

Estudio introductorio a la edición de 2020

JULI PONCE SOLÉ

*Catedrático de Derecho Administrativo
en la Universidad de Barcelona*

MANUEL VILLORIA MENDIETA

*Catedrático de Ciencia Política y de la
Administración en la Universidad Rey
Juan Carlos de Madrid*

1. El contenido de este Anuario
2. Conclusiones
3. Propuestas y recomendaciones derivadas del *Living Lab* celebrado y de las contribuciones de este Anuario
 - 3.1. Aspectos normativos
 - 3.2. Aspectos de compromiso político en la aplicación de la regulación, educación y formación
 - 3.3. Aspectos de gestión
4. Bibliografía

1

El contenido de este Anuario

Es un placer poder presentar a las/os lectoras/es el número segundo de esta colección *-Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación-* que tan rigurosa y eficazmente publica la Fundación Democracia y Gobierno Local.

Este número 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**. Es el resultado de las contribuciones de los autores realizadas a partir del tercer *Living Lab* celebrado el 19 de octubre de 2020 bajo el título “Regulación de los denunciantes de irregularidades en los sectores público y privado (*wistleblowers*)”, en el que participaron diversos autores y miembros del sector público, del sector privado y de la sociedad civil¹.

1. La grabación en vídeo del *Living Lab* está disponible aquí: REUNIÓ TERCER LIVING LAB DEL BON GOVERN - UNIVERSITAT DE BARCELONA - YOUTUBE.

Para tratar este importante asunto, desarrollamos una sección doctrinal y otra vinculada a las buenas prácticas en la materia objeto de análisis.

Además de ello, **el Anuario mantiene sus secciones fijas**. Unas (documentos de interés) vinculadas a ponernos al día sobre las investigaciones más relevantes a nivel nacional e internacional en el ámbito del buen gobierno, la buena administración y la calidad regulatoria; otras (bibliografía) aportándonos un resumen de las publicaciones del último año en el ámbito propio del Anuario. Finalmente, en la sección de jurisprudencia seleccionada y comentada, este año tenemos cuatro contribuciones muy interesantes sobre jurisprudencia relativa a la buena administración en los tribunales extranjeros y en el TEDH (Juli Ponce), en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (J. R. Chaves), en la Sala Tercera del Tribunal Supremo –Sección Segunda– (Jesús Cudero), y en las salas de los tribunales superiores de justicia y de la Audiencia Nacional (J. R. Chaves, de nuevo).

La elección del tema central de este Anuario tiene que ver, sobre todo, **con el hecho de que España está obligada, tras la publicación de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, a transponer la norma antes de finales de 2021**. Pero también con la importancia de que, en todos los estudios sobre transparencia, lucha contra la corrupción, rendición de cuentas y fortalecimiento del Estado de derecho, se va a disponer de mecanismos de denuncia eficaces y sistemas de protección para quienes los usan.

Como señala ACFE (*Association of Certified Fraud Examiners*)², alrededor del 40 por ciento de todos los casos de fraude detectados son descubiertos por alertadores. En el ámbito público en concreto, debe garantizarse la obligación administrativa de tratar la información proporcionada por estos alertadores de forma imparcial y equitativa, con la debida diligencia y el debido cuidado y, por tanto, respetando las obligaciones ligadas al derecho a una buena administración.

En este ámbito de la protección a los denunciantes (*whistleblowers* en la literatura anglosajona) existen **cinco enfoques principales**³ (que no son mutuamente excluyentes): estudios experienciales, estudios psicológicos, estudios jurídico-institucionales, estudios éticos y estudios sobre las relaciones de poder.

El primer enfoque informa sobre la experiencia individualizada de la denuncia de irregularidades; se centra en cómo los individuos deciden plantear

2. ACFE (*ASSOCIATION OF CERTIFIED FRAUD EXAMINERS*).

3. THOMAS, R. G., “Whistleblowing and power: A network perspective”, *Business Ethics: A European Review*, vol. 29, n.º 4, 2020, págs. 842-855.

un problema, cómo las organizaciones responden, cómo los individuos sufren represalias, etc.

El segundo enfoque identifica las variables psicológicas y las variables situacionales que hacen que los individuos sean más o menos propensos a convertirse en denunciantes.

El tercer enfoque estudia las formas y justificaciones de las leyes destinadas a alentar a los denunciantes y protegerlos de las represalias.

El cuarto enfoque considera los argumentos éticos a favor y en contra de la denuncia, evaluando imperativos morales en competencia como el altruismo, la honestidad, la lealtad, la confidencialidad y la deferencia.

El quinto enfoque trata de aclarar las relaciones de poder que la denuncia de irregularidades implica.

Este Anuario se va a centrar en un análisis jurídico-institucional.

La denuncia de actos ilícitos o inmorales es parte de la historia de la humanidad desde sus orígenes; que se haga desde dentro de organizaciones más o menos estructuradas es más moderno. La protección a los denunciantes ya con normas legales y sistemas estructurados institucionalmente es bastante reciente.

La primera norma es de 1778. Solo siete meses después de la firma de la Declaración de Independencia de las Colonias del Reino Unido, el Congreso Continental aprobó lo que Allison Stanger ha llamado la “primera ley de protección de denunciantes del mundo”⁴. Los denunciantes que pidieron protección fueron 10 marineros e infantes de marina estadounidenses que habían denunciado conductas impropias del hombre más poderoso de la Armada Continental. Entre otras, la de tratar a los “prisioneros de una manera bárbara muy impropia”, violando las órdenes de que los cautivos británicos fueran “bien y humanamente tratados”. Dos de los marineros fueron arrestados por la denuncia. La pareja pidió ayuda al Congreso, escribiendo que fueron “arrestados por hacer lo que entonces creían y aún creen que no es más que su deber”. El Congreso respondió aprobando una ley para proteger a estos hombres y a los futuros denunciantes.

“Es el deber de todas las personas al servicio de los Estados Unidos, así como de todos los demás habitantes de los mismos, dar la más pronta información al Congreso o a cualquier otra autoridad competente sobre cualquier mala conducta, fraude o delito cometido por cualquier oficial o persona al servicio de estos estados, que pueda llegar a su conocimiento”, rezaba la resolución aprobada el 30 de julio de 1778, sin que se registrara ninguna disidencia. A pesar de la escasez de dinero, el Congreso apoyó aún más a Marven

4. STANGER, A., *Whistleblowers: Honesty in America from Washington to Trump*, New Haven, Yale University Press, 2019.

y Shaw al acordar sufragar los costes de su defensa, con el fin de garantizar que tuvieran una representación legal adecuada.

Desde entonces hasta ahora, sobre todo recientemente, **se han multiplicado las normas de protección. Actualmente (2021), hay 62 países con leyes de protección de denunciantes.**

En su reciente informe sobre las leyes de 37 países, Feinstein y Devine (2021)⁵ nos muestran que, en general, la mayoría de los denunciantes no tienen éxito formalmente en las denuncias por represalias. En los países en los que se presentan casos con cierta frecuencia (30 o más casos), algo menos del 13 % de los denunciantes obtuvieron decisiones formales y definitivas favorables. Si se excluyen las desestimaciones procesales y solo se consideran las decisiones sobre el fondo, en los países de uso alto y medio, los denunciantes ganaron aproximadamente el 16 % de los casos. En los 37 países combinados, la tasa de éxito global fue del 21 % (80 victorias de 379 decisiones sobre el fondo).

Incluso cuando los denunciantes se imponen oficialmente, a menudo “pierden ganando”, debido a las escasas indemnizaciones económicas, los elevados costes y los largos procedimientos para resolver los casos de represalias. No obstante, en términos más positivos, los datos de victorias y derrotas infravaloran la eficacia de las leyes sobre denunciantes, porque una parte significativa de los casos se resuelven mediante acuerdos que no se producirían en ausencia de la protección legal.

Dicho esto, la pregunta es **qué se puede hacer para mejorar el sistema.** Desde una perspectiva general, con independencia de lo que se dirá al final de este estudio introductorio sobre conclusiones y propuestas de mejora en el caso español, el informe citado de Feinstein y Devine establece 20 buenas prácticas para mejorar las normas existentes -y la Directiva europea prácticamente asume todas ellas, lo que nos aporta dosis de optimismo-. Y concluye con algunas recomendaciones. **La recomendación principal del informe es que hay que redactar leyes que reflejen las mejores prácticas mundiales y aplicarlas de buena fe. Sin embargo, el informe también señala que las leyes con mejores prácticas serán ineficaces sin el apoyo o la supervisión pública de estos derechos, y eso no es posible sin transparencia y educación.**

Las **cinco recomendaciones clave del informe** son:

1. Los países deberían publicar las decisiones de los casos en línea dentro de bases de datos con capacidad de búsqueda.

5. FEINSTEIN, S. y DEVINE, T., *Are whistleblowing laws working? A global study of whistleblower protection litigation*, Government Accountability Project e International Bar Association, Washington D.C. y Londres, 2021.

2. Los Gobiernos deberían publicar informes con información consolidada sobre el impacto de las leyes de denuncia, en beneficio de la sociedad.

3. Las leyes deberían eliminar las barreras económicas para los denunciantes que desafían las represalias.

4. Todas las leyes nacionales de denuncia de irregularidades deben incluir una revisión periódica de la eficacia de las propias leyes, esto es, una evaluación *ex post* (a la que dedicamos la sección de “Modelos para usar” en nuestro anterior Anuario).

