Claves 38

Serie Claves del Gobierno Local

Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales

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

Directores: Alfredo GALÁN GALÁN
Petra MAHILLO GARCÍA

Coordinadores: Marcos ALMEIDA CERREDA
Xavier FORCADELL ESTELLER

Noelia BETETOS AGRELO
Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ
Tomás CANO CAMPOS
Oscar CAPDEFERRO VILLAGRASA
Agustí CERRILLO i MARTÍNEZ
Gianluca GARDINI
Andrea GARRIDO JUNCAL
Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO
Margarita PARAJÓ CALVO
Leonor RAMS RAMOS
Elisabet SAMARRA GALLEGO

FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL

Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales

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

Claves 38

Serie Claves del Gobierno Local

Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales

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

Directores: Alfredo GALÁN GALÁN
Petra MAHILLO GARCÍA

Coordinadores: Marcos ALMEIDA CERREDA
Xavier FORCADELL ESTELLER

Noelia BETETOS AGRELO
Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ
Tomás CANO CAMPOS
Oscar CAPDEFERRO VILLAGRASA
Agustí CERRILLO i MARTÍNEZ
Gianluca GARDINI
Andrea GARRIDO JUNCAL
Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO
Margarita PARAJÓ CALVO
Leonor RAMS RAMOS
Elisabet SAMARRA GALLEGO

FUNDACIÓN
DEMOCRACIA
Y GOBIERNO LOCAL

Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona
c/ Fernando el Santo 27, bajo A - 28010 Madrid
www.gobiernolocal.org

Corrección y revisión de textos: María Teresa Hernández Gil

Producción: Estilo Estugraf Impresores, S.L.

Depósito legal: M-33895-2023
ISBN: 978-84-125912-4-8

Índice

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

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

Presentación

El reto de la aplicación a las Administraciones locales de la nueva regulación sobre canales de información y protección del denunciante

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

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

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

Ambas normas comparten una doble finalidad. Por un lado, otorgar una protección adecuada frente a las represalias que puedan sufrir las personas físicas que informen sobre alguna de las acciones u omisiones que constituyan infracciones cualificadas del derecho de la Unión Europea o del derecho nacional. Y, por otro lado, lograr el fortalecimiento de la cultura de la integridad de las organizaciones, públicas y privadas, como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público.

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

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

Por lo que se refiere, en particular, al sector público, la LPI exige que todas las Administraciones públicas, ya sean territoriales, corporativas o institucionales, cuenten con un Sistema interno de información. Respecto de las Administraciones locales, aunque la directiva permitía a los Estados miembros dispensar de tal obligación a los municipios de menos de diez mil habitantes, la LPI no contempla esta excepción. El preámbulo de esta norma justifica tal decisión del siguiente modo: "En consecuencia, atendiendo a la necesidad de ofrecer un marco común y general de protección de los informantes, de no facilitar resquicios que puedan dañar gravemente el interés general, se extiende a todos los municipios la obligación de contar con un Sistema interno de información". Ahora bien, es cierto que tal obligación se acompaña de ciertas precisiones con el fin de facilitar su cumplimiento a aquellos municipios cuya población no supere los diez mil habitantes. Así, la LPI permite que estos municipios puedan compartir medios para la recepción de informaciones con otras Administraciones que ejerzan sus competencias en la misma comunidad autónoma. Aquí se puede intuir el importante papel que las diputaciones provinciales y, en general, los Gobiernos locales intermedios están llamados a jugar en este ámbito.

En este contexto, brevemente descrito, la Fundación Democracia y Gobierno Local ha querido impulsar la elaboración de esta obra, que pretende ser un apoyo para los Gobiernos locales a la hora de interpretar y aplicar la LPI, una norma que, presentando algunas dificultades de técnica normativa, no es de sencilla aplicación.

Para llevar a cabo este complejo trabajo de estudio, sistematización y exégesis se ha contado con un muy cualificado equipo de expertos.

De entrada, Francisco Caamaño Domínguez, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de A Coruña, realiza una aproximación a los sistemas de información y a los canales de incidencias, destacando algunos de los más importantes problemas de interpretación y puesta en práctica que plantea la LPI.

A continuación, Elisabet Samarra Gallego, jefa del Servicio de Atención Ciudadana presencial y digital de la Dirección General de Servicios Digitales y Experiencia Ciudadana de la Generalitat de Cataluña, explica las principales características del Sistema interno de información diseñado por la LPI.

En estrecha conexión con la aportación anterior, Margarita Parajó Calvo, titular de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Vigo, desde un punto de vista práctico, estudia la implantación del Sistema interno de información sobre infracciones normativas, en particular, en las entidades locales.

Sigue Humberto Gosálbez Pequeño, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba, quien expone crítica y comparada-

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

mente la regulación de los canales externos de información sobre infracciones normativas, tanto en la directiva como en la LPI.

En quinto lugar, Andrea Garrido Juncal, profesora contratada doctora de Derecho Administrativo en la Universidad de Santiago de Compostela, da cuenta de las condiciones que deben reunir los informantes para poder gozar de protección y de las medidas de tutela que pueden ser adoptadas, sin olvidar los derechos de las personas afectadas por la información.

Tomás Cano Campos, catedrático de Derecho Administrativo y consejero académico de Tornos Abogados, examina el régimen sancionador contenido en la LPI como garantía última para la protección de los informantes y para la efectividad de las previsiones de la citada norma.

Por su parte, Oscar Capdeferro Villagrasa, profesor lector de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, analiza el origen, organización, funciones, potestades y funcionamiento de la autoridad independiente de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas.

En octavo lugar, Noelia Betetos Agrelo, profesora contratada predoctoral FPU en la Universidad de Santiago de Compostela, aborda el estudio de las obligaciones de transparencia y del registro de informaciones, en el marco de los procesos de gestión de informaciones sobre infracciones normativas.

Posteriormente, Agustí Cerrillo i Martínez, catedrático de Derecho Administrativo en la Universitat Oberta de Catalunya, examina el régimen de la revelación de informaciones en el marco de los procesos de información sobre infracciones normativas.

En décimo lugar, Leonor Rams Ramos, delegada de protección de datos y profesora titular de Derecho Administrativo en la Universidad Rey Juan Carlos, recopila y estudia críticamente todos los preceptos de la LPI relativos a la protección de datos de carácter personal en el marco de los procedimientos de información sobre infracciones normativas.

Finalmente, Gianluca Gardini, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Ferrara, realiza una contribución en la que explica el modelo italiano de protección de los informantes.

A todos los colaboradores citados, junto a los coordinadores de la publicación, Marcos Almeida Cerreda y Xavier Forcadell Esteller, queremos agradecer la excelente labor realizada. El fruto del esfuerzo de todos ellos, esto es, el libro que el lector tiene ahora en sus manos, engarza perfectamente

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

con la finalidad de la Fundación Democracia y Gobierno Local. Esta entidad sin ánimo de lucro, con ya más de veinte años de andadura, tiene como objeto el impulso y el desarrollo de iniciativas de interés para los Gobiernos locales, en particular los intermedios. No cabe duda de que la materia relativa a los canales de información y protección del denunciante y, en concreto, los estudios que aquí se contienen sobre la LPI, son de gran relevancia y actualidad para todas las Administraciones públicas y, en especial, para las locales. Con esta obra, en definitiva, se pretende proporcionar una herramienta útil a los responsables locales en cumplimiento de lo que constituye nuestra misión fundacional.

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

Una aproximación a los sistemas de información y los canales de incidencias. Algunos problemas de interpretación e implementación de la Ley 2/2023

Francisco Caamaño Domínguez
Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidade da Coruña

SUMARIO. **1. *Whistleblowing*: comprometido o chivato.** 1.1. Origen y marco legal. 1.2. La Directiva 2019/1937 y la Ley 2/2023, de 20 de febrero. **2. El informante. 3. El Sistema interno de información regulado por la Ley 2/2023, de 20 de febrero.** 3.1. La investigación de las comunicaciones. La necesaria diferencia entre triaje y denuncia. 3.2. Sistemas de información y protección de datos personales. **4. La duplicidad de canales. 5. Bibliografía.**

1. *Whistleblowing:* comprometido o chivato

Las informaciones sin autoría son sospechosas y carecen de credibilidad. Es fácil lanzar la piedra y esconder la mano, convertir la discrepancia en daño, el odio en venganza, sabiendo que nada habrá que explicar. El derecho repudia las piedras sin manos: las denuncias anónimas no pueden sustentar una acusación.

Ahora bien, el anonimato favorece la sensación de impunidad, que es la principal causa de corrupción. Aquel que se encuentra en una posición de poder frente a otros, sabe que quien revele sus malas prácticas lleva las de perder. El miedo a la reacción frena la acción y nadie está dispuesto a cargar con la verdad sobre sus espaldas para ser señalado con el dedo o hundirse en el pantano de la indiferencia. La desconfianza jurídica en la denuncia

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

anónima alimenta la impunidad. La suma de silencios tiende al delito. Todos lo sabían, pero todos lo callaban.

Se hacía necesario encontrar una solución a este dilema tan vinculado a la salud de las organizaciones. Los canales de incidencias surgieron como un remedio de compromiso. Por un lado, protegen al confidente frente a los que ostentan el poder. Por otro, permiten verificar mínimamente la información antes de que "formalmente" se convierta en denuncia, aportando el mínimo de fiabilidad necesario para que, aun siendo anónima, no sea jurídicamente rechazada en su inicio. Esto significa que, técnicamente, no hay denuncia hasta que la comunicación es validada por el órgano responsable del sistema de información. Solo entonces alguien responde de ella, es decir, tiene que explicarla, aunque su autor originario sea desconocido. Olvidar esta perspectiva y pensar que lo que se tramita en el sistema ya es, jurídicamente, una denuncia, solo conduce a un terreno jurídicamente intransitable.

1.1. Origen y marco legal

En contra de lo que pudiera pensarse, los canales de incidencias no nacieron en el ámbito de las organizaciones privadas, como una herramienta al servicio de sus programas de cumplimiento. Antes bien, fueron concebidos para perseguir la corrupción pública. Aunque existen algunos precedentes remotos en el Reino Unido[1], es la influencia del puritanismo en los Estados Unidos de América, y la idea calvinista de perfeccionamiento del individuo como "amor a lo que el destino divino le ha deparado", lo que mejor explica la cultura de la protección y recompensa de los delatores que actúan en beneficio de la comunidad. Se trata, en definitiva, de incentivar y premiar la revelación de conductas contrarias a la moral o las leyes, y vencer la presión que ejercen las personas corruptas sobre su entorno.

En plena guerra de Secesión, el 2 de marzo de 1863, se aprobó la *False Claims Act*, también conocida como la "Ley Lincoln". Mediante esta "ley de porcentaje" (*Qui tam law*) la persona que denunciase la comisión de un fraude en las operaciones de aprovisionamiento del ejército tenía derecho a una parte del valor de lo recuperado.

Tiempo después, y en un contexto muy distinto, se fraguó una idea mucho más próxima a los actuales canales de información. Durante las Admi-

1. En el año 1318, Eduardo II autorizó que se redujese a un tercio la pena de aquellos condenados que denunciasen con éxito a los servidores públicos que comerciaban con el vino. Las referencias históricas, también las referidas a la Ley Lincoln, las he tomado del Informe "Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes", de 26 de abril de 2021, Congressional Research Service. Disponible en https://sgp.fas.org/crs/misc/R40785.pdf.

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

nistraciones de Roosevelt y Taft se había prohibido a los servidores públicos comunicarse con el Congreso sin la autorización de su superior. Hacerlo era motivo de despido. El senador republicano Robert M. La Follette impulsó una ley con el fin de proteger a los empleados federales que pusiesen en conocimiento de la Cámara las irregularidades cometidas por sus superiores en la gestión y administración de funciones y recursos públicos. La iniciativa fue retomada por el congresista demócrata James Tilghman Lloyd, aprobándose por la Cámara de Representantes, en el año 1912, la conocida como *Lloyd-La Follette Act*. Esta ley permitía el acceso directo de los trabajadores federales al Congreso para registrar quejas sobre la conducta de sus supervisores y denunciar casos de corrupción o incompetencia. En defensa de su iniciativa el senador La Follette puso el ejemplo del despido de un empleado por haber dado publicidad a las condiciones de insalubridad que existían en ciertas zonas del edificio de correos de la ciudad de Chicago, lo que, a pesar de ser corroborado, no impidió que fuese inmediatamente cesado y retirado del servicio (Diario del Congreso, vol. 1806, p. 10731, año 1912).

Los delatores ya no actúan animados por un beneficio económico. Ahora se han convertido en "informadores" o "alertadores" movidos, fundamentalmente, por convicciones éticas y cierto coraje frente al fraude y la mala gestión de recursos ajenos. La lógica de la denuncia también ha cambiado: de la reacción —conseguir recuperar y reparar el daño sufrido mediante el incentivo de la recompensa, incluida la posibilidad de inmunidad penal (Simón Castellano, 2022)— a la prevención —advertir y "soplar el silbato" para que los daños no lleguen a producirse—.

Sobre estas bases se articularon los actuales sistemas internos de información. La Unión Europea (UE), preocupada por la indebida utilización de los fondos que concede a los Estados miembros y por evitar que las malas praxis se conviertan, finalmente, en escenario de fraude y corrupción, promovió para sectores especialmente regulados (financiero, bancario, seguros…) políticas de *compliance* y de autorregulación y control (exigencia de honorabilidad en el sector del transporte; obligación de proactividad en la protección de datos, o auditorías y controles específicos, como ocurre con los sujetos obligados por las normas contra el blanqueo de capitales). Los canales internos formaban parte de todos esos marcos regulatorios, como un instrumento irrenunciable al servicio de las políticas de prevención y control.

En el ámbito local, los primeros canales habilitados para la presentación segura de denuncias y comunicaciones, incluso anónimas, con el fin de alertar sobre la eventual realización de actos u omisiones ilícitas (penales o administrativas) por parte de las personas vinculadas a los Gobiernos

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

locales, surgieron como una herramienta al servicio del compromiso ético impulsado por el Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa en sus recomendaciones 60 y 86 del año 1999. Estas recomendaciones perseguían orientar la conducta de las autoridades locales para mejorar la ética pública. La aprobación del *Código Europeo de Conducta para la integridad pública de los representantes locales electos* (ratificado por su Pleno el 25 de enero de 2012) reforzaba esta línea de actuación que pivotaba sobre la figura del representante electo, siendo secundaria la preocupación por establecer una cultura de la entidad, compartida por todas las personas que la integran, que, sin embargo, es la finalidad primera de los actuales modelos de cumplimiento normativo e integridad institucional.

En efecto, hoy en día las políticas de integridad institucional[2] se centran en el conjunto de la organización, entendida como un crisol de posiciones diversas (cargos públicos representativos, funcionarios, empleados, becarios, delegados, representantes, personas físicas o jurídicas contratadas o subcontratadas…). Es el desempeño de todas ellas lo que conforma la imagen y el estilo de la entidad. El objetivo de las políticas de cumplimiento e integridad ya no se focaliza en la ética del cargo público, ni siquiera en la ética colectiva de la institución, sino, y sobre todo, en el buen gobierno.

La idea de los códigos éticos ya no se ajusta a los propósitos, mucho más amplios, de la buena administración. Un acto de corrupción daña igualmente a la institución lo cometa un representante electo, un empleado público, un proveedor o una empresa subcontratada. El desprestigio se proyecta sobre todos. Para evitarlo es imprescindible una buena política de prevención de riesgos.

Mediante los códigos éticos se pretende completar la cultura de una organización, orientándola, desde la formación y la persuasión, hacia el logro de ciertos objetivos comunes (igualdad, defensa del medio ambiente, austeridad…) que, además, mejoran su rendimiento social, tanto interno (convivencia) como externo (responsabilidad social corporativa). Ahora bien, en el sector público, esa visión de predominio de lo "ético" ha ido cediendo su protagonismo inicial a otra concepción más cercana a la juridicidad y que descansa en las nociones de buen gobierno (López

2. Para un acercamiento a la realidad del principio de integridad en nuestras Administraciones públicas, *vid*. Villoria Mendieta (2012). Por su proyección en el ámbito local, también es de interés Villoria Mendieta (2016), y la obra colectiva publicada en *Govern Obert*, núm. 6, bajo el título "Buen Gobierno e integridad pública contra la corrupción", Generalitat de Cataluña, 2019. Disponible en https://governobert.gencat.cat/web/.content/01_Que_es/04_Publicacions/collecio_govern_obert/GovernObert_6/Govern-obert-6_Cas.pdf.

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

Donaire, 2022), transparencia e integridad institucional. El artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales (30.3.2010) reconoce la buena administración como un derecho fundamental de toda la ciudadanía europea, dotando de eficacia jurídica a lo que antes era solo una premisa ética.

De hecho, hay una clara distancia entre las buenas prácticas administrativas y el respeto a ciertas pautas éticas, pues mediante las primeras se realizan fines y objetivos integrantes del ordenamiento jurídico (valores y principios constitucionales o legales) que completan la aplicación de las normas. Importa, pues, diferenciar entre el sistema de información interno de una entidad pública y el de una entidad privada. Sus funcionalidades no son objetivamente asimilables.

En la esfera del *compliance* público, las normas de cumplimiento no se circunscriben a la declaración de un compromiso ético por parte de las personas que integran la institución, y a la articulación de algún sistema de "examen de conductas" y "fórmulas de reprobación". Por eso, una interpretación de la legalidad en clave "exclusivamente ética" podría transmutar al responsable (persona u órgano colegiado) del Sistema interno de información en una suerte de reestablecido "tribunal de honor", contrario, claro está, a lo dispuesto en el artículo 26 CE[3].

Con todo, la exigencia de canales internos abandonará el terreno de la ética y de las áreas sensibles para proyectarse, con carácter general, sobre toda la actividad de la UE. Este salto normativo se producirá definitivamente con la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo.

1.2. La Directiva 2019/1937 y la Ley 2/2023, de 20 de febrero

En España la preocupación por las políticas de prevención de riesgos se intensificó como consecuencia de la legislación anticorrupción adoptada por algunas comunidades autónomas[4] y las reformas del Código Penal de los

3. Sobre los tribunales de honor *vid.* Domínguez-Berrueta de Juan (1984).

4. *Vid.* la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña, y después de la reforma del Código Penal también se aprobaron la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración pública y se establecen las garantías de los informantes; la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana; la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las

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

años 2010 y 2015, que introdujeron, por primera vez en nuestra historia, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y establecieron como circunstancia atenuante, o como eximente, el hecho de contar la organización con un modelo de cumplimiento normativo adecuado y eficaz. Obviamente, como parte del modelo es indispensable que la organización disponga de uno o más canales internos donde poder presentar, con identificación personal o de forma anónima, comunicaciones relativas a la conculcación o inobservancia del programa de cumplimiento, garantizándose la indemnidad de la persona comunicante.

Pero no será hasta la aprobación de la Directiva 2019/1937 cuando se produzca una primera regulación normativa de alcance general (Bachmaier Winter, 2019). En efecto, la norma comunitaria no solo favoreció la apuntada generalización de los sistemas de información y, por tanto, la extensión aplicativa de los canales y de las garantías que deben asegurar la protección de las personas confidentes. También ha introducido un desdoblamiento de los sistemas de información, creando, al lado del tradicional canal interno, otro canal alternativo y redundante, al que denomina canal externo, y una autoridad pública de nueva factura, encargada de gestionarlo y, al tiempo, de supervisar el cumplimiento de la Directiva por los sujetos obligados a disponer de un canal interno. Una duplicidad que, como veremos, suscita algunas dudas acerca de su pretendida complementariedad y su eficacia real. Las relaciones canal interno/canal externo no parecen inteligentemente definidas ni deslindadas, lo que oscurece la claridad de objetivos perseguidos por la Directiva.

Como no podía ser de otro modo, la Directiva establecía la obligación de disponer de un sistema de información para todas las entidades públicas y privadas, autorizando a los Estados miembros para excepcionar (artículo 8.9) a los municipios de menos de 10 000 habitantes o con menos de 50 trabajadores, u otras entidades con menos de 50 trabajadores; y limitaba su ámbito material de aplicación a determinadas infracciones del derecho de la Unión.

La transposición de esa Directiva se llevó a cabo por el legislador español mediante la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Dejando al margen algunas otras variaciones regulatorias res-

Illes Balears; la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Pública de Aragón, y la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra. En todas estas leyes se prevé la existencia de canales de comunicación con protección del informante.

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

pecto del contenido de la Directiva, sin duda la decisión más relevante es la consistente en extender las previsiones de la ley al ámbito del derecho interno y, por tanto, a todas las "acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave" (artículo 2.b), con excepción de las informaciones clasificadas, sujetas a secreto profesional, y del secreto de las deliberaciones judiciales (artículo 2.4).

Sin minusvalorar las bondades de la Directiva y su voluntad de implicar a las personas jurídicas, públicas y privadas, en las políticas de prevención (Olaizola Nogales, 2021), lo cierto es que su diseño suscita algunas dudas que no han sido resueltas por el legislador español.

2. El informante

Uno de los aspectos más significativos de la Directiva consiste en reducir la condición de persona denunciante a la de persona física (artículo 5.1.7). Esto supone que las personas jurídicas no están legitimadas para realizar comunicaciones en relación con hechos que puedan ser constitutivos de delitos o infracciones administrativas graves o muy graves. Que la protección que garantiza la ley se circunscriba a personas físicas, no debiera ser impedimento, a mi juicio, para que las personas jurídicas también pudiesen ser informantes. De hecho, cuesta comprender que ciertos colectivos sociales organizados (organizaciones de consumidores, asociaciones, sindicatos…) no puedan presentar comunicaciones en el ámbito fijado por la Directiva, cuando esta reconoce expresamente que el informante puede ser anónimo. Admitida la denuncia anónima: ¿quién puede asegurar que el informante no es una persona jurídica?

Cabría, incluso, la posibilidad de que, en atención a su naturaleza, los canales internos, pensados fundamentalmente para personas con vinculación a una persona jurídica pública o privada, se reservasen a informantes que fuesen personas físicas, y los canales externos, por ser canales oficializados, se abriesen, además, a las personas jurídicas. La propia Directiva, en su considerando 33, explica lo siguiente: "En general, los denunciantes se sienten más cómodos denunciando por canales internos, a menos que tengan motivos para denunciar por canales externos. Estudios empíricos demuestran que la mayoría de los denunciantes tienden a denunciar por canales internos, dentro de la organización en la que trabajan. La denuncia interna es también el mejor modo de recabar información de las personas que pueden contribuir a resolver con prontitud y efectividad los riesgos para el interés publico".

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

Sin duda, uno de "esos motivos" para informar por canales externos es que la persona informante pertenezca a una entidad asociativa que, por su condición y objeto (defensa de los usuarios, protección de menores, lucha contra la corrupción, contra la droga…), esté dispuesta a poner en conocimiento de las autoridades informaciones que sus miembros, individualmente, nunca realizarían. Sin embargo, la Directiva parece descartar esa posibilidad y, en todo caso, así lo ha hecho el legislador español, cuando, al caracterizar el canal externo, comienza afirmando que "toda *persona física* podrá informar […]" (artículo 16.1 de la Ley 2/2023).

3. El Sistema interno de información regulado por la Ley 2/2023, de 20 de febrero

Siguiendo las pautas marcadas por la Directiva 2019/1937, la Ley 2/2023 no se limita a regular los elementos mínimos que han de caracterizar los canales de comunicación de infracciones penales o administrativas graves o muy graves, sino que exige a los sujetos obligados que cuenten con un completo sistema de información que permita coordinar todas las entradas de comunicación en la organización, pues, si bien el Sistema interno de información es el "cauce preferente" (artículo 4), deberá "integrar los distintos canales internos de información que pudieran establecerse dentro la entidad" (artículo 5.d). Esto plantea un primer problema de configuración del sistema, difícil de solventar.

La gran mayoría de las entidades y organizaciones cuentan en la actualidad con distintos órganos y comisiones (acoso, igualdad, transparencia, privacidad, auditoria financiera…) imprescindibles para cumplir con lo previsto en las leyes o para ofrecer un servicio de calidad a la ciudadanía (atención al cliente, a socios o asociados, a proveedores, a usuarios o consumidores…). Estos órganos especializados por razón de la materia tienen su propio canal de entrada de informaciones y también un procedimiento operativo y de resolución, a menudo exigido por una disposición legal. Si los distintos canales de la organización "deben integrarse" en el Sstema interno de información, la pregunta es cómo pueden hacerlo, pues ni legal ni funcionalmente es posible unificar procedimientos y órganos de prevención. En efecto, no parece que el "responsable del sistema" (artículo 8 de la Ley 2/2023), ya sea una persona física o un órgano colegiado, pueda sustituir, por ejemplo, a la Comisión de Igualdad (Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre), al Delegado de Protección de Datos (artículos 34 y ss. de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre) o al Defensor del Vecino, allí donde exista. Todos estos órganos pueden recibir comunicaciones relativas a la comisión de un ilícito penal o administrativo grave o muy grave, y por tanto se produce el inevitable di-

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

lema acerca de cuáles han de ser el procedimiento y el órgano finalmente competente, o, en su caso, cómo establecer una fórmula combinada entre el procedimiento especializado y el previsto en la Ley 2/2023 para el Sistema interno de información que resulte funcional, no redundante y mínimamente operativa.

En la práctica solo dos opciones parecen viables: a) considerar que el responsable del Sistema interno de información es un mero gestor de los canales de entrada de comunicaciones, a quien corresponde salvaguardar su trazabilidad, y, cuando fuese necesario, elevar subsidiariamente a la persona o al órgano de administración y gobierno una propuesta en relación con las comunicaciones recibidas; o b) —sin duda, la solución más sencilla y práctica— configurar el Sistema interno de información con un solo canal, advirtiendo que los demás canales internos existentes en la organización quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 2/2023, lo que significa que a ellos no les es de aplicación la protección que dicha ley otorga a las personas confidentes[5]. Ninguna de estas alternativas es satisfactoria, pero se convendrá en que la regulación, tanto de la Directiva como de la Ley 2/2023, no deja mucho más margen para solventar la superposición de canales y órganos de prevención previstos. Estamos, pues, ante una convivencia difícil de articular, que la Ley 2/2023, lejos de facilitar, complica.

3.1. La investigación de las comunicaciones. La necesaria diferencia entre triaje y denuncia

La protección que dispensa la Ley 2/2023 a las personas confidentes se circunscribe, pues, a un especifico canal, a no ser que expresamente se incluyan otros distintos en el Sistema interno de información, lo que refuerza las medidas de ciberseguridad y la indemnidad de los comunicantes, pero comporta un modelo de relaciones internas entre órganos de prevención mucho más complejo y dificultoso.

Aunque tanto la Directiva como la ley tienen por objeto asegurar la protección jurídica del confidente, lo cierto es que despliegan, fundamentalmente, su efecto respecto de aquellas personas que utilicen un determinado canal, de forma que la configuración de esos canales internos y externos se convierte en la verdadera novedad de la Directiva y de la ley española que

5. *Vid*. artículo 7.4 de la Ley 2/2023.

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

la transpone. Y es, precisamente, en este punto, donde la Ley 2/2023 resulta más confusa e inacabada, tanto en su expresión como en su contenido regulatorio. Me atrevería a decir que el autor de la ley nunca ha gestionado canales de incidencias o algún *speak up system*. Un desconocimiento que daña la calidad de la ley.

Recordemos que sus objetivos fundamentales son tres: a) habilitar cauces específicos de información; b) proteger a la persona informante; y c) legitimar la denuncia anónima (Magro Servet, 2023; Jericó Ojer, 2023).

En la práctica, esta última es su finalidad principal y más valiosa, aunque a menudo resulte olvidada. En efecto, la investigación (que no instrucción) de la comunicación (que no denuncia) no significa, técnicamente, la apertura de un expediente administrativo sancionador o disciplinario laboral, ni, mucho menos, de unas actuaciones equiparables a las que son propias de un proceso penal. La recepción de una comunicación tampoco puede hacer pensar que la persona o el órgano responsable del Sistema interno de información tenga que pronunciarse sobre ella. Interpretar lo contrario, supondría convertirlo en una suerte de Torquemada de la organización, a quien correspondería resolver sobre toda clase de incidencias, con independencia de su grado de especialización y conocimiento.

Por estas poderosas razones, la Ley 2/2023 ha de interpretarse más bien en sintonía con los estándares internacionales aprobados en la materia, especialmente con la ISO 37002 sobre gestión de canales de denuncia, en la que, acertadamente, se diferencia entre una primera fase de triaje, es decir, de constatación y clasificación básica de la información recibida, y el inicio propiamente dicho de lo que sería un procedimiento disciplinario o sancionador. Cuando termina el triaje, y por tanto el cometido del órgano responsable del Sistema interno de información (SII) o de aquel otro que, por razón de su especialidad, hubiese asumido para esa comunicación las tareas de investigación y propuesta, la Ley 2/2023 ha concluido en sus efectos jurídicos. A partir de ese momento corresponde a la autoridad, al administrador o al órgano de gobierno de la entidad decidir si acuerda iniciar (o no) un expediente con arreglo a lo dispuesto en las leyes, o adoptar otras medidas alternativas de prevención y control. La Ley 2/2023 no convierte ese "triaje" en un expediente administrativo o disciplinario laboral, y menos aún en una sucesión de diligencias penales de investigación.

Cualquier otra opción hermenéutica sobre el funcionamiento del canal interno de información es caminar hacia un horizonte jurídicamente imposible:

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

a) Las organizaciones privadas no tienen las potestades de investigación que corresponden a determinadas autoridades públicas, cuyo personal se encuentra vinculado por una relación de sujeción especial. Por tanto, no están legalmente legitimadas para inmiscuirse en su actividad extralaboral, en su intimidad o privacidad, o en ámbitos cubiertos por otros derechos fundamentales. Las diligencias de averiguación de una organización privada son, por definición, limitadas y circunscritas a lo imprescindible. No son un poder público y, por tanto, carecen de facultades administrativas de intervención. Es cierto que el empresario puede hacer uso de su poder de dirección y control sobre sus empleados (artículos 1.1 y 20 del Estatuto de los Trabajadores). Pero no es menos cierto que ese poder, más dirigido a la ordenación de la actividad mediante órdenes e instrucciones que a la investigación, ha de ejercerse dentro de unos límites muy estrictos, establecidos en defensa de las personas trabajadoras y sus derechos.

Cuando se trata de entidades públicas, la cuestión puede complicarse mucho más si se asume la tesis tradicional de que todo acto de la Administración es un acto administrativo, con independencia de su propósito y sus efectos jurídicos. A menudo se olvida que los entes que integran el sector público, bien por ser "Gobierno", "agencia" o "empresa", cuentan con ciertas funciones de gobernanza y dirección que no se expresan necesariamente mediante actos administrativos. Son, más bien, actos de dirección o impulso de naturaleza preparatoria, que anteceden a un acto jurídico propiamente entendido. El Sistema interno de información es una herramienta para la prevención de riesgos que permite a una Administración "medir el pulso" de su realidad organizativa y, en su caso, adoptar las medidas pertinentes. Como tal herramienta, está sujeta a las condiciones de la Ley 2/2023, pero ello no significa que, desde la recepción de la comunicación, pasando por la tramitación y llegando a la propuesta que se eleve al órgano de gobierno, nos encontremos ante un "procedimiento administrativo" en sentido técnico, y que los actos de impulso sean jurídicamente actos administrativos. Tampoco la admisión de una comunicación implica la apertura de un expediente administrativo. En puridad, este solo se iniciará cuando, finalizada la fase de triaje, el órgano de administración o gobierno acuerde, en su caso, iniciar un expediente disciplinario o trasladar la información a la Administración competente por razón de la materia o al Ministerio Fiscal.

Además, solo a partir de ese momento debe cumplirse con todas las garantías de información, audiencia y defensa previstas en la Constitución y las leyes. Lo contrario sería caminar hacia el absurdo. Supongamos que se recibe una comunicación en la que se relatan unos hechos, que pueden ser constitutivos de delito, llevados a cabo por otras personas vinculadas a la or-

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

ganización o entidad pública. Si consideramos que en ese mismo momento se ha iniciado un expediente administrativo, sería obligatorio dar traslado a las personas afectadas por la comunicación y concederles un plazo de alegaciones, lo que de inmediato frustraría la fase de investigación propia del proceso penal, siendo inútil, por ineficaz, que el juez pueda acordar el secreto de las actuaciones, pues, antes de existir una denuncia propiamente dicha, ya se habría advertido a los potenciales denunciados. Los actos de impulso que se realizan en el seno del SII no son, en puridad, actos administrativos, ni el procedimiento del SII es un procedimiento de esa naturaleza, aunque se desenvuelva en el seno de una Administración o entidad que forme parte del sector público.

Esta tesis se refuerza si traemos a colación el artículo 20.4 de la Ley 2/2023, donde se declara que las decisiones de la Autoridad Independiente de Protección del Informante o autoridad autonómica "no serán recurribles en vía administrativa ni en vía contencioso administrativa". En efecto, esta entidad pública de nueva creación se limita a emitir un informe (artículo 20.1 de la Ley 2/2023), con mucho, una propuesta, que remitirá a "la autoridad competente" o al "Ministerio Fiscal" para que sean estos los que acuerden formular o no una denuncia en relación con la comisión de hechos ilícitos penales o administrativos, graves o muy graves. Por tanto, serán estos últimos los que, en su caso, inicien el expediente judicial o administrativo sancionador. Son ellos los que dictan un primer acto jurídicamente relevante y susceptible de control jurisdiccional. A diferencia, pues, de la opinión sustentada por aquellos que consideran que el citado artículo 20.4 es contrario al principio constitucional de "reserva de jurisdicción" y al derecho a una tutela judicial efectiva *ex* artículo 24 CE, creo que este precepto es plenamente constitucional, por cuanto los actos de impulso que se encadenan en el procedimiento del SII no son, propiamente, actos que, por sí mismos, desplieguen efectos jurídicos, de modo que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de control judicial. Cuestión completamente distinta es que del incumplimiento de lo dispuesto en la Ley 2/2023 se deriven responsabilidades jurídicas. Estamos ante dos planos perfectamente diferenciados que, a mi juicio, no se deben confundir. El único procedimiento administrativo sancionador que puede activar la A.I.I. es el previsto en el título IX de la ley, pues el establecido para el canal externo dependiente de la institución no lo es, a pesar del error de calificación jurídica cometido por el legislador.

b) El responsable del sistema interno de información, sea una persona o un órgano, no puede estar permanentemente bajo la espada de Damocles de haber inadmitido aquello que finalmente ha sido considerado como una conducta merecedora de una sanción grave o muy grave, o, lo que es

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

peor, de un delito. Si hacemos recaer esa responsabilidad sobre sus espaldas, entonces toda la información recibida será sistemáticamente admitida, convirtiendo en inútil la fase de triaje y la idea misma del canal interno, cuya operatividad moriría por *indiferencia en la gestión*. En su descuidada nomenclatura, la ley se expresa de forma imprecisa y omite algún trámite que resulta imprescindible para que el modelo implantado pueda realmente funcionar. Así, cuando no haya podido acreditarse la verosimilitud de una comunicación, no siempre es procedente acordar su inadmisión. A veces, será necesario decretar su archivo provisional, a la espera de nuevas informaciones o acontecimientos.

c) El responsable del Sistema interno de información (SII) es un delegado del órgano de gobierno y administración, de modo que, aunque opere con autonomía funcional, nunca podrá hacerlo con independencia, como erróneamente dice la ley[6]. Aquí la confusión del legislador es plena. Por un lado, nos dice que la persona responsable del SII ha de ser un directivo, una persona que actúa por delegación del consejo u órgano de dirección, lo que significa, como es obvio, que no puede ser ni independiente ni tan siquiera funcionalmente autónomo, lo que resulta difícilmente explicable por contradictorio. O se está en la línea de dirección o se es un órgano de auditoría y control designado por el órgano de gobierno. Si el responsable del SII ha de ser lo segundo, entonces no debe ni puede ser lo primero. Pero, además, la ley permite que esa función pueda externalizarse, compatibilizarse y atribuirse a un órgano colegiado. La única forma de poner en orden esta sucesión de alternativas es entender que, en el caso de organizaciones de cierto tamaño, lo recomendable es encomendar al órgano de cumplimiento la condición de responsable del SII, y que, en su seno, se designe a la persona gestora a la que también hace referencia la ley. En este supuesto, lo lógico es entender que el presidente del órgano de cumplimiento es la persona "directiva" a la que se refiere la ley, esto es, aquella que *dirige* el órgano de cumplimiento y responsable del SII. Desde esa perspectiva, sí puede decirse que asume una función de dirección autónoma e independiente de la que corresponde a la dirección ejecutiva de la organización. Solo así es factible asegurar la existencia de un "directivo" responsable del SII que, al tiempo, opere con la necesaria autonomía funcional.

6. Su artículo 8.4 establece que "deberá desarrollar sus funciones de forma independiente y autónoma respecto del resto de los órganos de la entidad u organismo, no podrá recibir instrucciones de ningún tipo en su ejercicio, y deberá disponer de todos los medios personales y materiales necesarios para llevarlas a cabo".

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

d) El artículo 9.2.j) de la Ley 2/2023, al regular el contenido mínimo y los principios que debe reunir el "procedimiento de gestión de informaciones", dispone que debe establecer la "remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito". No nos dice, sin embargo, a quién corresponde ese cometido, si al responsable del SII o al órgano de administración o gobierno de la entidad. Tan solo se limita a señalar que el responsable responderá de su tramitación diligente y que el órgano de gobierno aprobará el procedimiento. En consecuencia, nada impide interpretar que el procedimiento de gestión pueda disponer que la remisión de la información al Ministerio Fiscal la acuerde el órgano de administración o gobierno, lo que afianza la idea de que las actuaciones previas solo son un triaje que precede a la formalización, en su caso, de una denuncia. Ahora bien, ¿está obligado el órgano de administración y gobierno a dar traslado al Ministerio Fiscal de las informaciones en las que de los hechos presuntamente delictivos pudiera inferirse la existencia probable de responsabilidad penal de sus miembros o la de la organización? ¿Está obligado a autoincriminarse, o debe aplicarse el derecho constitucional a no declararse culpable del artículo 24 CE? La cuestión no es ociosa, pues los intereses del órgano de gobierno y los de la entidad no siempre tienen por qué coincidir. ¿Quién debe, entonces, acordar el traslado de la información al Ministerio Fiscal? Con todo, si se optase por la autodenuncia, ¿a quién debe favorecer la atenuación de la pena prevista en los artículos 21.4 y 31 *quarter* del Código Penal? ¿A los miembros del órgano de gobierno o a la entidad? Parece que para hallar la respuesta tendremos que esperar a lo que nos diga la jurisprudencia, según las particularidades de cada asunto.

e) La responsabilidad de implementar el SII recae sobre el consejo de administración u órgano de gobierno de la empresa o entidad, previa consulta con la representación legal de las personas trabajadoras (artículo 5.1 de la Ley 2/2023). Conforme al artículo 64.1 del Estatuto de los Trabajadores, aunque no se requiera su aceptación, debe abrirse un periodo de diálogo con los representantes, que permita a estos pronunciarse sobre el SII y formular observaciones. Dicha consulta deberá realizarse también cuando la empresa ya tuviera activado un sistema interno de denuncias que deba adaptarse a las exigencias legales (disposición transitoria primera de la Ley 2/2023). Cabe inferir, en consecuencia, que la consulta no tiene por qué ser necesariamente previa a la aprobación del SII. Es conveniente, pero no imprescindible. A los representantes de los trabajadores, una vez aprobado el SII, se les puede dar traslado para que expresen su parecer y formulen observaciones, que podrán ser posteriormente examinadas por el órgano de administración o gobierno de la entidad.

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

f) El artículo 14.1 de la ley dispone lo siguiente: "Los municipios de menos de 10 000 habitantes, entre sí o con cualesquiera otras Administraciones públicas que se ubiquen dentro del territorio de la comunidad autónoma, podrán compartir el Sistema interno de información y los recursos destinados a las investigaciones y las tramitaciones". Este precepto no precisa si esa opción implica una adhesión plena o parcial, o si caben ambas alternativas bajo la palabra "compartir". En efecto, puede compartirse el aplicativo web que gestione la entrada de las comunicaciones, y también una parte de los recursos destinados a investigación y tramitación, reservándose la entidad local la designación y el cese del responsable del Sistema interno de información (persona individual u órgano colegiado), al objeto de asegurar que sus propuestas sean elevadas al órgano de gobierno municipal competente. Más aún: a mi juicio, y no solo por la literalidad del precepto, la adhesión parcial es la única opción válida para las entidades locales. Asumir un sistema de información enteramente gestionado por otra Administración pública conllevaría una impropia reducción de la autonomía que constitucionalmente corresponde a cada entidad local para la "gestión de sus respectivos intereses" (artículos 137 y 140 CE). No parece jurídicamente admisible que un órgano ajeno a la entidad local directamente afectada por la comunicación pueda, en su caso, acordar el inicio de un expediente disciplinario o sancionador y proceder a su eventual resolución, incluso en la hipótesis de que en el órgano responsable del SII participase un representante de la entidad local afectada. En suma, el artículo 14.1 de la ley solo autoriza lo que allí expresamente se detalla, de suerte que una interpretación constitucionalmente adecuada del mismo es incompatible con la plena adhesión de una entidad local a un sistema de información interno enteramente ajeno, es decir, completamente gestionado por otra Administración o entidad pública. Se comprende así la cautela establecida en el artículo 14.1 de la ley cuando dispone que, "en todo caso, deberá garantizarse que los sistemas resulten independientes entre sí".

3.2. Sistemas de información y protección de datos personales

La falta de precisión del legislador sobre la fase de triaje y la naturaleza del procedimiento de gestión del SII produce alguna inseguridad en relación con las previsiones contenidas en su capítulo VI (artículos 29 a 34), sobre todo en lo que concierne al modo y momento en que debe cumplirse con el deber de información, cohonestándolo con la finalidad principal del SII: investigar las informaciones para dotar de una credibilidad mínima a una comunicación anónima. Pero, más allá de esas cuestiones puntuales, se ha planteado la duda acerca de si la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detec-

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

ción, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, también era de aplicación a los sistemas de información de la Ley 2/2023, en la medida en que los datos personales obrantes en la fase de triaje pueden ser potencialmente relevantes para la investigación o el esclarecimiento de infracciones penales. Esto supondría, entre otras cosas, que el plazo máximo de conservación de los datos personales previsto en el artículo 26.2 de la Ley 2/2023, que, como se sabe, es de diez años, pasaría, de aplicarse la Ley Orgánica 7/2021, a 20 años (artículo 8.3).

En mi criterio, existen razones suficientes para descartar la aplicación de este último precepto a los sistemas de información. Las previsiones de dicha ley orgánica tienen por objeto prioritario aquellas bases de datos en poder de los Estados miembros de la UE con fines de investigación de delitos y prevención de amenazas a la seguridad pública, especialmente las bases de datos policiales y las que estén en poder de los órganos judiciales o las fiscalías. El propósito de los sistemas de información no es, como exige el artículo 1 de la Ley Orgánica 7/2021, la prevención y persecución del delito. Antes bien, su cometido es mucho más amplio. Estamos, pues, ante dos leyes "especiales" que rigen exclusivamente en el ámbito que cada una delimita. Además, si hubiese una investigación que pudiera desembocar en un delito, el órgano de administración o gobierno remitirá todas las actuaciones a la autoridad competente, que, en su caso, sí estaría sujeta a la Ley 7/2021. En este sentido, resulta ilustrativo el artículo 2.3.e) de la Ley 7/2021 cuando excluye de su ámbito de aplicación: "Los tratamientos realizados en las acciones civiles y procedimientos administrativos o de cualquier otra índole, vinculados con los procesos penales que no tengan como objeto directo ninguno de los fines del art. 1". Los canales de información no tienen como "objeto directo" ninguno de aquellos fines, aunque circunstancialmente puedan canalizar informaciones que deriven, ulteriormente, en la presentación de una denuncia penal o en *notitia criminis*.

4. La duplicidad de canales

Como, en parte, ya hemos visto, la Ley 2/20223, además de obligar a las entidades y organizaciones públicas y privadas a disponer de un canal interno de información, ordena la constitución de, cuando menos, un canal externo que será gestionado por una autoridad administrativa de nueva creación, la Autoridad Independiente de Protección del Informante (A.A.I.), o por las autoridades que asuman esa competencia en el ámbito de cada comunidad autónoma.

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

Cuando se analiza la ley llama la atención el título competencial invocado por el legislador estatal para justificar su competencia. Según la disposición final octava: "Esta ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1 apartados 1.ª, 6.ª, 7.ª, 11.ª, 13.ª, 18.ª y 23.ª de la Constitución Española". La retahíla de títulos competenciales es tal que, prácticamente, podría haberse limitado a citar el artículo 149.1 CE. Es muy difícil imaginar qué relación pueda existir entre la legislación básica de medio ambiente, la legislación mercantil o las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, y la regulación de los sistemas de información previstos en la ley. Pero además, se trata de un exceso de justificación en baldío. No solo por la excepción contenida en la disposición adicional cuarta en relación con los territorios históricos del País Vasco, sino también porque el artículo 16.2 de la ley reconoce que las referencias a la A.I.I. "se entenderán hechas, en su caso, a las autoridades autonómicas competentes". Por tanto, salvo en aquellas comunidades autónomas en las que no exista la voluntad de crear una autoridad independiente gestora del canal externo (más temprano que tarde, todas se dotarán de esa autoridad), la competencia estatal queda circunscrita a los órganos generales del Estado y entidades y organismos que formen parte del sector público estatal. Curiosamente, el legislador se ha olvidado, sin embargo, de la naturaleza bifronte de la autonomía local, y nada dice en la ley acerca de qué canal o canales externos se proyectan sobre los municipios y las provincias. El artículo 16.1 de la ley reconoce el derecho de toda persona física a informar a la A.I.I. (o autoridad autonómica) "directamente o previa comunicación a través del correspondiente canal interno". Ahora bien, si la comunicación presentada en un canal municipal interno, con el fin de que sea trasladada a la autoridad independiente, obliga al responsable del SII del municipio, ¿ante quién ha de ponerla en conocimiento? ¿Ante la autoridad autonómica, la estatal, o ante ambas? ¿Es derecho del informante elegir el canal externo que quiera utilizar, o, por el contrario, habrá de estarse al principio de territorialidad en cuanto que delimitador del alcance de las respectivas competencias estatales y autonómicas?

Pero el sistema de doble canal suscita otras reflexiones más relevantes. En efecto, si existe la obligación de remitir a la A.I.I. aquellas informaciones en las que el comunicante exija ese traslado, cabe preguntarse qué sentido tiene establecer un canal complementario y alternativo dependiente de la A.I.I. Los principios de no redundancia y simplificación de procesos recomiendan para este caso o bien que exista un único canal, o que, de existir dos, estos operen de modo independiente, de suerte que el usuario tenga que elegir entre uno y otro.

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

Ni la Directiva ni la Ley 2/2023 nos indican qué debe hacer el órgano responsable del SII, en muchos casos coincidente con el órgano de cumplimiento, cuando reciba una comunicación en la que se solicite que se ponga en conocimiento de la A.I.I. una determinada información. ¿Deberá limitarse a remitirla, sin realizar ninguna actividad previa de investigación, o, por el contrario, ha de someterla a triaje y, a partir de ahí, formularse una opinión sobre la probabilidad de su certeza, y aportarla como anexo de la comunicación? La proximidad del órgano responsable del SII a los hechos que se le comunican aconseja realizar esa tarea previa de constatación antes de trasladar la comunicación a la A.I.I. Pero la intervención del órgano responsable del Sistema interno de información puede orientar e incluso contaminar la información que se remita a la A.I.I., sobre todo cuando de la comunicación pudieran inferirse responsabilidades para la entidad o sus directivos. También puede ocurrir que, una vez examinada, el órgano responsable del SII proponga inadmitirla o archivarla. Esta voluntad de colaboración con la A.I.I. puede, sin embargo, volverse en su contra, pues el artículo 63 de la ley tipifica como infracción muy grave "cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de comunicaciones o impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento". Son tantos los factores que desincentivan la investigación inicial, que probablemente sea lo mejor guardar la voluntad de colaboración en un cajón y limitarse a redireccionar, sin más, la información recibida en el canal interno.

Queda una segunda cuestión práctica a la que tampoco ofrece remedio claro el legislador. Me refiero a aquellas situaciones en las que el órgano responsable del SII ha recibido determinada información y, para poder contrastarla, necesita de la colaboración inexcusable de una autoridad (disponer el seguimiento de un transporte, examinar cuentas bancarias o balances contables, poner vigilancia sobre ciertas personas…). ¿Puede el órgano responsable del SII, al menos en estos casos, remitir la información a la A.I.I., y estimarse con ello que ha cumplido con las obligaciones que le impone la Ley 2/2023?

Tan solo he apuntado algunas de las muchas dudas que suscita el funcionamiento de un sistema de doble canal. Reconocidas dos vías de entrada de información, la única solución razonable pasa por impedir que, a través de los canales internos, puedan formularse comunicaciones de pura remisión a la A.I.I., de modo que sea la persona informante la que determine el canal (interno o externo) de su preferencia. Otro ha sido, sin embargo, el camino elegido por la Directiva y la Ley 2/2023, al disponer un puente de complejo tránsito y en una sola dirección entre ambos canales.

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

5. Bibliografía

Bachmaier Winter, L. (2019). *Whistleblowing* europeo y *compliance*: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión. *Diario La Ley*, 9539, 1-8.

Domínguez-Berrueta de Juan, M. (1984). *Los Tribunales de Honor y la Constitución de 1978*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

Jericó Ojer, L. (2023). Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal. *RECPC*, 25-08, 1-55.

López Donaire, B. (2022). Marcos de integridad y los canales de denuncia. El derecho a la buena administración. En J. Gimeno Beviá y B. López Donaire (dirs.). *La Directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público* (pp. 101-130). Valencia: Tirant lo Blanch.

Magro Servet, V. (2023). Denuncia anónima, el confidente, el canal de denuncias y la Ley 2/2023 de 20 de febrero de protección del "alertador" ante la corrupción. *Diario La Ley*, 10239.

Olaizola Nogales, I. (2021). La protección de los denunciantes: algunas carencias de la Directiva (UE) 2019/1937. En I. Molina Álvarez y L. Alemán Aróstegui (coords.). *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera* (pp. 27-51). Pamplona: Aranzadi.

Simón Castellano, P. (2022). La inmunidad penal como recompensa a los denunciantes. Allende un nuevo factor subjetivo-formal de punibilidad. *RECPC*, 24-14, 1-32.

Villoria Mendieta, M. (dir.). (2012). *El marco de integridad institucional en España. Situación actual y recomendaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2016). *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*. Madrid: Tecnos.

El Sistema interno de información en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción

Elisabet Samarra Gallego
Jefa del Servicio de Atención Ciudadana presencial y digital de la Dirección General de Servicios Digitales y Experiencia Ciudadana de la Generalitat de Cataluña. Expresidenta de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública

1. Precedentes de la regulación de protección de los informantes: la Ley americana Sarbanes-Oxley de 2002

Los grandes escándalos de corrupción pública o privada se han desvelado, en la mayoría de los casos, a partir de informaciones facilitadas por quienes, por contacto laboral o profesional, tuvieron conocimiento directo de esas irregularidades. Muchas veces, esa denuncia se formuló previamente en sede de la propia organización y, muy a menudo también, ocasionó a los informantes perjuicios laborales graves, si no el despido.

Ejemplo paradigmático de ello son dos mujeres, Sherron Watkins y Cynthia Cooper, dirigentes de dos de las compañías más poderosas de los Estados Unidos, Enron y WorldCom. Ambas fueron denunciantes internas de

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

dos de los fraudes financieros más importantes y de mayor impacto económico y político de aquel Estado. La primera directamente, y la segunda por revelación de un contable, también despedido por ello, trasladaron a los dirigentes de la compañía que se estaba produciendo una alteración de la realidad contable de la empresa a fin de mejorar su cotización en bolsa. En ambos casos, pues, la denuncia de las irregularidades empezó en el seno de la propia organización, que reaccionó con represalias hasta el despido, y acabó entonces en manos de la Fiscalía, que persiguió y logró un castigo ejemplar a ese fraude que sentó jurisprudencia y alentó a reformas legislativas que impusieron mayores cautelas para evitar que tales prácticas fraudulentas en perjuicio del interés de la generalidad de los accionistas pudieran volver a repetirse.

Pero lo cierto es que la valentía e integridad de esas mujeres, altas ejecutivas con una carrera intachable y enorme proyección hasta entonces, al denunciar internamente prácticas delictivas, solo obtuvo como pago el despido de sus empresas y una reputación de delatoras que truncó sus expectativas en el mundo empresarial. Y ello puso de relieve la necesidad de avanzar, al mismo tiempo que en un mayor control contable de las empresas, en la protección real y efectiva frente a represalias laborales de las personas alertadoras o denunciantes de prácticas fraudulentas o delictivas. Nace así, en 2002, la Ley americana Sarbanes-Oxley, pionera en la protección de represalias a los denunciantes. Posteriormente, otra ley americana de 2020 reforzó esta protección y creó un sistema de recompensas para los delatores.

Paralelamente, y en el ámbito de la gestión pública, la proliferación y notoriedad de los casos de corrupción en la gestión de recursos públicos han llevado a los Estados a considerar necesaria e inaplazable la incorporación al sector público de principios de integridad[1], así como la adopción de mecanismos de detección y prevención de riesgos de ilícitos, en buena parte inspirados en los programas de *compliance*[2], o cumplimiento normativo penal de tradición anglosajona, que persiguen proteger a las organizaciones y entidades de la responsabilidad penal derivada de una actuación ilícita de alguno de sus miembros, mediante una serie de medidas entre las que destaca el establecimiento de canales internos de denuncia. Todo ello complementado con la corresponsabilización del personal de las Administraciones y sus dirigentes en la lucha contra la corrupción, mediante el deber de denuncia de prácticas ilegales de las que tengan conocimiento en el desempeño de sus funciones.

Así, en el ámbito interno de las Administraciones públicas, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción celebrada en Nueva York

1. Jiménez Asensio (2020).
2. Jiménez Asensio (2021).

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

el 31 de octubre de 2003, y ratificada por España por Instrumento de 9 de junio de 2006 (BOE núm. 171), establece obligaciones de los Estados y de los empleados públicos encaminadas a prevenir y detectar prácticas ilegales, en su artículo 8:

> "1. Con objeto de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos. [...] 4. Cada Estado Parte también considerará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la posibilidad de establecer medidas y sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones".

En España, y en esta misma línea, el Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, incluyó un Código de Conducta en sus artículos 52 a 54; más concretamente, el artículo 54.3 establece la obligación de poner en conocimiento de los órganos de inspección procedentes las instrucciones y órdenes profesionales de superiores jerárquicos que infrinjan de forma manifiesta el ordenamiento jurídico que contemplaba, y de forma más genérica, el deber jurídico de los empleados públicos de actuar con integridad, que incluiría la denuncia de conductas irregulares o corruptas de otras autoridades o funcionarios de las que tengan conocimiento en virtud de su cargo[3].

Por lo que se refiere a los dirigentes públicos, el deber de ética y de denuncia de irregularidades conocidas en el ejercicio de sus cargos se establece en el artículo 26.2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno:

> "2. Asimismo, adecuarán su actividad a los siguientes: [...]
> b) Principios de actuación:
> 3.º Pondrán en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan conocimiento. [...]".

Pero lo cierto es que, pese a este marco normativo, las denuncias internas de irregularidades por parte de los empleados públicos han sido escasas ante el temor de que ello supusiera un freno en su carrera profesional. Se evidenciaba necesario, pues, para completar y asegurar la eficacia real de

3. Sánchez Morón (2021: 319).

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

ese deber jurídico de denuncia de irregularidades o corruptelas, establecer canales y procedimientos realmente confidenciales de denuncia y garantizar la protección de los informadores frente a represalias.

Efectivamente, el Parlamento Europeo venía advirtiendo de la necesidad de un marco normativo de protección a las personas denunciantes en diversas ocasiones: Resolución de 14 de febrero de 2017 sobre la función de los denunciantes en la protección de los intereses financieros de la Unión; Resolución de 24 de octubre de 2017 sobre las medidas legítimas para la protección de los denunciantes de irregularidades que, en aras del interés público, revelan información confidencial sobre empresas y organismos públicos.

Pero no fue hasta el 23 de abril de 2018 cuando la Comisión presentó una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (Doc. 52018PC0218), que dio lugar a la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, conocida como Directiva Whistleblower.

2. La Directiva europea de protección de los alertadores (*Whistleblower*)

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 (conocida como la Directiva Whistleblower, asumiendo el término anglosajón con que se alude a los denunciantes, con la imagen de ser personas que hacen sonar un silbato de alerta sobre una infracción), se enmarca en la lucha anticorrupción y la necesidad de mejorar su eficacia, a cuyo fin establece un sistema de alerta-corrección de infracciones normativas con perjuicio de los intereses generales fundamentado en tres ideas clave:

— La lucha contra la corrupción no puede abordarse solo con medidas de control externo, sino que será mucho más eficaz si aprovecha el conocimiento directo de las personas del entorno laboral o comercial de cada organización; debe, pues, motivarse y promoverse la colaboración ciudadana y la corresponsabilización en la lucha contra la corrupción.

— Pero si se quiere promover la denuncia ciudadana de prácticas irregulares o corruptelas en su entorno laboral o profesional, es necesario garantizar paralelamente un entorno seguro al informante, que le proteja frente eventuales represalias.

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

— Para mejorar la eficacia de las medidas correctoras y minimizar el tiempo de afectación de los intereses generales, debe facilitarse que la alerta o denuncia llegue con la máxima rapidez a la propia organización, a fin de que esta pueda adoptar de inmediato las medidas correctivas necesarias para cesar en la irregularidad o corruptela.

Los considerandos 1 y 2 de la Directiva Whistleblower expresan con toda claridad la primera de las ideas clave anteriores: el valor de la colaboración de los ciudadanos, desde su propio entorno laboral, en la detección de infracciones que perjudiquen el interés general:

> "(1) Las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto. Al informar sobre infracciones del Derecho de la Unión que son perjudiciales para el interés público, dichas personas actúan como denunciantes (en inglés conocidas coloquialmente por whistleblowers) y por ello desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad. Sin embargo, los denunciantes potenciales suelen renunciar a informar sobre sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias. En este contexto, es cada vez mayor el reconocimiento, a escala tanto de la Unión como internacional, de la importancia de prestar una protección equilibrada y efectiva a los denunciantes.
> (2) A escala de la Unión, las denuncias y revelaciones públicas hechas por los denunciantes constituyen uno de los componentes que se sitúan en el origen del cumplimiento del Derecho y de las políticas de la Unión. Ellos aportan información a los sistemas nacionales y de la Unión responsables de la aplicación del Derecho, lo que permite a su vez detectar, investigar y enjuiciar de manera efectiva las infracciones del Derecho de la Unión, mejorando así la transparencia y la rendición de cuentas".

Se trata, pues, de implicar y corresponsabilizar a la ciudadanía para que informe y denuncie las actividades que observe en su entorno laboral que sean irregulares en perjuicio del interés público, poniendo a su alcance sistemas de información que garanticen su confidencialidad y medidas de protección frente a eventuales represalias. Pero, aunque en el considerando 1, antes transcrito, se interpela a las personas trabajadoras de cada organización, los considerandos 38 a 41 extienden la consideración de informante, y

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

por ende, el sistema de protección previsto para ellas, a otros sujetos que sin tener una relación laboral directa y activa con la organización, puedan haber conocido de irregularidades en su relación con ellas:

> "(38) La protección, en primer lugar, debe aplicarse a la persona que tenga la condición de 'trabajador' en el sentido del artículo 45, apartado 1, del TFUE, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, es decir, a la persona que lleva a cabo, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo su dirección, determinadas prestaciones a cambio de una retribución. Por lo tanto, la protección debe concederse también a los trabajadores que se encuentran en relaciones laborales atípicas, incluidos los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores con contratos de duración determinada, así como a las personas con un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal, relaciones laborales precarias en las que las formas habituales de protección frente a un trato injusto resultan a menudo difíciles de aplicar. El concepto de 'trabajador' también incluye a los funcionarios, a los empleados del servicio público, así como a cualquier otra persona que trabaje en el sector público.
>
> (39) La protección debe extenderse también a otras categorías de personas físicas que, sin ser 'trabajadores' en el sentido del artículo 45, apartado 1, del TFUE, puedan desempeñar un papel clave a la hora de denunciar infracciones del Derecho de la Unión y que puedan encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica en el contexto de sus actividades laborales. Por ejemplo, en lo que respecta a la seguridad de los productos, los proveedores están mucho más cerca de la fuente de información sobre posibles prácticas abusivas e ilícitas de fabricación, importación o distribución de productos inseguros; y respecto de la ejecución de los fondos de la Unión, los consultores que prestan sus servicios se encuentran en una posición privilegiada para llamar la atención sobre las infracciones que presencien. Dichas categorías de personas, que incluyen a los trabajadores que prestan servicios por cuenta propia, los profesionales autónomos, los contratistas, subcontratistas y proveedores, suelen ser objeto de represalias, que pueden adoptar la forma, por ejemplo, de finalización anticipada o anulación de un contrato de servicios, una licencia o un permiso, de pérdidas de negocios o de ingresos, coacciones, intimidaciones o acoso, inclusión en listas negras o boicot a empresas o daño a su reputación. Los accionistas y quienes ocupan puestos directivos también pueden sufrir represalias, por ejemplo, en términos financieros o en forma de intimidación o acoso, inclusión en listas negras o daño a su reputación. Debe concederse también protección a las personas cuya relación laboral haya terminado y a los

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

aspirantes a un empleo o a personas que buscan prestar servicios en una organización que obtengan información sobre infracciones durante el proceso de contratación u otra fase de negociación precontractual y puedan sufrir represalias, por ejemplo, en forma de referencias de trabajo negativas, inclusión en listas negras o boicot a su actividad empresarial.

(40) Una protección eficiente de los denunciantes también implica la protección de otras categorías de personas que, aunque no dependan económicamente de sus actividades laborales, pueden, no obstante, sufrir represalias por denunciar infracciones. Las represalias contra voluntarios y trabajadores en prácticas que perciben o no una remuneración pueden consistir en prescindir de sus servicios, en dar referencias de trabajo negativas o en dañar de algún modo su reputación o sus perspectivas profesionales.

(41) Debe facilitarse protección frente a medidas de represalia tomadas no solo directamente contra el propio denunciante, sino también aquellas que puedan tomarse indirectamente, incluso contra facilitadores, compañeros de trabajo o familiares del denunciante que también mantengan una relación laboral con el empresario, o los clientes o destinatarios de los servicios del denunciante. Sin perjuicio de la protección de la que gozan los representantes sindicales o los representantes de los trabajadores en su condición de tales en virtud de otras normas de la Unión y nacionales, deben gozar de la protección prevista en la presente Directiva tanto si denuncian infracciones en su calidad de trabajadores como si han prestado asesoramiento y apoyo al denunciante. Las represalias indirectas incluyen asimismo acciones tomadas contra la entidad jurídica de la que el denunciante sea propietario, para la que trabaje o con la que esté relacionado de otra forma en un contexto laboral, como la denegación de prestación de servicios, la inclusión en listas negras o el boicot a su actividad empresarial".

En cuanto a la segunda idea clave, consiste en ofrecer un entorno seguro y protegido a los denunciantes o informantes, que sea un suelo mínimo común en todo el ámbito de la Unión y que corrija el desequilibrio entre el trabajador denunciante y los dirigentes de la organización que, desde una posición de poder, pudieran perjudicarle por su denuncia. Así se expresa en los considerandos 5 y 36 de la Directiva:

"(5) Deben aplicarse normas mínimas comunes que garanticen una protección efectiva de los denunciantes en lo que respecta a aquellos actos y ámbitos en los que sea necesario reforzar la aplicación del Derecho, en los que la escasez de denuncias procedentes de denunciantes

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

> sea un factor clave que repercuta en esa aplicación, y en los que las infracciones del Derecho de la Unión puedan provocar graves perjuicios al interés público. Los Estados miembros podrían decidir hacer extensiva la aplicación de las disposiciones nacionales a otros ámbitos con el fin de garantizar que exista un marco global y coherente de protección de los denunciantes a escala nacional.
> [...]
> (36) Las personas necesitan protección jurídica específica cuando obtienen la información que comunican con motivo de sus actividades laborales y, por tanto, corren el riesgo de represalias laborales, por ejemplo, por incumplir la obligación de confidencialidad o de lealtad. La razón subyacente para prestarles protección es su posición de vulnerabilidad económica frente a la persona de la que dependen de facto a efectos laborales. Cuando no existe tal desequilibrio de poder relacionado con el trabajo, por ejemplo, en el caso de demandantes ordinarios o testigos, no es necesaria la protección frente a represalias".

Finalmente, y respecto a la tercera idea clave, relativa a la facilitación del acceso material a la denuncia o comunicación, la Directiva establece una red de sistemas de información internos en cada organización, así como uno externo e independiente, que deben facilitar de forma accesible, segura y confidencial la comunicación de los informadores. Se establece, pues, la coexistencia de dos sistemas de información o canales de denuncia o alerta de prácticas que supongan infracción del derecho de la Unión: uno interno, ante la propia organización, que se define como de uso preferente, excepto si la persona informante no considera adecuadamente garantizada su protección; y otro externo, ante una autoridad externa independiente.

La condición de canal preferente atribuida por la Directiva a los sistemas internos de información se fundamenta en dos premisas: por un lado, se presume que el Sistema interno de información ofrece un entorno conocido y por ello más cómodo para el denunciante; por otro, se entiende que la denuncia resulta más eficaz en la medida en que la detección por la propia organización de prácticas irregulares o ilícitas por parte de algunos de sus miembros le permite una rápida reacción correctiva, para finalizar dichas prácticas, restituir la legalidad y evitar daños mayores en el interés general derivados de dichas corruptelas. Así lo expresa el considerando 33:

> "(33) En general, los denunciantes se sienten más cómodos denunciando por canales internos, a menos que tengan motivos para denunciar por canales externos. Estudios empíricos demuestran que la mayoría de los denunciantes tienden a denunciar por canales internos, dentro de la or-

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

ganización en la que trabajan. La denuncia interna es también el mejor modo de recabar información de las personas que pueden contribuir a resolver con prontitud y efectividad los riesgos para el interés público. Al mismo tiempo, el denunciante debe poder elegir el canal de denuncia más adecuado en función de las circunstancias particulares del caso. […]".

No se le escapa, sin embargo, al legislador europeo que, pese a las medidas de seguridad establecidas para proteger la confidencialidad de la denuncia en los sistemas internos de información, la denuncia interna en el entorno laboral puede suscitar a los informantes recelos o temores, más o menos fundados, de represalias, y para tal caso se establece la posibilidad de denunciar por un canal externo, ante una autoridad pública independiente y especializada.

