

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 72/2 julio-diciembre 2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7222024>

PREMIO JUAN CHURRUCA

LA PROTECCIÓN JURÍDICA AL FUNCIONARIO INFORMANTE EN LA UNIÓN EUROPEA: UN ANÁLISIS DEL ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS Y EL RÉGIMEN INTERNO DE FRONTEX

The legal protection of the civil servant whistleblowing in the European Union: an analysis of the Staff Regulation and the internal regime of Frontex.

Markel Amo Sánchez

Graduado en Relaciones Internacionales y Derecho
Universidad de Deusto. España.

Estudiante del Máster en European Affairs, Politics and Public Policy stream
SciencesPo Paris.

<https://doi.org/10.18543/ed.3217>

Fecha de recepción: 30 de octubre

Fecha de aprobación: 29 de noviembre

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2024

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 72/2, julio-diciembre 2024
<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

LA PROTECCIÓN JURÍDICA AL FUNCIONARIO INFORMANTE EN LA UNIÓN EUROPEA: UN ANÁLISIS DEL ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS Y EL RÉGIMEN INTERNO DE FRONTEX¹

*The legal protection of the civil servant whistleblowing in the
European Union: an analysis of the Staff Regulation and the
internal regime of Frontex.*

Markel Amo Sánchez

Graduado en Relaciones Internacionales y Derecho
Universidad de Deusto. España.

Estudiante del Máster en European Affairs, Politics and Public Policy stream
SciencesPo Paris.

<https://doi.org/10.18543/ed.3217>

Fecha de recepción: 30 de octubre

Fecha de aprobación: 29 de noviembre

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2024

Resumen

Este trabajo analiza los mecanismos de protección jurídica para los funcionarios informantes dentro de las instituciones y agencias de la Unión Europea, con un enfoque especial en Frontex. Examina críticamente el Reglamento del Estatuto de los Funcionarios de la UE y sus disposiciones sobre protección a los informantes,

¹ Este ensayo fue presentado como Trabajo Fin de Grado (TFG) en la Universidad de Deusto, en el marco del programa del Doble Grado en Derecho y Relaciones Internacionales. Reconocido con la mención de honor de la IX edición del Premio “Juan de Churrua”, el trabajo fue dirigido por José Ramón Canedo Arrillaga, profesor contratado de la Universidad de Deusto.

contrastándolas con el marco de protección más amplio establecido por la Directiva 2019/1937. El análisis resalta la naturaleza fragmentada de las protecciones disponibles para los funcionarios de la UE en comparación con los marcos nacionales, subrayando sus lagunas legislativas y problemas de aplicación. Se presta especial atención a Frontex por su significativa relación con los derechos fundamentales y la transparencia, evaluando sus mecanismos internos y deficiencias sistémicas. Finalmente, este trabajo ofrece recomendaciones para armonizar estándares a nivel europeo, garantizando una protección eficaz, homogénea y equitativa para los funcionarios informantes.

Palabras claves

Protección al informante, Derecho de la Unión Europea, Frontex, Funcionarios públicos, Directiva 2019/1937

Abstract

This study analyses the legal protection mechanisms for whistleblower civil servants within the European Union's institutions and agencies, with a focus on Frontex. It critically examines the EU Staff Regulations and their provisions for whistleblowers, contrasting them with the broader protection framework established by Directive 2019/1937. The analysis highlights the fragmented nature of protections available to EU civil servants compared to national frameworks, emphasizing the legislative gaps and enforcement challenges. Special attention is given to Frontex due to its significant relation with fundamental rights and transparency, evaluating its internal mechanisms and systemic deficiencies. This research provides recommendations to harmonize EU-wide standards, ensuring effective, homogeneous and equitable protection for whistleblower civil servants in all institutions.

Keywords

Whistleblower Protection, European Union Law, Frontex, Civil Servants, Directive 2019/1937

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL FUNCIONARIO EUROPEO INFORMANTE. 1. La protección al informante en la Unión Europea: del TEDH a la Directiva 2019/1937. 2. La Protección al Funcionario Europeo Informante. El caso de Frontex. III. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL FUNCIONARIO EUROPEO INFORMANTE. 1. El informante en el Reglamento del Estatuto de los funcionarios europeos. Principios, ámbito de aplicación y obligación de informar. 2. Los canales de denuncia: un sistema escalonado intermedio. 3. Régimen de protección general del funcionariado europeo: ¿un sistema menos garantista que el de la Directiva 2019/1937? IV. EL CASO DE FRONTEX: UN RÉGIMEN FRACCIONADO Y DESIGUAL. 1. El sistema general de protección al informante. 2. Los sistemas especiales de protección al informante ante vulneraciones de derechos fundamentales. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene la voluntad de analizar cómo se articula la protección al informante cuando este es funcionario en las instituciones y agencias europeas, así como identificar las fortalezas y debilidades del sistema existente en relación con el régimen de protección aplicable al resto de la UE. El fundamento de este estudio reside, primeramente, en el contexto legislativo actual, pues debido a la aprobación, en 2019, de la Directiva de Protección al Informante y la finalización, en 2023, del plazo dado a los Estados miembros para su trasposición, el *Whistleblowing* como fenómeno en los sectores públicos y privados ha adquirido una nueva relevancia. Además, el interés del trabajo radica en la novedad de la materia que trata, habida cuenta de la poca literatura específica y especializada que existe sobre la protección al funcionario informante en el seno de la UE y del contacto directo y constante del funcionario con la protección al interés general comunitario. En este sentido, la elección de Frontex como objeto de estudio resulta muy pertinente, dada la vinculación directa de la agencia con los derechos fundamentales y las demandas de transparencia de distintos organismos internacionales en este sentido.

Así las cosas, este trabajo no tiene como objetivo, en ningún caso, llevar a cabo un análisis doctrinal sobre el concepto de informante, así como tampoco busca examinar individualmente los sistemas existentes en cada Estado Miembro, ni abarcar todas las materias en las que podría existir esta práctica. Del mismo modo, no deberá incardinarse en el objeto del trabajo, el estudio del régimen aplicable a los funcionarios nacionales que llevan a cabo sus funciones en las instituciones comunitarias. Como se ha dicho, el objetivo de

este trabajo es proporcionar un análisis comparativo, detallado y crítico del sistema de protección al informante dentro de las instituciones y agencias de la UE, con un enfoque especial en Frontex, evaluando tanto sus fortalezas como sus debilidades en el contexto legislativo actual.

El presente ensayo se estructura de la siguiente manera. En primer lugar, se aborda el contexto jurídico en sentido amplio, desde las primeras resoluciones del TEDH hasta la Directiva 2019/1937, así como la protección al funcionario europeo informante y el régimen aplicable a Frontex en esta materia. En segundo lugar, se analiza críticamente el reglamento del Estatuto de los Funcionarios de la UE con la finalidad de identificar la organización de los canales y sistemas de protección y sus particularidades. Con esta información, se procede, en tercer lugar, a estudiar la organización del régimen específico de protección que opera en la agencia Frontex, sus implicaciones, fortalezas y debilidades, así como su valoración desde el punto de vista jurídico. Finalmente, se recogen las conclusiones.

En cuanto a la metodología, se han empleado distintas fuentes bibliográficas de literatura jurídica que abordaban el objeto de análisis desde distintos puntos de vista. Sin embargo, dado que no existe una gran cantidad de autores que hayan abordado dicha materia específica con la profundidad suficiente, el análisis se ha llevado a cabo a través de un ejercicio comparativo entre los distintos regímenes jurídicos aplicables a los informantes en la Unión Europea y atendiendo a la teoría general de protección al informante en sentido amplio. Además, se ha recurrido a jurisprudencia relevante tanto del TEDH como de distintas salas del TJUE para observar diferentes interpretaciones del carácter de las normas objeto de aplicación y estudio. Por supuesto, estas reflexiones se han complementado con el estudio detallado del Derecho Europeo y de la normativa interna de Frontex. Finalmente, la lectura de informes de autoridades ha resultado muy reveladora para poder abordar la protección al funcionario informante desde una perspectiva de crítica jurídica.

II. ANÁLISIS DEL CONTEXTO JURÍDICO

1. *La protección al informante en la Unión Europea: del TEDH a la Directiva 2019/1937*

La figura del *whistleblower* o Informante², ha sido clave en la lucha contra la corrupción y la infracción del Derecho por parte de las empresas. En este sentido, huelga decir que los informantes tienen un “rol determinante

² De acuerdo con NEAR y MICELI, el informante o whistleblower es aquel “miembro de una organización (antiguos o actuales) que revela información sobre irregularidades o prácticas ilegales a personas u organizaciones que puedan tomar medidas al

salvaguardar la aplicación de los principios de transparencia y responsabilidad en los sectores público y privado” (Kusari 2015) que explica, en buena medida, la rápida expansión como un fenómeno normativo de regulaciones que buscan proteger al informante (Kusari 2015) de potenciales efectos negativos derivados del acto mismo de informar.

En la última década, han proliferado, además, los llamamientos desde diferentes organizaciones internacionales para establecer mecanismos de protección específicos que verdaderamente garanticen la eficacia de un sistema que se ha demostrado clave para la fiscalización de la acción tanto de organismos públicos como privados³. Aun así, son muchos los países que no cuentan con una regulación específica a este respecto, lo que no tiene consecuencias positivas para ninguna de las partes envueltas en este complejo proceso (Van Waeyenberge y Davies 2021). Por una parte, la ausencia de un sistema de protecciones concreto y delimitado dificulta a los trabajadores tomar la decisión de denunciar o informar sobre las infracciones de derecho que observan en su contexto laboral; tampoco permite a las empresas detectar con facilidad conductas indebidas que le reportan pérdidas monetarias y reputacionales ni a los Estados asegurar el cumplimiento de la Ley de manera eficaz (Martínez Saldaña et al. 2019).

En este contexto y ante la ausencia de una normativa específica aplicable en la gran mayoría de Estados europeos, el Consejo de Europa y el TEDH adquirieron un papel protagonista, diseñando un sistema de protección al informante *ex post*. En cuanto a la protección, la comunicación o revelación de información, el TEDH indicó que se trataba de una manifestación del derecho fundamental a la libertad de expresión. No obstante, ha de tenerse en cuenta que la protección otorgada por el Tribunal no es automática, sino que, a través de su jurisprudencia, se han establecido seis criterios que “sirven como parámetro para valorar la proporcionalidad y legitimidad” de la protección: a) La existencia de canales alternativos de denuncia; b) El interés público de la información divulgada; c) La autenticidad de la información divulgada; d) El perjuicio al empresario o empleador; e) La buena fe del informante; f) La gravedad de las sanciones impuestas al informante⁴.

respecto”. Tomado de Near, J. y Miceli, M. 1985 “Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing”. *Journal of Business Ethics*, nº 4: 1-16.

³ La Convención contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003; la Convención Interamericana contra la Corrupción de 29 de marzo de 1996 o el Convenio Europeo de los Derechos Humanos contienen disposiciones específicas destinadas a reforzar el marco jurídico internacional para que los países establezcan leyes eficaces de protección de los denunciantes.

⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 8 de enero de 2013, As. BUCUR y TOMA c. Rumanía nº 40238/02, ECLI:CE:ECHR:2013:0108JUD004023802; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasbur-

Sin embargo, el sistema resultaba insuficiente en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, como así demostraron los escándalos de las emisiones (Dieselgate), Luxleaks, Cambridge Analytica o Falciani, a nivel europeo, que hicieron que la Unión Europea tomara conciencia de la necesidad de regular la figura del *whistleblower* (Martínez Saldaña et al. 2019). De hecho, según el informe de Impacto que acompañaba a la propuesta inicial de Directiva (CE 2018a), el establecimiento de un sistema homogéneo como este en toda la Unión supondría “una mejora de la integridad del mercado interior mediante la protección efectiva de los denunciantes de irregularidades tendría un impacto beneficioso general en el crecimiento económico y la inversión transfronteriza en la UE, así como su competitividad” (Yurttagül 2021a).

Así es que, parece que la Directiva 2019/1937⁵ responde a la necesidad social de amparar normativamente la conducta de los informantes, habida cuenta del claro interés público y social existente y de la fragmentación material y territorial de la que gozaba esta regulación en la Unión Europea (Abazi 2020). Nace esta norma con una voluntad unificadora clara, tanto en lo material como en lo territorial⁶. Por el lado material, sectores como la seguridad área, el sector financiero o el medioambiente, sí que disponían de sus propios mecanismos jurídicos para proteger a los *whistleblowers*, mientras otros no contaban con ninguno. En cuanto a la fragmentación territorial, antes de la aprobación y trasposición de la directiva, solo cuatro Estados miembros ofrecían una protección suficiente y eficaz al *whistleblower* (Blueprint for Free Speech 2018). Es más, el *Fact sheet* de Protección al Informante elaborado por la Unión Europea junto a la propuesta de Directiva muestra que tan solo el 15% de los ciudadanos europeos conocían la existencia de los mecanismos de protección al informante, al tiempo que el 49% de los ciudadanos europeos afirmaban no saber dónde reportar casos de corrupción (CE 2018b).

En resumen, la Unión Europea, tomando como base al TEDH, buscaba crear un sistema tuitivo, garantista y unificado de protección al informante que motivara a los trabajadores a denunciar y disuadiera a los empresarios de establecer represalias.

go de 21 de julio de 2011, As. HEINISCH c. Alemania n° 28274/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0721JUD002827408; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 12 de febrero de 2008, As. GUJA c. Moldavia n° 14277/04, ECLI:CE:ECHR:2008:0212JUD001427704.

⁵ 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, Diario Oficial de la Unión Europea n° L 305, de 26 de noviembre de 2013, 17.

⁶ Considerando 108 de la Directiva (UE) 2019/1937... *op. cit.*

2. La protección al funcionario europeo informante. El caso de Frontex.

El sistema que se ha descrito hasta ahora tan solo resulta aplicable a los funcionarios de los Estados miembros y trabajadores de empresas privadas, excluyéndose explícitamente de su ámbito de aplicación a los funcionarios de las instituciones o agencias europeas en el ejercicio de sus funciones⁷. En principio, esto resulta lógico, pues una Directiva no es el instrumento jurídico apropiado para establecer un sistema de protección a los funcionarios europeos (Abazi 2021). Ahora bien, cabría esperar, por tanto, que a nivel europeo se hubiera optado por un sistema análogo que reconociera los mismos derechos y garantías a sus propios trabajadores.

Por su parte, el régimen jurídico aplicable al funcionario informante viene contenido en el Reglamento del Estatuto de los Funcionarios⁸, en adelante el Estatuto, que incluyó este sistema en sus artículos 22 bis y 22 ter a través de una reforma en 2004. No obstante, este sistema estaba fragmentado y era heterogéneo, correspondiendo a cada institución el deber de introducir, si así lo consideraba oportuno, procedimientos específicos. En 2014, la idea de reforzar la protección jurídica al denunciante de irregularidades tomó una nueva relevancia cuando se aprobó el Reglamento (UE, Euratom) n° 1023/2013⁹, que introdujo el artículo 22 quarter en el Estatuto de los Funcionarios y en virtud del cual las instituciones se vieron obligadas a introducir normas internas para proteger los actos de denuncia de los funcionarios de la UE (Weiskopf y Tobias-Miersch 2016). Sin embargo, la ausencia de herramientas coercitivas para ejecutar esta disposición no favoreció el desarrollo homogéneo y eficaz del espíritu de la norma (Weiskopf y Tobias-Miersch 2016).

Así las cosas, la aprobación de la Directiva 2019/1937 ha servido para resaltar las diferencias normativas entre las instituciones de la UE y los Estados miembros o el sector privado, exigiéndose una nueva actualización del Reglamento del Estatuto de los Funcionarios con “el fin de adaptar el marco de protección de los denunciantes aplicable en las instituciones de la UE a las nuevas normas mínimas impuestas por la Directiva de 2019 sobre la denuncia de irregularidades de la UE” (Yurttagül 2021a). Y es que, una de las

⁷ Considerando 23 de la Directiva (UE) 2019/1937... op. cit.

⁸ Reglamento n° 31 (CEE) y n° 11 (CEEA), por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, Diario Oficial de las Comunidades Europeas n° 1385, de 14 de junio de 1962, 62.

⁹ Reglamento (UE, EURATOM) n° 1023/2013 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios de la Unión Europea y el régimen aplicable a los otros agentes de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea n° L 287, de 29 de octubre de 2013, 15.

justificaciones esenciales para la elaboración de la Directiva era precisamente evitar una fragmentación y falta de protección armonizada que la propia Unión sí que tolera en el seno de sus instituciones, órganos y agencias (Abazi 2020).

Las deficiencias en la regulación de la protección al funcionario europeo informante toman un cariz particularmente interesante en el caso de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas, comúnmente conocida como Frontex, con motivo de las sensibles materias con las que interactúa. En este sentido, el Reglamento 2019/1896 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas¹⁰ diseña y estructura el organigrama de la agencia. Llama la atención, sin embargo, la ausencia de disposiciones concretas en torno a la revelación de información y la protección del informante en dicho reglamento. Por este motivo, se ha de estar ante el Estatuto de los Funcionarios Públicos que, en su artículo 1 bis, declara extensible el ámbito de aplicación del mismo a todas las agencias creadas por las instituciones de la UE. Por tanto, las disposiciones de los artículos 22 bis y 22 ter establecen también el régimen que ha de aplicarse a la protección al informante en Frontex, quien, además, debe contar con su propio sistema y procedimiento internos a este fin.

Aun así, los escándalos de vulneraciones de derechos fundamentales por parte de Frontex desvelados por organismos no gubernamentales como *Bellingcat*, *Statewatch* o *Fragenderstaat* han puesto el foco en la agencia y en potenciales soluciones que permitan la prevención y persecución de estas conductas de manera eficaz. (Waters, Freudenthal y Williams 2020; Aversa y Gkliati 2021; Izuzquiza 2023). Estas han señalado en muchas ocasiones el fracaso de su sistema de denuncia, por ineficaz, y la necesidad de rediseñarlo para mejorar su efectividad y las garantías y protección dotada a los trabajadores. La reforma del procedimiento operativo sobre notificación de incidentes graves llevada a cabo por Frontex en 2021, por ejemplo, perseguía este objetivo.

Siendo cierto que, como agencia de la UE, los funcionarios de Frontex se rigen por el Reglamento del Estatuto de los Funcionarios, un informe interno de la agencia antifraude de la UE, la OLAF (2021) demostró cómo Frontex intentó encubrir violaciones de los derechos humanos a través de “un esfuerzo concertado y sistemático dentro de Frontex para encubrir estos informes y pruebas”, así como las represalias a los funcionarios que decidían denunciar. Por si esto fuera poco, una serie de escándalos provocaron la

¹⁰ Reglamento (UE) n° 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.º 1052/2013 y (UE) 2016/1624, Diario Oficial de la Unión Europea n° L 295, de 14 de noviembre de 2019, 1.

constitución del *Frontex Scrutiny Group* (FSG) en el Parlamento Europeo en el seno de la comisión LIBE (PE 2021) que identificó, entre otras, la necesidad de establecer un sistema de protección al informante y reforzar los mecanismos de denuncia internos. A raíz de estos sucesos y de las campañas de presión llevadas a cabo por las organizaciones antes citadas, Frontex actualizó en 2021 el sistema de denunciante de incidentes graves ante la vulneración de derechos fundamentales, evidenciando la importancia de la protección al informante, así como las consecuencias de contar con un régimen desfasado, fragmentado y poco garantista.

Dada su importancia en relación con el interés general que pretende proteger, este autor considera que conviene analizar y valorar jurídicamente, no solo el régimen propio del Estatuto de los Funcionarios europeos en cuanto a protección al informante, si no también las disposiciones concretas que actualmente rigen en Frontex.

III. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL FUNCIONARIO EUROPEO INFORMANTE

En las páginas anteriores se ha explicado cómo a los funcionarios europeos no les es de aplicación la Directiva 2019/1937, ni tampoco, en principio, la protección dispuesta por la jurisprudencia del TEDH, encontrándose la regulación específica en esta materia en el Reglamento nº 31 del Estatuto de los Funcionarios Europeos. Este Reglamento es aplicable a todos los organismos de la UE, a excepción del Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones, y diseña un sistema general que se procederá a analizar en las siguientes páginas.

1. *El informante en el Reglamento del Estatuto de los funcionarios europeos. Principios, ámbito de aplicación y obligación de informar*

Antes de comenzar a analizar los preceptos concretos que dibujan y estructuran el régimen de protección al informante en el derecho de la administración europea, resulta conveniente conocer aquellos principios que gobiernan este mismo derecho y a cuya luz ha de interpretarse su contenido. Como principio general, las disposiciones de este reglamento, como norma de Derecho Europeo que son, se encuentran gobernadas por los principios de trato justo y tutela judicial efectiva (Yurttagül 2021a). Ahora bien, en este caso concreto, al tratarse de la norma que establece el régimen general del cuerpo de funcionarios europeo, el TJUE ha desarrollado otros dos principios particulares que han de tomarse necesariamente en cuenta (Yurttagül 2021a). El primero de ellos es el principio de interés del servicio, que limita el ejercicio discrecional del poder de las instituciones europeas y, en segundo lugar,

se encuentra el *devoir de sollicitude*, que obliga a las instituciones europeas a tomar en cuenta también los intereses del funcionario europeo, además de las del servicio, cuando pretenda tomar decisiones sobre él.

Los artículos 22 bis y 22 ter, accesibles en el Anexo nº 2, operan en torno a estos principios para articular el sistema de protección al informante en estos casos, mientras que el 22 quarter regula la obligación de establecer un procedimiento “para el examen de las reclamaciones referentes al trato recibido por cumplir con las obligaciones” derivadas de los dos artículos precedentes.

En primer lugar, el artículo 22 bis establece las circunstancias para considerar informante a un funcionario europeo, esto es, su ámbito de aplicación personal. De esta forma, indica la profesora YURTTAGÜL (2021a) que la expresión “en el desempeño o con ocasión del ejercicio de sus funciones” en este apartado primero enfatiza el hecho de que no es necesaria una relación de trabajo directa con la institución sobre la que se pretende informar, aunque debe existir cierto contexto funcional en cuanto a la obtención de dicha información. Esto es interesante en tanto en cuanto parece que el reglamento excluye del estatus jurídico de informante o *whistleblower* a todo aquel que denuncie infracciones que no haya conocido en el ejercicio de sus funciones.