5. Los prejuicios y la discriminación deben abordarse mediante la educación y la formación intensivas del público.

Teniendo presentes las consideraciones previas, **pasamos a describir brevemente el contenido del presente Anuario.**

El artículo con el que abrimos el número, titulado “**El derecho a una buena administración: una nueva mirada a la Administración y al derecho administrativo**”, corresponde al gran maestro de administrativistas **Tomás-Ramón Fernández**, y tiene un enfoque transversal, afectando al conjunto del comportamiento del poder ejecutivo, incluido, claro está, el que se despliegue respecto a los denunciantes o alertadores. En su trabajo el autor nos recuerda que el derecho a una buena administración es aplicable con carácter general a la Administración española y a sus agentes, sobre los que pesa sin excepción, ni excusa alguna, el deber de administrar bien.

Precisamente, en relación con la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, debe destacarse que, en en la parte final de su Exposición de Motivos, la misma establece una conexión entre denuncias y derecho a una buena administración:

“La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y los principios reconocidos, en particular, por la Carta, especialmente su artículo 11. En consecuencia, es esencial que la presente Directiva se aplique de conformidad con esos derechos y principios, *garantizando el pleno respeto, entre otros, de (...) el derecho a una buena administración...*”.

Nótese también que la Directiva cita la palabra diligencia, en relación con el tipo de comportamiento en la recepción y tramitación de las denuncias y en la protección de los denunciantes, hasta en seis ocasiones, subrayando, pues, la obligación jurídica de debida diligencia o debido cuidado que es propia del derecho a una buena administración de los denunciantes, como ya sabemos⁶.

6. En este sentido, por ejemplo, BALAN, E. y COSPANARU, J., “Whistleblowing – a Mechanism for Collecting Data on Non-Compliance with the Principles of Administrative Law in Order to Mitigate Risks”, *Acta Universitatis Danubius. Juridica*, vol. 13, núm. 1,

El profesor Tomás-Ramón Fernández conecta en su contribución este derecho a una buena administración con su conocida y muy estudiada teoría sobre el control de la arbitrariedad y el ejercicio de la discrecionalidad por parte de los poderes públicos. Como nos indica el profesor Fernández, al proscribir la Constitución, en su artículo 9.3, el comportamiento arbitrario, lo que está diciendo es que no hay otro poder legítimo que el que sea y se presente como expresión de una voluntad racional, es decir, racionalmente fundada. Y esto es exactamente lo que tiene que verificar el juez cuando se encuentra con una decisión discrecional, si esa decisión puede ser calificada de racional y si adicionalmente puede considerarse razonable.

Para ello, debe aplicar el ya clásico doble test que ha popularizado el gran maestro, el test de racionalidad, es decir, si el decisor ha respetado la realidad de los hechos, y si, además, ha tenido en cuenta todos los factores que la norma habilitante del poder discrecional considera relevantes. Si el resultado de este primer test de racionalidad es desfavorable para la Administración, el juez tendrá que anular la decisión sometida a su control; si, por el contrario, el resultado es favorable, el juez tendrá que aplicar todavía un segundo test para comprobar si la decisión adoptada es razonable, es decir, si es realmente necesaria y adecuada, objetivamente apta, por lo tanto, para satisfacer el fin que la norma persigue, y si, por supuesto, guarda la debida proporción con dicho fin.

En última instancia, el derecho a la buena administración fortalece estas teorías, exigiendo una mirada más profunda sobre las decisiones públicas que la meramente formal, que es como tradicionalmente se han entendido las cuestiones procedimentales vinculadas al fondo del asunto en España. Este derecho, como muestra la Sentencia de Tribunal de Justicia de la UE, *United Parcel Service*, de 16 de enero de 2019, comentada por el autor, exige a los poderes públicos un modo mejor de hacer las cosas, un modo más justo y más equitativo.

También nos cita el autor la Sentencia del Tribunal Supremo español de 15 de octubre de 2020 (asunto Inmobiliaria Betancort S.A.). En ella, se establece que las exigencias del principio de buena administración y del principio de buena fe que deben presidir las relaciones entre la Administración y los ciudadanos abonan, además, una interpretación que acentúe la diligencia en el actuar administrativo y también la deferencia y el respeto con los que las autoridades y empleados públicos deben tratar a los ciudadanos.

Finalmente, el profesor Tomás-Ramón Fernández se hace una pregunta ciertamente compleja y, sin duda, llamada a generar un debate interesante: ¿puede el derecho a una buena administración acercarnos al mejor proyecto

2017, señalando que, “in the light of Article nº 41 of the Eu Fundamental Rights Charter, whistleblowing is an instrument to protect citizens’ right to good administration”.

posible o tenemos que conformarnos con que nos garantice, que no es poco, que el poder discrecional de la Administración nos ofrezca una solución, un proyecto, racional y razonable?

Su respuesta, basada también en jurisprudencia, es que en determinados supuestos (como cuando el propio legislador obliga a elegir la mejor solución) la determinación de la mejor opción o del mejor proyecto está implícita en el deber de administrar bien, que es correlativo al derecho a una buena administración que el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales nos ha reconocido.

Las reflexiones del profesor Tomás-Ramón Fernández enlazan con diversas decisiones judiciales europeas y españolas que controlan comportamientos administrativos relativos a denuncias bajo el estándar del derecho a una buena administración.

Así, en el Anuario anterior ya hicimos referencia a las sentencias del TJUE de 4 de abril de 2019 (C558/17 P) y de 3 de octubre de 2019 (T 730/18) en relación con denuncias internas de empleados públicos del Banco Europeo de Inversiones y del Parlamento Europeo.

En las mismas se afirma que este derecho a una buena administración impone el derecho a ser oído como denunciante antes de adoptar una decisión que le afectara desfavorablemente, como era el archivo de una denuncia por acoso sexual. El derecho a una buena administración impone el derecho a una resolución en un tiempo razonable, que no cause incertidumbre, la cual ha de ser compensada en un caso de denuncia por acoso psicológico.

En la misma línea, también expusimos en el Anuario anterior la STSJ Comunidad de Madrid 573/2019, de 18 de septiembre de 2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo. La misma conoció de la denuncia efectuada por un privado sobre la posible vulneración de un principio de buen gobierno contenido en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

La sentencia conoce en apelación de la decisión de un juzgado de lo contencioso-administrativo, respecto a la impugnación del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcalá de Henares por la que se desestima la solicitud, formulada por una persona jurídica privada, en relación con la formulación de denuncia por infracción del Título II de la Ley de Transparencia, en concreto por ausencia de imparcialidad y necesidad de abstención.

En la sentencia se consideran y acogen los argumentos de los demandantes:

- “que desconocer el interés legítimo de la actora y negarle legitimación para la interposición del recurso equivale a una derogación tácita de lo dispuesto en el título II de la Ley de Transparencia, al establecer unos procedimientos carentes de virtualidad si no cabe la tutela de los tribunales”;

- “que la conexión entre la transparencia y el buen gobierno y la buena administración aparecen como evidentes, señalando la STS 30 abril 2012 cómo el *derecho a una buena administración* es un derecho de última generación integrado por el acceso de los ciudadanos a archivos y registros y vinculado a principios de transparencia”;
- “*que no cabe negar en este caso la concurrencia de un interés legítimo de la recurrente, interés que no es otro que el consistente en el debido cumplimiento de los deberes legales que son exigibles a los poderes públicos*”.

Entrando ya en las contribuciones dirigidas específicamente a abordar el tema central del Anuario de este año, el primer artículo corresponde a **José Luís Piñar Mañas, catedrático de Derecho Administrativo, vocal permanente y presidente de la Sección de Derecho Público de la Comisión General de Codificación**, con el título “**La transposición de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión**”.

Nadie mejor que este autor para situarnos ante el reto de la transposición de la Directiva y para aportarnos claves de por dónde podría ir la redacción final del Proyecto de Ley español.

Su artículo comienza con una afirmación rotunda que no podemos sino compartir: “que los supuestos de posibles infracciones o violaciones del ordenamiento jurídico, a veces soterradas, ocultas o desconocidas, salgan a la luz es imprescindible para alcanzar un grado de estabilidad social, económica y democrática propia de un Estado como el nuestro”.

De ahí que nuestro derecho administrativo tenga que dar respuesta a esta novedosa realidad de la protección a los alertadores y denunciantes. Novedosa en el marco europeo, pues en Estados Unidos lleva más de 150 años de existencia la protección jurídica a los que denuncian tanto en el sector público como en el privado. Y novedosa relativamente, pues España, por sus compromisos internacionales, ya debería haber completado una regulación hace casi diez años, como nos recuerda Piñar: el artículo 9 del Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa (número 174) de 4 de noviembre de 1999 (en vigor en España desde el 1 de abril de 2010. Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 31 de marzo de 2010) regula que “cada Parte establecerá en su derecho interno medidas de protección adecuadas contra toda sanción injustificada a los empleados que tengan motivos fundados de sospecha de corrupción y que denuncien de buena fe sus sospechas a las personas o autoridades responsables”.

En todo caso, una noticia muy relevante que nos aporta el autor es que el grupo de trabajo de la Comisión General de Codificación para la transposición de la Directiva, creado en junio de 2020, recibió, mediante Orden de

25 de noviembre del mismo año, un plazo para la entrega de la propuesta de transposición que finalizaba el 15 de enero de 2021; y que dicha propuesta ya ha sido entregada al Ministerio. La filosofía de la propuesta lógicamente coincide con la que la propia Directiva asume; así -nos indica el profesor Piñar-, la protección de los denunciantes no es solo una herramienta ya imprescindible en la lucha contra la corrupción, sino que debe entenderse, también, en el marco del derecho a la libertad de expresión y a la buena administración.

A partir de ahí, el artículo nos va desgranando retos de la transposición. Por ejemplo, que la Directiva no establece por sí misma un régimen de protección general de las personas que denuncien infracciones de los derechos nacionales en los distintos Estados miembros. Lo que exige que se plantee, de entrada, el alcance mismo de la norma de transposición. Esto lleva a Piñar a defender que lo que el legislador debe hacer es una norma que regule con carácter general y con la mayor amplitud posible la protección de los denunciantes de infracciones normativas.

