

## **Resumen ejecutivo**

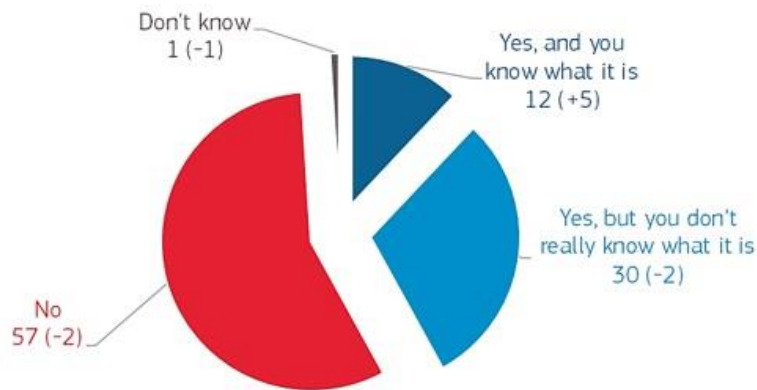
El Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación es una **publicación anual** de la **Fundación Democracia y Gobierno Local**, con la **colaboración de la Federación de Municipios de Cataluña** y el apoyo de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia, que analiza cada año, mediante participación de reconocidos expertos de distintas disciplinas (Derecho, Economía, Gestión Pública, Ciencia Política...), las principales **cuestiones relacionadas con el buen gobierno y la buena administración**.

El Anuario se prepara con la **celebración previa de un *Living Lab***, esto es, una metodología para innovar en retos sociales de manera colaborativa, para compartir información y experiencias. Este método aporta contextos más creativos, con horizontalidad y empatía; más representativos, pues la comunidad que participa (que va más allá de la puramente académica) se articula en función del reto a resolver, y que busca la experimentación, la co-creación.

En el Anuario se abordan **temas como** la calidad de la regulación, la protección de los denunciantes o alertadores (*whistleblowers*), el impacto de las ciencias conductuales en la gestión pública, los conflictos de intereses, los códigos éticos o de conducta, la inteligencia artificial, la prevención de la corrupción, la evaluación de las políticas públicas o el papel de los *lobbies*, entre otras. Estos temas **son tratados** desde una perspectiva académica y de gestión práctica, con análisis de documentos relevantes nacionales e internacionales y elaboración de modelos de instrumentos de gestión que puedan ser útiles, con especial atención al ámbito local.

Como es sabido, además de en normas jurídicas y en la jurisprudencia españolas, el derecho a una buena administración se encuentra reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea - aprobada en 2000 e incorporada al Tratado de la Unión Europea (Tratado de Lisboa), de 13 de diciembre de 2007, ratificado por Instrumento de 26 de diciembre de 2008, en su artículo 6- y es muy frecuentemente aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Comisión Europea publicó en 2019 [una encuesta del Eurobarómetro](#) sobre el conocimiento de la Carta por parte de la ciudadanía. Según la misma, aunque la situación ha mejorado ligeramente desde 2012, solo el 42 % de los entrevistados había oído hablar de la Carta y solo el 12% conocía su contenido.

**QB1** Have you ever heard of the Charter of Fundamental Rights of the EU?  
(% - EU)



(March 2019 - June 2012)

Los resultados también muestran que seis de cada diez encuestados desearían tener más información sobre la Carta y sobre dónde acudir en caso de vulneración de sus derechos.

En ese contexto, el *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2020*, publicado en junio de 2021 y dirigido por los profesores Ponce (UB) y Villoria (URJC) y coordinado por el prof. Capdeferro (UB), se dedica en buena parte, aunque no únicamente, a uno de los **temas centrales de la buena gobernanza, el buen gobierno, la buena administración y la calidad del Estado de derecho, como es la protección a los alertadores o denunciantes de ilegalidades (whistleblowers)**.

El Anuario **incluye cinco estudios doctrinales de reconocidos especialistas** (Tomás-Ramón Fernández, José Luís Piñar Mañas, Silvina Bacigalupo, Andrea Garrido y David Martínez García), **dos estudios referidos a la práctica administrativa** en la realidad en Administraciones distintas, **cinco buenas prácticas seleccionadas y comentadas** de otras tantas administraciones y **las habituales secciones** sobre buena administración y buen gobierno en general de **documentos** de interés, **jurisprudencia** internacional y nacional seleccionada y comentada y **bibliografía** relevante seleccionada y comentada.

A la vista del previo Living Lab celebrado y de los análisis incluidos en este Anuario de 2020, se pueden destacar aquí las siguientes **conclusiones (un total de 10) y propuestas y recomendaciones de actuación futuras (agrupadas en torno a un total de 20 puntos)**, expuestas con más detalle en el Anuario:

#### a) Conclusiones

1. La cuestión de los denunciantes o alertadores está imbricada con **profundas raíces históricas y culturales en cada sociedad**. En el caso de España, por ejemplo, el escaso desarrollo de las denuncias administrativas puede explicarse por circunstancias históricas determinadas, en las que la denuncia ha sido vivida en contextos de asfixiante control religioso (pensemos en la inquisición) y de ausencia de democracia.