No obstante, y en este sentido, los servicios jurídicos de la Comisión Europea han interpretado el artículo determinando que dicho estatus debe otorgarse independientemente de si el funcionario de la UE denunció presuntas irregularidades cometidas en su propia institución o presenciadas en otra institución u organismo de la UE (EU Commission Legal Service 2011).

El Reglamento plantea, así, una solución similar a la de la Directiva, que se refiere al contexto laboral para poder ambas incluir a trabajadores o funcionarios que, aunque no tengan una relación directa “puedan desempeñar un papel clave a la hora de denunciar infracciones” (Martínez Saldaña et al. 2019). Esa protección, y, por tanto, la consideración de *whistleblower* o informante, no se otorga a cualquiera que revele información obtenida en el ejercicio normal de sus funciones, sino que, además, se exige del funcionario que “haya actuado de manera razonable y de buena fe” y solo en ese caso “no podrá verse perjudicado en forma alguna por la institución”. Este requisito es coincidente con los que establece la jurisprudencia del TEDH¹¹ para otorgar

¹¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 12 de febrero de 2008, As. GUJA c. Moldavia nº 14277/04, ECLI:CE:ECHR:2008:0212JUD001427704; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 21 de julio de 2011, As. HEINISCH c. Alemania nº 28274/08, ECLI:CE:ECHR:2021:0511JUD002188418; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 8 de enero de 2013, As. BUCUR y TOMA c. Rumanía nº 40238/02, ECLI:CE:EC HR:2013:0108JUD004023802; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

el estatus de informante con base en la libertad de expresión (Abazi 2021). Teniendo en cuenta que la Directiva 2019/1937 sigue esta misma jurisprudencia (Abazi 2021), no resulta extraño que el legislador europeo también lo haya replicado en este reglamento.

Dada la importancia de dicho precepto, conviene detenerse un momento aquí y observar lo que ha dispuesto el Tribunal de la Función Pública, en su jurisprudencia¹², acerca de qué se considera actuar de “buena fe”. Esta expresión debe entenderse de manera equivalente al “honesta y razonablemente” del artículo 22 ter (Yurtagül 2021a) y que se emplea también en otras traducciones del mismo texto. A la manera del TEDH, quien estableció seis criterios para determinar si se otorgaba el estatus jurídico de informante, en el caso Bermejo Garde¹³, el Tribunal de la Función Pública realiza una interpretación exhaustiva del artículo 22 bis (3), estableciendo cuatro criterios que han de valorarse para determinar si se cumple el criterio esencial de la buena fe:

- 1) *Gravedad de la irregularidad denunciada*. El Tribunal ha considerado que hay irregularidades que no son de la suficiente entidad como para proteger a quien informa sobre ellas¹⁴. La naturaleza de las mismas debe ser seria, encontrándose entre las que nombra el propio artículo,

de Estrasburgo de 11 de mayo de 2021, As. HALET c. Luxembourg nº 21884/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0511JUD002188418.

¹² Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 25 de septiembre de 2012, as. F-41/10, Moises Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), ECLI:EU:F:2016:123; Sentencia del Tribunal General (sala de casación) de 8 de octubre de 2014, as. T-529/12 P, Moisés Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), ECLI:EU:T:2014:861; Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 18 de noviembre de 2014, as. F-156/12, Robert McCoy c. Comité Europeo de las Regiones, ECLI:EU:F:2014:247; Sentencia del Tribunal General (sala 8), de 4 de abril de 2019, as. T-61/18, Amador Rodríguez Prieto c. Comisión Europea, ECLI:EU:T:2019:217GC; Auto del Presidente del Tribunal de Justicia, de 16 de junio de 2019, as. C-457/19, Amador Rodríguez Prieto c. Comisión Europea, ECLI:EU:C:2019:1021.; Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala tercera) de 11 de septiembre de 2013, as. F-126/11, de Brito Sequeira Carvalho c. Comisión Europea, ECLI:EU:F:2013:126; Sentencia del Tribunal General, de 13 de diciembre de 2018, as. T-689/16, Nikolaos Pipiliagkas c. Comisión Europea, ECLI:EU:T:2018:925; Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala tercera), de 24 de febrero de 2010, as. F-2/09, Riccardo Achille Menghi c. ENISA, ECLI:EU:F:2010:12.

¹³ Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 25 de septiembre de 2012, as. F-41/10, Moises Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), aps. 134-138, ECLI:EU:F:2016:123.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 18 de noviembre de 2014, as. F-156/12, Robert McCoy c. Comité Europeo de las Regiones, aps. 120-121, ECLI:EU:F:2014:247.

esto es, el fraude o corrupción. Realmente este criterio, así expresado, resulta poco satisfactorio, pues no permite dilucidar claramente y *a priori* si una conducta (salvo las dos que se mencionan) puede denunciarse sin temor a represalias. No obstante, el TEDH ha observado esta cuestión desde un punto de vista más completo¹⁵, y, teniendo en cuenta que tanto el Estatuto, como la jurisprudencia del Tribunal de Función Pública, siguen en gran medida esta misma jurisprudencia, bien podría servir como criterio clarificador. Así las cosas, para el Tribunal de Estrasburgo, la seriedad de la irregularidad se valora en relación con el “interés público de la información que se divulga”¹⁶, siendo, por ello, un elemento clave que ha de tenerse necesariamente en cuenta.

- 2) *Autenticidad de la información denunciada*. La facultad para denunciar del informante está íntimamente ligada con el derecho a la libertad de expresión, que ha sido atenuado en numerosas ocasiones por el TEDH, pues debe considerarse también en relación con una serie de deberes y responsabilidades (Martínez Saldaña et al. 2019). La doctrina ha recalcado que, en términos generales, debe bastar con que el denunciante “crea en la veracidad de los hechos que va a poner en comunicación de la empresa” (Martínez Saldaña et al. 2019), no protegiéndose, por tanto, a quienes comuniquen deliberadamente información incorrecta o engañosa (Lozano Cutanda 2020), pero sí a quienes cometen un error sin mediar mala fe (Martínez Saldaña et al. 2019). En el caso de los funcionarios europeos, por razón de su cargo, los límites a considerar son aún más estrictos. De esta forma, debe actuar “de acuerdo con la dignidad de sus funciones (art. 12 del Estatuto), así como con los deberes de objetividad, imparcialidad y lealtad (art. 11 y art. 21 del Estatuto)” (Yurttagül 2021b). Además, tiene que respetar la presunción de inocencia y la dignidad de sus compañeros¹⁷ y mostrar “la mayor de las prudencias y la mayor de las discreciones”¹⁸. Afirmar el Tribunal que estos deberes se concretan en el hecho de que el funcionario informante “debe verificar si la información está apoyada por hechos precisos o, al menos,

¹⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 12 de febrero de 2008, As. GUJA c. Moldavia, ap. 74, nº 14277/04, ECLI:CE:ECHR:2008:0212 JUD001427704.

¹⁶ *Ibid.*, 74.

¹⁷ *Ibid.*, 188.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 25 de septiembre de 2012, as. F-41/10, Moises Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), aps. 136, ECLI:EU: F:2016:123.

fundamentados en una base fáctica suficiente”¹⁹. En realidad, según la profesora YURTTAGÜL (2021b), bastaría con que exista una presunción razonable de que estos hechos se han cometido, de acuerdo con las funciones, niveles de responsabilidad y naturaleza de los deberes del funcionario que denuncia sobre ellos (Yurttagül 2021b). Así las cosas, la información habrá de ser considerada veraz en tanto en cuanto su contenido se halle dentro de los límites establecidos por las leyes y, fuera esta accesible razonadamente, esto es, que pudiera haberlo conocido en el ejercicio de su cargo. Teniendo esto en cuenta, parece que la revelación de información sobre irregularidades que hubiera sido obtenida de manera ilícita podría no ser objeto de protección por parte del presente reglamento, como si ocurre en la Directiva, al otorgar “inmunidad cuando en la obtención de la información pudieran generar responsabilidad de tipo civil, administrativo o laboral” (Sierra Hernaiz 2021).

- 3) *Los canales de denuncia utilizados*. El TEDH considera, a este respecto, que solo existe buena fe, y por ende protección, si se emplean los canales de denuncia establecidos al efecto por la norma concreta aplicable²⁰. En principio, este requisito no plantearía ninguna duda, pues “la protección que ofrece el artículo 22 bis del Estatuto de los funcionarios de la UE no puede concederse a los funcionarios de la UE que hicieron caso omiso de esta obligación de informar”²¹. En todo caso, aunque la Directiva 2019/1937 exime de responsabilidad al informante sujeto a secreto profesional (Martínez Saldaña et al. 2019), VANDEKERCKHOVE (2010) afirma que los funcionarios europeos siguen estando vinculados jurídicamente por dicho deber de secreto profesional (Vandekerckhove 2010), lo que puede restar eficacia al sistema. Es más, debe plantearse qué ocurre en el caso de la revelación pública de la información, ya que el reglamento no recoge ninguna disposición al respecto (Yurttagül 2021a). Si bien, a través de la Directiva, los funcionarios de los Estados miembros pueden recurrir a la revelación pública en caso de que exista la convicción de que ningún

¹⁹ Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 25 de septiembre de 2012, as. F-41/10, Moises Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), aps. 136, ECLI:EU: F:2016:123.

²⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 8 de enero de 2013, As. BUCUR y TOMA c. Rumanía nº 40238/02, ECLI:CE:ECHR:2013:0108JUD004023802.

²¹ Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala tercera) de 11 de septiembre de 2013, as. F-126/11, de Brito Sequeira Carvalho c. Comisión Europea, aps. 78, ECLI:EU:F:2013:126.

otro de los canales disponibles sería efectivo (Abazi 2021). No es este el caso en lo que respecta al funcionario europeo.

- 4) *La motivación del funcionario informante*. Este es un criterio interesante a tener en cuenta, pues el TEDH ya había precisado que “un acto motivado por un agravio o un antagonismo personales, o por la expectativa de una ventaja, podría no justificar un nivel de protección tan alto” (Torrent i Santamaría y Pérez Gil de Gómez 2020). En el mismo sentido, en un principio, el Tribunal había establecido que “no se considerará que un funcionario de la UE que actúe movido por un agravio o animadversión personal, o por la perspectiva de obtener un beneficio personal, ha actuado con honestidad”²², de forma que tampoco habría de considerarse informante ni otorgarle protección alguna. Ahora bien, la jurisprudencia de este mismo Tribunal ha ido evolucionando hacia la no consideración de este requisito como una parte integral del proceso de evaluación para determinar la concurrencia o no de buena fe²³. Una interpretación sistemática del Derecho Europeo podría permitir confirmar esta tesis, puesto que la propia Directiva 2019/1937 se ha decantado por no dotar de ningún efecto jurídico a las motivaciones del informante, considerándose irrelevantes (Olaizola Nogales 2021). Aun siendo cierto que esta directiva no es de aplicación al funcionariado europeo, bien nos sirve, junto a la jurisprudencia del Tribunal de la Función Pública, para apreciar la voluntad del legislador europeo en esta materia, excluyendo el fuero interno del informante en todo caso.