Otro reto es el relativo a la inclusión, también como protegible, de las denuncias a las prácticas abusivas, que no parecen ilícitos desde el punto de vista formal, pero que desvirtúan el objeto o la finalidad de la Ley. O el de los ámbitos excluidos. También nos destaca el autor que, en relación con el sujeto protegido, debe ser definido del modo más amplio posible.

Uno de los elementos más complejos de la Directiva es el relativo a los canales de denuncia; con relación a los canales internos en el sector privado el artículo considera que la Ley deberá prever que los canales de denuncia podrán gestionarse internamente por una persona o un departamento designados al efecto o podrán ser proporcionados externamente por un tercero. En lo relativo al sector público, con muy buen criterio, el autor nos indica que 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, y que esta enumeración tiene que ser lo más amplia posible. Sobre los canales externos, Piñar nos indica que ello deberá ser una de las novedades más destacadas de la Ley, pues implica la creación de una autoridad independiente de tutela de los denunciantes. Autoridad que deberá ser auténticamente independiente, contar con medios suficientes y articular sus competencias teniendo en cuenta la existencia de autoridades autonómicas con sus propios ámbitos de competencias.

Finalmente, en relación con este aspecto, la Ley deberá regular de forma clara la revelación pública. Sobre el carácter de las denuncias, Piñar considera que debe ser incuestionable la posibilidad, no ya de presentar denuncias con garantía de absoluta confidencialidad, sino de que estas sean anónimas. Como uno de los mayores expertos, si no el mayor experto, en derecho de protección de datos, el autor nos indica que deberá revisarse y completarse la

regulación hoy contenida en el artículo 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.

Otro de los retos de la transposición será la regulación de la exención de responsabilidades y la protección frente a represalias, y ahí Piñar es bien claro: “no se trata por tanto tan solo de prohibir las represalias, sino de proteger (al informante) frente a las que pudieran producirse o evitar las posibles”. Ello no impide, ni mucho menos, tener que considerar también la protección al denunciado. Finaliza este repaso de los retos con una consideración sobre el sistema sancionador, que deberá permitir el establecimiento (según el artículo 23 de la Directiva) de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Concluye nuestro autor con un texto que toma prestado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en particular de su Sentencia n.º 35/2020, de 6 de mayo, en la que de forma clara y sistemática se apunta a la necesidad de poner en marcha cuanto antes el régimen de protección de la Directiva.

El segundo artículo dedicado a la protección a los alertadores/denunciantes corresponde a la **profesora Andrea Garrido, y se titula “La denuncia y su relación con varios derechos”**.

El artículo tiene tres objetivos esenciales. El primer objetivo es identificar los factores que pueden influir en la decisión de denunciar o no por parte de las personas que se encuentran ante esa tesitura. El segundo objetivo consiste en dilucidar si el acto de denunciar, además de tratarse de una vía eficaz para minorar la comisión de actuaciones que dañen el interés general, tiene alguna incidencia en la protección de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico. Finalmente, el tercer objetivo del trabajo es concienciar sobre la necesidad de llevar a cabo, en la tramitación de las denuncias, un equilibrio adecuado de los derechos fundamentales en conflicto: el derecho a la información, de un lado, y el derecho a la imagen, la intimidad y el honor, de otro.

Con respecto al primer objetivo, la autora nos define algunas razones que podrían dificultar la implementación eficaz de la Ley que surja tras la transposición.

La primera sería que la imagen predominante que la sociedad tiene del denunciante es la de un chivato, un soplón, un delator, un traidor o una persona desleal.

La segunda es la percepción generalizada de impunidad en relación con la corrupción, la idea de que no sirve para nada denunciar.

Otra razón sería, centrándose en exclusiva en las ilegalidades que tienen lugar en el seno del sector público, la repercusión mediática de los casos de corrupción y la “pena del telediario”.

Finalmente, resalta la autora, no puede obviarse la posibilidad de que la formulación de una denuncia no termine dando sus frutos, esto es, iniciando una investigación o confirmando la comisión de una sanción o un delito, por ejemplo. La falta de pruebas, la aportación de pruebas que se acaban considerando no concluyentes o la invalidación de las pruebas facilitadas, está muchas veces detrás de este desenlace tan desalentador para el denunciante.

En relación con el segundo de los objetivos que nos plantea la autora, nos parece del máximo interés destacar su atinado análisis sobre el impacto en el derecho a la libertad de expresión y de información de la presentación de una denuncia. Y todo ello puesto que “el acto de presentar una denuncia no puede asimilarse sin más como una prolongación del derecho a la libertad de expresión y de información o, al menos, esta vinculación debe efectuarse con las debidas cautelas o, como apunta la propia Unión Europea, garantizando los derechos de las personas afectadas por la información, como la presunción de inocencia y los derechos de la defensa”.

Finalmente, su tercer objetivo se centra en estudiar cómo las denuncias pueden ser un arma de doble filo, por lo que hay que proteger los derechos de los denunciados contra las acusaciones frívolas, vejatorias o maliciosas.

En sus conclusiones la profesora Garrido nos recuerda la importancia de un asesoramiento previo, confidencial, imparcial, individual y gratuito a los posibles denunciadores por parte de los órganos públicos pertinentes. Un asesoramiento que incluya una obligación parecida a la que tiene el profesional de la abogacía con el cliente, y que abarcaría la de informar al denunciante sobre la viabilidad de la información que le confía, la de disuadirle de promover denuncias sin fundamento o falsas y la de aconsejarle, en su caso, sobre las vías alternativas existentes.

La tercera contribución corresponde a la **catedrática de Derecho Penal Silvina Bacigalupo, que, además, es la presidenta de Transparency International-España, con el título “La protección de los alertadores desde una perspectiva jurídico-penal”**. La contribución de la profesora Bacigalupo se centra, en gran medida, en el ámbito penal, pero muchas de sus reflexiones trascienden a ese ámbito y tienen interés desde todo punto de vista.

Para comenzar, el texto sitúa la Directiva 2019/1937 como parte de una estrategia de consolidación del marco del espacio judicial europeo, pues, como señala la autora, la Directiva 2019/1937 sobre protección de informantes de infracciones contra el derecho de la Unión cierra un círculo legislativo importante de instrumentos destinados a las políticas de prevención del fraude para la protección no solo de la Hacienda pública comunitaria, sino también para las propias políticas antifraude y protección de las haciendas públicas de los propios Estados miembros.

Tras hacer un análisis histórico y recordarnos cómo el avance de la protección a los alertadores o denunciantes en el ámbito privado tiene su punto culminante en los años 1990 con la explosión de los grandes escándalos financieros de la década, la autora destaca que dicha protección legal fue incorporada, primero, al *Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las transacciones económicas internacionales* de la OCDE (1997, ratificado por España en 2000, y sus compromisos incorporados al Código Penal) y a la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* (2003), así como a los instrumentos europeos contra la corrupción, y ahora a la Directiva 2019/1937.

El artículo trata también un tema esencial en este ámbito, cual es el de la diferencia que existe entre la persona que informa de un hecho delictivo en el que no ha participado (alertador, informador) y, por el contrario, la persona que ha participado en el hecho delictivo (arrepentido). Según la autora, lo esencial de la Directiva es que trata de prevenir y evitar actuaciones ilícitas, por ello parece razonable y esencial que la protección que depara la Directiva 2019/1937 tenga que estar claramente orientada a las personas alertadoras o informantes que no han participado en un hecho constitutivo de delito. Y resalta que, cuando el hecho ya aconteció y es desvelado por la persona que ha tomado parte en el hecho o se ha visto involucrada en él, el ordenamiento jurídico penal ya tiene reconocidos otros instrumentos que permiten atenuar la responsabilidad al sujeto. Por estas y otras razones que se exponen en el texto, la transposición de la Directiva europea deberá tener en cuenta también las correspondientes y necesarias reformas armonizadas en todo el ordenamiento jurídico, en particular el propio Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

También trata el texto de la distinción entre alertador y denunciante. El término denunciante implica una denuncia de un delito frente a la autoridad. En este sentido, no hay que olvidar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 259, 262 y 264 LECrim) establece un deber de denunciar a cualquier persona o funcionario que presenciara un delito público, a ponerlo en conocimiento de la autoridad, y, a su vez, impone al denunciante el deber de identificarse (arts. 266, 267, 269 LECrim). Estas características de la denuncia establecidas en la LECrim dificultan identificar en la futura transposición la figura del *whistleblower* con la del denunciante.

Por todo ello, para poder establecer adecuadamente las garantías jurídicas sería un acierto -nos indica la autora- definir la figura del alertador, sus obligaciones y límites tanto para las relaciones laborales privadas como para las de carácter público. También quisiéramos destacar del texto, que animamos a leer en su integridad, la reflexión de la profesora sobre las denuncias a las infracciones a los códigos de conducta o códigos éticos de las administraciones públicas y organizaciones privadas/empresariales.

Finalmente, y sin agotar todo lo tratado en el artículo, el texto trata dos temas de la máxima relevancia. El primero es el de la responsabilidad penal que se puede derivar por la revelación misma de hechos o secretos de empresa y el de la captación de información de forma ilegal. El segundo el de la anonimidad y su protección.

El cuarto y último texto de esta parte doctrinal se debe a **David Martínez García, Director Ejecutivo de Transparencia Internacional España**. Su artículo trata el tema del “**Anonimato, seudonimato y confidencialidad: Hacia un marco integral y coherente de protección de los alertadores**”. Estamos ante un artículo que constituye un ejercicio excelente de anticipación de algunos de los problemas que se derivan de las denuncias ante órganos internos y la investigación de los hechos denunciados en las empresas.