La Directiva Whistleblower, de 23 de octubre de 2019, debió ser transpuesta por los Estados miembros de la UE antes del 21 de diciembre de 2021, pero lo cierto es que solo Dinamarca, Suecia, Francia y Portugal lo hicieron en el plazo establecido. Con más de dos años de retraso, España aprobó la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, que transpone dicha Directiva, justo un día después de que Bruselas denunciara ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la propia España y a otros 7 países (Alemania, República Checa, Estonia, Hungría, Italia, Luxemburgo y Polonia) por su demora en la transposición de la Directiva.

3. La Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción

La Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, transpone al derecho interno y recoge adecuadamente las bases normativas de la Directiva (UE) 2019/1937, a la que se ha dedicado el apartado anterior. Con la aprobación de esta ley, pues, se incorporan al derecho español los principios, obligaciones y derechos de la Directiva Whistleblower, con la finalidad de conseguir la colaboración ciudadana para aumentar la eficacia de la lucha contra la corrupción pública y privada, con la detección de prácticas ilegales, principalmente en materia de contratos con el sector público, a partir del conocimiento que tengan de ellas los trabajadores y personas vinculadas laboralmente a las Administraciones y empresas.

Para fomentar la colaboración ciudadana en la alerta de prácticas ilegales en su entorno laboral se procuran medidas de protección de las personas

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

informadoras que eviten las represalias, tanto a ellas mismas como a su entorno familiar o laboral, durante, al menos, dos años. Igualmente, para facilitar el acceso a la denuncia, se obliga al sector público y al privado a tener y a visibilizar preferentemente en su página web el canal de información interno y otro externo, a través de los cuales alertar con garantías de anonimato de las anomalías observadas, a los responsables del Sistema interno de información o a la autoridad externa independiente, para su investigación.

El objetivo es promover internamente en la propia organización de cada sujeto obligado, sea ente público o privado, una cultura que, por un lado, fomente la corresponsabilización de la ciudadanía en la persecución de ilícitos en perjuicio del interés general que puedan observar o conocer en su entorno laboral, animándoles a informar de las acciones u omisiones que puedan constituir infracciones de las normas vigentes, y por otro, aumente la eficacia de la lucha contra la corrupción, facilitando su detección precoz y corrección. Y al priorizar que esas comunicaciones se realicen en el mismo entorno de trabajo donde se produce la infracción, se persigue que la propia organización sea la primera en conocer dichas infracciones y, desde esa inmediatez y con sus propios medios, evitar que continúe el perjuicio del interés público, paralizando dichas prácticas y estableciendo mecanismos de control que eviten que prácticas similares puedan volver a producirse.

Las informaciones objeto de la Ley 2/2023, cuya comunicación activa las medidas de protección del informante, son, en principio y conforme a la Directiva (UE) 2019/1937, las infracciones del derecho de la Unión previstas en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019/1937. Pero debe tenerse en cuenta que este ámbito objetivo de aplicación ha sido ampliado por la Ley 2/2023 a las infracciones penales y administrativas graves y muy graves del ordenamiento español, susceptibles de afectar al interés general. Por contra, quedan excluidos de su ámbito de aplicación los supuestos de comunicación de infracciones regulados por una normativa específica, si existiera, de forma que prevalecerá el régimen jurídico especial de información sobre infracciones y de medidas de protección de los informantes previsto en las leyes sectoriales o por los instrumentos de la Unión Europea enumerados en la parte II del anexo de la Directiva (UE) 2019/1937.

En cuanto a las personas a las que alcanzan las medidas de protección por la revelación de informaciones relativas a infracciones objeto de la Ley 2/2023, son, en primer lugar, las personas trabajadoras de una organización que informen sobre las irregularidades conocidas en su entorno laboral, o aquellas trabajadoras de otra organización diferente que, en el marco de

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

sus relaciones laborales o comerciales con la primera, hayan conocido de dichas irregularidades. Debe tenerse en cuenta, igualmente, que la persona informante no ha de ser necesariamente una persona trabajadora en activo de la organización sobre la que informa; pueden serlo también las personas que optaron a ser empleadas sin éxito, las personas exempleadas, los cargos de propiedad, dirección o administración o las personas que se relacionan con la organización en régimen de voluntariado no retribuido.

En segundo lugar, las medidas de protección pueden desbordar el ámbito estricto e individual de la persona informadora y alcanzar a su entorno familiar y laboral, incluida la representación sindical en la medida en que haya colaborado con ella para comunicar la información, llegando incluso a proyectarse también sobre las empresas en las que el informante tenga capacidad directa de influencia, con motivo de su participación en el capital social o de su derecho a voto en los órganos de administración.

En suma, las medidas de protección en evitación de represalias previstas en la Ley 2/2023 alcanzan a los siguientes informadores y su entorno:

- personas empleadas o exempleadas, así como aspirantes a ser empleadas, sobre información conocida en el proceso de selección o precontractual;
- socios, accionistas, administradores y ejecutivos;
- voluntarios, becarios, trabajadores en prácticas o en período de formación, sin requisito de remuneración;
- empleados de contratistas, subcontratistas y proveedores;
- asesores de los informantes en el marco de la empresa u organización;
- representantes legales de las personas trabajadoras en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento y apoyo al informante;
- familiares y compañeros de trabajo del informante que puedan sufrir represalias;
- personas jurídicas sobre las que los informantes tengan capacidad de influencia (participación en el capital o derecho de voto).

Pero no todas las informaciones sobre infracciones del ordenamiento comunicadas por los sujetos anteriores son objeto de protección; se requiere, como requisito para que les sean de aplicación las medidas de protec-

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

ción de la ley, una condición subjetiva, relativa al ánimo del sujeto informante, y otra objetiva, relativa al contenido de la información comunicada. La condición subjetiva consiste en la buena fe del informador, es decir, que el informador debe creer honestamente que la información que comunica es veraz y consistente, tener la conciencia de que se han producido o pueden producirse hechos graves perjudiciales, y actuar movido por la conciencia cívica de la lucha contra la corrupción. El preámbulo de la ley lo explicita de la forma siguiente: "La buena fe, la conciencia honesta de que se han producido o pueden producirse hechos graves perjudiciales constituye un requisito indispensable para la protección del informante. Esa buena fe es la expresión de su comportamiento cívico [...]".

Este requisito de buena fe persigue excluir del marco de protección legal a los informadores que actúen con ánimo de desprestigiar o enturbiar en interés personal, por venganza o simplemente con frivolidad, dando pábulo a rumores sin tener convicción personal de su veracidad.

En cuanto al requisito objetivo, se requiere que la información sea consistente, veraz, objetiva y pertinente a la finalidad de la ley, de forma que quedan excluidas de las medidas de protección legal las siguientes informaciones:

— los meros rumores y las informaciones falsas, exageradas o tergiversadas;

— las informaciones que se hayan obtenido de manera ilícita, con vulneración del derecho a la intimidad;

— las informaciones previamente comunicadas en un sistema de información e inadmitidas;

— las informaciones vinculadas a reclamaciones sobre conflictos interpersonales o que afecten únicamente al informante y a las personas a las que se refiera la comunicación;

— las informaciones que ya estén completamente disponibles para el público o que constituyan meros rumores, o que no sean del ámbito objetivo de esta ley.

En cuanto a las revelaciones públicas de infracciones u omisiones previstas en la ley que hayan sido proporcionadas directamente a la prensa en uso de la libertad de expresión, no quedan incluidas en el marco de medidas de protección al informante previstas en la ley, en cuanto que se habrían

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

producido al margen de los sistemas de información interno y externo establecidos. No obstante, las revelaciones públicas de infracciones dan derecho a las medidas de protección al informante si, previamente, se había realizado la comunicación de la información por canales internos y externos, o directamente por canales externos, sin que se hubieren tomado medidas apropiadas al respecto en el plazo establecido.

Igualmente, no aplicaría la desprotección del informante por revelaciones públicas de infracciones si queda justificada la omisión de los sistemas interno y externo de información por el riesgo inminente y razonable para el interés general o para el informante, o cuando sea razonable dudar de la diligencia y efectividad de las medidas de investigación derivadas del uso de los sistemas de información previstas en la ley. Por lo tanto, quedarían protegidas las personas que hicieran revelación pública de infracciones al margen de los sistemas de información si existen motivos razonables para pensar que la infracción puede constituir un riesgo de daños irreversibles para el interés público, en particular cuando se da una situación de emergencia. Igualmente, se admite la protección de revelaciones públicas cuando exista un peligro para la integridad física de una persona, o un riesgo razonable de represalias al informante. Finalmente, se protegen las revelaciones hechas al margen de sistema interno y externo de información previsto en la ley en supuestos donde sea razonable dudar de su efectividad, es decir, cuando haya pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso, tales como la ocultación o destrucción de pruebas, la connivencia de una autoridad con el autor de la infracción, o que esta esté implicada en la infracción.

En cuanto a su contenido, las medidas de protección a los informadores, recogidas en el título VII de la Ley 2/2023, se proyectan tanto sobre las represalias como sobre las amenazas de represalias, y persiguen neutralizar el efecto amedrentante que puedan tener sobre las personas que pueden informar. La ley ofrece varios supuestos, a título enunciativo y no exhaustivo, de las conductas que podrían considerarse represalias hacia los informantes (resolución de contratos, intimidaciones, trato desfavorable, daños reputacionales, entre otras), declarándolas prohibidas y nulas dentro de los dos años siguientes a ultimar las investigaciones derivadas de la información comunicada.

4. El Sistema interno de información: características, requisitos, organización y procedimiento

La Ley 2/2023, recogiendo el contenido normativo de la Directiva Whistleblower, regula en su título II los sistemas internos de información. Como su

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

nombre indica, el Sistema interno de información no se agota con el canal de comunicación de las informaciones, sino que constituye una organización sistemática de medios y de efectivos destinados a la tramitación e investigación de las alertas recibidas. Dentro del Sistema interno de información, pues, se comprenden los canales a través de los cuales se organiza la recepción de la información, así como la organización interna de recepción y tramitación de la información, a cuyo frente se sitúa al Responsable del Sistema, y el procedimiento a seguir.

Recogiendo fielmente la normativa europea, la Ley 2/2023 define el Sistema interno de información como preferente, aunque no de uso obligado, previendo que el informante puede elegir el cauce a seguir, interno o externo, según las circunstancias y los riesgos de represalias que considere que concurren. La finalidad de esa preferencia por el sistema interno de denuncias, como se ha señalado en apartados anteriores, es interrumpir cuanto antes la práctica fraudulenta en perjuicio del interés general, facilitando la corrección interna, que se prevé más ágil e inmediata.

Los sujetos obligados a disponer de un Sistema interno de información por la Ley 2/2023 son los siguientes entes:

— Administraciones públicas, territoriales o institucionales. Debe destacarse que, aunque la Directiva europea permitía que las regulaciones internas pudieran prever la dispensa de algunas obligaciones a los municipios de menos de diez mil habitantes, singularmente la de contar con un Sistema interno de información, la Ley 2/2023 no contempla esta excepción, justificándolo en su preámbulo por la necesidad de ofrecer un marco común y general de protección de los informantes, si bien, en contrapartida, la ley les permite que puedan compartir medios para la recepción de informaciones con otras Administraciones que ejerzan sus competencias en la misma comunidad autónoma.

— Entidades públicas vinculadas o dependientes de alguna Administración pública.

— Asociaciones y corporaciones en las que participen Administraciones y organismos públicos.

— Corporaciones de derecho público y las fundaciones del sector público.

— Organismos públicos con funciones de comprobación o investigación.

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

— Organismos constitucionales y estatutarios.

— Universidades.

— Sociedades mercantiles con el 50 % o más de su capital público.

— Empresas del sector privado de 50 o más trabajadores.

— Empresas y organismos del sector público de 250 trabajadores o más.

— Partidos políticos, sindicatos y patronales y fundaciones creadas por ellos.

Más concretamente, a la implantación del Sistema interno de información está obligado el órgano de administración u órgano de gobierno de cada sujeto obligado antes enunciado, que será también el responsable del tratamiento de los datos personales.

La ley prevé que en la elaboración y el diseño de los sistemas internos de información participen los representantes legales de las personas trabajadoras en una consulta previa, a fin de que velen para que el sistema cumpla las adecuadas garantías de protección a los trabajadores informantes.

El Sistema interno de información constituye, pues, la piedra angular sobre la que se erigen y asientan las medidas de detección precoz y corrección de la corrupción que persigue la ley, y constituye también una auténtica red de proximidad y un entorno seguro para el ejercicio de la corresponsabilidad cívica en la lucha contra la corrupción, en la medida en que pone al alcance de cada persona trabajadora, en su mismo entorno laboral, la posibilidad de alertar de forma segura de las actuaciones contrarias a derecho en perjuicio del interés general que haya podido observar o conocer. La importancia que otorgó el legislador al Sistema interno de información, como núcleo central del entramado legal construido para conocer de los actos de corrupción y corregirlos, se visualiza no solo en que le atribuyó la condición de cauce preferente de información, sino también en el castigo establecido por su inobservancia, visto que la ley tipifica como infracción muy grave el incumplimiento del deber de disponer de un Sistema interno de información.

El retraso con el que España aprobó la ley de transposición de la normativa europea de protección de las personas informantes posiblemente motive que se haya establecido un plazo escaso, de tres meses desde la entrada en vigor de la ley, el 13 de marzo de 2023, para su articulación y

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

puesta en marcha por los siguientes sujetos obligados: las Administraciones autonómicas, las diputaciones provinciales y ayuntamientos de municipios con más de 10 000 habitantes, en el ámbito de lo público, y las empresas de más de 250 empleados, en el ámbito de la economía privada.

En el caso de ayuntamientos de municipios de menos de 10 000 habitantes y entidades jurídicas del sector privado con doscientas cuarenta y nueve personas trabajadoras o menos, el plazo para la puesta en funcionamiento del Sistema interno de información se alarga hasta el 1 de diciembre de 2023.

Los requisitos que debe cumplir el Sistema interno de información, conforme a la Ley 2/2023, son los siguientes:

- Debe ser fácilmente accesible a todos los informantes previstos en el artículo 2 de la ley, es decir, deben poder acceder al mismo no solo las personas trabajadoras de la propia Administración, entidad o empresa, sino también quienes se relacionen con ellas profesionalmente o comercialmente, de su participación en procesos de selección de personal, de su colaboración en términos de voluntariado o de prácticas, los que ya no presten servicio allí por jubilación o despido o los que participen de sus órganos de administración o gobierno. Por lo tanto, el sistema interno no puede alojarse en una intranet corporativa, sin alojarse en una web accesible a personas externas a la organización.

- Debe garantizar el anonimato del denunciante y la confidencialidad de terceros mencionados, así como de la investigación y de cuantas actuaciones se desarrollen en la gestión y tramitación de la información. Tecnológicamente, la garantía del anonimato del denunciante conlleva que el canal electrónico facilitado para la información sea capaz de aplicar medidas de disociación irreversible del origen de la comunicación, es decir, de la IP desde donde se remitió.

- Debe permitir la presentación de comunicaciones por escrito o verbalmente, o de ambos modos, e integrar todos los canales en el sistema. Como ya se ha dicho, el sistema de información no se reduce al canal de información, y tampoco el canal electrónico anónimo de información puede ser único. La persona informante puede libremente optar por verbalizar la denuncia, personal o telefónicamente, quedando protegida su identidad por el deber de secreto y confidencialidad que se impone a los miembros del Sistema interno de información.

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

- Debe prever el adecuado tratamiento y protección de los datos personales, conforme a la normativa aplicable.

- Debe garantizar que la propia entidad sea la primera en conocer e investigar la posible irregularidad. Por lo tanto, tras el canal de información debe organizarse un equipo humano de la propia entidad encargado de investigar la información y alertar a la dirección si se comprueba veraz, a fin de que tome las medidas inmediatas destinadas a interrumpir la práctica irregular y evitar daños en el interés general.

- Debe contar con un Responsable del Sistema y con un procedimiento preestablecido de gestión de las informaciones recibidas, elaborado con participación de la representación de las personas trabajadoras.

- Debe ser independiente de cualquier otro sistema y aparecer diferenciado del de otras entidades u organismos, sin que puedan confundirse o acumularse.

- Debe hacerse publicidad en el seno de la entidad u organismo del Sistema interno de información y de sus principios, en especial de las medidas de protección de los informantes.

La ley prevé que el Sistema interno de información pueda construirse adaptando los canales internos de información o los buzones éticos preexistentes a los requisitos legales antes mencionados (DT1: "Los sistemas internos de comunicación y sus correspondientes canales que, a la entrada en vigor de esta ley, tengan habilitados las entidades u organismos obligados podrán servir para dar cumplimiento a las previsiones de esta ley siempre y cuando se ajusten a los requisitos establecidos en la misma"). Ello puede ser de gran ayuda teniendo en cuenta que el plazo de establecimiento del Sistema interno de información es de solo tres meses; sin embargo, hay que tener en cuenta que si bien algunos de los requisitos legales del Sistema interno de información son fácilmente incorporables al canal preexistente (nombramiento de un responsable, alojamiento en un entorno no reservado al acceso de personas trabajadoras en activo, difusión del procedimiento y garantías, etc.), otros, en cambio, y singularmente el requisito de garantía del anonimato del canal electrónico, comportan una adaptación tecnológica del buzón o canal preexistente si no había incorporado medidas de anonimización de la IP, que no siempre podrán incorporarse *a posteriori*; en tal caso, los buzones o canales éticos preexistentes devendrán inadecuados a la Ley 2/2023 y no idóneos para considerar cumplidas sus previsiones.

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

En cuanto a la gestión del Sistema interno de información en el sector público, la ley prevé que se asuma desde la propia Administración o entidad, si bien excepcionalmente se permite externalizar la gestión de la recepción de las informaciones en caso de que se acredite insuficiencia de medios propios, conforme al artículo 116.4.f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Esta externalización, sin embargo, se circunscribe al procedimiento para la recepción de las informaciones y tiene un carácter exclusivamente instrumental, sin que pueda suponer un menoscabo de las garantías y los requisitos del Sistema interno de información que establece esta ley, ni alterar su previsión de designación de un Responsable del Sistema único y propio. En todo caso, la externalización de la gestión de la recepción de informaciones comportará la formalización del acuerdo pertinente para el tratamiento de datos personales.

Por lo que se refiere a la compartición de medios, la ley permite a los municipios de menos de 10 000 habitantes que compartan los sistemas internos de información y los recursos destinados a la tramitación e investigación de las informaciones, entre sí o con cualquier otra Administración pública que se ubique dentro del territorio de la comunidad autónoma. Se abre así un escenario de cooperación para la puesta en marcha de sistemas internos de información en los municipios pequeños, al que están especialmente llamadas las diputaciones provinciales, las Administraciones supramunicipales y la Administración autonómica en apoyo de los municipios pequeños, a los que probablemente les será difícil, si no imposible, cumplir con todas las obligaciones del Sistema interno de información con medios propios.

De igual modo, la ley permite que las entidades con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de órganos de las Administraciones territoriales de menos de cincuenta trabajadores puedan compartir el Sistema interno de información con la Administración de adscripción.

En cualquiera de los dos casos anteriores, deberá garantizarse que los sistemas de información resulten independientes entre sí y los canales aparezcan diferenciados respecto del resto de entidades u organismos en compartición, de modo que no se genere confusión a los ciudadanos.

En este sentido, cada Administración y ente deberá publicitar las características de su Sistema interno de información, en la página de inicio de su web, en una sección separada y fácilmente identificable, donde se informe de la organización del Sistema interno de información, del tratamiento de las informaciones y las garantías del informante (el procedimiento y plazo de respuesta, las condiciones para poder acogerse a la protección, así como

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

los datos de contacto para los canales externos), y se proporcione acceso al canal interno de información. Igualmente, las organizaciones deben emprender acciones de información y formación a los empleados para dar a conocer el Sistema interno de información y explicar su funcionamiento.

En cuanto a los canales, como ya se ha dicho, podrán ser varios, todos ellos integrados en el Sistema interno de información, específicos o generales, por escrito o verbalmente, o de las dos formas: por escrito, a través de correo postal o a través de cualquier medio electrónico habilitado al efecto; verbalmente, por vía telefónica o a través de sistema de mensajería de voz, o en una reunión presencial dentro del plazo máximo de siete días desde que sea pedida por el informante. En este último supuesto, la reunión con el informante deberá documentarse mediante grabación (previo aviso al informante) o transcripción completa y exacta de la conversación, realizada por el personal responsable de tratarla, ofreciendo al informante la posibilidad de modificarla y firmarla.

Al frente del Sistema interno de información se sitúa la figura del Responsable del Sistema, cuya designación y cese corresponde al órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo. De su nombramiento y cese debe darse cuenta a la Autoridad Independiente de Protección del Informante mediante notificación, que incluirá, en caso de cese, la justificación de las causas o motivos.

El Responsable del Sistema puede ser una persona física o un órgano colegiado, en cuyo caso deben delegarse las funciones de gestión del Sistema interno de información y de tramitación de expedientes de investigación en uno de sus miembros. La ley garantiza su independencia y autonomía, evitándole cualquier sujeción a jerarquía orgánica o funcional, y dispone la obligación de las Administraciones de asegurarle la suficiencia de medios personales y materiales.

En el sector privado, el Responsable del Sistema interno de información debe tener rango de directivo y puede acumular funciones de dirección o de *compliance*, siempre que mantenga la independencia funcional.

En cuanto al procedimiento de gestión de las informaciones recibidas en el Sistema interno de información, se inicia con el acuse de recibo dentro del plazo de 7 días naturales, salvo que ello pueda poner en peligro la confidencialidad de la comunicación. Se abre entonces la fase de investigación y resolución, que debe desarrollarse dentro del plazo de tres meses, durante la cual debe preverse la posibilidad de mantener la comunicación con el informante y, si se considera necesario, de solicitar a la persona informante información adicional, siempre que con ello no se la ponga en peligro.

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

El procedimiento, desde la recepción de la información hasta la investigación y resolución, debe estar presidido por el principio de confidencialidad, que protege tanto al informador como a las personas afectadas. Respecto de estas últimas, deben protegerse su derecho al honor y su presunción de inocencia, y se les debe garantizar el derecho a conocer las acciones u omisiones que se les atribuyen y a ser oídas en cualquier momento del procedimiento, si bien la comunicación a la persona afectada de las acciones que se le atribuyen en la información recibida puede no ser inmediata, y tendrá lugar en el tiempo y forma que se considere adecuado para garantizar el buen fin de la investigación.

La garantía de la confidencialidad de la información y de la investigación conlleva el deber de reserva del personal del Sistema interno de información, tipificándose como infracción muy grave su quebranto.

Durante todo el procedimiento, el personal del Sistema interno de información deberá tener especial cuidado de aplicar las disposiciones legales en materia de protección de datos personales en su tratamiento. En cualquier caso, los datos personales solo se conservarán durante el período que sea necesario y proporcionado, y nunca por más de diez años.

En caso de que de la investigación resulten hechos indiciariamente constitutivos de un delito, el Responsable del Sistema interno de información deberá velar por su remisión inmediata al Ministerio Fiscal o, en caso de que los hechos afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, a la Fiscalía Europea.

Finalmente, destacar la obligación, de todos los sujetos obligados a disponer de un Sistema interno de información, de contar con un libro-registro de las informaciones recibidas y de las investigaciones internas a que hayan dado lugar. Este registro no será público, y únicamente podrá acceder al mismo la Autoridad judicial competente, mediante auto, y en el marco de un procedimiento judicial.

5. Bibliografía

Jiménez Asensio, R. (2020). Gobernanza 2020: política de integridad, prevenir la corrupción. *La mirada institucional* [blog], 9-1-2020.

— (2021). Gobernanza ética e integridad institucional. *La mirada institucional* [blog], 27-5-2021.

Sánchez Morón, M. (2021). *Derecho de la función pública* (14.ª ed.).

ISBN: 978-84-125912-4-8

El Sistema interno de información sobre infracciones normativas en las entidades locales

Margarita Parajó Calvo
Doctora en Derecho.
Titular de la Asesoría Jurídica.
Ayuntamiento de Vigo

SUMARIO. 1. Introducción. 1.1. Aspectos generales de la Ley 2/2023. 1.2. El Sistema interno de información como una de las tres vías de comunicación con protección para las personas informantes. 1.3. Una aproximación al contexto de los canales internos. **2. La regulación del Sistema interno de información. 3. Concepto y funciones del Sistema interno de información en el marco de la Ley 2/2023.** 3.1. La definición del art. 4 de la Ley 2/2023. 3.2. Delimitación objetiva. 3.3. Delimitación subjetiva: personas informantes y condiciones de protección. 3.4. Naturaleza preferente. 3.5. Funciones del Sistema interno de información en el contexto de la Ley 2/2023. **4. La implantación del Sistema interno de información en las entidades locales.** 4.1. Obligación y plazo. 4.2. Formas de gestión. 4.3. Las responsabilidades de implantación y tratamiento de datos. **5. Requisitos de implantación y características del Sistema interno de información.** 5.1. Requisitos de implantación del Sistema interno de información. 5.2. Características del sistema. 5.3. Características del canal interno. **6. La figura de Responsable del Sistema. 7. Régimen jurídico y naturaleza del "procedimiento" de gestión. 8. La presentación y recepción de las informaciones.** 8.1. Formas y modos de presentación. 8.2. Documentación de las comunicaciones presentadas verbal y presencialmente. 8.3. Obligación del sistema de proporcionar información a las personas informantes. **9. El "procedimiento" de gestión de las informaciones.** 9.1. Competencia. 9.2. Principios y contenidos mínimos del "procedimiento". 9.3. Aspectos críticos del régimen de las actuaciones previas en el Sistema interno de información: medidas cautelares, terminación, y su carácter irrecurrible. 9.4. El libro-registro y limitaciones a la conservación de

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

datos personales. **10. Referencia a las garantías y los derechos durante el "procedimiento" en el Sistema interno de información**. 10.1. Protección de datos personales. 10.2. Derechos de las personas informantes. 10.3. Derechos de las personas afectadas por la información. 10.4. Breve referencia a los derechos, medidas, garantías y beneficios establecidos en la ley en favor de las personas informantes y afectadas. **11. Bibliografía.**

1. Introducción

1.1. Aspectos generales de la Ley 2/2023

La Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (Ley 2/2023), tal y como señala su disposición final novena, incorpora 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 (DPI) —directiva que tiene un significado más profundo que la búsqueda de la armonización de las legislaciones europeas, al tratar de garantizar un estándar mínimo de protección de las personas denunciantes en el seno de la UE, ligado a una mejora de la calidad democrática—.

Así, con la aprobación de la Ley 2/2023 se dota al ordenamiento jurídico español de una regulación general y básica[1] sobre los *whistleblowers*, personas "informantes" en expresión de la ley[2], personas físicas que tienen conocimiento de incumplimientos en el seno de las organizaciones públicas o privadas (de cierta dimensión) con las que mantienen algún vínculo o relación en el plano laboral o profesional[3].

1. A excepción del título VIII de la ley, que solo es aplicable a la Administración General del Estado y al sector público estatal, de acuerdo con la disposición final octava.

2. Sierra-Rodríguez (2023c: 176) refiere el "término filtrador que se maneja en el ámbito periodístico y que se une a la constelación de conceptos que dificultan la aprehensión de lo que ahora viene regulado en la Ley como informante", y recuerda que "delator, chivato o filtrador son algunos de los términos utilizados que siempre han estado rodeados de cierta connotación negativa, relativa a que la actuación es interesada y ajena a un afán por buscar el cumplimiento de la legalidad, extremo que no tiene porqué ser así. No obstante, se trata de conceptos que, bajo este nuevo marco, transitan hacia otros como el de alertador o informante, que tiene una mayor correspondencia con la idea del cumplimiento de deberes cívicos".

3. Además, como se analizará a lo largo de este estudio y precisa Sierra-Rodríguez (2023c: 175-176), "el informante que podrá obtener protección será una persona que haya tenido acceso a información sobre un tipo de irregularidades concretas. Además, debe estar convencido razonablemente sobre la veracidad de lo que comunica y utilizar para ello una serie de cauces prescritos por la Ley".

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

No obstante, la aprobación de la Ley 2/2023 se ha producido tardíamente respecto del plazo de transposición obligado por la DPI, y constante ya un procedimiento por incumplimiento ante la Comisión[4]. El texto resultante es resultado de estas circunstancias y, quizás por ello, plantea diversas incógnitas a las que las organizaciones deberán ir dando respuesta y que, como resultado de su sujeción al control judicial, la jurisprudencia estará llamada a resolver.

Además, el legislador estatal no ha limitado la protección de las personas informantes a los supuestos del incumplimiento del derecho de la Unión Europea contemplados en la DPI, sino que la ha extendido a los del ordenamiento jurídico interno cuando supongan infracciones graves o muy graves. Aunque esta última precisión quizás sea un ejemplo de esa falta de reflexión profunda, pues una persona informante difícilmente podrá anticipar la tipificación del incumplimiento denunciado para acudir a alguna de las vías de comunicación con la suficiente confianza de que será protegida.

A grandes rasgos, el sistema diseñado por la Ley 2/2023[5] se caracteriza por abrir tres vías que permiten comunicar los antedichos incumplimientos —de naturaleza interna y externa a las organizaciones y de puesta en conocimiento del público en general— y que, al tiempo, garantizan la protección de las personas informantes. Esta protección comienza desde el propio diseño de los canales de información, de manera que han de ser seguros y confidenciales e incluso permitir su utilización de forma anónima.

En cuanto al régimen de garantías, tiene como núcleo duro la prohibición de represalias y la protección frente a ellas; y alcanza a la previsión de medidas de apoyo jurídico, financiero o psicológico al informante, aunque este aspecto prestacional no ha sido concretado mucho más allá de las previsiones de la DPI.

La ley trata de evitar el uso de los términos "denuncia", "denunciante" (aunque se deslice en algún precepto) y "denunciado" o "denunciada", y los sustituye por "información", "comunicación", "informante" y "persona afectada" por la información, tratando de evitar la colisión de sus contenidos con los propios del régimen de la denuncia, con un significado jurídico más preciso en el ámbito administrativo y penal.

En relación con el término "información" en el contexto de la Ley 2/2023, explica Cerrillo i Martínez (2023: 151-152) lo siguiente:

4. En relación con el proceso de transposición de la Directiva (UE) 2019/1937 al ordenamiento jurídico español, *vid.* Pazos Area (2023).

5. Para una aproximación a los aspectos generales de la ley, *vid.* Gallardo Fariña (2023).

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

> "La información es el acto mediante el cual una persona que tiene conocimiento de una irregularidad, incumplimiento o infracción lo comunica a la persona, órgano o entidad encargada de su análisis, investigación y, en su caso, del impulso o la adopción de las medidas necesarias para poder reparar la situación generada, dar respuesta a los daños ocasionados, evitar que vuelvan a ocurrir en un futuro y, en su caso, sancionar a la persona responsable de los mismos.
> La información permite que las [...] Administraciones Públicas en las que se haya cometido una infracción [...] tengan noticia de ello para poder investigar los hechos acaecidos, adoptar medidas para reparar los daños, evitar consecuencias futuras o sancionar a la persona responsable.
> Al mismo tiempo, la información es una manifestación de la colaboración ciudadana en relación con el cumplimiento normativo [...]. Asimismo, en el ámbito de las Administraciones públicas, esta colaboración es una manifestación de los principios de gobierno abierto, en particular, en la prevención y la lucha contra las irregularidades y los incumplimientos normativos".

Finalmente, estos dos ejes —vías de comunicación y protección— se completan con la previsión de un régimen sancionador que vela por el cumplimiento de la propia Ley 2/2023.

1.2. El Sistema interno de información como una de las tres vías de comunicación con protección para las personas informantes

Así, la Ley 2/2023, siguiendo las directrices de la DPI, prevé tres vías de comunicación:

— el Sistema interno de información (SII, en adelante), en el seno de cada organización y bajo su responsabilidad (el canal interno en expresión de la DPI);

— el canal externo, a cargo de una autoridad independiente;

— la revelación pública, a través de la "prensa" y otros medios de puesta a disposición del público.

Así, las personas informantes (denunciantes en expresión de la DPI) podrán poner de manifiesto las infracciones normativas (del derecho de la UE, que están determinadas en la DPI, y las graves y muy graves del ordenamiento jurídico interno) a través de las tres vías de comunicación señaladas, con determinadas garantías de protección.

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

Estos tres canales de comunicación de incumplimientos responden, en su conjunto, a las mismas finalidades[6], recogidas en el art. 1 de la Ley 2/2023:

— otorgar una protección adecuada frente a las represalias que puedan sufrir las personas físicas informantes;

— fortalecer la cultura de la información y las infraestructuras de integridad de las organizaciones;

— fomentar la cultura de la información o comunicación como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público.

Sin embargo, el alcance y significado de cada una de estas tres vías de información no es exactamente igual.

La idea que se vislumbra del conjunto de la norma es, por un lado, una cierta subsidiariedad del canal externo y de la revelación pública respecto del Sistema interno de información, de manera que se posibilite un autocontrol en cada organización para lograr instituciones íntegras y fuertes con capacidad de sancionar incumplimientos, restablecer la legalidad, reparar los daños causados y proteger su reputación; mientras que el canal externo, a cargo de una autoridad independiente, entraría en juego como garantía de control externo de legalidad en caso de que los mecanismos de autocontrol se revelen insuficientes. Y, por otro lado, un claro reconocimiento del papel de la "prensa" en las sociedades democráticas frente a otros medios de difusión pública, pues el art. 28 de la Ley 2/2023 exceptúa de las condiciones establecidas para acudir directamente a la revelación pública a aquellas personas que hayan optado por revelar la información directamente a la prensa, en ejercicio de su libertad de expresión.

1.3. Una aproximación al contexto de los canales internos

En primer lugar, se debe partir de que la previsión de canales internos de denuncia no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico; lo que es realmente novedoso en la Ley 2/2023 es su regulación en el marco de la protección, al fin, de las personas informantes, y como legislación básica que establece y sistematiza el conjunto de vías de "denuncia" con garantías para aquellas personas que se atrevan a comunicar incumplimientos.

6. *Vid.* Villoria Mendieta (2021) sobre la búsqueda de equilibrio entre criterios utilitaristas y deontológicos en la dualidad de objetivos de la directiva.

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

Así, la previsión de los canales internos ya existía en determinados ámbitos sectoriales, y también contaban con una regulación general mínima en el art. 24 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPD, en adelante), bajo la denominación de "sistemas de información de denuncias internas".

La necesidad de esta regulación en la LOPD surgió, fundamentalmente, como consecuencia de la proliferación de los programas *compliance*, una vez que las modificaciones del Código Penal español fueron introduciendo la responsabilidad penal de determinadas personas jurídicas, y reconociendo a aquellas organizaciones que, de forma seria, hubiesen establecido programas *compliance*, de autocontrol y prevención de ilícitos, la posibilidad de atenuar y, en la actualidad, incluso eximir su responsabilidad penal.

No obstante, debido a la existencia de canales de ámbito sectorial y a la generalización de agencias antifraude a nivel autonómico con sus respectivos canales (o a la asunción de estas funciones por sus órganos de control externo), así como a la preocupación por la integridad de algunas entidades locales que establecieron algún tipo de canal de denuncia interna, el art. 24.5 de la LOPD también establecía la aplicación de sus principios a los sistemas de denuncias internas que pudieran crearse en las Administraciones públicas.

En segundo lugar, debe atenderse a que los sistemas internos de denuncia son elementos esenciales no solo de los programas de *compliance*, sino también de los sistemas de integridad institucional, herramientas al servicio de la buena administración, y, además, previstas en los planes antifraude.

Así, la OCDE recoge este tipo de instrumentos de denuncia tanto en la Recomendación, de 18 de febrero de 2014, sobre contratación pública, como en la Recomendación general sobre Integridad Pública, de 26 de enero de 2017. Esta última establece la necesidad de desarrollar una cultura de integridad pública, y a tal fin debe favorecerse una cultura organizativa de la transparencia dentro del sector público que responda a las preocupaciones relacionadas con la integridad, "proporcionando normas y procedimientos claros para la denuncia de sospechas relativas a infracciones de normas de integridad, y garantizando, de acuerdo con los principios fundamentales del derecho interno, la protección legal y en la práctica contra todo tipo de trato injustificado derivado de denuncias realizadas de buena fe y razonablemente motivadas" (apdo. III.9.b)[7].

7. Entre otras medidas, como el ofrecimiento de canales alternativos de denuncias a título confidencial ante otros organismos (III.9.c), así como la necesidad de profundizar en los meca-

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

La creación de un clima de trabajo en el sector público en el que sea seguro comunicar incumplimientos, con la previsión de órganos y mecanismos de control, también se contempla desde los postulados de la buena administración (Ponce Solé, 2017: 52, 73).

Además, el buzón de denuncia es un elemento característico de los planes antifraude exigidos para la gestión de fondos europeos[8]. Tal es el caso del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que recoge este mecanismo con el fin de detectar posibles incumplimientos, no solo a efectos de la apertura de la correspondiente información reservada o denuncia ante otras autoridades, sino también para calificar el riesgo como sistémico o puntual y decidir la retirada parcial o total del proyecto afectado (art. 6 y anexo III.C de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia).

En tercer lugar, la jurisprudencia europea y la que van conformando los tribunales españoles toman en consideración ese primer recurso al canal interno de denuncia de la organización como un elemento de valoración para apreciar la buena fe de las personas informantes.

Así lo aprecia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 12 de febrero de 2002, Guja v. Moldava, entre otros pronunciamientos, en los que, para determinar si el *whistleblower* merece la protección proporcionada por el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, utiliza el criterio de examinar si la información se ha intentado facilitar, en primer lugar, al superior o al órgano competente para permitir que corrigiese la actuación denunciada, entre otros criterios (requisito previo a la protección que se exige con mayor intensidad respecto de la revelación pública)[9].

nismos de rendición de cuentas, reforzando el control externo (IV.12.b).

8. Sobre los planes antifraude, *vid.* Quintana y Palomar (2023).

9. European Court of Human Rights (2022: 71): *"410. Firstly, the Court has held that disclosure of the information in question should be made in the first place to the person's superior or other competent authority or body. In this regard, it considers that it is only where this is clearly impracticable that the information can, as a last resort, be disclosed to the public (Guja v. Moldova [GC], § 73; Haseldine v. the United Kingdom, Commission decision). Accordingly, the Court must take into account whether there was available to the applicant any other effective means of remedying the wrongdoing which he or she intended to uncover. By way of example, in the case of Bucur and Toma v. Romania, the Court held that the disclosure of the information to the public could be justified, given that no official procedure was foreseen in this area, that the applicant had informed his superiors of his concerns and that he had even contacted an MP who was a member of the parliamentary commission responsible for supervising the service to which he was attached (§§ 95-100). Equally, in the case of Matúz v. Hungary, the Court noted that the book disclosing the information in issue had been published only after the applicant had attempted unsuccessfully to complain to*

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

En un sentido similar, la STC 146/2019, de 25 de noviembre, en la que, con arreglo a la jurisprudencia europea, se entendió que la conducta del trabajador no era contraria a la "buena fe contractual" o al "deber de lealtad" hacia la empresa, porque había formulado sus quejas frente a su propia empleadora, y solo cuando fueron desatendidas realizó la denuncia ante otra instancia (en este caso, ante el ayuntamiento contratante).

Así pues, es en este contexto en el que cobra significado la regulación del Sistema interno de información, con una especial conexión con el sistema de integridad de cada organización pública[10], en cuyo seno está llamado a desempeñar un papel de construcción de una cultura íntegra, de un clima laboral de transparencia, de mejora y agilidad de los procedimientos para evitar incumplimientos, reparar los daños y, en su caso, sancionar a los posibles responsables, de forma que se propicie que los informantes de buena fe reporten sus sospechas sin temor a represalias, para, así, salvaguardar su reputación organizativa y preservar la confianza de la ciudadanía en las instituciones.

2. La regulación del Sistema interno de información

La regulación del Sistema interno de información se encuentra en el título II de la Ley 2/2023, que contiene tres capítulos: el capítulo I, sobre disposiciones generales (arts. 4 a 9); el capítulo II, dedicado al SII en el sector privado, y el capítulo III, relativo al del sector público (arts. 13 a 15). En relación con estos preceptos específicos, para el SII del sector público también se entremezclan referencias a aquellos organismos públicos que tienen que dotarse de SII y además tienen funciones de comprobación o investigación en el canal externo, lo que, como se verá, dificulta el entendimiento de alguno de sus contenidos respecto del régimen del SII para la Administración local.

También debe atenderse a diversos preceptos fuera de este título II, que contienen previsiones relativas al SII. Para empezar, el propio concepto del SII del art. 4 requiere completarse con la regulación de la finalidad de la ley (art. 1) y su ámbito material (art. 2) y personal (art. 3) de protección, que integran el título I de la Ley 2/2023.

---

his employer about the alleged censorship (§ 47); in contrast, in a case where the applicant, a military officer, had sent an email to the army's General Inspectorate of Internal Administration criticising a commander for misuse of funds, the Court had regard, inter alia, to the fact that the applicant had not complied with the chain of command and thus denied his hierarchical superior the opportunity to investigate the veracity of the allegations (Soares v. Portugal, § 48)".

10. Iglesias Rey (2023) destaca también la importancia de que las entidades locales se doten de sistemas de integridad.

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

Asimismo, han de considerarse: el título IV de la ley, que regula la publicidad y el registro de informaciones del SII (arts. 25 y 26); el título VI, que se ocupa de la protección de datos personales, y, en especial, el art. 32, relativo al tratamiento de los datos personales en el SII; las medidas de protección de las personas informantes que hagan uso del SII, ya que se regulan en un único título, el título VII; y el título IX, en cuanto a las previsiones del régimen sancionador que también toman en consideración conductas relacionadas con el SII.

Además, las disposiciones transitorias primera y segunda establecen los plazos máximos de adaptación e implantación de los SII; y la disposición final séptima modifica el art. 24 de la LOPD, que contenía una regulación mínima común de los "sistemas de información de denuncias internas", cuyo contenido se vacía, al regularse como SII en la nueva Ley 2/2023, para recoger únicamente la licitud del tratamiento de datos para la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas.

Finalmente, debe subrayarse que esta regulación del SII tiene carácter de básica, ya que la disposición final octava solo exceptúa de tal condición al título VIII, que regula la Autoridad Independiente de Protección del Informante, de aplicación en el ámbito estatal.

3. Concepto y funciones del Sistema interno de información en el marco de la Ley 2/2023

3.1. La definición del art. 4 de la Ley 2/2023

El art. 4 de la Ley 2/2023 define el Sistema interno de información como el cauce preferente para informar sobre las acciones u omisiones previstas en su ámbito de aplicación material, siempre que se pueda tratar de manera efectiva la infracción, y si el denunciante[11] considera que no hay riesgo de represalia. Cauce del que deben disponer todas las personas jurídicas obligadas por la Ley 2/2023.

En esta definición destacan los siguientes aspectos:

a) En primer lugar, esta definición remite al ámbito de aplicación material establecido en el art. 2 de la propia Ley 2/2023, pero, además, debe tenerse en cuenta que la protección solo alcanzará al "denunciante" si se encuentra comprendido en el ámbito personal de aplicación del art. 3, y si

11. En el art. 4 de la Ley 2/2023, se le ha escapado al legislador el término "denunciante".

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

concurren las condiciones de protección del art. 35, ambos de la Ley 2/2023 (condiciones relativas a la calidad de las informaciones y al uso de los canales en los términos legalmente previstos).

b) En segundo lugar, declara el SII como "cauce preferente" para que aquellas personas que detecten un incumplimiento en su contexto laboral o profesional lo comuniquen en primer lugar a través del canal interno.

No obstante, recoge un criterio que justificaría que la persona informante de buena fe no respetase dicha preferencia por el canal interno: si considerase que hay riesgo de represalia.

Precisamente, con el fin de generar confianza en el SII a las posibles personas informantes, el art. 5.2 de la Ley 2/2023 establece el deber de garantizar el tratamiento efectivo de la información, para que sea la propia entidad la primera que tenga conocimiento de la irregularidad en su sistema interno. Este precepto obedece a la idea de que, si el SII funciona de forma ágil y efectiva, se generará la suficiente confianza en las personas informantes de que su entidad está comprometida con el sistema, para que no tengan que acudir al canal externo o a la revelación pública.

c) Finalmente, se refuerza su naturaleza de sistema obligatorio para aquellas organizaciones obligadas a su implantación, como es el caso de las entidades locales, pues el SII se establece como imperativo para todo el sector público (art. 13) y para determinadas organizaciones del sector privado en atención a su dimensión (art. 10).

En consecuencia, se puede definir el Sistema interno de información de las entidades locales como el cauce del que deben disponer las entidades locales para recibir información sobre las acciones u omisiones que puedan constituir infracción administrativa o penal, grave o muy grave, del ordenamiento jurídico español, o infracciones del derecho de la UE previstas en el ámbito de aplicación del art. 2 de la Ley 2/2023, comunicadas por las personas físicas informantes incluidas en el ámbito personal del art. 3 de dicha ley, a las que se brindará protección si también se cumplen las condiciones de protección establecidas en el art. 35 de la ley. Este cauce es preferente siempre que la persona física informante considere que no hay riesgo de represalia, para lo que las entidades locales deben tratar de manera efectiva las comunicaciones presentadas con el fin de conocerlas de forma prioritaria.

Una vez determinada la obligatoriedad del SII para las entidades locales, que no requiere de mayor aclaración, se desarrollarán a continuación los

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

elementos llamados a completar la noción de SII por remisión del art. 4 de la Ley 2/2023: ámbito y preferencia del SII.

3.2. Delimitación objetiva

3.2.1. Informaciones comprendidas en el ámbito material de aplicación (art. 2 de la Ley 2/2023)

El Sistema interno de información se delimita en el art. 4.1 de la ley en atención a que las informaciones sobre acciones u omisiones que se presenten estén incluidas en el ámbito material del art. 2 de la Ley 2/2023.

En primer lugar, el art. 2 de la ley establece su ámbito material de aplicación de forma positiva en relación con dos ámbitos: incumplimientos de actos normativos de la UE en sectores determinados, e infracciones administrativas o penales tipificadas como graves o muy graves.

a) Infracciones (vulneraciones) del derecho de la Unión Europea:
Son informaciones comprendidas dentro del ámbito material de la ley las acciones u omisiones que puedan constituir infracciones —incumplimientos, no se exige la tipificación de infracción— del derecho de la Unión Europea, siempre que estén comprendidas dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva (UE) 2019/1937 (anexos)[12], afecten a los intereses financieros de la Unión Europea y/o incidan en el mercado interior.

b) Infracciones administrativas o penales tipificadas como graves o muy graves:
Se incluyen, también, aquellas acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal[13] o administrativa grave o muy

12. Comprende infracciones en varios sectores, como contratación pública; servicios, productos y mercados financieros, y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; seguridad de los productos; seguridad del transporte; protección del medio ambiente; protección contra las radiaciones y seguridad nuclear; seguridad de los alimentos y los piensos, salud animal y bienestar de los animales; salud pública; protección de los consumidores; y protección de la intimidad y los datos personales, y seguridad de las redes y los sistemas de información.

En relación con la especial incidencia en el ámbito de la contratación pública, *vid*. Barbará Rodríguez (2023).

13. En cuanto a la inclusión en los SII de las informaciones sobre infracciones penales, ya se ha subrayado "la virtualidad limitada de la inclusión de las infracciones penales respecto de su tramitación, pues ésta no será posible más allá de la recepción de la información y de su remisión al Ministerio Fiscal o a la Fiscalía Europea con carácter inmediato si los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito, tal y como recoge el art. 9.2.j) LPI para los sistemas de información internos [y el art. 18.2.c) LPI para los canales externos]" (Parajó Calvo, 2023c).

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

grave, con el fin de que la actividad investigadora se concentre en "las vulneraciones que se considera que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad"[14].

En segundo lugar, se reflejan dos ámbitos en que la protección de la norma no excluye la aplicación del régimen jurídico existente. De manera que:

a) no excluirá la aplicación de las normas procesales penales, incluyendo las diligencias de investigación; y

b) se entenderá sin perjuicio de la normativa específica de las personas trabajadoras que informen sobre infracciones del derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo.

En tercer lugar, se excluyen de su ámbito de aplicación material:

a) Determinados supuestos sujetos a otra normativa específica: (i) información clasificada; (ii) secreto profesional en el ámbito de la medicina, (iii) de la abogacía, (iv) de las fuerzas y cuerpos de seguridad, y (v) de las deliberaciones judiciales; (vi) la relativa a los procedimientos de contratación que contengan información reservada (los declarados secretos o reservados y con medidas de seguridad especiales).

b) Y también se excluyen aquellos otros supuestos (vii) que se rigen por los instrumentos de la Unión Europea enumerados en la parte II del anexo de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019.

En relación con el resultado de esta delimitación material, Fernández Ramos (2023: 59-60) advierte que "quedan fuera del ámbito de la protección informaciones sobre incumplimientos legales de indudable interés público, pero que no pueden ser calificadas como infracciones graves o muy graves", pues "diversas leyes generales de importancia capital para la gestión pública carecen de un catálogo de infracciones y sanciones".

3.2.2. Informaciones excluyentes de la protección a las personas informantes (art. 35.2 de la Ley 2/2023)

Como ha sido apuntado, en cuanto al requisito de que se trate de informaciones sobre acciones u omisiones comprendidas en el ámbito material del art. 2 de la Ley 2/2023, se trata de una primera limitación, ya que, además, el art. 35.2 de la ley (confr. art. 18.2) exige, entre las condiciones para brindar

14. Apdo. III del preámbulo de la Ley 2/2023. Como señala Fernández Ramos (2023: 55), la directiva posibilitaba la exclusión de infracciones menores también para el ámbito de las vulneraciones de actos normativos recogidos en el anexo de la DPI; sin embargo, el legislador no ha contemplado esta posibilidad.

ISBN: 978-84-125912-4-8

protección a la persona informante, que dichas informaciones reúnan una cierta calidad, desechando, por ejemplo, aquellas inverosímiles, relativas a conflictos interpersonales o que se hagan eco de meros rumores.

En concreto, el art. 35.2 excluye del régimen de protección de la ley a las personas que comuniquen el siguiente tipo de informaciones:

a) Informaciones previamente inadmitidas en algún SII o por alguna de las causas de inadmisión previstas para el canal externo (en el art. 18.2.a):

   1.- cuando los hechos relatados carezcan de toda verosimilitud;

   2.- cuando los hechos relatados no sean constitutivos de infracción del ordenamiento jurídico incluida en el ámbito de aplicación de esta ley;

   3.- cuando la comunicación carezca manifiestamente de fundamento o existan, a juicio de la Autoridad Independiente de Protección al Informante u órgano autonómico equivalente, indicios racionales de haberse obtenido mediante la comisión de un delito;

   4.- cuando la comunicación no contenga información nueva y significativa sobre infracciones en comparación con una comunicación anterior respecto de la cual hayan concluido los correspondientes procedimientos, a menos que se den nuevas circunstancias de hecho o de derecho que justifiquen un seguimiento distinto.

b) Informaciones vinculadas a reclamaciones sobre conflictos interpersonales o que afecten únicamente al informante y a las personas a las que se refiera la comunicación o revelación.

c) Informaciones que ya estén completamente disponibles para el público o que constituyan meros rumores.

3.3. Delimitación subjetiva: personas informantes y condiciones de protección

3.3.1. Personas físicas comprendidas en el art. 3 de la Ley 2/2023

En primer lugar, debe precisarse que es el art. 2.1 de la Ley 2/2023, regulador del ámbito material, y no el art. 3, relativo al ámbito personal, el que precisa que el concepto de informantes solo incluye a las personas físicas. Las personas jurídicas "facilitadoras" podrán acceder al régimen de protección previsto en el título VII de la ley, fundamentalmente frente a represalias, cuando

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

formen parte del entorno de las personas informantes, pero no están legitimadas para la presentación de informaciones (art. 3.4.c).

En segundo lugar, el concepto de personas informantes se construye en base a dos conceptos jurídicos indeterminados que subrayan la conexión interna con la entidad en cuyo seno se ha producido el incumplimiento denunciado. Así, tendrán esta consideración aquellas personas físicas que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral o profesional.

En tercer lugar, se ofrecen dos listados de mínimos, de manera que:

a) En todo caso el concepto de persona informante comprenderá a las personas que tengan la condición de empleadas públicas o trabajadoras por cuenta ajena; autónomas; accionistas, partícipes y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos; y cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores [art. 3.1.a), b), c) y d) de la ley].

b) Y también se explicita que la ley se aplicará a "los informantes que comuniquen o revelen públicamente información sobre infracciones obtenida en el marco de una relación laboral o estatutaria ya finalizada, voluntarios, becarios, trabajadores en periodos de formación con independencia de que perciban o no una remuneración, así como a aquellos cuya relación laboral todavía no haya comenzado, en los casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual" (art. 3.2).

Por consiguiente, resulta indudable que este concepto abarca todas las modalidades de empleo público, así como a las personas aspirantes en procesos selectivos, y también que, en el ámbito de la contratación, cualquier persona física que sea empresaria contratista o ligada al contratista, así como al subcontratista, podrá ser considerada informante.

Ahora bien, en orden a su aplicación por las entidades locales surge la duda, no resuelta en la ley, de si las personas concejalas o diputadas —del Gobierno y de la oposición— podrían ser consideradas personas informantes. Al respecto, Coello Martín (2023) ha puesto de manifiesto los problemas que se suscitan en relación con los cargos electos de las Administraciones locales:

"Los concejales o diputados provinciales, cuyo estatuto viene regulado en los artículos 93 y ss. de la LRBRL de 1985. Aun cuando son personas con res-

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

ponsabilidad pública según el artículo 14 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, no están expresamente relacionados en el artículo 3 de la LPI de 2023. Cuestión distinta es la condición de informante que pueden alcanzar los miembros de las corporaciones locales que previamente fueren funcionarios de la propia corporación para la que han sido elegidos, o que lo fueren en otra administración pública desempeñen un cargo retribuido y en exclusiva, dado que en tal caso pasarán a una situación administrativa de servicios especiales (art. 74 LRBRL).

Empero conviene precisar que en tal caso lo serán por su condición de funcionarios y en relación con los asuntos que conocieron por razón de su actividad y 'contexto laboral' funcionarial, en su administración de origen.

Sin embargo, en algunos casos pueden ser considerados como informantes, *per relationem*, en razón de las funciones que desarrollan por su propia condición de cargos electos locales (municipales o provinciales). Podemos enumerar algunos supuestos: a) Ofrece alguna duda si el artículo 46 de la LCSP de 2017, en relación con el artículo 2 y 3 de la LPI de 2023 permite esa interpretación, en aquellos casos en los que el concejal o el Diputado provincial actúa como presidente de la mesa de contratación de una entidad local; b) Puede aceptarse al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 3 de la LPI de 2023 en aquellos casos en los que, por su condición de concejal esté integrado en el órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos. Dado el concepto funcional de empresa que utiliza el derecho comunitario, habrá que entender todas aquellas personificaciones jurídicas que integran el inventario de entes del sector público local (organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles, consorcios, fundaciones etc.) y que conforman lo que se ha denominado el sector público local" (Coello Martín, 2023: 158).

3.3.2. Personas informantes que reúnan las condiciones de protección establecidas en el art. 35 de la Ley 2/2023

Las personas informantes comprendidas en el art. 3 de la ley, para acceder a la protección que esta les dispensa, deben además reunir las condiciones establecidas en el art. 35 de la misma Ley 2/2023.

Así, el SII será un cauce de comunicación que protegerá a aquellas personas físicas informantes comprendidas en el ámbito personal del art. 3 de la ley y que, además, reúnan las condiciones de protección establecidas. En concreto, el art. 35.1 de la Ley 2/2023 requiere que concurran las siguientes circunstancias:

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

a) Que las personas informantes tengan motivos razonables para pensar que la información referida es veraz en el momento de la comunicación o revelación, aun cuando no aporten pruebas concluyentes.

b) Que las personas informantes tengan motivos razonables para pensar que la citada información se encuentre dentro del ámbito material de aplicación de la ley, lo que remite al ámbito material del art. 3 de la ley.
En relación con este requisito relativo a que la información se encuentre comprendida en el ámbito material de la ley, el art. 35.1.a) parece solo exigir que se tengan motivos razonables para pensar que esté comprendida en dicho ámbito material; pero, como se ha señalado al analizar la delimitación objetiva del sistema, el art. 35.2 excluye de la protección cuando se transmitan informaciones que incurran en las causas de inadmisión del art. 18.2 de la ley, y entre estas causas se recoge que la información no esté comprendida en el ámbito material del art. 2 de la ley.
Esta contradicción debería resolverse a favor de las personas informantes, considerando la prevalencia de la aplicación de este art. 35.1.a) sobre la aplicación del art. 35.2 confr. art. 18.2, y no exigirles más que un convencimiento razonable, por razones de especialidad y proporcionalidad. Pues, a la vista de la complejidad técnica con la que se construye el ámbito material de la Ley 2/2023, sería absolutamente desproporcionado exigir tal precisión a las personas informantes para que pudiesen alcanzar el régimen de protección de la ley. Sierra-Rodríguez (2023a: 74) se muestra partidario de otorgar protección a las personas informantes, aunque las informaciones sean inadmitidas por no encontrarse comprendidas en el ámbito material del art. 2 de la Ley 2/2023, pues tanto la directiva (considerando 32 y art. 5.2) como la ley (arts. 2.1 y 35.1.a) se refieren a que las personas denunciantes/informantes tengan motivos razonables para creer que esa información estaría incluida.

c) Y, finalmente, que la comunicación o la revelación se hayan realizado conforme a los requerimientos previstos en la Ley 2/2023.

Estas tres condiciones de protección de las personas informantes son comunes para las tres vías: sistema interno, canal externo y revelación pública. No se ha establecido explícitamente como condición de protección que haya de justificarse que la presentación en el SII de la entidad haya sido infructuosa o que no se haya acudido por temor a represalia. Con ello perdería virtualidad la declaración de preferencia del SII y no se

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

brindaría la oportunidad a las entidades locales que dispongan de un SII de que solventen internamente los incumplimientos detectados. A no ser que el respeto a la preferencia del SII se entienda comprendido en esta última condición de acceso a la protección prevista en el art. 35.1.b) de que "la comunicación o revelación se haya realizado conforme a los requerimientos previstos en esta ley", y lo cierto es que la ley establece dicha preferencia y determina las circunstancias que habilitarían al informante para saltarse dicha preferencia, si bien en atención a conceptos indeterminados y dependientes del convencimiento personal de las personas informantes.

3.4. Naturaleza preferente

Pues bien, definido legalmente el SII en el art. 4 de la Ley 2/2023, como canal preferente, tanto los considerandos de la DPI como el preámbulo de la Ley 2/2023 ayudan a perfilar el significado de esa preferencia y, con ello, la naturaleza y las funciones del propio SII.

Así, el considerando 47 de la directiva justifica el incentivo a los denunciantes para que utilicen en primer lugar el canal interno en que: (i) quienes están más próximos a la fuente del problema son los que tienen más posibilidades de investigarlo y competencias para remediarlo; y (ii) en el fomento de "una cultura de buena comunicación y responsabilidad social empresarial en las organizaciones, en virtud de la cual se considere que los denunciantes contribuyen de manera significativa a la autocorrección y a la excelencia dentro de la organización".

En un sentido similar, señala el apdo. II del preámbulo de la Ley 2/2023 que la directiva "obliga a contar con canales internos de información a muchas empresas y entidades públicas porque se considera, y así también se ha recogido en informes y estadísticas recabados durante la elaboración del texto europeo, que es preferible que la información sobre prácticas irregulares se conozca por la propia organización para corregirlas o reparar lo antes posible los daños".

Además, el apdo. III del preámbulo también expresa lo siguiente: "El Sistema interno de información debería utilizarse de manera preferente para canalizar la información, pues una actuación diligente y eficaz en el seno de la propia organización podría paralizar las consecuencias perjudiciales de las actuaciones investigadas".

Esta motivación ha calado en la declaración de preferencia del art. 4 de la Ley 2/2023, pero también en su art. 5.2, en el que se establece el deber

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

de garantizar el tratamiento efectivo de las informaciones, pues se entiende que para generar confianza en las personas informantes y para que la entidad en la que se produce sea la primera en conocer la irregularidad es necesario un correcto y ágil funcionamiento del sistema[15].

Así, se marca la diferencia con el canal externo de información, en cuya configuración cobra un peso mayor el elemento de la rendición de cuentas ante un organismo independiente, y, por lo tanto, como elemento de control externo del cumplimiento normativo al servicio de las personas informantes, "que podrán elegir el cauce a seguir, interno o externo, según las circunstancias y riesgos de represalias que considere" (apdo. III del preámbulo de la Ley 2/2023).

Así, la comprensión del canal interno en el conjunto del sistema de la Ley 2/2023, como un medio de autocontrol, como elemento característico y esencial de los sistemas de integridad institucional, quizás explique la generalización de la obligación de que todas las Administraciones públicas y entidades que integran el sector público dispongan de un Sistema interno de información establecido en el art. 13 de la Ley 2/2023, incluyendo a toda la realidad municipal española con independencia de su dimensión (si bien, como veremos, en función del número de habitantes se posibilita la compartición de canales).

3.5. Funciones del Sistema interno de Información en el contexto de la Ley 2/2023

Por lo tanto, las funciones de los SII no solo comprenden la detección de infracciones normativas con protección de las personas informantes (i) para posibilitar su sanción administrativa o penal, sino también: (ii) para que se proceda a la restauración o reparación de la legalidad alterada por el incumplimiento denunciado; (iii) a la reparación de los daños generados; (iv) a la protección de la imagen institucional, en la medida en que el procedi-

15. En este mismo sentido, Velasco Núñez (2023: 75): "[…] el hecho de que el art. 5.2.e) L2/23 pretenda que el SII garantice que 'las comunicaciones presentadas puedan tratarse de manera efectiva dentro de la correspondiente entidad u organismo con el objetivo de que el primero en conocer la posible irregularidad sea la propia entidad u organismo', junto con el hecho de que el art. 7.2 DW obligue a promover 'la comunicación a través de canales de denuncia interna antes que la comunicación a través de canales de denuncia externa, siempre que se pueda tratar la infracción internamente de manera efectiva y siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias', parecen indicar que la prelación temporal y preferente del SII, persigue que la propia empresa cuente con la ventaja de conocer la irregularidad, para enmendarla, a través de la acción -independiente-del gestor del canal".

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

miento y su aplicación hayan permitido dar una respuesta y solución ágil al problema detectado; y (v) para permitir la revisión y el análisis de cómo se ha producido el incumplimiento, a fin de proponer e instar la mejora organizativa, normativa o procedimental que corresponda para tratar de que no se reproduzca en el futuro.

Así, si se cumplen dichas funciones, se contribuirá a alcanzar los objetivos de construcción de una cultura organizativa de transparencia, integridad y mejora continua propios de una entidad pública, y, así, mantener (o recuperar) la confianza ciudadana en que las instituciones públicas trabajan a su servicio.

Del conjunto de la regulación expuesta, puede afirmarse que la Ley 2/2023 ha establecido un nuevo marco de control de cumplimiento normativo para las entidades locales.

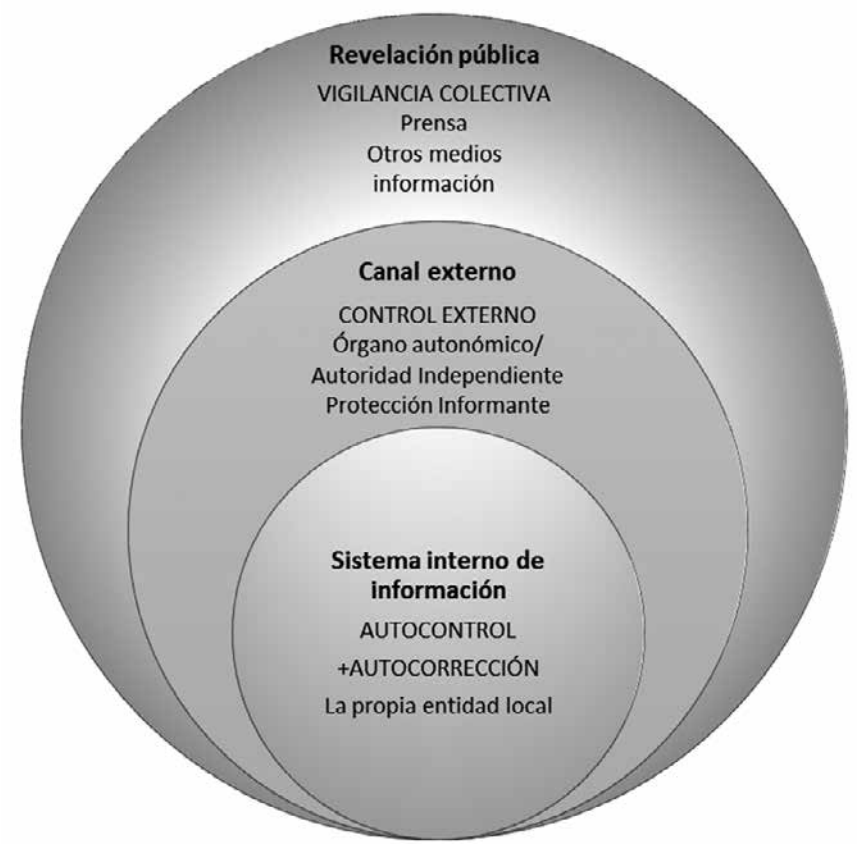
Desde este prisma local, debe tenerse en cuenta que todas las entidades locales están obligadas a implantar su SII y, al tiempo, están sujetas al control del canal externo bajo la supervisión del órgano de la comunidad autónoma competente respecto del sector público local [arts. 24.2.a), 41 y 61 de la Ley 2/2023] o de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. (AAI, en adelante), si la comunidad autónoma suscribe el convenio previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 2/2023.

Con ello se viene a superponer un control general externo sobre los incumplimientos graves y muy graves del sector público local, que solo puede ser entendido en términos de legalidad de acuerdo con la autonomía local constitucionalmente garantizada, y que convivirá con los ya existentes en los arts. 65 y 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

A estos dos sistemas interno y externo, de autocontrol y control externo, se añade el sometimiento a la vigilancia colectiva y al escrutinio público, mediante la revelación pública que legitima y protege a las personas informantes que la realicen a través de la prensa, en ejercicio de su libertad de expresión; y, en determinadas condiciones, a través de otros medios de puesta a disposición del público de los incumplimiento detectados.

