*, *Dieselgate*) que han permitido descubrir operaciones encaminadas a evasión de impuestos, o infracciones de la normativa de protección medioambiental —que la Comisión Europea, en su Comunicación de 23 de abril de 2018, no pasó por alto—, son notoriamente descritos como protagonistas de revelaciones que han hecho bien al mercado único.

Quedaba claro que la ley italiana debía reescribirse de acuerdo con la directiva. Que fuera necesario iniciar un procedimiento de infracción y luego un segundo acto de delegación legislativa, habiendo caducado el primero innecesariamente (2019-2020), era más difícil de predecir.

El hecho es que la institución de la denuncia de ilegalidades todavía genera divisiones culturales (no solo en Italia). Baste decir que nuestra legis-

ISBN: 978-84-125912-4-8

lación utiliza los términos muy genéricos e indeterminados de "denuncia" y "denunciante" ("*segnalante*"), sin adjetivo calificativo alguno. Y si la palabra no existe en una lengua, quiere decir que el concepto no existe: quien informa sigue siendo objeto de algún juicio negativo[1].

Hubo entonces una resistencia frente a la transposición de la directiva. Además, no podía ser de otra manera, dado el alcance innovador de la directiva, que es muy evidente al menos en dos aspectos. Piénsese, en primer lugar, en el tercer tipo de canal del que dispone el denunciante, tras el interno y el externo de la institución a la que pertenece: la llamada "divulgación pública" (es decir, en la prensa). Los canales institucionales externos siguen siendo los ya establecidos por el artículo 54-bis del Decreto Legislativo 165/2001 (es decir, informes a la ANAC e informes a las autoridades judiciales o contables ordinarias).

La disposición del "tercer canal" resulta de la jurisprudencia inaugurada por el Tribunal de Estrasburgo con la sentencia Guja c. Moldavia (12 de febrero de 2008) —que tuvo una importante nueva confirmación en el caso Halet v. Luxemburgo (14 de febrero de 2023)—, según la cual el denunciante no es solo una "herramienta" para sacar a la luz la ilegalidad (enfoque orientado a la buena administración), sino que también merece protección desde la perspectiva del respeto de su "derecho a la libertad de expresión" (enfoque orientado a los "derechos humanos")[2].

Sin embargo, cabe plantearse el tema de la preparación ética de nuestro entorno periodístico en la correcta administración de una denuncia pública, evitando celebrar de inmediato un proceso mediático que atentaría contra los derechos de todos los "actores" involucrados: el denunciante, el denunciado, y las entidades involucradas en la denuncia. Pero dejemos de lado el tema, y miremos a las consecuencias del enfoque orientado a los derechos humanos.

De acuerdo con la directiva, la información reportable incluye "sospechas razonables" sobre infracciones, incluso "potenciales", que hayan ocurrido o que "muy probablemente puedan producirse". El adverbio "probablemente" parece implicar que la verdad de los hechos también puede ser una verdad "putativa"[3]. El criterio de verdad putativa se menciona en el considerando n.º 32, que declara que cualquiera que tenga "motivos razonables" para creer que los hechos relatados por él son ciertos está protegido por la

1. Parisi (2023a).
2. Magri (2022).
3. Cossu y Valli (2023).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 38
ISBN: 978-84-125912-4-8

directiva, mientras que se excluyen las "denuncias malintencionadas, frívolas o abusivas" de aquellos que han comunicado "deliberada y conscientemente información incorrecta o engañosa". En resumen, se protege cualquier informe hecho de buena fe, incluso una inferencia no verificada; lo importante es que sea el resultado de un pronóstico diligente sobre el fundamento de la denuncia. Nos fijamos en el *animus* del denunciante, quien "en el momento de la denuncia" debe tener "motivos razonables para pensar que la información [...] es veraz" (artículo 6.1.a), sin revelar los motivos que le impulsaron a denunciar, porque, según la Directiva 2019/1937, los motivos de los denunciantes al denunciar son "irrelevantes para determinar si esas personas deben recibir protección" (considerando n.º 32).