2. En dichos contextos sociopolíticos españoles, **el posible papel positivo de los ciudadanos y de los empleados públicos como colaboradores activos en la detección de una mala administración ha sido oscurecido** por el miedo ante *delaciones* que

podieran provocar graves consecuencias debido a la actividad de los *soplones* (el lenguaje nunca es inocente). Denunciantes, en cualquier caso, como mínimo molestos para las Administraciones Públicas españolas, que históricamente han sido reacias a la colaboración social, afectadas por un tradicional autoritarismo, similar, pero con rasgos propios, al existente en otros países de nuestro entorno.

3. Sin embargo, tras décadas de democracia, el contexto español muestra una renovada preocupación por la mala administración y su más extrema expresión: la corrupción. En esta atmósfera, la buena administración y el buen gobierno podrían ser considerados como un bien común, un *common*, **que se haría efectivo, entre otras medidas, mediante las denuncias para la protección del correcto funcionamiento político y administrativo, del mercado y del Patrimonio de las AAPP y de la Hacienda Pública.**

4. Los ciudadanos, al denunciar, participarían en hacer realidad esa buena administración y buen gobierno, mediante el impulso de una **participación, de una colaboración social dirigida hacia una “Administración compartida”.**

5. En este sentido, pues, hoy en día **las denuncias deben ser consideradas un elemento de la transparencia al servicio de los principios de buen gobierno corporativo y de los contemplados para los altos cargos del sector público en la ley 19/2013.** Además de una herramienta para hacer efectivos los principios jurídicos de buen gobierno, las denuncias pueden ser **un instrumento de realización efectiva del derecho a una buena administración.**

6. Este **derecho a una buena administración y el buen gobierno deben enmarcar y orientar la regulación de las denuncias y de su tratamiento,** al establecer el mismo directamente la **obligación jurídica de diligencia debida o debido cuidado del ente,** público o privado, que las recibe en su adecuada tramitación, incluyendo también la **protección del denunciante frente a posibles represalias.**

7. En España ha existido una **falta de interés doctrinal y legislativo histórico en relación con las denuncias administrativas, más allá de la cuestión de si el denunciante era o no interesado en el subsiguiente procedimiento administrativo que pudiera iniciarse.** No se ha prestado ninguna atención específica al papel de éste como elemento de una **política pública de buena administración.** En los últimos años ha ido surgiendo, a falta de normativa completa y adecuada estatal, una regulación autonómica dispar y, en algún caso, basada en simples acuerdos de Gobierno, como puede comprobarse en este Anuario.

8. Como es sabido, la regulación de la denuncia forma parte de **la materia Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, materia contemplada como competencia estatal básica en el art. 149.1.18 CE,** como garantía común a los denunciantes, que les ofrezca seguridad jurídica, y como mecanismo común de buena administración.

9. Todo ello justifica la necesidad de un avance desde de la tímida y mejorable regulación estatal contenida ahora en el art. 62 LPAC, para que **el legislador estatal deje de ser, finalmente, autista.** Esa regulación estatal futura necesaria encuentra una buena oportunidad en la obligada **transposición de la Directiva (UE) 2019/1937, de 23**

**de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.**

10. La transposición de la Directiva **debería ser un punto de inflexión: un paso hacia el llamado *public compliance***, expresión, sin duda, discutible, pero que de nuevo estamos importando por necesidad de otra lengua, ante nuestra falta tradicional de terminología en este ámbito. Como es sabido, el mismo no es obligatorio en el sector público, salvo ciertos casos específicos, aunque desde luego sí posible (art. 31 quinquies del Código Penal). Ahora, por influencia del Derecho de la UE y la transposición de la Directiva, la garantía del cumplimiento legal en las Administraciones, al margen del Código penal, deberá devenir obligatoria, al menos respecto a los temas relacionados con las denuncias y deberá existir un responsable al cargo de estas, momento que debiera aprovecharse por el legislador español para regular la figura, más amplia, del *public compliance officer* en el sector público.

## **b) Propuestas y recomendaciones**

Que se estructuran en torno a tres ejes: **el eje normativo, el de de compromiso político en la aplicación de la regulación y en la educación y formación y el eje de gestión.**

### **1. Referidas a aspectos normativos**

La **reforma legal española viene impuesta ahora por la transposición de la directiva**, pero era en todo caso necesaria debido a la débil regulación de los denunciadores en nuestro Derecho, como dijimos.