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

Ilustración. Nuevo marco de control de cumplimiento normativo de las entidades locales



4. La implantación del Sistema interno de información en las entidades locales

4.1. Obligación y plazo

La Ley 2/2023 ha establecido que la implantación del SII es obligatoria para todas las entidades locales. En concreto, el art. 13 de la Ley 2/2023 establece que todas las entidades del sector público[16] están obligadas a disponer de un SII en los términos previstos en la ley, para, a continuación, explicitar que a estos efectos se entienden comprendidas todas las entidades que integran la Administración local. Con ello, el legislador español no se acogió a la posibilidad de excepcionar a aquellos municipios que no alcanzasen los

16. En relación con las entidades públicas obligadas y la distribución de competencias en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, *vid.* Ferreira Fernández (2023).

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

diez mil habitantes o con menos de cincuenta personas trabajadoras, que estaba prevista en el art. 9.1, segundo párrafo, de la DPI. De manera que todas las entidades locales sin excepción están obligadas a contar con un SII.

La ley es consciente de la realidad de preexistencia de canales internos de denuncia en entidades del sector público y privado al momento de su entrada en vigor, y, en su disposición transitoria primera, les reconoce eficacia para dar cumplimiento a las previsiones de la ley, siempre y cuando se ajusten a los requisitos establecidos en la misma.

En otro caso, habrían de implantarse en el plazo que se fijaba en la disposición transitoria segunda, que establecía un plazo máximo general de tres meses desde la entrada en vigor de la ley (lo que situó la fecha límite en el 13 de junio de 2023); y una extensión de este plazo, hasta el 1 de diciembre de 2023, para los municipios de menos de diez mil habitantes.

4.2. Formas de gestión

4.2.1. Uso de medios compartidos

En relación con los municipios de población inferior a diez mil habitantes, el art. 14 de la ley sí ha hecho uso de la previsión contenida en el art. 9.1, tercer párrafo, de la directiva, y les permite compartir el Sistema interno de información y los recursos destinados a las investigaciones y a las tramitaciones, entre sí o con cualesquiera otras Administraciones públicas que se ubiquen dentro del territorio de la misma comunidad autónoma. Ahora bien, deberá garantizarse que los SII sean independientes y aparezcan diferenciados para evitar confusión en la ciudadanía.

Igualmente, las entidades con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las entidades locales[17] que cuenten con menos de cincuenta personas trabajadoras, podrán compartir con su Administración local de adscripción los medios del SII en los mismos términos de independencia y diferenciación de cara a la ciudadanía.

4.2.2. La gestión instrumental del SII por un tercero externo

La Ley 2/2023 admite la gestión del SII por un tercero externo en el sector público, aunque con limitaciones. Así, esta posibilidad se recoge tanto en el art. 6, dentro del capítulo I sobre disposiciones generales, como en el art. 15,

17. Al igual que cualesquiera otras entidades dependientes o vinculadas a otra Administración territorial con menos de cincuenta personas trabajadoras.

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

entre las disposiciones específicas para el sector público del capítulo II, por lo que resultarán de aplicación las limitaciones establecidas en ambos preceptos y que podemos sintetizar en las siguientes:

a) Las entidades que integran la Administración local solo podrán acordar la gestión del SII por tercero externo, en aquellos casos en que se acredite la insuficiencia de medios propios, conforme a lo dispuesto en el art. 116.4.f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (art. 15).

b) Esta gestión se limitará a la recepción de las informaciones sobre infracciones (arts. 15 y 6.1 *in fine*), y tendrá carácter exclusivamente instrumental (art. 15).

c) No podrá suponer una atribución de la responsabilidad sobre el SII en persona distinta del "Responsable del Sistema" (art. 6.3 *in fine*).

   La figura del Responsable del Sistema, prevista en el art. 8 de la Ley 2/2023, es la responsable de la gestión del Sistema interno de información y de la tramitación diligente del "procedimiento" de gestión de informaciones (art. 9.1).

   Así, con esta limitación de contratación de las funciones propias del Responsable, la Ley 2/2023 trata de vencer las dificultades que plantea en el sector público cohonestar la externalización de la gestión de servicios públicos con la reserva del ejercicio de funciones públicas a personal funcionario (art. 9.2 EBEP) y con la prohibición de contratar servicios que impliquen ejercicio de autoridad (art. 17 LCSP)[18].

d) Tampoco podrá suponer un menoscabo de las garantías y los requisitos legalmente establecidos para el SII (art. 6.3 *ab initio*).

e) El tercero externo ofrecerá garantías adecuadas de respeto de la independencia, la confidencialidad, la protección de datos y el secreto de comunicaciones (art. 6.2, primer párrafo). No ha explicitado la ley que dicho tercero cuente con la figura del Delegado de Protección de Datos, lo que debería exigirse, tal y como apunta Aymerich Cano (2023: 217).

18. Dificultad apuntada por Sánchez Sánchez (2022: 10-11) y en la que profundiza Aymerich Cano (2023: 218) respecto del Responsable del Sistema, al que parecería que se extiende la jurisprudencia que limita la tramitación de procedimiento sancionador al personal funcionario.

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

f) La existencia de corresponsables del tratamiento de datos personales requiere la previa suscripción del acuerdo regulado en el art. 26 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de datos (RGPD), y en la LOPD. Por lo tanto, el acuerdo ha de suscribirse entre la contratante y el contratista antes del inicio de la ejecución del contrato de gestión instrumental del SII.

g) El tercero externo que gestione el SII tendrá la consideración de encargado del tratamiento a efectos de la legislación sobre protección de datos personales. El tratamiento se regirá por el acto o contrato al que se refiere el art. 28.3 del RGPD.

4.3. Las responsabilidades de implantación y tratamiento de datos

La responsabilidad de la implantación del SII corresponde, de acuerdo con el art. 5.1 de la Ley 2/2023, al órgano de gobierno de cada entidad. Camarón Pacheco (2023: 112) indica a este respecto cómo en todo proceso de cambio e implantación de políticas de gobernanza es clave la alineación Gobierno-Administración; y recuerda "lo que en el ámbito del *compliance* se conoce como el principio del *tone-from-the-top*, la implicación desde la cúpula".

No se ha concretado ninguna atribución competencial más en relación con las Administraciones territoriales, por lo que habrá que acudir a la regulación de cada una para determinar cuál es el órgano competente. En el caso de las entidades locales, esta falta de atribución específica a un órgano municipal concreto conduciría a la aplicación de la competencia residual de la Alcaldía prevista en los arts. 21.1.s) y 124.4.ñ) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), y de las presidencias de las diputaciones en el art. 34.1.ñ)[19].

La implantación del SII requiere la previa consulta con la representación legal de las personas trabajadoras, esto es, con las juntas de personal o las personas delegadas de personal, pues no se sujeta la implantación a la negociación colectiva, sino a la consulta, por lo que aquellas han de ser informadas y oídas en esta materia, lo que se suma a las funciones previstas en el art. 40 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Por otra parte, la Ley 2/2023 asigna, explícitamente, tres cometidos al órgano de gobierno de la entidad: la aprobación de la política o estra-

19. Parajó Calvo (2023c).

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

tegia del SII (art. 5.2.g), la designación del Responsable del SII (art. 8.1), y la aprobación del "procedimiento" de gestión de las informaciones (art. 9.1). Si la regulación de este "procedimiento" en su contenido excediese el propio de un acto administrativo con pluralidad de destinatarios, o su desarrollo o contenido innovativo requiriese la aprobación de una disposición reglamentaria, con toda evidencia, habría que considerar la competencia del órgano plenario [arts. 22.2.d), 33.2.b) y 123.1.d) de la LBRL]. Tres elementos (política, responsable y "procedimiento") que se configuran como tres de los elementos con los que ha de contar todo SII, como luego se explicará.

En relación con la responsabilidad de la implantación del SII, debe recordarse que esta ha de realizarse en los términos previstos en la propia ley, ya que, en garantía de su efectiva implantación, ha incluido en su régimen sancionador, como infracción muy grave, el incumplimiento de la obligación de disponer de un Sistema interno de información en los términos exigidos por la ley (art. 63.1.g de la Ley 2/2023).

Además, la Ley 2/2023 aún atribuye al órgano responsable de la implantación la consideración de responsable del tratamiento de los datos personales; sin embargo, como explica Torregrosa Vázquez:

> "[…] una interpretación literal de este precepto, -avalado en su momento por la AEPD en su Informe 0020/2022 y ahora corregido por el Informe 0054/2023-, hubiera asimilado el responsable de tratamiento de datos personales con el órgano de administración y órgano de gobierno y no con la empresa o entidad, lo que hubiera originado graves problemas de responsabilidad atribuibles al Consejo de Administración o al órgano superior o directiva de una entidad del sector público. Afortunadamente, el mismo día que entraba en vigor esta LPI la AEPD dio una respuesta a una consulta planteada y emitió un Informe pacificando el asunto.
>
> Y, así, se puede afirmar que las empresas o las entidades del sector público son las verdaderas responsables del tratamiento de datos derivados de la gestión del canal de denuncias (AEPD, 2023, Informe 0054, pp. 11 y 12), 'sin perjuicio de que las decisiones necesarias para su correcta implantación deban adoptarse por el correspondiente órgano de administración u órgano de gobierno' (AEPD, 2023, Informe 0054, p. 12), que sí tendrán que adoptar todas las disposiciones para 'asegurar' la implantación del canal de denuncias, así como designar a la persona física (u órgano colegiado) 'responsable de la gestión' del sistema" (Torregrosa Vázquez, 2023: 256).

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

Como se ha señalado, en caso de que se acuda a la gestión instrumental por un tercero externo para la gestión instrumental del SII, este tendrá la consideración de encargado del tratamiento.

En todo caso, cabe recordar que en todas las Administraciones públicas debe existir la figura del Delegado de Protección de Datos, que está llamado a desarrollar un importante papel en el SII, de manera que es una de las pocas personas que puede tener acceso a los datos personales del sistema, dentro del ámbito de sus competencias y funciones, de acuerdo con el art. 32.1.a) de la Ley 2/2023.

5. Requisitos de implantación y características del Sistema interno de información

Con carácter previo, debe advertirse que la Ley 2/2023 no muestra especial preocupación en la utilización precisa de los términos "sistema" y "canal" de recepción de informaciones, ni tampoco por la exposición sistemática de sus requisitos y características.

Estos aspectos se regulan en los arts. 5 y 7 de la Ley 2/2023, en los que se entremezclan los elementos esenciales del sistema (que, por lo tanto, son requisitos previos para su implantación) con requisitos de configuración del canal de recepción de informaciones y con otras notas características del SII y del canal interno. En este apartado se intentará ofrecer una exposición ordenada de todos ellos.

5.1. Requisitos de implantación del Sistema interno de información

La implantación del SII requiere que se dé cumplimiento a determinadas previsiones del articulado de la Ley 2/2023, fundamentalmente en sus arts. 5, 7, 8, 9 y 26, en las que se contemplan los elementos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.

a) Política o estrategia del SII (art. 5.2.h)

El SII ha de contar con una política o estrategia que enuncie los principios generales del sistema y de defensa del informante. Dicha política del sistema ha de ser debidamente publicitada en el seno de cada entidad local.

Como explica Aymerich Cano (2023: 234), la norma se está refiriendo al mismo documento empleando dos términos —política y estrategia—, cuando en realidad no son sinónimos. La estrategia haría referencia a un plan o

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

programa más amplio con formulación de líneas y objetivos estratégicos, del que se derivarían objetivos operativos y acciones; mientras que la noción de política del sistema parece apuntar a un documento de políticas, como documento explicativo, un marco de referencia del funcionamiento del sistema y del "procedimiento" de gestión de la información.

Finalmente, queda por subrayar la importancia de la estrategia del SII, que ha sido advertida por Capdeferro Villagrasa (2023a: 298):

> "[…] parece relevante que la política o estrategia interna sea informativa, genere confianza y además actúe deslegitimando las posibles técnicas de neutralización que puedan surgir entre el personal de la organización. Este factor, sin duda, pone en gran valor un elemento que aparece mencionado en la Ley 2/2023, pero al que no se dedica prácticamente ninguna atención: la política o estrategia, mencionada en el art. 5.2.h. Mediante esta estrategia, debería difundirse que existe un canal interno (y uno externo) y seguro para comunicar infracciones y que es positivo comunicar posibles malas prácticas para que puedan corregirse de forma rápida y sin generar consecuencias más graves a posteriori. Por tanto, no bastará con diseñar y gestionar bien los canales, sino que será también muy necesario acompañar este despliegue técnico con formación y difusión, para promover la denuncia y la cultura de la legalidad".

b) Responsable del Sistema [arts. 5.2.g) y 8]

El SII ha de contar con la figura de Responsable del Sistema, que puede ser una persona física o un órgano colegiado designado por el órgano de gobierno de la entidad, que se encargará de la gestión del sistema interno y de la tramitación de las informaciones.

c) Canal interno de información [arts. 5.c) y 7]

El SII ha de contar con un canal interno de información, esto es, el buzón o cauce para la presentación y recepción de la información.

De acuerdo con Fernández Salmerón (2023: 204), el canal interno de información es "el principal elemento en torno al cual se configura el SII", y "consiste en la utilidad o conjunto de utilidades que permiten la presentación de denuncias o informaciones en relación con las conductas que son objeto de la ley".

Los canales internos de información permitirán la presentación de comunicaciones por escrito o verbalmente o de ambos modos, e incluso la presentación y posterior tramitación de comunicaciones anónimas. Así, las

Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales
Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero
Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 38
ISBN: 978-84-125912-4-8

comunicaciones se podrán realizar bien por escrito, a través de correo postal o de cualquier medio electrónico habilitado al efecto, o verbalmente, por vía telefónica o mediante sistema de mensajería de voz. A solicitud del informante, también podrán presentarse por medio de una reunión presencial.

En cuanto a la herramienta que se utilice como buzón interno, Alamá Izquierdo (2023) aconseja que, en su búsqueda, además de cumplir con todas las exigencias legales y tecnológicas, habrá de procurarse que "sea segura de utilizar y lo más económica posible", apuntando características de seguridad, requisitos de uso y requisitos económicos.

d) "Procedimiento" de gestión de las informaciones [art. 5.2.i) confr. art. 9.1]

Igualmente es necesario contar con la aprobación del "procedimiento" de gestión de las informaciones recibidas, cuya aprobación se encomienda al órgano de gobierno de la entidad, como ya se ha señalado.

e) Libro-registro (art. 26)

El SII ha de contar con un libro-registro de informaciones para documentar las informaciones y el resultado de los "procedimientos", en los términos del art. 26 de la Ley 2/2023.

f) Régimen de garantías de las personas informantes [art. 5.2.h) y j]

Asimismo, han de establecerse las garantías necesarias para la protección de los informantes en el ámbito de la organización, respetando, al menos, los derechos que les reconoce el art. 9 de la Ley 2/2023 en el "procedimiento".

Por otro lado, uno de los contenidos de la política o estrategia del SII es la enunciación de los principios generales de defensa del informante, por lo que podrá valorarse incluir en el mismo documento la política o estrategia y el régimen de garantías de las personas informantes. En cambio, nada establece la Ley 2/2023 respecto de la necesidad de contar con el régimen de garantías de los derechos de las personas afectadas por la información (denunciadas), en clara asimetría con el tratamiento legal que proporciona a las personas informantes (Parajó Calvo, 2023a: 68).

g) Formación del personal de la entidad [art. 5.2.j) confr. arts. 9.2.g) y 32.5]

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

A efectos de garantizar la confidencialidad de las personas informantes, la ley recoge la obligación de formar al personal[20] en el art. 9.2.g) LPI, de manera que:

— El personal ha de estar formado para que, en caso de que una comunicación sea remitida por un canal diferente o a personal no responsable de su tratamiento, la persona empleada pública que la reciba la remita inmediatamente al Responsable del Sistema.

— Además, el personal municipal debe estar advertido de que el quebrantamiento de la garantía de confidencialidad del sistema es una infracción muy grave.

En materia de protección de datos, el art. 32.5 de la Ley 2/2023 también recoge el deber de que los empleados y terceros sean informados acerca del tratamiento de datos personales en el marco del SII.

h) Información y publicidad del SII

La publicidad es un elemento esencial o requisito del sistema, pues si no se garantiza su conocimiento, no será posible su uso por las personas informantes. En este sentido, el art. 25 de la Ley 2/2023 establece la obligación de que el SII proporcione información adecuada, de forma clara y fácilmente accesible, sobre el uso del canal interno y sobre los principios esenciales de su "procedimiento" de gestión. Esta información ha de constar en la web de la entidad, que figurará en la página de inicio, en sección separada y fácilmente identificable.

5.2. Características del sistema

a) Sistema de protección limitada al ámbito material y personal de la Ley 2/2023

La protección del SII se limita a aquellas informaciones relativas a las infracciones incluidas en el ámbito material del art. 2 de la Ley 2/2023, y

20. En relación con las nuevas necesidades formativas derivadas de la Ley 2/2023, Dapena Gómez (2023: 283) considera que el establecimiento de esta obligación normativa "respecto de la preceptiva formación a las personas integrantes del Sistema interno de información —contemplada en el art. 9.2.g) de la norma invocada— y de aquellas al servicio de la Autoridad Independiente de Protección al informante, en los términos de lo establecido en el art. 45.3 supone un relevante avance en la consideración del conocimiento como herramienta esencial del desempeño profesional en un ámbito tan significativo como es el de la ética e integridad públicas, posicionando estratégicamente a la formación en un lugar clave de la gestión pública íntegra y de la gobernanza del s. XXI".

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

presentadas por las personas físicas incluidas en el ámbito personal de aplicación definido en el art. 3 de la ley. Así, si el canal del SII está habilitado para recibir otro tipo de comunicaciones, sus remitentes quedarán fuera de la protección dispensada por la Ley 2/2023 (art. 7.4).

b) SII independiente y diferenciado

Los SII, aunque se gestionen de forma compartida (canal y recursos de investigación y tramitación), deben ser independientes y aparecer diferenciados, evitando generar confusión en la ciudadanía [art. 5.2.f) LPI confr. art. 14].

c) Sistema seguro, confidencial y acorde a la normativa de protección de datos[21]

El sistema debe ser seguro en su diseño, establecimiento y gestión; y ha de garantizar la confidencialidad y la protección de datos personales (art. 5.2.b).

La garantía de la confidencialidad no solo alcanza a la identidad de la persona informante, sino también a las personas afectadas y a cualquier tercero mencionado, así como al conjunto de las actuaciones que se desarrollen en la gestión y tramitación de las comunicaciones. De ahí que, como se ha señalado, la Ley 2/2023 recoja la necesidad de formación del personal en garantía de la confidencialidad en el art. 9.2.g) LPI.

La garantía de la protección de datos personales impide el acceso al sistema a personal no autorizado. Así, únicamente podrán acceder a los datos del SII, dentro del ámbito de su competencia y funciones: el Responsable del Sistema y quien lo gestione directamente; la responsable de recursos humanos cuando pudiera proceder la acción disciplinaria; la responsable de los servicios jurídicos, si procediese la adopción de medidas legales; las personas encargadas del tratamiento que eventualmente se designen, y la que desempeñe las funciones de Delegado de Protección de Datos.

Además, se establece la licitud del tratamiento y de la comunicación a terceras personas, cuando resulte necesario para la tramitación de los procedimientos sancionadores o penales que procedan (con ciertas garantías que más adelante se señalarán).

21. *Vid.* un estudio específico sobre protección de datos personales en el SII en Torregrosa Vázquez (2023).

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

d) Sistema efectivo que facilite el conocimiento prioritario por la entidad local

El sistema ha de garantizar que las comunicaciones presentadas puedan tratarse de manera efectiva con el objetivo de que la primera en conocer la posible irregularidad sea la propia entidad afectada (art. 5.2.e). Como ya se ha explicado, esta previsión enlaza con la preferencia del SII declarada en el art. 4 de la ley y con la finalidad recogida en su preámbulo: "que la información sobre prácticas irregulares se conozca por la propia organización para corregirlas o reparar lo antes posible los daños".

e) Sistema garantista

El SII ha de establecer las garantías para proteger a las personas informantes en el ámbito de la propia entidad (art. 5.2.j).

5.3. Características del canal interno

a) Integrado en el SII

Cualquier otro canal que permita la recepción de información sobre las infracciones incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 2/2023 debe estar integrado en el Sistema interno de información [arts. 5.2.d) y 7.1].

b) Compatible con la recepción de comunicaciones de otra naturaleza

El canal del SII puede habilitarse para recibir otro tipo de comunicaciones, pero, como se ha señalado antes, estas quedarán fuera de la protección de la Ley 2/2023 (art. 7.4). En relación con esta posibilidad, Capdeferro Villagrasa (2023b: 139-140) advierte acerca de la trampa que puede suponer, para la persona que presenta este tipo de informaciones, la apariencia de seguridad del canal, cuando, en realidad, no le corresponde el estatuto protector del SII.

c) Claramente identificable con la entidad a la que pertenece

Parece claro que el canal interno como buzón de entrada de las informaciones debe ser claramente identificable con la entidad a la que se refiere (art. 14 Ley 2/2023 confr. art. 5.2.f), como ya se ha señalado en relación con el SII (no solo se comparte el canal, también los recursos de investigación y de tramitación).

d) Asequible

El uso del SII ha de ser asequible, de manera que permita y facilite la comunicación de las informaciones sobre infracciones previstas del art. 2 de

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

la Ley 2/2023 a todas las personas informantes referidas en el art. 3 (art. 5.2.a). Aunque la ley lo predica del SII, parece estarse refiriendo a la comunicación que se realiza a través del buzón o canal interno de información que se integra en el SII.

e) Versátil en relación con las diversas formas de presentación

El canal debe permitir la presentación de las informaciones, por escrito o verbalmente[22] (art. 7.2), e, incluso, de forma anónima (art. 7.3).

6. La figura de Responsable del Sistema

La Ley 2/2023 establece como requisito del SII la existencia de la figura de "Responsable del Sistema" (art. 5.2.g), y la regula específicamente en su art. 8, pero de forma conjunta para el sector público y el privado, estableciendo alguna precisión particular solo para el sector privado.

Pese a la centralidad en la que la ley parece situar a dicho Responsable del SII, al que el preámbulo se refiere como figura "indispensable"[23] y cuya responsabilidad no se puede atribuir a un tercero externo que gestione el sistema (art. 6.3), apenas ha regulado el contenido de sus funciones, que, de acuerdo con los arts. 8 y 9 de la Ley 2/2023, consisten en:

a) la responsabilidad de gestión del sistema de información interno, y

b) la responsabilidad de la tramitación diligente del "procedimiento" de gestión de informaciones (art. 9.1 LPI).

Se establece el ejercicio de estas funciones con independencia y autonomía respecto del resto de los órganos de la entidad. Se trata más de una autonomía funcional que de una independencia, ya que su nombramiento se realiza por el órgano de gobierno de la entidad.

En efecto, su designación, destitución o cese se atribuye al órgano de gobierno de cada entidad, que podrá designar a una persona física u optar por un órgano colegiado como "Responsable del Sistema". En este último caso, dicho órgano colegiado deberá delegar en uno de sus miembros las facultades de gestión del Sistema interno de información y de tramitación de expedientes de investigación.

22. Esta característica también se señala respecto del sistema en el art. 5.2.c) de la ley, pero parece más lógico atribuírsela al canal.

23. "Asimismo, resulta indispensable para la eficacia del Sistema interno de información la designación del responsable de su correcto funcionamiento".

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

Sin embargo, no se establece ninguna condición de conocimiento o formación para acceder al nombramiento. Solo se menciona la posibilidad de que aquellas organizaciones que cuenten con un responsable de la función de cumplimiento normativo, más común en el sector privado, puedan designarlo. Sierra-Rodríguez (2023b: 66) alerta sobre el resultado pernicioso que podría acarrear la falta de establecimiento de mecanismos de selección "guiados por criterios de solvencia técnica y profesional" y "que contemplen una valoración de idoneidad". Pues en otro caso, "si la persona de referencia tiene tachaduras visibles o es conocida por su falta de rigor y parcialidad, muy probablemente, la utilización de los canales internos sea descartada por muchos de los potenciales alertadores".

En principio, teniendo en cuenta la atribución de la competencia para la instrucción de las diligencias previas y el ejercicio de sus responsabilidades con autonomía funcional e independencia, evitando incurrir en conflicto de intereses, parece que, en el caso de las entidades locales y restantes Administraciones públicas, las personas designadas como Responsable del Sistema deberían ser funcionarias públicas con conocimientos jurídicos, tal y como recomienda Aymerich Cano (2023: 224). El vínculo funcionarial parece coherente con las limitaciones establecidas para la gestión del canal por un tercero externo, al que se prohíbe atribuir las funciones de Responsable del Sistema (a diferencia, por ejemplo, de la figura de Delegado de Protección de Datos, cuya designación es posible tras la formalización de un contrato público de servicios).

Por otra parte, como los planes antifraude requeridos en la gestión de fondos europeos exigen la existencia de canales de denuncia para la detección de posibles irregularidades, fraudes, conflictos de intereses y otros incumplimientos aún más graves, en principio, el Comité Antifraude de este tipo de planes también podría ser un órgano colegiado adecuado para poder asumir la responsabilidad del sistema (Aymerich Cano, 2023: 225).

Además, desde una perspectiva práctica, señala Miravet Márquez (2023: 89) que se estaría "aprovechando la existencia en muchas entidades locales, sino en la mayoría, de los Comités surgidos a la luz de los Planes de Medidas Antifraude, tratándose de materias con una estrecha relación". Señala que, "en el caso de presencia de políticos, con el fin de que se trate de personal funcionario, se podría optar por la modificación de la composición o la creación de un subcomité o grupo de trabajo incardinado en éste, en el que sólo lo forme el funcionariado".

El nombramiento y el cese (con expresión de sus causas) de la persona física individualmente designada, así como de las integrantes del órgano

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

colegiado, deberán ser notificados a la Administración Independiente de Protección al Informante u órgano equivalente en el plazo de los diez días hábiles siguientes.

En definitiva, también se echa de menos una regulación más detallada de esta figura tan relevante para los SII del sector público, que establezca un contenido mínimo sobre los requisitos de acceso y una mayor definición de sus funciones. No parece comprensible esta parquedad normativa para el sector público sobre esta figura "indispensable", teniendo en cuenta que, respecto del sector privado, al menos, se ha precisado que ha de ser un directivo de la entidad.

Finalmente, siguiendo a Sierra-Rodríguez (2023a), debe advertirse de la "responsabilidad del Responsable" del SII:

> "[…] el papel de la persona responsable es una pieza clave del sistema, por lo que sería necesario que la futura autoridad independiente no dude en imponer sanciones ejemplarizantes cuanto éstos sean artífices de la falta de seguimiento de las alertas o por entrar en las dinámicas antes descritas. Al respecto, encontramos supuestos de infracción muy grave como el previsto en el artículo 63.1 a) ante 'Cualquier actuación que suponga una efectiva limitación de los derechos y garantías previstos en esta Ley introducida a través de contratos o acuerdos a nivel individual o colectivo y en general cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de comunicaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento'.
> Hay previsiones que se proyectan específicamente sobre el sistema de información interna y así, el artículo 63.1 g) considera como infracción muy grave el 'incumplimiento de la obligación de disponer de un Sistema interno de información en los términos exigidos en esta ley'. Otros supuestos de infracción se proyectan sobre el cumplimiento defectuoso de las características básicas del sistema por vulneración de la confidencialidad y el anonimato, por transgredir el deber de mantener secreto, o por no adoptar las medidas para ello —infracción muy grave art. 63.1 c) y d) y grave art. 63.2 b) c) y d)—. A todo ello se añaden otras responsabilidades que recaigan en la persona responsable del sistema o en su equipo por aplicación de otras parcelas del ordenamiento jurídico, que pueden ver intensificada su severidad cuando estamos hablando de empleados públicos".

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

7. Régimen jurídico y naturaleza del "procedimiento" de gestión

En primer lugar, debe advertirse la parquedad de la regulación de la ley respecto del "procedimiento" del SII, "procedimiento" cuya aprobación se encomienda al órgano de gobierno de cada entidad.

La Ley 2/2023 ha prestado especial atención a la fase inicial de presentación de las informaciones, pero desde el punto de vista de la regulación del canal interno de información, para requerirle que permita una diversidad de formas de entrada de las comunicaciones, y desde el punto de vista de la protección del informante, en cuanto debe permitir incluso la presentación de comunicaciones anónimas. Pero la ha regulado en su art. 7, apdos. 2 y 3, con cierta desconexión del "procedimiento" de gestión de estas comunicaciones, que se recoge sustancialmente en su art. 9[24].

No obstante, la regulación del resto del "procedimiento", como se decía al comienzo, es mucho menos detallada, y se regula en un único precepto común al sector público y al privado.

En efecto, el art. 9 de la Ley 2/2023 se limita a exponer los principios generales y el contenido mínimo al que ha de adaptarse el "procedimiento". Esta escasez regulatoria puede ser comprensible en relación con el sector privado, pero respecto a las entidades locales se traduce en una mayor dificultad a la hora de implantar la Ley 2/2023, máxime si tenemos en cuenta el breve lapso temporal otorgado para ello, apenas tres meses en un contexto electoral, en que no es razonable pensar que se pueda hacer frente a su regulación a través de ordenanza.

A diferencia de la regulación del canal externo, no se regulan aspectos básicos del procedimiento tales como las condiciones de admisión, el contenido mínimo de la respuesta a las actuaciones de investigación por parte del Sistema interno de información o su carácter recurrible. Llama la aten-

24. Esta desconexión se aprecia en que: (i) el art. 7 se titula "canal interno de información" (no forma de presentación de las comunicaciones), y en él se regulan también dos características del canal a las que ya se ha hecho referencia (las de integración en el SII y compatibilidad para la presentación de otras comunicaciones no protegibles, apdos. 1 y 4 del art. 7, respectivamente); y (ii) la ley ha interpuesto entre los dos preceptos (arts. 7 y 9) la previsión de la figura del Responsable del Sistema en su art. 8, y, por ello, la regulación de las formas de presentación de informaciones y el procedimiento de gestión se interrumpe con ese precepto (que podría regularse o antes o después, en cuanto que es la responsable de la tramitación diligente de las informaciones).

La presentación de informaciones y comunicaciones da lugar al necesario inicio del procedimiento en que se han de tratar de forma efectiva, y por ello, por razones sistemáticas, se expone su regulación en este epígrafe que precede al relativo al procedimiento.

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

ción, en relación con este último aspecto, el olvido del legislador respecto de la Administración local, pues, aunque el art. 13 de la ley sí que recoge algunas especialidades procedimentales para el sector público, las refiere a "organismos públicos con funciones de comprobación o investigación", y con claridad en el apdo. 13.2 se refiere a los SII de aquellos organismos con funciones de comprobación de los canales externos, que a su vez deben contar con un canal interno propio. Por ello, no se alcanza a comprender si la figura del Responsable del SII de las entidades locales podría tener la consideración de tal "organismo" y plantea dudas, por ejemplo, en relación con el carácter irrecurrible de sus "decisiones" recogido en el art. 13.5 de la ley (Aymerich Cano, 2023: 228). En principio, sí parecería de aplicación el apdo. cuarto del art. 13, pues no recoge una redacción limitativa, y el título del art. 13 es el de "Entidades obligadas en el sector público", en general.

No parece que se pueda encontrar explicación a la autolimitación del legislador estatal que tenga que ver con el respeto al desarrollo normativo autonómico, porque esta regulación también afectaría al sector público estatal, que solo contiene una regulación propia no básica en relación con la autoridad independiente responsable del canal externo en el sector público estatal.

Ante esta situación, en tanto no se aprueben otras normas que cubran este déficit regulatorio, Jiménez Asensio (2023) y Aymerich Cano (2023: 212) apuntan a la supletoriedad de la regulación del procedimiento del canal externo. Además, también serán de utilidad las normas técnicas en materia de *compliance* aprobadas o actualizadas en los últimos años, especialmente la Norma UNE-ISO 37301:2021 de "Sistemas de gestión de *compliance*" y la Norma UNE-ISO 37002:2021 de "Sistema de gestión de denuncia de irregularidades. Directrices" (Parajó Calvo, 2023c).

En segundo lugar, respecto de la naturaleza del procedimiento, parece claro que el "procedimiento" de las tramitaciones se dirige a verificar y a esclarecer los hechos, para concluir la procedencia de dar traslado de estos al órgano de investigación penal que proceda o para concluir la necesidad de iniciar los procedimientos —sancionador, de restauración de la legalidad, de reparación de daños, y aquellos precisos para la mejora de la organización o prevención futura— que serán competencia de otro servicio administrativo instructor y de otro órgano competente para resolver, diferentes del Responsable del Sistema.

Así, como indican los arts. 13.5 (para los SII, al menos de los organismos públicos con funciones de comprobación o investigación) y 20.4 (para el canal externo), las decisiones del organismo con funciones de comprobación en su SII (art. 13.5) y el informe en el canal externo (art. 20.1) con los que con-

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

cluya la tramitación de las actuaciones no serán recurribles en vía administrativa ni en vía contencioso-administrativa.

En cambio, los actos administrativos que pongan fin a esos procedimientos que se inicien y tramiten como consecuencia de las conclusiones alcanzadas en la terminación de las actuaciones previas del SII (*v. gr.*, sanción, orden de ejecución, etc.), obviamente, si serán recurribles con arreglo al régimen jurídico general de recursos administrativos y jurisdiccionales.

Con independencia de la crítica que merece la general imprevisión de recurso sin matices que realiza la ley (como si solo fuesen recurribles en nuestro sistema los actos de resolución sobre el fondo), esta regulación de los recursos, a la vista de las funciones que está llamado a desarrollar el SII en cada organización y de la competencia limitada de la figura de Responsable del Sistema, es un buen indicio sobre la verdadera naturaleza del "procedimiento" de gestión de las informaciones del SII, la de las "actuaciones previas" del art. 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas, tal y como tempranamente advirtió Míguez Macho (2023):

> "[…] aunque se utiliza el término de 'procedimiento', no se trata propiamente de un procedimiento administrativo de los regulados por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, ya que no termina con la adopción de un acto administrativo de carácter resolutorio que pueda ser recurrido. Se trata más bien de un procedimiento interno para articular lo que, en términos del art. 55 de la mencionada Ley 39/2015, sería una información o actuaciones previas, 'con el fin de conocer las circunstancias el caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento'".

En expresión de Aymerich Cano (2023: 223):

> "Para el sector público, la Ley 2/2023 implica la procedimentalización de lo que, de acuerdo con la legislación básica de procedimiento administrativo, eran 'períodos de información' o 'actuaciones previas' anteriores al inicio del procedimiento administrativo (artículo 55 LPAC)".

En consecuencia, también se atenderá a la regulación de las actuaciones previas previstas en el art. 55 de la LPAC, en los siguientes términos:

> "1. Con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un período de información o actuaciones previas con el fin

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

de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.
2. En el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros. Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de éstos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento".

8. La presentación y recepción de las informaciones

La presentación de las comunicaciones de las personas informantes inicia el "procedimiento" para su gestión y tramitación efectiva. El art. 7 de la Ley 2/2023, bajo el título "canal interno de información", regula en sus apdos. 2 y 3 un triple contenido:

— las formas de presentación de las informaciones;

— la documentación de aquellas comunicaciones que, por la forma elegida por la persona informante, así lo requieran;

— la información que debe proporcionar el SII a las personas informantes desde que realizan esa comunicación.

8.1. Formas y modos de presentación

La Ley 2/2023 ha regulado una pluralidad de vías y formas de presentación de las comunicaciones, de acuerdo con la regulación de la Directiva, con el fin de facilitar a las personas informantes la denuncia de los incumplimientos normativos que hayan podido conocer. Así, podrán presentar sus comunicaciones (y el canal ha de ser apto para ello) mediante las siguientes formas y modos:

A) Formas

a) Escrita: la información se podrá realizar por escrito, a través de correo postal o a través de cualquier medio electrónico habilitado al efecto.

b) Verbalmente: por vía telefónica o a través de sistema de mensajería de voz.

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

c) Presencialmente: el sistema de información también posibilitará que, a solicitud del informante, la información se comunique en una reunión presencial dentro del plazo máximo de 7 días.

En relación con estas dos últimas formas de presentación, el art. 7.2, segundo párrafo, contempla que, "en su caso, se advertirá al informante de que la comunicación será grabada y se le informará del tratamiento de sus datos de acuerdo a lo que establece el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016".

B) Modos

Las personas informantes podrán formular sus comunicaciones de forma anónima o identificativa; en este último caso, protegidas con el régimen legal de confidencialidad, seguridad, limitación y protección de sus datos personales.

a) El canal interno permitirá la presentación de comunicaciones anónimas y que deberán ser objeto de tramitación posterior en el sistema (art. 7.3 LPI). En relación con las denuncias anónimas[25], debe tenerse en cuenta que:

(i) La Ley 2/2023 no ha modificado el régimen de denuncia ya previsto en la LPAC, que continuará vigente. Aunque el art. 62.1 señale que toda comunicación de hechos que puedan constituir una infracción ha de ser considerada como una denuncia, lo cierto es que recoge a continuación, en el art. 62.2, que "las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan". En consecuencia, estas informaciones darán lugar a las actuaciones investigadoras por parte de las autoridades o los organismos responsables de los canales, pero no permiten, sin otras actuaciones, el inicio del procedimiento, que solo tendrá lugar de oficio, como consecuencia del resultado de esas investigaciones.

(ii) El informe sobre el anteproyecto de ley que emitió el Consejo General del Poder Judicial el 26 de mayo de 2022 ofrece una síntesis de la jurisprudencia que ha ido reconociendo virtualidad a las informaciones anónimamente presentadas (CGPJ, 2022: 60-63). Así, el equilibrio entre el anonimato y el derecho de defensa de la persona afectada por las informaciones se encuentra en que la denuncia anónima "no es fuente de prueba ni medio probatorio,

25. Como ya se ha expresado en Parajó Calvo (2023a: 63-64).

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

> sino medio de investigación"; si la información aportada anónimamente goza de verosimilitud, y es "objeto de investigación por otros medios que puedan generar fuentes y medios probatorios, la denuncia anónima es admisible como *notitia criminis*, con los requisitos jurisprudenciales expuestos", tal y como señala la STS de 6 de febrero de 2020, que con referencia a la Directiva 2019/1937 admite la denuncia anónima a través del canal interno como tal *notitia criminis*.

En síntesis, este debe seguir siendo el significado de las informaciones anónimas, en el actual contexto normativo, teniendo en cuenta el alcance constitucional del derecho a la defensa (art. 24 CE) y que no se ha modificado el régimen contenido en la LPAC.

b) Salvo en el caso de las informaciones anónimas, las personas informantes, protegidas por el régimen de confidencialidad, al hacer la comunicación, podrán indicar un domicilio, correo electrónico o lugar seguro a efectos de recibir las notificaciones.

8.2. Documentación de las comunicaciones presentadas verbal y presencialmente

En cuanto a la documentación de las comunicaciones verbales y de las realizadas a través de reunión presencial, la Ley 2/2023 indica la siguiente alternativa, previo consentimiento de la persona informante:

a) Grabación: mediante una grabación de la conversación en un formato seguro, duradero y accesible.

b) Documentación escrita: a través de una transcripción completa y exacta de la conversación realizada por el personal responsable de tratarla.

Se ofrecerá al informante la oportunidad de comprobar, rectificar y aceptar mediante su firma la transcripción del mensaje, sin perjuicio de los derechos recogidos en la normativa sobre protección de datos.

8.3. Obligación del sistema de proporcionar información a las personas informantes

El art. 7.2 recoge obligaciones de proporcionar información a quienes realicen las comunicaciones a través del canal del SII.

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

Así, al menos, se proporcionará a quienes realicen comunicaciones la información relativa al tratamiento de sus datos, y, en su caso, se advertirá de que su comunicación será grabada, de conformidad con la normativa de protección de datos.

Además, se les informará, "de forma clara y accesible, sobre los canales externos de información ante las autoridades competentes y, en su caso, ante las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea".

9. El "procedimiento" de gestión de las informaciones

9.1. Competencia

Como ya se ha señalado, la responsabilidad de la tramitación diligente de las informaciones corresponderá a la figura del "Responsable del Sistema" (art. 9.1), regulada en el art. 8 de la ley y antes analizada.

9.2. Principios y contenidos mínimos del "procedimiento"

También se ha dejado dicho que la aprobación del "procedimiento" es un requisito previo para la implantación del SII, que ha de ser aprobado por el órgano de gobierno de la entidad, y cuya regulación en el art. 9 se limita a los principios y los contenidos mínimos a los que ha de sujetarse.

Entre estos contenidos se pueden distinguir los relativos al "procedimiento" y aquellos que se ocupan de las garantías de las personas informantes y afectadas a lo largo del "procedimiento". A continuación, se expondrán los contenidos relativos al procedimiento de forma ordenada, reconduciéndolos a las fases de iniciación, instrucción y terminación, para tratar de presentar una "procedimentalización" mínima de estas actuaciones previas[26] que seguirán a la presentación de las comunicaciones.

A) Iniciación

No se prevé un acuerdo formal de iniciación, tampoco en el canal externo, por lo que se entiende que su inicio se produce con la presentación de las informaciones, antes analizada. El art. 9 recoge las siguientes previsiones relativas a la fase inicial, una vez recibidas las informaciones:

26. Para facilitar la aplicación práctica del procedimiento por las entidades locales, Ramírez *et al.* (2023) han diseñado formularios relativos al procedimiento (y también a la implantación del sistema).

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

a) Recepción errónea de la información por personal no habilitado

La ley prevé que, cuando la información haya sido recibida por personal sin habilitación para ello, procederá a su inmediata remisión a quien sea Responsable del Sistema [art. 9.2.g) LPI]. Esta previsión es semejante a la del art. 14 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; sin embargo, en este caso, el error en la presentación o en la recepción supone un riesgo para las garantías características del SII de confidencialidad, seguridad y protección de datos, de ahí que la ley requiera una previa formación del personal para evitar que se produzca una vulneración de estas garantías, a la que ya se ha hecho referencia.

b) Acuse de recibo de la presentación si no peligra la confidencialidad

Una vez presentada la información, debe enviarse el acuse de recibo a la persona informante en el plazo máximo de siete días naturales [art. 9.2.c) LPI].

En este sentido, el art. 21.4 de la LPAC recoge la obligación de que las Administraciones informarán a las personas interesadas del plazo máximo de duración de los procedimientos y del efecto que produce el silencio administrativo en el supuesto concreto; información que debe proporcionarse dentro de los diez días (hábiles) siguientes a la recepción de la solicitud iniciadora del procedimiento en el registro del órgano competente para su tramitación.

Por ello, en el procedimiento seguido por las entidades locales, sería pertinente la inclusión de la información relativa al plazo de duración máxima del "procedimiento" de gestión.

B) Instrucción

En cuanto al desarrollo de las actuaciones previas sobre las informaciones denunciadas, el art. 9 ofrece las siguientes orientaciones:

a) Actuaciones previas con la persona informante

El procedimiento debe prever la posibilidad de mantener la comunicación con la persona informante y solicitarle información adicional que pueda ser de utilidad [art. 9.2.e) LPI].

b) Actuaciones previas con las personas afectadas por la información

Entre las previsiones mínimas de actuaciones a realizar con las personas afectadas por la información, se prevén en el art. 9.2.f):

(i) el derecho a ser informadas de las acciones u omisiones que se les atribuyen, supeditando el tiempo y la forma para efectuarles esta comunicación al "buen fin de la investigación"; y

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

(ii) el derecho a ser oídas en cualquier momento del procedimiento.

C) Terminación

a) Determinación del plazo máximo de duración del "procedimiento" de gestión y consecuencias de su incumplimiento

En cuanto al antedicho plazo máximo de respuesta a las actuaciones de investigación, se fija el de tres meses a contar desde la recepción de la comunicación o a partir del vencimiento del plazo de 7 días para el envío del acuse de recibo si no hubiese sido remitido [art. 9.2.d) LPI]. No obstante, se prevé la posibilidad de ampliación del plazo máximo de respuesta hasta un máximo de otros tres meses adicionales en aquellos casos de especial complejidad que así lo requieran [art. 9.2.d) in fine LPI].

La ley no despeja la incógnita de qué sucede cuando se presenta una comunicación por la misma persona informante, de forma simultánea, en el canal interno o externo; ni cuando lo hace ante el canal externo sin que hubiese expirado el plazo máximo para resolver en el SII. La única mención se recoge en el art. 13.4 de la Ley 2/2023, cuya redacción no es del todo clara, aunque parece dar a entender que se deja a la decisión discrecional del órgano responsable del canal externo:

> "En caso de que un organismo público con competencias en materia de investigación reciba informaciones referentes a los incumplimientos de terceros en el plazo de duración establecido en la letra d) del artículo 9.2, se resolverá si procede o no iniciar una comprobación o investigación del sujeto afectado dando traslado de ello al informante".

Tampoco determina la ley los posibles efectos de la falta de respuesta a la persona informante o de la inactividad, lo que se explica por esa naturaleza de actuaciones previas (y no de verdadero procedimiento que termina con una resolución en sentido técnico jurídico-administrativo). La única consecuencia prevista en la ley no es exactamente para los supuestos en que no se dé respuesta en ese plazo de tres meses, sino para el supuesto de que ni siquiera se inicien actuaciones investigadoras, y consiste en la supresión de los datos (art. 32.4 de la Ley 2/2023).

Finalmente, como destaca Velasco Núñez (2023: 143), este plazo máximo "sirve, externamente, para alertar al informante de que no habiéndose producido una actuación eficaz, puede libremente acudir a activarla bien en el canal externo de las AIPIS, bien ante la Autoridad judicial o administrativa competente, bien ante los cauces de revelación pública".

b) Remisión inmediata a los órganos de investigación penal

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

Cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito, se establece su inmediata remisión al Ministerio Fiscal, o a la Fiscalía Europea si los hechos afectan a los intereses financieros de la UE [art. 9.2.j) LPI].

Llama la atención que, en relación con los supuestos que no afectan a los intereses financieros de la Unión, la ley no se refiera a la alternativa de remisión de dichos hechos al juzgado de instrucción. Al respecto, señala Velasco Núñez (2023: 26) que la norma está "callando que también lo pueden ser ante el juez o policía"; explica el magistrado que "quizá la omisión de otras autoridades ante las que denunciar delitos se deba a que la norma transpone una Directiva de la Unión Europea, en cuya mayoritaria parte de estados miembros, la instrucción penal sólo la lleva el Ministerio Fiscal, a diferencia de lo que ocurre en España, donde la competencia para la instrucción penal en la mayor parte de los procesos por delito -se excluyen los contra menores y los contra los intereses económicos comunitarios- la ejerza el Juez de Instrucción".

Esta previsión pone de manifiesto también el distinto tratamiento que da la ley a las infracciones administrativas, aunque sean graves o muy graves, respecto de las penales, pues no se ha establecido la obligación de comunicárselas a la Administración que tenga atribuida la potestad sancionadora respecto de las infracciones administrativas detectadas a través de ninguno de los canales.

Esta imprevisión afecta a las entidades locales en dos niveles. Por un lado, cuando se trate de infracciones cometidas por entidades del sector privado sobre las que tengan potestad sancionadora las entidades locales, el Responsable de dichos SII privados no estaría obligado a comunicárselas. Y, por otro lado, cuando las entidades locales cometan una infracción grave o muy grave sancionable por otra Administración tampoco tendrían la obligación de autodenunciarse, aunque sí de poner fin y corregir inmediatamente la conducta infractora.

c) Comunicación a las personas informantes del resultado de comprobación

El art. 13.4, segundo párrafo, de la Ley 2/2023 establece la obligación de que, una vez ultimado el procedimiento de comprobación o investigación, se comunicará a la persona informante el resultado de la comprobación. Señalando que, "si los datos e informes que figuran en el expediente tienen carácter reservado o confidencial de acuerdo con alguna disposición con rango de ley, el contenido del resultado que se traslade al informante tendrá carácter genérico".

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

9.3. Aspectos críticos del régimen de las actuaciones previas en el Sistema interno de información: medidas cautelares, terminación, y su carácter irrecurrible

Como ya se ha reiterado, la actual situación de mínima regulación del procedimiento de gestión del SII del sector público deja sin resolver ciertos aspectos de relevancia para permitir su correcta aplicación.

9.3.1. La posible adopción de medidas provisionales

En primer lugar, debe llamarse la atención sobre la ausencia de referencia alguna en la Ley 2/2023 a la posibilidad de proponer medidas provisionales o cautelares[27] cuando, en el transcurso de las actuaciones previas, el responsable de su tramitación tenga conocimiento de hechos y circunstancias que le indiquen que continúa produciéndose el incumplimiento y/o que dicho incumplimiento ha originado daños o que estos se están agravando.

En este sentido, Velasco Núñez (2023: 75) considera que el responsable de la investigación debe proponer, incluso antes de alcanzar las conclusiones, "la adopción de medidas asegurativas, paliativas, cautelares…".

Así, ante la imprevisión de la ley, parece que la propuesta del Responsable del Sistema sobre medidas cautelares, dirigida al órgano competente para su adopción, podría tener cabida en la actual regulación del procedimiento administrativo común; pero solo en los casos en que resulte imprescindible y con una importante limitación de su duración en el tiempo, quince días, transcurridos los cuales o se inicia el procedimiento que ha de pronunciarse sobre el mantenimiento de las medidas o quedarían sin efecto. Toda vez que se trataría de medidas provisionales anticipadas al acuerdo de iniciación del procedimiento a las que resultaría aplicable el art. 56.2 de la LPAC:

> "2. Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar de forma motivada las medidas provisionales que resulten necesarias y proporcionadas. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá

27. Únicamente se prevé la posible adopción de medidas provisionales en los procedimientos sancionadores que instruya la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., en el art. 36.6 de la Ley 2/2023.

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

efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.
En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas".

9.3.2. Aspectos críticos de la terminación del "procedimiento" de gestión

En segundo lugar, respecto de la finalización del "procedimiento" de gestión del SII y a la vista del contenido de la Ley 2/2023, no se dispone en este momento de una norma que concrete las causas, la forma y los contenidos específicos de la terminación de las actuaciones de comprobación e investigadoras que se han llevado a cabo en el SII. Ni siquiera se ha regulado con la claridad exigible a una ley tan novedosa el régimen de recursos frente a esa terminación.

En consecuencia, parece necesario tratar de analizar dichos aspectos clave, pues se refieren, precisamente, al momento final del procedimiento en el que se debería concretar en la práctica el correcto funcionamiento del SII implantado y percibir su efecto útil.

9.3.2.1. Causas de terminación

Para comenzar, no se regulan de forma sistemática las causas de terminación de este "procedimiento de gestión" ni el momento en que pueden apreciarse.

a) Sí se ha explicitado que la terminación se puede producir en un momento preliminar, por remisión inmediata a la Fiscalía en cuanto se advierta la relevancia penal de los hechos comunicados.

b) En cambio, no se regula la inadmisión de las informaciones. Esta posibilidad se podrá aclarar en la aprobación del procedimiento que requiere la implantación; no obstante, si esta aún no se ha producido en forma de reglamento u ordenanza (en vista de los breves plazos de implantación y de la falta de referencias legislativas autonómicas completamente adaptadas a la nueva ley), parece necesario analizar si es posible, a la vista de la ley, prever en el acuerdo o la resolución que apruebe el "procedimiento" del SII un trámite para la inadmisión.

A la vista del conjunto de las previsiones de la Ley 2/2023, parece que sí sería posible aplicar en el SII las causas de inadmisibilidad previstas en el art. 18.2.a), pese a su falta de regulación sistemática en el título II.

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

En primer lugar, por la general aplicación del art. 55 de la LPAC, conforme al cual las actuaciones previas se dirigen en cualquier materia a "conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento", y, en materia sancionadora, a "determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros". Por ello, resulta lógico que, si concurren dichas causas (informaciones inverosímiles, rumores, conflictos interpersonales, informaciones reiterativas de otras inadmitidas), no prosigan las actuaciones investigadoras. Cuestión diferente es si tal decisión debe consistir en la finalización por archivo, archivo provisional, o en un pronunciamiento de inadmisión.

En segundo lugar, porque el art. 35 de la Ley 2/2023 establece las condiciones de protección de las personas informantes sin exclusión de las presentadas en los SII, y establece expresamente entre las informaciones que excluyen la protección del informante, en su apdo. 2.a): "Informaciones contenidas en comunicaciones que hayan sido inadmitidas por algún canal interno de información o por alguna de las causas previstas en el artículo 18.2.a)". Así que la ley prevé que esa inadmisión se pueda producir en el SII.

Y, en tercer lugar, por aplicación supletoria del procedimiento del canal externo en el que está previsto este modo de terminación.

c) Finalmente, la terminación normal del "procedimiento" de gestión se producirá con la conclusión de las actuaciones de comprobación que se hayan considerado adecuadas, proporcionadas o necesarias por el Responsable del Sistema.

9.3.2.2. Forma de la terminación

A) No se trata de una resolución que ponga fin a un procedimiento

La figura del Responsable del Sistema no es un órgano de gobierno de la entidad local, con capacidad para adoptar resoluciones y acuerdos, sino que ha de ser designado por el órgano de gobierno para que tramite diligentemente las informaciones y les dé un tratamiento efectivo, para lo que habrá de tener capacidad técnica adecuada, autonomía funcional y los medios adecuados.

En consecuencia, todo apunta a que no se trata de un órgano con facultades resolutorias y, por ello, parece que la forma de terminación ade-

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

cuada de conclusión del "procedimiento de gestión" sea la de un informe o informe-propuesta.

Además, tal y como se ha explicado, el "procedimiento" de gestión de informaciones del SII no es un procedimiento en sentido jurídico-administrativo, sino que tiene la naturaleza de las actuaciones previas del art. 55 de la LPAC, que no requieren una resolución finalizadora del procedimiento.

También se llega a la misma conclusión por la aplicación supletoria del art. 20.1 de la Ley 2/2023, que regula la terminación del canal externo en los siguientes términos:

> "1. Concluidas todas las actuaciones, la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. emitirá un informe que contendrá al menos:
> a) Una exposición de los hechos relatados junto con el código de identificación de la comunicación y la fecha de registro.
> b) La clasificación de la comunicación a efectos de conocer su prioridad o no en su tramitación.
> c) Las actuaciones realizadas con el fin de comprobar la verosimilitud de los hechos.
> d) Las conclusiones alcanzadas en la instrucción y la valoración de las diligencias y de los indicios que las sustentan".

A partir de estos datos, "la decisión" será el archivo, la remisión a la autoridad competente, a la fiscalía si se aprecia relevancia penal; o, en el caso de la Autoridad de Protección del Informante, que es también órgano sancionador respecto de las infracciones del título X de la ley 2/2023, podrá decidir la incoación del procedimiento sancionador respecto de estas concretas infracciones para las que la propia Autoridad Independiente de Protección del Informante es competente (art. 20.2).

Y, finalmente, también resulta así del carácter inimpugnable de la terminación del "procedimiento" de gestión del SII y del canal externo. Solo en el entendimiento de que no se trata de una resolución administrativa puede llegarse a comprender que el art. 13.5 de la Ley 2/2023 niegue la posibilidad de recurso administrativo o contencioso-administrativo contra las decisiones de terminación en los SII; y el art. 20.4 de la Ley 2/2023, respecto del canal externo, añade una importante precisión: "sin perjuicio del recurso administrativo o contencioso administrativo que pudiera interponerse frente a la eventual resolución que ponga fin al procedimiento sancionador que pudiera incoarse con ocasión de los hechos relatados".

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

B) En la documentación de las conclusiones del "procedimiento" de gestión ha de quedar expresión debida de la motivación

Finalmente, respecto de la forma de terminación, debe subrayarse la necesidad de que, en todo caso, se cuide especialmente la motivación de los resultados y conclusiones que se alcancen en la decisión o el informe final. Como recuerda Velasco Núñez (2023: 101):

> "[…] el investigador debe necesariamente motivar sus decisiones y actuaciones exteriorizando las razones y fundamentos por las que las adopta, como vía democrática para permitir la garantía de la defensa del afectado, quien si bien no puede recurrir sus resoluciones (ni siquiera las llevadas a cabo por la AIPI en el canal externo art. 20.4 L 2/23), al menos las puede combatir en sucesivas instancias con la contrargumentación informada, que es la base de la contradicción y ejercicio de la defensa misma".

9.3.2.3. Contenido de las conclusiones de terminación de las actuaciones en el SII

Tal y como se expresaba al comienzo de este estudio, las funciones propias del SII no son del todo coincidentes con las del canal externo.

De acuerdo con el análisis realizado, el objetivo del SII es de autocontrol, autocorrección, prevención y mejora continua[28], mientras que el canal externo posibilita el control externo por una autoridad independiente y ajena a la organización.

a) En lógica consecuencia, la principal orientación de las actuaciones del canal externo responde a una óptica sancionadora[29], tal y como se desprende del inciso final del art. 20.4 de la Ley 2/2023, en el que se señala que la terminación es irrecurrible, pero:

28. Como se aprecia en el art. 4 de la Ley 2/2023, se señala el carácter preferente del SII; el art. 5.2 fija que el objetivo es que sea la propia entidad la primera que conozca la irregularidad comunicada, y el preámbulo de la ley refuerza también esta idea, al subrayar la complementariedad del canal externo respecto del interno: "Se considera beneficioso que la habilitación de dicho canal, como medio complementario al canal interno, se encauce a través de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I.".

29. Orientación prevista en la regulación de las actuaciones previas del art. 55.2 de la LPAC: "En el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros".

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

> "[…] sin perjuicio del recurso administrativo o contencioso administrativo que pudiera interponerse frente a la eventual resolución que ponga fin al procedimiento sancionador que pudiera incoarse con ocasión de los hechos relatados".

Además, la Autoridad de Protección del Informante u órganos autonómicos equivalentes tienen reconocida la potestad sancionadora en el título X de la Ley 2/2023. Así, a la vista de sus conclusiones, se prevé como decisión posible en su art. 20.2.d) la "adopción de acuerdo de inicio de un procedimiento sancionador en los términos previstos en el título IX".

b) En cambio, como se viene señalando, el funcionamiento del SII responde a la lógica del autocontrol, la autocorrección y la prevención[30], de manera que dicho funcionamiento debe dirigirse al logro de esa pluralidad de objetivos y al desarrollo de las funciones del SII que antes se han señalado.

Por lo tanto, la orientación de las actuaciones previas no solo debe dirigirse al análisis de la procedencia del ejercicio de la potestad sancionadora, que también, sino que, además, debe adoptarse una perspectiva preventiva y de mejora continua de la organización, que encuentra igualmente acomodo en el art. 55.1 de la LPAC:

> "Con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un período de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento".

Por consiguiente, en atención a la finalidad, los objetivos y funciones del SII, se considera que las conclusiones que se alcancen en la terminación del "procedimiento" de gestión del SII deberían tratar de recoger, al menos, los siguientes contenidos[31]:

1.- La determinación de si los hechos comunicados son susceptibles de motivar la incoación del procedimiento sancionador y/o disciplinario, la identificación de la/s persona/s que pudiera/n resultar responsable/s y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros. En caso de que se aprecie esa posible existencia de infracción,

30. Pues, como se viene señalando, el carácter preferente del SII obedece a "la naturaleza preventiva de los canales internos que posibilitan la detección en el seno de la propia organización, de manera que si se actúa con diligencia se podrán solventar internamente los incumplimientos detectados" (Parajó Calvo, 2023a: 54).

31. En los casos en que no se haya apreciado relevancia penal, pues como antes se ha señalado, si como consecuencia de las actuaciones preliminares así se apreciase, terminaría con la remisión a la Fiscalía competente de forma inmediata.

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

habrán de remitirse al órgano, unidad o dependencia administrativa competente para su tramitación a la mayor brevedad posible[32].

2.- La expresión de las circunstancias del caso concreto de las que se haya tomado conocimiento, con la valoración sobre la conveniencia o no de iniciar los procedimientos que procedan en orden al restablecimiento de la legalidad vulnerada. La búsqueda de una respuesta efectiva ante una infracción, "con la que rápidamente restablecer la legalidad, deberá llevarse a cabo, en lo que se pueda, incluso en los supuestos en que no acabe habiendo responsable/s de la infracción" (Velasco Núñez, 2023: 95).

3.- La determinación de los hechos y la constancia de las circunstancias del caso concreto con el fin de determinar la conveniencia o no de iniciar los procedimientos que procedan, y la evitación, minoración o reparación de los daños que dichos incumplimientos puedan o hayan podido causar.

4.- El análisis de los hechos y de las circunstancias del caso concreto con el fin de analizar la conveniencia o no de iniciar los procedimientos que procedan en orden a "revisar, mejorar o implantar controles, modificar protocolos u observar procesos que actualicen y afinen, pulan, corrijan y, en definitiva, perfeccionen los mecanismos de reacción" frente a las irregularidades (Velasco Núñez, 2023: 79).

32. En el caso de que el resultado de las diligencias previas concluya que procede la incoación de un procedimiento sancionador, habrá de tenerse en cuenta que, aunque la jurisprudencia entiende que el período de actuaciones previas no entra dentro del cómputo del plazo máximo para resolver y notificar la resolución sancionadora que tiene la Administración so riesgo de caducidad del procedimiento, las SSTS de 6 de mayo de 2015 y de 13 de mayo de 2019 han matizado que ese periodo anterior al acuerdo de iniciación "[…] ha de ser forzosamente breve y no encubrir una forma artificiosa de realizar actos de instrucción y enmascarar y reducir la duración del propio expediente posterior". Y, en aplicación del principio de buena administración, la STS de 4 de noviembre de 2021, dictada en el recurso núm. 8325/2019, ha abordado las consecuencias del plazo que media entre la finalización de las actuaciones preliminares y el inicio del procedimiento sancionador, dando la siguiente respuesta a la cuestión casacional planteada:

"[…] en el sentido de que la fecha de inicio del cómputo del plazo máximo de resolución en el procedimiento sancionador en materia de contrabando a los efectos de apreciar la existencia o no de caducidad es la de la notificación de la comunicación de inicio del procedimiento y no desde la fecha de las actuaciones previas, excepto que estas se utilicen fraudulentamente para alargar el plazo de seis meses para concluir el procedimiento sancionador, debiéndose entender que la inactividad injustificada y desproporcionada de la Administración desde la finalización de las actuaciones previas al inicio del expediente sancionador, conculca el derecho del interesado a la buena administración en su manifestación de no sufrir dilaciones injustificadas y desproporcionadas, y vicia las posteriores actuaciones llevadas a cabo por conculcar el principio de buena administración".

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

Con ello, la terminación del procedimiento de gestión de las informaciones presentadas en el SII respondería al enfoque holístico propio de los sistemas de integridad, abordando medidas represivas y preventivas, y de mejora continua característica de los sistemas de calidad.

9.3.2.4. Carácter irrecurrible de la terminación

Como ha quedado dicho, tanto el art. 13.5 como el art. 20.4 de Ley 2/2023 niegan la posibilidad de recurso administrativo o contencioso-administrativo contra las decisiones en relación con las informaciones presentadas en los SII. El art. 13.5 de la ley al menos se refiere a los SII que gestionen los organismos públicos con funciones de comprobación e investigación, expresión que genera cierta confusión advertida por Aymerich Cano (2023: 228). No obstante, parecería aplicable a todos los SII del sector público, dada su ubicación sistemática en el art. 13 relativo a las normas específicas para los SII del sector público. Y ello, sin perjuicio de la naturaleza impugnable de las resoluciones finalizadoras de los procedimientos que se inicien como consecuencia del resultado de las diligencias previas.

No obstante, esta negación tan categórica del derecho al recurso en el SII y en el canal externo resulta criticable. Por un lado, atendiendo a los propios considerandos 94, 100 y 109 de la Directiva UE 2019/1937[33], y, por otro lado, atendiendo a la jurisprudencia más reciente que viene reconociendo el derecho del denunciante al recurso en caso de archivo o falta de incoación efectiva del expediente, *v. gr.* la STS de 30 de abril de 2021 (rec. 6/2000).

En relación con este último aspecto, resulta de especial interés el análisis sobre las vías de reacción de las personas informantes frente a la pasividad administrativa y a la decisión de archivo realizado por De Cominges Cáceres (2023: 314-319), en el que cita la crítica realizada en el informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de 26 de mayo de 2022 sobre el anteproyecto de ley, y advierte sobre la posibilidad de que la jurisprudencia acabe flexibilizando el derecho al recurso en los siguientes dos supuestos:

— frente a la decisión inicial de la Administración de inadmisión o archivo de la comunicación por no ajustarse a los parámetros reglados establecidos en el art. 18.2.a) de la Ley 2/2023;

— y frente a la decisión final de archivo, si se ha omitido la labor de investigación previa mínima exigible.

33. En este sentido, *vid.* Aymerich Cano (2023: 225-229).

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

A este respecto, recuerda la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de las quejas formuladas al CGPJ sobre actuaciones de jueces y magistrados, en la que se niega la legitimación del usuario para exigir que su queja se traduzca en la incoación de un procedimiento sancionador, pero, en cambio, sí le reconoce dicha legitimación para exigir la motivación de los acuerdos de archivo y que vayan precedidos de una suficiente investigación de los hechos manifestados en la queja, con cita a la STS de 8 de noviembre de 2022 (rec. 1449/2022).

Por su parte, Carbajo Domingo (2023: 149-150) parangona estas previsiones de la Ley 2/2023 con la situación examinada en la STC 151/2020, de 22 de octubre, que declaraba la inconstitucionalidad del art. 238.bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras su reforma por la Ley 13/2009 de reforma procesal, que negaba la posibilidad de recurrir las decisiones dictadas por los letrados de la Administración de Justicia, en cuanto "no es admisible que una decisión tomada por un órgano no jurisdiccional no sea susceptible de control judicial"[34].

Únicamente queda por apuntar la hipótesis de que el informe de resultados del "procedimiento" de gestión pueda ser considerado como un acto de trámite cualificado, esto es, de entre aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos; y, por lo tanto, recurrible al amparo del art. 112.1 de la LPAC, incluso por las personas afectadas por la información. Ello dependerá del valor que, en la futura aplicación práctica de la ley y en su control judicial, se atribuya a los informes de conclusión de estas actuaciones previas, y del grado de especialización técnica que se reconozca a los responsables y organismos que llevan a cabo estas actuaciones de comprobación e investigación. Sobre todo, teniendo en cuenta la reiterada mención del derecho a la tutela judicial efectiva en los considerandos de la directiva que transpone la Ley 2/2023.

9.4. El libro-registro y limitaciones a la conservación de datos personales

El Sistema interno de información debe contar con un libro-registro en el que se documenten las informaciones recibidas y las correspondientes investiga-

34. Concluye el magistrado que, con la aprobación de los arts. 13.5 y 20.4 de la Ley 2/2023: "Acaban de crearse dos espacios inmunes al control jurisdiccional, dos espacios donde el poder de unos órganos administrativos es absoluto, pues no hay nadie que los controle. Dos artículos en fin que mal encajan en el ordenamiento de un Estado de Derecho que respete los derechos fundamentales. Sería deseable una actuación contundente y eficaz del Tribunal Constitucional".