Un artículo que aporta al legislador español algunas claves para una regulación rigurosa y garantista de la denuncia y la protección al alertador o denunciante en el ámbito privado. Con muy buen criterio nos marca el autor diversos rasgos del entorno en el que se desenvuelve la regulación en el sector privado que muestran la complejidad y el delicado equilibrio en que esta se mueve: la garantía de un entorno de seguridad y protección al alertador: la protección de los derechos fundamentales y las garantías del denunciado; la autorregulación y autonormación adecuada por parte de la persona jurídica; las investigaciones internas también como estrategia preprocesal de defensa penal corporativa y protección de sus derechos procesales.

El texto comienza con un análisis de la validez de la denuncia anónima en nuestro sistema legal, un análisis basado en normas, sentencias e instrucciones de la Fiscalía, de la que extraemos como conclusión que no puede ni debe ser rechazada por ser anónima, ni debe impedir la apertura de una investigación, sino que simplemente exige un análisis reforzado para su toma en consideración, ponderando la coherencia y la posible veracidad de los datos; al tiempo que “la desnuda confidencia anónima como único indicio no puede justificar la petición ni menos la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales”.

El texto continúa con una clarificación conceptual enormemente útil entre conceptos cercanos, pero diferentes, como seudonimato, seudonimización y k-anonimato, distinguiendo, en un apartado posterior, la anonimización y el anonimato de los conceptos previamente analizados, y precisando cada uno de ellos. Un mecanismo de denuncias que ofrezca la posibilidad de alertar de forma anónima será distinto de aquel que utilice técnicas de anonimización (generalización, aleatorización o eliminación).

En resumen, de estas interesantes páginas uno saca la conclusión de que el viejo debate “anonimato vs. confidencialidad” se queda claramente insufi-

ciente y limitado ante los diversos tipos de modalidades y estructuras definidas anteriormente.

El epígrafe que el autor escribe a continuación es de una utilidad enorme. En él nos habla de las investigaciones que realicen las empresas a partir de denuncias internas. Esencialmente del caso de investigaciones a raíz de una o varias denuncias internas cuyos hechos y conductas son subsumibles en el *numerus clausus* de delitos por los cuales podría responder la persona jurídica, y cuya finalidad es obtener toda la información suficiente para preparar su propia defensa y probar que su sistema de cumplimiento funciona adecuadamente. Aquí, existe un claro conflicto con la exigencia de independencia, neutralidad y ausencia de conflictos de interés, tal y como dispone la Directiva, para las investigaciones de denuncias internas, pues al órgano interno de control no se le puede exigir neutralidad y desinterés de forma ilimitada y categórica. En estos casos, existe una tensión entre la investigación rigurosa y con protección de la confidencialidad y la indefensión de la persona jurídica, que habrá que solventar de forma equilibrada.

Por otra parte, un gran interrogante en relación con las investigaciones internas es saber cuándo se puede considerar que la persona jurídica ha hecho lo suficiente, esto es, habrá actuado con la debida diligencia o el debido cuidado propios de una buena administración, para investigar los hechos alertados, y qué tipo de trazabilidad debe conservar en relación con la investigación. El artículo culmina, para auxiliar en la respuesta a esta pregunta, con la exposición de un test de admisibilidad de las denuncias ciertamente completo y de gran utilidad.

Resumiendo, pues, el artículo nos alerta, por una parte, de que necesario repensar nuestros sistemas y crear mecanismos que realmente aseguren una plena protección a los alertadores, y, por otra, de que las personas jurídicas que posean programas de prevención deben estar atentas a que sus procedimientos de investigación garanticen que las denuncias sobre represalias impliquen un análisis reforzado sobre el examen del potencial *animus nocendi* y la posición de vulnerabilidad en la que se puede encontrar el denunciante o alertador.

Finalizada esta sección doctrinal, **se pueden encontrar en el Anuario toda una serie de reflexiones y experiencias por parte de gestores públicos que nos dan una idea de los avances que en esta materia existen ya en España.**

Comienza la sección con una presentación muy completa del canal anónimo de alerta de irregularidades de **Cataluña**. Se trata de un artículo conjunto de los responsables de la puesta en marcha de este canal y que, además, son promotores esenciales de la Estrategia de lucha contra la corrupción y de fortalecimiento de la integridad en Cataluña: Jordi Foz, Olinda Anía, María Javierre y Miriam Carrera.

Precisamente, el artículo comienza con una presentación de la Estrategia. Una Estrategia generada a partir de las propuestas formuladas por los departa-

mentos de la Generalitat, del contraste de evidencias internacionales y de las medidas adoptadas cuya eficacia está demostrada, así como del diálogo con la ciudadanía y sociedad civil organizada, a través de procesos participativos. Esta Estrategia dispone, además, de un sofisticado sistema de gobernanza interna que el texto explica con bastante detalle.

Así, la Estrategia dispone de 9 ámbitos y 25 medidas. Uno de los nueve ámbitos de la Estrategia está dedicado exclusivamente a la protección de personas alertadoras, así como a la anonimización de buzones éticos (actuaciones 17 y 18, respectivamente). El buzón se concibe como una herramienta necesaria que debe permitir a cualquier persona, tenga o no la condición de servidor público, un canal prioritario y seguro para facilitar a la Administración de la Generalitat, de manera confidencial, la comunicación de conductas y actuaciones públicas que, por acción u omisión, puedan ser presuntamente reprobables por ser contrarias al derecho o a los principios y valores éticos y las reglas de conducta exigibles a los servidores públicos.

Esta *Bústia Ètica* de la Generalitat de Cataluña permite la entrega de denuncias de forma anonimizada. Estas denuncias se dirigen al Comité Asesor de Ética Pública, para los altos cargos, a la Comisión de Ética en la Contratación Pública y a la Inspección General de Servicios de Personal. El diseño y la puesta en marcha de este canal de alertas anonimizado fue posible gracias al protocolo de colaboración firmado el pasado marzo de 2020 entre X-net —proyecto activista que, entre otras cosas, trabaja en soluciones avanzadas en campos relacionados con los derechos digitales y la democracia, y lucha legal, técnica y comunicativamente contra la corrupción—, el Ayuntamiento de Barcelona y la Generalitat de Cataluña.

Para conocer los detalles de la *Bústia Ètica* nos remitimos al artículo, donde se detallan con gran rigor todas sus características. El texto finaliza con algunas reflexiones realizadas desde el “aprendizaje haciendo” que son muy sensatas y serán muy útiles para otras instituciones dispuestas a crear su propio buzón de denuncias.

El segundo artículo dentro de estas experiencias, lo firma **el director de la Agencia Valenciana Antifraude – AVAF, Joan A. Llinares**.

Llinares analiza con un gran detalle y de forma rigurosa la experiencia desde la Agencia Valenciana Antifraude respecto a los canales de denuncias y la protección de los denunciantes de corrupción. Es importante destacar que la AVAF nace en 2016 como órgano especializado de prevención y lucha anticorrupción, y es tributaria del Convenio civil del Consejo de Europa de 1999, sobre corrupción; del propio Tratado de la Unión Europea, que en su artículo 325 impone a la Comisión y a los Estados miembros la obligación de combatir el fraude y cualquier actividad ilegal que perjudique los intereses

de la Unión. Igualmente, la Resolución 24/97 del Consejo de Europa sobre veinte principios rectores de la lucha contra la corrupción.

Pero sobre todo la referencia definitiva para entender su nacimiento y sus funciones es la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Siguiendo las pautas del derecho internacional, la Ley de la AVAF ha creado el estatuto de la persona protegida denunciante, informante o alertadora de corrupción, cuyo desarrollo se establece en el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la AVAF.

Establece la Ley de la AVAF que cualquier persona puede dirigirse a la Agencia para comunicar o alertar de conductas que puedan suponer infracción del ordenamiento jurídico, en materia de ética pública, comisión de irregularidades administrativas, malas prácticas e incluso infracciones penales, bien entendido en este último caso que cuando la AVAF confirma que en efecto se halla ante una infracción tipificable penalmente deberá interrumpir el procedimiento y remitir todo lo actuado al Ministerio Fiscal o al órgano judicial correspondiente, convirtiéndose en órgano de colaboración de la fiscalía y la magistratura.

La AVAF admite denuncias y comunicaciones en cualquiera de las formas permitidas en derecho, tanto si son nominales como si se presentan de forma anónima. El Buzón, igual que en Cataluña, ha sido creado sobre tecnología GlobalLeaks para garantizar anonimidad. La gestión del Buzón de Denuncias está adscrita a una unidad integrada en la Dirección de Análisis e Investigación de la Agencia, cuyo personal, al igual que todas las personas que integran la Agencia, es personal funcionario de carrera. Además de su naturaleza funcional, el personal que desarrolla su actividad en el Área de Análisis e Investigación tiene la condición de autoridad pública.

En 2020 se han recibido ya 226 denuncias, de las cuales el 85 % han usado el Buzón.

El Buzón de Denuncias asigna un código alfanumérico a través del cual la persona informante, anónima o no, puede acceder al sistema e interactuar con el personal funcionario de la Dirección de Análisis e Investigación de la Agencia. Todas las comunicaciones se investigan, tras la comprobación de su verosimilitud, y pueden dar lugar a procedimiento sancionador de acuerdo a la propia Ley de creación.

Muy importante es que la AVAF protege en sus derechos a las personas que hagan uso del Buzón de Denuncias, de buena fe, sin que se puedan derivar consecuencias lesivas para su esfera personal o profesional. Estamos, así pues, ante la primera normativa de protección a alertadores que se aprobó e implementó en España.