3. Diferencias con el modelo italiano anterior a la directiva

Muy distinto es el punto de vista en la Ley italiana 179/2017 (la anterior a la Directiva), que se proclama (artículo 1) ley de "aplicación" de las dos convenciones de Estrasburgo (derecho penal) y de Mérida (ONU) contra la corrupción. Como se desprende particularmente de los artículos 8.4 y 33 de la Convención de Mérida, la protección de los servidores públicos que denuncian infracciones es una forma de cooperación con la justicia en el descubrimiento de la ilegalidad, que es el fin último de los convenios internacionales que se acaban de mencionar[4].

Las diferencias entre estos enfoques son evidentes. En primer lugar, en la perspectiva de cooperación con la justicia, las leyes italianas núms. 190/2012 y 179/2017, de desarrollo de los convenios internacionales, insisten en la obligación del empleado de actuar "exclusivamente en interés de la integridad de la empresa o entidad pública", lo que se acompaña a la prohibición de hacer de dominio público la información.

En segundo lugar, mientras que, desde el lado del denunciante, es suficiente que exista un "motivo razonable" para creer que la información es verdadera (lo que significa que solo alguien que informe o divulgue información que sepa que es falsa debe perder la protección de la ley), desde el lado de la empresa y de las autoridades externas de control la existencia de procedimientos para controlar la veracidad de los hechos y la confiabilidad del denunciante es un elemento central para activar las medidas consecuentes: solo se otorga la protección de la ley (es decir, evitar consecuencias desfavorables) a las denuncias basadas en hechos precisos y concordantes. Una vez más, nos enfrentamos a un enfoque orientado al buen

4. Magri (2019).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 38
ISBN: 978-84-125912-4-8

gobierno (*governmental oriented*) y no a los derechos humanos (*human rights oriented*).

Por último, la Directiva 2019/1937, por su parte, además de prever en última instancia la libertad del denunciante para elegir el canal más adecuado en función de las circunstancias del caso concreto, protege también a los denominados "*egoistic blowers*" (denunciantes egoístas), es decir, a los denunciantes que obtienen ventajas personales al presentar la denuncia (por ejemplo, evitar un procedimiento sancionador por incumplimiento de deberes laborales).

Hay muchas dudas sobre el enfoque de derechos humanos. No puede ser la libertad de expresión del trabajador el "principio" de la denuncia. La prueba la da la ley, cuando niega al denunciante el derecho *a la* información, es decir, a recibir información reservada, lo que constituiría el requisito lógico para una verdadera libertad de expresarse "comunicando" o divulgando información. El *leaking*, es decir, el "filtrar" acompañado de la revelación de documentos secretos, sigue constituyendo un delito: como ha establecido con precisión el Tribunal Supremo italiano, la legislación sobre el denunciante se limita "a evitar consecuencias desfavorables, limitadas a la relación laboral, para el denunciante que tiene, en el contexto laboral, noticias de una actividad ilícita, mientras no establece obligación alguna de obtener activamente información, autorizando actividades de investigación indebidas, con infracción de los límites establecidos por la ley"[5].

La segunda novedad está representada por la petición a los Estados de que adopten un sistema de protección de denunciantes tanto para el sector público como para el sector privado: un sistema de protección lo más homogéneo posible, a partir de una armonización mínima establecida por la propia directiva[6]. Además, la solución de adoptar una disciplina nacional de transposición que dicte una protección única del denunciante para las infracciones tanto de la legislación nacional italiana como de la legislación de la Unión Europea es realmente sabia: de hecho, hace menos difícil la interpretación y la aplicación de las normas, que son intrínsecamente complejas en términos de contenido y métodos de edición[7].

En este último sentido, surge la primera criticidad: la ley italiana, al igual que la directiva europea, no contempla las irregularidades (mala administración) como posible objeto de la denuncia. Esta disposición representa una

5. Magri (2022).
6. Cossu y Valli (2023).
7. Parisi (2023b).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 38
ISBN: 978-84-125912-4-8

regresión con respecto a la situación ordenada en Italia por la Ley 179/2017: por lo tanto, choca con lo dispuesto en el artículo 25 de la directiva, que prohíbe una regresión del régimen nacional preexistente debido a la transposición de la directiva.