Visto el ámbito personal, el artículo 22 bis también determina el ámbito de aplicación material del sistema de protección, siendo objeto de denuncia cualquier “posible actividad ilegal, y en particular fraude o corrupción, perjudicial para los intereses de la Unión, o que una conducta relacionada con el ejercicio de tareas profesionales puede constituir un incumplimiento grave de las obligaciones de los funcionarios”. En cuanto a las ilegalidades, el legislador europeo parece haber preferido hacer mención expresa a la corrupción y al fraude, aunque se permite la denuncia de cualquier otra actividad ilegal en aras de proteger los intereses de la Unión Europea. Como ya se ha mencionado al analizar los criterios

²² Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 25 de septiembre de 2012, as. F-41/10, Moises Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), aps. 136, ECLI:EU: F:2016:123.

²³ Sentencia del Tribunal General (sala de casación) de 8 de octubre de 2014, as. T-529/12 P, Moisés Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), ECLI:EU:T:2014:861.

para determinar la buena fe, esta información desvelada debe ser relevante y seria²⁴.

Por último, es importante matizar correctamente la naturaleza del precepto, pues no establece una facultad o un derecho a denunciar, sino que dispone una obligación del funcionario a realizar dicha denuncia. Se considera tan importante la labor del informante y el perjuicio a los intereses de la UE que implicaría la no-denuncia, que esta debe hacerse obligatoria (Yurttagül 2021a). En todo caso, la diferente naturaleza entre derecho y obligación tiene una importante consecuencia, y es que los funcionarios de la UE pueden ser declarados responsables en virtud del artículo 86 del Estatuto y ser objeto de sanciones disciplinarias si no informan sobre presuntas irregularidades. Precisamente, por este motivo, se crea lo que la doctrina ha calificado de “trampa inevitable” para los funcionarios europeos²⁵, pues por “denunciar irregularidades se corre el riesgo de ser objeto de represalias, mientras que permanecer en silencio por miedo a represalias puede acarrear medidas disciplinarias”²⁶.

En definitiva, la trampa en la que se ve envuelto el funcionario europeo es reflejo de la conjugación de su deber de lealtad con la necesidad de diseñar un auténtico sistema de protecciones. Resulta aquí interesante el doble juego entre el deber de lealtad y el deber de denuncia, que según la doctrina debe interpretarse uno de acuerdo con el otro²⁷. Tanto es así que la obligación de denunciar debe verse incardinada en el deber de lealtad, pues garantizar el correcto cumplimiento de la legalidad y desempeño del servicio tiene encaje, sin duda, en el deber de guardar lealtad a la institución.

2. *Los canales de denuncia: un sistema escalonado intermedio*

En la protección al informante, la existencia de un sistema completo de garantías y protecciones específicas dirigidos a incentivar la denuncia y proteger al funcionario al mismo tiempo (Martínez Saldaña et al. 2019), así como, de unos canales de denuncia eficaces, garantistas e independientes (Olaizola Nogales 2021) resulta esencial. Siendo esto cierto, podría darse la circunstancia contraria, pudiendo estos canales y sistemas específicos de protección actuar como elemento desincentivador por su potencial falta de independencia y parcialidad, peligro inherente a su carácter interno (Vandekerckhove 2010), que habría de ser corregido por vías externas.

²⁴ Sentencia del Tribunal General (sala de casación) de 8 de octubre de 2014, as. T-529/12 P, Moisés Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), aps. 123, ECLI:EU:T:2014:861.

²⁵ *Ibid.*, 152.

²⁶ *Ibid.*, 152.

²⁷ *Ibid.*, 152.

El apartado anterior ha señalado los requisitos que son necesarios para considerar a un funcionario informante y dotarle del estatus jurídico de *whistle-blower*. Entre ellos, se ha destacado ciertamente la necesidad de denunciar por las vías señaladas al efecto estas infracciones, no admitiéndose, en principio, alternativas a las indicadas. Y es que los canales de denuncia ocupan un lugar esencial y central en la protección al informante, pues su diseño y funcionamiento han de considerarse un nivel más de protección al funcionario al establecer vías seguras y transparentes con garantías concretas.

Volviendo al artículo 22 bis, puede verse cómo este indica explícitamente cuáles deben ser los canales de denuncia a los que ha de acudir obligatoriamente. En primer lugar, el canal de denuncia principal y de referencia es interno, el superior jerárquico u otros miembros de su institución a varios niveles, pero siempre por escrito (una limitación, pues en la Directiva se admiten otros medios)(Sierra Hernaiz 2023). Ahora bien, se permite acudir al Secretario General (un rango más superior dentro de la propia institución) o directamente a la OLAF “si así lo juzga oportuno”. De la literalidad de este precepto puede extraerse la conclusión de que hay efectivamente una fragmentación en cuanto a los regímenes de protección que existen en las diferentes instituciones (Abazi 2020). Esto es, al referirse a los superiores jerárquicos de cada institución (o en su caso agencia) concretas, quiere decir que internamente cada una debe haber diseñado un sistema específico de denuncia y protección. Esta heterogeneidad podría generar una desprotección del funcionario, y ante esto, el propio legislador europeo dispuso la obligación a todas las instituciones de tener un sistema propio de acuerdo con los principios de este reglamento a través, como se ha visto, de una reforma del mismo. No obstante, dicha obligación no lleva aparejadas sanciones ante su incumplimiento, como ocurre con la Directiva (Martínez Saldaña et al. 2019). Aunque OLAF al ser un canal centralizado constituye un correctivo a esta situación de heterogeneidad en determinados casos, su especificidad no resulta suficiente para enmendar este defecto del sistema.

En este sentido, la expresión “si así lo juzga oportuno” permite, en cierto modo, acudir a un sistema distinto que permitiría cubrir esta laguna. Se trata, en definitiva, de un criterio de utilidad que otorga bastante libertad y flexibilidad al informante para elegir el medio a través del cual pretende denunciar, pues están además todas ellas al mismo nivel (Vandekerckhove 2010). De hecho, apunta la profesora YURTTAGÜL que la utilidad tampoco tiene por qué ser demostrada por el funcionario y, en este sentido, los servicios jurídicos de la UE interpretan que “el funcionario de la UE tiene efectivamente libertad de elección sobre a quién informar (entre los indicados)”(EU Commission Legal Service 2011).

Completando el sistema se encuentra el artículo 22 ter que enumera una serie de canales de denuncia alternativos que actúan como un canal externo a

la institución concreta en la que se desempeña la actividad: “Presidente de la Comisión, al Presidente del Tribunal de Cuentas, al Presidente del Consejo, al Presidente del Parlamento Europeo o al Defensor del Pueblo Europeo”. Al contrario que en el artículo precedente, este sí que establece una jerarquía a través de un acceso condicionado. Las condiciones de acceso al mismo se han analizado sucintamente en el apartado anterior, siendo necesario ahora centrarse únicamente en la segunda condición cumulativa: haber empleado primero los canales de denuncia del artículo 22 bis y esperar un plazo de tiempo determinado. En sí mismo, esta condición restringe la capacidad y la oportunidad de decidir cuál es el canal más apropiado (Yurttagül 2021a), siguiendo los criterios de utilidad que inspiraban la solución del artículo 22 bis. Si bien, existe una excepción en el artículo 22 ter (2) a la que este autor ya había apuntado antes: “El plazo a que se refiere el apartado 1 no será de aplicación cuando el funcionario pueda demostrar que no es razonable a la luz de todas las circunstancias del caso”. Se trata de una condición mucho más estricta en comparación al criterio de utilidad del artículo anterior y, en este caso, la carga de la prueba corresponde exclusivamente al funcionario. En términos prácticos, el acceso limitado a cierta información por parte de los funcionarios limita en gran medida su capacidad para aportar pruebas y poder oponer esta excepción.

En definitiva, los artículos 22 bis y 22 ter del Estatuto de los Funcionarios plantean un sistema escalonado (Abazi 2020), en línea con el modelo de denuncia de irregularidades a varios niveles acuñado por VANDEKERCKHOVE (2010) si bien él establece como apropiados tres niveles y el sistema de las instituciones europeas tan solo identifica dos. En consecuencia, puede afirmarse que se trata de un sistema intermedio, “entre la rigidez del sistema británico y la flexibilidad del que diseña la Directiva 2019/1937” (Yurttagül 2021a). Es escalonado porque establece varios niveles distintos de denuncia a los que se puede acceder, habiendo acudido primero a los anteriores y así sucesivamente, y rígido porque el acceso a esos canales alternativos está condicionado al cumplimiento de unos requisitos. La rigidez del sistema quiebra ante la ponderación de la utilidad, por un lado, y ante la presencia de motivos razonables que el propio funcionario debe probar, por el otro, de ahí su carácter intermedio.

En cuanto a la posibilidad de llevar a cabo la denuncia ante una tercera parte externa e independiente, algo así como la Autoridad Independiente que la Directiva 2019/1937 obliga a los Estados a crear, el Estatuto no recoge ninguna disposición en este sentido y el propio legislador europeo lo excluyó tras un intenso debate, alegando que, “aunque tenga gran valor, podría tener el efecto de comprometer procedimientos disciplinarios o legales”²⁸ que

²⁸ Respuesta del Sr. Kinnock en nombre de la Comisión a una pregunta parlamentaria Erik Meijer (GUE/NGL), Whistle-blowers (3): encouraging whistle-blowers to use

podieran derivarse de la denuncia inicial. Del mismo modo, y como ya se ha explicado, la denuncia pública tampoco se permite.

3. *Régimen de protección general del funcionariado europeo: ¿un sistema menos garantista que el de la Directiva 2019/1937?*

El acceso a la protección que otorga el estatus jurídico de informante está supeditado a que el funcionario cumpla las condiciones del ámbito material y personal de manera satisfactoria y denuncia a través de los canales pertinentes en la forma prevista. A quien cumple con esto y solo en este caso, el Estatuto prevé que se le proteja, pues “no podrá verse perjudicado en forma alguna por la institución” (Artículo 22 bis (3)).

Aunque, como ya se ha explicado, en el Reglamento las medidas de protección concretas quedan al arbitrio de cada institución, sí que existe una definición coherente de los actos contra los que se debe proteger al funcionario informante. Según el Tribunal de la Función Pública, un acto perjudicial es únicamente “un acto o medida que produzca efectos jurídicos vinculantes y que afecte directa e inmediatamente al interés del solicitante, alterando significativamente su situación jurídica”²⁹. Se aparta aquí del concepto de represalia de la Directiva 2019/1937, que incluye una protección contra las acciones indirectas o directas, estén consumadas, sean tentativas o tan solo amenazas (Sierra Hernaiz 2021) y no queda limitada a aquellas que tengan un efecto directo e inmediato. Además, ha de existir un nexo causal entre la denuncia realizada y el acto perjudicial concreto que se esté sufriendo (Yurttagül 2021a). Esa relación debe ser estrecha y es deber del propio funcionario informante que lo sufre probar que una conducta es consecuencia de la otra (Yurttagül 2021a), a través de un “conjunto de pruebas precisas y coherentes”³⁰.