Por ello, la futura **transposición de la Directiva no debe ser un puro trámite legislativo, sino un punto de inflexión, una regulación integral** para fomentar el cumplimiento legal en Administraciones y empresas, promoviendo responsables del mismo en estas instituciones más allá de la evitación de las responsabilidades penales:

1.1 Debe conseguirse que **la transposición de la directiva sea coherente con el marco normativo existente (principios de buena regulación) y que, asimismo, realice las modificaciones que éste necesite.**

Entre tales posibles modificaciones, a continuación, destacamos algunas:

- Normativa penal: revisar el delito de descubrimiento y revelación de secretos previsto en el Código Penal para introducir una exención de “lucha contra la corrupción” o similar, que exonere de responsabilidad la obtención o captación de la información; reformular la figura del arrepentido (introduciendo un tratamiento específico que pueda configurarse como eximente completa); aprovechar para introducir el delito de enriquecimiento ilícito para castigar el incremento no justificado de patrimonio, según exige la UNCAC).

- Normativa procesal (LEcrim, en cuanto a la revisión congruente de la figura del testigo protegido, entre otros aspectos); legislación procesal en el orden civil y contencioso administrativo.
- Normativa laboral y de la Seguridad social
- Normativa de función pública
- Normativa sobre asistencia jurídica gratuita
- Normativa tributaria (acceso a información por parte de las autoridades competentes)
- Protección de datos: deberá revisarse y completarse la regulación hoy contenida en el art. 24 de la **Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales**, por el que se regula el tratamiento de datos personales en los “sistemas de información de denuncias internas” que es claramente insuficiente, entre otras cosas porque los sistemas descritos en el precepto únicamente se refieren a las denuncias internas formuladas en el sector privado y ninguna relación guardan con el tratamiento de las denuncias que se formularsen, cualquiera que sea su naturaleza, ante el sector público

El artículo 17 de la Directiva exige que los tratamientos de datos realizados en aplicación de la misma deben en todo caso cumplir con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos. En particular deben tomarse todas las medidas que sean necesarias para preservar la identidad del denunciante y garantizar asimismo el recto tratamiento de los datos personales del denunciado.

### **1.2. La transposición de la directiva debe ser objeto de una evaluación de impacto normativo previo seria y adecuada**

Contemplando los impactos económicos (con cálculo del coste estimado del sistema y recursos a atribuir), sociales y ambientales, tratando de medir costes y beneficios de todo tipo, de acuerdo con la ley 39/2015 (art. 129 y ss.), Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo y la jurisprudencia del TS español al respecto.

**1.3. El sistema debe entenderse desde una perspectiva macro, teniendo en cuenta la autonomía de los diversos niveles políticos y administrativos, los diversos sectores y la “jungla” de controles preexistente** (diversas agencias antifraude autonómicas, organismos reguladores, etc.), a fin de lograr una regulación y funcionamiento del sistema lo más coordinados posible y basados en la cooperación y la lealtad institucional.

Para ello, es necesario tener en cuenta los avances realizados a nivel autonómico y local, donde existen múltiples canales de denuncias y sistemas de protección de denunciantes, como ya nos consta.

Debe recordarse que el Estado podrá realizar la transposición en el marco de sus competencias, que para el sector público se encuentran en el art. 149.1.18 CE, lo que

posibilitará el diseño de un marco básico común, abierto en todo caso a desarrollos autonómicos normativos que completen el mismo, estableciendo, en su caso, estándares de buena administración más exigentes.

**1.4 Ámbito objetivo y subjetivo amplio y matizado:** debería reflexionarse sobre las **obligaciones de los municipios de menos de 10.000 habitantes y las empresas de menos de 50 trabajadores**, en los que la directiva deja libertad al legislador nacional que transpone.

Parece conveniente ampliar el **ámbito material de aplicación de la directiva** a cualquier área de riesgo para la integridad (como función pública, urbanismo o subvenciones), no sólo a determinadas infracciones del Derecho de la Unión.

Lo que el legislador español debería elaborar es una norma que regule con carácter general y con la mayor amplitud posible la protección de los denunciantes de infracciones normativas también del Derecho interno. Dichas infracciones deben incluir las prácticas abusivas, como establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: actos u omisiones que no parecen ilícitos desde el punto de vista formal, pero que desvirtúan el objeto o la finalidad de la ley, entre las que se puede contar la desviación de poder a que alude nuestra legislación.

la Ley debería incluir una definición o enumeración de las entidades que se entienden incluidas dentro del concepto de sector público y que por tanto deberán contar con canales internos. Enumeración que ha de alcanzar a las corporaciones de derecho público, a las sociedades mercantiles en mano pública a las fundaciones de iniciativa pública y a la Casa de su Majestad del Rey.

- También reconocer la condición de alertador a cualquier persona, no sólo en el contexto laboral, aún considerado en sentido muy amplio por la Directiva (considerando 97). Estas personas deben ser definidas del modo más amplio posible, sin circunscribirlas a quienes mantengan una relación laboral u obtengan la información en el contexto de sus actividades laborales. Considerar, asimismo, ampliar la protección a las personas jurídicas (ONG, empresas excluidas y perjudicadas en un procedimiento de contratación pública, etc.), no sólo a las personas físicas denunciantes, a las facilitadoras y a las entidades jurídicas a que se refiere la Directiva (artículo 4).