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

ciones internas. Así lo prevé el art. 26 de la Ley 2/2023, que establece que dicho registro cumplirá con los requisitos de confidencialidad y no será público. Tan solo se prevé que se pueda acceder parcial o totalmente a su contenido, a petición razonada de la Autoridad judicial competente, mediante auto, y en el marco de un procedimiento judicial y bajo la tutela de aquella. Téngase en cuenta que este precepto es de aplicación también a los SII del sector privado y, por lo tanto, de personas jurídicas penalmente responsables, de manera que no solo están en juego los límites relativos a protección de datos personales, sino también el límite de sus garantías a no autoincriminarse.

Así, el art. 26 de la ley establece, como período de conservación de los datos personales relativos a las informaciones recibidas y a las investigaciones a las que hayan dado lugar, el "que sea necesario y proporcionado a efectos de cumplir con esta ley", y señala un plazo de conservación de diez años como límite máximo.

Además, señala que se tendrá en cuenta lo dispuesto en los apdos. 3 y 4 del art. 32, a los que se remite y que contienen las siguientes previsiones:

— Para el caso de que no se inicien o hayan iniciado aún actuaciones investigadoras, los datos podrán conservarse en el sistema de informaciones, únicamente "durante el tiempo imprescindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación sobre los hechos informados" (art. 32.3).

— Los datos habrán de suprimirse de forma inmediata desde el momento en que se tenga constancia de que la información facilitada o parte de ella no es veraz (art. 32.3).

— En todo caso, a los tres meses desde la recepción de la comunicación sin que se hubiesen iniciado actuaciones de investigación, salvo que la finalidad de la conservación sea dejar evidencia del funcionamiento del sistema, deberá procederse a su supresión. Pero las comunicaciones a las que no se haya dado curso solamente podrán constar de forma anonimizada, sin que sea de aplicación la obligación de bloqueo prevista en el art. 32 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (art. 32.4 de la Ley 2/2023).

10. Referencia a las garantías y los derechos durante el "procedimiento" en el Sistema interno de información

A lo largo de la regulación de la Ley 2/2023 se recogen una serie de derechos y garantías que han de respetarse en el "procedimiento" de gestión de las informaciones.

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

Así, además de la garantía de protección de datos personales, regulada en el título VII de la ley y aludida en el art. 9.2.i), se referirán los derechos de personas informantes y afectadas que se recogen, fundamentalmente, en los arts. 5, 7 y 9 de la ley[35].

10.1. Protección de datos personales

1.- En todo momento del procedimiento se respetará la normativa de protección de datos personales, de acuerdo con lo previsto en el título VI LPI [art. 9.2.i) LPI].

2.- Garantía del ejercicio de los derechos reconocidos por la normativa de protección de datos, y respeto a las disposiciones especiales establecidas en esta materia (art. 29 LPI).

3.- Derecho a la preservación de la identidad y confidencialidad de las personas informantes, afectadas y terceros mencionados.

Establece el art. 33.2 que los SII "no obtendrán datos que permitan la identificación del informante y deberán contar con medidas técnicas y organizativas adecuadas para preservar la identidad y garantizar la confidencialidad de los datos correspondientes a las personas afectadas y a cualquier tercero que se mencione en la información suministrada, especialmente la identidad del informante en caso de que se hubiera identificado".

4.- Especial derecho a la preservación de la identidad de la persona informante, y garantía de confidencialidad.

En concreto, los arts. 31 y 33 de la LPI establecen que la identidad de la persona informante será reservada en todo caso[36], y no se comunicará ni a las personas afectadas por la información ni a terceros. En este sentido, se establece que será informada de forma expresa de esta reserva de su identidad.

La identidad de la persona informante solo podrá ser comunicada a la Autoridad Judicial, al Ministerio Fiscal o a la autoridad administrativa compe-

35. Como ya se ha tenido ocasión de exponer con anterioridad, *vid.* Parajó Calvo (2023b).

36. De especial interés, el examen de la reserva de identidad en el proceso contencioso-administrativo que realiza De Cominges Cáceres (2023: 323), que echa en falta una previsión que actualice este extremo respecto del art. 48.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y recomienda que, entre tanto, se intente salvaguardar esa garantía, con una advertencia expresa por parte de la Administración demandada al remitir el expediente, y, en el proceso judicial, mediante la anonimización del expediente.

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

tente en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora. En este caso, antes de revelar su identidad se le trasladará por escrito, explicando los motivos de revelación de los datos confidenciales en cuestión, salvo que ello pudiese comprometer la investigación o el procedimiento judicial.

5.- Desde el punto de vista de las personas afectadas, se establecen las siguientes limitaciones a sus derechos:

— no tendrán derecho a ser informadas de la identidad de la persona informante (art. 31.2 LPI);

— aunque ejerzan el derecho de oposición, se presumirá que, salvo prueba en contrario, existen motivos imperiosos que legitiman el tratamiento de sus datos personales (art. 31.4 LPI).

10.2. Derechos de las personas informantes

1.- Derecho a comunicar las informaciones por escrito o verbalmente, incluso con posibilidad de solicitar reunión presencial; y de forma anónima (arts. 5 y 7).

2.- En relación con las comunicaciones verbales, incluidas las reuniones presenciales, derecho a que se les advierta de que la comunicación será grabada, o, en su caso, derecho a que se les ofrezca la oportunidad de comprobar, rectificar y aceptar mediante su firma la transcripción de las comunicaciones verbales.

3.- Derecho a indicar un domicilio, correo electrónico o lugar seguro a efectos de recibir notificaciones (art. 7); y en sentido contrario debe entenderse, al igual que se prevé para el informante en el canal externo (art. 21), que tendrá derecho a renunciar a recibir comunicaciones del Sistema interno de información.

4.- Derecho a que las comunicaciones presentadas sean tratadas de forma efectiva (art. 5).

5.- Derecho a que se acuse recibo de su comunicación en el plazo de siete días naturales desde su presentación (art. 9).

6.- Derecho a recibir respuesta a su comunicación en un plazo de tres meses, o de seis meses si la complejidad del caso ha determinado la ampliación de este plazo (art. 9).

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

7.- Aunque la LPI solo lo prevé de forma expresa para el canal externo en su art. 21, parece lógico que el sistema también permita a la persona informante conocer el estado de tramitación de su comunicación, y no solo el resultado de las actuaciones.

8.- Derecho a información clara y accesible sobre los canales externos de información ante las autoridades competentes y, en su caso, ante las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea; información que debe proporcionar el Sistema interno de información (arts. 7 y 9).

10.3. Derechos de las personas afectadas por la información

1.- Derecho a ser informada de modo que se garantice el buen fin de la investigación (art. 9.2.f).

2.- Derecho a ser oída en cualquier momento de la investigación (art. 9.2.f).

3.- Derecho al respeto a la presunción de inocencia (art. 9.2.h).

4.- Derecho al honor (art. 9.2.h).

10.4. Breve referencia a los derechos, medidas, garantías y beneficios establecidos en la ley en favor de las personas informantes y afectadas

La persona informante en el SII también disfruta del estatuto protector que establece la Ley 2/2023, estudiado en profundidad por diversos autores[37], y que únicamente dejamos aquí referido con el fin de ofrecer una imagen de conjunto del sistema, junto con las previsiones de la Ley 2/2023, que recogen las garantías de las personas afectadas por la información y, en especial, el tratamiento de las informaciones falsas[38]. Finalmente, debe tenerse en cuenta el título IX de la LPI, que contiene el régimen sancionador como elemento de cierre del sistema.

37. Para su estudio en profundidad puede verse el análisis realizado por De Cominges Cáceres (2023); Pérez Monguió (2023), especialmente en cuanto a las medidas de apoyo; y, en relación con el régimen de clemencia como incentivo, la contribución de Navalpotro Ballesteros (2023).

38. *Vid*. García-Moreno (2023), en relación con dicho régimen de garantías de las personas afectadas por la información con especial referencia a las consecuencias de proporcionar informaciones falsas.

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

A) Personas informantes

La Ley 2/2023, además de los derechos relativos a la presentación de las comunicaciones bajo el estatuto protector del SII antes señalado, establece que las personas informantes cuentan con un "derecho de inmunidad" por la obtención y transmisión de la información, con el límite de que no se haya cometido un delito para ello, y con un régimen de prohibición de las represalias, que establece la inversión de la carga de la prueba y que prevé como principales consecuencias jurídicas la nulidad radical de los actos administrativos que incurran en ellas, así como la responsabilidad patrimonial y la exigencia disciplinaria.

Además, se prevén un conjunto de medidas complementarias y de apoyo, como la información, el asesoramiento y la asistencia efectiva a la persona informante; la asistencia jurídica, e incluso, de forma excepcional, el apoyo financiero y psicológico. Medidas de apoyo que competen a la Autoridad Independiente de Protección del Informante u órgano autonómico equivalente, sin perjuicio de aquellas que pueden y deben establecer los SII.

B) La posición de la persona infractora informante

También debe hacerse referencia al supuesto especial de personas informantes y afectadas por la información, que al denunciar el propio incumplimiento pueden[39] ver reconocida una exención o atenuación de la sanción en los términos establecidos en el art. 40 de la Ley 2/2023, que, como señala Navalpotro Ballesteros (2023: 361), "ha dado entrada a un régimen de clemencia con el infractor que informe sobre la comisión de infracciones en las que haya tomado parte".

C) Las personas afectadas por la información

Respecto de las personas afectadas por las informaciones, la Ley 2/2023 recoge, al menos, el derecho de respeto a su honor, así como las garantías y los derechos procesales y de defensa ya señalados; en relación con el derecho de defensa, debe precisarse el derecho a alegar y comparecer acompañado de profesional de la abogacía (como se prevé en el canal externo y que lógicamente procede también en el SII, aunque no se recoja expresamente).

39. Subraya Gosálbez Pequeño (2023: 317-319) la habilitación legal de esa exorbitante potestad administrativa eximente o atenuadora de la responsabilidad sancionadora que encierra el término "podrá" que emplea el art. 40 de la Ley 2/2023, además de lamentar "el silencio del legislador en la regulación específica de la clemencia del régimen sancionador", que "no significa la ausencia de límite alguno a esa notable discrecionalidad administrativa".

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

Igualmente, tendrán los derechos reconocidos por la normativa de protección de datos ya referidos y a la preservación de su identidad en los términos expuestos.

En cuanto a su protección frente a las denuncias falsas, siguiendo a García-Moreno (2023), debe tenerse en cuenta que las informaciones falsas no dan lugar a la protección de las personas informantes, se recogen como causa de inadmisión y son sancionables, pudiendo tener relevancia penal. También se establece un límite de protección a las personas informantes que presenten informaciones en las que se detecten indicios racionales de obtención mediante la comisión de un delito, que se inadmitirán y se comunicarán para su investigación penal. Además, podrán dar lugar a reparación de daños en los términos previstos por las normas civiles y penales.

Asimismo, tendrán derecho a la reparación del daño causado por incumplimiento de garantías procesales y protección de la identidad, pudiendo dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración, y teniendo en cuenta que el art. 82 del RGPD ofrece una acción indemnizatoria frente al responsable o al encargado del tratamiento cuando se hayan vulnerado sus garantías de confidencialidad y preservación de su identidad (también aplicable en el caso de las personas informantes).

Finalmente, debe mencionarse el régimen sancionador[40], en cuanto que refuerza el cumplimiento de las garantías de las personas informantes, al tipificar como infracciones numerosas conductas que vulnerarían su régimen de protección, como la revelación de la identidad del informante, la adopción de represalias, o la introducción de limitaciones a la presentación de informaciones o a las garantías y los derechos del informante, y también prevé la adopción de medidas provisionales en el marco de los procedimientos sancionadores.

Además, el régimen sancionador protege la posición de las personas afectadas en el sistema, al tipificar como infracciones algunas de las vulneraciones de sus derechos, como la vulneración de las garantías de confidencialidad o secreto y la comunicación o revelación pública de información a sabiendas de su falsedad.

40. Sobre el régimen sancionador de la Ley 2/2023, *vid.* Caamaño Domínguez (2023) y Brufao Curiel (2023).

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

11. Bibliografía

Alamá Izquierdo, J. J. (2023). Rompiendo el silencio: la importancia de los canales de denuncia interna en los ayuntamientos. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial III, 26-48.

Aymerich Cano, C. (2023). Capítulo 7. La implantación de los Sistemas Internos de Información: política, procedimiento y órgano responsable. En C. Aymerich Cano y M. Parajó Calvo (dirs.). *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales* (pp. 211-237). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

Barbará Rodríguez, B. (2023). Ámbito material de aplicación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero. Especial referencia a la contratación pública. En C. Aymerich Cano y M. Parajó Calvo (dirs.). *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales* (pp. 164-190). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

Brufao Curiel, P. (2023). Capítulo X. Régimen sancionador. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 389-409). Barcelona: Bosch.

Caamaño Domínguez, F. (2023). Capítulo 14. El régimen sancionador establecido en la Ley 2/2023, de 20 de febrero. En C. Aymerich Cano y M. Parajó Calvo (dirs.). *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales* (pp. 383-397). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

Camarón Pacheco, C. (2023). Las obligaciones municipales en relación con los sistemas internos de información. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial III, 108-119.

Capdeferro Villagrasa, Ó. (2023a). Canales de denuncia. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, 285-309. Disponible en: https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8001.

— (2023b). Capítulo III. Los sistemas internos de información. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 99-149). Barcelona: Bosch.

Carbajo Domingo, M. Á. (2023). La posible inconstitucionalidad de la Ley 2/2023: la creación de espacios de impunidad ajenos al contencioso-ad-

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

ministrativo. El descontrol de la actividad administrativa de los artículos 13 y 20 de la Ley 2/2023. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial III, 143-150.

Cerrillo i Martínez, A. (2023). Capítulo IV. Canal externo de información. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 151-173). Barcelona: Bosch.

CGPJ. (2022). *Informe sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión*. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-Ley-reguladora-de-la-proteccion-de-las-personas-que-informen-sobre-infracciones-normativas-y-de-lucha-contra-la-corrupcion-por-la-que-se-transpone-la-Directiva--UE--2019-1937-del-Parlamento-Europeo-y-del-Consejo--de-23-de-octubre-de-2019--relativa-a-la-proteccion-de-las-personas-que-informen-sobre-derecho-de-la-Union-.

Coello Martín, C. (2023). Capítulo 4. Ámbito de aplicación personal de la Ley 2/2023, de 20 de febrero: el concepto de informante. En C. Aymerich Cano y M. Parajó Calvo (dirs.). *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales* (pp. 131-161). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

Dapena Gómez, M.ª (2023). Capítulo 9. Incidencia de la implantación del Sistema interno de información en el empleo público local. Especial referencia a las nuevas necesidades formativas. En C. Aymerich Cano y M. Parajó Calvo (dirs.). *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales* (pp. 263-288). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

De Cominges Cáceres, F. (2023). Capítulo 11. Derechos y Garantías de las personas informantes y de su entorno. Breve referencia a la denuncia anónima. En C. Aymerich Cano y M. Parajó Calvo (dirs.). *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales* (pp. 307-342). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

European Court of Human Rights. (2022). *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Freedom of expression*. Disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_10_eng.pdf.

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

Fernández Ramos, S. (2023). Capítulo II. Ámbito de aplicación. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 43-98). Barcelona: Bosch.

Fernández Salmerón, M. (2023). Capítulo VI. La protección de datos personales. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 193-225). Barcelona: Bosch.

Ferreira Fernández, A. J. (2023). Capítulo 6. Entidades públicas obligadas y distribución de competencias en la Ley 2/2023, de 20 de febrero. En C. Aymerich Cano y M. Parajó Calvo (dirs.). *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales* (pp. 191-210). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

Gallardo Fariña, S. (2023). Capítulo 3. Aspectos Generales de la Ley 2/2023, de 20 de febrero: estructura, conceptos, finalidades y vías de información previstas. En C. Aymerich Cano y M. Parajó Calvo (dirs.). *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales* (pp. 107-130). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

García-Moreno, B. (2023). Capítulo 13. Las garantías de las personas afectadas por la información. Especial referencia a las consecuencias de proporcionar informaciones falsas. En C. Aymerich Cano y M. Parajó Calvo (dirs.). *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales* (pp. 365-397). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

Gosálbez Pequeño, H. (2023). El canal externo de información sobre infracciones normativas. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 305-320). Barcelona: Bosch.

Iglesias Rey, P. (2023). Capítulo 15. Recomendación final: la importancia de que las Entidades Locales se doten de sistemas de integridad. En C. Aymerich Cano y M. Parajó Calvo (dirs.). *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales* (pp. 399-422). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

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

Jiménez Asensio, R. (2023). Doce líneas fuerza sobre los sistemas internos de información. *La Mirada Institucional* [blog], 26-2-2023. Disponible en: https://rafaeljimenezasensio.com/2023/02/26/doce-lineas-fuerza-sobre-los-sistemas-internos-de-informacion/.

Míguez Macho, L. (2023). Obligaciones para las entidades locales derivadas de la entrada en vigor de la Ley 2/2023, de protección del informante. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial II.

Miravet Márquez, V. L. (2023). Nuevo horizonte para los municipios con menos de 10.000 habitantes: Ley 2/2023. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial III, 86-95.

Navalpotro Ballesteros, T. (2023). Capítulo 12. Los incentivos a las personas informantes. Acogida de la clemencia en la Ley 2/2023, de 20 de febrero. En C. Aymerich Cano y M. Parajó Calvo (dirs.). *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales* (pp. 343-363). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

OCDE. (2015). *OCDE. Recomendación del Consejo sobre contratación pública*. Disponible en: https://www.oecd.org/gov/public-procurement/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf?_ga=2.182477222.1689367550.1666854668-1928190400.1666854668.

— (2017). *Recomendación del Consejo de la OCDE sobre integridad pública*. Disponible en: http://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf.

Parajó Calvo, M. (2023a). Análisis del proyecto de ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. *Documentación Administrativa*, 9, 43–74. Disponible en: https://doi.org/10.24965/da.11151.

— (2023b). Las garantías de las personas informantes y de las personas afectadas por las informaciones en los sistemas internos de información de la Ley 2/2023, de 20 de febrero. *Especiales Aranzadi LA LEY*, junio 2023.

— (2023c). Las entidades locales ante la "ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción": los sistemas internos de información. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial III, 70-85.

Pazos Area, M. C. (2023). Capítulo 2. El proceso de transposición de la Directiva (UE) 2019/1937 al ordenamiento jurídico español. En C. Aymerich Cano y M. Parajó Calvo (dirs.). *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales* (pp. 67-105). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

Pérez Monguió, J. M.ª (2023). Capítulo VII. La protección del informante como piedra angular del sistema del *whistleblower*. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del*

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

informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (pp. 227-304). Barcelona: Bosch.

Ponce Solé, J. (2017). Las oficinas y agencias locales anticorrupción como instrumentos para promover el buen gobierno y el derecho de los ciudadanos a la buena administración. Propuesta de una lista de comprobación de la calidad de su diseño. En F. Velasco Caballero (dir.). *Anuario de Derecho Municipal 2016* (pp. 47-89). Madrid: Instituto de Derecho local - Marcial Pons.

Quintana Cortés, J. L. y Palomar Olmeda, A. (dirs.). *Los Planes Antifraude y otras medidas de buena gestión en la Administración Pública*. Pamplona: Aranzadi.

Ramírez Olmos, M., Torres Royo, M. y Peñalver Cabañero, R. (2023). Formularios para la implantación y funcionamiento del Sistema interno de información. En C. Aymerich Cano y M. Parajó Calvo (dirs.). *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales* (texto íntegro en la versión digital Smarteca). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

Sánchez Sánchez, R. M.ª (2022). El reto de los canales de denuncias o alertas en el sector público. Solidez o cosmética. *El Consultor de los Ayuntamientos*, extra 1.

Sierra-Rodríguez, J. (2023a). Los sistemas internos de información en la Ley 2/2023 de protección de personas informantes: un análisis jurídico ante su inmediata exigibilidad. *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak kudeatzeko Euskal Aldizkaria / Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 24, 70-98. Disponible en: https://doi.org/10.47623/ivap-rvgp.24.2023.03.

— (2023b). Cinco insuficiencias de la Ley 2/2023 de protección de informantes. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial III, 59-69.

— (2023c). Capítulo V. La revelación pública. Entre el ejercicio de derechos fundamentales y la protección específica de la Ley. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 175-191). Barcelona: Bosch.

Torregrosa Vázquez, J. (2023). Capítulo 8. El régimen de protección de datos en la Ley 2/2023, de 20 de febrero. Especial referencia al Sistema interno de información. En C. Aymerich Cano y M. Parajó Calvo (dirs.). *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales* (pp. 239-261). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

Velasco Núñez, E. (2023). *El canal de denuncias: sector privado y público. La protección del informante en la Ley 2/2023, de 20 de febrero*. Madrid: La Ley.

Villoria Mendieta, M. (2021). Un análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 desde la ética pública y los retos de la implementación. *Revista Española de la Transparencia*, 12, 15-24. Disponible en: https://doi.org/10.51915/ret.163.

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

El canal externo de información sobre infracciones normativas: de la Directiva 2019/1937/UE, de 23 de octubre, a la Ley 2/2023, de 20 de febrero[1]

Humberto Gosálbez Pequeño
Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Córdoba

SUMARIO. 1. A título introductorio: la institución del "canal de denuncia" en la nueva normativa comunitaria y española. 2. El canal externo de información: principios y caracteres generales. 2.1. Canal externo y autoridad externa: una unión indisoluble. 2.2. ¿Subsidiariedad del canal externo? A propósito de la preferencia del legislador por el canal interno. **3. El funcionamiento del canal externo y el procedimiento administrativo de la denuncia externa.** 3.1. La iniciación. *3.1.1. El presupuesto de la legitimación del informante. 3.1.2. La presentación de la denuncia por el informante.* 3.1.2.1. Las modalidades formales de las denuncias. 3.1.2.2. El contenido de la denuncia. En especial, la identidad del informante. *3.1.3. La recepción formal de la denuncia y su acuse de recibo. 3.1.4. La (in)admisión a trámite de la denuncia.* 3.2. La instrucción y los derechos procedimentales. 3.3. Terminación. **4. Bibliografía.**

1. A título introductorio: la institución del "canal de denuncia" en la nueva normativa comunitaria y española

La Directiva 2019/1937/UE, de 23 de octubre, de protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (y la ley española

1. Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía (PROYEXCEL_00903): "La Nueva Seguridad Pública, Derecho Administrativo Sancionador y Estado de Derecho en Europa" (2022-2025). Grupo de investigación SEJ-196, Junta de Andalucía.

de transposición al ordenamiento nacional: Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción[2]) regula —como así se infiere de su mismo título— la protección de los informantes de lo que la norma llama "infracciones del Derecho de la Unión" (denominadas "infracciones normativas" en la Ley 2/2023). Es decir, el *leitmotiv* de la norma comunitaria está constituido por el amparo establecido en favor de los denunciantes de esas infracciones normativas, siendo el canal de denuncias el instrumento procedimental de la transmisión de esa información.

Y tan relevante como la tipificación misma de la institución del canal de denuncias es la dualidad clasificatoria de canales que instaura la Directiva y que, por tanto, deben asumir los ordenamientos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea: canales internos y canales externos. Su artículo 5 ya se refiere a estas dos modalidades, aunque indirecta e implícitamente al no denominarlas "canales de denuncia"[3]; ciertamente, su apartado 4 define la llamada "denuncia interna" y su apartado 5 la "denuncia externa"[4]; de esta forma, el legislador comunitario define el canal interno de denuncias como el canal de cada "entidad jurídica de los sectores privado o público", y el canal externo como el canal de cada una de "las autoridades competentes"; en otras palabras, el canal interno es el canal de cada persona jurídica —del sector privado o del sector público— en la que el denunciante "presta sus servicios", y el externo es el canal de una institución pública del Estado miembro, en los términos que seguidamente veremos.

2. El canal externo de información: principios y caracteres generales

2.1. Canal externo y autoridad externa: una unión indisoluble[5]

La justificación del canal externo de denuncia está presente sucintamente en el preámbulo de la Directiva, en su considerando 63. Por ello, el artículo 11.1 declara preceptiva la implementación del canal externo de denuncias[6],

2. Un interesante análisis de los orígenes de la norma ha mostrado recientemente Tardío Pato (2023: 21-33).

3. En cambio, sí emplea la expresión "canales de denuncia" en preceptos posteriores: "canales internos" y "canales externos" en el artículo 6.1.b), "canales de denuncia interna" en los artículos 7 y 8, "canales de denuncia externa" en los artículos 10-12, etc.

4. Nótese, no obstante, que la Directiva contempla una tercera modalidad de denuncia: la llamada "revelación pública".

5. Así lo destacó tempranamente Piñar Mañas (2020: 105): la preceptiva creación del canal externo es, sin duda, "una de las novedades más destacadas de la Ley, pues *implica* la creación de una Autoridad Independiente de tutela de los denunciantes".

6. Deber legal que, por cierto, no está dispensado en la Directiva en caso alguno.

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

denuncia externa que —recuérdese— se refiere a la comunicación "ante las autoridades competentes" (artículo 5.5 de la Directiva).

Y ¿quiénes son estas autoridades competentes? El artículo 5.14) de la norma comunitaria las define así: "toda autoridad nacional designada para recibir denuncias de conformidad con el capítulo III —esto es, denuncias externas— y para dar respuesta a los denunciantes, y/o designada para desempeñar las funciones previstas en la presente Directiva, en particular en lo que respecta al seguimiento". Pero nada más dispone el articulado de la Directiva, que, por tanto, no establece qué tipología de autoridades de los Estados miembros deben ser esas autoridades que gestionan los canales externos, sino que, por el contrario, reconoce explícitamente la competencia de cada Estado para "determinar qué autoridades son competentes para recibir la información sobre infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la presente Directiva y seguir adecuadamente las denuncias" (considerando 64), si bien explícitamente ofrece a los legisladores nacionales una amplia heterogeneidad de potenciales autoridades a elegir[7]: "Dichas autoridades competentes podrían ser autoridades judiciales, organismos de regulación o de supervisión competentes en los ámbitos específicos de que se trate, o autoridades con una competencia más general a escala central dentro de un Estado miembro, autoridades encargadas del cumplimiento del Derecho, organismos de lucha contra la corrupción o defensores del pueblo" (considerando 64)[8]. "Autoridades competentes", pues (y no cualquier órgano administrativo o entidad pública), que, además, deben contar con los "recursos adecuados"[9].

Y el legislador español naturalmente elige la naturaleza jurídica de esa autoridad, pero lo hace rechazando —sin explicación alguna— que sea una autoridad judicial, constitucional (Defensor del Pueblo) o administrativa[10] anticorrupción[11], y optando por una autoridad administrativa *ad hoc* inde-

7. Una síntesis de las atribuciones competenciales realizadas por los países de nuestro entorno en favor de unas y otras autoridades estatales ha realizado Cerrillo i Martínez (2023: 157-158).

8. Una notable diversidad potencialmente asumible por el legislador español que ya fue resaltada por Sierra Rodríguez (2020b: 67).

9. Los Estados no solo deben designar esas autoridades, sino que están impelidos a crearlas (o transformar las existentes), dotándolas de los medios necesarios y apropiados para ejercer sus funciones (artículo 11.1 de la Directiva).

10. Ya examinando la entonces Propuesta de Directiva, se manifestó por un modelo similar al del Tribunal de Cuentas Europeo Benítez Palma (2018: 33-34).

11. Tempranamente, comentando la Propuesta de la norma comunitaria, admitió entonces la opción de las autoridades judiciales o, incluso, fiscales, Rodríguez-Medel (2019: 232): "De este modo, en el actual marco legal español, las previsiones de la propuesta de Directiva en lo que a denuncias externas se refiere podrían ser de aplicación a instituciones como el Tribunal de

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

pendiente y de nueva creación[12]: la llamada Autoridad Independiente de Protección del Informante (A.A.I.), regulada en los artículos 42 y siguientes de la Ley 2/2023. En su preámbulo la ley "justifica" esta forma organizativa de esa autoridad porque así se garantiza la "independencia y autonomía exigidas por la norma europea"[13], olvidando que estas inexcusables garantías están también presentes en las otras opciones organizadoras indicadas en la norma comunitaria[14], no constituyendo, pues, criterios suficientemente justificativos de la elección de uno u otro modelo de organización gestora del canal externo.

En todo caso, conforme a lo dispuesto en la Directiva, el artículo 43.1 de la Ley 2/2023 atribuye a la Autoridad Independiente de Protección del Informante[15] la función de la "gestión del canal externo de comunicaciones",

Cuentas o el Defensor del Pueblo, pero también a las autoridades policiales, al Ministerio Fiscal o a los Juzgados de Instrucción (en cuanto que reciben denuncias por hechos delictivos que se enmarcan en el ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva)".

12. Explícitamente se pronunció sin reservas en favor de la constitución de una autoridad estatal independiente Bueno Sánchez (2021: 216-238).

13. Resulta sorprendente esta declaración del legislador cuando en el artículo 42, tras prescribir su "plena autonomía e independencia orgánica y funcional respecto del Gobierno" (apartado 1), decreta su "vinculación" con el Ministerio de Justicia (apartado 2). Esta explícita vinculación ha merecido la crítica de Jiménez Franco (2023: 352), "dado que la AIPI es la institución garante del sistema de información tanto del sector público estatal como del sector privado (artículo 61.2) y su actividad es susceptible de afectar a los derechos de las personas para protegerlos frente a la actuación de los poderes públicos, por lo que debería haberse excluido esa 'vinculación'", máxime cuando esta "tiene efectos en la ausencia de autonomía normativa en cuanto a la aprobación de su Estatuto y de su Reglamento de funcionamiento interno (artículos 44, 57 y Disp. final undécima), y también de la autonomía financiera al tramitarse su anteproyecto de presupuesto por el Ministerio de Hacienda y Función Pública (artículo 49.1) y depender de los créditos presupuestarios del Ministerio de Justicia hasta contar la AIPI con un presupuesto propio (Disp. Transitoria tercera)", y, por todo ello, "el legislador estatal, quizás, hubiera debido seguir la tendencia autonómica de la ubicación institucional en las Cortes Generales y no en el Ejecutivo para otorgar a la AIPI una independencia más efectiva y mayor legitimidad democrática".

14. Opciones que, por cierto, podrían amparar atribuciones competenciales a distintos organismos externos, como parece postular Jiménez Franco (2022: 221) examinando el entonces proyecto de ley, y defender una "multiplicidad de canales externos de información y libertad de elección por el informante del canal más conveniente".

15. Sin embargo, la A.A.I. no es el único organismo competente en la gestión del canal externo, pese al extenso ámbito subjetivo competencial atribuido a su favor en el artículo 24.1, incluyendo no solo los órganos constitucionales y los órganos de relevancia constitucional, sino también, en principio, todo el sector público y el sector privado, cuando la infracción o el incumplimiento informado afecte o produzca sus efectos en el ámbito territorial de más de una comunidad autónoma. El artículo 24.2 de la Ley 2/2023 prescribe que las comunidades autónomas podrán crear sus respectivas autoridades independientes, y serían competentes respecto de las informaciones que afecten a las instituciones de la comunidad autónoma, al sector público autonómico y local de su respectivo territorio (salvo que exista convenio en contrario sujetándose a la competencia de la autoridad estatal, según lo dispone el artículo 24.1.d] de la ley), así como sobre las entidades que formen parte del sector privado, "cuando el incumplimiento comunicado se circunscriba al ámbito territorial de la correspondiente comunidad autónoma",

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

canal que, por imperativo comunitario, debe reunir unas características comunes y propias de todo canal de denuncia, y también unas características específicas acordes a la funcionalidad especial asignada por la Directiva y conforme también con las otras funciones asignadas a la autoridad pública gestora del canal externo[16].

En efecto, ya desde su inicio la Directiva —en el considerando 3— enuncia los requisitos básicos que deben tener los llamados canales de denuncia: ser "efectivos, confidenciales y seguros y garantizando la protección efectiva de los denunciantes frente a represalias", desarrollando estas condiciones en su considerando 73. Por tanto, no es poco lo que dispone la norma comunitaria ya en su mismo preámbulo.

Por ello, el artículo 11.2.a) de la Directiva prescribe que los propios Estados miembros "velarán por que las autoridades competentes: establezcan canales de denuncia externa independientes y autónomos para la recepción y el tratamiento de la información sobre infracciones". Este canal externo, pues, ha de gozar de una real independencia respecto de todas las entidades —públicas y privadas— que disponen de canales internos. Pero ¿cuándo es independiente el canal externo? Para evitar la tentación de que cada Estado establezca esa autoridad nacional[17] y ese canal externo con independencia formal y no efectiva, la Directiva impone estas condiciones en su artículo 12.1. Parece, pues, que basta que el canal sea seguro y garantice la protección de la identidad del denunciante, aparte de permitir la conservación de la información que obre en él. Pero la Directiva, como veremos más adelante, dispone más reglas inherentes a la configuración institucional del canal externo como un canal de recepción, de seguimiento y de respuesta a la denuncia presentada, funcionalidades estas declaradas en el artículo 11.1 de la norma.

ámbito territorial este cuya delimitación misma no siempre será evidente, como advierte Cerrillo i Martínez (2023: 161), como, "por ejemplo, en el caso en que una entidad privada tenga varios centros distribuidos en diferentes comunidades autónomas o tenga la sede central en una comunidad autónoma y una representación en otra", que, por otra parte, podría demandar una reforma de la respectiva ley autonómica reguladora de su autoridad anticorrupción, en el caso de que la comunidad autónoma no creara una nueva autoridad independiente *ad hoc* y optase, en cambio, por atribuir estas competencias en favor de su ya existente organismo anticorrupción y antifraude (Cerrillo i Martínez, 2023: 162).

16. Atribuidas en el artículo 43: "2. Adopción de las medidas de protección al informante previstas en su ámbito de competencias", y "4. Tramitación de los procedimientos sancionadores e imposición de sanciones por las infracciones previstas en el título IX".

17. Por cierto, considerando el amplio ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva, el legislador español podía haber optado por un sistema dual; una autoridad externa (y canal) específica para el sector público, y otra independiente para el sector privado; así lo subraya Tardío Pato (2023: 36-37), aduciendo el modelo italiano.

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

2.2. ¿Subsidiariedad del canal externo? A propósito de la preferencia del legislador por el canal interno

Tipificados uno y otro canal en la Directiva y en la Ley 2/2023, es preciso abordar si una o/y otra norma: a) permiten el uso simultáneo de uno y otro canal de denuncia o, por el contrario, disponen que el uso de uno de ellos impide usar el otro; b) imponen algún orden de preferencia por uno u otro tipo de canal de denuncia o, en cambio, admiten el uso indistinto de ambos canales; c) admiten el uso sucesivo de ambos canales de denuncia o, por el contrario, solo admiten el uso de uno de ellos; d) prescriben criterios determinantes del uso de ambos canales o, en cambio, otorgan al denunciante algún derecho de opción o elección[18].

La Directiva no ofrece una regulación suficientemente explícita. En el considerando 33, pese a reconocer la habitualidad de los denunciantes por usar los canales internos, declara que "el denunciante debe poder elegir el canal de denuncia más adecuado en función de las circunstancias particulares del caso"[19]. Sin embargo, el apartado 1 de su artículo 7 señala que, "como principio general [...], la información sobre infracciones podrá comunicarse a través de los canales y procedimientos de denuncia interna previstos en el presente capítulo"; así pues, el canal interno es la regla general dispuesta por la disposición comunitaria, regla que se confirma en el apartado 2 al prescribir lo siguiente: "Los Estados miembros promoverán la comunicación a través de canales de denuncia interna antes que la comunicación a través de canales de denuncia externa, [...]"[20].

Pero ¿este mandato a los legisladores nacionales priorizando las denuncias internas obliga al denunciante a usar primero el canal interno? No

18. En los textos iniciales de la Propuesta de la Directiva se establecía preceptivamente la vía del canal interno como previa a la vía del canal externo, previsión normativa que se modificó durante la tramitación de la Propuesta, como ha subrayado García Moreno (2020: 317-318).

19. Y no debe extrañar, porque, como subrayara Pérez Monguió (2019: 109), los canales internos "han sido los tradicionales pero no han tenido un gran éxito y han provocado una gran desconfianza por muchos motivos como son la falta de transparencia, el corporativismo o la ausencia de garantías que han provocado un rechazo del mismo"; asimismo, más recientemente lo ha subrayado Capdeferro Villagrasa (2023: 113): "en casos de funcionamiento irregular generalizado, o en que estén implicados buena parte de altos cargos de la organización, difícilmente podrían prosperar las denuncias de irregularidades; o incluso podrían ser vistas como alertas previas que permitan alterar o destruir posibles medios de prueba antes de que la denuncia acabe en un organismo externo con facultades para investigar la actuación de la empresa".

20. Esta preferencia "en el plano declarativo" por el canal interno podría explicarse "probablemente por la naturaleza preventiva de los canales internos que posibilitan la detección en el seno de la propia organización, de manera que si se actúa con diligencia se podrán solventar internamente los incumplimientos detectados" (Parajó Calvo, 2022: 54).

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

parece. Es cierto que el artículo 10 señala que "los denunciantes comunicarán información sobre infracciones por los canales y los procedimientos descritos en los artículos 11 y 12, tras haberla comunicado en primer lugar a través de los canales de denuncia interna, […]"; pero el mismo precepto añade lo siguiente: "[…] o bien comunicándola directamente a través de los canales de denuncia externa". ¿Consagra entonces la Directiva un derecho de elección del denunciante? Parece que sí, al admitir el uso del canal externo sin haber usado antes el interno[21].

Un último precepto de la norma comunitaria debemos referir. El citado artículo 7.2 introduce al final una adición normativa importante en relación con la preferencia por la denuncia interna que prescribe, añadiendo: "siempre que se pueda tratar la infracción internamente de manera efectiva y siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias"[22]. Por tanto, no hay un verdadero derecho de opción del denunciante explícitamente declarado en la norma, al prescribir el precepto la denuncia externa como segunda vía, salvo que exista —a juicio del denunciante, cierto es— el riesgo de represalia[23] y, además, salvo que el canal interno sea efectivo[24].

Pero esta excepción de la "efectividad" de la denuncia interna es aún más difícil de constatar (y comprender incluso) que la otra, porque ¿quién decide que la infracción denunciada internamente se puede tratar o no de manera efectiva?; ¿el denunciante?; ¿su entidad empleadora? Una vez más hemos de acudir a los considerandos para interpretar los preceptos. El considerando 47 declara lo siguiente: "[…] por principio, debe animarse a los denunciantes a utilizar en primer lugar los canales de denuncia interna e informar a su empleador, si dichos canales están a su disposición y puede

21. Obsérvese, por otra parte, que la norma prescribe algo más: a) la no simultaneidad de los dos tipos de canales, debiendo usarse uno u otro canal, pero no ambos al mismo tiempo; b) el uso sucesivo del canal interno, en primer lugar, y, en segundo lugar, el uso del canal externo; y c) la preterición implícita de usar primero el canal externo y luego el interno, al contemplarse el canal interno como canal que precede al externo (y no al revés), de tal forma que la vía directa del canal externo precluye la vía del canal interno.

22. Quizás las dudas sobre la efectividad y las garantías de los canales internos en comparación con los canales externos expliquen estas cautelas condicionantes del legislador comunitario. Dudas que ha ilustrado Sierra Rodríguez (2020b: 69) ampliamente, y que Cerrillo i Martínez (2023: 153) estima justificadas ante la "mayor protección" que ofrece el canal externo y el temor del informante a las represalias por usar el canal interno.

23. Por cierto: ¿riesgo que tendrá que explicar en la denuncia externa que formule sin haber presentado antes la denuncia interna? Parece que sí, al ser una explícita condición habilitante del uso directo del canal externo excepcionando la preferencia general del canal interno. En sentido contrario, sin embargo, se han pronunciado tanto Cerrillo i Martínez (2023: 154) como Capdeferro Villagrasa (2023: 112).

24. Sáez Lara (2020: 179) estimó adecuada esta previsión habilitante del uso del canal externo, porque atiende a "la perspectiva de los diversos derechos e intereses legítimos en conflicto".

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

esperarse razonablemente que funcionen. Tal es el caso, en particular, cuando los denunciantes piensen que la infracción puede tratarse de manera efectiva dentro de la correspondiente organización y que no hay riesgo de represalias. […]"; de esta forma, sí se aprecia un cierto derecho de opción del denunciante, aunque limitado y condicionado en lo referente al uso directo del canal externo, y, en consecuencia, es un derecho de elección relativa[25].

A la vista de todas estas previsiones de la Directiva, sorprenden favorablemente las referencias del legislador español tanto en el preámbulo como, sobre todo, en el articulado de la Ley 2/2023, por cuanto ofrece una regulación clarificadora y congruente en sí misma. En primer lugar, el artículo 16.1 reconoce en términos inequívocos el derecho de opción al denunciante: puede presentar la denuncia interna primero y luego la externa, o bien puede directamente presentar la denuncia externa ("Toda persona física podrá informar ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante, […] ya sea directamente o previa comunicación a través del correspondiente canal interno")[26].

Pero, en segundo término, asumiendo íntegramente la norma comunitaria, en su artículo 4.1 establece las dos condiciones impuestas por el artículo 7.2 de la Directiva respecto de la prioridad del canal interno y, por tanto, las dos condiciones del ejercicio mismo del derecho de opción del denunciante que consagra el artículo 16.1 de la ley española. De esta forma, también nuestro legislador —con mejor técnica normativa ciertamente— modula y limita el derecho de elección del denunciante imponiéndole primeramente el uso del canal interno, salvo que estime que la infracción no pueda ser resuelta internamente de manera efectiva o salvo que aprecie riesgo de represalias por usar el canal interno. La Ley 2/2023 no reconoce, así, un derecho de total elección del denunciante, sino un derecho de opción condicionada[27].

25. Naturalmente, esta doble vía (interna y externa) —y ese derecho de opción del denunciante— no siempre la impone la norma, por cuanto la Directiva no obliga a todas las entidades privadas a disponer del canal interno, sino que solo deben implementarlo cuando dispongan de 50 o más empleados (artículo 8.3).

26. El preámbulo es más explícito incluso, al referirse al canal externo "ante el que podrán informar las personas físicas a las que se refiere el artículo 3 de la ley, ya sea directamente, ya con posterioridad a la previa formulación de información ante el canal interno". Obsérvese también que la ley, en concordancia con la Directiva: 1) impide el uso simultáneo de los dos tipos de canales; 2) admite el uso sucesivo de los dos solo cuando el denunciante usa primero el canal interno.

27. En distinto sentido se ha pronunciado Capdeferro Villagrasa (2023: 113), al afirmar que la norma "crea el derecho (incondicionado) a denunciar tanto interna como externamente, y este es un derecho que la ley busca garantizar con la creación de dos vías para la denuncia cuyo uso puede ser alternativo o acumulativo, a elección de la persona denunciante".

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

No obstante, merece reseñarse que el preámbulo de la ley no es tan nítido y acertado como el articulado. Primero, porque sorprendentemente no explicita las citadas dos condiciones comunitarias en sus debidos términos, sino solo una de ellas, cuando declara que "el informante puede elegir el cauce a seguir, interno o externo, según las circunstancias y los riesgos de represalias que considere"; ¿a qué circunstancias se refiere el legislador?; ¿por qué obvia aquí la inexcusable condición de la efectividad del canal interno? Y segundo —y es aún más llamativo—, porque justifica la preferencia del canal interno con una declaración no solo ausente en la Directiva, sino dudosamente amparada por sus mismos principios y fines esenciales, que no son otros sino la adecuada y eficiente investigación de las infracciones normativas denunciadas, y, en el caso, de ser apreciadas, su cese y la adopción de medidas internas evitadoras de su repetición: "El Sistema interno de información debería utilizarse de manera preferente para canalizar la información, pues una actuación diligente y eficaz en el seno de la propia organización podría paralizar las consecuencias perjudiciales de las actuaciones investigadas. […]".

3. El funcionamiento del canal externo y el procedimiento administrativo de la denuncia externa

El título III de la Ley 2/2023 regula el canal externo de información de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, entidad pública a la que —recuérdese— el artículo 43.1 de la ley encomienda específicamente la función de la "gestión del canal externo de comunicaciones". Por ello, lo que prevé esencialmente este título III en sus artículos 16 a 24 no es sino un cierto procedimiento administrativo tramitado y "resuelto" por esta autoridad administrativa independiente, tipificando específicos trámites administrativos (recepción de la información comunicada, admisión a trámite, instrucción y terminación: artículos 17-20), así como los derechos procedimentales del informante (artículo 21).

3.1. La iniciación

3.1.1. El presupuesto de la legitimación del informante

No toda persona está legitimada para formular la denuncia, sino solo las personas físicas, como dispone expresamente el artículo 16.1 de la Ley 2/2023. Y es que la misma Directiva, en su artículo 5.7), ya establece un concepto restrictivo de denunciante —no coincidente, por cierto, con la amplia concepción subjetiva dispuesta en el artículo 62 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

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

(LPAC)—[28], al definirlo como "una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones [...]".

Obsérvese, pues, que la Directiva excluye como denunciantes a las personas jurídicas (y a los entes sin personalidad jurídica), como también hace la misma Ley 2/2023 desde su artículo 1 y su artículo 2.1 ("La presente ley protege a las personas físicas que informen, a través de alguno de los procedimientos previstos en ella [...]")[29].

Pero no es esta restricción subjetiva la única presente en la legitimación activa en el ejercicio del derecho de denuncia regulado en la Directiva y en la Ley 2/2023, sino que también se aprecia una específica restricción objetiva derivada del vínculo laboral o profesional requerido por ambas normas. En efecto, es relevante la restricción que realiza la Directiva al origen mismo de la obtención de la información comunicada con la denuncia: el "contexto laboral" del denunciante[30]. Resulta llamativo que la norma comunitaria, en su artículo 4.1, solo considere denunciantes a quienes tengan (o hayan tenido o puedan tener: artículo 4.2 y 3, respectivamente) una relación profesional, laboral o asimilada con la persona denunciada.

En efecto, la Ley 2/2023 así lo confirma en su artículo 3.1. Es decir, este novedoso régimen protector del denunciante está limitado a los empleados de la entidad objeto de la denuncia; no cualquier persona, por tanto, puede denunciar y tener este nuevo régimen protector, aunque la ley española (no la Directiva que meramente habilita al Estado miembro) prevé un singular supuesto excepcional de legitimación *ab initio* como informante sin, en cambio, otorgarle la protección prevista, como veremos más adelante. Eso sí, al menos la norma ofrece un concepto amplio de "trabajadores" o, más exactamente, de "personas que se encuentren en el contexto de su actividad laboral" (Fernández Ramos, 2023: 70), al disponer que, "como mínimo", son denunciantes tanto los trabajadores por cuenta ajena (incluidos los empleados públicos) como los "trabajadores no asalariados" o autónomos, así

28. Este precepto permite denunciar a "cualquier persona", esto es, una persona física y también una persona jurídica, sea esta de naturaleza jurídico-privada o de naturaleza jurídico-pública.

29. En todo caso, esto no quiere decir que las personas jurídicas (privadas y públicas) no puedan denunciar infracciones normativas, sino solo que no podrán denunciar con el régimen específico tipificado en la Directiva y la Ley 2/2023; es decir, podrán denunciar conforme al régimen general previsto en el artículo 62 de la LPAC y, en su caso, el régimen especial dispuesto en la normativa sectorial aplicable.

30. "De hecho, esta necesaria conexión con un 'contexto laboral' parece que está en el fundamento de la exigencia de la Directiva de que el 'denunciante' sea una persona 'física' (art. 5.7 [...]" (Fernández Ramos, 2023: 69).

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

como también otras personas[31] en cierta situación de dependencia o vinculación con la entidad denunciada[32].

3.1.2. La presentación de la denuncia por el informante

3.1.2.1. Las modalidades formales de las denuncias

El artículo 12.2 de la Directiva dispone una regla similar a la prevista para la forma de denunciar en el canal interno, consagrando un principio antiformalista, al admitir no solo las dos formas comunes de comunicación (por escrito o verbalmente), sino también distintas modalidades de la comunicación verbal, a la que, por tanto, se le presta mayor atención. Así pues, el artículo 17.2 de la Ley 2/2023 (y también su artículo 21.2.º) reconoce el derecho a formular la denuncia por escrito o verbalmente en los términos dispuestos en la norma comunitaria, refiriéndose, además, a las dos modalidades de la forma escrita de presentación: "a través de correo postal o a través de cualquier medio electrónico habilitado al efecto dirigido al canal externo de informaciones de la Autoridad Independiente de Protección del Informante"[33].

31. Específicos exámenes de las heterogéneas categorías subjetivas han realizado Fernández Ramos (2023: 72-76) y Coello Martín (2023: 24-30).

32. En suma, la Directiva (y la Ley 2/2023) "extiende la noción de persona denunciante más allá de las relaciones laborales, incluso en sentido amplio (con independencia de la naturaleza jurídica del vínculo) a otras indirectas" (Fernández Ramos, 2023: 72). Por ello, Fernández Ramos subraya que "de este modo, si bien en algún momento esta figura pudo estar vinculada al estatuto del trabajador y de sus representantes sindicales, desde la Directiva 2019/1937 ya no es así"; es más, concluye contundentemente afirmando que "no es ya una cuestión de derecho laboral, sino de derecho público, en la medida en que la finalidad última es, no tanto proteger a los trabajadores, como garantizar el interés público"; afirmación que compartimos en lo referente a su acertada delimitación en pro de la naturaleza jurídica de derecho público de la actual normativa, aunque resaltamos su indisoluble unión con la evidente finalidad esencial justificadora —esto es, la protección del denunciante inserto en el contexto laboral del denunciado ante el riesgo de padecer represalia por haberlo denunciado— que, sin duda, forma parte del interés público que persigue uno y otro legislador. Y es que, como afirmara García Moreno (2020: 94), el principal riesgo por denunciar proviene "de su relación de dependencia o de subordinación con la organización en la que se ha cometido la infracción", porque "cuando el *whistleblower* es un empleado las represalias laborales, los obstáculos a la promoción e incluso el despido, representan el riesgo más importante".

33. Pero siendo esta autoridad una entidad pública, en virtud del artículo 16.4 de la LPAC, el informante podrá también presentar la denuncia en cualquiera de los lugares/registros previstos en esta norma general, debiendo naturalmente el órgano administrativo receptor de la denuncia remitirla a la Autoridad Independiente de Protección del Informante. La misma Directiva establece esa obligación de remisión informativa en su artículo 12.3 ("Cuando se reciba una denuncia por canales que no sean los canales de denuncia a que se refieren los apartados 1 y 2 o por los miembros del personal que no sean los responsables de su tratamiento, las autoridades competentes garantizarán que los miembros del personal que la reciban […] remitan con prontitud la denuncia, sin modificarla, a los miembros del personal responsables de tratar denuncias"); deber de colaboración interadministrativa que asume y desarrolla la Ley 2/2023 en su artículo 23.

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

Pero lo que presenta mayor interés en ambas normas (la comunitaria y la española) es la previsión de la denuncia presentada en forma verbal. Tanto el artículo 12.2 de la Directiva como el artículo 17.2 de la Ley 2/2023, no solo admiten la presentación de la denuncia oral ante el personal de la autoridad competente gestora del canal externo en una "reunión presencial"[34], sino que también admiten la denuncia verbal formulada "por vía telefónica o a través de sistema de mensajería de voz".

En todo caso, sea cual sea la modalidad de formulación de la denuncia verbal (telefónicamente, por mensajería de voz o mediante reunión presencial), el artículo 17.2 de la Ley 2/2023, acorde a lo dispuesto en el artículo 18.4 de la Directiva, impone su grabación o transcripción conforme a unas específicas condiciones técnicas al efecto de su debida constancia y acreditación, al referirse a "una grabación de la conversación en un formato seguro, duradero y accesible", y a "una transcripción completa y exacta de la conversación realizada por el personal responsable de tratarla"[35], en cuyo caso se debe informar al informante de su derecho a "comprobar, rectificar y aceptar mediante su firma la transcripción del mensaje"[36]. En cualquier modalidad de comunicación verbal se advertirá al informante de que, previamente a declarar, la comunicación será grabada (o transcrita, en su caso)[37].

34. Eso sí, la Directiva (y la Ley 2/2023) no permite la personación del denunciante en la oficina pública de la autoridad al efecto de presentar verbalmente su denuncia, sino que requiere de la persona que pretenda denunciar presentar previamente una expresa y específica solicitud de "una reunión presencial" con el personal de la autoridad al efecto de entonces formular la denuncia verbal. La forma oral de la denuncia no es, pues, espontánea ni inmediata, sino que precisa previamente un cierto mini "procedimiento administrativo" no formalizado: a) en primer lugar, una solicitud de cita presencial, solicitud que, por cierto, al no establecerse nada en la norma, podrá formularse, asimismo, por escrito, o, verbalmente, por teléfono o sistemas de mensajería de voz (o incluso oralmente mediante la personación física en la oficina misma); b) una posterior "resolución" de la solicitud de la reunión presencial, concediéndola al solicitante para una fecha y hora determinada, resolución que debe ser naturalmente notificada al solicitante antes de un plazo máximo "razonable", porque el mismo artículo 12.2 de la Directiva requiere que la reunión presencial concedida —esto es, la ejecución efectiva de la resolución concediéndola— se efectúe "dentro de un plazo razonable", plazo que determina el artículo 17.2 de la Ley 2/2023 como "plazo máximo de siete días"; en suma, solo después de esa "notificación de la resolución" podrá el solicitante de la cita presencial formular oralmente la denuncia en la reunión, en el lugar y la fecha concedidos al efecto.

35. El artículo 18.4 de la Directiva establece una norma similar, aplicable tanto al canal interno como al externo, que, no obstante, no preceptúa esa transcripción completa exigida por la Ley 2/2023, sino algo menos "exacto" de la declaración verbal formulada por el denunciante ante la autoridad: "un acta pormenorizada de la reunión preparada por el personal responsable de tratar la denuncia".

36. Pese al tenor literal del precepto, se infiere que la constancia de la denuncia verbal formulada podrá realizarse mediante la grabación, y, en cambio, la de la denuncia oral formulada en la reunión presencial podrá efectuarse mediante la grabación o mediante la transcripción en los términos indicados.

37. Por otra parte, el precepto obliga también a la autoridad administrativa a informarle "del tratamiento de sus datos de acuerdo con lo que establecen el Reglamento (UE) 2016/679

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

3.1.2.2. El contenido de la denuncia. En especial, la identidad del informante

El principio antiformalista alcanza aquí su máxima expresión, por cuanto la Ley 2/2023 no establece un contenido mínimo obligatorio en la denuncia —escrita o verbal— formulada, salvo los hechos mismos objeto de la comunicación. Solo su artículo 16.1 contempla estos datos necesarios que han de constar en la denuncia, al referirse a "cualesquiera acciones u omisiones incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley", pero sin exigir una descripción completa o suficiente de los hechos, en cuanto que la norma no requiere que consten la fecha y el lugar de su comisión y tampoco la identidad del denunciado, esto es, el presunto responsable de los hechos constitutivos de las infracciones normativas denunciadas. Es más, tampoco es preceptivo que en la denuncia conste lugar y/o medio de notificación alguno; no es un deber legal del informante, sino solo un derecho que reconocen explícitamente los artículos 17.2 ("al presentar la información, el informante *podrá* indicar un domicilio, correo electrónico o lugar seguro a efectos de recibir las notificaciones")[38] y 21.3.º [39].

Pero lo más relevante es que el artículo 17.1 tampoco requiere que consten en la denuncia el nombre y los apellidos (y su número de DNI o documento de identificación personal), es decir, la identidad del informante; la norma admite expresamente la denuncia anónima, al amparo de la facultad dispositiva reconocida al legislador nacional en la Directiva[40]. En efecto, el artículo 6.2 de la norma comunitaria prescribe lo siguiente: "[…] la presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de decidir si se

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre".

38. No procede, por tanto, aplicación analógica del artículo 68.1 de la LPAC y, consecuentemente, dictar la autoridad administrativa requerimiento al informante instándole la comunicación de esos datos en un plazo determinado, con la advertencia del archivo de su denuncia en caso de no aportarse esa información en el plazo concedido; este específico contenido de la denuncia es absolutamente potestativo y no obligatorio, por lo que en modo alguno podrá la autoridad declarar el archivo por no haber subsanado en plazo la información incompleta o defectuosa presentada, al no ser ni incompleta ni defectuosa la denuncia por omitirse lugar y medio de notificación.

39. No solo la norma no requiere del denunciante la indicación de su medio o lugar de notificación, sino que incluso contempla que en el acto de la denuncia misma el informante formule expresamente la renuncia "a la recepción de cualquier comunicación de actuaciones llevadas a cabo por la Autoridad Independiente de Protección del Informante como consecuencia de la información", renuncia que implica, pues, la renuncia de todos sus derechos procedimentales reconocidos en los artículos 19 y siguientes de la Ley 2/2023, salvo —en el caso de que se haya identificado nominalmente o de que del contenido de la denuncia (lugar de notificación, *mail*, relato de los hechos…) se pudiera deducir su identidad— el derecho a la protección efectiva en los términos establecidos en los artículos 33 y 35, principalmente.

40. En sentido contrario se pronunció entonces Sáez Lara (2020: 158).

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

exige o no a las entidades jurídicas de los sectores privado o público y a las autoridades competentes aceptar y seguir las denuncias anónimas de infracciones".

Ha sido, pues, el legislador español quien ha decidido la admisión de las denuncias anónimas en cada una de las materias o sectores afectados por la Directiva (y en el específico ámbito material de aplicación establecido en el artículo 2.1.b] de la Ley 2/2023), reconociendo —a diferencia de lo que dispone el artículo 62.2 de la LPAC— el derecho a la denuncia anónima en el artículo 21.1.º, en concordancia, principalmente, no ya con la finalidad protectora de la ley, que ordena en dichos preceptos preservar la identidad del denunciante ante el riesgo de represalias (debiendo así garantizar el canal externo ese derecho a la confidencialidad identitaria frente a terceros), sino más bien con el fin de incentivar las delaciones o denuncias amparando *ab initio* la identidad de los denunciantes.

Ahora bien, la elección de la denuncia anónima en ejercicio de este derecho de opción del informante —derecho que también se prevé en el artículo 17.1 de la ley— no le causa *per se* una situación de indefensión ante el riesgo de represalias por parte del denunciado, porque en esta modalidad de denuncia la Ley 2/2023 impone inexcusablemente el "anonimato" del informante ante terceros (artículo 21.1.º), preservación de su identidad que, además, debe efectuarse en los términos dispuestos en el artículo 33[41], "debiendo adoptarse las medidas en él previstas", como prescribe el mismo artículo 17.1[42].

41. Este precepto, tras disponer que el informante no anónimo "tiene derecho a que su identidad no sea revelada a terceras personas" (apartado 1), admite, no obstante, ciertos supuestos excepcionales en los que la autoridad administrativa está habilitada (u obligada, en su caso) a comunicar la identidad del denunciante a ciertas instituciones públicas cuando ejerzan sus respectivas funciones públicas de investigación o sancionadora en el ámbito de sus competencias: "la identidad del informante solo podrá ser comunicada a la Autoridad judicial, al Ministerio Fiscal o a la autoridad administrativa competente en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora" (apartado 3); eso sí, estos supuestos habilitantes son casos tasados y, por tanto, deben interpretarse restrictivamente por su naturaleza excepcional y la finalidad protectora del denunciante que preside toda la ley. Pero es más, la norma requiere que, en primer lugar, esa resolución administrativa acordando la comunicación externa de la identidad del informante esté motivada específicamente y, en segundo lugar, se notifique al informante "antes de revelar su identidad, salvo que dicha información pudiera comprometer la investigación o el procedimiento judicial".

42. El artículo 33.2 especifica ciertas preceptivas medidas protectoras que deben implementarse por los gestores de los canales —la autoridad administrativa de protección del informante en nuestro caso— tanto en la configuración y el funcionamiento interno del canal como en su gestión por el personal asignado; en efecto, el precepto ordena no solo que los canales "no obtendrán datos que permitan la identificación del informante", sino también que "deberán contar con medidas técnicas y organizativas adecuadas para preservar la identidad y garantizar la confidencialidad de los datos correspondientes a las personas afectadas y a cualquier tercero que se mencione en la información suministrada".

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

3.1.3. La recepción formal de la denuncia y su acuse de recibo

Presentada la denuncia, la autoridad administrativa debe proceder a su registro formal en el llamado "Sistema de Gestión de Información"[43], siéndole asignado un código de identificación (artículo 17.3), un sistema contenido en una base de datos segura y de acceso restringido exclusivamente al personal autorizado de la entidad, en el que, además de los datos iniciales de la fecha de registro y el código identificativo asignado por el sistema, el personal competente registrará todas las posteriores "comunicaciones recibidas" en el expediente, así como las actuaciones desarrolladas durante su instrucción, las medidas adoptadas y su finalización.

Y así se efectuará la recepción de la denuncia formulada y registrada en sede administrativa y, por supuesto, la posterior emisión del debido acuse de recibo por parte de la Autoridad Independiente de Protección del Informante. El artículo 17.4 de la Ley 2/2023 reconoce el derecho del denunciante al justificante de la denuncia presentada ("Recibida la información, en un plazo no superior a cinco días hábiles desde dicha recepción se procederá a acusar recibo de la misma, […]")[44]. Este derecho es relevante, por cuanto así podrá el informante constatar el inicio de las actuaciones administrativas debidas para examinar y resolver su denuncia conforme imponen los artículos 18-20 en los términos que más adelante se explicitarán.

Ahora bien, interesa subrayar que este acuse de recibo no implica que la denuncia se haya admitido a trámite y, menos aún, que la entidad pública haya examinado —ni siquiera formalmente— el contenido de la denuncia, porque una y otra función pública se ejercen con posterioridad al acuse de recibo, como veremos. El acuse de recibo es, pues, un acto administrativo puramente reglado y formal, acreditativo de la mera presentación del acto de la denuncia en una fecha concreta y por un medio determinado de los previstos en la ley al efecto.

Sin embargo, el artículo 17.4 contempla dos supuestos en que se exime a la autoridad administrativa del deber de emitir ese acuse de recibo, su-

43. El precepto no dispone un plazo máximo para practicar la inscripción registral, pero, dada la naturaleza de base de datos y la funcionalidad del Sistema de Gestión de Información, la inscripción no podrá ser sino automática y, en todo caso, efectuarse previamente al vencimiento del breve plazo máximo específicamente dispuesto en el artículo 17.4 para emitir el acuse de recibo de la denuncia presentada, puesto que este acto administrativo de acuse de recibo —que ha de dictarse una vez "recibida la información, en un plazo no superior a cinco días hábiles desde dicha recepción"— difícilmente podrá tener lugar si previamente no se ha procedido al registro de la denuncia presentada.

44. Plazo moderadamente inferior al plazo máximo establecido al efecto en el artículo 11.1.b) de la Directiva (siete días).

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

puestos asimismo tipificados en el artículo 11.2.b) de la Directiva: 1.- "que el denunciante expresamente haya renunciado a recibir comunicaciones relativas a la investigación"; o 2.- "que la Autoridad Independiente de Protección del Denunciante, considere razonablemente que el acuse de recibo de la información comprometería la protección de la identidad del denunciante"[45].

3.1.4. La (in)admisión a trámite de la denuncia

El artículo 18 de la Ley 2/2023 prescribe que, posteriormente a la emisión del acuse de recibo, la autoridad administrativa debe dictar el acto administrativo de admisión (o inadmisión) a trámite de la denuncia presentada. Y este acto jurídico-administrativo es relevante, porque sin él no podrán practicarse las actuaciones administrativas previstas en la ley y, por tanto, no podrán investigarse los hechos denunciados conforme a lo previsto en sus artículos 19 y siguientes, adoptarse las medidas administrativas que procedan y, por supuesto, no podrá ampararse al denunciante frente a posibles represalias por haber formulado la denuncia[46].

Pero lo cierto es que, pese a estos trascendentales efectos del acuerdo de la admisión de la denuncia, el legislador español se ha extralimitado estableciendo ciertas causas de inadmisión a trámite no contempladas ni amparadas por la Directiva. En efecto, la norma comunitaria no establece un listado de casos de inadmisión que han de asumir los ordenamientos nacionales; no impone a los Estados miembros establecer causa alguna de inadmisión de las denuncias presentadas en los canales externos. La Direc-

45. Pero ¿un acuse de recibo telemático o por *e-mail per se* pondría en peligro la identidad del informante? En todo caso, el precepto reconoce una discrecionalidad administrativa importante, que en todo caso demanda que conste en el expediente una específica resolución motivada de la autoridad administrativa especificando los concretos riesgos apreciados que ocasionaría la emisión del acuse de recibo cuyo cumplimiento se pretende excepcionar.

46. Así lo declara claramente el artículo 35.2: "Quedan expresamente excluidos de la protección prevista en esta ley aquellas personas que comuniquen o revelen: a) Informaciones contenidas en comunicaciones que hayan sido inadmitidas [...] por alguna de las causas previstas en el artículo 18.2.a)". Mandato ampliamente criticado por Cerrillo, porque esa desprotección prescrita por inadmitirse a trámite la denuncia "puede ser un claro desincentivo para comunicarse con el canal externo de información ante la duda que pueda tener la persona informante de si la información que quiera comunicar pueda ser inadmitida. En efecto, la persona informadora puede considerar que una determinada acción u omisión comunicada constituye una infracción mientras que el canal externo con carácter previo a la instrucción llegue a inadmitir la información no solo porque no sea verosímil sino sobre todo por el hecho de que los hechos relatados no sean constitutivos de alguna infracción del ordenamiento jurídico de las incluidas en el ámbito de aplicación de la ley". Por ello, "debería valorarse ampliar la protección de las personas informadoras frente a represalias que puedan producirse por el hecho de haberse comunicado con el canal externo de información a pesar de que la información se haya inadmitido" (Cerrillo i Martínez, 2023: 168).

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

tiva únicamente permite o habilita a los Estados a establecer la inadmisión ante ciertas circunstancias, esto es, admite —cierto es— la inadmisión a trámite de las denuncias externas, pero con carácter excepcional y solo en los supuestos habilitantes y tasados previstos al efecto en su artículo 11[47].