El artículo 14 de la Ley 11/2016 indica que “la actuación de la Agencia prestará especial atención a la protección de las personas denunciantes”;

mención que no pretende quedarse en un simple desiderátum, sino que viene a configurar uno de los pilares fundamentales del funcionamiento de la AVAF, según nos indica su propio director. Para ello, realiza dos funciones esenciales: el asesoramiento jurídico y la protección frente a represalias.

La resolución acordando la concesión del estatuto de protección de la persona denunciante podrá incluir, si se hubieran producido represalias como consecuencia de la presentación de la denuncia, el mandato por parte de la Agencia de poner en marcha las acciones correctoras o de restablecimiento que considere, en los términos establecidos en la Ley de la AVAF y en el artículo 46 de su Reglamento. El incumplimiento de las medidas de protección del denunciante constituye una infracción muy grave, sancionable con multa de hasta 400 000 euros y publicación en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana para conocimiento general.

De forma muy adelantada a su tiempo, la norma ya establece que la persona denunciante no será responsable por los daños y perjuicios que puedan derivarse de la comunicación o divulgación de la alerta fundada, ni incurrirá en ningún otro tipo de responsabilidad, civil o penal, que pueda derivar de tales circunstancias, incluidas expresamente las referidas al posible menoscabo del derecho al honor y de la protección de datos personales.

En el artículo, Joan A. Llinares nos indica que las medidas de protección que conlleva el estatuto se pueden extender a familiares y personas del entorno laboral del denunciante que sufren amenazas o intimidaciones. También se aplica el estatuto en caso de tener que testificar ante autoridades judiciales del orden penal o emitir informes con destino a las mismas.

Los asuntos denunciados suelen estar relacionados con la contratación pública, el acceso a la función pública y la realización de pruebas selectivas, la provisión de puestos o ascensos, los derechos y las retribuciones del personal, y temas urbanísticos, de subvenciones o relativos al patrimonio público.

La actividad de la Agencia con respecto a los alertadores es una actividad continuada de vigilancia, cuidado y protección. Entre las medidas que se han adoptado se encuentran, además de los asesoramientos jurídicos, las propuestas, las recomendaciones o los requerimientos dirigidos a las administraciones públicas o entidades en las que presta sus servicios la persona protegida, el acompañamiento a declaraciones testificales ante órganos judiciales penales, la remisión de actuaciones a la fiscalía o a los tribunales, la emisión de informe con destino a estos últimos y, en definitiva, cualquier otra acción que se pueda requerir a fin de evitar conductas de acoso, hostigamiento o represalias.

El artículo continúa exponiendo 11 casos reales que la AVAF ha tramitado. Finalmente, el autor aporta toda una serie de recomendaciones, extraor-

dinariamente útiles para efectuar una adecuada transposición de la Directiva (UE) 2019/1937 en España.

En la Sección IV del Anuario se contiene la exposición de toda una serie de casos de buenas prácticas existentes en España.

La sección comienza con el artículo de **Jaume Far, director de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Islas Baleares** (la Oficina en adelante). En él, el autor nos indica que la creación de la Oficina, por Ley 16/2016, de 9 de diciembre, contribuyó a dotar al sector público balear de una institución que reunía los mejores estándares para una adecuada protección de los denunciantes de corrupción, ya que aún en un solo organismo los requisitos básicos para una adecuada gestión de las denuncias y una eficaz protección de los informadores. La Oficina se constituye como canal externo para la recepción de denuncias o información. Este canal de denuncias que gestiona la Oficina funciona de forma totalmente electrónica, bien anónima o con identificación (lo decide el usuario), obteniendo la información en el momento adecuado y con la antelación suficiente para tomar precauciones antes de que ocurra un daño. El diseño de este modelo tiene bastantes ventajas que el director de la Oficina nos señala de forma clara y muy bien sistematizada. Hasta el momento, se han recibido en 2019 y 2020 un total de 118 denuncias.

El segundo artículo corresponde a **la experiencia de la Oficina Antifraude de Cataluña en materia de denuncia. La autora es Lourdes Parramon**, una de las personas que desde su origen ha trabajado en la Oficina Antifraude de Cataluña. La Oficina Antifraude de Cataluña nace en 2008 y es un órgano de control externo que constata eventuales irregularidades o desviaciones de poder y actúa como denunciante cualificado. Como indica la autora, la Oficina Antifraude de Cataluña (OAC) es pionera en el Estado español en poner a disposición de la ciudadanía un canal externo para comunicar presuntos actos de corrupción, prácticas fraudulentas o conductas ilegales que afecten a los intereses generales o a la gestión de los fondos públicos. No obstante, no tiene aún potestad sancionadora ni un sistema estructurado de protección al denunciante.

La OAC realiza también actividades de investigación sociológica sobre la corrupción y fruto de ello es su Barómetro sobre corrupción. En el de 2020 hay una serie de preguntas cuyas respuestas nos dan una idea muy ilustrativa de por qué no se denuncia más la corrupción en Cataluña.

En concreto, a pesar de que un 39 % de las personas encuestadas considera que denunciar es lo más efectivo que puede hacer para luchar contra la corrupción, el miedo a les represalias frena bastante y así lo reconoce uno de cada tres encuestados; el principal escollo esgrimido, además del miedo, es la falta de prueba (50,5 %) junto a otras circunstancias, todas ellas independien-

tes de la voluntad del potencial alertador: el hecho de que el responsable no será castigado (28,5 %) o no saber dónde denunciar (27,5 %).

Este canal de denuncias empieza a estar bastante consolidado y se han recibido 335 denuncias en 2020, de ellas, más del 60 % anónimas. Las denuncias que han conllevado la apertura final de un procedimiento de investigación son aproximadamente un 26 % de las presentadas, lo que indica que muchas denuncias no tienen los requisitos de calidad mínimos para generar la apertura de la fase investigadora. Como consecuencia de las actuaciones de investigación, la Oficina Antifraude puede emitir informes razonados a las entidades investigadas, las cuales, posteriormente, deben informar sobre las medidas adoptadas o acerca de los motivos que impiden actuar de acuerdo con las recomendaciones y los recordatorios formulados; también hacer recomendaciones.

El tercer artículo corresponde a Juan José García Martínez, auditor del Consello de Contas de Galicia. El *Consello de Contas* de Galicia es el órgano de fiscalización externa de las cuentas y de la gestión económico-financiera y contable del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia, pero tras la reforma de su Ley en 2015, asume igualmente, entre otras nuevas, la competencia de prevención de la corrupción en el ámbito del sector público de la Comunidad Autónoma.

En el marco de dicha reforma, se establecen dos mecanismos de denuncia: 1. Un instrumento de inicio de los procedimientos de fiscalización mediante denuncias remitidas por las personas tanto físicas como jurídicas, cuya finalidad es la de fomentar la participación en la prevención y represión de la corrupción. 2. Un canal de denuncias propiamente dicho que permite que cualquier empleado del *Consello de Contas* o cualquier otra persona pueda comunicar al Comité de Ética del *Consello de Contas* las acciones u omisiones que supongan un incumplimiento de los valores, principios y reglas recogidos en el Código ético institucional o las conductas de potencial transcendencia para la integridad, que se adviertan en el seno del *Consello de Contas*.

Este canal, que pueden utilizar los empleados del *Consello* o cualquier otra persona, garantiza la confidencialidad y, de ser el caso, el anonimato de las comunicaciones presentadas. Centrándonos en este segundo canal, el autor nos señala que fue creado en 2018 como consecuencia de la aprobación del Código ético institucional; el Código establece un órgano de seguimiento y control que es el Comité de Ética, y, para auxiliar a la detección de incumplimientos, se pone a disposición de todo el personal un canal de comunicación que garantiza la confidencialidad de quien desee utilizarlo para realizar consultas y sugerencias, o bien para informar sobre posibles vulneraciones o incumplimientos del Código. Muy interesante es que, en su caso, tras la

investigación correspondiente, se pueden adoptar medidas de apercibimiento, propuesta de incoación de expediente o de remisión a la Fiscalía.

El **cuarto artículo de la sección corresponde a María García Fonseca, directora general de Atención al Ciudadano y Calidad de los Servicios de la Junta de Castilla y León**. En él, la autora nos detalla la experiencia de la Junta en la gestión de denuncias y en la protección al denunciante de corrupción.

Castilla y León fue una comunidad pionera en regular la protección a las personas denunciantes y lo hizo a través de la Ley 2/2016, de 11 de noviembre. Los denunciantes ante la Inspección de servicios que reúnen los requisitos que la Ley establece, no pueden ser removidos en su puesto de trabajo, cualquiera que sea su forma de provisión, salvo aquellos cambios que se deriven estrictamente de la normativa aplicable. Asimismo, se recoge la posibilidad del traslado provisional a otro puesto de trabajo de similares características al que venía ocupando.

No obstante, la autora nos destaca que el número de informaciones que se han presentado al amparo de la Ley no ha sido significativo. Por ello, la Comunidad de Castilla y León está trabajando en la redacción de un anteproyecto de ley en el que se aborda la creación y regulación de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad de Castilla y León y el establecimiento del estatuto de las personas denunciantes.

En la futura Ley tendrá la consideración de denunciante cualquier persona física o jurídica que ponga en conocimiento de la Agencia conductas, hechos o situaciones de las que pudieran derivarse ilícitos relacionados con la gestión y percepción de fondos públicos, con la toma de decisiones en la gestión pública y con cualquier otra acción u omisión que pueda ser constitutiva de alguna forma de fraude o corrupción. Además, se refuerzan la confidencialidad en el tratamiento de la denuncia y el posible anonimato de quien la presente, así como las medidas de protección.