Desde la perspectiva de quien recibe la denuncia, la Directiva señala que será el legislador nacional quien decidirá, previa ponderación de las circunstancias relevantes, si las obligaciones de la misma se aplican a las empresas de menos de 50 empleados y en el sector público podrá eximir de dichas obligaciones a los municipios de menos de 10 000 habitantes o a todas las entidades jurídicas del sector público, incluidas las entidades que sean propiedad o estén sujetas al control de dichas entidades, de menos de 50 *trabajadores*.

En un país como España con numerosas pequeñas y medianas empresas y muchos municipios de pequeña población es será preciso reflexionar seriamente sobre el impacto negativo que una posible exención de los canales de denuncia obligatorios tendría.

Así, las empresas de menos de 50 trabajadores, según datos oficiales, eso sí anteriores a la pandemia de Covid-19, superarían de largo el millón (Microempresas (1-9 asalariados) 1.143.015 -Pequeñas (10-49 asalariados) 154.738), sobre un total de menos de 3 millones .

La Directiva no impide, como recuerda su considerando 50, la posibilidad de que los Estados miembros alienten a las entidades jurídicas del sector privado con menos de 50 trabajadores, en particular donde existan riesgos para el medio ambiente y la salud pública, a establecer canales de denuncia interna y seguimiento, incluso estableciendo, para dichos canales, requisitos menos preceptivos que los establecidos en la presente Directiva, siempre que dichos requisitos garanticen la confidencialidad y el seguimiento diligente de la denuncia.

A su vez, los municipios de menos de 10.000 habitantes son 5.378, en concreto, la inmensa mayoría de municipios españoles, que suman un 20,3% del total de la población, de acuerdo con los datos del INE incluidos en el avance de la estadística del Padrón Continuo a 1 de enero de 2019.

Además, hay que tener en cuenta que los informes disponibles sobre casos de mala administración y corrupción muestran como estas situaciones concurren también de forma importante en el nivel local. Por otro lado, dadas las exigencias que el legislador ya establece ya hoy en día para los municipios de más de 5.000 habitantes en la Ley de Bases de Régimen Local respecto a servicios obligatorios (art. 26), **sería adecuado a la vista de lo expuesto exigir a los distintos municipios obligaciones distintas y adaptadas a sus realidades en virtud del principio de diferenciación.**

Pero esa adaptación no significa exención, como decimos, sino diferenciación, acompañada de la posibilidad de que varios municipios compartan los canales de denuncia interna o que estos sean gestionados por autoridades conjuntas. En este caso, como señala la Directiva, “los canales de denuncia interna compartidos [deben estar] ... diferenciados y [ser]... autónomos respecto de los correspondientes canales de denuncia externa”. Por otro lado, no cabe olvidar la posibilidad también de **cooperación técnica y de formación** con entidades supramunicipales (provincias, comarcas...).

### **1.5 Debe prevenirse la injerencia política en la tramitación de las denuncias**

Para ello, deben articularse diseños organizativos y procedimentales que eviten dicha injerencia. Por ejemplo, en el sector público, el nombramiento de responsables de tramitación de denuncias que sean funcionarios de carrera, con un plazo establecido para el desarrollo de su tarea, sin que puedan ser removidos a falta de causa justificada. Estos responsables debieran extender sus tareas a las propias de un *compliance officer*.

- Asimismo, es preciso el diseño de **autoridades administrativas independientes** para velar por los canales externos. En el caso de que las funciones de investigación de los hechos denunciados (canal externo) y las funciones de protección de las personas alertadoras sean asumidas por una misma institución (como sucede en el modelo autonómico de las oficinas anticorrupción implantadas en el estado español) puede preverse un sistema de separación, que evite la eventual contaminación entre los distintos ámbitos funcionales.

- El regulador puede utilizar una **batería de posibles medidas para evitar esa injerencia política en las tareas del organismo de supervisión de los canales de denuncia**: adscripción al legislativo, inclusión de actores diversos en la proposición de candidatos (por ejemplo, sociedad civil), elección por mayoría cualificada, mandato prolongado sin renovación, causas tasadas de remoción, estricto régimen de incompatibilidades, control parlamentario, autonomía presupuestaria con dotación de medios suficientes.
  
- En concreto, en el ámbito estatal, puede pensarse, al igual que ya ha hecho Italia o Francia, en la **creación de una Autoridad Estatal de Lucha contra la Corrupción, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, independiente de las administraciones públicas y de su sector público, y adscrita al Congreso de los Diputados**, debiendo rendir cuentas tanto al órgano de poder legislativo como a la ciudadanía.

Debería valorarse la integración en esa Autoridad Estatal de Lucha contra la Corrupción de algunas estructuras estatales ya existentes cuyas funciones pueden resituarse bajo el mismo paraguas: la regulación, supervisión y evaluación de la contratación pública, la coordinación de las acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión Europea o el control de los conflictos de intereses de altos cargos.