Ni que decir tiene que el hecho de que la carga de la prueba recaiga sobre los informantes y no exista una inversión de esta produce una gran indefensión para el informante, ya que, debido a carencia de información y medios en comparación con la institución, las condiciones de acceso a esa prueba y las posibilidades para demostrarlo son muy limitadas. Este diseño no cumple con los estándares internacionales y tampoco es coherente con lo que se

OLAF voluntary by giving practical proof that it is effective and rapid, E-0113/01, 11 de abril de 2001, tomado de Yurttagül 2021a.

²⁹ Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 25 de septiembre de 2012, as. F-41/10, Moises Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), ap.9, ECLI:EU: F:2016:123.

³⁰ Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala tercera), de 24 de febrero de 2010, as. F-2/09, Riccardo Achille Menghi c. ENISA, ap. 139, ECLI:EU:F:2010:12.

plantea en la Directiva 2019/1937, que genera una inversión de la carga de la prueba en favor del informante (Van Waeyenberge y Davies 2021). De esta forma, se añade una capa más de condicionalidad en el acceso a la protección genérica que otorga el Estatuto y desincentiva la denuncia, al resultar ser demasiado complejo para el informante, a solas, demostrar que existe un nexo entre la información revelada y el perjuicio que su propia institución le causa. En caso de no poder demostrarlo y de acuerdo a la definición dada por el Tribunal, no estaría protegido ante posibles actos perjudiciales.

Debe añadirse aquí una cuestión que ha sido considerada por la doctrina en relación con determinadas conductas, como el acoso, que gozan de una protección alternativa a la del informante (Yurttagül 2021b). En principio, el Tribunal ha determinado que la protección general del artículo 22 bis es incompatible con la protección especial que se confiere en aquellos casos³¹, pudiendo elegirse uno u otro. Esto quiere decir que hay determinados perjuicios que, teniendo esta doble naturaleza, llegarían a estar protegidos, aunque no pudiera demostrarse el nexo de causalidad.

Por otro lado, los programas de clemencia en cuanto a las consecuencias disciplinarias, que buscan incentivar directamente a los infractores a delatar a sus “cómplices”³², podrían, por definición, tener un encaje interesante en relación con el funcionario informante. Aun así, la jurisprudencia del Tribunal de la Función Pública³³ señala claramente que estos programas no tienen cabida en el ordenamiento vigente como medida de protección a los informantes. Ahora bien, en la sentencia Amador Rodríguez Pioto v. Comisión Europea de 2018³⁴ se plantea de forma muy interesante la posibilidad de considerar el hecho de haber informado sobre la conducta ilícita o irregular, una circunstancia atenuante ante posibles sanciones disciplinarias en el seno de la Unión Europea. Así es que, aunque no se protege al funcionario que decida revelar ilícitos en los que él también se encuentre implicado, sí que se ofrece una ventaja que pretende servir como incentivo.

Finalmente, es importante destacar que el Estatuto no estipula ninguna medida de protección concreta o especial, además de la cesación de las conductas perjudiciales o la confidencialidad, por lo que debe entenderse que hay una remisión tácita a cada uno de los procedimientos. Viendo, nuevamente, la Directiva y en comparación, resulta evidente que el sistema de protección

³¹ Artículo 21.5 de la Directiva (UE) 2019/1937... *op. cit.*

³² Sentencia del Tribunal General (sala 8), de 4 de abril de 2019, as. T-61/18, Amador Rodríguez Prieto c. Comisión Europea, ap. 72, ECLI:EU:T:2019:217GC.

³³ Sentencia del Tribunal General, de 13 de diciembre de 2018, as. T-689/16, Nikolaos Pipiliagkas c. Comisión Europea, ap. 58, ECLI:EU:T:2018:925.

³⁴ Sentencia del Tribunal General (sala 8), de 4 de abril de 2019, as. T-61/18, Amador Rodríguez Prieto c. Comisión Europea, ECLI:EU:T:2019:217GC.

aplicable a funcionarios nacionales y trabajadores de empresas privadas o públicas es mucho más completo. En ella no solo se establece una prohibición de represalias, sino que “se incorporan una serie de medidas de protección y apoyo tanto a nivel laboral como personal” (Olaizola Nogales 2021); “un sistema de indemnización por daños y perjuicios y confidencialidad” (Van Waeyenberge y Davies 2021); “apoyo jurídico y garantías procesales concretas” (Sierra Hernaiz 2021). No obstante, dichas garantías y medidas ven su efectividad reducida ante el hecho de que “no todas las obligaciones que impone la Directiva están de hecho sujetas a sanciones”, faltando “sanciones contra los incumplimientos de los procedimientos internos de denuncia, los incumplimientos del seguimiento de las denuncias y los incumplimientos de la obligación de informar a los denunciantes de las medidas adoptadas a raíz de una denuncia” (Van Waeyenberge y Davies 2021). Aun siendo más completa y posterior, la Directiva comparte muchos de los problemas del Estatuto.

IV. EL CASO DE FRONTEX: UN RÉGIMEN FRACCIONADO Y DESIGUAL

En el Reglamento 2019/1896 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas puede verse la centralidad que en la agencia ocupan los derechos fundamentales y su defensa. Esto va a encontrar reflejo directo en el diseño e implantación del régimen de protección al informante propio de Frontex, a partir de los artículos 22 bis y 22 ter del Estatuto de los Funcionarios. De esta forma, se han desarrollado dos procedimientos distintos, uno general y otro especial, por razón de la materia. Ambos sistemas conviven y se interrelacionan en la estructura administrativa de Frontex, debiendo entenderse uno sin perjuicio del otro y ofreciendo a los funcionarios informantes garantías distintas que convendría analizar y valorar en profundidad.

1. *El sistema general de protección al informante.*

El sistema general de denuncia y protección al informante se contiene en el *Management Board Decision 17/2019 of 18 July 2019 adopting the Frontex Guidelines on Whistleblowing*³⁵, en adelante la directriz, elaborado de acuerdo con las indicaciones de OLAF y con pleno valor jurídico. Este sistema sigue los principios de los artículos 22 bis y 22 ter del Reglamento del Estatuto de los Funcionarios. Así es que, es un sistema general, pues es el sistema de Protección al Informante por definición y aplica a una variedad de

³⁵ Management Board Decision 17/2019 of 18 July 2019 adopting the Frontex Guidelines on Whistleblowing. Agencia Europea de la Guardia de Costas y Fronteras, Frontex, 2019, n° 7677.

casos no específica. Esto, como se verá, no quiere decir que sea el sistema más utilizado, habida cuenta de que la mayor parte de infracciones que suceden en Frontex están relacionadas con los derechos fundamentales y estas tienen su procedimiento específico.

El ámbito de aplicación y los principios generales del sistema son similares a los del Estatuto. En primer lugar, la directriz recuerda que estamos ante la obligación de denunciar y la asocia no solo a los artículos pertinentes del reglamento, sino también al propio deber de lealtad. Además, declara que el ámbito de aplicación personal cubre a todo el personal de Frontex “independientemente de su posición administrativa”, debiendo haber descubierto la información en “el curso o en conexión con sus deberes”³⁶ y actuando de buena fe en todo caso. En cuanto al ámbito material, se parafrasea el artículo 22 bis del Estatuto de los Funcionarios al definir las “*Serious irregularities*” como “actividades delictivas, incluidos el fraude y la corrupción, y faltas profesionales graves”³⁷. Puede verse aquí también que el espíritu mismo de este texto estaría muy relacionado con los delitos de naturaleza económica principalmente. De hecho, así se confirma al disponer que “la obligación de informar solo se refiere a las faltas profesionales graves, y en particular a las que puedan perjudicar los intereses financieros de la Unión Europea”³⁸.

Ahora bien, esto no debe llevar a error, pues no se trata de una limitación estricta del ámbito material de la directriz del informante, sino tan solo de una prescripción con respecto al procedimiento que debe utilizarse en cada caso. Es decir, el funcionario está sujeto en todo caso a la obligación de informar que le impone el Reglamento del Estatuto de los Funcionarios, aunque tiene potestad para elegir el procedimiento siempre y cuando este no perjudique a los intereses financieros de la UE, que obligatoriamente habrán de procesarse de esta forma. Esto no debe ser óbice para que aquellas informaciones que “ya están en el dominio público, sean rumores insustanciados, materias de naturaleza trivial, información no relacionada con los deberes del denunciante y desacuerdos sobre política legítima”³⁹ estén excluidas de protección expresamente. La última resulta, a juicio de este autor, tremendamente interesante, pues podría actuar como cajón de sastre que sirviera para rechazar la protección al informante de manera arbitraria.

Lógicamente, aquellas revelaciones de información que no cumplan con las reglas de la buena fe tampoco estarán cubiertas por la protección que otorga este sistema general. Ahora bien, aunque la definición es la misma que da el Tribunal, la regulación interna de Frontex establece que la buena fe debe presumirse.

³⁶ *Ibid.*, 2.

³⁷ *Ibid.*, 2.

³⁸ *Ibid.*, 2.

³⁹ *Ibid.*, 2.

Será una presunción *iuris trantrum*, esto es, hasta que se demuestre lo contrario. No obstante, mientras que el Tribunal de la Función Pública dispuso que, entre los criterios que marcan la existencia de la buena fe, las motivaciones internas no deben resultar un obstáculo para la aplicación de la protección, la directriz de Frontex las considera expresamente como un límite a dicha protección. De tal forma que el contenido de esta directriz “no debe utilizarse como sustituto de los procedimientos de reclamación en los que el personal tiene algún interés personal o pretende dictar el resultado”⁴⁰. La validez de esta disposición plantea dudas a este autor, pues se aparta de la jurisprudencia del Tribunal y restringe el acceso a la protección que se otorga en este sistema.

En cuanto a la estructura y organización de los canales de denuncia, las directrices desarrollan un sistema interno escalonado rígido. Este sistema se compone de una “primera opción” consistente en el superior jerárquico inmediato y debiendo formalizarse la denuncia por escrito. Se trata de una opción ampliamente criticada, ya que no respeta el espíritu de la protección al informante en cuanto a garantizar la independencia del servicio en este sentido (ECRE 2017). Por este motivo, las directrices plantean una “segunda opción” que puede utilizarse de manera condicionada cuando exista “preocupación de que esta divulgación pueda dar lugar a represalias o de que el destinatario de la denuncia esté personalmente implicado en las irregularidades graves”⁴¹. Así, se habilita al funcionario de Frontex a denunciar directamente ante OLAF o al Presidente del Consejo de Administración, posición más alta en el organigrama de Frontex. Realmente, esta disposición y las condiciones que en ella se plantean solo resultan relevantes en el plano más puramente interno de Frontex y en el caso de agentes contractuales y otro personal no funcionario, ya que de acuerdo al Reglamento del Estatuto de los Funcionarios, el funcionario puede acudir a OLAF directamente según un criterio de utilidad muy flexible sin necesidad de cumplir con esta condición.

