

El Diestro

El delito de calumnias ha dejado de existir para los denunciantes de corrupción

La Directiva Europea de denunciadores de corrupción hizo desaparecer esa reminiscencia medieval que ha quedado derogada a perpetuidad.

Por **Fernando Presencia** 5 abril, 2021



La Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019 y relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, establece que denunciar corrupción no puede ser delito, porque a partir de ahora es un derecho fundamental.

Ahora bien, quienes tienen el deber y la obligación de hacer cumplir las leyes en España no se han enterado, no se han querido enterar. Sin embargo, está claro que la Unión Europea ha creado un nuevo ordenamiento jurídico destinado a proteger a los denunciantes de corrupción, una normativa de cumplimiento obligatorio e toda la UE que entró en pleno vigor el 17 de diciembre de 2019.

Una de las importantes novedades que introduce la “Directiva Europea de denunciantes de corrupción” es la derogación del delito de calumnias. Esto significa que en la realidad imperante se estará represaliando a todos aquellos contra quienes sea presentada querrela aludiendo al obsoleto y arcaico delito de calumnias.

Todo ello es consecuencia directa de lo que proclama la Directiva: **Denunciar ya no es delito y lo consagra como un Derecho**. No solo es eso, las represalias se consideran una violación de ese Derecho Fundamental y por tanto quedan prohibidas.

El problema de base existía porque nuestros institutos procesales contemplaban un único derecho fundamental en conflicto cuando se imputaba a alguien un delito de corrupción. Ese único derecho en conflicto era la **presunción de inocencia** contra viento y marea del destinatario de la imputación, paradójicamente siempre a favor del denunciado como sospechoso de corrupción.

Desde esa perspectiva interesada, el Tribunal Supremo llegó a considerar que la imputación de corrupción contra autoridades y funcionarios públicos se reputaba falsa por las buenas, sin investigar ni más consideraciones, y por tanto era calumniosa si no se conseguía probar que era absolutamente cierta y verdadera.

El discutido Cándido Conde-Pumpido Tourón, ponente de la conocidísima y polémica sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo número 190/2001, llegó a escribir por cuestiones de personal interés que *“sólo la demostración de la veracidad de la*

imputación permitirá el amparo de esta causa de justificación (la exceptio veritatis del artículo 207 del Código Penal), 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, esta oxidada doctrina del Tribunal Supremo debe entenderse totalmente derogada a la luz de la Directiva de protección de los denunciantes de corrupción.

Un cambio radical

Todo este caduco panorama jurídico ha cambiado radicalmente desde la mencionada 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 denuncia de corrupción, sino que son dos:

- 1.- El derecho a la **presunción de inocencia** del destinatario de la imputación.
- 2.- 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 completa y 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 Ley de Enjuiciamiento Criminal -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.

En resumen: 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.

Cómo debe denunciar el “whistleblower”

El denunciante de corrupción puede **elegir el modo de hacer la comunicación:**

- 1.- Anónimamente, utilizando los canales internos donde los haya.
- 2.- Ante los medios de comunicación.
- 3.- Identificándose ante la Policía, la Guardia Civil, la Fiscalía, el Consejo General del Poder Judicial 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 (artículo 53.2 de la Constitución Española), 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 querrela por injurias o calumnias contra el denunciante o alertador. Si lo hicieran, cometerían un **delito de represalias** y la querrela por injurias o calumnias deberá de archiversse de oficio inmediatamente. Solo cuando se acredite adecuadamente que la denuncia o alerta pública eran falsas/maliciosas, podrá proceder entonces 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 obligaba al ministerio fiscal a actuar de oficio cuando se trate de injurias y calumnias vertidas contra autoridades y funcionarios públicos. Ese controvertido artículo ha quedado también parcialmente derogado por la Directiva de protección de los denunciantes de corrupción.

El ministerio público debe investigar las denuncias de corrupción sin perseguir a los denunciantes

La obligación del ministerio público a partir de ahora no es otra que investigar la corrupción sin hostigar 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.

Reiteramos: Las querellas por injurias y calumnias contra los denunciantes de infracciones del Derecho de la Unión, como hemos dicho, se consideran como actos constitutivos de un delito europeo 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 ser represaliados.

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

Inversión de la carga de la prueba

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 quienes hayan tomado medidas perjudiciales demostrar que no están ejerciendo represalias prohibidas 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:

Primero, 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”.

Segundo, 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, el 17/12/2019, 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.