También es importante contemplar adecuadamente la **coordinación** entre un posible organismo estatal y los ya existentes en el nivel autonómico y local. Deberían establecerse los criterios para determinar los ámbitos competenciales de la Autoridad estatal y las de las Comunidades Autónomas. Un ejemplo de regulación en este sentido lo encontramos en los artículos 57 y ss. de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de los derechos digitales, que regulan las competencias de las autoridades de protección de datos de las Comunidades Autónomas y sus relaciones con la Agencia Española.

También deben incluirse en los códigos éticos de los altos cargos la interdicción de las represalias, de la interferencia en la gestión de denuncias, del intento de averiguar la identidad, de la vulneración del anonimato o la reserva de identidad.

#### **1.6. Deben evitarse las represalias a alertadores y proteger a éstos y a los denunciados**

Los denunciantes no deberán incurrir en responsabilidad alguna, ya sea civil, penal, administrativa o laboral. Se deberán regular las medidas de apoyo al denunciante y las medidas de protección frente a represalias. No se trata por tanto tan sólo de prohibir las represalias, sino de protegerle frente a las que pudieran producirse o evitar las posibles.

Debe **garantizarse legalmente el principio de indemnidad**, tal y como ha sido establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por ejemplo, SSTC 7/1993, de 18 de enero y 14/1993, de 18 de enero, SSTC 6/2011, de 14 de febrero y 183/2015, de 10 de septiembre), que lo asocia al derecho constitucional a una tutela judicial efectiva.



Esta jurisprudencia constitucional, ha sido aplicada ya judicialmente a un caso de represalia en el sector público con cita de la Directiva de la UE, en el momento de escribir estas líneas. Se trata de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, de 22 de abril de 2021, Recurso de Apelación 601/2020.

Asimismo, para prevenir dichas represalias, **debe permitirse la elección de la denuncia anónima por el denunciante**. Del mismo modo, la regulación debería eliminar las barreras económicas para los denunciantes que desafían las represalias.

Debería corresponder al presunto *represaliador* probar que el perjuicio causado al denunciante no fue consecuencia de la denuncia interpuesta, si esta presenta indicios razonables; esto es, **debería establecerse en estos casos una inversión de la carga de la prueba similar** a la que ya existe en relación con la igualdad tanto en las directivas de la UE al respecto como en la transposición ya realizada en España de las mismas (Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, artículos 27 a 43).

**Es imprescindible proteger también al denunciado**. Como señala la Directiva, los derechos de la persona afectada deben estar protegidos para evitar daños a la reputación u otras consecuencias negativas. Por supuesto, sus derechos de defensa y de acceso a vías de recurso deben ser plenamente respetados en cada fase del procedimiento tras la denuncia. La regulación deberá proteger la confidencialidad de la identidad de la persona afectada y garantizar sus derechos de defensa, incluido el derecho de acceso al expediente, el derecho a ser oído y el derecho a una tutela judicial efectiva contra una decisión que le concierna.

### **1.7 Deber reforzarse el estatuto jurídico del denunciante de buena fe: el denunciante es siempre interesado en la correcta tramitación de la denuncia**

Si una persona denuncia una mala administración negligente o corrupción, es interesado en el sentido técnico de la palabra (art. 4 LPAC), *puesto que ostenta un derecho afectado por la tramitación correcta o no de la denuncia: su derecho a una buena administración*. Al efectuar la denuncia, el denunciante pasa a ser interesado al menos respecto a la correcta tramitación de la denuncia y a la protección frente a represalias. Así, su estatuto jurídico se ve ampliado desde los derechos del art. 13 LPAC a los derechos del art. 53 de la misma ley previstos para los interesados.

Por tanto, cuando el actual art. 62.5 LPAC señala que “La presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento”, desde luego se está refiriendo al subsiguiente procedimiento (ej. sancionador) que pueda iniciarse a consecuencia de la denuncia, pero no se refiere, no puede referirse, al procedimiento de aceptación y decisión sobre tramitar o no la denuncia, en el cual el denunciante es interesado directo al gozar de ese derecho a una buena administración.

Deberá precisarse normativamente, en la medida de lo posible, el concepto de denunciante **de buena fe**, manteniendo un equilibrio entre la evitación de posibles trabas injustificadas administrativas y la necesidad de evitar también denuncias completamente infundadas y maliciosas.

Puede ayudar en este sentido la legislación comparada, que acostumbra a exigir que el denunciante despliegue un debido cuidado en asegurarse que su información no es falsa, con independencia de sus motivos para denunciar (Australia, EEUU). En cambio, la jurisprudencia del TEDH ha señalado que la buena fe implica que el denunciante debe actuar sirviendo al interés público y no estar motivado por una ofensa personal o un antagonismo personal o la expectación de una ventaja personal, si bien ha señalado que debe considerar también para apreciar esa buena fe si la ciudadanía tiene un interés legítimo en ser informada sobre asuntos relevantes.

**No debe hacer falta que los denunciantes invoquen un motivo por el que formulen la denuncia o hagan la revelación pública.** Los motivos de los denunciantes al denunciar deben ser irrelevantes para determinar si esas personas deben recibir protección, como indica la Directiva en sus considerandos.