Los canales de denuncia ordinarios se complementan con una “opción de último recurso”, un canal externo condicionado de denuncia que busca corregir las deficiencias de los canales internos. Aunque en principio esto pudiera parecer una novedad, no lo es en la práctica, sino que se remite a reproducir las condiciones y el texto de artículo 22 ter del Estatuto. Es cierto que la posibilidad de recurrir “al Presidente de la Comisión, del Consejo, del Parlamento o del Tribunal de Cuentas, o al Defensor del Pueblo Europeo” es externo con respecto de Frontex, pero se enmarca dentro de los canales ordinarios que plantea la Unión Europea para sus funcionarios y son accesibles existieran estas directrices o no. En este sentido, las directrices de Frontex afirman que la divulgación externa a otras instituciones de la UE, “que claramente pueden

⁴⁰ *Ibid.*, 3.

⁴¹ Management Board Decision 17/2019... *op. cit.*, 3.

pedir cuentas a Frontex debido a su papel institucional, [...] establece un equilibrio eficaz entre los intereses públicos de confidencialidad y lealtad y los de transparencia y responsabilidad”. No obstante, y en todo caso, la revelación de información se mantiene en el seno del entramado institucional y administrativo de la UE, por lo que cabría mostrarse escéptico.

En cuanto a la protección específica que se otorga en favor del informante, la directriz establece diferencias interesantes con respecto al régimen del Estatuto, mejorando la protección que otorga este. En primer lugar, la definición de represalias del Tribunal se concretiza y amplía, incluyendo ahora “cualquier acción directa o indirecta o amenaza de acción”⁴², aunque manteniendo la necesidad de demostrar la existencia (o inexistencia) de un nexo entre las acciones perjudiciales y la información revelada. En segundo lugar, se dispone que la carga de la prueba recae en la persona que lleva a cabo la acción perjudicial⁴³, debiendo demostrar que se debe a otros motivos no relacionados con la denuncia. Por supuesto, la cuestión de la carga de la prueba era una de las mayores polémicas del régimen del Estatuto, por lo que una inversión de esta, alineándose así con la Directiva 2019/1937, resulta bienvenida, pues ha de tenerse por cierto que son aquellos que toman las decisiones quienes tienen a su disposición mayor información y medios para demostrar la motivación de las mismas.

Frontex va más allá que el Estatuto al plantear, junto al anonimato y la confidencialidad, otras tres medidas de protección concretas⁴⁴. En primer lugar, el funcionario puede solicitar la movilidad horizontal dentro de Frontex para evitar posibles represalias en su unidad. Habida cuenta de que dicha movilidad en algunos casos podría ser constitutiva de una represalia en sí misma, se prevé que puedan ser otros miembros de la organización distintos al superior jerárquico, directo o denunciado quienes puedan tomar esta decisión. Con todo, se añade un nivel más de protección al afirmar que “en casos urgentes y debidamente justificados, la medida cautelar de traslado[...] será adoptada por la autoridad facultada para celebrar contratos de trabajo”⁴⁵. En segundo lugar, existirá un procedimiento de evaluación y reclasificación para asegurar que el informante no está siendo víctima de actos perjudiciales⁴⁶. En este sentido, y en aras de garantizar la independencia del proceso, el propio funcionario afectado podrá pedir que la función de evaluador de recurso sea asumida por el representante de la Comisión en el Consejo de Administración de Frontex.

⁴² *Ibid.*, 3.

⁴³ *Ibid.*, 4.

⁴⁴ *Ibid.*, 4.

⁴⁵ *Ibid.*, 5.

⁴⁶ *Ibid.*, 5.

La tercera medida de protección es un régimen disciplinario de sanciones no solo para quien tome acciones perjudiciales, sino también para quien trate de evitar la presentación de denuncias⁴⁷. Esto es una novedad llamativa con respecto al Estatuto de los Funcionarios que se abstenía de hacer menciones en este sentido, pero que puede tener encaje en el artículo 24 del Estatuto de los Funcionarios, que afirma que “la Unión asistirá a los funcionarios, en especial mediante la persecución contra los autores de amenazas, ultrajes, injurias, difamaciones [...] por su condición de tales o como consecuencia del ejercicio de sus funciones” y la de denunciar es una obligación del funcionario por su condición de tal.

Resulta conveniente hacer mención a que todo el sistema decae cuando se pierde la protección asociada al estatus jurídico de *whistleblower*⁴⁸. Esta circunstancia se dará cuando el informante haya actuado de mala fe. Así es que, si la buena fe permitía el acceso al sistema de protección, la mala fe excluye de su aplicación. Aquello que se considera mala fe no se encuentra definido de manera concreta, pero sí se hace remisión a los casos en los que la información revelada por el funcionario “se basa a sabiendas en información falsa o engañosa”⁴⁹. En todo caso, la carga de la prueba para demostrar la concurrencia de mala fe recae en Frontex, una solución positiva y coherente con los estándares de protección al informante, pero que es distinta a la planteada por el Estatuto. Finalmente, tampoco habrán de existir en Frontex programas de Clemencia, por lo que no se dará una protección especial al funcionario que ostente la doble naturaleza de infractor e informante, sino, y como máximo, una atenuación de su pena disciplinaria, tal y como señaló el TJUE⁵⁰.

2. Los sistemas especiales de protección al informante ante vulneraciones de derechos fundamentales.

En los casos en los que la información revelada concierne a derechos fundamentales o actos de importancia equivalente, Frontex plantea un sistema especial. La especialidad de este sistema reside en su ámbito material, vedado a unas materias concretas. El *Standard Operating Procedure (SOP) for Serious Incident Reporting (SIR)*⁵¹ es de gran importancia en el sistema

⁴⁷ *Ibid.*, 6.

⁴⁸ *Ibid.*, 6.

⁴⁹ *Ibid.*, 6.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal General (sala 8), de 4 de abril de 2019, as. T-61/18, Amador Rodríguez Prieto c. Comisión Europea, ECLI:EU:T:2019:217GC.

⁵¹ Decision of the Executive Director No R-ED-2021-51 Standard Operating Procedure (SOP) – Serious Incident Reporting. Agencia Europea de la Guardia de Costas y Fronteras, Frontex, 2021, nº FSC/ 1093000 /2021.

interno de denuncia de Frontex, debido a la relevancia que tienen los derechos fundamentales en la actividad de la Agencia y al estar vinculada a ellos de manera directa y constante. Dicho proceso forma parte de la Estrategia de Derechos Fundamentales de Frontex⁵², que busca “promover, respetar, defender y proteger los Derechos Fundamentales” en el marco de las actividades en las que Frontex se veía implicada.

La estructura de este sistema sigue en principio al reglamento y a las directrices, planteando un ámbito de aplicación personal tremendamente amplio. Incluye a “todas las personas que participan en las actividades de Frontex, tal como se definen en el artículo 10 del Reglamento de Frontex”⁵³, aunque también se amplía al personal de cada plan operativo concreto. En cuanto al ámbito material, ya se encuentran diferencias más significativas, tanto por su carácter especial como por un fraccionamiento adicional interno del mismo sistema. Según se describe, este procedimiento “obliga a todos los participantes en las actividades operativas de Frontex a notificar inmediatamente[...] cualquier situación de posible violación de los derechos fundamentales”⁵⁴. Así las cosas, un Incidente Grave (SI) se define como “un acontecimiento causado por la acción u omisión de una persona o por la fuerza de la naturaleza, que afecte directa o indirectamente a participantes o activos de Frontex [...]”⁵⁵. Aquí se han de incluir actos directos e indirectos comprendidos en cualquiera de las siguientes categorías: 1) Situaciones de posibles violaciones de los Derechos Fundamentales o de las obligaciones de protección internacional; 2) Situaciones de posibles violaciones de las disposiciones de los Códigos de Conducta; 3) Situaciones con graves repercusiones negativas reales o potenciales en las tareas esenciales de Frontex.

Ahora bien, si se diera la circunstancia de que los actos implican el uso de la fuerza, se habrá de recurrir al *Standard Operating Procedure on the Use of force and incidents involving the use of force reporting (UFR / IFR)*⁵⁶. Se trata, en este caso, de un procedimiento aún más específico que tan solo altera los canales de denuncia a través de los cuales es posible revelar la información, si bien tendrá preferencia sobre el SIR si se denunciara la conducta por ambos procedimientos al mismo tiempo.

⁵² Management Board Decision 61/2021 of 9 November 2021 adopting the Fundamental Rights Action Plan for the implementation of the Fundamental Rights Strategy. Agencia Europea de la Guardia de Costas y Fronteras (Frontex), nº 11505.

⁵³ Decision of the Executive Director No R-ED-2021-51... *op. cit.*, 3.

⁵⁴ *Ibid.*, 5.

⁵⁵ *Ibid.*, 4.

⁵⁶ Executive Director Decision No R-ED-2021-38 of 6 March 2021 on Standard Operating Procedure (SOP) – Use of force and incidents involving the use of force reporting (UFR / IFR). Agencia Europea de la Guardia de Costas y Fronteras (Frontex), 2021.

Aunque, como puede verse, es un sistema especial por razón de la materia, se encuentra interrelacionado con el sistema general. De manera que el funcionario o el informante que presencie una vulneración de derechos fundamentales, “puede acudir por analogía al proceso de la Decisión del Consejo de Administración 17/2019”⁵⁷. Esto quiere decir que el sistema general ha de aceptar cualquier incidente que encaje en la descripción de incidente grave o “SI”. Es cierto que las directrices de *Whistleblowing* excluían de su ámbito de aplicación aquellas materias que tuvieran otros procedimientos disponibles. Sin embargo, y teniendo esta circunstancia en cuenta, hay dos argumentos que pueden justificar la inclusión de esta disposición en el SOP. Por un lado, que a) las directrices al establecer la exclusión nombran específica y únicamente dos procedimientos concretos: acoso y responsabilidad contractual o cuestiones de personal, por lo que podría entenderse que no hacen ni quieren hacer mención a los derechos fundamentales o SI y que b) las directrices fueron elaboradas en 2019, antes de la reforma del SOP-SIR de 2021, por lo que no podían prever esta disposición. Siendo esto así, cabe matizar que, si bien es posible denunciar cuestiones que por materia resultan especiales a través del sistema general, queda totalmente excluida del sistema especial la denuncia de otros incidentes que no sean los especialmente descritos. Es decir, la analogía no funciona a la inversa.

En todo caso, y siempre que se utilice este procedimiento, la revelación de la información no tiene por qué hacerse únicamente por escrito (como en el régimen del Estatuto y de la directriz) sino que es posible hacerlo “por teléfono, correo electrónico o directamente en persona”⁵⁸. Pretende de esta forma conseguir que se genere una mayor confianza en el procedimiento e incentivar la revelación de la información, reduciendo los obstáculos y trámites para iniciarlo. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el sistema general, en este caso no existe presunción de buena fe ni inversión de la carga de la prueba en relación con las represalias que, en su caso, se produzcan por el hecho de denunciar, de manera que el denunciante tendrá que probar la concurrencia de ambas cuestiones. Esto, como ya se había apuntado en el análisis del Estatuto de los Funcionarios, repercute negativamente en la eficacia general del sistema y provoca la indefensión del informante, más aún si se tiene en cuenta la sensibilidad de las materias a las que se refiere este sistema.

Con todo, debido al diseño de los canales de denuncia, las implicaciones, no solo del procedimiento elegido para revelar la información, sino del contenido de la información remitida, son enormes. Esta trascendencia deriva en primer lugar de un nivel adicional de fragmentación y especialidad dentro del propio sistema especial, pues cada categoría de incidente

⁵⁷ Decision of the Executive Director No R-ED-2021-51... *op. cit.*, 10.