Incluso la identificación del ámbito subjetivo de aplicación responde a la técnica del *copy-out*: por lo tanto, la categoría de los denunciantes es muy amplia, abarcando desde simples empleados hasta asesores, contratistas, facilitadores, familiares del denunciante, hasta aquellos que incluso tienen solo una expectativa de empleo, o que ya están jubilados pero reportaron hechos ocurridos durante su relación laboral, siempre que se refieran a una entidad que tuvo un promedio de al menos cincuenta empleados en el año anterior al reporte.

Este último punto introduce una gran debilidad en el sistema italiano: de hecho, la propia norma europea que establece el criterio numérico de cincuenta empleados, como distinción para la obligación/no obligación de establecer canales de denuncia internos y/o externos, ha llevado a una gran fragmentación del sector privado en la disciplina de implementación[8]. Para el sector público, a efectos del cumplimiento de la cláusula de no regresión, todas las entidades públicas (o asimiladas a ellas) están plenamente sujetas a la obligación: el denunciante puede presentar denuncias a través de canales internos y externos, por infracciones del derecho de la Unión Europea y del derecho interno, independientemente del criterio numérico indicado por la directiva europea. En el sector privado, la Ley 179/2017 había establecido la obligación solo para las entidades que hubieran adoptado un modelo de cumplimiento "ley 231" (*compliance*): la transposición no pudo pasar por alto esta protección para el denunciante, pero utilizó el criterio cuantitativo (50 empleados) para su exclusión en relación con determinadas situaciones. También crítica es la decisión de no proporcionar medidas de apoyo económico y psicológico al denunciante, que solo recomienda la directiva (artículo 20.2).

Desde hace tres años se registra una drástica caída de las denuncias dirigidas a la ANAC, pasando de 873 en 2019 a 347 en 2022. La tendencia ya no puede considerarse consecuencia del *smart working* (es decir, menor contigüidad física con el entorno de trabajo); debe atribuirse a otros desincentivos. En este sentido, no se puede dejar de subrayar la difícil aplicación jurisprudencial de la Ley 179/2017. Un solo ejemplo nos parece paradigmático. El Tribunal de Apelación de Milán (con sentencia de 3 de marzo de 2023) pone

8. Parisi (2023b).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 38
ISBN: 978-84-125912-4-8

la carga de la prueba de las consecuencias desfavorables en el denunciante, derogando en términos jurisprudenciales las muy lineales disposiciones del artículo 54-bis del Decreto Legislativo 165/2001, que prevé la inversión de la carga de la prueba, atribuyéndola al empleador responsable de adoptar la medida de represalia adoptada tras la denuncia.

Además, la obligación de confidencialidad establece que las denuncias externas se realicen —además de por escrito a través de la plataforma informática— "de forma oral a través de líneas telefónicas o sistemas de mensajería de voz o, a solicitud del denunciante, mediante reunión directa […]" (artículo 7.2). Sin embargo, la letra del reglamento parecería excluir cualquier otra forma escrita distinta de la denuncia enviada a través de una plataforma informática: cabe preguntarse si esto no representa una regresión respecto de lo permitido por el artículo 54-bis del Decreto Legislativo 165/2001, cuando quedó claro que el denunciante tenía derecho a identificar la forma más conveniente para denunciar.

La directiva no afecta a la capacidad de los Estados miembros para decidir si las personas jurídicas del sector público o privado y las autoridades competentes deben aceptar informes anónimos y actuar en consecuencia (artículos 6.2 y 9.1.e, y considerando n.º 34, de la directiva). El legislador italiano ha optado por no tomar en consideración las denuncias anónimas, dejando así la decisión al respecto a cada entidad del sector público y privado. La práctica de la Autoridad Nacional Anticorrupción conforme a la norma anterior va en el sentido de no calificar las denuncias anónimas como denuncias protegidas. De hecho, si la razón de ser de la legislación es la protección del denunciante, quien proporciona información de forma anónima no necesita protección alguna, porque el anonimato es capaz de encubrir su identidad.