### **1.8. Debe regularse más intensamente el procedimiento para la tramitación de las denuncias**

El procedimiento de denuncia es muy importante, si bien hasta ahora ha sido poco regulado. Hay una necesidad de reforzar su regulación, darle sustantividad y **considerarlo un procedimiento interdependiente del posible procedimiento posterior**, garantizando una interacción adecuada entre el organismo que recibe la denuncia y el denunciante.

En nuestra opinión, debería existir la misma estructura para los procedimientos internos y los externos, teniendo en cuenta que en todo procedimiento de tramitación de la denuncia está en juego el derecho a una buena administración del denunciante.

Deben evitarse los retrasos en la tramitación de las alertas comunicadas que puedan llevar a pensar en dilaciones de plazo interesadas. La directiva alude en repetidas ocasiones a la diligencia privada y pública, incluyendo en el último de sus considerandos una llamada al cumplimiento del derecho a una buena administración (art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aplicado por numerosas sentencias del TJUE en referencia a denuncias en instituciones europeas, algunas de ellas en este mismo año 2020).

El derecho a una buena administración (pública) está reconocido por nuestro ordenamiento nacional y reiterada jurisprudencia de nuestro TS e implica la diligencia debida y el debido cuidado en el comportamiento administrativo. Tal obligación podría extenderse al sector privado, en cuanto tramitador de denuncias en sus canales internos, garantizando también un procedimiento debido (privado) de adopción de la decisión de tramitar o archivar la denuncia (motivación, participación del denunciante).

Ello implica:

- **-Derecho del denunciante a un análisis de la denuncia desplegado con diligencia debida y debido cuidado en la ponderación minuciosa de los elementos relevantes.** En el caso administrativo, frente a la tradicional concepción española de la discrecionalidad como una libertad de elección administrativa

entre indiferentes jurídicos, el derecho a una buena administración niega tal libertad e impone una obligación de diligencia debida o debido cuidado en la toma en consideración de los elementos relevantes (no de los irrelevantes) para la toma de la decisión. Obligación controlable judicialmente, como veremos en seguida.

- **-Derecho del denunciante a una decisión en plazo razonable:** la Directiva ya señala diversos plazos, que son entonces los que deben respetarse (ej. en denuncias por canales internos, hay que emitir un acuse de recibo de la denuncia al denunciante en un plazo de siete días a partir de la recepción, art. 9). También prevé un plazo para resolver (ej. en el mismo art. 9: “un plazo razonable para dar respuesta, que no será superior a tres meses a partir del acuse de recibo o, si no se remitió un acuse de recibo al denunciante, a tres meses a partir del vencimiento del plazo de siete días después de hacerse la denuncia”).
- **-Derecho del denunciante a una decisión motivada y notificada sobre su denuncia,** en todos los casos (no nos parece adecuado el actual art. 62.3 LPAC al respecto en el ámbito administrativo). O, como mínimo, en el ámbito administrativo, cuando la denuncia invoque un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas (incluidos perjuicios a la Hacienda pública, de acuerdo con los principios de buena administración eficiencia y economía en el manejo de los recursos públicos). La no tramitación de la denuncia deberá ser motivada y se notificará a los denunciantes la decisión de si se ha iniciado o no el procedimiento.
- **- Derecho del denunciante a la tramitación de un procedimiento derivado de la denuncia:** ¿Existe discrecionalidad para tramitar o no una denuncia? Esta pregunta nos lleva al debate existente en España sobre el principio de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora.
  - También enlaza con la preocupación ciudadana sobre uno de los obstáculos principales para denunciar, referido a la creencia ciudadana de que el responsable, en definitiva, no será castigado (de acuerdo con el barómetro de la Oficina Antifraude de Cataluña de 2018, un 27% de los encuestados así lo creen).
  - Debe evitarse la aceptación del archivo de las denuncias por meros motivos de oportunidad y que el denunciante no pueda recurrir dicho archivo
  - En nuestra opinión, en principio, **por defecto**, la nueva regulación de las denuncias debería explicitar la

obligación de tramitar la denuncia y abrir el correspondiente procedimiento subsiguiente. Esa regulación debería incluir, pues, lo que se denomina un acicate o *nudge*, para acabar con la inercia existente de archivar denuncias sin una debida consideración con diligencia y cuidado. Ello sería especialmente importante **cuando la denuncia invocara un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas**: la no iniciación del procedimiento, en ese como en el resto de casos, debería ser motivada y se notificaría a los denunciantes (así como la decisión de iniciarlo, claro).