⁵⁸ *Ibid.*, 9.

cuenta con un procedimiento específico. Aquellos funcionarios de Frontex que denuncien un incidente comprendido en la definición de la categoría primera (1), deben acudir al FRO⁵⁹. Es conveniente en este punto resaltar la figura del FRO. El Responsable de Derechos Fundamentales o FRO fue introducido en el Reglamento de Frontex como parte de la estrategia de Derechos Fundamentales⁶⁰, con el objetivo de corregir las disfuncionalidades que sufría la agencia en esta materia. En resumidas cuentas, sus funciones consisten, entre otras, en “supervisar el cumplimiento de los derechos fundamentales por parte de la Agencia, también mediante la realización de investigaciones sobre cualquiera de sus actividades”⁶¹. En estos casos, es él quien “recopila o verifica la información, supervisa la situación, investiga y toma las medidas oportunas”⁶².

Esto es, estando la categoría primera directamente relacionada con los derechos fundamentales, parece lógico y bastante acertado asignar dicha protección al FRO. Ahora bien, debido a la estructura orgánica de Frontex, que coloca al FRO en una posición débil y subordinada, hay quien ha señalado que esta medida reduce el margen de protección al informante y la garantía de una respuesta efectiva al incidente concreto (PE 2021). De hecho, el informe de OLAF (2021) acerca de las vulneraciones de derechos fundamentales perpetradas en el marco de las actividades de la agencia puso de manifiesto las medidas adoptadas contra los funcionarios de Frontex para “socavar y eludir el SIR como mecanismo de presentación de informes”, con el fin de evitar la investigación o revelación pública de estas actividades. Así las cosas, el Parlamento Europeo y otras organizaciones internacionales y no gubernamentales se han pronunciado a favor de una reforma profunda de la figura del FRO y su rol. Se exige, entre otras cosas, la implicación del FRO desde el inicio del procedimiento, sea cual sea este, así como una mayor colaboración y seguimiento de la labor del Director Ejecutivo y del resto de órganos administrativos de la agencia.

Aunque, en cualquier caso, se trata de una figura que encaja bastante bien con el espíritu de protección adicional de los derechos fundamentales de este sistema especial, es solamente una excepción dentro de dicho régimen. Así es que, tanto los incidentes relacionados con las categorías (2) como la (3), la denuncia habrá de efectuarse ante “la estructura de coordinación de la

⁵⁹ En este análisis se han decidido utilizar las siglas en inglés FRO (*Fundamental Rights Officer*) para referirse al Responsable de Derechos Fundamentales, pues es este el nombre con el que se le conoce en el organigrama de Frontex y con el que se identifica realmente su posición.

⁶⁰ Management Board Decision 61/2021... *op. cit.*

⁶¹ Artículo 109 del Reglamento (UE) n° 2019/1896... *op. cit.*

⁶² Decision of the Executive Director No R-ED-2021-51... *op. cit.*, 7.

actividad Frontex⁷⁶³, esto es, ante las autoridades administrativas de Frontex, dependiendo del contenido de la información revelada. En uno y otro caso, durante el proceso, la autoridad que lleve a cabo la investigación recibirá la denominación de Responsable de Incidentes Graves (*Serious Incidents Handler*) y además de tener la obligación de cumplir con las funciones específicas que les asigne este sistema y las suyas propias, estará vinculado por las limitaciones inherentes a su cargo original. Esta circunstancia puede llegar a afectar a la efectividad y buen funcionamiento del sistema, sobre todo en lo relativo a garantías e independencia de las investigaciones.

Sin embargo, debe apuntarse aquí una circunstancia particular que no se da ni en el sistema general, ni en la Directiva, ni en el Estatuto. Mientras en estos casos basta con la buena fe del informante y una base fáctica suficiente para iniciar el procedimiento⁶⁴, el sistema especial de Incidentes Graves exige un paso intermedio entre la denuncia y el inicio del procedimiento de protección al informante, que implica su evaluación. En este sentido, la división material planteada entre las diferentes categorías de incidentes se mantiene, de tal forma que en los casos de la categoría (1) el FRO realiza una evaluación del incidente y decide si debe iniciarse el procedimiento SIR o no, o si quizá debiera reconducirse a través de las categorías (2) o (3). De la misma manera, los casos no relacionados directamente con las violaciones de Derechos Fundamentales (Categorías (2) y (3)) son evaluadas por el Centro de Situación de Frontex (FSC) en cooperación con el personal encargado de la coordinación de la unidad concreta en la que haya ocurrido el incidente o se haya realizado la denuncia.

En definitiva, este paso intermedio plantea dudas serias en el procedimiento. No queda claro a partir de qué momento surge la protección derivada del estatus jurídico de informante. Esto es, cabe preguntarse si el funcionario seguiría blindado en caso de que la denuncia no fuera validada o si la protección se despliega directamente con la revelación inicial. Si bien no encontramos ninguna respuesta en este procedimiento, el Estatuto de los Funcionarios y la jurisprudencia del TJUE⁶⁵ han dejado claro que la protección se garantiza a quien cumple el requisito de buena fe y efectúa la denuncia por los canales destinados al efecto. Siendo los artículos 22 bis y 22 ter de dicho reglamento la base jurídica sobre la que se construye la protección al informante en las

⁶³ Decision of the Executive Director No R-ED-2021-51... *op. cit.*, 8.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 25 de septiembre de 2012, as. F-41/10, Moises Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), aps. 136, ECLI:EU: F:2016:123.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 25 de septiembre de 2012, as. F-41/10, Moises Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), ECLI:EU: F:2016:123.

instituciones y agencias europeas debe concluirse que dicha protección no decae si la evaluación y validación resultan negativas, pues existe desde el momento en el que se lleva a cabo la información cumpliendo con los requisitos esenciales. Por si esto fuera poco, no existe la posibilidad de apelar la decisión del órgano competente ante una evaluación negativa, ni por parte del FRO, lo que genera una brecha en el propio sistema (ECRE 2021). Se debería plantear, por ello, una mayor implicación del FRO durante el proceso de evaluación, del cual es informado, al dotarle de capacidad de decisión al respecto⁶⁶.

En cuanto a las medidas de protección al informante, el carácter especial del sistema no añade nada nuevo, siendo las mismas de la directriz *Whistle-blowing* (confidencialidad de la identidad, movilidad, valoración y reclasificación, anonimato) con los mismos límites. Esto es, el hecho de que las materias que son objeto de denuncia a través de este sistema sea mucho más sensibles no parece tener reflejo en la configuración de las garantías específicas que trae consigo el estatus jurídico de informante. Es más, este procedimiento no cuenta con un régimen sancionador específico, cuestión que, de acuerdo con ECRE⁶⁷, resta credibilidad al compromiso de la agencia con los derechos fundamentales.

Existe, eso sí, un mecanismo de supervisión (*Supervisory Mechanism*)⁶⁸ que, como se dice, es distinto al sistema de denuncia y que “otorga un marco a la agencia para monitorizar la aplicación de las disposiciones” de protección al informante y denuncia. Esto resulta tremendamente interesante, pues propicia un control de la actuación de los funcionarios en esta materia, de tal manera que pretende sancionar y controlar conductas que sean contrarias u obstaculicen el funcionamiento normal y efectivo de estos procedimientos. Aun así, la comisión LIBE del PE, ya concluyó en su informe sobre Frontex que este mecanismo no era efectivo, independiente, visible ni accesible (PE 2021).

V. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha tratado de analizar y comparar críticamente la protección jurídica al funcionario europeo y el régimen aplicable a la Agencia de Guarda de Fronteras y Costas, Frontex. El contexto normativo actual, así

⁶⁶ *Ibid.*, 16.

⁶⁷ *Ibid.*, 15.

⁶⁸ Management Board Decision 7/2021 of 20 January 2021 establishing a supervisory mechanism to monitor the application of the provisions on the use of force by statutory staff of the European Border and Coast Guard Standing Corps. Agencia Europea de la Guardia de Costas y Fronteras (Frontex), 2021, n° 112.

como la creciente preocupación social ante la necesidad de fiscalizar las instituciones y agencias de la UE, justificaban la realización de un análisis novedoso en cuanto a la materia tratada. Así las cosas, de la realización de este estudio se han extraído las siguientes conclusiones.

Primera.- Este autor sostiene que la Unión Europea actúa de manera contradictoria al tratar de forma desigual a los informantes función de su condición. La UE, a través de la Directiva 2019/1937 de Protección al Informante, exige más a los Estados miembros y a las empresas de lo que se exige a sí misma, a sus instituciones y agencias. Si bien esta nace con voluntad armonizadora, ha quedado evidenciado que los funcionarios de la UE cuentan con un régimen de protección heterogéneo, fragmentado y mucho más condicionado que dificulta el acceso a la protección asociada al informante, desincentiva la denuncia y resta efectividad al sistema. Por si fuera poco, ni el Estatuto de los Funcionarios ni los regímenes internos analizados igualan el nivel de apoyo, asistencia y protección que otorga la Directiva.

Segunda.- El Estatuto de los Funcionarios no concibe la denuncia de irregularidades como un derecho del funcionario (como sí ocurre en la Directiva), sino que establece que se trata de una obligación. Las implicaciones jurídicas de esta especial naturaleza generan una trampa que la doctrina considera perjudicial para el funcionario, que podría ser vulnerable tanto ante represalias, en caso de denunciar sin contar con un sistema de protección completo, como ante sanciones disciplinarias por no hacerlo. Por supuesto, aunque los especiales principios que gobiernan la relación entre las instituciones y sus funcionarios, como el de lealtad, justifican, a juicio de este autor, esta decisión, resultaría necesario mitigar la trampa a la que se encuentran sometidos a través de medidas concretas.

Tercera.- Acerca de a los canales de denuncia, el funcionario se encuentra ante un sistema escalonado de rigidez intermedia. La exclusión de la posibilidad de llevar a cabo denuncias externas o revelaciones públicas provoca una acentuación del condicionamiento y la jerarquización del sistema interno, que además está fragmentado según la institución, órgano u organismo. No obstante, este autor considera que la no inclusión de la denuncia externa o de la revelación pública se aprecia coherente en aplicación del deber de lealtad que han de asumir todos los funcionarios.

Cuarta.- Con respecto a la carga de la prueba, se considera que el hecho de que el Estatuto de los Funcionarios haga recaer la carga de la prueba sobre la existencia de represalias en el funcionario informante y no la inviertan en su favor, supone una deficiencia que debe ser subsanada. Está claro que aquel que sufre la represalia tendrá más dificultades para probar la relación causal existente entre la información revelada y el perjuicio que le afecta. Por este motivo, este autor estima imprescindible incluir la inversión de la carga de la prueba en favor del informante en el Estatuto, del

mismo modo que se hace en la Directiva, para mejorar su protección y la efectividad del sistema.