Finalmente, **Rosa M.^a Sánchez Sánchez, directora de los Servicios de Análisis del Órgano Gestor del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona**, nos ofrece un artículo donde nos explica muy rigurosa y detalladamente **la experiencia del Buzón del Ayuntamiento de Barcelona**. Se trata de un canal electrónico de comunicación bidireccional que permite, tanto a la ciudadanía como a los servidores públicos, comunicar conductas, realizadas en el seno de la Administración municipal, contrarias al derecho, al código ético y de conducta, a los principios o reglas éticas y de buen gobierno.

Un canal pionero en la adopción de la posibilidad de anonimidad y que permite entablar y mantener, aun en los supuestos de comunicadores anónimos, una conversación constante durante toda la investigación, así como la posibilidad de adjuntar todo tipo de documentos, vídeos, fotografías.

No se trata de un buzón de denuncias -nos recuerda Rosa Sánchez-, sino de un canal de información y alertas que aporta comunicaciones, no denuncias. Muy interesante es la explicación que nos ofrece la autora sobre los mecanismos tecnológicos de seguridad adoptados. En suma, estamos ante el canal pionero en Europa en la garantía de anonimidad y con una seguridad reforzada extraordinaria. Para los detalles de su regulación, véanse las Normas Reguladoras del Buzón (en adelante, NRBE), publicadas en el BOPB el 16 de enero de 2017, y las explicaciones que nos da la autora; especialmente relevante es la gobernanza del sistema, con una Dirección de Servicios de Análisis que tiene independencia funcional y está en conexión en su trabajo con el Comité de Ética del Ayuntamiento.

En fin, se cierra el Anuario de este año, como decíamos, con **sus secciones fijas**.

La de **documentos de interés**, elaborada por el profesor Cerrillo, mediante la que se presentan los materiales más relevantes seleccionados a nivel nacional e internacional en el ámbito del buen gobierno y de la buena administración, incluyendo la calidad regulatoria. La **bibliográfica**, elaborada por el profesor Oscar Capdeferro, secretario del Anuario, donde se seleccionan y sistematizan los estudios nacionales e internacionales relevantes en los temas que trata esta publicación. Además, como ya se dijo, contamos de nuevo con la **sección de jurisprudencia seleccionada y comentada, en la que pueden encontrarse relevantes sentencias judiciales internacionales, europeas y españolas sobre temas vinculados con el Anuario**, en la que se constata, de nuevo, la consolidación del derecho a una buena administración como elemento de control judicial.

El año 2020 ha sido especialmente fructífero en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en relación con la buena administración. Jesús Cudero realiza una interesante exposición de las decisiones más relevantes de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Entre las diversas sentencias, quizás podamos destacar el comentario que se realiza a la núm. 586/2020, de 28 de mayo de 2020 (casación núm. 5751/2017), en la que se afirma **la imposibilidad de dictar una providencia de apremio antes de resolver un recurso potestativo de reposición frente a la liquidación apremiada**, con unas interesantes consideraciones sobre el silencio administrativo como patología del comportamiento administrativo que supone una mala administración.

Pero como él mismo señala, “hemos de ser conscientes de que no es solo la Sección de asuntos tributarios –ni mucho menos- la que ha efectuado esa recepción” del derecho a una buena administración de forma sostenida en los últimos años.

Así, sin ir más lejos, en 2020 otras secciones de la Sala Tercera, con diversos ponentes, han recogido y aplicado el derecho a una buena adminis-

tración para concluir, en ocasiones diversas, con la declaración de la invalidez de las decisiones administrativas por su vulneración.

Si bien hemos de remitirnos aquí para las decisiones de la Sección Segunda de la Sala Tercera del TS al interesante trabajo de Cudero, queremos apuntar brevemente en este estudio introductorio algunas sentencias de 2020 de **otras secciones de la Sala Contenciosa del TS, sin poder dejar de mencionar la primera sentencia del TS que cita a la Directiva que nos ocupa especialmente en este Anuario, que es de la Sala de lo Penal**: la STS de 1 de febrero de 2020 (rec. núm. 2062/2018), en la que, en referencia a un delito, se acepta la denuncia anónima y se liga con los programas de cumplimiento normativo de las empresas privadas. La misma es objeto de comentario específico, como dijimos antes, en la contribución de Piñar.

En el **ámbito contencioso**, cabe citar, por ejemplo, respecto al ejercicio de la potestad reglamentaria, **la STS de 4 de junio de 2020 (núm. rec. 33/2019), que anula un Real Decreto estatal por violación de los principios de buena regulación**.

En la misma se señala lo siguiente:

*“(...) se arguye que la disposición adicional segunda del Real Decreto 1517/2018, de 28 de diciembre, vulnera otro de los **principios de buena regulación** enunciado en el artículo 129.4 de la Ley 39/2015, 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, toda vez que no le ha permitido a Telefónica la toma de sus decisiones empresariales en un marco estable, predecible, claro y de certidumbre. (...)*

*En este sentido, cabe significar que el artículo 129.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, **obliga al Gobierno**, a fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, a que las iniciativas normativas se ejerzan de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico nacional y el de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión a sus destinatarios para que puedan actuar en consecuencia (...). En consecuencia con lo razonado, procede **estimar** el recurso contencioso-administrativo interpuesto (...).”*

Esta sentencia nos parece singularmente relevante, puesto que vela por la correcta aplicación de los importantes principios de buena regulación. Importancia que se incrementa, si cabe, en momentos como el que se vive al publicarse este Anuario todavía en medio de la pandemia del COVID-19. Si en el Anuario anterior poníamos de relieve la importancia de la calidad normativa y el incremento de normas aprobadas con el inicio de la pandemia, tal tendencia solo ha hecho que crecer.

Efectivamente, como pone de relieve el profesor Capdeferro en su sección, en el momento de cerrar la redacción de este Anuario (primavera de 2021), el Código Electrónico del BOE *sobre COVID-19: Derecho Europeo y Estatal*⁷ contaba con 341 textos y más de 2500 páginas. De acuerdo con el propio Código, el volumen “presenta el bloque normativo que regula la situación de emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, recogiendo la legislación aplicable en España, tanto la procedente de fuentes europeas como del derecho interno estatal” (§ 1, p. 1), por lo que habría que añadir la normativa aprobada por comunidades autónomas y entidades locales. Asimismo, Capdeferro recuerda cómo en prensa han aparecido también cuantificaciones sobre la producción normativa asociada a la gestión de la crisis sanitaria. Así, por ejemplo, se ha publicado que “el Gobierno central, las 17 comunidades y las ciudades autónomas [...] han aprobado desde marzo de 2020 más de 3000 normas para luchar contra la pandemia”⁸.

Ante esta auténtica *hemorragia normativa*, esta sentencia recuerda la importancia de respetar los principios de buena regulación, entre ellos destacadamente el de proporcionalidad, para evitar la tendencia hacia el autoritarismo, esto es, el exceso en el uso del poder, un componente histórico del derecho administrativo en general, pero que caracterizaría especialmente al derecho administrativo español, lo que probablemente se explica por nuestras especiales circunstancias históricas⁹.

También es destacable, por ejemplo, la STS de 3 de diciembre de 2020 (rec. núm. 8332/2019) en la que se afirma, con apoyo en el derecho a una buena administración, que, “para la reapertura de un procedimiento administrativo en que se ejercitan potestades de gravamen, existiendo uno previo que debe considerarse caducado, es necesaria una previa resolución administrativa expresa declarando la caducidad del inicial, sin que, mientras tanto, pueda considerarse que se trate de un nuevo procedimiento”.

Finalmente, queremos igualmente destacar la STS de 8 de octubre de 2020 (rec. núm. 91/2020). La misma se dictó poniendo fin a un proceso contencioso en el cual ya se había dictado un auto el 20 de abril de 2020, concediendo las medidas cautelares solicitadas por un sindicato de médicos. Este

7. Consultable en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355

8. Consultable en: <https://elpais.com/espana/2021-03-14/tres-mil-normas-excepcionales-en-12-meses-de-pandemia.html>. Artículo publicado el día 15 de marzo.

9. BAÑO LEÓN, “El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del derecho público español”, en LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate* (Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016), pp. 496-518, y CASSESE, *Derecho administrativo: historia y futuro*, INAP, Global Press, 2014, pp. 443 y 444.

pidió al TS que ordenara poner a disposición de centros sanitarios y hospitalarios batas, mascarillas, gafas de protección, zapatos específicos y contenedores grandes de residuos.

Con audiencia del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal, que se opusieron, el TS adoptó el 20 de abril la medida cautelar positiva solicitada, constatando la insuficiencia de la actividad desplegada hasta el momento con el fin de proteger el derecho fundamental a la integridad física de los profesionales sanitarios (art. 15 CE) y su derecho a la salud (art. 43 CE). Además, el TS consideró que era “preciso que por el Ministerio de Sanidad se le informe quincenalmente de las concretas medidas adoptadas en cumplimiento de este auto con indicación de la distribución efectiva de los medios de protección del personal sanitario entre las comunidades autónomas y de la que dentro de estas se efectúe por sus servicios sanitarios”.

En la STS de 8 de octubre de 2020 se declara que “no hubo una distribución de medios técnicos acorde con las necesidades puestas de manifiesto por la gestión de la crisis sanitaria. Ciertamente que las circunstancias fueron críticas y que la dimensión mundial de la pandemia pudo dificultar y retrasar el abastecimiento y su mejor distribución. Sin embargo, lo relevante para nuestro enjuiciamiento es que los medios disponibles no fueron los suficientes en los momentos iniciales para proteger debidamente al personal sanitario y, por tanto, la Sala así ha de reiterarlo ya que, insistimos, esa insuficiencia, no solo la hemos apreciado ya sino que ha sido admitida por las partes y, además, no cuesta esfuerzo relacionarla con la elevada incidencia de la pandemia entre los profesionales sanitarios y, por tanto, en los derechos fundamentales de los que se vieron afectados”.