- Este punto de partida, apertura por defecto de procedimiento en caso de denuncia, se puede matizar normativamente con realismo y teniendo en cuenta las posibilidades administrativas y la necesidad de un margen razonable de apreciación en ciertos casos, si (como señala el considerando 70 de la Directiva), en la regulación española:
  - 1. Se indica que la denuncia es infundada y las razones para ello. Como sabemos, la denuncia falsa es delito si lo denunciado es un ilícito penal, 456 y 457 Código Penal. En todo caso, no cabe confundir la razón de la denuncia (mala fe, en el sentido de enemistad, por ejemplo) con la veracidad de los hechos que se ponen en conocimiento.
  - 2. Se regula específicamente el principio de oportunidad, que debería incluirse en la ley, en la que, por ejemplo:
    - -Se indique explícitamente qué es una infracción menor y las razones para no perseguirla.
    - -Se indique que no hay medios suficientes para tramitar las denuncias referidas a dichas infracciones menores y se justifique adecuadamente.
- Esto es, **podría aceptarse jurídicamente un principio de oportunidad, pero creemos que sólo explícitamente establecido en una norma con rango de ley (art. 25 CE), y claramente delimitado, que además sólo pueda ejercerse administrativamente con fundamentación y motivación suficiente y adecuada**, de conformidad con el derecho a una buena administración y lo que se indique en el texto legal.
- Mientras no se establezca legalmente tal acicate equilibrado por el principio de oportunidad, todas las denuncias deben tramitarse si hay motivos fundados para ello y procederse a la apertura de oficio del subsiguiente procedimiento sancionador.

- Finalmente, debe evitarse que el acceso al expediente por parte del afectado (denunciado) sea una vía indirecta para desvelar la identidad del denunciante y frustrar el objetivo de la protección.

### **1.9 Debe abrirse la legitimación para impugnar las ilegalidades en la tramitación de las denuncias**

Cuando un denunciante o alertador pone en conocimiento una ilegalidad, está protegiendo la legalidad, crucial en un Estado de Derecho. Además, en ocasiones, puede revelar un daño para el erario o/y el patrimonio de las Administraciones públicas.

Si el denunciante denuncia mala administración negligente o corrupción y considera que el archivo es indebido, se entiende que es interesado en relación con esa toma de decisión específica (pues ostenta su derecho a una buena administración). Derecho cuyo reconocimiento judicial puede comportar la condena de la Administración a la apertura del procedimiento a que se niega.

**La jurisprudencia del TS, sala de lo contencioso, ya ha afirmado la legitimación del denunciante para impugnar el archivo indebido de la denuncia**, por suponer una mala administración no diligente, confirmando así, indirectamente, la existencia de un derecho que lo convierte en interesado en relación con la toma de esta concreta decisión: el derecho a una buena administración.

Por ello, no serían correctas legalmente afirmaciones como que la decisión de archivo no puede ser objeto de recurso o impugnación, que pueden encontrarse en alguna decisión administrativa comentada en este Anuario. La regulación de las denuncias debe dejar este punto claro.

Además de su legitimación para recurrir el archivo de la demanda por violación de su derecho a una buena administración diligente, **cabría también plantear abrir la legitimación para discutir la defectuosa gestión de los canales de denuncia al conjunto de la ciudadanía (acción pública) interesada en, como mínimo, que se respete su derecho a una buena administración respecto a las denuncias referidas al despilfarro o corrupción de los recursos públicos y el patrimonio de las AAPP.**

### **1.10. Apertura de la legitimación judicial para discutir la correcta actuación una vez la denuncia es aceptada para su tramitación: por una acción pública**

**El denunciante no tiene legitimación judicial en el contencioso-administrativo, en cambio, de forma automática, para discutir la tramitación y resultado del posterior posible procedimiento efectivamente iniciado de oficio a raíz de su denuncia (sólo la tendrá si puede probar un derecho o interés legítimo específico, de acuerdo con una jurisprudencia española restrictiva y criticada por diversas voces doctrinales).**

Posibilidad actualmente inexistente para todo denunciante no interesado en el procedimiento que pudiera abrirse a raíz de la denuncia, quien no puede seguir contribuyendo a la buena administración, ni siquiera impugnando, por ejemplo, la mala administración en la defensa del patrimonio público, esto es, de lo que también es de él o ella, al no ser interesado.

Se podría pensar en prever legalmente **una acción pública para recurrir, cuando lo que se denuncie sea una mala administración negligente o corrupción, esto es una violación de nuestro derecho a una buena administración, que abarcara, incluso, no sólo el posible archivo indebido de la denuncia, sino también si se impone o no sanción y una reacción y cuál**, al menos cuando esté en juego el patrimonio de todos, esto es, el patrimonio de las Administraciones Públicas.

### **1.11 Es preciso superar la autolimitación a la hora de plantear incentivos para el denunciante, incluidos en ocasiones premios económicos.**

La *path dependency* explica algunos debates y omisiones en los mismos en relación con el tema que nos ocupa. En este sentido, parece necesario incentivar las denuncias y alertas, bien con premios económicos en ocasiones (en sectores donde haya en juego grandes cantidades monetarias), **sin eliminar la motivación intrínseca de los alertadores en otros sectores**, bien mediante técnicas probadas por la Economía y el Derecho conductual (los ya mencionados *nudges* o acicates), que sin representar gasto necesariamente impliquen un reconocimiento de la tarea de denunciar y alertar.