Quinta.- Este autor se aparta del legislador y de la jurisprudencia del TJUE ante la no inclusión de los programas de clemencia aplicables a los funcionarios informantes en su régimen disciplinario. Teniendo en cuenta el diseño del sistema de denuncia del Estatuto, así como las garantías que se otorgan, es necesario incluir incentivos a la revelación de información y estos programas se han probado efectivos en ámbitos como el de la competencia. Una simple atenuación de la pena disciplinaria por la irregularidad cometida no es suficiente, pues el funcionario se enfrenta, además, a las potenciales represalias por parte de sus compañeros infractores o miembros del equipo. Los programas de clemencia facilitarían, a este parecer, la obtención de la información y aumentaría el número de denuncias. Además, debe apuntarse que la Directiva 2019/1937 deja a la discrecionalidad de cada Estado Miembro la posibilidad de contar con programas de clemencia, contando la trasposición española de la misma, esto es, la Ley 2/2023, de 20 de febrero, con ellos. De esta forma, se da la circunstancia de que los funcionarios nacionales españoles sí que disfrutaban de programas de clemencia, mientras que los funcionarios europeos no lo hacen.

Sexta.- En cuanto al doble sistema de Frontex, es de justicia reconocer que, en muchos aspectos, mejora la protección de los funcionarios y demás personal que opera en su agencia con respecto a la otorgada por el Estatuto, el cual parece desarrollar. Esto es entendible por la presión social e institucional a la que se encuentra sometida la agencia y a los especiales y sensibles intereses con los que se encuentra en contacto constante. Aun así, queda lejos de la Directiva 2019/1937 y las disposiciones que ahí se contienen, al tratarse en todo caso de un sistema fragmentado y mucho menos completo en lo que a protección se refiere.

Séptima.- Llamen la atención las diferencias existentes entre los sistemas general y especial de Frontex. En principio, podría pensarse que el sistema especial, por la sensibilidad de las materias que trata y siendo más nuevo, debiera contar con un sistema más tuitivo de protección al funcionario informante que las directrices generales. No obstante, esto no es así. Mientras que en el sistema especial existen fragmentaciones internas adicionales, no se invierte la carga de la prueba en favor del informante, ni existe presunción de buena fe; el sistema general se muestra homogéneo al tiempo que presume la buena fe del informante y declara la inversión de la carga de la prueba como medida de protección esencial. Por supuesto que, a entender de este autor, una mejora de las condiciones mínimas del Estatuto no supondrían una vulneración del mismo. Por este motivo, resulta tremendamente extraña la exclusión de estas garantías de un sistema que, por definición, debiera contar con ellas y su inclusión en uno que no trata con materias tan sensibles. En

este sentido, aunque existe la posibilidad de acudir al sistema general con incidentes que materialmente resultarían especiales, esta solución no resulta para nada satisfactoria, pues al hacerlo el funcionario estaría renunciando a canales de denuncia específicamente diseñados para tratar con materias de estas características.

Octava.- Este autor comparte la interpretación del Tribunal de la Función Pública de no tomar en consideración las motivaciones internas inherentes a cada informante a la hora de valorar la concurrencia de buena fe. La finalidad que persiguen estas normas es la protección del interés público y la fiscalización de la actividad de las instituciones y agencias, por lo que efectivamente poco importan las razones que, en su fuero interno, motiven al informante a denunciar si cumplen las condiciones establecidas al efecto. Por esto mismo, al considerarlos como circunstancia relevante que pudiera excluir el acceso a la protección derivada de la condición de informante, los sistemas general y especial de Frontex plantean una desviación del Estatuto que bien podría considerarse contraria al mismo. En cualquier caso, su mera toma en consideración perjudica tanto al funcionario como a Frontex.

Novena.- En lo que respecta al FRO, se encuentra en una posición débil y subordinada, ya que sus funciones se encuentran bastante limitadas y reducidas a un tipo concreto de infracción y procedimiento. Además, tampoco puede participar de la toma de decisiones de manera efectiva, ni fiscalizar la labor del resto de órganos involucrado en el sistema. Por este motivo, y en línea con el FSG y la comisión LIBE del Parlamento Europeo, cuya opinión y análisis este autor comparte, resulta esencial reforzar esta figura de manera que se le dote de mayores facultades y presencia en el proceso de investigación y protección al funcionario informante. En sí misma, su existencia se entiende, por este autor, como una medida de protección que busca prevenir las represalias y garantizar la transparencia e independencia del proceso de investigación.

Décima.- El presente estudio, por las características que le son inherentes, ha encontrado una serie de limitaciones que han de ser consideradas. Y es que, aunque responde al objetivo planteado, así como a una cuestión que es actual, relevante, pertinente y útil para la Unión y el Derecho europeos, también abre nuevas líneas de investigación que conviene plantear. Así las cosas y como botón de muestra, surge inevitablemente la duda en torno al régimen aplicable a los funcionarios nacionales que participan en operaciones de Frontex o se encuentran prestando servicios integrados en el cuerpo funcional europeo, entre otros. Si bien, por su extensión resultan inabarcables y tampoco eran parte del objeto de este trabajo, sí que constituyen materias interesantes de abordar en proyectos posteriores.

Undécima.- La preocupación por la protección al informante en la Unión Europea no es una cuestión novedosa y se ha demostrado esencial en la lucha

contra el fraude y la corrupción, especialmente. Ahora bien, es cierto que en cuanto al régimen aplicable a los funcionarios de la UE, el legislador europeo ha quedado desfasado con respecto a las normas dispuestas por el mismo y aplicables a los Estados miembros. Esto resulta especialmente preocupante, pues la protección al funcionario informante es un medio para garantizar la integridad del servicio público y aumentar la confianza y la legitimidad en las instituciones europeas. En este sentido, el caso de Frontex ha evidenciado de manera paradigmática estas contradicciones y sus efectos negativos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, demostrando la necesidad de contar con un sistema adecuado y garantista.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Abazi, Vigjilenca. 2020. «The European Union Whistleblower Directive: A ‘Game Changer’ for Whistleblowing Protection?». *Industrial Law Journal (London)*, 49, nº 4 : 640-656.
- Abazi, Vigjilenca. 2021. «Whistleblowing in the European Union». *Common Market Law Review* 58, nº 3: 813-850. 10.54648/COLA2021051
- Aversa, Ilaria y Mariana Gkliati. 2021. «Frontex investigations: what changes in the EU border agency's accountability?». Statewatch. Acceso el 24 de abril de 2024, <https://www.statewatch.org/analyses/2021/frontex-investigations-what-changes-in-the-eu-border-agency-s-accountability/>
- Blueprint for Free Speech. 2018. «Gaps in the System: Whistleblower Laws in the EU». *Blueprint Report Series*.
- Comisión Europea (CE). 2018a. «Commission Staff Working Document Impact Assessment accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law».
- Comisión Europea (CE). 2018b. «Whistleblower protection Fact sheet».
- EU Commission Legal Service. 2011. «Scope of application of Articles 22a and 22b of the Staff Regulations». *Opinion Ares*.
- European Council on Refugees and Exiles (ECRE). 2021. «Holding Frontex to account. ECRE’S proposals for strengthening non-judicial mechanisms for scrutiny of Frontex». *ECRE Policy Paper*, nº 7.
- Izuzquiza, Luisa. 2023. «See Something, Say Something! A Call to Frontex Officials». *Frag Den Staat*. Acceso el 24 de abril de 2024, <https://fragdenstaat.de/en/blog/2023/01/17/frontex-whistleblowing/>
- Kobron-Gasiorowska, Lucja. 2022. «European Union model of whistleblowing». *Review of European and Comparative Law (Online)* 48, nº 1: 191–207.
- Kusari, Flutura. 2015. «Whistleblower Rights In European Union Civilian Missions: EULEX Leaks”. En *Developments in Whistleblowing Research 2015*, editado por David Lewis y Wim Vandekerckhove, 34-50. International Whistleblowing Research Network.
- Lozano Cutanda, Blanca. 2020. «La directiva de proteccion del denunciante». *Diario La Ley*. 9550, Sección Tribuna: 1-12.

- Martínez Saldaña, David, Javier Abril Martínez, Enrique Rodríguez Celada y Laia Itziar Reyes Rico. 2019. «La protección del whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937: análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del Derecho laboral, público, penal y de protección de datos». *Actualidad Jurídica*. 53, nº 3: 24-68.
- Near, Janet y Marcia Miceli. 1985. «Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing». *Journal of Business Ethics*, nº 4: 1-16.
- Oficina Europea de Lucha Contra el Fraude (OLAF). 2021. «Final Report on Case No OC/2021/0451/A1». *Internal Investigations Unit*.
- Olaizola Nogales, Inés. 2021. «La protección de los denunciantes: algunas carencias de la Directiva (UE) 2019/1937». En *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*, coordinado por Inés Molina Álvarez, Lorena Alemán Arostegui, Hugo López López, Inés Olaizola Nogales y Elisa Sierra Hernaiz, 27-51. Navarra: Aranzadi, Thomson Reuters.
- Parlamento Europeo (PE). 2021. «LIBE Report on the fact-finding investigation on Frontex concerning alleged fundamental rights violations». *Frontex scrutiny group*.
- Sierra Hernaiz, Elisa. 2021. «La protección de la persona trabajadora denunciante en la Directiva 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la unión». En *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*, coordinado por Inés Molina Álvarez, Lorena Alemán Arostegui, Hugo López López, Inés Olaizola Nogales y Elisa Sierra Hernaiz, 263-287. Navarra: Aranzadi, Thomson Reuters.
- Sierra Hernáiz, Elisa. 2023. «El sistema de garantías y protección de la persona trabajadora frente a represalias empresariales por denuncias y reclamaciones en el Ordenamiento Jurídico Comunitario y Español». *Lan Harremanak* 49: 319-344.
- Torrent i Santamaria, Josep María y Laura Pérez Gil De Gómez. 2020. «Análisis de la Directiva Europea de whistleblowing y principales retos de la nueva regulación. El caso de España». *Derecho PUCP* 85: 79-114.
- Vandekerckhove, Wim. 2010. «European whistleblower protection: tiers or tears?». En *A Global Approach to Public Interest Disclosure* editado por David Lewis, 15-35. Cheltenham/Northampton MA: Edward Elgar.
- Van Waeyenberge, Arnaud y Zachariah Davies. 2021. «The Whistleblower Protection Directive (2019/1937): A Satisfactory but Incomplete System». *European Journal of Risk Regulation* 12, nº 1: 236-244.
- Waters, Nick, Emmanuel Freudenthal y Logan Williams. 2020. «Frontex at Fault: European Border Force Complicit in ‘Illegal’ Pushbacks». Bellingcat. Acceso el 24 de abril de 2024, <https://www.bellingcat.com/news/2020/10/23/frontex-at-fault-european-border-force-complicit-in-illegal-pushbacks/>
- Weiskopf, Richard y Yvonne Tobias-Miersch. 2016. «Whistleblowing, parrhesia and the contestation of truth in the workplace». *Organization Studies* 37, nº 11: 1621-1640.
- Yurttagül, Hava Charlotte Lan. 2021a. «Whistleblower Protection Regulations Within EU Institutions». En *Whistleblower Protection by the Council of Europe*,

the European Court of Human Rights and the European Union, 143-180. Cham: Springer International Publishing.

Yurttagül, Hava Charlotte Lan. 2021b. «When EU Whistleblowers Go to Court». En *Whistleblower Protection by the Council of Europe, the European Court of Human Rights and the European Union*, 181-210. Cham: Springer International Publishing.