Esto es, se detecta una ausencia de debida diligencia o debido cuidado que conduce a constatar una mala administración, aunque no se empleen estas palabras literalmente. Ello comportó la estimación parcial del recurso y la declaración de que “los profesionales sanitarios carecieron de los medios de protección necesarios lo cual supuso un serio riesgo para los derechos fundamentales que les reconoce el artículo 15 en relación con los artículos 43.1 y 40.2 de la Constitución”.

2

Conclusiones

Para finalizar, y a la vista de las valiosas contribuciones del Anuario y de los trabajos desarrollados en el ya mencionado *Living Lab*, y en relación, concretamente, con la regulación española de los denunciantes o alertadores, se pueden extraer algunas 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 democracia¹⁰.

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 pudieran 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 social¹¹, afectadas por un tradicional autoritarismo, similar, pero con rasgos propios, al existente en otros países de nuestro entorno¹².

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*¹³, **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 administraciones públicas y de la Hacienda pública**.

4. Los ciudadanos, al denunciar, participarían en hacer realidad esa buena administración y ese buen gobierno, mediante el impulso de una **participación, de una colaboración social dirigida hacia una “administración compartida”**¹⁴.

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

10. Véase, por ejemplo, MARTÍNEZ PEREDA, “La delación: miseria moral y control social en el primer franquismo”, artículo publicado en el blog *Conversación sobre la Historia*, 5 de mayo de 2020, consultable en: <https://conversacionsobrehistoria.info/2020/05/05/la-delacion-miseria-moral-y-control-social-en-el-primer-franquismo/>

11. NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 4.ª ed., Tecnos, p. 39.

12. CASSESE, *Derecho administrativo: historia...*, ob. cit., pp. 443 y 444, y BAÑO LEÓN, “El recurso administrativo...”, ob. cit., pp. 496-518.

13. PONCE, “Derecho administrativo global, derecho a una buena administración, economía del bien común y bienes comunes: ¿Hacia una paulatina convergencia entre el derecho administrativo y el derecho privado?”, en ORTIZ GARCÍA (dir.), *Políticas públicas para fomentar una economía y sostenibilidad participativa*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 38 y ss.

14. ARENA, “Un nuevo derecho para la administración compartida de los bienes comunes. La experiencia italiana”, *Revista de Administración Pública*, núm. 203, 2017.

público en la Ley 19/2013¹⁵. 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 este como elemento de una **política pública de buena administración**¹⁶. 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 artículo 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 la tímida y mejorable regulación estatal contenida ahora en el artículo 62 LPAC, para que **el legislador estatal deje de ser, finalmente, autista**¹⁷. 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**

15. VILLORIA MENDIETA, “El reto de la transparencia”, en *Anuario de Transparencia Local 2018*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2019.

Así, como recuerda el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en su Resolución 653/2018:

“Se recuerda al Ministerio del Interior que, derivado del artículo 26.2 a), apartado 5.º, de la LTAIBG, es un principio general de buen gobierno actuar con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentar la calidad en la prestación de servicios públicos. Igualmente, se le recuerda que constituye infracción leve, tipificada en el artículo 29.3 b) de la LTAIBG, el descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones y el incumplimiento de los principios de actuación del artículo 26.2. b)”.

16. GARRIDO JUNCAL, “La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro”, *REALA*, núm. 12, 2019, pp. 126 y ss.

17. CANO, “El autismo del legislador: la ‘nueva’ regulación de la potestad sancionadora de la Administración”, *RAP*, núm. 201, 2016, pp. 25 y ss.

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 en 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, en la línea de lo sugerido por QUERALT¹⁸.

3

Propuestas y recomendaciones derivadas del *Living Lab* celebrado y de las contribuciones de este Anuario

A la vista de las anteriores conclusiones y de los trabajos desarrollados en el tercer *Living Lab* de preparación de este Anuario, ya mencionado, se proponen algunas líneas de actuación futuras.

En el informe citado de Feinstein y Devine se sostienen como dijimos cinco recomendaciones clave del informe. Usando las mismas como vector estructurante, procedemos a desarrollarlas para la realidad española.

3.1

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 denunciantes en nuestro derecho, como dijimos.

No se cambia la sociedad por decreto, parafraseando el conocido título de la obra de Michel Croizier (INAP, 1984), es cierto, pero también lo es que **los cambios sociales que se intentan acometer con malas leyes son más difíciles.**

18. QUERALT JIMÉNEZ, “*Public compliance* y corrupción: análisis conceptual y propuestas”, *R.I.T.I.*, núm. 2, septiembre-diciembre 2016.

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.- 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 este 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 (LECrím, 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 artículo 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.

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 (arts. 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. Nos remitimos a lo expuesto en este Anuario en su edición anterior de 2019.

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 un 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 artículo 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.

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 solo 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 los 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 el Rey.

También reconocer la condición de alertador a cualquier persona, no solo 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 solo 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, será preciso reflexionar seriamente sobre el impacto negativo que una posible exención de los canales de denuncia obligatorios tendría.

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 millones¹⁹.

19. Véase sobre estos datos:
<http://www.ipyme.org/es-ES/ApWeb/EstadisticasPYME/Documents/CifrasPYME-enero2019.pdf>

Tabla 1. Empresas inscritas en la Seguridad Social

Empresas por tamaño	Número de empresas	Tasa de variación %	
		Intermensual	Interanual
Autónomos¹ (PYME sin asalariados)	1.559.798		1,58
PYME (1-249 asalariados)	1.322.261	-1,47	1,11
Microempresas (1-9 asalariados)	1.143.015	-1,56	0,70
Pequeñas (10-49 asalariados)	154.738	-0,96	3,63
Medianas (50-249 asalariados)	24.508	-0,21	4,73
Grandes (250 o más asalariados)	4.700	0,06	4,75
Total empresas	2.886.759		1,37

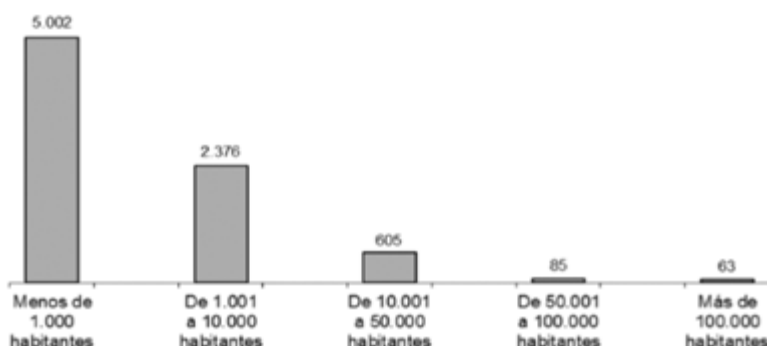
Fuente: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

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 5378; 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.

Número de municipios por tamaño de municipio

Datos provisionales. Avance de la Estadística del Padrón Continuo a 1 de enero de 2019



Fuente: "Avance de la Estadística del Padrón Continuo a 1 de enero de 2019. Datos provisionales", disponible en: https://www.ine.es/prensa/pad_2019_p.pdf

Además, hay que tener en cuenta que los informes disponibles sobre casos de mala administración y corrupción muestran cómo estas situaciones concurren también de forma importante en el nivel local. Por otro lado, dadas las exigencias que el legislador establece ya hoy en día para los municipios de más de 5000 habitantes en la Ley de Bases de Régimen Local respecto a servicios obligatorios (art. 26)²⁰, **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 de 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...).

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.

20. **Artículo 26.**

1. *Los municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:*

a) *En todos los municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas.*

b) *En los municipios con población superior a 5000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos.*

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 los 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 debe 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.

6.- Deben evitarse las represalias a alertadores y debe protegerse a estos 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 solo de prohibir las represalias, sino de protegerle frente a las que pudieran producirse o de 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; 14/1993, de 18 de enero; 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, que enfrentaba a un Ayuntamiento con un exfuncionario eventual que desempeñaba funciones como director de Hacienda, Transportes y Movilidad y que fue cesado, alegándose “pérdida de confianza”, con posterioridad a la denuncia por este de irregularidades municipales en la contratación. La Sentencia señala lo siguiente:

“La relación estatutaria de empleo público que vincula a la Administración con sus empleados, con independencia de cuál sea el sistema de provisión del puesto de trabajo, no puede quedar al margen de la ‘garantía de indemnidad’, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, y protege a aquellos de las represalias adoptadas con motivo de la promoción de acciones judiciales en el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes. Cuando tales represalias se encuentran en la génesis de la actuación administrativa discrecional, esta no expresa la voluntad de la Ley que atribuye la potestad de que es ejercicio a la Administración actuante, quedando desvinculada de su espíritu, pues quiebra el nexo de unión entre el poder conferido y el interés público al que sirve, sirviendo entonces aquel poder, fraudulentamente, a un fin ilegítimo”.

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.

7.- Debe 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 artículo 13 LPAC a los derechos del artículo 53 de la misma Ley previstos para los interesados.

Por tanto, cuando el actual artículo 62.5 LPAC señala: “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 (p. 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 de que su información no es falsa, con independencia de sus motivos para denunciar (Australia, EE. UU.). 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 relevantes²¹.

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.

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 denunciante²².