Así, cabe pensar en la regulación de:

- Asunción de la representación legal de la persona alertadora
- Programas de clemencia
- Compensación económica (cuando se recuperan activos gracias a la denuncia, previstos en la legislación de otros países)
- Ayudas financieras a través de fórmulas diversas (ayudas directas, bonificaciones fiscales, etc.)

### **1.12 Debe regularse adecuadamente la revelación pública**

En principio la Ley debería considerar la revelación pública como la última de las opciones de denuncia, debiendo comenzar el denunciante por el uso de los canales de denuncia interna o externa.

Pero los considerandos 80 y 81 de la Directiva aclaran que también es posible la revelación pública como primera opción, como señala también el articulado. Las personas que revelen directa y públicamente infracciones también deben poder acogerse a protección en los casos en que:

- a) tengan motivos razonables para pensar que existe un peligro inminente o manifiesto para el interés público o un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de una persona. O,
- b) tengan motivos razonables para pensar que en caso de denuncia externa exista un riesgo de sufrir represalias o sea poco probable que la infracción se trate de manera efectiva, dadas las circunstancias particulares del caso, como que puedan ocultarse o destruirse las pruebas o que una autoridad pueda estar en connivencia con el autor de la infracción o implicada en esta.

### **1.13. Debe dotarse de suficientes mecanismos sancionadores y de protección**

Para ello, debe diseñarse un cuadro adecuado de infracciones y sanciones y un sistema de protección a denunciantes y denunciados adecuado en la futura regulación.

Deberá establecer un régimen sancionador que, al objeto de garantizar la efectividad de la norma, permita establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias a quienes impidan o intenten impedir las denuncias; adopten medidas de represalia o promuevan procedimientos abusivos contra los denunciantes; incumplan el deber de mantener la confidencialidad de la identidad de los denunciantes.

Pero además dicho régimen sancionador debe impedir un uso abusivo o fraudulento de las denuncias. Por ello deberán también establecerse sanciones aplicables respecto de denunciantes que comuniquen o revelen públicamente información falsa a sabiendas. Asimismo, la ley de trasposición deberá establecer medidas para indemnizar los daños y perjuicios derivados de dichas denuncias o revelaciones públicas.

#### **1.14. La regulación debería incluir una revisión periódica de su eficacia**

Esto es, una evaluación *ex post* (a la que dedicamos la sección de Modelos a Usar en nuestro anterior Anuario de 2019, como ya dijimos). Dicha evaluación no debería limitarse al momento previo a la regulación, sino que debería ser también evaluado *ex post*, para saber su funcionamiento real, generando indicadores para saber si el sistema funciona o no.

Podría además pensarse en una cláusula *sunset*, técnica de mejora de la normativa, que impusiera su evaluación transcurrido un período (como mínimo, un par de años) desde su puesta en funcionamiento, para mantener, derogar o modificar los preceptos que se muestren como ineficaces o ineficientes.

En dicha evaluación, debería participar también la sociedad civil, de un modo u otro.

**1.15. Los gobiernos estatales, autonómicos y locales deberían publicar informes** con información consolidada sobre el impacto de las leyes de denuncia, en beneficio de la sociedad.

**1.16. También deben ser públicas las decisiones de los casos de denuncias presentadas**, en línea, dentro de bases de datos con capacidad de búsqueda, usando los portales de transparencia y de acuerdo con el deber de publicidad activa (ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno y equivalentes autonómicas).

## **2. Aspectos de compromiso político en la aplicación de la regulación, educación y formación**

Más allá de la aprobación de nuevas leyes, que es sólo un paso, su correcta aplicación y la evitación de los prejuicios y la discriminación deben abordarse mediante un compromiso real, **la educación y la formación intensivas de toda la ciudadanía, especialmente de los responsables, públicos y privados de tramitación de las denuncias.**

**2.1 Ha de existir un compromiso político (en el ámbito público) o de la organización (empresa privada).**

Las ideas de buen gobierno público y privado y el derecho a una buena administración de los ciudadanos imponen tal compromiso político y organizativo. Es preciso una formación adecuada a los altos cargos de los sectores público y privado sobre la relevancia del tema y la necesidad y las ventajas de una organización ética.

## **2.2 Debe garantizarse la existencia de un sistema de formación para la gestión adecuada de las denuncias**

En el que se deba participar preferiblemente antes de que el personal responsable empiece a desarrollar funciones relacionadas con el canal de denuncias y con la gestión de denuncias.

## **2.3 Debe fijarse un sistema de comunicación y asesoramiento relacionado con las denuncias y el uso del canal.**

### **3. Aspectos de gestión**

Junto a la mejora de la regulación y la educación y formación adecuada de los ciudadanos y gestores de denuncias, **debe contarse con los medios adecuados para ofrecer apoyo y protección a los denunciantes y los órganos gestores de denuncias deben contar con los recursos adecuados para poder desarrollar una buena administración.**