El primer supuesto está previsto en su apartado 3: "Los Estados miembros podrán disponer que las autoridades competentes, tras examinar debidamente el asunto, puedan decidir que la infracción denunciada es manifiestamente menor y no requiere más seguimiento con arreglo a la presente Directiva, que no sea el archivo del procedimiento"[48]. Así pues, solo cuando la infracción normativa tenga esa indubitada falta de gravedad podrá la autoridad administrativa acordar el archivo de la denuncia sin practicar las actuaciones instructoras o "de seguimiento" contempladas en la norma, calificación jurídica de "manifiestamente menor" o "leve infracción normativa" que necesariamente deberá identificar y determinar el legislador nacional cuando tipifique en su ordenamiento interno esta causa de archivo de la denuncia externa[49], tipificación, por cierto, ausente en la ley española.

Y el segundo (y último supuesto) habilitante está establecido en el artículo 11.4, que contiene otra enigmática aparente causa de inadmisión: "Los Estados miembros también podrán disponer que las autoridades competentes puedan decidir archivar el procedimiento por lo que respecta a denuncias reiteradas que no contengan información nueva y significativa sobre infracciones en comparación con una denuncia anterior respecto de la cual han concluido los correspondientes procedimientos, a menos que se den nuevas circunstancias de hecho o de Derecho que justifiquen un segui-

47. Naturalmente, el artículo 11.3 y 4 impone en ambas causas de inadmisión el deber de las autoridades competentes de notificar al denunciante su decisión de archivo y la motivación de la misma.

48. Aunque no es propiamente una causa de archivo, sí ofrece interés, por su proximidad con esta causa prevista en el artículo 11.3, el supuesto establecido en el artículo 11.5, en cuanto habilita a los Estados miembros a que dispongan que, "en caso de que haya un elevado número de denuncias, las autoridades competentes puedan seguir prioritariamente las denuncias de infracciones graves o de infracciones de disposiciones esenciales que entren dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva", eso sí, debiendo respetar el plazo máximo de tres meses (o seis) que impone sin reservas la Directiva.

49. No obstante, lo que el precepto añade a continuación no ofrece sino dudas interpretativas: "Lo anterior no afectará a otras obligaciones o procedimientos aplicables para tratar la infracción denunciada, ni a la protección prevista por la presente Directiva en relación con la denuncia interna o externa". Porque, por un lado, dudosamente podrá admitirse el archivo de la denuncia externa por ser la infracción "manifiestamente menor", y a su vez admitirse que esa misma infracción pueda ser "tratada" en otros "procedimientos", salvo que esté pensando el legislador comunitario en los canales o procedimientos meramente internos de la entidad denunciada, en su caso; y más que dudas presenta el segundo inciso, por cuanto el régimen protector del denunciante presupone la admisión a trámite de la denuncia externa presentada, además del cumplimiento de otros requisitos, por lo que el archivo de la denuncia por ser infracción menor impediría otorgar el específico régimen de amparo al denunciante previsto en la Directiva.

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

miento distinto". La Ley 2/2023 sí asume este supuesto de inadmisión, en los términos que se expondrán.

Lo sorprendente, sin embargo, es la introducción *ex novo* de otros supuestos de archivo de las denuncias no previstos en la Directiva. Eso sí, las causas de inadmisión a trámite están tasadas en el artículo 18.2 de la Ley 2/2023, causas que, dados la finalidad del procedimiento iniciado con la denuncia, el fin mismo de la ley (y la Directiva) y el principio *pro actione*, deben ser interpretadas restrictivamente, constituyendo supuestos excepcionales cuya apreciación por la autoridad administrativa[50] le obliga a dictar acuerdo de inadmisión en el plazo máximo de 10 días hábiles desde la fecha de entrada de la denuncia en el registro (artículo 18.2) y no desde la emisión (o su notificación al denunciante) del acuse de recibo.

En primer lugar, el artículo 18 de la Ley 2/2023 tipifica dos concretas causas de inadmisión a trámite por referirse a supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la ley (y, en consecuencia, falta de competencia de la Autoridad Independiente de Protección del Denunciante), siendo así el acuerdo administrativo de inadmisión un acto administrativo reglado. Así, por un lado, la primera causa de inadmisión, que está prevista en el artículo 18.1 (y en el artículo 18.2.a] 2.º) y que, en principio, es la que presenta menos dudas interpretativas, es la referida a los hechos no incluidos *stricto sensu* en el ámbito de aplicación de esta ley, ya sea por constituir incumplimientos normativos no referentes a las materias de la Directiva contempladas en el artículo 2.1.a) de la Ley 2/2023, o ya sea por ser calificables de infracciones administrativas (referentes o no a esas materias de origen comunitario) de carácter leve y, por tanto, excluidas expresamente del ámbito de aplicación de la ley por su artículo 2.1.b)[51].

Es necesario subrayar que esta es la causa de inadmisión que debe examinarse —y, en su caso, declararse— en primer término por parte de la autoridad administrativa, con prioridad absoluta sobre cualquier otra causa de inadmisión que pudiera indiciariamente apreciarse en la denuncia presentada. Lo prescribe el artículo 18 cuando impone esa comprobación nada más "registrada la información" (apartado 1), siendo el único "análisis preliminar" que ha de practicar la Autoridad Independiente de Protección del Informante previamente a la admisión (o inadmisión) declarada por las causas establecidas en el propio precepto (apartado 2).

50. Como seguidamente se constatará al examinar las causas legales de inadmisión, en la mayoría de los supuestos se observa una notable discrecionalidad administrativa en cuanto a su apreciación y declaración por la entidad pública.

51. Fernández Ramos (2023: 57) justifica esta exclusión porque, "en el fondo, se trataría de un elemental principio de proporcionalidad, en el sentido de reservar un dispositivo tan costoso como el ordenado para infracciones de cierta entidad".

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

De esta forma, apreciando uno u otro supuesto excluido del ámbito objetivo/material de aplicación de la ley, la autoridad administrativa está obligada a declarar la inadmisión a trámite de la denuncia o comunicación presentada (artículo 18.2.a] 2.º), debiendo, además, remitir la denuncia "a la autoridad, entidad u organismo que se considere competente para su tramitación", según dispone el artículo 18.d).

Y la segunda causa de inadmisión basada en su explícita exclusión del ámbito de aplicación de la Ley 2/2023 se refiere a la naturaleza jurídico-penal de la calificación indiciaria de los hechos que constan en la denuncia o información. En efecto, cuando la Autoridad Independiente de Protección del Denunciante aprecie que "los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito" (artículo 18.2.c), o aprecie en la información "indicios racionales de haberse obtenido mediante la comisión de un delito (artículo 18.2.a] 3.º)[52], ha de acordar la inadmisión y remitir la información al Ministerio Fiscal[53], no

52. Por tanto, *a contrario sensu*, cuando el denunciante haya obtenido toda (o parte) de la información objeto de la denuncia infringiendo el ordenamiento jurídico laboral, civil o administrativo no incurrirá en esta causa de inadmisión; es más, tendrá derecho a la protección al no estar esa contravención normativa tipificada expresamente como supuesto excluido del régimen protector en el artículo 35.2 de la Ley 2/2023. Porque como ha subrayado Sáez Lara (2021: 76), alegando especialmente el considerando 92 de la Directiva, el denunciante estará amparado no solo cuando hubiera obtenido legalmente esa información (por ejemplo, cuando revela el contenido de documentos a los que tiene derecho de acceso), sino también cuando accede contraviniendo cláusulas contractuales o de otro tipo que estipulen que dichos documentos son propiedad de la entidad; es decir, "los denunciantes deben gozar asimismo de inmunidad cuando la obtención de la información o documentos pudiera generar responsabilidades de tipo civil, administrativo o laboral, por ejemplo, cuando el denunciante hubiera obtenido la información entrando en mensajes de correo electrónico de un compañero o consultando documentos que no utiliza habitualmente en el marco de su trabajo, o fotografiando los locales de la organización, o entrando en lugares a los que no suele tener acceso", o también, por ejemplo, cuando incumple la normativa sobre los secretos comerciales o empresariales (Sáez Lara, 2021: 77-78, 80).

53. El legislador no ha tipificado debidamente esta dualidad de casos de inadmisión de relevancia penal. Porque solo incluye el supuesto de la apreciación de indicios racionales de haberse obtenido la información denunciada mediante la comisión de un delito en el listado específico de casos de inadmisión dispuesto en el artículo 18.2.a), no incluyendo, en cambio, en dicho listado el supuesto de apreciación de los hechos como indiciariamente constitutivos de delito al contemplarlo en un apartado c) diferenciado del apartado a) —específico de las causas de inadmisión— sin mencionar, además, inadmisión alguna y solo referirse a la remisión —"con carácter inmediato"— de esa información a la Fiscalía, olvidando que ese acuerdo administrativo de remisión —necesariamente motivado— presupone, congruentemente, la declaración administrativa de inadmisión a trámite de la denuncia remitida al Ministerio Fiscal. Sin perjuicio de lo anterior, se aprecia una mínima diferencia en la tipificación dispuesta del contenido mismo de esa "remisión" administrativa que ha de realizar la autoridad a la Fiscalía; mientras que cuando se declaran los hechos como indiciariamente constitutivos de delito basta con el acuerdo administrativo de remisión de la información (apartado c] del artículo 18), cuando se declara que la denuncia se ha obtenido indiciariamente mediante la comisión de un delito no basta con el acuerdo de remisión (además del expreso, específico y previo acuerdo de inadmisión a trámite), sino que es preciso también remitir una "relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito", es decir, una explícita exposición de los hechos así indiciariamente calificados por la autoridad administrativa, adicional a la denuncia presentada y remitida asimismo a Fiscalía.

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

gozando el informante de la protección prevista en la ley en aplicación del artículo 35.1.a) de la misma[54].

En todo caso, más interés presentan las demás causas de inadmisión, por cuanto presentan conceptos jurídicos indeterminados en su tipificación normativa. Así, en primer lugar, el apartado 1.º del artículo 18.2.a) dispone que debe inadmitirse la denuncia "cuando los hechos relatados carezcan de toda verosimilitud", es decir, cuando los hechos relatados en la denuncia no sean verosímiles; en otras palabras, la denuncia ha de ser veraz y no falsa.

Ahora bien, ¿cuándo es veraz la denuncia?; ¿cuándo es falsa? Lo relevante es la veracidad objetiva de la denuncia, no la veracidad subjetiva de quien la formula; esto es, lo trascendente es la veracidad de los hechos en sí mismos con independencia de que el denunciante los haya conocido previa, en su caso, una actuación contraria al ordenamiento jurídico y con independencia de sus intenciones o motivaciones[55].

Pero, además, no siempre que en la denuncia consten hechos inciertos se tratará de una denuncia falsa o con los hechos tergiversados, o meramente inverosímil. El legislador, con buen criterio, diferencia la veracidad de la información y la veracidad del denunciante. Pese a referirse hechos no ciertos en la denuncia, el denunciante —que podrá ser de buena fe o no[56] según su *animus* subjetivo frente al denunciado— que la haya formulado convencido de la veracidad de los hechos[57] tiene el derecho a la tramitación de la mis-

54. Crítico con esta exclusión del régimen protector se ha manifestado Pérez Monguió (2023: 254-255): "Por tanto, no me resulta incompatible la protección prevista por la Ley 2/2023 con las responsabilidades penales que se pudieran derivar por la comisión de un delito por parte del mismo para la obtención de la información. De hecho, la Directiva en ningún momento manifiesta que en estos casos el informante no será protegido, ni siquiera que no se admitirá la denuncia, […]".

55. La Directiva es explícita, al disponer su considerando 32 que "los motivos de los denunciantes al denunciar deben ser irrelevantes para determinar si esas personas deben recibir protección". Por ello, como afirma Garrido Juncal (2019: 138), "lo que cuenta a la postre es comprender que el rechazo se dirige sobre todo hacia las denuncias falsas y no contra aquellos que obran de manera convincente, aunque actúen impulsados por la aversión que sienten hacia la persona a la que va dirigida la denuncia". Asimismo, más recientemente lo ha subrayado Fernández Ramos (2023: 82), al afirmar que "se reconoce, así, que un empleado actúa en beneficio del interés público si comunica sospechas razonables, aunque su motivación personal pudiera ser maliciosa", siendo en este sentido un denunciante de mala fe en su *animus* subjetivo (dañar al denunciado), si bien de buena fe en su *animus* objetivo (cese de los hechos denunciados que estima ciertos).

56. Una buena fe que parece que se debe presumir, puesto que "quien alegue que la comunicación hubiera sido realizada a sabiendas de que los hechos son falsos o con voluntad de revelar información sensible que pudiera perjudicar a la organización o a terceros, será quién deba acreditarlo" (García Moreno, 2020: 202).

57. Esta relación entre buena fe y veracidad ha sido explicitada ampliamente por Pérez Monguió (2023: 243-246, 253). Ahora bien, la Ley 2/2023 no menciona la exigencia de buena fe

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

ma, aunque se haya equivocado en la apreciación y formulación de dichos hechos[58]; es decir, el error del denunciante en el relato de los hechos denunciados incluyendo hechos inciertos no constituye falsedad y, por tanto, no es una denuncia falsa; y por ello, a este denunciante podrá serle otorgado el estatuto protector previsto en la norma[59], como expresamente dispone el artículo 35.1.a) de la Ley 2/2023 —de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.1.a) de la Directiva—, cuando tenga "motivos razonables para pensar que la información referida es veraz en el momento de la comunicación o revelación, aun cuando no aporten pruebas concluyentes"[60], remitiendo la norma, pues, a un necesario "juicio de razonabilidad" (Pérez Monguió, 2023: 242-243)[61], como ya apuntara indiciariamente García Moreno (2020: 77-78), y que, según Fernández Ramos (2023: 80), excluiría del régimen protector al informante "que razonablemente debiera haber sabido que la información era errónea".

en su articulado, por lo que "no se puede hablar de buena fe como una exigencia adicional a la creencia en la existencia razonable, en el sentido de plausible, de que la información objeto de comunicación es fundamentalmente cierta" (Fernández Ramos, 2023: 80), y tampoco debe incurrirse en "confusión entre buena fe y motivación, con la consecuencia de que los posibles informantes puedan creer que el objeto principal de atención sea el motivo para denunciar más que una evaluación adecuada de la sustancia de la información" (Fernández Ramos, 2023: 82).

58. Se asume así lo dispuesto en el artículo 6.1.a) de la Directiva cuando se refiere a los denunciantes "que actuaran con la debida diligencia y tuvieran motivos razonables para inferir que la información comunicada mediante la denuncia era veraz en el momento de la formulación de la misma, aun cuando hubieran cometido un error en la apreciación de los hechos constitutivos de fraude, corrupción y conflicto de intereses".

59. Lo han subrayado también Sierra Rodríguez (2020a: 8) y, más recientemente, Pérez Monguió (2023: 240-245, 252).

60. Adviértase, no obstante, que la propia Directiva, en su artículo 5.2, referido a la información objeto de la denuncia, se refiere no a esos "motivos razonables" del denunciante en la veracidad de los hechos informados, como requieren el artículo 6.1.a) de la misma norma y el artículo 35.1.a) de la Ley 2/2023 para otorgar el régimen protector, sino a una meras "sospechas razonables" sobre infracciones normativas ("reales o potenciales, que se hayan producido o que muy probablemente puedan producirse […]"). Es decir, el legislador comunitario ya prevé una cierta diferenciación en ese juicio de razonabilidad del denunciante: un menor grado de convicción, bastando las "sospechas razonables", en la veracidad de los hechos denunciados para la admisibilidad de la denuncia, y, en cambio, un mayor grado de convicción al requerir una motivación o justificación razonable en la veracidad de la información denunciada para proteger al denunciante. En distinto sentido parece pronunciarse Sáez Lara (2021: 73), al afirmar que "el denunciante protegido por la Directiva puede no tener pruebas concluyentes sobre la infracción denunciada y aportar solo razonables sospechas, tal y como se deduce del concepto de denuncia del art. 5 y, con mayor concreción, establece el citado art. 6".

61. "Lo determinante es la creencia o el pensamiento por parte de la persona que proporciona la información de que aquella es veraz amparándose en motivos razonables —concepto jurídico indeterminado por excelencia. Una creencia que requiere de un juicio de razonabilidad, […] Una 'razonabilidad' que conlleva que el informante deba tener conocimiento de los hechos —lo que excluye meros rumores— que deben poder generar, cuanto menos, la creencia de una conducta irregular. La información, cualquiera sea su forma o su contenido, que induce a pensar de forma razonable sobre la veracidad de la misma, debe ir referida a un momento temporal que se concreta en el instante en el que se produce la comunicación o revelación […]".

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

Por el contrario, cuando la autoridad administrativa aprecia no solo "falta de veracidad" en el relato denunciado (hechos inciertos), sino, sobre todo, falta de veracidad *del denunciante* en su relato, la denuncia podrá ser calificada de falsa o simulada y, consecuentemente, carecer el denunciante de derecho alguno a las medidas garantistas por represalias de cualquier tipo. Es en este supuesto —cuando el denunciante ha "tergiversado" los hechos que constan en la denuncia— cuando la Autoridad Independiente de Protección del Denunciante debe inadmitir a trámite la denuncia, excluyendo todo amparo por denunciar. Es más, la denuncia falsa no solo impedirá la concesión de las medidas protectoras previstas en la Ley 2/2023, sino que podría ser constitutiva de ilícitos penales, laborales, civiles o/y administrativos, en su caso[62], debiendo, por tanto, ejercerse las acciones legales correspondientes contra este denunciante.

Distinta es la causa de inadmisión prevista en el apartado 3.º del artículo 18.2.a): "cuando la denuncia carezca manifiestamente de fundamento", esto es, una denuncia manifiestamente infundada. Ahora bien, ¿qué es una denuncia infundada como causa propia de inadmisión?; ¿cuándo carece manifiestamente de fundamento?; ¿fundamento fáctico o fundamento jurídico?

En primer término, no se trata de la denuncia que comunica hechos no ciertos, falsos o tergiversados (denuncia falsa), porque, como ya hemos explicitado, está específicamente tipificada como causa autónoma de inadmisión en el apartado 1.º del artículo 18.2.a). En segundo lugar, tampoco puede equipararse con la denuncia que informe de hechos relatados que no sean constitutivos de infracción del ordenamiento jurídico incluida en el ámbito de aplicación de esta ley, porque, como asimismo vimos, también ya está prevista como causa específica de inadmisión en el apartado 2.º del artículo 18.2.a). Y en tercer término, una denuncia manifiestamente infundada tampoco podrá ser la denuncia que comunique hechos que, ciertos o no, hayan sido conocidos mediante delito, porque igualmente está prevista como causa de inadmisión en el apartado 3.º del mismo artículo 18.2.a).

Por todo lo anterior, parece que la denuncia carente "manifiestamente de fundamento" no podrá ser sino la denuncia que o bien carezca manifiestamente de fundamento racional en el relato de los hechos (hechos absurdos, totalmente increíbles o mezcla de realidad y ficción/imaginación…), o

62. Adviértase, no obstante, que esta denuncia falsa no constituye la infracción muy grave dispuesta en el artículo 63.1.f.) de la ley, al limitarse este tipo infractor a la llamada "revelación pública" definida en el artículo 27, formulada "a sabiendas de su falsedad", y no a la falsa denuncia externa.

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

bien se refiera a hechos que manifiestamente no constituyeran vulneración alguna del ordenamiento jurídico.

Por último, no menos llamativa es la causa de inadmisión tipificada en el apartado 4.º del artículo 18.2.a), establecida, eso sí, al amparo de la expresa previsión contenida en el artículo 11.4 de la Directiva, cuyo contenido ha asumido el legislador español sin reservas, disponiendo la inadmisión "cuando la comunicación no contenga información nueva y significativa sobre infracciones en comparación con una comunicación anterior respecto de la cual han concluido los correspondientes procedimientos"; porque la delimitación de este concepto jurídico indeterminado que constituye el presupuesto habilitante de la inadmisión a trámite —y, por tanto, el acceso a la tutela dispensada por la Directiva y la Ley 2/2023— no ofrece sino dificultades *ab initio*, pues ¿cuándo una información es significativa a efectos de justificar el archivo mismo de la información sin investigar su contenido?[63]

Y más aún, el mismo precepto legal admite que, pese a no ofrecer la denuncia información nueva o significativa o no haber concluido el procedimiento de una denuncia anterior "similar", pueda admitirse a trámite la denuncia cuando "se den nuevas circunstancias de hecho o de Derecho que justifiquen un seguimiento distinto". No se trata ya de meros conceptos jurídicos indeterminados constitutivos del presupuesto de inadmisibilidad, sino del reconocimiento de una notoria potestad administrativa discrecional cuyo ejercicio, aun concurriendo este supuesto legal de inadmisión, determine la admisión —motivada naturalmente (*ex* artículo 35.1.i] de la LPAC)— a trámite de la denuncia.

3.2. La instrucción y los derechos procedimentales

Notificado el acuerdo de (in)admisión a trámite (acto administrativo de trámite "cualificado": *ex* artículo 112.1 de la LPAC) al informante "dentro de los cinco días hábiles siguientes, salvo que la denuncia fuera anónima o el de-

63. Y no menos dudas presenta el otro elemento constitutivo del supuesto de inadmisibilidad, esto es, el precedente necesario de una previa "comunicación" respecto de la que la actual denuncia externa no presenta "información nueva y significativa", una anterior información que necesariamente ha debido ser objeto de un procedimiento que haya concluido. Porque ¿a qué procedimiento se está refiriendo la norma?; ¿al procedimiento del canal externo solamente?; o, por el contrario, ¿también podrá ser un procedimiento de gestión del canal interno de la entidad afectada por la denuncia externa ahora presentada? La naturaleza misma de las causas de inadmisión y su inherente interpretación restrictiva en los términos anteriormente explicitados demandan la interpretación estricta, referida, pues, únicamente al procedimiento del canal externo.

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

nunciante hubiera renunciado a recibir comunicaciones de la Autoridad Independiente de Protección del Denunciante" (artículo 18.2.a] y b] de la Ley 2/2023), comienza la fase instructora del procedimiento, que "comprenderá todas aquellas actuaciones encaminadas a comprobar la verosimilitud de los hechos relatados", según dispone el artículo 19.1.

Precisamente por esta declaración explícita relativa al fin mismo de la instrucción, sorprende que la regulación dispuesta al efecto en el artículo 19 esté centrada no tanto en el informante, sino prioritariamente en el denunciado (y en menor medida, en terceros ajenos al procedimiento)[64], en cuanto que no reconoce al denunciante los derechos procedimentales inherentes a la condición de interesado que, sin embargo, prevé el artículo 53 de la LPAC; así expresamente lo dispone en el artículo 20.5, al declarar que "la presentación de una comunicación por el informante no le confiere, por si sola, la condición de interesado". De esta forma, el legislador español le niega este estatuto jurídico-administrativo en el procedimiento de investigación iniciado con la denuncia (no se inicia de oficio, pues hay un trámite de admisión de la denuncia), pese a la evidente afectación de las medidas administrativas adoptables en el seno de este procedimiento de denuncia: las medidas protectoras del informante frente a las probables represalias que sufra por denunciar.

Es cierto que el artículo 21 de la Ley 2/2023 —como ya se previera en el artículo 17 ya visto— reconoce ciertos derechos al denunciante[65], pero la mayoría son derechos estrictamente formales del acto de denuncia o de la mera comunicación con la autoridad administrativa, y no derechos propiamente ejercitables durante la instrucción del procedimiento[66]. Es cierto también que el artículo 21 le reconoce dos derechos propios de los interesados; por un lado, el derecho que enuncia el apartado 5.º parece que implica el típico derecho

64. Es cierto que la Ley 2/2023 comienza diseñando el procedimiento de investigación pensando esencialmente, acorde con los fines subyacentes en la Directiva, en el denunciante; y así configura la iniciación *stricto sensu* procedimental consagrando la libertad de formas de la denuncia y admitiendo la denuncia anónima, en los términos ya examinados. No obstante, a continuación el legislador español empieza un cierto "cambio de rumbo" en relación con el "destinatario principal" del procedimiento, desplazándose hacia el denunciado cuando, recelando del denunciante, tipifica no pocas causas de inadmisión con un notable contenido de conceptos jurídicos indeterminados en sus hechos habilitantes y una cierta discrecionalidad administrativa en su apreciación por la autoridad independiente, como hemos visto.

65. Por otra parte, el legislador recuerda que el informante tiene los derechos que le confiere la legislación de protección de datos de carácter personal.

66. Así, relevantemente, el derecho a la denuncia anónima (si no es anónima, tiene el derecho a la reserva de su identidad, sin que sea revelada a terceras personas), el derecho a la denuncia verbal o escrita, el derecho a elegir el lugar/medio de notificación administrativa (domicilio, correo electrónico o "lugar seguro"), el derecho a renunciar a recibir comunicaciones de la autoridad administrativa...

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

de alegaciones: el derecho "a comparecer ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante", incluso con la asistencia de abogado, comparecencia que podrá efectuar por videoconferencia (si garantiza su identidad y la seguridad y fidelidad de la comunicación), según dispone el apartado 6.º; y por otro lado, el apartado 8.º le reconoce el derecho a "conocer el estado de la tramitación de su denuncia y los resultados de la investigación".

Pero ni el artículo 19 ni el artículo 21 le reconocen otros derechos procedimentales típicos del interesado: derecho de acceder al procedimiento y obtener copias de los documentos obrantes, derecho de prueba (proponer prueba, participar en práctica de pruebas…), derecho de recurso contra la resolución…

En cambio, el artículo 19 sí dispone ciertos derechos del denunciado, derechos claramente de parte interesada en el procedimiento: 1) derecho a ser notificado de una "noticia" de la denuncia, así como de los hechos relatados de manera sucinta, sin incluir la identidad del denunciante (apartado 2)[67], no teniendo, pues, derecho de acceso a la denuncia; 2) derecho a formular alegaciones por escrito y oralmente, puesto que el apartado 3 le reconoce el derecho a una entrevista "siempre que sea posible", en la que "se le invitará a exponer su versión de los hechos"; 3) derecho a "aportar aquellos medios de prueba que considere adecuados y pertinentes" (apartado 3); 4) derecho de acceso al expediente —aunque sin acceder a información que pudiera identificar a la persona denunciante—, "pudiendo ser oída en cualquier momento" (apartado 3), consagrando así un cierto principio de acceso permanente y derecho de alegaciones; 5) derecho a la asistencia de abogado (apartado 3).

Pero lo más sorprendente es el reconocimiento al denunciado de ciertos derechos que dispone el artículo 39 de la Ley 2/2023, titulado curiosamente: "Medidas para la protección de las personas afectadas": "Durante la tramitación del expediente las personas afectadas por la comunicación tendrán derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y al derecho de acceso al expediente en los términos regulados en esta ley, así como a la misma protección establecida para los informantes, preservándose su identidad y garantizándose la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento".

Ciertamente, los primeros dos derechos del denunciado que enuncia el precepto están reconocidos como derechos fundamentales en el artículo

67. Pero la notificación de esta información podrá efectuarse en el trámite de audiencia si se considerara que su aportación con anterioridad pudiera facilitar la ocultación, destrucción o alteración de las pruebas.

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

24.2 de la Constitución, y por ello han sido explícitamente reconocidos en la LPAC, en su artículo 53.2, como derechos específicos del presunto responsable en los "procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora", disponiendo en su apartado a) ciertos derechos instrumentales inherentes al derecho de defensa (a ser informado de la acusación administrativa, a formular alegaciones y presentar o instar las pruebas procedentes, "a no declarar contra sí mismo") y en su apartado b) el derecho a la presunción de inocencia.

Sucede, sin embargo, que el procedimiento iniciado por la denuncia no es un procedimiento de naturaleza sancionadora[68], sino de naturaleza investigadora, no teniendo en este procedimiento esos derechos fundamentales la funcionalidad que los caracteriza y los justifica *per se* en el seno de los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora; y más aún tratándose de un procedimiento de investigación en el que no existe un acto administrativo imputando una indiciaria infracción administrativa al denunciado-investigado[69] por la comisión de los hechos denunciados[70], y cuando, además, la Administración pública investigadora (la llamada Autoridad Independiente de Protección del Informante o autoridades autonómicas equivalentes: artículo 24.2 de la Ley 2/2023) competente para adoptar las medidas de protección *stricto sensu* conforme dispone el artículo 43 de dicha ley no podrá incoar procedimiento administrativo alguno contra el investigado por esos hechos, al tener únicamente la competencia para ejercer la potestad sancionadora en relación con las infracciones específicamente tipificadas en el artículo 63 de la Ley 2/2023, esto es, únicamente las constitutivas de acciones u omisiones relativas, directa o indirectamente, a las represalias y a la protección del informante, y no infracciones referentes a los hechos objeto de la denuncia[71].

68. Lo subrayó específicamente Rebollo Puig (2013), refiriéndose a los inspeccionados: "En concreto, no tienen todavía derecho de defensa de manera que no pueden hacer aún alegaciones ni proponer prueba; menos todavía son de aplicación las reglas y derechos de un procedimiento sancionador, […]". En sentido contrario se ha pronunciado recientemente Amenós Álamo (2022: 323).

69. Gosálbez Pequeño (2023: 309-310).

70. No se entiende, pues, la mención a la presunción de inocencia del artículo 19.3, cuando reconoce el derecho del denunciado a una entrevista "con la persona afectada en la que, siempre con absoluto respeto a la presunción de inocencia, […]"; y tampoco el deber administrativo establecido por el legislador de "advertirle" de "la posibilidad de comparecer asistida de abogado", todo ello "a fin de garantizar el derecho de defensa de la persona afectada", salvo que el legislador esté infiriendo un novedoso y singular procedimiento investigador con *animus puniendi* o un implícito procedimiento de actuación previa al procedimiento sancionador que, en su caso, incoara la Administración pública competente con indicios de una "imputación inminente".

71. Lo más sorprendente es que la Directiva no contempla un precepto similar, habiendo incurrido el legislador estatal en una errónea interpretación de la norma comunitaria objeto de la transposición en la Ley 2/2023. El artículo 22.1 de la Directiva dispone lo siguiente: "Los Estados

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

Ahora bien, si bien es cierto que el investigado o denunciado no tiene el derecho de defensa típico y propio frente al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sí tiene el derecho "de defensa" propio del procedimiento administrativo, esto es, el derecho de alegaciones y de audiencia inherente al principio contradictorio. Expresamente lo reconoce el artículo 19.2 de la Ley 2/2023 al disponerlo así: "Se garantizará que la persona afectada por la información tenga noticia de la misma, así como de los hechos relatados de manera sucinta. Adicionalmente se le informará del derecho que tiene a presentar alegaciones[72] por escrito [...]"[73]. Por ello, solo como un *derecho de contradicción* procedimental ha de interpretarse el impropiamente llamado "derecho de defensa" en el artículo 37[74].

3.3. Terminación

Concluida la instrucción del procedimiento, la autoridad administrativa debe emitir un "informe" con el siguiente contenido mínimo preceptivo dispuesto en el artículo 20.1: una exposición de los "hechos relatados", unos datos identificativos del procedimiento (código de identificación de la comunicación, fecha de registro y clasificación de la comunicación "a efectos de conocer su prioridad o no en su tramitación"), las actuaciones realizadas con el fin de comprobar la verosimilitud de los hechos, la valoración de las diligencias practicadas y "las conclusiones alcanzadas en la instrucción". Parece, por tanto, que este informe no es tanto un informe administrativo, sino, sobre todo, una propuesta de resolución que emite el órgano instructor, propuesta que en modo alguno está obligada a ser asumida por el órgano competente para resolver al no disponerse así en la ley.

En todo caso, emitido el informe, el artículo 20.2 dispone que la Autoridad Independiente de Protección del Denunciante acordará la resolución

miembros velarán, de conformidad con la Carta, por que las personas afectadas gocen plenamente de su derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, así como a la presunción de inocencia y al derecho de defensa, incluido el derecho a ser oídos y el derecho a acceder a su expediente". El precepto europeo no se refiere, pues, a procedimiento de investigación alguno.

72. Este derecho de alegaciones y de audiencia se reconoce en el artículo 19.3, junto a un derecho a la audiencia oral ("entrevista"), en la que "se le invitará a exponer su versión de los hechos y a aportar aquellos medios de prueba que considere adecuados y pertinentes"; un derecho de la persona denunciada a "ser oída en cualquier momento".

73. Obsérvese, no obstante, la prevalencia del fin investigador del procedimiento incoado por denuncia frente al principio contradictorio o "de defensa" del denunciado, puesto que el mismo precepto permite retrasar el ejercicio de ese derecho al final de la instrucción cuando así lo demandara el éxito de la investigación: "[...] No obstante, esta información podrá efectuarse en el trámite de audiencia si se considerara que su aportación con anterioridad pudiera facilitar la ocultación, destrucción o alteración de las pruebas".

74. Así lo califica también la ley en el artículo 19.3, aunque de su contenido se infiere nítidamente su naturaleza de derecho de contradicción, y no derecho fundamental de defensa.

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

del procedimiento[75] en un plazo máximo de tres meses desde la entrada de la denuncia en el registro (artículo 20.3)[76]. Ahora bien, ¿qué sucede si vence este plazo sin haberse dictado la resolución expresa? La Ley 2/2023 no dispone nada al efecto.

Así pues, podría postularse que el efecto sería la caducidad del expediente aplicando el artículo 25.1.b) de la LPAC, en cuanto que se trata de un procedimiento de investigación en el que la autoridad administrativa tiene atribuidas potestades inspectoras —y, por tanto, potestades de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen a los interesados en ese procedimiento—, como se infiere de lo dispuesto en la propia Ley 2/2023, en concreto en su artículo 19.4[77] y más claramente en su artículo 19.5 ("Todas las personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, deberán colaborar con las autoridades competentes y estarán obligadas a atender los requerimientos que se les dirijan para aportar documentación, datos o cualquier información relacionada con los procedimientos que se estén tramitando, incluso los datos personales que le fueran requeridos").

Pero esta interpretación presenta ciertas dudas, por cuanto el procedimiento administrativo de la denuncia externa no parece ser un procedimiento iniciado de oficio, sino más bien un procedimiento iniciado mediante el acto de la denuncia (un acto del administrado, pues), aunque la

75. El apartado e) del artículo 11.2 de la Directiva prescribe que la autoridad debe comunicar al denunciante "el resultado final de toda investigación desencadenada por la denuncia, de conformidad con los procedimientos previstos en el Derecho nacional". Por ello, la resolución administrativa dictada por la Autoridad Independiente de Protección del Denunciante será notificada al informante —salvo que haya renunciado a las comunicaciones o que la denuncia sea anónima (artículo 20.3)— "y, en su caso, a la persona afectada" (artículo 20.2). Pero esta última prescripción normativa plantea ciertos interrogantes; en primer término, ¿a qué casos se está refiriendo el legislador estableciendo el deber de notificar también al denunciado o "persona afectada?; y en segundo término, obsérvese que esta extensión del ámbito subjetivo de los destinatarios de la debida notificación de la resolución solo se establece por el legislador cuando la resolución acuerda el archivo del expediente (apartado a] del artículo 20.2), y no "cualquiera que sea la decisión" finalizadora del procedimiento (artículo 20.3), olvidando que el denunciado es parte interesada en el procedimiento de la denuncia externa —como así implícitamente lo reconoce el mismo legislador, al atribuirle derechos procedimentales propios del interesado en el artículo 19, como vimos— y, por tanto, tiene el derecho a ser notificado de todas las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses legítimos conforme dispone el artículo 40.1 de la LPAC.

76. El artículo 11.2 de la Directiva señala que la autoridad competente de cada Estado miembro debe no solo realizar "diligentemente" el seguimiento de la denuncia externa, sino también dar "respuesta al denunciante en un plazo razonable, no superior a tres meses", si bien permite un plazo de hasta seis meses "en casos debidamente justificados".

77. "Los funcionarios de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. que desarrollen actividades de investigación tendrán la consideración de agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones [...]".

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

denuncia deba admitirse a trámite por la autoridad administrativa en los términos ya examinados.

Por consiguiente, si fuera un procedimiento iniciado "a solicitud del administrado", el efecto de la falta de resolución en plazo sería el silencio administrativo aplicando el artículo 24.1 de la LPAC. Ahora bien, entonces, ¿cuál es la pretensión del denunciante a efectos del contenido inherente al silencio administrativo producido? Y en el supuesto de apreciarse una cierta pretensión del informante —expresa o, en su caso, implícita— en el acto de la denuncia, ¿qué efectos tendría sobre ella el vencimiento de ese plazo máximo de resolución sin haberse dictado (y notificado) la resolución expresa?; ¿efectos estimatorios o desestimatorios?

Es cierto que el denunciante podrá haberse limitado a describir unos hechos que, a su juicio, estimase de competencia de la Autoridad Independiente de Protección del Denunciante, en cuyo caso sería dudosa la aplicación de la institución del silencio administrativo al no apreciarse pretensión alguna del informante susceptible de ser "(des)estimada".

Pero si el denunciante hubiera formulado alguna pretensión concreta en la denuncia, la autoridad administrativa está obligada a pronunciarse expresamente (y motivadamente) sobre la pretensión, estimándola o desestimándola, en virtud del principio de congruencia previsto con carácter general en el artículo 88.2 de la LPAC y del deber general de resolución expresa establecido en el artículo 21.1 de la LPAC, pudiendo entonces aplicarse el silencio administrativo, con sentido estimatorio o positivo de conformidad con la regla general establecida en el artículo 24.1 de la LPAC[78].

En todo caso, el artículo 20.2 se refiere a las distintas "decisiones" que podría adoptar la Autoridad Independiente de Protección del Informante,

78. Así, por ejemplo, el denunciante podrá haber solicitado una o varias de las siguientes pretensiones: a) la investigación de los hechos denunciados, siendo, por tanto, el objeto del silencio administrativo positivo la adopción de las actuaciones administrativas de investigación precisas conforme a los hechos relatados por el informante y, en particular, el deber del instructor de practicar "todas aquellas actuaciones encaminadas a comprobar la verosimilitud de los hechos relatados" (artículo 19.1 de la Ley 2/2023); b) el cese de la comisión de los hechos denunciados y, en su caso, la adopción de otras medidas de restauración de la legalidad infringida; c) las medidas de protección ante el riesgo de represalias por denunciar que se prevén en los artículos 37.1 y 38.1 y 2; d) la nulidad de los actos adoptados con el fin de impedir o dificultar la presentación de la denuncia, así como los que constituyan represalia o causen discriminación por haberla presentado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.5; e) la reparación e indemnización de daños y perjuicios sufridos por la represalia practicada (*ex* artículo 36.5); y f) la imposición de sanciones al denunciado, en cuyo caso el objeto del silencio positivo sería el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador o disciplinario por la autoridad competente en cada caso.

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

no limitándose, pues, a los contenidos resolutorios antes indicados. En efecto, por un lado, si la autoridad ha apreciado la verosimilitud de los hechos denunciados, así lo declarará en el acuerdo resolutorio y de archivo del expediente, que, además, podrá incluir, en su caso, el siguiente contenido adicional: 1.- la adopción de medidas de protección del denunciante (apartado a) cuando concurran las condiciones dispuestas en el artículo 35.1 y se aprecie riesgo de las represalias prohibidas en el artículo 36, medidas de amparo enunciadas ejemplificativamente en el artículo 37 que, por cierto, podrían también haber sido adoptadas en el curso del procedimiento como medida cautelar, bien sea de oficio o a petición del denunciante[79]; 2.- el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador contra el denunciado (y en su caso, otros sujetos afectados por los hechos denunciados) cuando la autoridad haya apreciado hechos constitutivos de infracciones tipificadas en el título IX de la Ley 2/2023 (apartado d); 3.- remisión de todo el expediente a la autoridad administrativa competente (apartado c) si tardíamente ha apreciado su incompetencia para tramitar y resolver la denuncia[80] o si aprecia indiciariamente infracción administrativa no tipificada en el título IX y, por tanto, excluida de su competencia sancionadora[81]; o "Remisión al Ministerio Fiscal si, pese a no apreciar inicialmente indicios de que los hechos pudieran revestir el carácter de delito, así resultase del curso de la instrucción" (apartado b).

4. Bibliografía

Amenós Álamo, J. (2022). El procedimiento de investigación e inspección de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción. En F. A. Castillo Blanco, S. E. Castillo Ramos-Bossini, S. Fernández Ramos y J. M.ª Pérez Monguió (dirs.). *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad* (pp. 309-340). Sevilla: IAAP.

Benítez Palma, E. (2018). El control externo y el *whistleblowing* (canales de denuncia). *Revista Española de Control Externo*, 59, 11-42.

79. Además, el apartado a) añade que el informante no tendrá derecho a la protección prevista en la ley cuando, "como consecuencia de las actuaciones llevadas a cabo en fase de instrucción, se concluyera que la información a la vista de la información recabada, debía haber sido inadmitida por concurrir alguna de las causas previstas en el artículo 18.2.a)".

80. Si lo apreciara al inicio del procedimiento, la Autoridad Independiente de Protección del Informante debe inadmitir a trámite la denuncia y remitir la información, conforme dispone el artículo 18.2) antes analizado.

81. En este segundo supuesto se constata que lo declarado en el informe del instructor sobre los "hechos probados" —y lo declarado en la misma resolución final de la autoridad independiente— no vincula a la Administración competente para investigar y, en su caso, sancionar esos hechos indiciariamente constitutivos de infracción administrativa no sancionable por la A.A.I.

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

Bueno Sánchez, J. M. (2021). Oportunidad legal y necesidad democrática de crear una Autoridad Administrativa Independiente de lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante. *Revista de Administración Pública*, 217, 209-240.

Capdeferro Villagrasa, O. (2023). Capítulo III. Los sistemas internos de información. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 99-149). Madrid: Bosch.

Caro Catalán, J. (2021). La Directiva "Whistleblowing": Aspectos clave de su transposición al ordenamiento jurídico español. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 7 (3), 2155-2200.

Cerrillo i Martínez, A. (2023). Capítulo IV. Canal externo de información. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 151-173). Madrid: Bosch.

Coello Martín, C. (2023). Capítulo IV. Ámbito de aplicación personal de la Ley 2/2023, de 20 de febrero: el concepto de informante. En C. Aymerich Cano y M. Parajó Calvo (dirs.). *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

Fernández Ramos, S. (2023). Capítulo II. Ámbito de aplicación. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 43-98). Madrid: Bosch.

García Moreno, B. (2020). *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Garrido Juncal, A. (2019). La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA). Nueva Época*, 12, 126-151.

Gosálbez Pequeño, H. (2022). El Estatuto del Denunciante de la Corrupción Administrativa. En F. A. Castillo Blanco, S. E. Castillo Ramos-Bossini, S. Fernández Ramos y J. M.ª Pérez Monguió (dirs.). *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad* (pp. 341-366). Sevilla: IAAP.

— (2023). Capítulo VIII. La protección del denunciado. El denunciante infractor arrepentido. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 305-320). Madrid: Bosch.

Jiménez Franco, E. A. (2022). Prospectiva administrativa y la futura Ley de protección de los informantes. En Z. Sánchez Sánchez (dir.). *Regulación con prospectiva de futuro y de consenso. Gobernanza anticipatoria y prospectiva administrativa* (pp. 215-242). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

— (2023). Capítulo IX. La nueva autoridad independiente de protección del informante. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 321-388). Madrid: Bosch.

Parajó Calvo, M. (2022). Análisis del proyecto de ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. *Documentación Administrativa*, 9, 44-74.

Pérez Monguió, J. M.ª (2019). La irrupción del estatuto del denunciante: un instrumento del buen gobierno para la lucha contra la corrupción. En F. A. Castillo Blanco (coord.). *Compliance e integridad en el sector público* (pp. 83-111). Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2023). Capítulo VII. La protección del informante como piedra angular del sistema del *whistleblower*. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 227-304). Madrid: Bosch.

Piñar Mañas, J. L. (2020). La transposición de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión. *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2019*, 101-129.

Rebollo Puig, M. (2013). La actividad inspectora. En J. J. Díez Sánchez (coord.). *Función inspectora. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013, pp. 55-115). Madrid: INAP.

Rodríguez-Medel Nieto, C. (2019). La protección de los informantes –*whistleblowers*– y las garantías de los investigados. Análisis de la propuesta de directiva de la Unión Europea y en España de la proposición

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

de ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes. *Revista de Estudios Europeos*, 1, 225-245.

Sáez Lara, C. (2020). *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*. Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2021). Denuncia de irregularidades y secreto empresarial. *Documentación Laboral*, 124, 69-82.

Sierra Rodríguez, J. (2020a). Anonimato y apertura de los canales de denuncia de la corrupción. *Revista General de Derecho Administrativo*, 55, 1-41.

— (2020b). Impulso europeo al "whistleblowing" y las autoridades de integridad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, 64-85.

Tardío Pato, J. A. (2023). Capítulo I. Antecedentes, tramitación de la ley, finalidad y reparto competencial. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 21-41). Madrid: Bosch.

Medidas de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas[1]

Andrea Garrido Juncal
Profesora contratada doctora de Derecho Administrativo.
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO. 1. Introducción. 2. ¿Qué condiciones debe reunir la información que traslada el denunciante para que este sea merecedor de protección? 2.1. Ámbito material de aplicación de la Ley 2/2023. *2.1.1. Ámbito material de aplicación delimitado por la Directiva 2019/1937. 2.1.2. Ámbito material de aplicación por elección del legislador español*. 2.2. Información veraz en lo sustancial y valiosa para quien la recibe. **3. ¿De qué modo se protege? y ¿a quién se protege?** 3.1. Conceptualización de las represalias a efectos de su interdicción. 3.2. La declaración de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que tengan por objeto impedir o dificultar la presentación de comunicaciones y revelaciones. 3.3. La adopción de medidas provisionales. 3.4. La información, el asesoramiento y el apoyo económico y psicológico. 3.5. La admisión de las denuncias anónimas. **4. Los derechos de las personas afectadas por la denuncia como contrapunto a las medidas de protección del denunciante. 5. ¿A qué órgano se le atribuye la responsabilidad de proteger al denunciante? 6. ¿A partir de qué momento y hasta cuándo el denunciante podrá beneficiarse de esa protección? 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.**

1. El presente estudio se ha elaborado en el marco del Proyecto (PID2022-137826NB-I00), *Datos personales e información en la Era Digital: Desafíos en su obtención y uso en los procesos judiciales y en los procedimientos sancionadores* (DATER).

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

1. Introducción

El cometido del trabajo es tratar las medidas de protección que se prevén en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (Ley 2/2023, en adelante). El artículo 1 de este texto legal declara, en su primer apartado, que la finalidad de la norma es "otorgar una protección adecuada frente a las represalias que puedan sufrir aquellos que informen sobre infracciones normativas".

Con el ánimo de constatar si efectivamente el legislador ha logrado su propósito, entendemos que lo correcto es plantearse una serie de preguntas.

1) ¿Qué condiciones debe reunir la información que traslada el denunciante para que este sea merecedor de protección?

2) ¿De qué modo se protege al denunciante? Y ¿se protege a alguien más que a aquel que comunica o revela la información?

3) ¿A qué órgano se le atribuye la responsabilidad de proteger al denunciante?

4) ¿A partir de qué momento y hasta cuándo el denunciante podría beneficiarse de esa protección?

A nuestro juicio, la contestación a todos estos interrogantes es la que nos permitirá saber si, en efecto, la aprobación de la Ley 2/2023 resultará útil en la lucha contra la corrupción; otro objetivo que se persigue con la entrada en vigor de esta norma y que además se desea visibilizar con su mención en el propio título de la ley.

2. ¿Qué condiciones debe reunir la información que traslada el denunciante para que este sea merecedor de protección?

Tras una lectura íntegra, cabal y detenida tanto 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 (Directiva 2019/1937, en adelante) como de la Ley 2/2023, consideramos que el derecho a la protección queda supeditado básicamente al cumplimiento de dos requisitos: a) Es necesario que la información comunicada entre dentro del ámbito material de aplicación de la Ley 2/2023, y b) también es imprescindible que los hechos relatados sean veraces en lo sustancial, así como que la información puesta en conocimiento sea valiosa para quien la recibe.

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

Somos conscientes de que la enumeración de estos dos requisitos, sobre todo el segundo, no se recoge tal cual en el artículo 35 ni en ningún precepto de la Ley 2/2023. De todos modos, a continuación, se demostrará cómo la decisión de proteger o no a aquel que comunica la comisión de una infracción normativa depende principalmente de que concurran estas dos condiciones.

2.1. Ámbito material de aplicación de la Ley 2/2023

Respecto a la primera condición, no hay ninguna duda; el artículo 35 de la Ley 2/2023 establece que las personas tendrán derecho a la protección siempre que la información proporcionada entre dentro del ámbito de aplicación de la ley.

La Ley 2/2023 presenta un doble ámbito material de aplicación: por un lado, plasma el ámbito material obligado a incorporar por la Directiva 2019/1937 en el derecho español, y, por otro lado, añade un ámbito adicional por decisión del legislador estatal; acción que, por cierto, ha sido valorada positivamente por el Consejo de Estado. En el Dictamen 1361/2022, sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone 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, el supremo órgano consultivo del Gobierno señala que esta extensión de la protección de los informantes más allá del ámbito estrictamente previsto por la normativa europea, así como su acotación al perímetro de las acciones u omisiones tipificadas como infracción penal o administrativa grave o muy grave, cumple mejor con las exigencias del principio de seguridad jurídica.

2.1.1. Ámbito material de aplicación delimitado por la Directiva 2019/1937

Para la delimitación del ámbito material de aplicación impuesto por la Unión Europea, nos tenemos que remitir al artículo 2, al anexo 1 (que tiene una extensión de 10 hojas) y al considerando 19.

El resultado final es un ámbito material de notable amplitud, que se intenta acotar con la incorporación de una lista de actos normativos de la Unión en el anexo 1, pero, según el considerando 19, no podemos olvidar que se trata simplemente de "una referencia dinámica". Es decir, si un acto de la

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

Unión que figura en el anexo ha sido modificado o se modifica, la remisión se hace al acto modificado; si un acto de la Unión que figura en el anexo ha sido sustituido o se sustituye, la remisión se hace al nuevo acto. En consecuencia, estamos ante un ámbito de aplicación amplio y contingente, cuya correcta identificación exige una formación continua en derecho. Como ha puesto de relieve Fernández Ramos (2023), buena parte de las normas contenidas en el anexo son directivas, que requieren de transposición en el ordenamiento nacional (en nuestro caso, a veces normas estatales y otras autonómicas, en función de la materia).

Para una mayor seguridad jurídica, la Directiva debió obligar a los Estados miembros a publicar una relación actualizada de las normas de transposición y aplicación de los actos relacionados en el anexo de la Directiva. No se ha hecho, aunque nada impide a las autoridades españolas hacer lo propio, como ha sucedido en Italia (Fernández Ramos, 2023: 11). En esta misma línea, para Sierra-Rodríguez (2023: 76), sería deseable que las autoridades que gestionan los canales incluyeran de manera generalizada y con cierto grado de detalle información sobre el tipo de infracciones asociadas a su sector de actividad y el régimen jurídico específico aplicable.

2.1.2. Ámbito material de aplicación por elección del legislador español

Como se apuntó al inicio, el Consejo de Estado ha aplaudido que el legislador español haya optado por ampliar la protección de los informantes más allá del ámbito estrictamente previsto por la normativa europea.

En concreto, el artículo 2.1 de la Ley 2/2023 declara que se protegerá a las personas que informen: "Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave. En todo caso, se entenderán comprendidas todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social" (apartado b).

Respecto al apartado reproducido, debemos apuntar que la decisión de limitar la protección a aquellos que informen sobre infracciones administrativas graves y muy graves y delitos podría estar justificada, dado que los recursos son limitados y, por tanto, conviene fijar unos criterios de prioridad. Ahora bien, esto comporta varios problemas en la práctica.

El primero de ellos, apuntado por Fernández Ramos (2023: 19), es que no se ha tenido en cuenta que existen leyes de importancia capital para la gestión pública que carecen de un catálogo de infracciones y sanciones. Por

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

ejemplo, en uno de los ámbitos más propensos a la lucha contra la corrupción, como es la contratación pública, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público no contiene un catálogo de infracciones administrativas, por lo que los incumplimientos legales que no estén cubiertos por el derecho de la Unión (esto es, los contratos no armonizados de poderes adjudicadores y todos los contratos de entidades que carecen de la condición de poder no adjudicador) solo podrán ser comunicados si es posible subsumirlos en los tipos genéricos del Código Penal, lo cual es mucho inferir (por ejemplo, el incumplimiento de la prohibición de fraccionamiento del objeto, ¿es en todo caso constitutivo de prevaricación?).

Otro obstáculo evidente es que el catálogo de infracciones administrativas no siempre está bien definido, por lo que no es extraño que la trascendencia de los hechos se descubra una vez iniciada la investigación. En el preámbulo de la Ley 2/2023 se justifica la exclusión de las infracciones leves del siguiente modo: "Se ha considerado necesario, por tanto, ampliar el ámbito material de la Directiva a las infracciones del ordenamiento nacional, pero limitado a las penales y a las administrativas graves o muy graves para permitir que tanto los canales internos de información como los externos puedan concentrar su actividad investigadora en las vulneraciones que se considera que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad". Con ocasión de la celebración de la Jornada sobre la Ley de protección al denunciante, organizada por la Fundación Democracia y Gobierno Local y la Diputación de Barcelona, Cano Campos (2023: 205) fue muy crítico con este razonamiento, pues, por un lado, algunas conductas que son catalogadas como leves por las normas son, en realidad, más graves que las catalogadas como graves y muy graves, y, por otro, un examen de la legislación sectorial dictada por las comunidades autónomas demuestra la existencia de discordancias; es decir, lo que en una comunidad autónoma constituye infracción leve, en otra comunidad autónoma puede considerarse infracción grave. En suma, la gravedad y la peligrosidad de los hechos no siempre van acompañadas de su catalogación como infracción grave o infracción muy grave.

A mayor abundamiento, al acotar las denuncias a "las acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave" se deja fuera un sinfín de conductas habituales, como pueden ser el incumplimiento de los códigos éticos de las organizaciones u otros comportamientos vinculados con el abuso de poder. Por lo demás, creemos que estas limitaciones van en sentido contrario a lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aspira o promueve. En la sentencia dictada el 14 de febrero de 2023, en el asunto Halet contra

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

Luxemburgo (en la que se trata el equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión —establecido en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos— y los deberes legales y estatutarios de secreto profesional en un contexto empresarial), aunque se afirma que se aplican los criterios de la Sentencia Guja c. Moldavia, lo cierto es que se amplía la noción de "interés público" que debe asociarse a la información divulgada para poder beneficiarse de la condición de denunciante. Lo anterior implica conferir una protección a quien revele una conducta ilícita, una irregularidad sin ser ilegal e información que dé lugar a un debate; pero con ese resultado final no estuvieron de acuerdo los magistrados Ravarani, Mourou-Vikström, Chanturia y Sabato, quienes manifestaron su opinión disidente, adjuntando su voto a la sentencia. A juicio de estos magistrados, la protección que se concede a los denunciantes es muy poderosa y, por lo tanto, es esencial que el reconocimiento de la condición de denunciante esté rodeado de una gran cautela y obedezca a criterios muy bien definidos y nunca excesivamente vagos.

Asimismo, es pertinente recordar que el artículo 2 de la Ley 2/2023 deja desprovistas de cualquier protección a las informaciones que afecten a la información clasificada, y que la Ley 2/2023 no afectará al secreto profesional de los profesionales de la medicina y de la abogacía, al deber de confidencialidad de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el ámbito de sus actuaciones, o al secreto de las deliberaciones judiciales (apartado 4 del artículo 2). No se aplicarán tampoco las previsiones de esta ley a las informaciones relativas a infracciones en la tramitación de procedimientos de contratación que contengan información clasificada o que hayan sido declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado (apartado 5 del artículo 2 de la Ley 2/2023).

La exclusión de la protección en todos los casos citados en el artículo 2 de la Ley 2/2023 surge, al final, de la necesidad de hacer compatibles otros derechos e intereses públicos. En la normativa de transparencia y acceso a la información pública se prevén también límites, los cuales no operan de forma automática a favor de la denegación. Así las cosas, podría plantearse la posibilidad de articular alguna fórmula (como la realización del test del daño), de manera que se reclamara un esfuerzo suplementario de fundamentación cuando se pretendiera denegar la protección al amparo de los apartados 4 y 5 del artículo 2 de la Ley 2/2023.

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

Una vez interiorizado que necesitamos que la información comunicada entre dentro del ámbito material de aplicación de la Ley 2/2023 para que el denunciante sea protegido, es el turno de adentrarnos en el segundo requisito.

2.2. Información veraz en lo sustancial y valiosa para quien la recibe

Con carácter previo, insistimos, una vez más, en que esta condición no se recoge tal cual en la norma, sino que a esta conclusión hemos llegado a partir de una visión conjunta de los requerimientos especificados en la Ley 2/2023.

Desde nuestro punto de vista, al legislador solo le interesa proteger a aquel denunciante que sea una fuente valiosa de información. Y la prueba más palpable de ello la hallamos en los artículos 36 y 18 de la Ley 2/2023, que excluyen de cualquier protección a las personas que:

a) comuniquen conflictos interpersonales,

b) trasladen informaciones que ya estén completamente disponibles para el público o que constituyan meros rumores,

c) presenten una comunicación que no contenga información nueva y significativa sobre infracciones en comparación con una comunicación anterior,

d) realicen denuncias que carezcan manifiestamente de fundamento.

Aunque la Unión Europea y el legislador español muestran una clara preferencia por los canales internos, la protección se dispensa con independencia del cauce utilizado; siendo, eso sí, más restrictivos en el supuesto de que el denunciante opte por la revelación pública. Al final, la situación individual de cada caso determinará la ruta más adecuada.

Por tanto, nos reafirmamos en que al legislador le preocupa especialmente el mensaje, pasando a un segundo plano el canal por el que se transmite y el propio emisor, cuya identidad puede incluso desconocerse al admitirse las denuncias anónimas. Esto lleva inevitablemente a Míguez Macho (2023) a la siguiente reflexión: ¿Cómo sabemos entonces si se respeta el artículo 3 relativo al ámbito personal de aplicación de la ley? En base a esa conjunción de factores (accesibilidad desde fuera y anonimato), Sierra-Rodríguez (2023: 79) advierte que se pueden formular denuncias por cualquier persona siempre que se mantenga en el anonimato, porque si se revelara su identidad no podrá aco-

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

gerse a las protecciones, pues quedaría patente que no se encuentra dentro del ámbito de aplicación personal del artículo 3 de la ley.

En otro orden de consideraciones, el legislador supedita la protección siempre a que el denunciante "tenga motivos razonables para pensar que la información referida es veraz" (artículo 35 de la Ley 2/2023). Y en el 3.er apartado del preámbulo se declara: "La buena fe, la conciencia honesta de que se han producido o pueden producirse hechos graves perjudiciales constituye un requisito indispensable para la protección del informante. Esa buena fe es la expresión de su comportamiento cívico y se contrapone a otras actuaciones que, por el contrario, resulta indispensable excluir de la protección, tales como la remisión de informaciones falsas o tergiversadas, así como aquellas que se han obtenido de manera ilícita".

Al hilo de lo recogido en el preámbulo, cabe recalcar que las motivaciones del denunciante son irrelevantes y que no existe un único tipo o modelo de denunciante[2], por lo que una discusión que, a lo mejor, habría que entablar, en el momento en el que se desarrolle reglamentariamente esta ley, sería la de preguntarse si sería correcto que todas las personas que formulasen una denuncia recibieran el mismo tratamiento legal o, por el contrario, habría que establecer diferenciaciones. El legislador estatal no lo ha hecho; en cambio, algunas legislaciones autonómicas sí que han introducido ligeras matizaciones o variaciones en esta línea. A título ejemplificativo, el legislador andaluz, en el artículo 37.4 de la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante, señala: "Cuando la denuncia proporcionara información falsa, tergiversada u obtenida de manera ilícita, las personas denunciantes indicadas en el artículo 35 solo gozarán de los derechos previstos en el apartado 1, párrafos a) y b), y asimismo no podrán solicitar las medidas de protección establecidas en el artículo 38 que pudieran corresponderles. No obstante, las personas denunciantes indicadas en el artículo 35 gozarán de todos los derechos previstos en el apartado 1 y podrán solicitar las medidas de protección establecidas en el artículo 38 que pudieran corresponderles, siempre que actuaran con la debida diligencia y tuvieran motivos razonables para inferir que la información comunicada mediante la denuncia era veraz en el momento de la formulación de la misma, aun cuando hubieran cometido un error en la apreciación de los hechos constitutivos de fraude, corrupción y conflicto de intereses".

2. En este sentido, podríamos diferenciar, al menos, tres escenarios; un primero en el que aquel que denuncia es un mero testigo de una infracción; un segundo en el que el denunciante es además víctima del acto denunciado; y un tercero en el que el denunciante no solo tiene conocimiento de la infracción normativa, sino que también ha participado en la acción de infringir la norma. En el tercer supuesto, se podría valorar si la participación es activa o pasiva, indirecta o directa, etc.

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

Si partimos del preámbulo de la Ley 2/2023, uno podría interpretar que el legislador desea proteger exclusivamente al denunciante que actúa conforme a los principios de honradez e integridad; sin embargo, nada más lejos de la realidad, pues la Ley 2/2023 prevé la posibilidad de eximir o atenuar las sanciones cuando el denunciante infractor colabore; otro detalle que refuerza nuestro convencimiento de que al legislador lo único que le importa es el mensaje y que la información sea veraz y valiosa.

Cuando el legislador hace un llamamiento a la buena fe, a la conciencia honesta, al comportamiento cívico, etc., lo que quiere expresar es su rechazo a las denuncias falsas y a la información obtenida de manera ilícita, dos delitos del Código Penal que no pueden pasar desapercibidos para el sujeto que tenga conocimiento de ellos. Esto tiene su traducción en una causa de inadmisión del artículo 18 (apartado 3), en el que se establece: "Cuando, a juicio de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., existan indicios racionales de haber obtenido la información mediante la comisión de un delito. En este último caso, además de la inadmisión, se remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito".

Debido a que la denuncia debe estar mínimamente fundada, a que se requiere que la información sea veraz, y a que en varios preceptos se deja entrever que el informante no incurrirá en responsabilidad respecto a la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada públicamente (véanse los apartados 1, 3 y 5 del artículo 38), no sería raro que el denunciante pretendiera respaldar su relato acompañando pruebas, lo cual es muy peligroso, por dos razones:

a) La Ley 2/2023 no puede modificar el Código Penal, no es una ley orgánica. Por consiguiente, el delito de revelación de secretos del artículo 199 del Código Penal permanece intacto y vigente. La Ley 2/2023 únicamente podría tener la capacidad de matizar el deber de sigilo. Es decir, podría, por ejemplo, ayudar al empleado público que denuncia a que no se le abriera un expediente disciplinario por no garantizar la confidencialidad.

b) Si el denunciante aportara algún dato que no estuviera relacionado con la denuncia o que no fuera necesario, se le podrían exigir responsabilidades tanto penales como administrativas.

Por tanto, hay que extremar la prudencia a la hora de aportar pruebas, y, si se quiere reducir el riesgo a cero, el consejo sería denunciar anónimamente, y problema resuelto. En la medida en que no se presenten pruebas concluyentes, Jericó Ojer (2023) defiende que hacen faltan ciertos indicios (a poder

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

ser, más de uno, salvo que por su singularidad sea suficiente con solo uno) y que además sean coherentes, ya que esto permitirá reducir las posibilidades de que, por ejemplo, una mera conjetura o suposición active todo el procedimiento y afecte injustificadamente a la persona afectada por la denuncia.

3. ¿De qué modo se protege? y ¿a quién se protege?

Comenzando por la segunda pregunta, no nos queda claro a quiénes van dirigidas las medidas de protección.

Conforme al artículo 3.4 de la Ley 2/2023, las medidas de protección del informante previstas en el título VII se aplicarán también, por ejemplo, a personas físicas que estén relacionadas con el informante, personas físicas que asistan al mismo en el proceso, etc.

Por otra parte, el artículo 39 de la Ley 2/2023 declara que, durante la tramitación del expediente, las personas afectadas por la comunicación tendrán derecho a la misma protección establecida para los informantes.

Esta aplicación extensiva del título VII a otros sujetos que no sean el denunciante tambalea, sin embargo, cuando leemos los artículos que componen este título, pues en muchos de ellos se nombra solo al informante.

Advertida esta incongruencia, pasamos a exponer las medidas que se incluyen en esta parte de la ley con el objetivo de analizar su capacidad de lograr el efecto que se espera de ellas, esto es, proteger al informante de vulneraciones del ordenamiento jurídico. Asimismo, merecen notarse los derechos de las personas afectadas por la denuncia como contrapunto a las medidas de protección del denunciante, adelantado que, como ha manifestado Gosálbez Pequeño (2022: 349), sorprende que la legislación no se haya detenido más en los derechos de los denunciados frente al ejercicio de ciertos derechos del denunciante, o en la inexcusable protección del interés público subyacente en el ejercicio de las potestades administrativas previstas ante la formulación de una denuncia.

3.1. Conceptualización de las represalias a efectos de su interdicción

En primer lugar, constatamos que se recoge una conceptualización generosa de lo que es una represalia, a efectos de declarar su prohibición y su nulidad de pleno derecho.

Las medidas de represión pueden identificarse con actos u omisiones. Una represalia podría consistir en despedir al denunciante, lo cual sería fá-

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

cilmente verificable, pues se llevaría a cabo una actuación. No dirigirle la palabra al denunciante, excluirlo de reuniones, etc., son otras modalidades de represalia más difíciles de probar. Hay que recordar que, en un marco laboral, las formas de represalia pueden ser sutiles y casi invisibles, por lo que Sierra-Rodríguez (2023: 72) apuesta por adoptar medidas, tanto para prevenir este tipo de reacciones como para que cesen o se reparen las que se pudieran estar produciendo. Estando de acuerdo con lo anterior, Gosálbez Pequeño (2022: 349) se lamenta de que las agencias y oficinas antifraude, creadas para proteger al denunciante, no tengan competencias suficientes para ello. De hecho, para este autor, el legislador es perfectamente consciente del alcance de las potestades de estos organismos, y, por este motivo, contempla medidas concretas como, por ejemplo, instar a la Administración o entidad empleadora del denunciante a concederle un traslado de puesto de trabajo u otras medidas laborales protectoras; o, en el caso de que una oficina o agencia antifraude apreciara un ilícito penal, esta está obligada a instar inmediatamente el amparo de la Fiscalía y del orden jurisdiccional penal en favor del denunciante.

Se prohíben tanto las represalias como las amenazas de represalia y las tentativas de represalias. Para que se consume la amenaza de represalia sería necesario que llegara a conocimiento del amenazado; en caso contrario, se estaría realizando en grado de tentativa.