En el ordenamiento jurídico estadounidense, que —con razón o sin ella— se considera la patria del *whistleblowing* (y del FOIA), hoy se afirma cada vez más que el principal objetivo no es proteger al denunciante, sino evitar las denuncias. El *whistleblower* no denota nada positivo ni virtuoso en el sistema productivo e institucional. Como la doctrina estadounidense ha señalado durante mucho tiempo, "la denuncia de irregularidades es siempre prueba de problemas organizativos […] es también prueba de fracaso de la gestión"[9]. La importancia de evitar la denuncia de irregularidades —no de oponerse a la denuncia de irregularidades, sino de prevenirlas— es una base sobre la cual reabrir un nuevo debate "cultural", a fin de identificar las medidas adecuadas para garantizar ese bienes-

9. Davis (1989: 10-19). El tema es retomado por Ruffini (2020).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 38
ISBN: 978-84-125912-4-8

tar organizacional capaz de evitar al trabajador el enfrentarse al "dilema ético" de denunciar o no denunciar. La protección de los denunciantes no debe empujar a los trabajadores hacia el "dilema" de denunciar, sino evitar que el dilema ocurra[10].

4. Bibliografía

Cossu, G. y Valli, L. (2023). Il *whistleblowing*: dalla Direttiva 1937/2019 al Decreto Legislativo 24/2023. *Federalismi.it*, 19, 154-185.

Davis, M. (1989). Avoiding the Tragedy of Whistleblowing. *Business & Professional Ethics Journal*, 8 (4), 3-19.

Magri, M. (2019). Il *whistleblowing* nella prospettiva di una disciplina europea armonizzata: la legge n.179 del 2017 sarà (a breve) da riscrivere? *Federalismi.it*, 18, 1-32.

— (2022). La direttiva europea sul *whistleblowing* e la sua trasposizione nell'ordinamento italiano (d.lgs. n. 24/2023). *Istituzioni del Federalismo*, 3, 555-597.

Parisi, N. (2023a). La tutela del *whistleblower* a valle del recepimento della direttiva europea 2019/1937. Ponencia presentada en el *Convegno sulla protezione del vigilante (Roma, 13 aprile 2023)*.

— (2023b). Ponencia presentada en el *Congrés de l'Oficina Antifrau de Catalunya (Barcelona, 24 març 2023)*.

Ruffini, R. (2020). Come evitare il trauma del whistleblower: una prospettiva organizzativa. En A. Dalla Bella y S. Zorzetto (eds.). *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità. Atti del Convengo annuale del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria", Milano, 18-19 novembre 2019* (pp. 409 y ss.). Milán: Giuffrè Francis Lefebvre.

10. Magri (2022).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 38
ISBN: 978-84-125912-4-8

Claves 38

Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales

Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero

Con la aprobación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (en adelante, LPI), se incorpora al derecho español la Directiva (UE) 2019/1937.

Ambas normas comparten una doble finalidad. Por un lado, otorgar una protección adecuada a las personas físicas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión Europea o del derecho nacional. Y, por otro lado, lograr el fortalecimiento de la cultura de la integridad de las organizaciones.

Para asegurar la consecución de ambos objetivos, en España, la LPI disciplina tres mecanismos para informar de infracciones (la revelación pública, los sistemas internos de información y el canal externo de información), fija las condiciones y medidas de protección otorgables a los informantes y permite la creación de una Autoridad Independiente estatal (sin perjuicio de la existencia de otras a nivel autonómico), para asegurar el cumplimiento de sus previsiones.

Por lo que se refiere al sector público, la LPI exige que todas las Administraciones, incluidas las locales, cuenten con un Sistema interno de información. Respecto de estas últimas, aunque la directiva permitía a los Estados miembros dispensar de tal obligación a los municipios de menos de diez mil habitantes, la LPI no contempla esta excepción. Ahora bien, autoriza que dichos municipios compartan medios para la recepción de informaciones con otras Administraciones. Aquí se puede intuir el importante papel que las diputaciones provinciales y, en general, los Gobiernos locales intermedios están llamados a jugar en este ámbito.

Ante la complejidad de esta importante norma, la Fundación Democracia y Gobierno Local ha querido impulsar la elaboración de esta obra, que pretende ser un apoyo para los Gobiernos locales a la hora de interpretarla y aplicarla.

Alfredo Galán Galán
Director de la Fundación Democracia y Gobierno Local.
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

Petra Mahillo García
Secretaria general de la Diputación de Barcelona.
Secretaria de la Fundación Democracia y Gobierno Local

FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL

www.gobiernolocal.org

9 788412 591248