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

21. *STEDH Guja vs. Moldava*, de 12 de febrero de 2018: párrafo 77: “La motivación del trabajador que procede a divulgar es otro factor determinante para concluir si la acción debe beneficiarse o no de protección. Por ejemplo, un acto motivado por alguna queja o aversión personal o incluso por la perspectiva de algún beneficio personal, como una ganancia económica, no justifica un nivel de protección alto (Haseldine, decisión antedicha). Por tanto, es importante establecer si la persona en cuestión, al divulgar la información, ha actuado de buena fe y con la convicción de que la información era auténtica, si la divulgación servía al interés general y si el autor disponía o no de medios más discretos para denunciar las actuaciones en cuestión”. Consultable en español en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%22itemid%22:%22001-139375%22>}}

22. GÓNZÁLEZ NAVARRO, “Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos”, *REV L*, núm. 211, 1981, pp. 409 y ss.

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 (p. 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 (p. 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”)²³.

23. ¿Qué ocurre si no hay respuesta al denunciante? En nuestro sistema, cuando ello se produce en el seno del sector público debe entenderse que se produce un supuesto de mala administración que conduce, entre otras posibles reacciones, a un silencio administrativo, que produce un acto administrativo presunto de respuesta. Una denuncia busca la investigación de los hechos denunciados y la actuación respecto a ellos, es su esencia. Como decía el ya derogado Reglamento para el ejercicio de la Potestad Reglamentaria estatal (Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto): “Cuando se haya presentado una denuncia, se deberá comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento *cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación*” (art. 11). En realidad, debe entenderse implícita en toda denuncia dicha solicitud.

La siguiente pregunta entonces es: a falta de respuesta en plazo, ¿silencio positivo o negativo? Esto es, ¿respuesta favorable a apertura del procedimiento o denegatoria de la misma? Nada dice la Directiva al respecto, por lo que habrá que decidir conforme a nuestro sistema de derecho público. En el mismo, como es sabido, la regla general es el silencio positivo, si bien sometida a diversas excepciones (art. 24 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común). En nuestra opinión, no sería de aplicación al supuesto descrito ninguna de las excepciones existentes, salvo que en la transposición de la Directiva se optase por imponer por ley un silencio negativo. No nos parecería oportuno, pues el resultado de la mala administración no debe ser la denegación de la apertura del procedimiento sancionador subsiguiente, sino al contrario, la necesidad de su inicio.

- **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 subsiguiente procedimiento. Esa regulación debería incluir, pues, lo que se denomina un acicate o *nudge*²⁴, para acabar con la inercia existente de archivar denuncias sin una debida consideración con diligencia y cuidado. Ello sería especialmente importante **cundo 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

24. GARCÍA ARTEAGOITIA, “El éxito y el potencial del nudge en las políticas públicas”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. especial 3/2019, pp. 140-155 (disponible en: https://www.ivap.euskadi.eus/contenidos/informacion/rvgp_ultimo_numero/en_def/Garcia%20140_155.pdf).

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 que, por ejemplo:
 - Se indique explícitamente qué es una infracción menor y la 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 solo explícitamente establecido en una norma con rango de ley (art. 25 CE), y claramente delimitado, que además solo 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 legal²⁵.

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 debe 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.

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 y/o el patrimonio de las administraciones públicas.

25. Sobre el principio de oportunidad, en la línea que aquí se sugiere, véase REBOLLO PUIG, “Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora”, en GUILLÉN y CUERDO (dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en derecho de la competencia*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 407-466.

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 (STS 18 de enero de 2019, ponente Diego Córdoba Castroverde); en casación, la Sala de lo Contencioso señala que aunque la persona que denuncie sea solo denunciante (esto es, no sea interesado en relación con la apertura de un procedimiento de oficio subsiguiente), sí tiene legitimación para recurrir el archivo de la denuncia, esto es, para discutir, en definitiva, el respeto del 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 administraciones públicas.**

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, de forma automática, para discutir la tramitación y el resultado del posterior posible procedimiento efectivamente iniciado de oficio a raíz de su denuncia. Solo la tendrá si puede probar un derecho o interés legítimo específico, de acuerdo con una jurisprudencia española restrictiva²⁶.

26. CASTILLO BLANCO, “La ciudadanía y su exigencia de buena administración: ¿sería preciso repensar la legitimación activa en la jurisdicción contenciosa?”, artículo aparecido en el

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 abarcará, incluso, no solo 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.

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.)

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.

blog de *ACAL* el 25 de enero de 2021, consultable en: <https://www.acalsl.com/blog/2021/01/la-ciudadania-y-su-exigencia-de-buena-administracion-seria-preciso-repensar-la-legitimacion-activa-en-la-jurisdicion-contenciosa>. También CHAVES GARCÍA, “No habrá acción pública para los malvados contratos y concesiones de servicios públicos, Supremo *dixit*”, artículo aparecido en el blog *Delajusticia.com* el día 11 de enero de 2021, disponible en: <https://delajusticia.com/2021/01/11/no-habra-accion-publica-para-los-malvados-contratos-y-concesiones-de-servicios-publicos-supremo-dixit/>

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 cuando:

- 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.

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 establecerse 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 transposición deberá establecer medidas para indemnizar los daños y perjuicios derivados de dichas denuncias o revelaciones públicas.

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 para 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 *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.

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.

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 pública y buen gobierno, y equivalentes autonómicas).

3.2

Aspectos de compromiso político en la aplicación de la regulación, educación y formación

Más allá de la aprobación de nuevas leyes, que es solo 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.**

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 precisa 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.- 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.

3.- Debe fijarse un sistema de comunicación y asesoramiento relacionado con las denuncias y el uso del canal.

3.3

Aspectos de gestión

Junto a la mejora de la regulación y la educación y formación adecuada de los ciudadanos y gestores de denuncias:

- 1.- Debe contarse con los medios adecuados para ofrecer apoyo y protección a los denunciantes.
- 2.- Los órganos gestores de denuncias deben contar con los recursos adecuados para poder desarrollar una buena administración.

4

Bibliografía

- ARENA, G., “Un nuevo derecho para la administración compartida de los bienes comunes. La experiencia italiana”, *Revista de Administración Pública*, núm. 203, 2017.
- BALAN, E. y COSPANARU, I., “Whistleblowing – a Mechanism for Collecting Data on Non-Compliance with the Principles of Administrative Law in Order to Mitigate Risks”, *Acta Universitaris Danubius. Juridica*, vol. 13, núm. 1, 2017.
- BAÑO LEÓN, J. M.^a, “El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del derecho público español”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate* (Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016), pp. 496-518.
- CANO, T., “El autismo del legislador: la ‘nueva’ regulación de la potestad sancionadora de la Administración”, *RAP*, núm. 201, 2016, pp. 25 y ss.
- CASSESE, S., *Derecho administrativo: historia y futuro*, INAP, Global Press, 2014.
- CASTILLO BLANCO, F., “La ciudadanía y su exigencia de buena administración: ¿sería preciso repensar la legitimación activa en la jurisdicción contenciosa?”, artículo aparecido en el blog de ACAL el 25 de enero de 2021, consultable en: <https://www.acalsl.com/blog/2021/01/la-ciudadania-y-su-exigencia-de-buena-administracion-seria-preciso-repensar-la-legitimacion-activa-en-la-jurisdiccion-contenciosa>
- CHAVES GARCÍA, J. R., “No habrá acción pública para los malvados contratos y concesiones de servicios públicos, Supremo *dixit*”, artículo aparecido en el blog *Delajusticia.com* el día 11 de enero de 2021, disponible en: <https://delajusticia.com/2021/01/11/no-habra-accion-publica-para-los-malvados-contratos-y-concesiones-de-servicios-publicos-supremo-dixit/>
- FEINSTEIN, S. y DEVINE, T., *Are whistleblowing laws working? A global study of whistleblower protection litigation*, Government Accountability Project and the International Bar Association, Washington D.C. y Londres, 2021.
- GARCÍA ARTEAGOITIA, S., “El éxito y el potencial del nudge en las políticas públicas”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Pú-*

- blicas*, núm. especial 3/2019, pp. 140-155 (disponible en: https://www.ivap.euskadi.eus/contenidos/informacion/rvgp_ultimo_numero/en_def/García%20140_155.pdf).
- GARRIDO JUNCAL, A., “La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro”, *REALA*, núm. 12, 2019, pp. 126 y ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos”, *REVL*, núm. 211, 1981, pp. 409 y ss.
- MARTÍNEZ PEREDA, L., “La delación: miseria moral y control social en el primer franquismo”, artículo publicado en el blog *Conversación sobre la Historia*, 5 de mayo de 2020, consultable en: <https://conversacionsobrehistoria.info/2020/05/05/la-delacion-miseria-moral-y-control-social-en-el-primer-franquismo/>
- NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, 4.ª ed., Tecnos, 2005.
- PONCE, J., “Derecho administrativo global, derecho a una buena administración, economía del bien común y bienes comunes: ¿Hacia una paulatina convergencia entre el derecho administrativo y el derecho privado?”, en ORTIZ GARCÍA, M. (dir.), *Políticas públicas para fomentar una economía y sostenibilidad participativa*, Tirant lo Blanch, 2021.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “Public compliance y corrupción: análisis conceptual y propuestas”, *R.I.T.I.*, núm. 2, septiembre-diciembre 2016.
- REBOLLO PUIG, M., “Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora”, en GUILLÉN, J. y CUERDO, M. (dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en derecho de la competencia*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 407-466.
- STANGER, A., *Whistleblowers: Honesty in America from Washington to Trump*, Yale University Press, New Haven, 2019.
- THOMAS, R. G., “Whistleblowing and power: A network perspective”, *Business Ethics: A European review*, vol. 29, núm. 4, 2020, pp. 842-855.
- VILLORIA MENDIETA, M., “El reto de la transparencia”, en *Anuario de Transparencia Local 2018*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2019.