Las represalias pueden ser directas o indirectas, lo que justifica que los sujetos que se protejan no solo sean los denunciantes. En la represalia directa, la persona afectada es el denunciante. En la represalia indirecta, las personas que la sufren no son el denunciante. La Ley 2/2023 restringe los sujetos que se podrían beneficiar de protección (artículo 3.4).

Las represalias pueden adoptar múltiples formas. Tanto la Directiva 2019/1937 como la Ley 2/2003 aportan ejemplos sin ánimo exhaustivo. No se trata de listas cerradas. Los ejemplos de represalias incluidos en la Directiva 2019/1937 no son iguales a los que se citan en la Ley 2/2023; cuestión en la que han influido, en parte, las consideraciones del Consejo General del Poder Judicial[3]. No obstante, las precisiones introducidas como consecuencia de la emisión de este informe no tienen mayor trascendencia, pues insistimos en que es un listado orientativo.

3. Informe sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone 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 Derecho de la Unión (aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 26 de mayo de 2022, p. 118).

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

Directiva 2019/1937	Ley 2/2023
a) Suspensión, despido, destitución o medidas equivalentes. b) Degradación o denegación de ascensos. c) Cambio de puesto de trabajo, cambio de ubicación del lugar de trabajo, reducción salarial o cambio del horario de trabajo. d) Denegación de formación. e) Evaluación o referencias negativas con respecto a sus resultados laborales. f) Imposición de cualquier medida disciplinaria, amonestación u otra sanción, incluidas las sanciones pecuniarias. g) Coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo. h) Discriminación, o trato desfavorable o injusto. i) No conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido. j) No renovación o terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal. k) Daños, incluidos a su reputación, en especial en los medios sociales, o pérdidas económicas, incluida la pérdida de negocio y de ingresos. l) Inclusión en listas negras sobre la base de un acuerdo sectorial, informal o formal, que pueda implicar que en el futuro la persona no vaya a encontrar empleo en dicho sector. m) Terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios. n) Anulación de una licencia o permiso. o) Referencias médicas o psiquiátricas.	a) Suspensión del contrato de trabajo, despido o extinción de la relación laboral o estatutaria, incluyendo la no renovación o la terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal una vez superado el período de prueba, o terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios, imposición de cualquier medida disciplinaria, degradación o denegación de ascensos y cualquier otra modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; salvo que estas medidas se llevaran a cabo dentro del ejercicio regular del poder de dirección al amparo de la legislación laboral o reguladora del estatuto del empleado público correspondiente, por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas, y ajenas a la presentación de la comunicación. b) Daños, incluidos los de carácter reputacional, o pérdidas económicas, coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo. c) Evaluación o referencias negativas respecto al desempeño laboral o profesional. d) Inclusión en listas negras o difusión de información en un determinado ámbito sectorial, que dificulten o impidan el acceso al empleo o la contratación de obras o servicios. e) Denegación o anulación de una licencia o permiso. f) Denegación de formación. g) Discriminación, o trato desfavorable o injusto.

La Ley 2/2023, al igual que la Directiva 2019/1937, aporta ejemplos de conductas que entrarían en la categoría de represalia, aunque con el aviso de que algunas de ellas no estarían prohibidas si se llevaran a cabo dentro del ejercicio regular del poder de dirección.

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

Aquel que recurre a las represalias para doblegar la voluntad del denunciante no alega, como es normal, que su comportamiento persigue esta finalidad. El superior jerárquico no impone una medida disciplinaria y expresa que esa sanción disciplinaria está ligada a la denuncia. Conscientes de la dificultad de probar el vínculo entre la represalia y la presentación de la denuncia, la Directiva 2019/1937 y la Ley 2/2023 apuestan por dar una vuelta de tuerca a las relaciones de empleador y trabajador, al atribuir la carga de la prueba a la persona que haya adoptado la represalia, quien deberá demostrar que no estaba vinculada de modo alguno a la denuncia o la revelación pública. Sin embargo, esta inversión de la carga de la prueba no conlleva ninguna ventaja para el empleado público al que abren un procedimiento disciplinario, pues la Administración ya tiene la obligación de recabar pruebas para determinar las responsabilidades susceptibles de sanción (artículo 34 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado).

3.2. La declaración de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que tengan por objeto impedir o dificultar la presentación de comunicaciones y revelaciones

La segunda medida de protección que se anuncia en la Ley 2/2023 consiste en declarar nulos de pleno derecho los actos administrativos que tengan por objeto impedir o dificultar la presentación de comunicaciones y revelaciones.

Salvando las distancias que se dan en muchos sentidos, la incorporación de este supuesto de nulidad nos recuerda al delito de obstrucción de la justicia del artículo 464 del Código Penal[4]; como puntualiza la STS 449/2022, de 10 de febrero de 2022 (fundamento de derecho único)[5], este delito queda fuera del radio de acción de los procesos administrativos o de otra índole.

4. El artículo 464 del Código Penal declara:
"1. El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses. Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior.
2. Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos".
5. Roj: STS 449/2022 - ECLI:ES:TS:2022:449.

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

En la citada sentencia se relata que Mateo formula una denuncia contra Jacinto en la comisaría de los Mossos d'Esquadra. Esa misma tarde Jacinto agrede a Mateo, diciéndole: "Si no me quitas la denuncia todos los días habrá esto". Posteriormente, mientras Mateo habla con los agentes policiales, Jacinto vuelve a amenazarle. En el fundamento de derecho único de la sentencia analizada se aclara que las conductas previstas en el artículo 464 del Código Penal abarcan al denunciante tanto en un procedimiento judicial como en las actuaciones preparatorias, como son las tramitadas ante la autoridad policial con ocasión de la comunicación de la *notitia criminis*. Esas diligencias policiales están abocadas a ser remitidas a la Autoridad judicial. La STS 1651/2001, de 25 de septiembre, argumenta que el Código Penal habla de denunciante sin distinguir, ni mucho menos exigir, que la denuncia sea ante el juzgado o que ya se le haya traspasado. Denunciante lo es quien denuncia en alguna de las formas previstas en los artículos 259, 262, 264 y siguientes de la LECrim. También quien lo hace ante la Policía, que, además, actuará como Policía Judicial (artículos 282 y siguientes de la LECrim). La STS 58/2015, de 10 de febrero, reitera esa exégesis en relación esta vez con el tipo del párrafo segundo: "La jurisprudencia, como en otros casos, ha entendido que la referencia al procedimiento judicial incluye su antecedente más ordinario, que son las diligencias policiales (STS n.º 1224/1999, de 27 julio, y STS n.º 2004/2000, de 21 diciembre)". Por todo ello, la STS 449/2022, de 10 de febrero de 2022, concluye: "Milita en favor de esa doctrina consolidada no solo la lógica (las diligencias policiales en las que se denuncian hechos constitutivos de delito a persona o personas determinadas están abocadas a la inminente incoación de un procedimiento judicial del que puede considerarse su preludio), sino también una interpretación finalística o teleológica: se abriría un flanco de desprotección no tolerable. En verdad era deseable una redacción más precisa; pero la dicción del precepto (artículo 464 del Código Penal), aclarada por la jurisprudencia, es suficiente".

Así las cosas, entendemos que el artículo 36.5 de la Ley 2/2023[6] viene, en cierto modo, a proteger al denunciante como lo hace el artículo 464 del Código Penal, aunque la efectividad de esta medida de protección es limitada, ya que nos parece un tanto descabellado que a alguien se le ocurra dictar un acto administrativo con la intención, por ejemplo, de impedir o dificultar la presentación de una denuncia (¿Declaras que un sujeto no puede presentar una denuncia? ¡Si se admiten las denuncias anónimas!).

6. Este precepto señala: "Los actos administrativos que tengan por objeto impedir o dificultar la presentación de comunicaciones y revelaciones, así como los que constituyan represalia o causen discriminación tras la presentación de aquellas al amparo de esta ley, serán nulos de pleno derecho y darán lugar, en su caso, a medidas correctoras disciplinarias o de responsabilidad, pudiendo incluir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios al perjudicado".

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

Por lo demás, los actos que tengan por objeto obstruir la presentación de denuncias podrían dar lugar al inicio de un procedimiento sancionador, sin que seamos capaces de discernir si se trataría de una infracción muy grave o grave, ya que no observamos muchas diferencias entre el artículo 63.3[7] y el 63.2[8] de la Ley 2/2023.

3.3. La adopción de medidas provisionales

Otra medida que se anuncia en el título VII, dedicado a las medidas de protección, es la posibilidad de que la Autoridad Independiente de Protección del Informante adopte, en el marco de los procedimientos que instruya, medidas provisionales en los términos del artículo 56 de la Ley 39/2015.

El objetivo de las medidas provisionales es asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, no proteger a los sujetos que se vean afectados por las represalias. Por tanto, no entendemos su referencia en el artículo 36 de la Ley 2/2023.

3.4. La información, el asesoramiento y el apoyo económico y psicológico

La información, el asesoramiento, el apoyo económico y psicológico, son cuestiones que los denunciantes de corrupción querían que sí o sí fueran consideradas en la Ley 2/2023. Sin embargo, por desgracia, el legislador estatal no ha estado atinado con la redacción del artículo 38. Tras su lectura, se abren dos incógnitas: i) ¿quién podría beneficiarse de esta información y asesoramiento?; y ii) ¿quién es el que informa y asesora?

Del tenor literal del artículo 38 de la Ley 2/2023, se deduce que solo la persona que informe o revele una infracción.

7. De acuerdo con el artículo 63.1 de la Ley 2/2023, tendrá la consideración de infracción muy grave, entre otras, "cualquier actuación que suponga una efectiva limitación de los derechos y garantías previstos en esta ley introducida a través de contratos o acuerdos a nivel individual o colectivo y en general cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de comunicaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento, incluida la aportación de información o documentación falsa por parte de los requeridos para ello" (apartado a).

8. Conforme al artículo 63.2 de la Ley 2/2023, tendrá la consideración de infracción grave, entre otras, "cualquier actuación que suponga limitación de los derechos y garantías previstos en esta ley o cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de informaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento que no tenga la consideración de infracción muy grave conforme al apartado 1" (apartado a).

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

Las personas que no estén seguras sobre cómo denunciar o si van a ser protegidas, porque no conocen el ámbito material de aplicación de la Ley 2/2023, pueden verse disuadidas de hacerlo. Por esta razón, la Unión Europea reclama que los Estados miembros faciliten información fácilmente comprensible y accesible al público en general[9].

El acceso a esta información y asesoramiento puede ayudar además a garantizar que las denuncias se realicen a través de los canales apropiados y de manera responsable, y que las infracciones se detecten en tiempo oportuno o que incluso puedan evitarse[10].

Se echa en falta también un precepto que aclare quién va a informar y asesorar. El artículo 43 de la Ley 2/2023 dispone solo que, para el cumplimiento de sus fines, la Autoridad Independiente de Protección del Informante tendrá la función de la "adopción de las medidas de protección al informante previstas en su ámbito de competencias, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41" (apartado 2).

En cuanto al apoyo financiero y psicológico, el apartado d) del artículo 37 ha generado un aluvión de críticas, pues su acceso se ha configurado como excepcional.

De acuerdo con el apartado d) del artículo 37.1 de la Ley 2/2023, los denunciantes accederán al "apoyo financiero y psicológico, de forma excepcional, si así lo decidiese la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. tras la valoración de las circunstancias derivadas de la presentación de la comunicación". Es evidente que esta medida debe ser objeto de desarrollo reglamentario (¿de dónde va a salir ese dinero?, ¿en qué supuestos excepcionales se va a entregar?, etc.) El problema está en la disposición final décima, que habilita al Gobierno para dictar cuantas disposiciones reglamentarias sean precisas para el desarrollo y la ejecución de esta ley, pero sin establecer ningún plazo.

Desde la Agencia Valenciana Antifraude han observado cómo numerosos denunciantes se han visto obligados a requerir tratamiento psicológico, derivado de las difíciles situaciones vividas como consecuencia de la interposición de la denuncia. Esta presión en el ámbito profesional (situaciones de hostigamiento laboral, entre ellas el *mobbing*) que viven los denunciantes protegidos trasciende, en la mayoría de los casos, al

9. Considerando 59 de la Directiva 2019/1937.
10. Considerando 89 de la Directiva 2019/1937.

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

ámbito personal y familiar, afectando a las distintas áreas de su vida privada (núcleos familiares, amistades, etc.). Siendo conscientes de que los profesionales de la Psicología son los únicos que pueden valorar y definir estas consecuencias psicológicas, delimitar la gravedad de su situación e indicar la guía y los medios con los que deben contar para atender y asistir correctamente a los denunciantes, la Agencia Valenciana Antifraude convocó una consulta preliminar de mercado, previa al procedimiento de contratación de un servicio de asistencia y atención psicológica[11]. En la resolución, por la que se convoca una consulta preliminar de mercado, se especifica que este servicio se ofrecerá de forma excepcional, y como servicio supletorio a la falta de cobertura o hasta la cobertura por el Sistema Valenciano de Salud de la designación de un facultativo especialista para la prestación del servicio de atención especializada recogido en la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana. En todo caso, se comenta también que la prestación del servicio de asistencia y atención psicológica que ofrezca la Agencia Valenciana Antifraude quedará condicionada al futuro desarrollo reglamentario del artículo 37.1, letra d), de la Ley 2/2023.

Por último, en relación con el apoyo económico, cabe anotar que se descartó la posibilidad de que los poderes públicos otorguen recompensas pecuniarias a denunciantes si su información resultara útil y eficaz. En otros países, como Estados Unidos, esta remuneración monetaria no genera mayores inquietudes legales o morales. Sin embargo, en España creo que no se ha explorado esta vía para: i) huir de la invención de denuncias por parte de algunos informantes, quienes recurrirían a los canales con fines lucrativos; ii) impedir que el criterio de convicción razonable de la veracidad de la información pudiera verse enturbiado y que, en ningún caso, se pudiera entrar en la valoración de las motivaciones prácticas o éticas del denunciante. Esto último sucede en las agresiones sexuales, en las que es habitual que las víctimas renuncien a la indemnización para que se las crea.

Con el fin de evitar posibles abusos, el legislador estatal rechazó, por tanto, ofrecer recompensas económicas a los que denuncian, pero sí se admiten ahora las denuncias anónimas.

11. En fecha 14 de septiembre de 2023 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público la Resolución número 744, de 30 de junio de 2023, por la que se convoca una consulta preliminar del mercado, previa al procedimiento de contratación, de un servicio de asistencia y atención psicológica para las personas denunciantes protegidas de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, dirigida a profesionales especialistas de la Psicología (Expediente 1502682J).

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

3.5. La admisión de las denuncias anónimas

Si bien la directiva de la Unión Europea no impone a los Estados miembros la obligación de aceptarlas, en la Ley 2/2023 se declara sin ambages que no hay mejor forma de proteger al que informa sobre comportamientos reprobables que garantizando su anonimato.

Ante esta decisión, que posiblemente no sea acogida con amplio beneplácito por toda la doctrina, se explica que se trata de una opción de política legislativa fruto de los modelos comparados a nivel internacional y europeo.

La Ley 2/2023 se refiere a la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, que establece en su artículo 13.2 que "cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción mencionados en la presente Convención y facilitará el acceso a dichos órganos; cuando proceda, para la denuncia, incluso anónima, de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención".

En el preámbulo de la Ley 2/2023 se justifica la decisión alegando también que la denuncia anónima no es una *rara avis* en la normativa europea, citando el artículo 5.1 del Reglamento (UE, EURATOM) n.º 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1073/1999, que dispone que "el director general podrá iniciar una investigación cuando haya sospecha suficiente, que puede también basarse en información proporcionada por una tercera parte o por información anónima, de que se ha incurrido en fraude, corrupción u otra actividad ilegal en detrimento de los intereses financieros de la Unión".

Para reafirmar la importancia de admitir las denuncias anónimas, se destaca que el antiguo órgano asesor de la Comisión Europea en materia de protección de datos, el GT29, en su Dictamen 1/2006 relativo a la "aplicación de las normas sobre protección de datos de la UE a los sistemas internos de denuncia de irregularidades en los ámbitos de la contabilidad, controles y cuestiones de auditoría, lucha contra la corrupción y delitos financieros y bancarios", establecía como regla general que el denunciante debía identificarse, pero también existía la posibilidad de recibir y tramitar denuncias anónimas en determinadas circunstancias. La apuesta por las denuncias anónimas se escuda igualmente haciendo mención al funcionamiento de

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

una herramienta de "denuncia anónima" de irregularidades para ayudar a la Comisión Europea a descubrir cárteles y otras infracciones antimonopolio, y sobre tales prácticas anticompetitivas prohibidas por la ley de competencia de la UE, que causan daños considerables a la economía europea.

Algunas comunidades autónomas han extendido su protección a las denuncias anónimas y han establecido canales para su recepción[12], mientras que otras han preferido optar por la confidencialidad[13]. Sin olvidar que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, rechaza de plano la posibilidad de las denuncias anónimas, al señalar en su artículo 62.2 que "deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan", algunos han afirmado que las disposiciones legales autonómicas que excepcionan la regla del anonimato son inconstitucionales (Doménech Pascual, 2022).

Una vez dejada constancia del posicionamiento divergente de algunos textos normativos vigentes acerca de esta cuestión, es el turno de examinar las consecuencias que acarrearía la admisión de las denuncias anónimas.

Algunas voces entienden que el anonimato no impide que otros adivinen con éxito quién presentó la denuncia. Aunque informáticamente puedan establecerse mecanismos para no localizar el IP desde el que se escribe, lo cierto es que en organizaciones pequeñas no es muy complicado intuir quién es el denunciante. Por otra parte, se considera que la aceptación de las denuncias anónimas podría alimentar el planteamiento de asuntos con

12. La Resolución de 27 de junio de 2019, del director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la que se aprueba el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de esta, en desarrollo de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, establece que se incorporan mecanismos de interacción con informantes anónimos. En particular, se indica en el artículo 35.6 de dicha Resolución que "se admiten las denuncias y comunicaciones, tanto nominales como anónimas, pudiendo realizarse con plenas garantías de anonimato mediante el buzón de denuncias electrónico disponible en la página web de la Agencia. Dicho canal de denuncias opera asimismo como oficina virtual del personal empleado público que pone en conocimiento de la Agencia las irregularidades que conozca o a las que haya tenido acceso".

13. En línea con lo dispuesto en la LPACAP, otros textos legales interceden a favor de la identificación del denunciante. Nos referimos, entre otros, al artículo 46 de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón. Este precepto declara: "No se admitirán denuncias anónimas. No obstante, la Agencia deberá establecer procedimientos y canales confidenciales para la formulación de denuncias que garanticen su estricta confidencialidad cuando el denunciante invoque la aplicación del estatuto regulado en este artículo. En particular, la Agencia creará una oficina virtual, que pondrá a disposición de los denunciantes para la presentación de denuncias y documentación asociada, así como para la comunicación con los denunciantes que así lo soliciten, de manera segura y confidencial. Dichos procedimientos y canales podrán ser también utilizados por quienes ya hubiesen actuado como denunciantes para comunicar represalias u otras actuaciones lesivas derivadas de la presentación de la denuncia".

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

malicia, así como dificultar el derecho de defensa del inculpado u obstaculizar la exigencia de responsabilidades a aquellos que presentan denuncias falsas o aportan información cometiendo un delito.

Sin embargo, algunos denunciantes podrían no encontrarse siempre en situación de expresar su nombre y apellidos, y tampoco puede ignorarse que las denuncias anónimas son, en cierto modo, una realidad en la práctica diaria. El Consejo General del Poder Judicial nos pone sobre aviso, diciendo que la denuncia anónima ya se regula en algunos ámbitos, como el de Hacienda (artículo 114 de la Ley 58/2003, General Tributaria) o el de blanqueo de capitales (artículo 26 bis 1 de la Ley 10/2010, de 28 de junio, en transposición de la Directiva 2015/849), y se admite en otros, por ejemplo a través de los buzones de denuncia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, o el propio Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, siendo especialmente necesario mencionar la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que ha reconocido y regulado, desde la perspectiva de la protección de datos, estos sistemas en su artículo 24, precepto que declara "lícita la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de derecho privado, incluso anónimamente, la comisión en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable", siempre que se cumplan los principios que el precepto establece. Por su parte, el apartado 5 de este artículo 24 se ocupa de precisar que dicho régimen legal será aplicable a "los sistemas de denuncias internas que pudieran crearse en las Administraciones públicas".

A los negacionistas de la denuncia anónima, con frecuencia se les afea el desconocimiento de las normas que incluyen la denuncia anónima entre las herramientas para la lucha contra la corrupción, o que no presten atención a las sentencias de órganos judiciales que validan la denuncia anónima como el origen de una investigación posterior (Clemente, 2022).

Procedería analizar varios pronunciamientos judiciales para comprender de forma cabal los supuestos en los que una denuncia anónima podría dar lugar a una investigación y no ser directamente archivada. De todos modos, y por motivos de espacio, nos remitimos al informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial, sin desaprovechar la oportunidad de compartir dos ideas que, a nuestro juicio, son esenciales si se desea responder a la pregunta: ¿la protección del denunciante constituye fundamento suficiente para optar por el anonimato de quien advierte de una práctica ilícita?

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

La primera: cuando la Administración se encuentre ante una denuncia anónima, no podrá, sin más, acordar en base a la misma el inicio del procedimiento. Ahora bien, nada impide que, cuando la denuncia presente ciertos signos de veracidad y credibilidad, la Administración pueda realizar una investigación mediante la realización de determinadas actuaciones previas tendentes a verificar, *prima facie*, los hechos irregulares puestos en su conocimiento. En tales situaciones, el eventual acuerdo de inicio del procedimiento no vendrá amparado o fundamentado en la denuncia anónima, sino en la información previa, que es la que verdaderamente determina el inicio del procedimiento. De esta forma, el acuerdo de inicio del procedimiento será adoptado por propia iniciativa, que es una de las modalidades de inicio de oficio de un procedimiento que se contempla en el artículo 58 de la LPACAP.

La segunda idea que merece ser compartida conecta con las dudas acerca de si el derecho de defensa de la persona afectada por la denuncia se podría ver comprometido, al enfrentarse a una investigación en la que se desconoce la identidad de quien le acusa y la procedencia de la evidencia que contra ella se aporta. A estos efectos, la respuesta es clara: si el informante no es fuente de prueba ni medio probatorio, sino medio de investigación, y, en definitiva, la información aportada de forma anónima goza de verosimilitud, siendo objeto de investigación por otras vías que, en su caso, podrán generar fuentes y medios probatorios, la denuncia anónima es admisible como *notitia criminis*.

4. Los derechos de las personas afectadas por la denuncia como contrapunto a las medidas de protección del denunciante

Como contrapunto debido a las medidas de protección de los denunciantes, el legislador dedica el artículo 39 de la Ley 2/2023 a la protección de las personas afectadas por la denuncia, señalando que "durante la tramitación del expediente las personas afectadas por la comunicación tendrán derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y al derecho de acceso al expediente en los términos regulados en esta ley, así como a la misma protección establecida para los informantes, preservándose su identidad y garantizándose la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento".

Teniendo en cuenta lo anterior, nos merece una crítica lacerante el artículo 19 de la Ley 2/2023; pues, por un lado, veta el acceso a la denuncia, teniendo el denunciante derecho solo a conocer su existencia y los hechos que se relatan en ella, pero de manera sucinta. Y, de forma paralela, se le impone el deber de colaborar aportando documentación, datos y cualquier

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

información relacionada con los procedimientos que se estén tramitando, incluso los datos personales que le fueran requeridos. ¿En dónde queda el derecho de defensa o el derecho a no autoincriminarse?

El artículo 39 de la Ley 2/2023 indica literalmente que las personas afectadas por la denuncia tendrán derecho a la misma protección que el denunciante. Para comprender mejor lo anterior, que no parece tener mucho sentido, Capdeferro Villagrasa (2023: 134) nos sugiere recurrir a la lectura de la Directiva 2019/1937. De acuerdo con el artículo 22 de la Directiva 2019/1937, referido a las medidas de protección de las personas afectadas por las denuncias, en sus apartados 2 y 3 se señala que la identidad de las personas afectadas deberá ser protegida "mientras cualquier investigación desencadenada por la denuncia o la revelación pública esté en curso", y que, en ese sentido, las normas "referidas a la protección de la identidad de los denunciantes se aplicarán también a la protección de la identidad de las personas afectadas". Según este autor, recurriendo al artículo original objeto de transposición por el artículo 39 de la Ley 2/2023, se puede establecer que, cuando se indica que se aplica al afectado por la denuncia la misma protección establecida para los informantes, únicamente se referiría a que debe tener una protección de su identidad equivalente a la que se establece para las personas informantes.

5. ¿A qué órgano se le atribuye la responsabilidad de proteger al denunciante?

Continuando con la batería de preguntas que nos proponíamos responder, ¿a qué órgano se le atribuye la responsabilidad de proteger al denunciante? Conviene consultar el artículo 41 de la Ley 2/2023, que establece: "Las medidas de apoyo previstas en el título VII serán prestadas por la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., cuando se trate de infracciones cometidas en el ámbito del sector privado y en el sector público estatal, y, en su caso, por los órganos competentes de las comunidades autónomas, respecto de las infracciones en el ámbito del sector público autonómico y local del territorio de la respectiva comunidad autónoma, así como las infracciones en el ámbito del sector privado, cuando el incumplimiento comunicado se circunscriba al ámbito territorial de la correspondiente comunidad autónoma. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de las medidas de apoyo y asistencia específicas que puedan articularse por las entidades del sector público y privado".

Nuestra misión ahora no es someter a análisis cuáles serán las funciones de la nueva Autoridad Independiente de Protección del Informante, sino

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

simplemente destacar que, sin este órgano de ámbito estatal en funcionamiento, es imposible que las comunidades autónomas valoren la suscripción de un convenio[14]; de manera que, en aquellos territorios en los que no exista una oficina antifraude, estamos desprovistos de canal externo y de figura a la que acudir para solicitar protección. Adicionalmente es importante que la creación de esta nueva Autoridad se lleve a cabo con cautela y evitando las "guerras territoriales" entre los cuerpos de control de las prácticas ilícitas. En íntima conexión con lo anterior, en la XII Reunión de la Red de Oficinas y Agencias Antifraude, celebrada los días 17 y 18 de abril de 2023 en el Parlamento de Andalucía, se constató la necesidad de establecer mecanismos de coordinación y cooperación entre las instituciones competentes en la materia.

6. ¿A partir de qué momento y hasta cuándo el denunciante podrá beneficiarse de esa protección?

Otra preocupación asociada al título VII de la Ley 2/2023 es: ¿a partir de qué momento y hasta cuándo el denunciante podrá beneficiarse de esa protección?

El artículo 36.4 de la Ley 2/2023 establece que "la persona que viera lesionados sus derechos por causa de su comunicación o revelación una vez transcurrido el plazo de dos años, podrá solicitar la protección de la autoridad competente que, excepcionalmente y de forma justificada, podrá extender el período de protección". Es decir, que la protección dura dos años, pero con causas penales que duran más de diez años este límite no tiene mucho sentido.

Consta en el expediente que esta limitación temporal es una opción de política legislativa motivada por motivos presupuestarios, pues "no se puede establecer un sistema indemnizatorio o de ayudas con carácter indefinido". No es esta, sin embargo, razón suficiente que pueda justificar válidamente la separación del texto legal de la directiva. Como detalla el Consejo de Estado, la norma europea protege, en principio, frente a todo tipo de represalias con

14. La disposición adicional segunda de la Ley 2/2023 señala:
"La Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., podrá actuar como canal externo de informaciones y como una autoridad independiente de protección de informantes para aquellas comunidades autónomas que así lo decidan y previa suscripción del correspondiente convenio en el que se estipulen las condiciones en las que la comunidad autónoma sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias.
Las ciudades con Estatuto de Autonomía podrán designar sus propios órganos independientes o bien atribuir la competencia a la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., celebrando al efecto un convenio en los términos previstos en el párrafo anterior".

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

independencia de si tienen lugar antes, durante o con posterioridad (incluso años después) al procedimiento de investigación. Debe eliminarse, por tanto, el referido inciso del artículo 36 de la Ley 2/2023. Según Jericó Ojer (2023), si el potencial informante es conocedor de que la protección, con carácter general, está limitada a dos años, esto puede suponer un claro desincentivo para lograr aquello que se pretende, esto es, favorecer la comunicación de las conductas irregulares.

El legislador estatal guarda un pasmoso silencio respecto a si los canales internos y externos podrán utilizarse también para solicitar el reconocimiento de los derechos y medidas de protección establecidos en la Ley 2/2023 (imaginamos que sí, pero no se dice nada). El legislador estatal tampoco identifica el momento concreto a partir del cual el denunciante podrá solicitar esa protección y esta concederse, ni el sentido del silencio administrativo; el sentido común y la normativa autonómica nos sugieren que desde el momento en que se acuerde el inicio del procedimiento de investigación e inspección. En definitiva, la regulación estatal es deficitaria e incompleta en algunos aspectos, siendo a veces la legislación autonómica un buen modelo a seguir[15].

El hecho de que los avances en esta materia se hayan impulsado desde las comunidades autónomas explica, entre otras cosas, que en febrero de 2023 la Comisión Europea haya alabado el trabajo no del Estado, sino de la Agencia Valenciana Antifraude. Asimismo, puede constituir una buena práctica que aquellas comunicaciones que se reciban a través de los canales de denuncias y que en realidad sean quejas por la insatisfacción sobre el funcionamiento de los servicios prestados, sugerencias para su mejora o denuncias de otros incumplimientos, reciban también el tratamiento oportuno y no caigan en el olvido. Así se ha previsto en el Plan general de preven-

15. A título ejemplificativo, interesa destacar los artículos 36 y 38 de la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante.

El artículo 36.3 de dicha ley declara: "Estos procedimientos y canales podrán también utilizarse por las personas denunciantes para solicitar, en su caso, la concesión de los derechos previstos en el artículo 37 y las medidas de protección establecidas en el artículo 38". Por otra parte, el artículo 38.1 de esta ley establece: "Las personas incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación definido en el artículo 4, apartado 1, párrafos a) y b), que tengan la condición de funcionarias y que formulen una denuncia ante la Oficina, podrán dirigirse a ésta, desde el momento en que se acuerde el inicio del procedimiento de investigación e inspección, solicitando que la citada Oficina inste del órgano competente en materia de Función Pública de la Administración de la Junta de Andalucía la concesión de un traslado provisional a otro puesto de trabajo del mismo nivel que el que ocupaban anteriormente, situado en la misma localidad o en otra limítrofe, y siempre que reúnan los requisitos exigidos para su desempeño. En el supuesto de que se concediera, se reservará a los denunciantes el puesto de trabajo de origen, cuyo nivel seguirá computándose a efectos de la consolidación del grado".

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

ción de riesgos de gestión y medidas antifraude de la Xunta de Galicia de 19 de mayo de 2023.

La Unión Europea, que acaba de publicar su *Manual de buenas prácticas contra la corrupción*, en el que analiza las iniciativas de esta naturaleza de los Estados miembros, nos avisa además de otra debilidad de España: la ausencia de una estrategia nacional. El diagnóstico de la Unión Europea es correcto. La Ley 2/2023 pospone la aprobación de una Estrategia contra la corrupción, otorgando un plazo máximo de 18 meses, y en la disposición adicional quinta parece también que ya se auguran los múltiples errores que acarreará la aplicación de esta norma, ya que se hace alusión a la necesidad de "evaluar el cumplimiento de los objetivos establecidos en la presente ley, así como las medidas que se consideren necesarias para paliar las deficiencias que se hayan encontrado en ese periodo de tiempo". Con el adelanto de las elecciones generales y las posteriores dificultades para formar Gobierno, comprobamos que la elaboración de la Estrategia contra la corrupción se demora.

7. Conclusiones

En este trabajo se pretendía dar respuesta a varias preguntas con el objetivo de saber si la Ley 2/2023 otorgaba una protección adecuada al denunciante de infracciones normativas. Hemos subrayado algunos triunfos y logros alcanzados con este nuevo marco normativo, aunque tampoco son pocos los desafíos y limitaciones que este plantea.

La mayor victoria legislativa es que se establecen unos cimientos para que la persona que quiera comunicar una infracción pueda hacerlo. Se crean los canales de denuncia, se articulan procedimientos para gestionar las informaciones que se vayan recibiendo, se designan los órganos que serán responsables de los canales, etc. Es indiscutible que el tratamiento de todas estas cuestiones es capital si aspiramos a que la sociedad se convenza de que estamos apostando por la lucha contra la corrupción, esto es, de que existe una alternativa segura al silencio. Ahora bien, si el Estado tenía alguna ambición más, como proteger al denunciante, tiene un problema.

La Ley 2/2023 incorpora preceptos que se contradicen, nos remite de manera constante a otros cuerpos normativos, etc. Técnicamente el resultado es desastroso y todo ello desvaloriza este cuerpo legal hasta el punto de que alguno se podría llegar a preguntar: ¿cuál era la intención del Estado?; ¿aprobar una norma con pretensión de estabilidad y proteger al denunciante, o evitar que la Unión Europea le sancionara por no transponer en plazo la Directiva 2019/1937?

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

En un Estado en el que el poder central convive con diecisiete comunidades autónomas, hay que añadir que es muy fácil realizar comparaciones: si algunas legislaciones autonómicas se han preocupado por precisar que el denunciante puede tener derecho a algunas medidas de protección sin la necesidad previa de reconocimiento; aclarar el sentido del silencio cuando los denunciantes solicitan ser merecedores de protección; o por reconocerles más derechos, como la concesión del traslado provisional a otro puesto de trabajo. No es muy complicado concluir que el legislador estatal podía haber hecho mucho más.

Por lo demás, la batalla por la protección del denunciante no es, sin embargo, una batalla perdida, por si sirve de consuelo. Estudiar, promover e impulsar la aplicación de buenas prácticas en este campo es la mejor forma de proteger a aquellos que informen sobre infracciones normativas y de superar todas las dudas que nos genera la entrada en vigor de la Ley 2/2023.

8. Bibliografía

Cano Campos, T. (2023). La protección al denunciante mediante sanciones. En A. Galán Galán y P. Mahillo García (dirs.). *Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.

Capdeferro Villagrasa, O. (2023). Los sistemas internos de información. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante: Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 99-149). Madrid: Bosch.

Clemente, T. (2022). Negacionistas de la denuncia anónima. *Valencia Plaza*, 27-4-2022. Disponible en: https://valenciaplaza.com/negacionistas-de-la-denuncia-anonima.

Doménech Pascual, G. (2022). Denuncias anónimas. *Valencia Plaza*, 4-4-2022. Disponible en: https://valenciaplaza.com/denuncias-anonimas.

Fernández Ramos, S. (2023). Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación. *Revista General de Derecho Administrativo*, 63, 1-31.

Gosálbez Pequeño, H. (2022). El Estatuto del Denunciante de la Corrupción Administrativa. En F. A. Castillo Blanco, S. E. Castillo Ramos-Bossini, S. Fernández Ramos y J. M.ª Pérez Monguió (dirs.). *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad* (pp. 341-366). Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.

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

Huss, O., Beke, M., Wynarski J. y Slot, B. (2023). *Handbook of good practices in the fight against corruption*. Disponible en: https://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2023/02/handbook-of-good-practices-in-the-fight-against-corruption-DR0723008ENN-2.pdf.

Jericó Ojer, L. (2023). Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 25.

Míguez Macho, L. (2023). Obligaciones para las entidades locales derivadas de la entrada en vigor de la Ley 2/2023, de protección del informante. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, 2.

Sierra-Rodríguez, J. (2023). Los sistemas internos de información en la Ley 2/2023 de protección de personas informantes: un análisis jurídico ante su inmediata exigibilidad. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 24, 70-98.

Viguri Cordero, J. A. (2023). Los retos de la protección de las personas informantes en España tras la aprobación de la Ley 2/2023: un derecho en vías de consolidación. *Revista Española de la Transparencia*, 17, 271-298. Disponible en: https://doi.org/10.51915/ret.313.

Villoria Mendieta, M. (2021). Un análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 desde la ética pública y los retos de la implementación. *Revista Española de la Transparencia*, 12, 15-24. Disponible en: https://doi.org/10.51915/ret.163.

La protección al denunciante mediante sanciones*

Tomás Cano Campos
Catedrático de Derecho Administrativo.
Consejero académico de Tornos Abogados

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Las sanciones como garantía de las políticas públicas de intervención. 3. Régimen jurídico aplicable y autoridad sancionadora competente. 4. Las infracciones. 4.1. Clasificación. 4.2. Infracciones muy graves. 4.3. Infracciones graves. 4.4. Infracciones leves. **5. Las sanciones.** 5.1. Las multas. 5.2. Las sanciones complementarias. 5.3. La publicación de algunas sanciones. **6. Los criterios de graduación de las infracciones y de las sanciones. 7. Los sujetos responsables. 8. Prescripción de las infracciones y de las sanciones. 9. Una reflexión final: el problema de la ausencia de un sistema general de sanciones. 10. Bibliografía.**

1. Introducción

En el presente trabajo realizo un análisis crítico del régimen sancionador de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, la denominada por algunos Ley de protección del denunciante, término que la norma trata de evitar y sustituir por informante, aunque finalmente se escapa en su preámbulo (hasta en cuatro ocasiones) y en algún precepto, como en su artículo 4.

* Proyecto de investigación PID2020-115714GB-100, del Ministerio de Ciencia e Innovación. Grupo de Investigación número 931089 de la Universidad Complutense de Madrid. Instituto de Derecho Europeo de Integración regional de la Universidad Complutense de Madrid (IDEIR).

El análisis del régimen sancionador de la ley irá acompañado de dos breves reflexiones generales, una inicial y otra final. El esquema que voy a seguir en la exposición de todo ello es el siguiente:

— En primer lugar, pondré de manifiesto cómo las sanciones administrativas se configuran en la ley como un mecanismo más de protección del informante (denunciante), con las cuales, por tanto, también se trata de fomentar la formulación de denuncias contra los infractores en el contexto laboral o profesional. Lo que lleva a la primera reflexión general: en este sector se demuestra una vez más que las sanciones administrativas se han convertido hoy en el refuerzo de la gestión ordinaria de la Administración, en una forma más de administrar.

— En segundo lugar, en lo que constituye el grueso del trabajo, analizaré críticamente los aspectos generales más importantes del régimen sancionador establecido en la ley. En particular, me ocuparé esencialmente de las infracciones que se tipifican, de las sanciones que por su comisión se pueden imponer, de los criterios de graduación de unas y otras, de su régimen de prescripción y, por último, de los sujetos responsables. Mi conclusión, que adelanto ya, es que se trata de un régimen sancionador deficiente, lleno de lagunas y que va a plantear muchos problemas en su aplicación.

— Por último, terminaré con una reflexión general sobre la ausencia y necesidad en nuestro ordenamiento jurídico de una ley general sobre la potestad sancionadora, y cómo esa ausencia afecta a la propia Ley de protección del denunciante.

2. Las sanciones como garantía de las políticas públicas de intervención

La Ley 2/2023, de 20 de febrero, traspone, con más de un año de retraso, 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 (Directiva de *Whistlebolwing*). La propia Directiva destaca la necesidad de las sanciones administrativas (también de las penales y civiles) para garantizar la eficacia de las normas sobre la protección de los denunciantes, así como para impedir también denuncias falsas o maliciosas, preservando de este modo la credibilidad del sistema (considerando 102). Por eso, su artículo 23 dispone que los Estados miembros establecerán sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para las personas físicas o jurídicas que impidan o traten de impedir las denuncias,

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

que adopten represalias contra los denunciantes o personas de su entorno, que promuevan procedimientos abusivos contra ellos o que incumplan el deber de mantener la confidencialidad de la identidad de los denunciantes, así como también contra quienes comuniquen o revelen información falsa a sabiendas (artículo 23).

La Ley 2/2023, en cumplimiento de ese mandato, dedica su último título, el IX, al régimen sancionador (artículos 60 a 68). Su preámbulo se limita a decir al respecto que la ley se cierra con el "régimen sancionador, necesario para combatir con eficacia aquellas actuaciones que impliquen represalias contra los informantes, así como los incumplimientos en el establecimiento de las reglas de los canales de comunicación". Las recientes SSTS 722 y 723/2023, de 29 de mayo, han destacado ya que dicha ley pretende reforzar la cultura de cumplimiento de las entidades públicas y privadas mediante la protección de los denunciantes que informen sobre infracciones cometidas en el contexto laboral o profesional. Entre las técnicas de protección del denunciante las sanciones administrativas ocupan un importante papel de refuerzo de todo el sistema, como indica la propia Directiva.

La Ley 2/2023, en efecto, demuestra una vez más cómo las sanciones administrativas se han generalizado en todos los sectores de intervención, hasta tal punto que han acabado convirtiéndose en el refuerzo de la gestión ordinaria de la Administración, en el respaldo de todas las políticas públicas de intervención (Cano Campos, 2018: 18).

La expansión se ha producido en todos los sentidos y ha sido total: cada vez hay más sectores de intervención administrativa respaldados por la amenaza de una sanción, cada vez hay más sujetos con potestad para sancionar, cada vez es mayor el abanico de los sujetos responsables, las sanciones son cada vez más graves y severas, etc. Por todo ello se ha podido afirmar que "la Administración se ha convertido en una máquina de sancionar y que la vida de los ciudadanos discurre entre denuncias, multas, recargos y recursos administrativos y jurisdiccionales" (Nieto García, 2017: 322). Además, la constante expansión del derecho administrativo sancionador no ha supuesto, en realidad, un retraimiento del derecho penal. Uno y otro continúan ensanchándose a la par, de tal modo que hoy asistimos a una inflación de normas sancionadoras de ambos tipos, porque su aprobación tranquiliza de inmediato y a bajo coste. Nuestro país presenta en esto un gran déficit, pues la eficacia de tales normas depende mucho más del control de su observancia y de su efectiva aplicación en caso de contravención que de su continuo crecimiento y extensión. Es mucho más importante aumentar la probabilidad de ser descubierto y

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

sancionado que incrementar sin sentido el número de las infracciones, los sujetos responsables y la gravedad de las sanciones.

Las sanciones administrativas se han convertido, en definitiva, en una forma más de administrar. Se administra sancionando (Huergo Lora, 2018: 27). Rara es hoy la ley que no cierra el sistema de intervención pública con un título o capítulo sobre sanciones. La Ley de protección del denunciante no es una excepción, y por eso, además, su ámbito de aplicación es muy amplio.

3. Régimen jurídico aplicable y autoridad sancionadora competente

El régimen sancionador de la ley presenta lagunas y deficiencias, como se irá viendo en este estudio. Dicho régimen se contempla en su título IX (artículos 60 a 68), que, como todos los demás títulos de la ley (salvo el VIII, relativo a la nueva Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I.), se aplica a todas las Administraciones públicas, dados los diversos títulos competenciales esgrimidos por el Estado para su aprobación (DF 8.ª).

Sin embargo, hay diversas cuestiones sobre las sanciones en otras partes diferentes de la ley. Por ejemplo, en el artículo 40, que contempla el denominado en otros ámbitos "programa de clemencia", y que se ocupa de los supuestos de exención y atenuación de las sanciones como consecuencia de la información que facilitan quienes han participado en la comisión de la infracción administrativa objeto de la información, de modo que las previsiones de dicho precepto no solo afectan al régimen sancionador específico del referido título de la ley, sino que abarca también a todas las infracciones de derecho de la Unión Europea y todos los delitos e infracciones administrativas graves y muy graves incluidos en el ámbito de aplicación material de la ley que establece su artículo 2.1 (Gosálbez Pequeño, 2023: 311).

También cabe citar los artículos 43.4 y 55, que atribuyen la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones en el sector a la nueva Autoridad Independiente de Protección del Informante; el artículo 52, que se limita a señalar que dicha Autoridad ejercerá la potestad sancionadora por la comisión de infracciones recogidas en el título IV conforme al procedimiento establecido en el mismo (aunque dicho título no establece procedimiento sancionador alguno); o, en fin, el artículo 55.h), que precisa que la competencia para dictar la resolución en los procedimientos sancionadores corresponde al presidente de la Autoridad Independiente de Protección del Informante.

El artículo 60, que abre el régimen sancionador, dispone que el ejercicio de la potestad sancionadora se llevará a cabo de conformidad con las

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

leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público (LPAC y LRJSP), las cuales, como ya he señalado en otro lugar (Cano Campos, 2018: 35-37), establecen un régimen jurídico de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas insuficiente, fragmentario y parcial. Lo que, por cierto, incide en toda la normativa sancionadora sectorial, como se podrá comprobar al final de este trabajo.

La competencia para ejercer la potestad sancionadora que contempla la ley se atribuye al titular de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (que es una de las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal de las previstas en el artículo 109 de la LRJSP) y a los órganos competentes de las comunidades autónomas, en cuyo seno ya existen algunas autoridades similares (Cerrillo i Martínez, 2023: 158) con modelos diferentes (Jiménez Franco, 2023: 343-388).

La Autoridad Independiente estatal, señala el artículo 61.2, es competente para sancionar las infracciones cometidas en el ámbito del sector público estatal, así como en el ámbito del sector privado cuando afecten a todo el territorio nacional, pero en este caso únicamente si la normativa autonómica correspondiente no ha atribuido esta competencia (en su territorio) a los organismos autonómicos correspondientes. Estos —añade el artículo 61.3— son competentes para sancionar las infracciones cometidas en el ámbito del sector público autonómico y local de la correspondiente comunidad autónoma, así como, si lo prevé la normativa autonómica correspondiente, las cometidas en el ámbito del sector privado cuando afecten únicamente a su ámbito territorial.

No hay ningún precepto de la ley que establezca el plazo máximo para resolver el procedimiento administrativo sancionador, por lo que será aplicable el plazo supletorio de tres meses previsto en el artículo 21.3 de la LPAC.

El artículo 20.4 de la ley dispone que las decisiones de la Autoridad Independiente de Protección del Informante en la gestión de la información denunciada "no serán recurribles en vía administrativa ni contencioso-administrativa, sin perjuicio del recurso administrativo o contencioso-administrativo que pudiera interponerse frente a la eventual resolución que ponga fin al procedimiento sancionador que pudiera incoarse con ocasión de los hechos relatados". Por tanto, contra la resolución sancionadora cabrá recurso potestativo de reposición ante la propia Autoridad y recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el caso de la Autoridad estatal, y ante la Sala de

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

lo Contencioso-Administrativo de los tribunales superiores de justicia, en el caso de las autoridades autonómicas (disposición final segunda de la propia ley, que modifica la letra m] del artículo 10.1 de la LJCA, introduce en ese precepto una nueva letra n] y modifica el apartado 5 de su disposición adicional cuarta para incluir a la Autoridad Independiente de Protección del Informante junto a las demás autoridades administrativas independientes estatales).

El apartado primero del artículo 61 de la ley deja a salvo las facultades disciplinarias que en el ámbito interno de cada organización correspondan a los órganos competentes. Estas sanciones, como luego precisa el artículo 67, son compatibles con las sanciones impuestas en virtud de la Ley protección del denunciante, ya que con ellas se protegen otros bienes jurídicos diferentes y, en consecuencia, su imposición conjunta no vulnera el *non bis in idem*.

4. Las infracciones

4.1. Clasificación

Las infracciones administrativas se tipifican en el artículo 63 de la ley. Como suele ser habitual en casi todas las leyes, y exige hoy de nuevo el artículo 27.1 de la LRJSP (el artículo 129.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, contenía también esa previsión, pero fue suprimida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre), las infracciones se clasifican en muy graves, graves y leves. La clasificación de las infracciones por su gravedad es relevante a efectos de la sanción a imponer, de la tramitación del procedimiento a seguir (simplificada si la sanción es leve, según dispone el artículo 96.5 de la LPAC), del plazo de prescripción, etc.

En cualquier caso, como señalo al final del trabajo, lo que debería ser objeto de clasificación según su gravedad en una ley general no son las infracciones, sino las sanciones.

La clasificación de las infracciones en la ley es una clasificación abierta. No solo porque, como suele ser habitual, establece la típica cláusula residual para las infracciones leves (son tales cualquier incumplimiento de la ley no tipificado como infracción muy grave o grave), sino porque su artículo 66 establece una serie de criterios de graduación que, paradójicamente, no solo sirven para graduar las sanciones, como hacen prácticamente todas las leyes sancionadoras sectoriales, sino también las propias infracciones, como luego veremos.

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

Las infracciones que la ley contempla pueden ser de *acción* (la adopción de represalias, la vulneración de la confidencialidad o del anonimato) y de *omisión* (el incumplimiento de la obligación de disponer de un sistema interno de información en los términos que la ley exige, o de adoptar las medidas para garantizar la confidencialidad y el secreto de las informaciones), como reconoce el propio artículo 63.1 de la ley.

Las infracciones también pueden ser *instantáneas* (comunicar o revelar públicamente información a sabiendas de su falsedad) o *permanentes* (el incumplimiento de la obligación de disponer de un sistema interno de información en los términos que la ley exige), lo que resulta relevante a efectos del comienzo del plazo de prescripción. Así, mientras que en las instantáneas el plazo comienza a computarse desde que se realiza el hecho típico, en las infracciones permanentes, como la acción u omisión crea un estado antijurídico cuya cesación depende de la voluntad de su autor, el plazo solo comienza a correr cuando cesa la situación antijurídica creada (en el ejemplo, cuando se cumpla la obligación de disponer de un sistema interno de información). A ellas se refiere, como luego veremos, el artículo 64.2 de la ley cuando habla de "infracciones derivadas de una actividad continuada".

En las infracciones de *estado* también se crea una situación antijurídica duradera, pero la consumación tiene lugar con la creación de dicho estado porque el tipo solo describe la producción de este y no su mantenimiento. El autor de la infracción se desprende de su hecho con la consumación, mientras que en las infracciones permanentes el autor omite poner término a la situación creada. Dicho de otro modo: en las infracciones permanentes se prolonga en el tiempo la acción típica, en las de estado lo que se prolonga son solo sus efectos. Por eso, en las infracciones de estado (al igual que en las instantáneas) la prescripción comienza cuando se realiza la conducta que crea el estado antijurídico.

También cabe, desde luego, que en el ámbito que estamos analizando se cometan infracciones *continuadas*, que son aquellas que consisten en una pluralidad de acciones u omisiones que infringen el mismo precepto administrativo o preceptos semejantes, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando la misma ocasión (artículo 29.6 de la LRJSP). La categoría resulta relevante para determinar el castigo a imponer y también a efectos de retroactividad y prescripción. En la infracción continuada se realizan varios comportamientos o hechos típicos que dan lugar a otras tantas infracciones (concurso real de infracciones), pero se sanciona como si solo se hubiera cometido una infracción para evitar un resultado que se considera desproporcionado en una valoración conjunta de todas las acciones realiza-

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

das. Como la infracción se entiende cometida desde el primero hasta el último acto u omisión, la normativa aplicable será la que esté vigente durante todo el tracto temporal. En cuanto a la prescripción, el plazo comienza con la consumación de la última infracción cometida.

4.2. Infracciones muy graves

El artículo 63.1 establece siete apartados con infracciones muy graves, aunque en alguno de tales apartados tipifica más de una infracción.

Lo primero que conviene destacar es que para la comisión de una infracción muy grave la ley exige la forma dolosa ("Tendrán la consideración de infracciones muy graves las siguientes acciones y omisiones dolosas"), lo que no suele ser habitual en el panorama del derecho administrativo sancionador. En el anteproyecto de ley se exigía la comisión dolosa de todas las infracciones.

El dolo, como se sabe, requiere conocimiento y voluntad del hecho típico: actúa con dolo el que sabe lo que hace y quiere hacerlo. Se distinguen hasta tres clases, aunque esto está menos presente —y estudiado— en el derecho administrativo sancionador que en el penal. El dolo directo de primer grado (o intención) se da cuando el autor persigue la realización de la infracción. En el dolo directo de segundo grado el autor no busca la realización del tipo, pero sabe y advierte como seguro que su actuación dará lugar a la infracción: no la persigue, pero se le representa como consecuencia necesaria. En el dolo eventual, sin embargo, la infracción se le representa al autor como resultado posible.

En alguna de las infracciones muy graves parece estar presente lo que los penalistas denominan un "elemento subjetivo del injusto". Así, por ejemplo, la letra f) del artículo 63.1 tipifica como infracción muy grave: "Comunicar o revelar públicamente información a sabiendas de su falsedad". Pero ese "a sabiendas", al igual que ocurre con el conocimiento de la falsedad en los denominados delitos de expresión (falso testimonio de los artículos 458 y ss., y acusación y denuncia falsa del artículo 456, ambos del Código Penal), integra el conocimiento necesario propio del dolo, pues solo comete dolosamente esa infracción quien conoce la falsedad de lo que comunica o revela públicamente. Por tanto, no se trataría de un elemento subjetivo distinto al propio dolo.

El grado de taxatividad o determinación en la tipificación de las infracciones muy graves (y en las demás) varía en los diversos apartados del artícu-

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

lo 63.1, pues en algunos casos la tipificación se hace de forma muy genérica ("cualquier actuación que suponga una efectiva limitación de los derechos y garantías previstos en esta ley [...]"), mientras que en otros se realiza de forma mucho más específica ("cualquier acción u omisión tendente a revelar la identidad del informante cuando este haya optado por el anonimato"; el "incumplimiento de la obligación de disponer de un Sistema interno de información en los términos exigidos en esta ley").

No es este estudio el lugar adecuado para analizar todas y cada una de las infracciones tipificadas, por lo que me limitaré a reproducirlas a continuación y a destacar una de las que creo que pueden plantear más problemas. Las infracciones tipificadas como muy graves son estas:

> "a) Cualquier actuación que suponga una efectiva limitación de los derechos y garantías previstos en esta ley introducida a través de contratos o acuerdos a nivel individual o colectivo y en general cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de comunicaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento, incluida la aportación de información o documentación falsa por parte de los requeridos para ello.
> b) La adopción de cualquier represalia derivada de la comunicación frente a los informantes o las demás personas incluidas en el ámbito de protección establecido en el artículo 3 de esta ley.
> c) Vulnerar las garantías de confidencialidad y anonimato previstas en esta ley, y de forma particular cualquier acción u omisión tendente a revelar la identidad del informante cuando este haya optado por el anonimato, aunque no se llegue a producir la efectiva revelación de la misma.
> d) Vulnerar el deber de mantener secreto sobre cualquier aspecto relacionado con la información.
> e) La comisión de una infracción grave cuando el autor hubiera sido sancionado mediante resolución firme por dos infracciones graves o muy graves en los dos años anteriores a la comisión de la infracción, contados desde la firmeza de las sanciones.
> f) Comunicar o revelar públicamente información a sabiendas de su falsedad.
> g) Incumplimiento de la obligación de disponer de un Sistema interno de información en los términos exigidos en esta ley".

Conviene centrarse en la infracción que tiene que ver con las represalias, pues buena parte de la ley gira en torno a ellas. El apartado b) del artículo 63.1, como se acaba de ver, tipifica como infracción muy grave "la

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

adopción de cualquier represalia" frente a los denunciantes y el resto de las personas incluidas en el ámbito de protección del artículo 3 (personas que asistan al denunciante, familiares, compañeros de trabajo, etc.). El artículo 36.1 de la ley, por su parte, prohíbe los actos constitutivos de represalias, incluidas —añade— las amenazas de represalia y las tentativas de represalia contra las personas que presenten una comunicación conforme a lo previsto en esta ley.

La primera duda que surge es si la infracción muy grave consistente en la adopción de cualquier represalia incluye solo los actos constitutivos de represalia (es decir, la consumación) o también las amenazas y las tentativas de represalias. En sentido estricto y literal (que parece que es la interpretación por la que hay que inclinarse en el ámbito punitivo) realizar o efectuar una represalia no es amenazar con ella o intentarla, por lo que estos últimos comportamientos no entrarían en el tipo infractor muy grave del artículo 63.1.b) de la ley. El problema es que las amenazas de represalias y su tentativa no están tipificadas expresamente en el resto de los apartados del artículo 63, ni como infracción muy grave ni tampoco como grave o leve. No obstante, cabría calificarla como infracción leve, ya que el artículo 63.3.c) tipifica como tal "cualquier incumplimiento de las obligaciones [sería más correcto que dijera mandatos y prohibiciones] prevista en esta ley". La otra opción es hacer una interpretación extensiva (de dudosa constitucionalidad) del tipo de infracción muy grave, y sostener que la adopción de cualquier represalia también incluye la amenaza de represalia y la tentativa de represaliar.

Pero el problema no solo es este, sino el concepto mismo de represalia que establece al apartado 2 del artículo 36, que literalmente señala lo siguiente:

> "Se entiende por represalia cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública".

Obsérvese que el precepto señala que constituye represalia cualquier acto prohibido por la ley o que de forma directa o indirecta suponga un trato desfavorable…. Es decir, utiliza la conjunción disyuntiva "o", por lo que parece que es represalia cualquier acción u omisión prohibida por la ley y, además, también cualquier acción u omisión que suponga un trato desfavorable que sitúe a quien la sufre en desventaja con respecto a otra persona en el ámbito laboral o profesional. A ello debe añadirse que el artículo 36.5 cali-

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

fica como nulos de pleno derecho los actos administrativos que constituyan represalia, por lo que se llegaría al absurdo de que cualquier acto contrario a la ley sería nulo de pleno derecho. El concepto se puede acotar, en la línea de lo que establece el inciso final del apartado, señalando que debe tratarse de un acto prohibido por la ley adoptado contra el denunciante por su sola condición de informante o por haber realizado una revelación pública. Pero me parece, en todo caso, un concepto amplio en exceso, que ni siquiera el artículo 36.3 acota debidamente, por cuanto que el elenco de represalias que contempla tiene carácter puramente "enunciativo".

La Directiva 2019/1937, sin embargo, no plantea dicho problema, pues su artículo 5.11 define la represalia como "toda acción u omisión, directa o indirecta, que tenga lugar en un contexto laboral, que esté motivada por una denuncia interna o externa o por una revelación pública y que cause o pueda causar perjuicios injustificados al denunciante". Por eso, la conjunción disyuntiva "o" que establece el artículo 36.2 de la ley debería suprimirse o ser sustituida por la conjunción copulativa "y".

4.3. Infracciones graves

Las infracciones graves, al igual que las leves, se pueden cometer tanto de forma dolosa como culposa o negligente, como, por lo demás, dispone con carácter general el artículo 28.1 de la LRJSP: "Solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes y autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa".

La culpa o negligencia es la falta del cuidado debido. Por lo tanto, realiza la infracción quien infringe de ese modo la norma de conducta que constituye el presupuesto de la sanción. Ahora bien, conviene tener en cuenta que, en nuestro derecho administrativo (y la ley que estamos analizando es un ejemplo más de ello), las normas de cuidado están positivizadas. Es decir, la regulación de muchos sectores no es más que la normativización de la diligencia exigible en tal sector, la positivización de las normas de cuidado que deben seguirse en él y que marcan las fronteras entre lo permitido y lo prohibido y, por tanto, el injusto administrativo, de modo que quien traspasa esa frontera e incumple la norma incurre ya en culpa. Por ello, la simple realización del tipo supone, salvo que concurra una causa de justificación (estado de necesidad, cumplimiento de un deber) o de exculpación (tras-

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

torno mental, minoría de edad), la comisión de la infracción, sin necesidad de analizar si dicho comportamiento es negligente desde el baremo habitual de la diligencia del hombre medio o de una persona razonable, pues la diligencia exigible la marca el propio tipo al positivizar el cuidado debido (Rebollo Puig, 1989: 635-637, 767; Huergo Lora, 2007: 388-394; Cano Campos, 2014: 185, 2018: 83). Por ejemplo, si se vulneran las garantías de confidencialidad o anonimato que prevé expresamente la ley o se incumple la obligación de adoptar las medidas para garantizar la confidencialidad o el secreto, no es preciso analizar si ello se ha realizado sin el cuidado debido, pues el hecho mismo del incumplimiento ya revela esa falta de cuidado y supone la realización del tipo. Sin perjuicio, como se acaba de indicar, de que pueda concurrir una causa de justificación o de exculpación.

El que las infracciones graves (y leves) se puedan cometer tanto de forma dolosa como culposa o imprudente no significa que sea indiferente una u otra forma de comisión, pues si concurre dolo operará como agravante de la sanción (artículos 66.1.c] de la Ley 2/2023 y 29.3 de la LRJSP).

La ley contempla cinco apartados con infracciones graves, la mayoría de las cuales se solapan con las muy graves, de modo que el mismo comportamiento será infracción grave cuando no tenga la consideración de muy grave, lo que ocurrirá cuando no se pruebe la forma dolosa o los criterios de graduación jueguen a favor de ello.

Las infracciones graves que contempla la ley son las siguientes:

> "a) Cualquier actuación que suponga limitación de los derechos y garantías previstos en esta ley o cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de informaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento que no tenga la consideración de infracción muy grave conforme al apartado 1.
> b) Vulnerar las garantías de confidencialidad y anonimato previstas en esta ley cuando no tenga la consideración de infracción muy grave.
> c) Vulnerar el deber de secreto en los supuestos en que no tenga la consideración de infracción muy grave.
> d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas para garantizar la confidencialidad y secreto de las informaciones.
> e) La comisión de una infracción leve cuando el autor hubiera sido sancionado por dos infracciones leves, graves o muy graves en los dos años anteriores a la comisión de la infracción, contados desde la firmeza de las sanciones".

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

Me ocuparé únicamente del estudio de la prevista en la letra e), que guarda similitudes con la infracción muy grave de la letra e) del artículo 63.1.

El artículo 63.2.e) de la ley tipifica como infracción grave: "La comisión de una infracción leve cuando el autor hubiera sido sancionado por dos infracciones leves, graves o muy graves en los dos años anteriores a la comisión de la infracción, contados desde la firmeza de las sanciones". La letra e) del artículo 63.1 tipifica como muy grave la comisión de una infracción grave cuando el autor hubiera sido sancionado "mediante resolución firme" (este inciso no aparece en el artículo 63.2.e]) por dos infracciones graves o muy graves en los dos años anteriores.

Estos preceptos plantean, al menos, dos problemas. A qué tipo de firmeza se refieren y si resultan o no compatibles con el *non bis in idem*, que impide sancionar dos o más veces por lo mismo.

El precepto agrava la infracción cometida si en el plazo de los dos años anteriores el autor ha sido sancionado en firme por la comisión de otras dos infracciones (de la propia ley, se entiende). La primera pregunta es si en esos dos años anteriores se deben haber cometido las dos infracciones y, además, deben haber sido sancionadas en firme, a lo que cabe responder que sí. La segunda es de qué tipo de firmeza se trata. Cuando un precepto no precisa de qué tipo de firmeza se trata, lo inmediato es pensar que se refiere a la firmeza en general, por lo que una sanción solo será firme cuando contra ella no quepa ningún recurso administrativo o judicial, bien por haberse agotado los previstos o bien por no haber interpuesto en plazo los procedentes. La firmeza en vía administrativa alude, simplemente, a que contra un acto no caben ya más recursos en esa vía, que es, además, cuando la sanción puede ejecutarse, de conformidad con el artículo 90.3 LPAC ("La resolución que ponga fin al procedimiento [sancionador] será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa, [...]").

Me inclino por esta segunda opción, pues, si en esos dos años previos se exige la comisión de dos infracciones y su sanción firme en la vía contencioso-administrativa, el precepto tendrá escasa o nula aplicación, dado el tiempo que tardan en resolverse los recursos contencioso-administrativos. Además, ahora la casación cabe respecto de buena parte de las sanciones administrativas para garantizar el derecho a la revisión por un tribunal superior, tal y como he señalado en otro lugar (Cano Campos, 2022). La doctrina (Izquierdo Carrasco, 2001: 244) y la jurisprudencia (por todas, SSTS de 23 de marzo de 2005, RJ 2005, 2613, y de 30 de septiembre de 2011, RJ 2012, 1012) señalaron, respecto de la agravante de reincidencia del antiguo artículo 138.3 de la Ley 30/1992, que no precisaba el tipo de firmeza de que hablaba, que

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

había que entender que se trataba de firmeza en vía administrativa. A favor de esta tesis también juega el concepto actual de reincidencia del artículo 29.3.d) de la LRJSP (la "comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así se haya declarado por resolución firme en vía administrativa"), con el que se conecta claramente esta técnica de tipificar nuevas infracciones, tal y como puede verse en el artículo 66.1.a) de la Ley 2/2023, en virtud del cual para la graduación de las infracciones debe tenerse en cuenta la reincidencia, siempre que no hubiera sido tenida en cuenta en los supuestos del artículo 63.1.e) y 63.2.e). La propia ley, como puede verse, reconoce que la infracción se tipifica de forma más grave en los casos de reincidencia.

En segundo lugar, conviene precisar que las previsiones del artículo 63.2.e) y 63.1.e) de la Ley 2/2023 no vulneran la garantía del *non bis in idem*. Lo que este derecho fundamental prohíbe realmente, entre otras cosas, es que el legislador cree un tipo infractor autónomo prescindiendo absolutamente de la comisión de un nuevo hecho ilícito (por ejemplo, constituye infracción muy grave el hecho de haber sido sancionado más de dos veces por dos infracciones graves o una muy grave), pero no impide que el legislador pueda tipificar como una infracción de mayor gravedad y, por tanto, castigar una conducta ilícita posterior del mismo sujeto de forma más dura, pues en estos casos "no concurre una identidad de hechos, sino que los hechos anteriores han sido castigados con su correspondiente sanción y el hecho ilícito posterior ha sido castigado de manera más severa" (SSTC 188/2005 y 86/2017, a propósito de la agravante de reincidencia). Lo que sí que prohíbe el *non bis in idem* es que, además, la comisión de las infracciones anteriores se tenga en cuenta a efectos de reincidencia, pues entonces sí que se estaría valorando y sancionando dos veces lo mismo. Por eso, el artículo 66.1 de la ley dispone con toda corrección que solo cabe apreciar la reincidencia "siempre que no hubiera sido tenida en cuenta en los supuestos del artículo 63.1.e) y 2.e)".

4.4. Infracciones leves

El artículo 63.3 contempla tres apartados con infracciones leves. El primero de tales apartados contiene, a su vez, dos infracciones distintas. La primera consiste en la "remisión de información de forma incompleta, de manera deliberada por parte del Responsable del Sistema a la Autoridad". Como puede verse, la comisión de esta infracción solo admite la forma dolosa. La segunda infracción consiste en la remisión de dicha información "fuera del plazo concedido para ello", sin que sea preciso que el retraso sea deliberado,

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

esto es, intencionado o hecho a propósito. Por tanto, cabe tanto su comisión dolosa como imprudente.

El segundo apartado tipifica como infracción leve el "incumplimiento de la obligación de colaboración con la investigación de informaciones". A estos efectos debe tenerse en cuenta que el artículo 19.5 de la ley (relativo a las actuaciones encaminadas a comprobar la verosimilitud de los hechos denunciados a través del canal externo de la Autoridad Independiente) dispone que todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, deberán colaborar con las autoridades competentes y estarán obligadas a atender los requerimientos que se les dirijan para aportar documentación, datos o cualquier información que tenga que ver con los procedimientos que se estén tramitando.

El último tipo infractor leve, como suele ser habitual, es de tipo residual y de gran amplitud: "cualquier incumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley que no esté tipificado como infracción muy grave o grave". Esta forma de tipificar, ya generalizada, plantea dos problemas. El primero es que obliga a rastrear por todo el articulado de la ley las normas que contienen mandatos y prohibiciones, pues solo ellas pueden ser objeto de castigo o sanción. El segundo, que hay una escisión total entre el mensaje prescriptivo y el punitivo, por lo que el destinatario de la norma no sabe de forma inmediata las consecuencias que acarrea el incumplimiento de una norma, sino que para ello ha de acudir a varios preceptos de la ley.

5. Las sanciones

5.1. Las multas

El artículo 65 de la ley, que es el que se ocupa de las sanciones, prevé la multa como castigo o sanción en todo tipo de infracción. Se prevé como sanción única en las infracciones leves y graves y como sanción principal, junto con otras adicionales que ahora veremos, en las infracciones muy graves.

La ley determina la cuantía de las multas no solo en función de la clase de infracción cometida, sino también de si el sujeto infractor es una persona física o una jurídica (pública o privada).

En el caso de las personas físicas, las infracciones leves serán castigadas con una multa de 1001 a 10 000 euros, las graves con multa de 10 001 a 30 000 euros, y las muy graves con una multa de 30 001 a 300 000 euros. En el caso de las personas jurídicas, sin embargo, las cuantías respectivas son

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

estas: multa de hasta 100 000 euros para las infracciones leves (por lo que, paradójicamente, la sanción podría ser menor que la que puede imponerse por una infracción leve a una persona física), multa de 100 001 a 600 000 euros para las infracciones graves, y multa de 600 001 a 1 000 000 de euros para las infracciones muy graves.

5.2. Las sanciones complementarias

Como se acaba de señalar, la ley únicamente prevé sanciones diferentes y complementarias a la multa ("Adicionalmente") para las infracciones muy graves. El artículo 65.2 establece que la Autoridad Independiente de Protección del Informante "podrá acordarlas", pero no se trata del apoderamiento a la Administración de una potestad discrecional, sino de una habilitación para que, en función de los criterios de graduación, imponga la sanción complementaria; es decir, no es una discrecionalidad permisiva, sino una competencia permisiva.

Las sanciones adicionales o complementarias que se prevén para las infracciones muy graves son la amonestación pública, la prohibición de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales durante un plazo máximo de cuatro años, y la prohibición de contratar en el sector público durante un plazo máximo de tres años, todas las cuales han sido estudiadas de forma exhaustiva, y con carácter general, por Rebollo Puig (2001). Algún autor, sin embargo, sostiene la tesis radical de que medidas como esas en realidad no son sanciones, y de que en nuestro derecho solo son (o deberían ser) tales las multas (Casino Rubio, 2021a: 174-177)

La amonestación pública consiste en la advertencia, el apercibimiento o la llamada de atención al sujeto responsable, haciéndole saber el carácter antisocial de su conducta, el reproche social que merece su conducta infractora. Algunas leyes también prevén la amonestación privada y la amonestación verbal o por escrito. Aquí no se precisa dónde ha de publicarse la amonestación. Si se realiza en el BOE, se plantea el problema de su solapamiento con la publicación de las sanciones muy graves que analizaré de inmediato.

Por su parte, las sanciones de prohibición de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales y de contratar con el sector público de conformidad con lo previsto en la LCSP (hay que entender que con todos los entes a los que se refiere el artículo 3.1. de dicha ley) afectan, en sentido estricto, a la capacidad jurídica del infractor en relaciones jurídico-administrativas (Rebollo Puig, 2001: 200). Alguna de ellas, como la prohibición para contratar, ha planteado numerosos problemas de los que ahora no podemos ocuparnos (Guillén Caramés, 2022). La competencia para apreciar la prohibición de contratar por haber sido

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

sancionado corresponde al órgano de contratación (artículo 72.2 LCSP), y el alcance de sus efectos de la prohibición se regula en el artículo 73.3 LCSP.

5.3. La publicación de algunas sanciones

Por último, el artículo 65.3 dispone que las sanciones por infracciones muy graves de cuantía superior a 600 001 euros (por tanto, las impuestas a las personas jurídicas, y parece que solo las multas, lo cual no tiene mucho sentido) "podrán ser publicadas" en el BOE tras la firmeza de la resolución en vía administrativa. La publicación —precisa el precepto— deberá contener, cuando menos, el tipo y la naturaleza de la infracción cometida y, en su caso, la identidad de las personas responsables de acuerdo con la normativa de protección de datos.

El dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto de ley (dictamen núm. 1361/2022, de 8 de septiembre) consideró que deberían objetivarse los criterios de decisión sobre la publicación, para limitar su discrecionalidad, así como su contenido y el momento en que deba realizarse. El legislador solo ha seguido esta segunda recomendación, pero el que no haya seguido la primera, ya que la ley sigue utilizando el término "podrá", no quiere decir, como ya se ha visto a propósito de las sanciones complementarias a las multas, que la Autoridad Independiente pueda publicar las referidas sanciones cuando lo crea conveniente, ya que se trata en realidad de una competencia permisiva.

La previsión de que las sanciones muy graves superiores a 600 001 euros puedan publicarse en el BOE plantea numerosos problemas, que simplemente dejo apuntados.

Lo primero que llama la atención es esa alusión a que, en su caso, se publicará también la identidad de las personas responsables de acuerdo con la normativa de protección de datos. Si las sanciones que se publican son las superiores a la referida cantidad, solo las pueden cometer las personas jurídicas (como apunta el propio artículo 65.3), por lo que choca la alusión a que en su caso se publicará también la identidad del responsable de conformidad con la normativa de protección de datos, dado que la protección de datos es un derecho que solo protege a las personas físicas (artículo 1 del RGPD y artículo 1 de la LOPDPDD; STS núm. 547/2023, de 4 de mayo, ECLI:ES:TS:2023:1946). Si el precepto se refiere a la identidad de las personas físicas que ostenten los puestos de representación de la persona jurídica, parece que eso sería un tratamiento de datos amparado por el artículo 6.1 del RGPD, ya que se trata de una publicación prevista en una norma con rango

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

de ley en relación con el ejercicio de una potestad pública y, por lo tanto, no haría falta esa salvedad.

En cualquier caso, como certeramente se ha señalado (Huergo Lora, 2021: 96, 114), la publicación sin el nombre de la persona responsable de la infracción no carece de sentido, pues en ese caso la finalidad no es tanto incrementar el efecto perjudicial de la sanción (por eso se suele considerar que la publicación tiene naturaleza punitiva) e informar a los ciudadanos acerca de las conductas infractoras realizadas por determinados sujetos, sino dar a conocer a todos, especialmente a los potenciales infractores, las sanciones impuestas para que se tenga conocimiento de la seriedad del régimen sancionador, esto es, que se aplica de forma estricta y que las infracciones se castigan (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo de 8 de diciembre de 2010, sobre regímenes sancionadores más rigurosos en el sector de los servicios financieros). La publicación cumple de este modo una clara función comunicativa simbólica. De hecho, el dictamen del Consejo de Estado sugiere que se valore la posibilidad de ampliar los supuestos de la publicación, dado "el importante efecto disuasorio que esta tiene".

Por otra parte, la publicación de las sanciones también plantea el problema de su distinción con la amonestación pública (cuando esta tiene lugar en el BOE) y de su naturaleza jurídica, pues en unas ocasiones las leyes prevén expresamente la publicación como sanción accesoria o complementaria a una multa, pero en otras, como sucede en este caso, se habla asépticamente, sin calificarla como sanción, de la publicación de determinadas sanciones. Sobre este tema es muy esclarecedor el referido estudio de Huergo Lora (2021: 115-140), a quien sigo en este punto.

En cuanto a lo primero, el Consejo de Estado, en su dictamen 195/2018, de 26 de abril, sobre el anteproyecto de ley de distribución de seguros y reaseguros privados, ha destacado que no está clara la distinción entre la sanción de amonestación pública y la sanción consistente en publicar la sanción impuesta al infractor. Parece claro, no obstante, que en la amonestación pública la sanción consiste únicamente en publicar que un determinado sujeto ha cometido una infracción. El único contenido aflictivo o sancionador que tiene es la publicación del nombre del infractor y la infracción cometida. En cambio, cuando se ordena la publicación de la sanción, tenemos dos sanciones: la primera, que generalmente (como aquí) es una multa, y una segunda (complementaria o accesoria a la primera), que consiste en la publicación de la primera en el BOE.

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

Respecto al segundo problema planteado, algunas leyes incluyen la publicación en el elenco de sanciones que contemplan (como hace en este caso el artículo 65.3 de la ley), mientras que en otras la publicación no aparece calificada como sanción, sino que la ley se limita a prever la publicación de determinadas sanciones por la comisión de infracciones normalmente graves o muy graves. En ambos casos, en el primero con el argumento adicional de que el propio legislador califica la publicación como sanción, podría considerarse que estamos ante auténticas sanciones, porque la finalidad de la publicación es causar un mal al infractor a través del descrédito público, y esa es la función propia de las sanciones (infligir deliberadamente un mal a un sujeto como castigo o reproche por la vulneración de una norma de conducta). Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha señalado recientemente que para concluir que la publicación de la sanción tiene en sí misma carácter sancionador hay que determinar si responde *per se*, de forma autónoma y preeminente, a la "finalidad represiva, retributiva o de castigo" que es específica de las sanciones (STC 23/2022, de 21 de febrero). Por eso, en el caso enjuiciado (la publicación de una sanción por la comisión de una infracción muy grave, prevista en el artículo 304 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), el Tribunal Constitucional concluye que no se trata de una sanción, sino de una consecuencia accesoria a la imposición de las sanciones graves prevista por la propia ley, cuya finalidad primordial es advertir a los inversores de una actuación que puede afectar al buen funcionamiento del mercado financiero —en particular el abuso del mercado y el uso de información privilegiada—, y garantizar la transparencia y eficacia en la labor de supervisión que lleva a cabo la CNMV, no infligir un perjuicio al infractor (FD 2.B y 4).

En cualquier caso, cuando la publicación se prevé, como en este caso, en una norma con rango de ley, las consecuencias de que se califique o no como sanción no son tan relevantes, pues se acuerda tras la tramitación de un procedimiento sancionador con todas las garantías en el que se analiza si se ha cometido una infracción y concurren todas las garantías formales y materiales de las sanciones.

La publicación plantea más problemas (Huergo Lora, 2021: 121-140). Por ejemplo, las leyes contemplan la publicación cuando la sanción es firme en vía administrativa, por lo que después puede ser anulada, de modo que produce unos efectos difícilmente reversibles, lo que se atenuaría si en la publicación se indica que la sanción no es firme. Además, no se establece un plazo máximo para realizar la publicación, por lo que debería entenderse que es el propio plazo de prescripción de la sanción que se publica. Por úl-

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

timo, la publicación es poco menos que perpetua, por lo que, en el caso de las personas físicas, debería establecerse el plazo a partir del cual dejará de estar accesible a través de los buscadores, sin que sea suficiente remitirse al ejercicio del derecho al olvido por el interesado.

6. Los criterios de graduación de las infracciones y de las sanciones

El artículo 66 de la ley establece unos criterios de graduación tanto de las infracciones como de las sanciones. Dicho precepto establece lo siguiente:

> "1. Para la graduación de las infracciones se podrán tener en cuenta los criterios siguientes:
> a) La reincidencia, siempre que no hubiera sido tenido en cuenta en los supuestos del artículo 63.1.e) y 2.e).
> b) La entidad y persistencia temporal del daño o perjuicio causado.
> c) La intencionalidad y culpabilidad del autor.
> d) El resultado económico del ejercicio anterior del infractor.
> e) La circunstancias de haber procedido a la subsanación del incumplimiento que dio lugar a la infracción por propia iniciativa.
> f) La reparación de los daños o perjuicios causados.
> g) La colaboración con la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., u otras autoridades administrativas.
> 2. Las sanciones a imponer como consecuencia de la comisión de infracciones tipificadas en esta ley se graduarán teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción y las circunstancias concurrentes en cada caso. De modo especial, y siempre que no se hubieran tenido en cuenta para la graduación de la infracción, la ponderación de las sanciones atenderá a los criterios del apartado anterior".

Se trata de criterios algunos de los cuales aparecen en la LRJSP (artículo 29.3) y otros en las diversas leyes sectoriales. La inclusión en estas de criterios de graduación de las sanciones, al efecto de determinar la concreta sanción aplicable dentro de los amplios márgenes que las leyes establecen (sobre todo en el caso de las multas), suele ser lo habitual. Pero la previsión de que esos mismos criterios sirvan también para graduar (supongo que el precepto quiere decir clasificar) las infracciones y, por tanto, para determinar si son leves, graves o muy graves es una novedad. Una novedad que no estaba en el anteproyecto de ley (que solo establecía criterios de graduación de las sanciones) y que me parece criticable, por lo siguiente.

El Tribunal Constitucional ha señalado hasta en cinco ocasiones que los preceptos legales que simplemente establecen una serie de criterios para

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

que la Administración en cada caso califique la infracción como leve, grave o muy grave son inconstitucionales (STC 2017/1990, sobre el Estatuto de los Trabajadores; STC 100/2003, sobre la Ley de Conservación de Espacios Naturales; STC 166/2013, sobre la Ley catalana del Estatuto del Consumidor; STC 10/2015, sobre el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; STC 150/2020, sobre la Ley Foral también de Defensa Consumidores y Usuarios). El Tribunal Constitucional ha considerado en todos estos casos que se vulnera el artículo 25.1 CE, porque "la calificación *ad hoc* de las infracciones no resulta acorde con el principio de taxatividad en cuanto que no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa".

Aquí no estamos ante el mismo supuesto, porque ya la propia ley clasifica las infracciones en muy graves, graves y leves; y, además, señala que las muy graves solo admiten la forma dolosa. Pero algo de eso hay, en detrimento de la seguridad jurídica, porque, en cierto modo, se remite a la Administración a la hora de aplicar la ley el que con arreglo a una serie de criterios pueda calificar una infracción como muy grave o como grave. Si se comete uno de los comportamientos previstos en el artículo 63.1 o en el artículo 63.2, su autor no sabe *ex ante* a qué concreta sanción se expone, pues la misma puede ir de 10 001 a 300 000 euros.

El problema que subyace es si la reserva de ley en el ámbito sancionador incluye también la clasificación de las infracciones, en cuanto que de tal clasificación depende la correlación con las sanciones, como hemos sostenido Rebollo y Cano (2022), o si, por el contrario, eso lo puede hacer la propia Administración en cada caso concreto cuando impone una sanción, como sostiene Casino Rubio (2021b).

7. Los sujetos responsables

El artículo 62, que es el que se ocupa del tema, dispone en su apartado 1 que están sujetas al régimen sancionador de la ley las personas físicas y jurídicas que realicen las actuaciones descritas (tipificadas) en el artículo 63.

Algunas de las infracciones tipificadas solo las pueden cometer las personas físicas, como, por ejemplo, comunicar o publicar información a sabiendas de su falsedad, ya que según el artículo 2.1 de la ley solo puede ser denunciante una persona física (en la legislación andaluza, sin embargo, también pueden ser denunciantes las personas jurídicas). Pero la mayoría

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

de las infracciones las pueden realizar tanto las personas físicas como las jurídicas, por ejemplo, no disponer de un sistema interno de información; ya el artículo 10.1.a) de la ley impone en el sector privado dicha obligación tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

La obligación de no disponer de tal sistema interno de información en el sector público, la pueden incumplir —y, por tanto, pueden cometer la respectiva infracción— las personas jurídicas públicas (Administraciones territoriales, autoridades administrativas independientes, universidades, corporaciones de derecho público, etc.), las entidades del sector público constituidas de forma privada (fundaciones del sector público, sociedades mayoritariamente públicas), o, también, los órganos constitucionales (Gobierno, Congreso, Senado, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas; estos son los que enumera como tales la disposición adicional cuadragésima cuarta de la LCSP), los de relevancia constitucional (Consejo de Estado, Casa del Rey, Consejo Económico y Social, etc.; aunque no acabo de entender muy bien la diferencia entre estos y aquellos) y las instituciones autonómicas análogas (artículo 13.2).

El apartado segundo del artículo 62 contiene una previsión de la que cabe inferir que también los órganos colegiados —sus miembros— pueden ser responsables de las infracciones; aceptan esta posibilidad Tardío Pato (2023: 114) y Brufao Curiel (2023: 395). Ello plantea numerosos problemas. El enunciado del artículo 62.2 es el siguiente:

> "Cuando la comisión de la infracción se atribuya a un órgano colegiado la responsabilidad será exigible en los términos que señale la resolución sancionadora. Quedarán exentos de responsabilidad aquellos miembros que no hayan asistido por causa justificada a la reunión en que se adoptó el acuerdo o que hayan votado en contra del mismo".

Hay varios preceptos en la ley que establecen obligaciones para los órganos de administración o de gobierno de las personas jurídicas públicas y privadas, los cuales pueden ser órganos colegiados. Por ejemplo, el artículo 5 señala que el órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo será el responsable de la implantación del sistema interno de información que el artículo 4 (en relación con los artículos 10 y 13) exige a las personas jurídicas privadas y públicas; el artículo 9, por su parte, establece que son tales órganos colegiados los responsables también de aprobar el procedimiento de gestión de la información; etc.

El problema que se plantea es si el incumplimiento de tales obligaciones y, por tanto, la correspondiente infracción cometida se imputan y

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

sancionan solo a los miembros del órgano colegiado que no han asistido justificadamente o han votado en contra, se imputan a la persona jurídica a la que dicho órgano pertenece y representa, que es a la que se sancionaría, o se imputan y sancionan tanto a la persona jurídica como a las personas físicas que integran el órgano (y no han asistido o se han abstenido) cuyo acuerdo ha dado lugar a la infracción.

Con carácter general, la actuación de los administradores de las personas jurídicas se imputa a estas, que son las que cometen la infracción. La responsabilidad sancionadora en la que incurren es una responsabilidad por una acción y una culpa propias, pues la acción y la culpa del administrador, como titular del órgano, son las de la entidad. Es la persona jurídica la que como consecuencia de la conducta de sus administradores o empleados realiza la acción típica, antijurídica y culpable (Rebollo Puig, 2017).

Esto no presenta ninguna singularidad, pues se trata de aplicar la teoría general del órgano y de la persona jurídica y, por tanto, de la imputación de la actuación de aquel a esta. Las personas jurídicas actúan mediante órganos y estos tienen, entre otros elementos, el subjetivo de uno o varios titulares (que son personas físicas) que imputan su actuación a la persona jurídica a la que pertenecen. Por ello, en el ámbito sancionador, no cabe hablar de dos voluntades o de dos culpas distintas: la de la persona jurídica es la de los titulares de sus órganos. Su responsabilidad, por tanto, es una responsabilidad por una infracción propia (como los contratos que celebra o la responsabilidad patrimonial en la que puede incurrir), subjetiva (no hay una excepción a la exigencia de dolo o culpa) y normalmente exclusiva de la persona jurídica. Ello supone, generalmente, la irresponsabilidad personal de sus administradores.

En ocasiones, sin embargo, las leyes sectoriales establecen algún género de responsabilidad sancionadora de los administradores. Lo hacen de diversas formas. La primera consiste en declararlos responsables subsidiarios o solidarios del pago de las multas (artículos 41.4 de la Ley 24/2003, de 10 de junio, de la Viña y del Vino; 57.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal; 181 y 182 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, etc.). Otras veces las leyes sectoriales los hacen responsables en exclusiva de ciertas infracciones (artículo 157.3 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, respecto de las infracciones administrativas por negocios sobre las propias participaciones y acciones). Y una tercera posibilidad, que suele ser la más frecuente, consiste en establecer la responsabilidad de los ad-

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

ministradores además de la de la persona jurídica (artículos 271.1 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre; y 61.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia).

El apartado 2 del artículo 63 de la Ley del denunciante no deja claro si, en el supuesto al que se refiere, también es responsable la persona jurídica. Lo único que creo que deja claro es que los miembros de los órganos colegiados pueden ser responsables de algunas infracciones, y por eso exime de responsabilidad a los que no hayan asistido justificadamente o voten en contra. Si no se partiera de la responsabilidad de los miembros de los órganos colegiados no tendría sentido la excepción que establece. Esto se ve corroborado con el apartado 3 del precepto, a cuyo tenor la exigencia de responsabilidades derivadas de las infracciones se extenderá a los responsables incluso aunque haya desaparecido su relación o hayan cesado en su actividad en o con la entidad, lo que apunta claramente a los administradores, ya que son aquellos respecto de los cuales puede predicarse que su relación con la entidad o su actividad en ella haya desaparecido o cesado.

En cualquier caso, cuando responden los miembros de los órganos colegiados no queda claro si, además, también es responsable la persona jurídica a la que tales órganos pertenecen. Algunas leyes lo establecen expresamente, como se ha adelantado, aunque ello no deja de plantear problemas desde el punto de vista del *non bis in idem* (pues se imputa una única conducta de un único sujeto a dos personas distintas: sociedad unipersonal en la que su único socio es su administrador), que se han tratado de salvar con el argumento de que al administrador se le castiga por participar en la infracción de la persona jurídica y que refuerza las funciones de retribución y prevención que deben cumplir las sanciones. Pero, en todo caso, debería decirlo expresamente la ley. Y esta no lo dice.

En cuanto a la responsabilidad de los miembros de los órganos colegiados, cabe preguntarse qué pasa con los que se han ausentado injustificadamente o con los que se han abstenido en la votación, ya que el artículo 62.2 no les exime de la responsabilidad sancionadora, lo que no parece tener sentido.

El apartado 3 del artículo 62 dispone que la exigencia de responsabilidades derivada de las infracciones tipificadas en esta ley se extenderá a los responsables de tales infracciones "incluso aunque haya desaparecido su relación o cesado en su actividad en o con la entidad respectiva".

Una última cuestión que se plantea a propósito de los sujetos responsables es si también puede cometer las infracciones previstas en la ley la

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

propia Autoridad Independiente de Protección del Informante que las sanciona o sus homólogas autonómicas. Creo que sí, pues hay mandatos dirigidos claramente a ella (o a ellas) que se pueden incumplir, como es el caso, por ejemplo, y entre otros muchos, de la obligación de no revelar al sujeto afectado la identidad del denunciante (artículo 19), la de publicar el procedimiento de gestión de informaciones (artículo 22), o la de nombrar un delegado de protección de datos (artículo 34). Tales incumplimientos pueden ser constitutivos de infracción *ex* artículo 63.

Si esto es así, el problema que se plantea entonces es si tales infracciones se pueden sancionar y quién sancionaría a la autoridad competente para sancionar, ya que (salvo en lo relativo al nombramiento de protección de datos) no hay ninguna norma que atribuya a otro sujeto o entidad esa potestad.

8. Prescripción de las infracciones y de las sanciones

La regulación de la prescripción de las infracciones y de las sanciones es la única forma de extinción de la responsabilidad sancionadora de la que se ocupa la ley, como, por lo demás, hacen casi todas las leyes sectoriales.

La regulación, que aparece en el artículo 64 para las infracciones y en el artículo 68 para las sanciones, no incluye novedades relevantes: los plazos de prescripción de unas y otras son los habituales en otras leyes y en la propia LRJSP: tres años en el caso de las infracciones muy graves, dos años en el caso de las graves y seis meses en el de las leves. Y, en el caso de las sanciones, tres, dos y un año, respectivamente.

El artículo 64.2 precisa que, en las "infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo será la de finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consume". Este precepto se refiere, en realidad, tanto a las infracciones permanentes como a las continuadas, a las que ya nos hemos referido más atrás. Esto se ve confirmado con la precisión del precepto de que tales infracciones comienzan a prescribir cuando finalice la actividad (infracción permanente) o con el último acto con el que la infracción se consume (infracción continuada). El artículo 30.2 de la LRJSP se refiere de forma conjunta a ambos tipos de infracciones, y dispone que el plazo comenzará a correr en tales casos desde que finalizó la conducta infractora.

Como se ha destacado más arriba, las *infracciones permanentes* suponen la creación de un estado antijurídico de cierta duración cuya cesación depende de la voluntad de su autor. La infracción no está concluida con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad del autor tanto

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

tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por él. De este modo, la infracción se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica, y por eso el plazo de prescripción solo comienza a correr cuando cesa la situación antijurídica creada (STS de 21 de julio de 2008 [rec. cas. 5469/2004], SAN de 24 de marzo de 2014 [rec. núm. 3/2014]). Por ejemplo, es una infracción permanente no implantar un sistema interno de información o no nombrar un delegado de protección de datos (artículo 34), cuyo plazo de prescripción no comenzará a correr hasta que cese ese estado antijurídico implantando el sistema de información.

La *infracción continuada*, sin embargo, consiste en una pluralidad de acciones u omisiones que infringen el mismo precepto administrativo o preceptos semejantes, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando la misma ocasión (artículo 29.6 de la LRJSP). Por ejemplo, comete dicha infracción el denunciante que comunica sucesivamente información que sabe que es falsa en varios canales internos o ante la Autoridad Independiente, o el responsable del canal interno que de forma reiterada revela la identidad del informante. En tales casos, el plazo de prescripción comienza a computarse cuando se realiza la última infracción. En lo que respecta a las infracciones, el artículo 64.3 de la ley precisa que la prescripción se interrumpirá con la iniciación del procedimiento sancionador con conocimiento del interesado, "reanudándose si el expediente está paralizado durante tres meses por causa no imputable a aquellos contra los que se dirija". El artículo 30.2.2.º de LRJSP señala que, en tales casos, el plazo se *reinicia*, lo que pudiera dar a entender que, mientras en este caso el plazo de prescripción vuelve a contar de cero, en el supuesto de la Ley de protección del denunciante el plazo se reanuda desde donde se quedó.

En el caso de las sanciones, el artículo 68 dispone que el plazo comienza a correr desde el día siguiente a aquel en que la resolución sancionadora sea ejecutable, lo que tiene lugar cuando contra ella no quepa ningún recurso ordinario en la vía administrativa (artículo 90.3 LPAC). El plazo de prescripción se interrumpirá cuando se inicie el procedimiento sancionador con conocimiento del interesado. Al igual que dispone el artículo 30.3 LRJSP, el párrafo tercero del artículo 68 de la Ley de protección del denunciante dispone que el plazo de prescripción volverá a trascurrir (desde el principio hay que entender) si está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

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

9. Una reflexión final: el problema de la ausencia de un sistema general de sanciones

Las medidas de protección del denunciante, entre ellas las sanciones que acabamos de estudiar, solo se aplican a los que denuncien o informen las infracciones previstas en el artículo 2, tal y como se desprende, entre otros, de los artículos 1, 2 y 35 de la propia ley; esto es, a quienes informen de las contravenciones del derecho de la Unión Europea, los delitos y las infracciones administrativas *graves o muy graves*. La Directiva 2019/1937, sin embargo, solo alude a determinadas contravenciones del derecho de la Unión Europea, pero para ellas ni siquiera exige que estén tipificadas como infracción (artículo 5). La ley amplía el ámbito de protección a los delitos y a las infracciones administrativas calificadas como graves o muy graves, lo que se justifica, según explicita su exposición de motivos, en que con ello se trata de que los canales internos y externos de información "puedan concentrar su actividad investigadora en las vulneraciones que se considera que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad".

Algunos autores, no obstante, han criticado la referida acotación legal porque quedan al margen del ámbito de protección las denuncias sobre incumplimientos de indudable interés público, pero que, sin embargo, no se califican formalmente como infracciones administrativas en las leyes como ocurre con muchos incumplimientos o irregularidades en el ámbito de la contratación, el empleo público o las subvenciones (Tardío Pato, 2022: 24; Fernández Ramos, 2023: 19-20).

Ahora bien, al margen de estas críticas, ¿es acertada esa acotación que hace el legislador a las infracciones administrativas graves y muy graves?; ¿son siempre esta clase de infracciones las vulneraciones más relevantes del ordenamiento jurídico o de mayor impacto para la sociedad?; ¿se garantiza mejor de ese modo la seguridad jurídica, como parece apuntar el dictamen del Consejo de Estado en su página 25?

Mi respuesta es que no, pues hay infracciones calificadas como leves que son más graves o de mayor impacto o trascendencia que otras calificadas como graves o muy graves, lo que se debe a la ausencia en nuestro país de una ley general sobre la potestad sancionadora que, entre otras cuestiones, incluya un sistema general de sanciones administrativas que establezca sus clases en función de su contenido y extensión, tal y como hace el Código Penal respecto de las penas.

Veamos por qué esto es así, para lo cual es necesario comparar lo que hace el Código Penal y lo que hacen las leyes administrativas, tanto las generales (LRJSP) como las sectoriales.

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

El Código Penal establece en su artículo 32 los tipos de penas, principales y accesorias, que hay en nuestro sistema normativo: privativas de libertad, privativas de derechos y multa. Y el artículo 33 las clasifica en graves, menos graves y leves en función de su naturaleza y duración: por ejemplo, el arresto de siete a veinticuatro fines de semana es una pena grave, el de uno a seis fines de semana leve; la multa de más de dos meses es pena grave, mientras que la de cinco días a dos meses es leve. Esta es la clasificación verdaderamente relevante y no la de los ilícitos. La gravedad de los delitos, esto es, lo que determina si son graves, menos graves o leves, no es la clasificación que de ellos se haga de forma abstracta o general, sino la pena que de forma individualizada les atribuya el propio Código Penal o las leyes penales especiales. Este es el sistema lógico y racional, pues el único elemento que permite calificar externamente la gravedad de una infracción es su castigo o penalidad (Izquierdo Carrasco, 2001: 222).

El derecho administrativo sancionador, sin embargo, lo hace al revés, y lo que clasifica según su gravedad son las infracciones, pero no de forma abstracta y general en una norma aplicable a todas las Administraciones públicas, sino de forma individualizada en cada ley sectorial. La LRJSP establece el deber de que las leyes sectoriales clasifiquen las infracciones según su gravedad en muy graves, graves y leves (artículo 27.1.2.º), y eso es lo que hacen casi todas las leyes sectoriales, entre ellas la de protección del denunciante (salvo alguna relevante excepción como la legislación de patrimonio histórico, artículo 76 de la Ley 16/1985, de 25 de junio). Pero cada una lo hace a su antojo, porque la clasificación que establecen no depende de la sanción que realmente lleva aparejada cada infracción, sino de la voluntad del legislador en cada concreto sector. No hay una correspondencia general y abstracta entre la gravedad de la infracción y su sanción, pues esa correlación solo se da en la respectiva ley sectorial, que puede apartarse por completo de la clasificación y de la sanción que prevén otras leyes próximas para un tipo de injusto similar.

Este sistema, tan alejado del derecho penal, es, además, muy rudimentario y elemental, porque todas las infracciones incluidas en cada uno de esos grupos o categorías son tratadas punitivamente por igual (en cada sector hay solo tres o cuatro tipos de infracciones según su gravedad), ya que las sanciones que a tales grupos se asignan se establecen a través de unos topes mínimos y máximos tan amplios que rebasan muchas veces las exigencias mínimas del principio de taxatividad de la sanción, porque de ese modo se otorga a la Administración un margen excesivo en la determinación de la sanción, y, en fin, porque, como se acaba de señalar, al ser cada ley la que clasifica las infracciones según su gravedad y establece de ese modo las correspondientes sanciones, es frecuente que en sectores muy próximos

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

infracciones calificadas como muy graves conlleven sanciones menos aflictivas que otras similares clasificadas como graves o leves. En el ámbito local, la mayor parte de las infracciones muy graves y graves que pueden tipificar las ordenanzas municipales llevan aparejadas sanciones que no sobrepasan, respectivamente, los 1500 y los 3000 euros (artículo 141 LBRL), cuantías que las leyes sectoriales atribuyen generalmente a las infracciones leves.

Con este sistema, cada ley sectorial crea las sanciones que considera más adecuadas y establece la extensión que tiene por conveniente. Las leyes sectoriales incluso denominan de forma distinta las mismas sanciones o del mismo modo sanciones diferentes; y, lo que es peor aún, unas leyes consideran sanciones lo que para otras leyes no lo son (por ejemplo, la publicación de la resolución sancionadora), y otras consideran sanciones lo que de ningún modo debería ser un castigo (por ejemplo, el precinto de locales o establecimientos, equipos, máquinas, productos o materiales). El resultado final es incoherente, confuso y caótico.

En consecuencia, la protección que se otorga al denunciante en esta ley es deficiente y parcial, pues no abarca realmente a quienes informan de las vulneraciones del ordenamiento más graves y de mayor trascendencia social. Además, y concluyo, ¿es razonable hacer recaer sobre el denunciante la carga de indagar si los hechos que denuncia son constitutivos de infracción grave o muy grave para, en función de eso, saber si la ley le protege o no?

10. Bibliografía

Brufao Curiel P. (2023). Régimen sancionador. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 389- 409). Las Rozas: Bosch-La Ley.

Cano Campos, T. (2014). *Las sanciones de tráfico* (2.ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi.

— (2018). *Sanciones Administrativas*. Madrid: Lefebvre.

— (2022). Revisión de las sanciones por un tribunal superior, casación y doble instancia en el contencioso. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 99, 88-99.

Casino Rubio, M. (2021a). *El concepto constitucional de sanción administrativa* (2.ª ed.). Madrid: CEPC.

— (2021b). La graduación *ad hoc* de las infracciones. Motivos para la discusión. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 16, 53-70.

Cerrillo i Martínez, A. (2023). Canal externo de información. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 151-173). Las Rozas: Bosch-La Ley.

Fernández Ramos, S. (2023). La Ley 272023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación. *Revista General de Derecho Administrativo*, 63, 1-31.

Gosálbez Pequeño, H. (2023). La protección del denunciado. El denunciante infractor arrepentido. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 305- 320). Las Rozas: Bosch-La Ley.

Guillén Caramés, J. (2022). Las prohibiciones de contratar por infracciones del derecho de la competencia: ¿son o no verdaderas sanciones? La necesaria reconsideración de su naturaleza jurídica. En M. Rebollo Puig, A. Huergo Lora, J. Guillén Caramés y T. Cano Campos (dirs.). *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022* (pp. 341-398). Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.

Huergo Lora, A. (2007). *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel.

— (2018). Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los instrumentos para la obtención de pruebas. En A. Huergo Lora (dir.). *Problemas actuales del Derecho Administrativo Sancionador* (pp. 15-59). Madrid: Iustel.

— (2021). La publicación del nombre de los infractores como sanción administrativa. En M. Rebollo Puig, A. Huergo Lora, J. Guillén Caramés y T. Cano Campos (dirs.). *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021* (pp. 93-140). Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.

Izquierdo Carrasco, M. (2001). La determinación de la sanción administrativa. *Justicia Administrativa. Número extraordinario*, 1, 207-258.

Jiménez Franco, E. (2023). La nueva autoridad independiente de protección del informante. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 321- 388). Las Rozas: Bosch-La Ley.

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

Nieto García, A. (2017). *Testimonios de un jurista (1930-2017)*. Sevilla: Global Law Press-Editorial Derecho Global, INAP.

Rebollo Puig, M. (1989). *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*. Madrid: MAP.

— (2001). El contenido de las sanciones. La determinación de la sanción administrativa. *Justicia Administrativa. Número extraordinario*, 1, 151-206.

— (2017). Responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores. En L. Parejo Alfonso y J. Vida Fernández (coords.). *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo* (tomo I). Valencia: Tirant lo Blanch.

Rebollo Puig, M. y Cano Campos, T. (2022). Reserva de ley y correlación entre las infracciones y sus sanciones: ¿es constitucional el art. 117.1 de la Ley de Aguas? *Revista de Administración Pública*, 217, 53-90.

Tardío Pato, J. A. (2022). La protección del denunciante para garantía del cumplimiento de la legalidad y evitar la corrupción. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 217, 11-60.

— (2023). La protección del informante en la Ley española 2/2023, de transposición de la Directiva 2019/1937. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 226, 71-121.

La autoridad independiente de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas

Oscar Capdeferro Villagrasa
Profesor lector de Derecho Administrativo.
Universitat de Barcelona

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El origen de la AIPI: los requisitos marcados por la Directiva 2019/1937. 3. La AIPI y las autoridades autonómicas. 4. Régimen jurídico y organización de la AIPI. 4.1. Marco jurídico: la regulación de la organización y funcionamiento de la AIPI. 4.2. Naturaleza. 4.3. Órganos. *4.3.1. Presidencia. 4.3.2. Comisión Consultiva de Protección del Informante*. 4.4. Potestad normativa y participación en la elaboración de normas. **5. Funciones de la AIPI.** 5.1. Canal externo. 5.2. Protección al informante. 5.3. Ejercicio de la potestad sancionadora. 5.4. Cultura de la información. **6. Algunas cuestiones para considerar.** 6.1. La variable velocidad de la puesta en funcionamiento de las autoridades de protección. 6.2. La autoridad de protección y las entidades locales. 6.3. Carácter y alcance de las circulares de la AIPI. **7. Conclusiones. 8. Bibliografía.**

1. Introducción

El objeto del presente trabajo es ofrecer una primera aproximación a las autoridades de protección del informante previstas en el nuevo régimen de protección de informantes.

De acuerdo con el sistema diseñado en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infraccio-

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

nes normativas y de lucha contra la corrupción, el sistema de autoridades de protección del informante se conforma por una autoridad de ámbito estatal y, si así lo acuerdan las comunidades autónomas, por autoridades a nivel autonómico. Alternativamente, las comunidades autónomas podrán, mediante convenio, atribuir a la autoridad estatal la competencia para actuar en los ámbitos que la Ley 2/2023 reserva a las autoridades autonómicas.

La Ley 2/2023 únicamente regula en detalle, al menos a nivel organizativo, la autoridad estatal, que es denominada Autoridad Independiente de Protección del Informante (en adelante, AIPI). La AIPI es una autoridad administrativa independiente de ámbito estatal creada por la Ley 2/2023, cuya regulación, además, se debe completar con su estatuto, que deberá aprobar el Consejo de Ministros, mediante real decreto, para desarrollar su estructura, organización y funcionamiento interno (artículo 44.2 de la Ley 2/2023).

Queda, por otro lado, reservado a las comunidades autónomas determinar y, en su caso, regular la autoridad que ejercerá las funciones atribuidas a las autoridades de protección del informante previstas en la Ley 2/2023 en el territorio de la respectiva comunidad, siempre que no se opte por la vía de atribuir esas funciones a la AIPI, mediante convenio (artículo 24.1.d y disposición adicional segunda de la Ley 2/2023).

Ante esta situación, pues, en el presente trabajo no solamente se cubrirá la regulación de la Ley 2/2023 relativa a la AIPI, sino que también se tendrán en cuenta las autoridades de protección autonómicas.

No obstante, el estudio aquí presentado cuenta con limitaciones en dos niveles. En primer lugar, en cuanto a la AIPI, el análisis presentado y las conclusiones aportadas se formulan únicamente en base a la Ley 2/2023, pues, en el momento de escribir estas líneas, no se ha aprobado su estatuto, no se ha nombrado la dirección ni, en definitiva, se ha puesto en funcionamiento la autoridad. Por su parte, respecto de las eventuales autoridades autonómicas, nuevamente en el momento de escribir estas líneas no existen leyes de desarrollo autonómicas aprobadas ni hay todavía autoridades de nueva creación, si bien, como más adelante se indicará, en algunas comunidades autónomas hay organismos que ya han empezado a actuar asumiendo las funciones reservadas a las autoridades autonómicas.

Por tanto, las autoridades de protección son, en definitiva, unas autoridades de muy reciente configuración legal y escasamente puestas en funcionamiento en el momento de redactar este trabajo. Por ello, todavía no se puede hacer ninguna valoración respecto de su funcionamiento, si bien, como se verá más adelante, pueden formularse algunas reflexiones preliminares, en atención a su regulación y a alguna bibliografía ya existente.

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

La estructura seguida es la siguiente. En primer lugar, se dará breve cuenta de las disposiciones de la Directiva 2019/1937 sobre las autoridades de protección. Esta Directiva está en el origen de la Ley 2/2023, en cuanto que esta ley realiza su transposición al Estado español, por lo que las previsiones de la Directiva son clave para determinar qué finalidades impuestas a nivel europeo debía satisfacer esta entidad, y con qué margen contaba el Parlamento español para determinar su configuración legal definitiva.

En segundo lugar, se analizará el sistema de autoridades de protección que diseña la Ley 2/2023, en relación con el reparto competencial entre la autoridad estatal y las propias que en su caso establezcan las comunidades autónomas, y se señalarán los primeros avances en este punto que pueden localizarse en algunas comunidades autónomas.

En tercer lugar, y centrando la atención ahora ya en la AIPI, se abordará la configuración jurídica de esta autoridad estatal, señalándose su naturaleza jurídica, su régimen jurídico, su organización y las funciones encomendadas por la ley. En la exposición de estos contenidos, se tomará en especial consideración la relación con las Administraciones locales, y se tendrán en cuenta otras experiencias en cierto modo comparables, como son algunas agencias u oficinas anticorrupción y antifraude autonómicas, que están ya actuando como autoridades de protección autonómicas.

Sigue un apartado con unas reflexiones centradas en aspectos prácticos que pueden ser problemáticos, desde la perspectiva de las entidades locales. Finalmente, una breve sección de conclusiones cierra el estudio.

2. El origen de la AIPI: los requisitos marcados por la Directiva 2019/1937

La Directiva 2019/1937 se refiere a las "autoridades competentes", definidas en el artículo 5.14 como "toda autoridad nacional designada para recibir denuncias de conformidad con el capítulo III y para dar respuesta a los denunciantes, y/o designada para desempeñar las funciones previstas en la presente Directiva, en particular en lo que respecta al seguimiento". El capítulo III referido en esa definición es el relativo al canal externo, por lo que, en este sentido, se debe entender que la AIPI, y las correspondientes autoridades autonómicas que asuman las funciones propias del canal externo en la comunidad autónoma, conforman en el Estado español las autoridades competentes a las que se refiere la Directiva.

Así, se puede apreciar, respecto de las autoridades, que la Directiva contempla cláusulas que en cualquier caso se imponen a los Estados miembros, fijando unos mínimos que deben respetarse, mientras que otras cláu-

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

sulas son disponibles, o permiten optar al legislador del Estado miembro, para que adopte la decisión reguladora que estime más pertinente. El artículo 11 de la Directiva puede servir como ejemplo, ya que contiene disposiciones que obligatoriamente deben quedar recogidas con la transposición, con mayor o menor margen decisorio para los legisladores de los Estados miembros, y también contempla elementos respecto de los que existe cierto margen en el que el legislador cuenta con discrecionalidad para decidir si los incorpora o no en la norma de transposición[1].

Por último, la Directiva no necesariamente vincula o une en la misma autoridad el canal externo y la protección de denunciantes, como señala el artículo 20.3: "Las medidas de apoyo mencionadas en el presente artículo serán prestadas, según corresponda, por un centro de información o por una autoridad administrativa única e independiente claramente identificada". En el caso español, las medidas de apoyo son prestadas por la AIPI y, en su caso, por las autoridades o los órganos competentes de las comunidades autónomas (artículo 41), puesto que la autoridad de gestión del canal externo opera en todo momento como autoridad de protección.

1. Por ejemplo, el artículo 11.3 establece lo siguiente: "Los Estados miembros podrán disponer que las autoridades competentes, tras examinar debidamente el asunto, puedan decidir que la infracción denunciada es manifiestamente menor y no requiere más seguimiento con arreglo a la presente Directiva, que no sea el archivo del procedimiento". Por tanto, es igualmente conforme a la Directiva que un Estado miembro decida que todas las informaciones sobre infracciones verosímiles deban ser investigadas, con independencia de su gravedad, o que establezca la posibilidad de acordar el archivo de las infracciones leves. Sin embargo, en cualquier caso, la Directiva impone, en el artículo 11.2.d, que los Estados deben velar por que las autoridades competentes den respuesta al denunciante en un plazo razonable, que no debe ser superior a tres meses ordinariamente, o seis meses en casos debidamente justificados. En este segundo supuesto, la norma que opere la transposición deberá prever necesariamente que la autoridad competente debe comunicar el resultado de la tramitación de la denuncia en un plazo relativamente breve, ordinariamente no superior a tres meses, ni superior a seis en casos justificados. En particular, estas dos cuestiones, del artículo 11.3 y del artículo 11.2.d de la Directiva, han sido recogidas del siguiente modo en la Ley 2/2023: en cuanto a lo primero, las informaciones recibidas a través del canal externo deben ser priorizadas respecto a la tramitación (artículo 20.1.b, pero no se contempla el archivo por razón de la menor gravedad de la infracción a la que se refiere la información (artículo 20.2.a); y, en cuanto a lo segundo, en el ámbito del canal externo, el plazo para finalizar las actuaciones y dar respuesta al informante es de tres meses desde la entrada en registro de la información (artículo 20.3 de la Ley 2/2023), mientras que, para los sistemas internos, el plazo ordinario para dar respuesta a las comunicaciones es de tres meses, y de seis en casos complejos que requieran ampliación del plazo (artículo 9.2.d de la Ley 2/2023). En definitiva, como se puede ver, en algunos aspectos la transposición se puede considerar relativamente ambiciosa, en cuanto que no incorpora, al menos respecto del canal externo, algunos de los mecanismos que habilita la Directiva para justificar plazos de gestión de informaciones más amplios, o para permitir el archivo de comunicaciones referidas a incumplimientos de menor gravedad.

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

3. La AIPI y las autoridades autonómicas

Tal y como ya se ha apuntado en la introducción de este estudio, el sistema previsto en la Ley 2/2023 contempla la coexistencia de la AIPI con otras autoridades de protección del informante de nivel autonómico. En particular, se prevé que tanto la AIPI como las autoridades autonómicas correspondientes asuman las funciones de gestión de un canal externo (artículo 16.2), la protección de personas informantes (artículo 41) y el ejercicio de la potestad sancionadora prevista en la Ley 2/2023 (artículo 61).

Cabe, sin embargo, la posibilidad de acordar, mediante el correspondiente convenio, que la AIPI actúe como canal externo de informaciones y como autoridad independiente de protección de informantes en las comunidades autónomas. Dicho convenio establecerá cómo sufragará la comunidad autónoma los gastos de la AIPI derivados de asumir estas competencias (disposición adicional segunda de la Ley 2/2023).

Por su parte, los canales externos de las autoridades autonómicas se regularán por su normativa específica, y por la Ley 2/2023 en aquellos aspectos no adaptados a la Directiva 2019/1937 (disposición transitoria segunda de la Ley 2/2023). En este sentido, la regulación de las autoridades de protección autonómicas puede establecer medidas más favorables para los informantes, de acuerdo con la cláusula de no regresión o de trato más favorable, prevista en el artículo 25 de la Directiva 2019/1937[2].

De acuerdo con el artículo 16 de la Ley 2/2023, corresponderá a la AIPI y a las autoridades u órganos autonómicos correspondientes la gestión del canal externo para la presentación de informaciones referidas a infracciones del ordenamiento jurídico. La distribución de competencias en esta materia entre las autoridades se encuentra en el artículo 24.

De acuerdo con el apartado primero de ese artículo, corresponde a la AIPI gestionar con carácter general las informaciones que hagan referencia a la Administración General del Estado y entidades que integran el sector público estatal, entidades del sector público, los órganos constitucionales y los órganos de relevancia constitucional a que se refiere el artículo 13, las entidades del sector privado "cuando la infracción o el incumplimiento sobre el que se informe afecte o produzca sus efectos en el ámbito territorial de más de una comunidad autónoma" (artículo 24.1.c). Además, si así se acuerda por convenio, también se puede encargar de gestionar a través de

2. Al respecto, véase Blázquez Expósito (2023: 418-419).

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

su canal externo informaciones que afecten a las Administraciones de las comunidades autónomas, las entidades que integran la Administración y el sector público institucional autonómico o local.

Por su parte, el apartado segundo del artículo 24 señala el alcance subjetivo de las competencias como canal externo de las autoridades autonómicas. En particular, se indica que las autoridades autonómicas serán competentes para tramitar a través de su canal externo las informaciones que afecten al sector público autonómico y local de su respectivo territorio, a las instituciones autonómicas a que se refiere el artículo 13.2 y a las entidades del sector privado, aunque únicamente cuando el incumplimiento comunicado se circunscriba al ámbito territorial de la correspondiente comunidad autónoma. Como ya se ha visto, si la información sobre entidades privadas produjera efectos en el territorio de más de una comunidad autónoma, la competencia correspondería a la AIPI (artículo 24.1.c). En caso de que una información sea recibida a través de un canal externo que no sería el de la autoridad competente para tramitar esa información, está previsto expresamente que sea remitida la comunicación a la autoridad, entidad u organismo competente para su tramitación (artículos 18.2.d y 20.2.c).

Si atendemos a lo visto hasta ahora, pues, se puede afirmar que, salvo que medie un convenio atribuyendo esta labor a la AIPI, en principio la función de canal externo, complementaria de los canales internos de las entidades locales, será asumida por la autoridad autonómica que se designe. Asimismo, será la autoridad autonómica la que ejerza las funciones de investigación (artículo 19 de la Ley 2/2023) respecto de los entes locales eventualmente afectados por las denuncias o informaciones que esa autoridad reciba a través del canal externo.

Por su parte, el artículo 41 se encarga de la distribución de competencias entre la AIPI y las autoridades autonómicas en materia de medidas de apoyo. De acuerdo con ese artículo, corresponde a la AIPI el apoyo para personas informantes cuando se trate de infracciones cometidas en el ámbito del sector público estatal, y en el sector privado[3]. Y será competencia de las

3. Debe apreciarse que el artículo 41 de la Ley 2/2023 puede dar lugar a confusión, ya que no señala la condición territorial para que la AIPI pueda actuar respecto del sector privado: "Las medidas de apoyo previstas en el presente título serán prestadas por la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., cuando se trate de infracciones cometidas en el ámbito del sector privado y en el sector público estatal". Esta omisión puede conducir a pensar que, en el sector privado, son competentes en cualquier caso la AIPI y, si además la infracción tiene efectos en el territorio de una sola comunidad autónoma, también la autoridad autonómica correspondiente, ya que el mismo precepto añade que es competente la autoridad autonómica "respecto de las infracciones en el ámbito del sector público autonómico y local

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

autoridades autonómicas cuando se trate de infracciones en el ámbito del sector público autonómico y local del territorio de la respectiva comunidad autónoma, así como de infracciones en el ámbito del sector privado, siempre y cuando el incumplimiento comunicado se limite a afectar únicamente al territorio de la correspondiente comunidad autónoma.

A la vista de lo anterior, centrándonos en el ámbito de interés de esta publicación, se puede afirmar que, respecto de infracciones en el ámbito del sector público local, la autoridad competente para la adopción de las medidas de apoyo será la autoridad autonómica, o bien la AIPI si así se establece a través del correspondiente convenio en aquella comunidad autónoma (disposición adicional 2.ª). Debe tenerse en cuenta que esta competencia se reconoce solamente para estos entes, ya que se vincula al canal externo, por lo que no se reconoce la potestad para adoptar estas medidas a entes locales, en el marco de su gestión del sistema interno. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la misma organización en la que se comete la represalia puede adoptar las medidas de apoyo en favor de la persona represaliada que tenga establecidas la organización, así como las medidas disciplinarias que procedan contra la persona actora de dichas represalias (artículos 41 y 61.1 de la Ley 2/2023).

El ejercicio de la potestad sancionadora también se encuentra repartido entre la AIPI y las autoridades autonómicas, de acuerdo con el artículo 61. En particular, a la AIPI se le atribuye la competencia para sancionar respecto de las infracciones cometidas en el ámbito del sector público estatal, y, en el ámbito privado, dependerá de lo que se haya establecido en la correspondiente legislación autonómica. Si no se ha previsto la competencia de la autoridad autonómica en la legislación autonómica, entonces la potestad sancionadora en el ámbito privado corresponderá a la AIPI. Por su parte, la autoridad autonómica será competente en materia sancionadora respecto de las infracciones cometidas en el ámbito del sector público autonómico y local del territorio de la correspondiente comunidad autónoma, y, si así lo establece la normativa autonómica, también podrá ser competente respecto de las infracciones cometidas en el ámbito del sector privado cuando

del territorio de la respectiva comunidad autónoma, así como las infracciones en el ámbito del sector privado, cuando el incumplimiento comunicado se circunscriba al ámbito territorial de la correspondiente comunidad autónoma". Sin embargo, esta interpretación, con la eventual duplicidad de autoridad competente en el sector privado, da lugar a una interpretación poco coherente con la distribución competencial de la función de canal externo del artículo 24, que sí contempla la restricción de actuación de la AIPI como canal externo en relación con el sector privado, limitando su actuación a infracciones que afecten al territorio de más de una comunidad autónoma.

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

afecten únicamente al ámbito territorial de dicha comunidad. Así, en cualquier caso, corresponderá a la autoridad autonómica (o a la AIPI, previo convenio) el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones cometidas en el ámbito del sector público local.

Esta organización con múltiples autoridades de protección requiere, para su correcto funcionamiento, de coordinación, para evitar aplicaciones o interpretaciones distintas de la Ley 2/2023 en los distintos ámbitos, estatal o autonómico, y entre comunidades. Así, el artículo 43.3 prevé la convocatoria de reuniones de coordinación entre la AIPI y las autoridades autonómicas, convocadas por la Presidencia de la AIPI a iniciativa propia o a petición de otra autoridad, y que deberán celebrarse, al menos, cada seis meses. Asimismo, se prevé el intercambio mutuo de información para desarrollar correctamente sus funciones, y la posibilidad de crear grupos de trabajo para la adopción de pautas comunes de actuación o para el estudio de asuntos específicos.

Ahora bien, ¿cuál es la situación actual? ¿Cuántas autoridades autonómicas hay actualmente en funcionamiento? ¿Se ha firmado algún convenio con la AIPI?

Pues bien, empezando por el final, la AIPI todavía no se ha constituido, por lo que, evidentemente, en el momento de redactar este artículo, tampoco se han firmado convenios con las comunidades autónomas para que la AIPI asuma las funciones correspondientes, *a priori*, a las autoridades autonómicas.

Sin embargo, la falta de puesta en funcionamiento de la autoridad estatal no ha supuesto la parálisis a nivel autonómico, en el que se ha observado la rápida asunción de competencias asociadas con la Ley 2/2023 por parte de las agencias y oficinas anticorrupción, las cuales, en algunos casos, ya llevaban años gestionando un canal de denuncias y ejerciendo funciones de protección de denunciantes, aunque únicamente respecto de casos de fraude y corrupción, por razón de su ámbito material de actuación[4].

Así, en Cataluña, la disposición adicional séptima de la Ley 3/2023, de 16 de marzo, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público para 2023, establece que, provisionalmente[5], se asignan a la Oficina

4. Una referencia a estos organismos, en relación con las autoridades competentes señaladas por la Directiva 2019/1937, se encuentra en Garrido Juncal (2019: 140-143). Asimismo, sobre la implantación de normativa de protección de denunciantes en España, antes de la adopción de la Ley 2/2023, véase Pérez Monguió (2019: 354-358).

5. La atribución definitiva, en su caso, se hará previsiblemente con la aprobación de la ley autonómica correspondiente, en desarrollo de la Ley 2/2023 en Cataluña.

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

Antifraude de Cataluña las funciones de la Ley 2/2023 que pueden asumir instituciones u órganos competentes de las comunidades autónomas. Por otro lado, encontramos la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, la cual, a través de la Resolución de 20 de marzo de 2023, de la misma oficina, declara que las referencias a la autoridad autonómica en la Ley 2/2023 se entienden hechas a esa oficina anticorrupción, y se crea el canal externo de información[6], y posteriormente se creó, en junio, el registro de responsables de los sistemas internos[7]. Un tercer supuesto es el caso navarro. Así, mediante la Resolución 4/2023, de 26 de junio, de la directora de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, se ha habilitado el canal externo de denuncias de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, como canal externo a los efectos de la Ley 2/2023. Ha asumido también las funciones de canal externo la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana y, en atención a su condición de autoridad gestora del canal externo[8], incluso ha regulado ya un registro de responsables de los sistemas internos[9]. También es posible encontrar el canal externo de información, incluso con esta misma denominación, en la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, oficina que, también, ha creado el correspondiente registro de responsables de sistemas internos[10].

6. Resolución de 20 de marzo de 2023, de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, por la que se crea y se ordena la puesta en funcionamiento del canal externo de información (Canal de Denuncias). En particular, en su preámbulo se afirma: "En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, dicha autoridad autonómica competente es la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, en adelante la Oficina".

7. Resolución de 12 de junio de 2023, de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, por la que se crea el Registro de Responsables del Sistema Interno de Información y se regula su funcionamiento.

8. "Conforme indica el preámbulo de la Ley 2/2023 en relación con su artículo 16.2, el canal externo de información a que la misma se refiere y la protección a las personas que comuniquen o releven dicha información le corresponde en el ámbito de la Comunitat Valenciana a la Agencia" (Resolución número 504, de 10 de mayo de 2023, del director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la que se crea el Registro de Responsables de Sistemas Internos de Información y se regula su funcionamiento).

9. Se trata de la ya citada Resolución número 504, de 10 de mayo de 2023, del director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la que se crea el Registro de Responsables de Sistemas Internos de Información y se regula su funcionamiento.

10. Como en el caso valenciano, se puede apreciar el peso otorgado al preámbulo de la Ley 2/2023 para justificar esta eventual designación como autoridad autonómica: "Tal como indica el preámbulo de la Ley 2/2023 en relación con el artículo 16.2, el canal externo de información a que ésta se refiere y la protección a las personas que comunican o revelan esta información corresponde, en el ámbito de las Illes Balears, a esta Oficina" (Resolución del Director de la OAIB, de 13 de junio de 2023, por la cual se crea el Registro de responsables de sistemas internos de información y se regula su funcionamiento). Aunque se pueda tratar de autoridades idóneas para asumir este papel, no parece tampoco suficiente para afirmar la designación como auto-

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

Aunque todavía no se han abordado las características de la AIPI, se puede avanzar, sin embargo, una diferencia entre estas autoridades autonómicas y la AIPI: mientras la AIPI está vinculada al Ministerio de Justicia (artículo 42.2 de la Ley 2/2023), generalmente las agencias anticorrupción que pasan a ejercer como autoridades autonómicas a efectos de la Ley 2/2023 no se adscriben o vinculan al Gobierno autonómico, sino que se adscriben a los parlamentos autonómicos[11]. En particular, esta diferencia ha sido puesta de relieve (Jiménez Franco, 2023: 352) para señalar que la AIPI, con el diseño actual, ha perdido la oportunidad de ofrecer una independencia más efectiva y mayor legitimidad democrática, al no seguir un modelo de adscripción parlamentaria.

4. Régimen jurídico y organización de la AIPI

En este apartado, y de forma separada, se hará una breve indicación del marco jurídico aplicable a la AIPI, junto con aspectos generales de su régimen jurídico y sobre su organización.

4.1. Marco jurídico: la regulación de la organización y funcionamiento de la AIPI

La regulación principal, central, de la AIPI, se encuentra en el título VIII ("Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I.") de la Ley 2/2023, que se organiza, a su vez, en tres capítulos, y se compone de los artículos 42 a 59.

Fuera de este título, igualmente, se encuentran referencias a la AIPI (y, en su caso, también a las autoridades de protección autonómicas), en cuanto que se encarga de asumir funciones que se desarrollan en múltiples artículos de la ley ubicados en distintos títulos, como podrían ser las ya mencionadas potestades en materia sancionadora (artículo 61), la gestión del canal externo (artículo 16) e incluso la recepción de información relativa a los

ridades autonómicas únicamente esa breve referencia a estas agencias en el preámbulo de la ley.

11. Así, artículos 1.1 de la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña (LOAC), 1.1 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana (LAVAF), 1.1 de la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears (LOAIB), y 6.1 de la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante (LOAAF). Algo distinto es, en este sentido, el encaje institucional previsto para la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra en la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra.

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

nombramientos y ceses de las personas designadas como responsables de los sistemas internos de información (artículo 8.3), entre otras.

Asimismo, la regulación de la ley se complementa con el Estatuto de la AIPI, que deberá ser aprobado por el Consejo de Ministros mediante real decreto (artículo 44.2 de la Ley 2/2023)[12]. El estatuto se destina a regular elementos de organización, estructura, funcionamiento y todo aspecto que sea necesario para que la AIPI pueda cumplir con las funciones que la Ley 2/2023 le atribuye (artículo 44.2 y disposición final 11.ª de la Ley 2/2023). La disposición final 11.ª, por su parte, establece que la aprobación de ese estatuto deberá realizarse en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley, "a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Hacienda y Función Pública".

Por último, también está previsto que se pueda aprobar un reglamento de funcionamiento interno, que complementará lo dispuesto en la ley y en el estatuto en lo referente a la organización y funcionamiento interno de la AIPI (artículo 57 de la Ley 2/2023). Sin embargo, ninguna otra mención puede encontrarse en la ley al respecto, por lo que no se especifica a quién corresponde la competencia para elaborar y aprobar esta norma interna de funcionamiento.

Podemos, aquí, presentar dos modelos posibles que se encuentran ya presentes en autoridades que han ejercido funciones de protección de personas informantes y que están actualmente operando como autoridades autonómicas de protección de informantes. Alguna de estas opciones podría configurarse a través de una reforma de la Ley 2/2023 que aclarara este punto, o bien mediante el desarrollo que se haga de la ley a través de otras normas, como podría ser el estatuto antes mencionado.

Un primer modelo es aquel en el que la autoridad no tiene reconocida la competencia para aprobar el reglamento de funcionamiento interno, sino que corresponde a la institución a la que está vinculada. Este modelo se puede encontrar en las agencias anticorrupción balear y andaluza. En esta línea, pues, el artículo 7 de la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, establece que la organización, el régimen jurídico y el funcionamiento de la oficina se regularán mediante un reglamento de régimen interior, que

12. Puede sorprender que se reconozca autonomía funcional y plena independencia (artículos 42.4 y 44.1), pero luego se limite la potestad normativa interna, ya que se ha asociado la autonomía en la regulación interna a través del estatuto con la independencia de las autoridades administrativas independientes (Tornos Mas, 2003: 489).

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

tramita y aprueba el Parlamento balear, aunque se debe apuntar que la propuesta de reglamento, así como sus propuestas de modificación, corresponden a la dirección de la oficina (disposición final 3.ª de la Ley balear 16/2016). Por su parte, el artículo 8.2 de la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante, establece que la oficina se regirá también por un reglamento de régimen interior y funcionamiento, que será propuesto por la dirección de la oficina, y se atribuye al Parlamento de Andalucía la competencia para aprobarlo. De seguirse este modelo, la aprobación del reglamento de funcionamiento interno no correspondería al Parlamento, ya que no se vincula a esta institución la AIPI, sino al Gobierno, en cuanto que su vinculación se establece con el Ministerio de Justicia, que es a través del que se relacionará la AIPI con el Gobierno (artículo 42.2 de la Ley 2/2023).

El segundo modelo se basa en la atribución expresa de competencia a un órgano de la autoridad para aprobar el reglamento de funcionamiento interno. Este modelo ha sido el seguido, por ejemplo, en las agencias anticorrupción valenciana y catalana, a través de las reformas de sus leyes de creación en 2018 y 2022, respectivamente. En el caso valenciano, la disposición transitoria 1.ª de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana (LAVAF), tras ser modificada por el artículo 107 de la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, establece que la dirección de la agencia elabora y aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior, aunque, antes de su aprobación, debe presentarlo al Parlamento autonómico[13]. En el caso catalán, el artículo 8 bis de la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña (LOAC), añadido por el artículo 64.1 de la Ley 2/2021, de 29 de diciembre, atribuye a la dirección de la oficina anticorrupción catalana la potestad reglamentaria para dictar las normas organizativas y de régimen interior, que debe poner en conocimiento del Parlamento.

Como se ha dicho, propiamente la Ley 2/2023 no define ninguna opción, y puede parecer que queda, en último término, tal y como ha observado Jiménez Franco (2023: 353), en manos del Estatuto que aprobará el Consejo de Ministros concretar a quién corresponde la competencia para aprobar el reglamento interior. Puede, sin embargo, apreciarse un argumento en favor de la conveniencia de atribuir esta potestad a la propia

13. El reglamento aprobado, por su parte, regula el sistema de modificación del mismo, también competencia de la dirección, previa deliberación y propuesta del consejo de dirección, y que será también presentada a las Cortes Valencianas antes de ser aprobada por resolución de la dirección de la oficina, según la disposición final 1.ª del reglamento de régimen interior, aprobado por resolución del Director de la AVAF, de 27 de junio de 2019.

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

Presidencia de la AIPI, y es que, aunque este reglamento no es una circular ni una recomendación, el artículo 51.1 establece que, mediante esos dos tipos de instrumentos, la Presidencia podrá establecer "los criterios y prácticas adecuados para el correcto funcionamiento de la Autoridad". La misma lógica puede servir en este caso, señalando que se trata de una norma interna para el correcto funcionamiento de la Autoridad, por lo que, aunque se trate de un instrumento con una denominación distinta, está llamado a realizar la misma función de ordenación del funcionamiento interno que la ley atribuye a las circulares y recomendaciones[14]. Asimismo, la disposición final 11.ª atribuye al Consejo de Ministros únicamente la competencia para aprobar el estatuto, sin hacerse mención del reglamento de funcionamiento interno, por lo que se puede extraer que, *a contrario sensu*, el reglamento no debe aprobarse del modo en que se indica en esa disposición final 11.ª.

No obstante, ese último argumento únicamente deja claro que el reglamento no sigue la especialidad procedimental para la aprobación que se señala en aquella disposición, pero se mantiene la duda de si la aprobación corresponde, sin especialidades procedimentales, al Gobierno[15], o si debe ser competencia de la misma Presidencia de la AIPI. Como se ha visto en los modelos comparados brevemente referidos, no existe una sola posición, sino que es posible encontrar ambas opciones en otras autoridades autonómicas, anticorrupción, que ejercen protección de personas denunciantes.

Asimismo, el artículo 44.1 también establece que supletoriamente resultará de aplicación la normativa a la que se refiere el artículo 110.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), "en cuanto sea compatible con su plena independencia". Dicho precepto hace referencia a la propia LRJSP ("en particular lo dispuesto para organismos autónomos"), la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre,

14. En este punto, debe señalarse la confusión generada por la supresión, durante la tramitación parlamentaria, del apartado 5 del artículo 43 del proyecto de ley, que señalaba expresamente la facultad de la AIPI de elaborar circulares y recomendaciones para el cumplimiento adecuado de la ley. En este sentido, Jiménez Franco (2023: 355) apunta que se ha perdido una buena oportunidad para dejar claro que la AIPI podría asumir funciones de coordinación, a nivel estatal y autonómico, dictando circulares vinculantes, también para las demás autoridades de protección. Sin embargo, conviene añadir que podría entenderse que la coordinación entre autoridades está previsto que adopte formas más propias de *soft law*, y de la cooperación más que de la imposición normativa unilateral, tal y como se desprende del artículo 42.3.

15. Debe añadirse, en este punto, que la disposición final 10.ª de la Ley 2/2023 prevé una cláusula general en favor del Gobierno para el desarrollo reglamentario de la ley.

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

la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y la legislación especial que resulte de aplicación. Y, finalmente, en caso de ausencia de norma administrativa aplicable, se aplicaría el derecho común.

4.2. Naturaleza

La AIPI se crea como una autoridad administrativa independiente de ámbito estatal, de acuerdo con lo previsto en los artículos 109 y 110 LRJSP. Se trata de un ente de derecho público de ámbito estatal. En consecuencia, su actuación queda sujeta al derecho administrativo y, en caso de realizar contratos, deberá ajustarse a la legislación sobre contratación del sector público (artículo 46), en cuyo caso el órgano de contratación será considerado el titular de la Presidencia de la AIPI. Además, su actuación podrá ser objeto de recurso administrativo y también estará sometida al control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa (véase el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, modificado por la disposición final segunda de la Ley 2/2023). Los actos y resoluciones de la Presidencia de la AIPI ponen fin a la vía administrativa, y contra ellos se puede interponer recurso potestativo de reposición y recurso contencioso-administrativo, aunque se excluye la resolución del procedimiento de investigación llevado a cabo como canal externo, que no puede ser objeto de recurso (artículo 20.4 de la Ley 2/2023). Los actos y decisiones de otros órganos de la AIPI no ponen fin a la vía administrativa, y por tanto serían susceptibles, únicamente, de recurso de alzada[16].

Otro punto relevante derivado de su naturaleza jurídica es la independencia, reconocida en el artículo 42, y prevista funcionalmente en el apartado 4 de dicho artículo. En particular, se reconoce la plena autonomía e independencia orgánica y funcional respecto del Gobierno, de las entidades integrantes del sector público y de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones, y se señala que, en ejercicio de tales funciones, ni el personal ni los miembros de los órganos de la AIPI (la Presidencia y la Comisión Consultiva) pueden solicitar o aceptar instrucciones de entidades públicas o privadas. Por su parte, el artículo 44.1 hace alusión a la "plena independencia" de la AIPI. Justamente, desde el punto de vista de la independencia, se puede valorar negativamente la vinculación con el Ministerio de Justicia en lugar de haberla ads-

16. Si se dan las condiciones previstas en la LPAC, también podría llegar a ser aplicable el recurso extraordinario de revisión.

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

crito al Parlamento (artículo 42.2), y por el peso que tiene en el nombramiento de su director y directora la persona titular del Ministerio de Justicia (artículo 53.2). La importancia de la independencia no es menor en este caso, ya que la misma AIPI es el canal externo respecto del Ministerio de Justicia, y por tanto tiene atribuidas las facultades para investigar, en su caso, informaciones relativas a incumplimientos normativos cometidos en el seno del Ministerio de Justicia, incluyendo los que pueda haber realizado el mismo ministro o ministra de Justicia. Además, puede entenderse limitada su autonomía en cuanto que no se ha atribuido a la propia AIPI ninguna participación en el proceso de elaboración y aprobación de su estatuto interno.

4.3. Órganos

El capítulo III del título VIII de la Ley 2/2023 se dedica a la organización de la AIPI, y regula, de forma destacada, dos órganos: la Presidencia de la AIPI y la Comisión Consultiva de Protección del Informante.

Además de contar con estos dos órganos, para poder funcionar correctamente, la AIPI necesitará recursos personales y materiales. Así, se prevé que la AIPI cuente con personal a su servicio (artículo 45)[17]. Este personal será seleccionado siguiendo procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia, y su selección se ajustará a los principios de competencia y aptitud profesional, mérito y capacidad e idoneidad. Su régimen será el propio de los empleados públicos, siendo posible la incorporación como funcionarios o como personal laboral, según corresponda. Una vez incorporado al servicio de la AIPI, su personal deberá recibir formación específica para el tratamiento de las comunicaciones.

Contará con patrimonio propio e independiente (artículo 47), aspecto este, el económico, en el que se podrían destacar dos elementos: la AIPI elabora y aprueba anualmente su anteproyecto de presupuesto, que posteriormente se integra en los Presupuestos Generales del Estado (artículo 49); y la previsión de que la AIPI se financie, también, a través del ejercicio

17. La previsión que se contiene en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, en sus pp. 38 y 39, es la siguiente: "El coste de la creación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante se estima inicialmente en: 3,88 millones € con el siguiente reparto: [...] En capítulo 1 de gastos de personal: 1,61 millones €. Los cálculos anteriores prefiguran una plantilla formada por un total de 28 personas, formada por un presidente, con rango de Subsecretario, 3 directores de división, 1 coordinador de área, 6 jefes de área, 5 jefes de servicio, 6 personas de apoyo administrativo y 3 puestos de secretarías de alta dirección y 3 puestos secretarías de director de división. Del importe señalado 0,26 millones € se han considerado gastos de Seguridad Social".

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

de su potestad sancionadora, pues se contempla que pueda recibir un porcentaje (a determinar en la Ley de Presupuestos Generales del Estado) sobre los importes de las sanciones pecuniarias que imponga (artículo 47.2.c). Por último, también se prevé un régimen de asistencia jurídica a la AIPI por parte de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, formalizada a través de convenio (artículo 48).

A continuación, se presentan algunos detalles referidos a los dos órganos de la AIPI regulados en la Ley 2/2023.

4.3.1. Presidencia

El presidente o presidenta de la AIPI es su máximo órgano de representación y gobierno. Su nombramiento lo efectúa el Gobierno a través de real decreto[18], a propuesta del ministro o ministra de Justicia. Posteriormente, en el plazo de un mes, el Congreso de los Diputados, a través de la Comisión correspondiente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta de esta, deberá ratificar el nombramiento del titular de la Presidencia de la AIPI.

Se ha señalado que la Ley 2/2023 (Sierra Rodríguez, 2023: 86) es algo imprecisa o vaga al señalar los requisitos de la persona propuesta para presidir la AIPI, ya que únicamente se establece que debe tratarse de una persona "de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de las materias competencia de la Autoridad" (artículo 53.2), por lo que podría referirse a un amplio y variado grupo de profesionales. Asimismo, se ha apuntado por Jiménez Franco (2023: 365-366) que es desafortunada la ausencia de un número de años determinado como mínimo de experiencia profesional, experiencia que, por otro lado, sí que se exige a dos miembros de la Comisión Consultiva de Protección del Informante[19]. Sin embargo, este criterio de los diez años de experiencia profesional se puede encontrar en algunas agencias antifraude que están ejerciendo funciones de protección de denunciantes, como requisito de elegibilidad del director o directora[20].

18. No se especifica, aunque es de suponer que sea aprobado por el Consejo de Ministros y no por el Presidente del Gobierno (véase el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno), en consonancia con lo que se prevé, respecto del cese, en el artículo 58 de la Ley 2/2023.

19. En particular, el artículo 54.2.k de la Ley 2/2023 se refiere a los dos representantes designados por el Ministerio de Justicia como miembros de la mencionada Comisión Consultiva. Esos dos miembros deben ser juristas de reconocida competencia con más de 10 años de ejercicio profesional.

20. Aunque presentan diferencias entre ellos, coinciden en señalar la importancia de los 10 años de experiencia mínima los artículos 26.3 de la LAVAF, 19.1 de la LOAIB y 25.1 de la LOAAF. Sin embargo, el artículo 9.1 de la LOAC no cuantifica la experiencia mínima necesaria.

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

A este cargo se le atribuye rango de subsecretario, y su mandato será de cinco años, no renovable ni prorrogable. Tras este período, cesará en el cargo de presidente o presidenta de la Autoridad. Además de la expiración del mandato, también podrá cesar en el cargo a petición propia, o bien por separación acordada mediante real decreto por el Consejo de Ministros, en caso de incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función, incompatibilidad o condena firme por delito doloso (artículo 58). Salvo en el último caso, referido a la condena penal, en los demás casos de separación deberá ratificarse esta por mayoría absoluta de la Comisión competente del Congreso de los Diputados.

Anualmente, el presidente o presidenta de la AIPI deberá comparecer ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y del Senado, como mecanismo de control parlamentario de su actuación (artículo 59).

Las funciones de la Presidencia se listan en el artículo 55. Sin ánimo de exhaustividad, se puede destacar su función de representación legal de la AIPI, la dirección y coordinación de las actividades de los órganos directivos de la AIPI, así como el nombramiento de sus titulares, la celebración de contratos y convenios, y dictar la resolución de los procedimientos sancionadores competencia de la AIPI, entre otras. Asimismo, es competencia del presidente o presidenta de la Autoridad convocar las sesiones ordinarias y extraordinarias de la Comisión Consultiva de Protección del Informante, órgano al que paso a referirme a continuación.

4.3.2. Comisión Consultiva de Protección del Informante

Esta Comisión Consultiva se crea como un órgano colegiado de asesoramiento de la Presidencia de la AIPI (artículo 56). Principalmente, su actuación consiste en informar, sin carácter vinculante (artículo 54.4), respecto de aquellas cuestiones que le someta la Presidencia, aunque también se contempla la posibilidad de que esta Comisión formule propuestas en temas relacionados con materias de competencia de la AIPI. Las reuniones de la Comisión se llevarán a cabo cuando así lo solicite el presidente o presidenta de la AIPI, y, en cualquier caso, al menos una vez al semestre (artículo 54.3).

La Comisión está compuesta por trece miembros[21], que contarán al menos con rango de director general o asimilado y serán nombrados por orden

21. Se trata, en su mayoría, de representantes de instituciones y autoridades de nivel estatal con funciones de control, como el Tribunal de Cuentas, el Banco de España o la Comisión

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

del titular del Ministerio de Justicia que deberá ser publicada en el Boletín Oficial del Estado, más la Presidencia. La Presidencia de la Comisión corresponde a la misma persona que preside la AIPI.

4.4. Potestad normativa y participación en la elaboración de normas

En el presente apartado, me centraré en el artículo 51 de la Ley 2/2023, en el que se atribuye a la persona titular de la Presidencia de la AIPI la potestad para elaborar recomendaciones y circulares; y en el artículo 43, en cuanto que contempla la función de la AIPI de informar, preceptivamente, anteproyectos y proyectos de disposiciones generales.

Empezando por las instrucciones y circulares del artículo 51, se puede señalar que hay elementos comunes y elementos diferenciales entre ambos instrumentos. En cuanto a lo común, ambos instrumentos tienen por objeto establecer los criterios y prácticas adecuados para el correcto funcionamiento de la AIPI, y la competencia para su aprobación se reconoce a la Presidencia de la entidad.

La diferencia es el carácter jurídico que se les atribuye. Así, únicamente las circulares presentan las notas propias de las normas jurídicas, en cuanto que deben aprobarse siguiendo el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, deben ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado y son obligatorias.

Vemos, pues, que al menos a las circulares, *ex* artículo 51.2 de la Ley 2/2023, se les atribuye carácter de norma jurídica, de rango infralegal o reglamentario, en cuanto que se les aplica el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general y la publicación en el Boletín Oficial del Estado, y se les atribuye carácter obligatorio.

La cuestión de si es posible atribuir potestad normativa a una autoridad independiente es abordada por el artículo 129.4 LPAC, en el que se permite esta posibilidad, siempre que sea mediante una ley.

Debe recordarse que no estamos en este punto en una novedad de la organización administrativa introducida por la Ley 2/2023, sino que, desde

Nacional de los Mercados y la Competencia, entre otras. Asimismo, se debe destacar que se contempla que dos miembros sean representantes designados por el Ministerio de Justicia por un período de cinco años entre juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional.

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

hace ya muchos años, viene siendo habitual prever estas facultades, especialmente para autoridades reguladoras, con efectos *ad extra* y carácter de norma jurídica. El Tribunal Supremo, en 2007, diferenció este tipo de instrucciones o circulares (aun pudiendo compartir la misma denominación) de las instrucciones y órdenes para la dirección de órganos jerárquicamente dependientes (artículo 6 LRJSP):

> "En fecha reciente se ha incorporado a nuestro ordenamiento una nueva figura como son las circulares o instrucciones que pueden dictar determinados entes públicos como las denominadas agencias o comisiones que operan en determinados mercados, y a las que se ha referido la sentencia de esta sala de 16 de febrero de 2007, recurso de casación 220/2003, y que en relación con la circular 1/1995 de la Agencia de Protección de Datos expuso que 'se desprende de tal regulación la atribución a la Agencia de Protección de Datos de la facultad de dictar Instrucciones de eficacia *ad extra*, en cuanto se dirigen a quienes operan en el tratamiento informatizado de datos y resultan de obligada observancia, como se desprende del artículo 43.2.b) de la propia ley, que sanciona el incumplimiento de las instrucciones dictadas por el director de la Agencia de Protección de Datos, distintas, por lo tanto, de aquellas instrucciones a que se refiere el artículo 21 de la Ley 30/92, dirigidas a los órganos jerárquicamente dependientes y destinadas a ordenar las actividades del servicio en virtud de las facultades de dirección, que producen efectos *ad intra* y cuya obligatoriedad para los subordinados no deriva de un carácter normativo que no tienen sino de los deberes impuestos en virtud del principio de jerarquía al que responden'" (STS de 17 de octubre de 2007, rec. 6861/2002, Roj: STS 6670/2007 - ECLI:ES:TS:2007:6670).

Por último, en este apartado, por su relación con las normas jurídicas, también quiero hacer referencia a la función de la AIPI de informar en relación con normas en desarrollo, es decir, a aquella función en la que la AIPI no elabora ninguna norma, sino que asesora o informa al órgano competente, en el marco de un procedimiento de elaboración de normas.

En particular, se reconoce la potestad indicativa de la AIPI en el artículo 43.3 de la Ley 2/2023. En ese apartado se establece que la AIPI deberá informar con carácter preceptivo en anteproyectos y proyectos de disposiciones generales que afecten a su ámbito de competencias o funciones. Puesto que no se señala que este informe sea vinculante, se debe entender que no goza de carácter vinculante *ex* artículo 80.1 LPAC.

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

En comparación con el papel informador de otras autoridades con funciones de protección de denunciantes, la AIPI se puede considerar alineada con las mejores prácticas comparadas autonómicas respecto del carácter preceptivo del informe. Así, se puede destacar la previsión del artículo 9.1.c de la LOAAF, en el cual se prevé que la oficina informe, con carácter preceptivo, al Parlamento sobre los proyectos normativos que desarrollen la LOAAF o que estén directamente relacionados con la finalidad y las funciones de la oficina. Sin embargo, a diferencia del caso andaluz, respecto de la AIPI no se concreta esta función en la ley, por lo que no se indica a quién se informa.

5. Funciones de la AIPI

El artículo 43 reconoce una serie de funciones a la AIPI, que me encargaré de referir brevemente, siguiendo el mismo orden del listado recogido en ese artículo: gestión del canal externo, adopción de medidas de protección al informante, informar anteproyectos y proyectos de disposiciones generales, potestad sancionadora y promoción de la cultura de la información.

5.1. Canal externo

De acuerdo con el artículo 16, la AIPI opera como autoridad gestora de un canal externo, actividad que, como otras que se verán, es compartida con las autoridades autonómicas. Como se ha dicho, el artículo 24 delimita el espacio de la AIPI como canal externo, circunscribiéndolo a la Administración General del Estado y entidades que integran el sector público estatal, el resto de entidades del sector público, órganos constitucionales y órganos de relevancia constitucional. Y respecto de las entidades del sector privado, ejerce de canal externo cuando la infracción o el incumplimiento sobre el que se informe "afecte o produzca sus efectos en el ámbito territorial de más de una comunidad autónoma" (artículo 24.1).

Como también se ha referido, puede mediar un convenio que extienda las funciones de la AIPI en el territorio de una comunidad autónoma. En definitiva, como se puede observar, si no existe ese convenio en la correspondiente comunidad autónoma, no se podrá emplear el canal externo de la AIPI para comunicar la infracción que afecte a una entidad local. En ese supuesto, el canal externo es el de la autoridad autonómica (artículo 24.2.a).

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

Sobre la actividad de investigación o comprobación que lleva aparejada la tramitación de la comunicación del incumplimiento normativo (artículo 19), me gustaría destacar que esta actuación no equivale a un procedimiento sancionador, ya que la autoridad gestora del canal externo en principio no será competente, a la luz de la Ley 2/2023, para sancionar el posible incumplimiento normativo denunciado, ya que la potestad sancionadora se reserva a otras cuestiones, como las represalias al informante, la obstrucción o falta de colaboración en las investigaciones o el incumplimiento de otras obligaciones impuestas por la Ley 2/2023, como puede ser el establecimiento de los sistemas internos.

El procedimiento de gestión de informaciones del canal externo debe ser revisado y, en su caso, modificado cada tres años. Para ello, de acuerdo con el artículo 22, la AIPI no solo tendrá en cuenta su propia experiencia, sino también la de las demás autoridades que gestionen canales externos.

5.2. Protección al informante

El artículo 43.2 reconoce la función de protección de informantes de la AIPI. Esta función se debe presumir central de su actividad, en cuanto que es la que determina su denominación (Autoridad Independiente de Protección del Informante). El ámbito en el que ejerce esta protección es el sector público estatal y el sector privado, cuando el incumplimiento se circunscriba al ámbito territorial de más de una comunidad autónoma (artículo 41). Así, específicamente, respecto del sector público local ejerce las funciones de protección la autoridad autonómica correspondiente y no la AIPI.

Entre las funciones de protección, y destacadamente las denominadas medidas de apoyo, previstas en el artículo 37, se puede destacar que las autoridades competentes prestarán asistencia efectiva frente a represalias, incluyendo la posibilidad de certificar que una persona puede acogerse al régimen de protección, asistencia jurídica y apoyo financiero y psicológico.

5.3. Ejercicio de la potestad sancionadora

Los artículos 52 y 43.4 de la Ley 2/2023 reconocen la potestad sancionadora de la AIPI, en relación con el régimen sancionador previsto en los artículos 60 y siguientes. Sin embargo, como ya se ha avanzado, también en esta fun-

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

ción su desempeño es compartido con las autoridades autonómicas, a las que también se reservan competencias sancionadoras.

En cualquier caso, el ámbito competencial, en materia sancionadora, de la AIPI respecto del sector público incluye todas las infracciones cometidas en el ámbito del sector público estatal. Queda fuera de su competencia el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de infracciones cometidas en el ámbito del sector público autonómico y local.

En cuanto al sector privado, corresponde a la AIPI ejercer la potestad sancionadora respecto de infracciones cometidas en ese ámbito que afecten al territorio de más de una comunidad autónoma. Además, si no se ha especificado lo contrario en la ley autonómica que corresponda, también será competente respecto de las infracciones cometidas en el ámbito del sector privado que afecten únicamente al territorio de una sola comunidad autónoma (artículo 61.3).

Como ya se ha indicado anteriormente, podría, por vía de convenio, establecerse que la AIPI asumiera las funciones atribuidas a la autoridad autonómica en una comunidad autónoma, lo que permitiría que, en las comunidades donde se formalice tal convenio, se amplíe la potestad sancionadora de la AIPI. De hecho, únicamente mediante este mecanismo se podría dar la situación de que la AIPI sancionara a una entidad local, ya que, como se ha dicho, la potestad sancionadora respecto de las infracciones en el sector público de ámbito local se atribuye a las autoridades autonómicas.

5.4. Cultura de la información

En último lugar, el artículo 43 reconoce a la AIPI la función de fomentar y promover la cultura de la información. Cuesta, sin embargo, comprender qué relación tiene la cultura de la información con el objeto de la Ley 2/2023, especialmente si se entiende la cultura de la información de la forma en que tradicionalmente se ha venido entendiendo[22].

Considero, pues, que la expresión no es del todo afortunada, y puede interpretarse mejor esta función como la promoción de la cultura de la

22. Se ha entendido como el empleo de información fiable como base para la toma de decisiones (Caudillo *et al.*, 2022: 135) y la forma en que se gestiona la información. Como se puede observar, no se trata de un concepto que tenga relación con la denuncia de infracciones del ordenamiento jurídico.

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

legalidad o del cumplimiento normativo, lo que podría incluir la información y la formación en relación con las formas de denunciar incumplimientos normativos, y los derechos que se tienen como informante, incluyendo el derecho a informar de forma anónima y el derecho a no sufrir represalias. En este caso, se debería también formar sobre cómo acceder a las medidas de protección, y cuáles son estas medidas. La manifestación de esta función en el ámbito, justamente, de la información sobre la protección frente a represalias, se podría entender contemplada expresamente en el artículo 37.1.a.

Entiendo que, en base a esta función, la AIPI podría elaborar guías y otros documentos informativos, destinados a organizaciones del sector público y del sector privado, o medidas de fomento dirigidas a cualquier organización en ambos sectores, sin la limitación competencial subjetiva que se puede encontrar respecto de otras funciones ya vistas previamente, puesto que no se limita ni detalla cómo se debe ejercer esta función, más allá de lo referido en el párrafo anterior. Así, en ejercicio de esta función, podría incidirse en las entidades locales, por ejemplo convocando, la AIPI, un concurso o premio que reconozca prácticas ejemplares en materia de canales de denuncia en el sector público local.

Es esta función, además, una de las que mayor impacto pueda tener a largo plazo para la implantación efectiva del sistema de protección de denunciantes, ya que podría corregir tendencias que dificultan la denuncia de irregularidades. Así, por ejemplo, el Eurobarómetro especial 523 de la Comisión Europea, de julio de 2022[23], muestra que la falta de información suficiente ha sido señalada como el cuarto problema para la presentación de denuncias ("No saber dónde denunciarlo"), y la aceptación de las malas prácticas ocupa los puestos quinto y sexto, con unos porcentajes cercanos al 20 % de las respuestas ("Todo el mundo conoce estos casos y nadie los denuncia", y "Nadie quiere traicionar a nadie").

El miedo a las posibles represalias, además, es también una causa central que desincentiva la denuncia, y, en sentido contrario, la expectativa de protección es un elemento que favorece la denuncia (Latan *et al.*, 2023; Cheliatsidou *et al.*, 2023: 9). Ante esta situación, realizar protecciones efectivas de denunciantes y comunicar estos resultados positivos pueden promover la confianza en el sistema de protección y, así, facilitar que las personas que conozcan informaciones sobre infracciones se atrevan a comunicarlas, con

23. *Special Eurobarometer SP523: Corruption*.

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

la percepción de que no están asumiendo unos riesgos acaso excesivos, confiando en las autoridades de protección.

Por su parte, De Graaf (2019: 214) señala que, en caso de ser inefectiva la denuncia interna, se tiende a evitar denuncias externas, siendo incluso más probable la revelación pública, por lo que, mediante esta actuación, podrían explorarse formas para fomentar la denuncia externa, aun cuando haya sido inefectiva la vía interna que haya seguido previamente la persona informante.

6. Algunas cuestiones para considerar

En el presente apartado, se apuntan brevemente tres aspectos sobre los que puede ser relevante añadir alguna reflexión adicional, más allá de lo expuesto en los apartados previos de este trabajo. En particular, se trata la variable velocidad de la aplicación de la Ley 2/2023, especialmente a través de las autoridades de protección; luego, se aborda la potestad normativa de la AIPI y, por último, se concretan algunos aspectos de las relaciones entre los entes locales y las autoridades de protección.

6.1. La variable velocidad de la puesta en funcionamiento de las autoridades de protección

En el momento de finalizar la redacción de este artículo, ya hace varios meses de la entrada en vigor de la Ley 2/2023 y, sin embargo, su cumplimiento sigue siendo insuficiente. No se ha creado la AIPI, y solamente en algunas comunidades autónomas se ha empezado activamente a dar cumplimiento a la ley, con autoridades de protección autonómicas que han establecido canales externos y que informan sobre sus funciones de protección de personas informantes. Este retraso en el cumplimiento efectivo de la ley debe sumarse al notable retraso que también marcó la transposición de la misma Directiva 2019/1937, lo que dio incluso lugar al inicio de un procedimiento de infracción del derecho de la Unión que llevó, el 15 de febrero de 2023, a la Comisión a presentar un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en aplicación del artículo 260.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por el incumplimiento en la transposición de la Directiva 2019/1937 respecto de ocho Estados miembros, incluyendo a España.

No es esta una cuestión menor o irrelevante, ya que se debe tener en cuenta que son estas autoridades de protección las que imponen el régimen sancionador de la ley, por lo que, si existen, pueden imponer las sanciones,

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

mientras que, en caso de no existir, en el territorio sin autoridad establecida, no habrá autoridad competente para hacer exigibles las obligaciones, a través de la sanción ante su incumplimiento. Tampoco habrá, pues, un canal externo en ese ámbito, ni se harán efectivas las medidas de protección de informantes que hayan informado a través de las otras vías que sí existan, como podrán ser los sistemas internos de información y la revelación pública.

Se puede plantear, también, el caso de comunidades que no designen una autoridad. En ese caso, si tampoco hay convenio que asigne en la comunidad autónoma esas funciones a la AIPI, resultará en una ausencia de órgano competente para imponer el régimen sancionador, en una falta de canal externo y en limitaciones para la protección de personas informantes en aquella comunidad, ya que no se prevén mecanismos automáticos de subrogación de las funciones en favor de la AIPI, excepto en el caso de la competencia para sancionar respecto de incumplimientos en el sector privado, que sí se establece por defecto en favor de la AIPI, salvo que una ley autonómica atribuya esa potestad a una autoridad de protección de informantes propia, autonómica (artículo 61.3).

Todo parece indicar que este es un problema transitorio, ya que la ley debe ser cumplida en todo el territorio del Estado español. Pero no deja de ser preocupante que, por ejemplo, algunas entidades locales, en función de la comunidad autónoma en la que se encuentren, y por la circunstancia antes reseñada, puedan ser sancionadas y otras no, por incumplir las mismas obligaciones referidas, por ejemplo, a la falta de establecimiento en plazo de un sistema interno de información, conducta que está tipificada como infracción muy grave en el artículo 63.1.g.

6.2. La autoridad de protección y las entidades locales

En este apartado, se abordan tres aspectos de las relaciones entre las autoridades de protección y las entidades locales en el contexto de una eventual comunicación que hiciera referencia a incumplimientos normativos en el nivel local, público. En particular, se mencionará la relación entre los canales interno y externo, las facultades investigadoras respecto de incumplimientos llevados a cabo en el nivel local y, por último, la posibilidad de sancionar a las entidades locales y a sus órganos y personal.

En el sistema regulado por la Ley 2/2023, siguiendo la Directiva 2019/1937, se establecen tres vías para la denuncia de incumplimientos normativos: el sistema interno, con al menos un canal interno; el canal externo gestionado

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

por la AIPI o la autoridad autonómica que se designe en cada caso, y la revelación pública.

Dejando de lado el sistema de revelación pública regulado en los artículos 27 y 28, en particular un empleado público del sector público local[24] que tenga conocimiento de una infracción del ordenamiento jurídico llevada a cabo en el seno de la organización en la que trabaja, podrá informar de estos hechos a través de dos canales. Por ejemplo, si se trata de un empleado público municipal, podrá emplear el sistema interno del mismo ayuntamiento en el que presta sus servicios profesionales (artículos 5 y siguientes), o bien podrá remitir directamente la comunicación a través del canal externo, gestionado por la autoridad autonómica (artículo 16.1). Los canales no se excluyen, por lo que podrá presentarse primero por la vía del canal interno, si así se desea, y luego mediante el canal externo[25].

Este punto es relevante, ya que lo que se instaura no es un sistema de subrogación ante el tratamiento inefectivo de denuncias o informaciones internas, puesto que no se exige que la información deba haberse presentado previamente a nivel interno. Así, la persona informante tiene derecho a escoger la vía de comunicación de forma libre, al menos entre el sistema interno y el canal externo, por lo que dicha persona puede optar por prescindir del sistema interno local y dirigirse directamente al canal externo, autonómico, para formular la denuncia.

Esto supone, hasta cierto punto, una novedad en atención a las normativas reguladoras previas de las autoridades de protección preexistentes, las agencias y oficinas antifraude autonómicas, en que es habitual la referencia a la autonomía local en el marco de la regulación de sus facultades de control. Así, en virtud de la autonomía reconocida constitucionalmente a las entidades locales (y, del mismo modo, se establece también para las universidades), encontramos limitaciones en la actuación de las oficinas en el nivel local[26]. Particularmente, una importante limitación del ejercicio de la actuación de la oficina en el ámbito local se encuentra en la LOAAF. Cuando

24. Él ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 2/2023 va más allá de la aplicación a empleados públicos (artículo 3.1.a). La relación completa de sujetos posibles se encuentra en el artículo 3.

25. Conviene recordar que el artículo 7.2 prevé que, a las personas que informen a través de canales internos, se les informará, de forma clara y accesible, sobre los canales externos.

26. Así, pueden verse los artículos 5 y 6 de la LOAC, 5.3 de la LAVAF, 6.3 de la LOAIB, y 10 y 11 de la LOAAF. En este punto, se puede destacar la previsión de la LOAAF, recogida a los artículos 10.4 y 11.3, de establecer convenios, protocolos, planes y programas conjuntos de actuación en el ámbito universitario y local.

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

la irregularidad detectada es en perjuicio exclusivo de las Administraciones locales y sus entidades u organismos vinculados, la oficina no podrá actuar, puesto que se prevé el archivo o el traslado al órgano local competente (artículo 21.4 LOAAF). Esta limitación funcional tan intensa en el ámbito local no se aprecia en las otras oficinas, aunque, como se ha dicho, sí se puede encontrar la referencia a la autonomía local, como elemento que incide en la intensidad de las facultades reconocidas a las agencias y oficinas antifraude, especialmente en el ámbito de la investigación.

En cualquier caso, está abierta la vía del canal externo, no supeditada a la previa denuncia interna, y una vez ha tenido entrada la comunicación a través del canal externo gestionado por una autoridad de protección, y si previamente esta es admitida (artículo 18), se pueden derivar actuaciones de comprobación, que realizará la AIPI o las autoridades autonómicas, a través de personal investigador que actuará con la consideración de agente de la autoridad (artículo 19.4). En el marco de estas actuaciones de control, toda persona, natural o jurídica, está obligada a colaborar con las autoridades competentes, atendiendo los requerimientos que le dirijan (artículo 19.5). Incumplir la obligación de colaboración o remitir información requerida de forma incompleta puede suponer la comisión de infracciones leves, previstas en el artículo 63.3.b y .c, o de infracciones graves o muy graves si se realizan actuaciones dirigidas a impedir, frustrar o ralentizar la investigación (artículo 63.2.a y 63.1.a), siendo especialmente singularizada como muy grave la conducta consistente en aportar información falsa en atención a un requerimiento previo de información (artículo 63.1.a). Estas infracciones, además, se encargará de sancionarlas la misma autoridad de protección autonómica[27] cuyos requerimientos se estén desatendiendo (artículos 61 y 20.2.d), de acuerdo con las sanciones previstas en el artículo 65. En función de la conducta de que se trate, el sujeto responsable podrá ser una persona física o una persona jurídica (artículo 62)[28].

6.3. Carácter y alcance de las circulares de la AIPI

Establece el artículo 51 de la Ley 2/2023 que la Presidencia de la AIPI puede elaborar circulares que, como se ha visto, deben seguir el procedimiento de

27. La potestad sancionadora relativa a las infracciones cometidas en el ámbito del sector público local corresponde a la autoridad autonómica, y no a la AIPI, como ya se ha señalado anteriormente (véase el artículo 61.3).

28. En relación con la responsabilidad en relación con los ayuntamientos, véase Calvo Sánchez (2023: 155).

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

elaboración de las disposiciones de carácter general, y señala que serán obligatorias una vez estén publicadas en el Boletín Oficial del Estado.

Estas circulares, sin embargo, no pueden ser consideradas como equivalentes a cualquier tipo de desarrollo normativo (reglamentario) de la Ley 2/2023, ya que se pueden localizar varias limitaciones a la potestad normativa de la AIPI. La primera de ellas es que la potestad de desarrollo reglamentario de la ley se atribuye, con carácter general, al Gobierno y no a la AIPI (disposición final décima). La segunda limitación es que las circulares (y, en este punto, también las instrucciones) de la AIPI no pueden referirse a aspectos interpretativos de la Ley 2/2023 vinculantes para las autoridades de protección autonómicas con objeto de lograr la coherencia aplicativa de la Ley 2/2023 en todo el territorio del Estado español, ya que esta eventual tarea interpretativa se articula a través de mecanismos de cooperación y colaboración entre la AIPI y las autoridades autonómicas (artículo 42.3 de la Ley 2/2023). Por último, la tercera limitación la establece el mismo artículo 51, ya que señala expresamente que la finalidad de las mismas es establecer los criterios y prácticas adecuados para el correcto funcionamiento de la AIPI. Esta limitación, como se puede apreciar, conduce a pensar que la potestad normativa que se reconoce a la AIPI podría ser principalmente una potestad normativa *ad intra*, de autoorganización, aunque, definitivamente, las potestades de autoorganización se diferencian de las regulaciones con efectos *ad extra*, y este efecto externo de las circulares está reconocido expresamente en el artículo 51.2. Además, se debe recordar que la capacidad regulatoria autoorganizativa de la AIPI está limitada también por la ley, puesto que el artículo 44.2 reserva al Consejo de Ministros la potestad para la aprobación del estatuto de funcionamiento interno de la AIPI.

Ante estas limitaciones, cabe plantearse qué posible contenido concreto pueden abordar las circulares de la AIPI, es decir, procede considerar si cabe una potestad normativa con efectos *ad extra*, pero relacionada con el funcionamiento de la AIPI. Creo, en efecto, que pueden encontrarse ejemplos que encajan dentro de estas limitaciones, que estén destinadas a sujetos externos a la AIPI pero que se refieran a aspectos de funcionamiento de esta autoridad, como puede ser la forma en que deba comunicarse a la autoridad el nombramiento y cese de la persona designada como responsable de un sistema interno (artículo 8.3), a efectos de que la AIPI pueda realizar correctamente sus funciones de registro y control.

Otro elemento que podemos destacar es que, a diferencia de muchas de las facultades que se atribuyen a la AIPI, en este caso la competencia para la aprobación de circulares con carácter normativo y efectos *ad extra*

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

se reconoce únicamente de la AIPI, excluyéndose a las demás autoridades competentes. Corresponderá, pues, a la normativa autonómica definir, para cada una de las autoridades de protección autonómicas, sus competencias, y su eventual potestad normativa con efectos vinculantes *ad extra* respecto de los sujetos sobre los que actúe la autoridad. Cabe plantearse, pues, eventualmente, que una comunidad autónoma atribuya en su legislación autonómica el reconocimiento de potestad normativa a la autoridad de protección, sin esa limitación vinculando materialmente el contenido de la norma a aspectos relacionados con el funcionamiento de la autoridad, pudiéndose, pues, regular por parte de la autoridad otros aspectos del régimen jurídico de las informaciones, como por ejemplo elementos de procedimiento que deban seguirse en los canales internos en aquella comunidad autónoma.

En definitiva, pues, en atención al marco de competencias reconocido a la AIPI, y por la limitación de contenido que la ley atribuye a las circulares de esta autoridad, no parece posible que a través de estas se limite o condicione la actuación de las entidades locales. En efecto, la relación de las entidades locales, como se ha expuesto, se diseña con respecto a las autoridades autonómicas, y las circulares harían referencia a cuestiones vinculadas con el correcto funcionamiento de la AIPI. Así, no se perfilan como claras destinatarias de esas circulares las entidades locales, ya que estas deberían, en coherencia con el marco competencial, dirigirse a los sujetos sobre los que ejerce la AIPI las competencias que la Ley 2/2023 le atribuye.

7. Conclusiones

A lo largo de este estudio se ha dado cuenta del sistema de autoridades gestoras de los canales externos, de protección de informantes y competentes para aplicar el régimen sancionador, en el marco de la Ley 2/2023.

Como se ha indicado, la aplicación efectiva de la norma en esos tres ámbitos depende completamente de la existencia de la autoridad competente, por lo que es prioritario dar cumplimiento a la previsión de establecer y poner en funcionamiento las autoridades estatal y autonómicas. Sorprende, pues, que haya un plazo tan extenso para la aprobación del estatuto de la AIPI, de un año tras la entrada en vigor de la ley (disposición final undécima), y que no se haga referencia al plazo en que deben crearse y ponerse en funcionamiento las autoridades autonómicas.

La AIPI es una autoridad administrativa independiente de ámbito estatal que, salvo que medie un convenio a tal efecto, no ejercerá sus funciones respecto del sector público local, ya que estas corresponderán a la autori-

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

dad autonómica competente. Tampoco parece que, mediante las circulares vinculantes, pueda dirigirse, o afectar, a las entidades locales, ya que la redacción que finalmente se ha incorporado a la Ley 2/2023 parece limitar bastante el alcance material de esta potestad normativa. Sin embargo, la función de fomento y promoción que se reconoce a la AIPI no tiene límites de aplicación tan claros como otras de sus funciones, y podría plantearse, por esta vía, cierto impacto de la AIPI en las entidades locales.

8. Bibliografía

Blázquez Expósito, M. (2023). La reciente Ley 2/2023. Su encaje con la Ley Andaluza 2/2021 y su incidencia desde la perspectiva de las autoridades autonómicas antifraude. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 414-435). Madrid: La Ley-Bosch.

Calvo Sánchez, B. (2023). La Ley 2/2023 de protección del denunciante. Especial referencia a su régimen sancionador en las entidades locales. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial 3, 151-168.

Caudillo Ruiz, D., Encinas Grijalva, M.ª del S., Martínez-Rocha, R. F. y Lau, J. (2022). Cultura de la información en el contexto educativo universitario: aportes teóricos. *Investigación bibliotecológica*, 36 (90), 133-149.

Cheliatsidou, A., Sariannidis, N., Garefalakis, A., Passas, I. y Spinthiropoulos, K. (2023). Exploring Attitudes towards Whistleblowing in Relation to Sustainable Municipalities. *Administrative Sciences*, 13 (9), 1-16.

De Graaf, G. (2019). What Works: The Role of Confidential Integrity Advisors and Effective Whistleblowing. *International Public Management Journal*, 22 (2), 213-231.

Garrido Juncal, A. (2019). La protección del denunciante: regulación autonómica actual, novedades normativas y propuestas de futuro. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 12, 126-151.

Jiménez Franco, E. (2023). La nueva autoridad independiente de protección del informante. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 321-388). Madrid: La Ley-Bosch.

Latan, H., Chiappetta Jabbour, C. J., Ali, M., Lopes de Sousa Jabbour, A. B. y Vo-Thanh, T. (2023). What Makes You a Whistleblower? A Multi-Country Field Study on the Determinants of the Intention to Report Wrongdoing. *Journal of Business Ethics*, 183, 885–905.

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

Pérez Monguió, J. M.ª (2019). Del chivato al cooperador: el *whistleblowing*. *Revista Vasca de Administración Pública*, 115, 343-375.

Sierra Rodríguez, J. (2023). La autoridad independiente de protección del informante en la Ley 2/2023. *Revista Española de Control Externo*, 14 (72), 78-103.

Tornos Mas, J. (2003). La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes. El caso del Consell Audiovisual de Catalunya. *Derecho Privado y Constitución*, 17, 479-498.

Las obligaciones de transparencia y el registro de informaciones

Noelia Betetos Agrelo
Contratada predoctoral FPU.
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Información sobre los canales interno y externo. 2.1. Informaciones sobre el canal interno. 2.2. Informaciones sobre el canal externo. **3. El registro de informaciones. 4. Valoración general acerca del grado de cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad en el ámbito público. 5. Bibliografía.**

1. Introducción

El título IV, integrado por los artículos 25 y 26, de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (en adelante, Ley 2/2023), bajo la rúbrica: "Publicidad de la información y Registro de informaciones", prevé un conjunto de disposiciones en las que se regulan un elenco de obligaciones de transparencia y documentación específicas aplicables a los canales internos y externos de informaciones.

Estos preceptos constituyen la transposición al ordenamiento jurídico español del artículo 7.3, en relación con el 9.1.g), para los canales internos; de los artículos 12.4.a) y 13 para los canales externos; y del artículo 18, en materia de registro de las informaciones, 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 (en lo sucesivo, Directiva 2019/1937, de 23 de octubre).

A pesar de que la sistemática de este título IV pudiera hacer pensar que las mencionadas disposiciones regulan un conjunto de reglas generales de publicidad y registro, aplicables tanto a los canales internos como a los

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

canales externos, lo cierto es que el artículo 25 establece, en cada uno de sus apartados, un régimen de publicidad diferente para cada tipología de canal. En cambio, el artículo 26 de la Ley 2/2023, en el que se regula el procedimiento de registro de las informaciones, se refiere exclusivamente a los canales internos, de modo que, si se desea abordar el estudio de esta misma cuestión en el ámbito de los canales externos, es necesario acudir al artículo 17.3 de la Ley 2/2023[1].

Efectuadas estas consideraciones preliminares, en el presente estudio se abordará, en primer lugar, el análisis de las obligaciones de transparencia que deben cumplir los sujetos responsables de la gestión de los canales, interno y externo, para ajustarse a lo dispuesto en la Ley 2/2023. En segundo lugar, se acometerá el examen de los aspectos esenciales en materia de registro de las informaciones, prestando especial atención a aquellas recibidas a través de los canales internos. Y, por último, se efectuará una valoración general acerca del grado de implantación de los canales de información en el ámbito público, destacando algunas buenas prácticas que se han detectado al efectuar un somero análisis de campo, y formulando algunas sugerencias de mejora.

2. Información sobre los canales interno y externo

Entre las obligaciones de transparencia establecidas en el artículo 25 de la Ley 2/2023 es necesario diferenciar, por un lado, aquellas que vinculan a los sujetos, públicos y privados, responsables de implementar un canal interno de información, y, por otro, aquellas otras previsiones que se refieren exclusivamente a los encargados del mantenimiento de los canales externos de denuncias.

2.1. Informaciones sobre el canal interno

Para comenzar, el párrafo primero del artículo 25 de la Ley 2/2023 impone, a los sujetos obligados a implantar un canal interno de denuncias, el deber

1. A este respecto, cabe mencionar que en el Dictamen n.º 1361/2022, de 8 de agosto de 2022, emitido por el Consejo de Estado acerca del expediente de anteproyecto de ley objeto de análisis, se recomendó la supresión del título IV. En concreto, en la versión remitida a dicho órgano, el actual título IV se rubricaba "disposiciones comunes a los canales interno y externo", poniéndose de manifiesto por el propio Consejo de Estado que no se trataba de disposiciones generales, sino que simplemente regulaban un régimen específico aplicable a cada uno de los canales. Es más, se sugirió que, para evitar confusiones, se trasladara el contenido de los artículos 25 y 26 del anteproyecto de ley a los títulos en los que se establecían las previsiones relativas al canal interno y externo, respectivamente. El texto completo del dictamen se encuentra disponible en: https://acortar.link/KB0JQM (consultado en octubre de 2023).

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

general de facilitar a los posibles informantes los datos necesarios para que estos puedan comprender las reglas de funcionamiento del sistema y los principios básicos que regirán el procedimiento de denuncia. Se trata de una ampliación de las obligaciones de publicidad activa generales previstas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTBG)[2], que tiene como objetivo favorecer una adecuada difusión acerca de las reglas que rigen el funcionamiento de estos canales. Además, al regular las dimensiones material y formal del derecho de acceso a la información, esto es, al concretar qué información debe ponerse a disposición de los ciudadanos y cómo debe hacerse, se reconoce implícitamente el derecho a "entender", que excede del simple derecho a "saber"[3].

La publicación de la información a que se refiere el artículo 25 de la Ley 2/2023 no es solo una garantía para los denunciantes, sino que, en la mayoría de los casos, será uno de los elementos que condicionen el éxito de estas iniciativas, en la medida en que, primero, deberá darse una adecuada publicidad a las actuaciones denunciables, al procedimiento que debe seguirse y a las garantías que asisten al informante, para, a continuación, promover que los individuos hagan uso de estos canales para denunciar las conductas ilícitas de las que tengan conocimiento[4].

Con carácter previo a analizar las concretas obligaciones que derivan de este precepto, es necesario determinar los operadores a quienes corresponde la responsabilidad de proporcionar la información a la que se refiere la normativa. Así pues, el artículo 25, párrafo primero, establece que "los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación" tienen el deber de informar sobre las cuestiones que en él se detallan. Esta locución parece remitir a los artículos 2 y 3 de la Ley 2/2023, preceptos en los que se regula el ámbito material y personal de aplicación de dicha ley; pero la lectura sistemática del mismo permite afirmar que esta alusión debe entenderse efectuada a aquellos sujetos que, por imperativo de la propia ley, estén obligados a habilitar un canal interno de información. Por tanto, teniendo esto en cuenta, los sujetos a los que se refiere el artículo 25 de la Ley 2/2023 son aquellos que se encuentran enumerados en los artículos 10 y 13 de la misma. Resulta criticable la falta de precisión del artículo objeto de análisis, ya que dificulta la aplicación global de la norma. Ahora bien, idéntico reparo puede formularse

2. Sobre los principios rectores en materia de publicidad activa, se pueden consultar Guichot *et al.* (2014) y Girón Reguera (2017).
3. Véase, sobre este punto, Martín Delgado (2021: 18).
4. Véase, en este sentido, Parajó Calvo (2023: 15).

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

a la Directiva 2019/1937/UE, de 23 de octubre, la cual, al regular esta misma cuestión, en su artículo 7.3, utiliza una compleja redacción, con reenvíos parciales a otros tres preceptos, restando claridad al conjunto[5].

Los sujetos obligados, según el artículo 25, párrafo primero, de la Ley 2/2023, pueden dividirse en dos categorías, en función de si se trata de operadores privados o de entidades integrantes del sector público.

Por un lado, en el ámbito privado, tienen el deber de implantar un canal interno, y, por tanto, de informar acerca de su funcionamiento: las personas físicas o jurídicas que tengan contratados cincuenta o más trabajadores[6]; las personas jurídicas que entren en el ámbito de aplicación de los actos de la Unión Europea en materia de servicios, productos y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, seguridad del transporte y protección del medio ambiente; los partidos políticos; los sindicatos; y las organizaciones empresariales y las fundaciones creadas por alguno de estos dos últimos sujetos, en aquellos casos en los que reciban o gestionen fondos públicos. Asimismo, todos aquellos operadores privados que, pese a no constar expresamente en el anterior elenco, opten por habilitar un canal interno de informaciones, deberán respetar también las obligaciones de transparencia, en los términos definidos en el citado artículo 25, párrafo primero.

Por otro lado, el artículo 13.1 de la Ley 2/2023 establece que todas las entidades integrantes del sector público están obligadas a crear un canal interno de informaciones. Acto seguido, como viene siendo habitual en las leyes administrativas, se precisa el alcance de la locución "sector público" a los efectos de la aplicación de la concreta norma, mediante la elaboración de un listado de entidades que quedan comprendidas en dicha expresión. A partir de la delimitación efectuada en el mencionado precepto, se hallarán sometidas a las obligaciones de transparencia previstas en el artículo 25, párrafo primero: las Administraciones territoriales (estatal, autonómicas, locales, y las ciudades con estatuto de autonomía); los organismos y entidades públicas vinculadas o dependientes de algu-

5. En concreto, el tenor literal del artículo 7.3 de la Directiva 2019/1937/UE, de 23 de octubre, dispone que "se proporcionará información apropiada relativa al uso de canales de denuncia interna a que se refiere el apartado 2 en el contexto de la información proporcionada por las entidades jurídicas de los sectores privado y público con arreglo al artículo 9, apartado 1, letra g), y por las autoridades competentes con arreglo al artículo 12, apartado 4, letra a), y al artículo 13".

6. Es necesario tener en cuenta que, de conformidad con la disposición transitoria segunda de la Ley 2/2023, el plazo máximo para el establecimiento de los sistemas internos de información o la adaptación de los ya existentes en las entidades jurídicas del sector privado con doscientos cuarenta y nueve trabajadores o menos finaliza el 1 de diciembre de 2023.

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

na Administración pública, incluidas las asociaciones y corporaciones en las que exista participación pública; las autoridades administrativas independientes, con expresa mención del Banco de España; las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; las universidades públicas; las corporaciones de derecho público; las fundaciones del sector público[7]; las sociedades mercantiles de capital público[8]; los órganos constitucionales, los de relevancia constitucional, y las instituciones autonómicas análogas a los anteriores.

Una vez acotado el ámbito subjetivo de aplicación de las obligaciones de transparencia respecto al canal interno de denuncias, es necesario, a continuación, precisar el contenido material de la información que debe proporcionarse en virtud de este mandato legal. A este respecto, se establece que los sujetos, públicos y privados, enumerados en los párrafos precedentes, en cuanto operadores obligados por la normativa, deberán proporcionar a los usuarios la información que consideren adecuada acerca del funcionamiento general del canal interno que se haya implantado, y de los principios esenciales que rigen el procedimiento de gestión de las informaciones recibidas a través de estos.

Es posible defender que el cumplimiento del mandato previsto en el artículo 25, párrafo primero, de la Ley 2/2023 requiere que se expongan de forma detallada, como mínimo, las cuestiones a que se refiere el artículo 5.2 de dicha ley, relativo a las características generales de diseño, funcionamiento y garantías previstas en relación con el sistema interno de denuncias, y las previsiones reguladas en el artículo 9.2 de la Ley 2/2023, en el que se

7. En la Ley 2/2023 se utilizan los mismos criterios empleados por el artículo 128 LRJSP para precisar cuándo una fundación se integra en el sector público. En concreto, tendrán la consideración de fundaciones públicas aquellas que se constituyan de forma inicial con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución; cuando su patrimonio esté integrado en más del 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por entes integrantes del sector público con carácter permanente; o cuando la mayoría de los derechos de voto en su patronato correspondan a representantes del sector público. Véanse Navajas Rebollar (2015) y, más recientemente, Santamaría Pastor (2018: 542 y ss.).

8. Por su parte, se calificarán como sociedades mercantiles públicas aquellas en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de cualquiera de las Administraciones territoriales, de otros entes instrumentales, de las autoridades administrativas independientes o de las entidades gestoras de la Seguridad Social, de las universidades públicas y de las corporaciones de derecho público sea superior al 50 %, o en los casos en que, sin superar ese porcentaje, se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre. A este respecto, la Ley 2/2023 toma como referencia la definición dada por el artículo 111 LRJSP para las sociedades del sector público estatal. Para un mayor abundamiento, Santiago Iglesias (2021) y Montoya Martín (2016).

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

abordan las reglas esenciales, los derechos y garantías aplicables al procedimiento de gestión de las informaciones remitidas a través del canal interno.

La puesta a disposición de estos contenidos debe efectuarse observando una serie de requisitos, como son el de adecuación, el de claridad y el de accesibilidad.

En primer lugar, la adecuación de la información exige que los datos facilitados y el modo de exponerlos se adapten a las condiciones de las personas que presumiblemente pueden hacer uso de estos canales[9]. Para el cumplimiento óptimo de este principio, sería conveniente que, al diseñar los portales a través de los cuales se van a presentar los datos, se recurriese a un modelo de información por capas o multinivel, en la medida en que su uso podría mejorar el nivel de comprensión global de la información[10]. Así pues, en una primera capa, se podría hacer constar una descripción general y sucinta acerca de los principios básicos de funcionamiento del canal interno, incluyendo diferentes hipervínculos o accesos directos en cada uno de los apartados que remitan a las capas más profundas. Y, en el segundo nivel, se debería hacer constar un análisis más detallado acerca del resto de pormenores que conllevan la implantación y el uso de los sistemas internos de denuncias.

En segundo lugar, el deber de informar no se entenderá cumplido si, al suministrar la información indicada en el artículo 25, párrafo primero, de la Ley 2/2023, no se utiliza un lenguaje claro y sencillo, que resulte fácilmente comprensible para cualquier usuario medio[11]. En la actualidad, existen guías, a disposición de los operadores jurídicos, en las que se analizan los métodos más eficaces para la puesta a disposición de información en otros secto-

9. En concreto, el artículo 5 LTBG ofrece una primera clave, en la medida en que establece que deberá publicarse toda aquella información que resulte relevante para garantizar la transparencia. A nivel autonómico, el artículo 2.f) de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, ha introducido el principio de utilidad, que se orienta a conseguir el mismo efecto que se pretende en la Ley 2/2023 cuando se refiere a la adecuación de la información. En concreto, el mencionado precepto dispone que la información pública que se suministre debe ser adecuada al cumplimiento de los fines para los que se solicite.

10. Esta técnica de presentar la información por capas se utiliza actualmente en el ámbito del derecho a la protección de datos, pero nada impide que este mismo método pueda ser tomado como referencia para difundir la información a que se refiere el artículo 25, párrafo primero, de la Ley 2/2023.

11. Sobre el lenguaje claro y sencillo, Meseguer Yebra (2021: 169). Asimismo, en AEVAL y CTBG (2016) se desarrolla todavía más el alcance de esta previsión, afirmando que debe tratarse de un "lenguaje fácil de entender para el público general, y con ayudas, tutoriales, glosarios o comentarios aclaratorios en el caso de contener un lenguaje complejo por la naturaleza técnica de la información".

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

res de actividad, cuyas consideraciones podrían extenderse a este ámbito[12]. Entre las principales sugerencias contenidas en ellas, destaca la recomendación de poner especial atención en el modo de estructurar y exponer la información. Debe utilizarse, siempre que sea posible, el modelo de preguntas y respuestas o el diseño de tablas, elaborando un esquema general del contenido, sin profundizar en aclaraciones superfluas, que puedan distraer o complicar el entendimiento de las cuestiones centrales. También se advierte, en los citados documentos, de la necesidad de cuidar el volumen de la información presentada, de modo que se eviten los excesos de datos que puedan desincentivar a los usuarios de leer la documentación, y se busque un equilibrio entre concisión y precisión. Asimismo, es necesario hacer un esfuerzo por evitar la utilización o el abuso de lenguaje técnico, de términos ambiguos, o el uso de estructuras gramaticales excesivamente complejas, pues dificultan la compresión global de la información[13].

En tercer lugar, la información debe presentarse en un formato y en unas condiciones que la hagan fácilmente accesible a todos los sujetos que deseen consultarla. A este respecto, el artículo 1.2 del Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público, define este principio como "el conjunto de principios y técnicas que se deben respetar al diseñar, construir, mantener y actualizar los sitios web y las aplicaciones para dispositivos móviles para garantizar la igualdad y la no discriminación en el acceso de las personas usuarias".

Así, por un lado, conviene incorporar criterios de accesibilidad de forma integral, en las fases de diseño, gestión, mantenimiento y actualización, configurando el soporte en donde va a ponerse a disposición la información de un modo que resulte fácilmente visible para todos los usuarios. Para ello, es esencial establecer unas garantías mínimas de carácter técnico, evitando que el acceso a la misma esté condicionado por la necesidad de tener equipos o dispositivos avanzados con unas características tecnológicas concretas, de forma que la información se presente de forma comprensible y que la interfaz utilizada tenga carácter interoperable[14]. Por otro lado, el principio de accesibilidad también hace referencia a la obligación de adaptar la página web y la propia información que debe ser objeto de publicidad a

12. Véase, en este sentido, AEPD *et al.* (2017: 5).
13. En este sentido, se puede consultar AEPD *et al.* (2017: 9).
14. Véanse, en este sentido, los criterios de accesibilidad en materia de publicidad activa previstos en el artículo 5.2 LTBG y en el artículo 5.1 y 2 del Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público.

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

aquellos colectivos especialmente vulnerables (personas con discapacidades, personas de edad avanzada, etc.), evitando que estos usuarios se vean excluidos de la utilización de dichos sistemas por la imposibilidad de acceder a la información acerca de su funcionamiento básico, a la que se refiere el artículo 25, párrafo primero, de la Ley 2/2023.

Por último, en lo que respecta al lugar en el cual debe hacerse constar esta información, el artículo 25, párrafo primero, de la Ley 2/2023 establece que, en aquellos casos en los que los sujetos obligados tengan una web propia, deberán publicar en ella los contenidos arriba señalados. Asimismo, se precisa que la información deberá publicarse en la página de inicio, en una sección específica y separada, de modo que sea fácilmente reconocible e identificable por los usuarios, para lograr, con ello, un adecuado nivel de difusión[15].

Respecto de los sujetos públicos, existe la obligación legal de contar con un portal de internet, en los términos definidos en el artículo 39 LRJSP y desarrollados en el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos[16].

En cambio, cuando el canal interno de denuncias deba implantarse por algunos de los operadores privados anteriormente indicados, aunque sobre ellos no recaiga la obligación legal de contar con un sitio web, lo

15. Asimismo, estas obligaciones específicas de publicidad que afectan al canal interno de informaciones deben ponerse en relación con la LTBG, en la medida en que las previsiones contenidas en el artículo 25, párrafo primero, de la Ley 2/2023 constituyen una ampliación del alcance de las obligaciones de publicidad activa definidas en los artículos 5 y siguientes de la LTBG, las cuales deben publicarse por medios electrónicos a través del portal de transparencia.

16. Tal y como pone de relieve Martín Delgado (2018: 41 y ss.), son tres los espacios a través de los cuales los ciudadanos van a poder comunicarse por medios electrónicos con las Administraciones públicas, en concreto la sede electrónica, el punto de acceso electrónico y el punto de acceso general electrónico. Así, en primer lugar, la sede electrónica es una dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a una Administración pública, órgano o entidad administrativa en el ejercicio de sus competencias. En segundo lugar, el punto de acceso electrónico hace referencia al conjunto de páginas web agrupadas en un dominio de internet cuyo objetivo es ofrecer al usuario, de forma fácil e integrada, el acceso a una serie de recursos y de servicios dirigidos a resolver necesidades específicas de un grupo de personas, o el acceso a la información y los servicios de una institución pública. Y, por último, el punto de acceso general electrónico puede definirse como un portal de acceso que permite a los interesados en el procedimiento administrativo acceder a las notificaciones y a toda la información relativa al mismo, y que posibilita a la Administración cumplir su obligación de facilitar copias de los documentos mediante la puesta a disposición de las mismas en tal portal. Véase, para un desarrollo más exhaustivo de los distintos medios electrónicos para relacionarse con la Administración, Cotino Hueso (2021: 127 y ss.).

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

cierto es que, si se tienen en cuenta las dimensiones o la naturaleza de su actividad, parece poco probable que no tengan una página web para la promoción de su actividad o para la prestación de sus servicios. En todo caso, si disponen de una web deberán cumplir con las exigencias requeridas por la Ley 2/2023.

2.2. Informaciones sobre el canal externo

El artículo 25 de la Ley 2/2023, esta vez en su párrafo segundo, también regula un conjunto de obligaciones de transparencia que afectan al canal externo de denuncias. En este caso, el mencionado precepto delimita su ámbito subjetivo de aplicación de una forma más sencilla, en la medida en que establece que el deber de publicar los contenidos, que se analizarán a continuación, vincula a las "autoridades competentes a las que se refiere el artículo 24" de la Ley 2/2023. Así pues, por un lado, la obligación de informar corresponde, a nivel estatal, a la Autoridad Independiente de Protección del Denunciante (artículo 24.1), y, por otro, quedan también sujetas a lo dispuesto en el artículo 25, párrafo segundo, de la Ley 2/2023 las diferentes autoridades independientes o las entidades designadas como responsables para el cumplimiento de esta función en el ámbito autonómico[17]. En este sector se ha optado por un modelo en el que pueden coexistir una autoridad independiente estatal y sus homólogas autonómicas[18], como sucede en el ámbito de la protección de datos.

Por lo que se refiere a las informaciones que deben publicarse, el artículo 25, párrafo segundo, de la Ley 2/2023 contiene un elenco, que constituye el núcleo mínimo de contenidos que deben facilitarse a los particulares, por las autoridades arriba mencionadas.

17. A este respecto, cabe mencionar que, de conformidad con la disposición adicional segunda de la Ley 2/2023, las comunidades autónomas y las ciudades con estatuto de autonomía podrán suscribir un convenio con la Autoridad Independiente de Protección del Informante estatal para que esta última actúe, en su nombre, como canal externo de informaciones y como autoridad independiente de protección de los informantes.

18. En concreto, el preámbulo de la Ley 2/2023, apartado III, dispone que "conviene destacar la posible implantación de canales externos de información por parte de las comunidades autónomas. La llevanza de dichos canales externos será asumida por autoridades independientes autonómicas análogas a la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. cuya competencia podrá extenderse tanto a las informaciones sobre infracciones que, comprendidas en el ámbito de aplicación de esta ley, sean cometidas en el ámbito de las entidades del sector público autonómico y local del territorio de la correspondiente comunidad autónoma, como a las relativas a incumplimientos imputables a entidades del sector privado que produzcan efectos únicamente en el territorio de dicha comunidad autónoma".

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

En primer lugar, deberán hacerse constar las condiciones que debe reunir el denunciante para poder acogerse a la protección dispensada por la Ley 2/2023, es decir, es preciso informar acerca de los requisitos materiales y personales que deben concurrir en el sujeto informante para quedar comprendido dentro del ámbito de aplicación de la ley[19].

En segundo lugar, deben ponerse a disposición de los interesados todos los datos necesarios para acceder a los canales externos de información. En concreto, en el mismo artículo 25 de la Ley 2/2023, se menciona la obligación de dejar constancia, al menos, de las direcciones electrónica y postal o de los números de teléfono asociados a dichos canales, advirtiendo, en este último supuesto, si las conversaciones telefónicas van a ser objeto de grabación.

En tercer lugar, ha de publicarse información suficiente acerca de los diferentes trámites que se realizarán en el marco de los procedimientos de gestión de las denuncias recibidas a través del canal externo, con el fin de garantizar que los sujetos que pretendan efectuar una comunicación, que se enmarque dentro del ámbito de aplicación de la Ley 2/2023, puedan conocer, con carácter previo a la presentación de la denuncia, el modo en el que va a desarrollarse el procedimiento. En particular, deberá ponerse de manifiesto la manera en la que la autoridad competente se pondrá en contacto con el informante, llegado el caso en que sea necesario solicitarle cualquier tipo de aclaración o información adicional acerca de los hechos sobre los que informó en su declaración inicial.

También tiene que publicarse, para conocimiento de los posibles denunciantes, el plazo máximo del que dispone la autoridad competente, estatal o autonómica, para responder a la denuncia efectuada, así como el tipo de resolución que se puede adoptar y el eventual contenido de esta. Respecto a esta última cuestión, el artículo 25, apartado c), de la Ley 2/2023 no especifica a qué concreto plazo se refiere, así que para mayor seguridad jurídica debería ofrecerse información acerca de las dos cuestiones siguientes.

Primero, sobre el plazo máximo para iniciar actuaciones. A este respecto, el artículo 18 de la Ley 2/2023 regula el trámite de admisión de la denuncia y los diferentes modos y plazos en los que la autoridad competente deberá comunicar al informante la decisión adoptada. Por tanto, una vez efectuado el correspondiente análisis preliminar, la autoridad independien-

19. En particular, debe tratarse de alguna de las informaciones expresamente mencionadas en el artículo 2 de la Ley 2/2023, y los sujetos que actúen en calidad de denunciantes deberán reunir las condiciones estipuladas en el artículo 3 de dicha norma.

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

te deberá decidir, en el plazo máximo de diez días hábiles, sobre la inadmisión, la admisión, la remisión al Ministerio Fiscal si los hechos sobre los que se ha informado pueden ser susceptibles de sancionarse en vía penal, o el reenvío de la comunicación a la entidad competente en caso de que la denuncia se haya presentado ante una autoridad que no lo sea. A su vez, esta resolución deberá notificarse al informante en el plazo máximo de los cinco días hábiles siguientes a su adopción, salvo que se trate de una denuncia anónima o el sujeto haya renunciado expresamente a recibir cualquier comunicación[20].

Segundo, sobre el plazo máximo para instruir y resolver el procedimiento que se incoe. Aunque el artículo 25, apartado c), de la Ley 2/2023 no parece exigir que se informe acerca de este extremo, resulta conveniente efectuar una interpretación amplia del mismo, de modo que se incluya, entre los datos a proporcionar en la página web, el plazo máximo para resolver previsto en el artículo 20.3 de la Ley 2/2023[21].

En cuarto lugar, dentro del contenido de las obligaciones de publicidad activa referidas a los canales externos, se deberá exponer el régimen de confidencialidad que resultará de aplicación a las comunicaciones[22], así como los derechos y garantías que asisten al informante en materia de tratamiento de los datos personales de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, y en los artículos 29 a 34 de la Ley 2/2023[23].

20. Véase el artículo 18.2 de la Ley 2/2023.

21. A este respecto, de conformidad con el artículo 20.3 de la Ley 2/2023, la autoridad competente deberá resolver y, en su caso, notificar al interesado el resultado del procedimiento en el plazo máximo de tres meses desde la recepción de la denuncia.

22. El principio de confidencialidad se configura como una salvaguardia que no solo protege al informante, impidiendo, con carácter general, que se difunda su identidad sin recabar su consentimiento expreso, sino que también afecta a las informaciones comunicadas, a las cuales se reconoce carácter reservado, impidiéndose el acceso al personal no autorizado, y beneficia a las personas afectadas por la denuncia, tanto al infractor como a terceros. Este principio se configura como uno de los pilares esenciales de funcionamiento de los sistemas de denuncias, ya que sus posibilidades de éxito se hallan directamente vinculadas a la creación de un entorno de confianza garantizado por el reconocimiento de la confidencialidad y por las medidas de protección frente a las represalias. En este mismo sentido se posicionan Viguri Cordero (2023: 277 y ss.) y Martínez García (2021).

23. Respecto de la obligación de informar acerca de los derechos y garantías que se reconocen en materia de protección de datos, su contenido debe ponerse en relación con el artículo 12 del RGPD y con el artículo 11.2 de la Ley 3/2018. En dichos preceptos se establece que la información básica que deberá proporcionarse al informante será, como mínimo, la siguiente: la identidad del responsable del tratamiento y de su representante, en su caso; la finalidad del tratamiento; la posibilidad de ejercer los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del

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

En quinto lugar, el apartado e) del artículo 25 de la Ley 2/2023 impone la obligación de informar acerca de las vías de recurso (artículo 20.4 Ley 2/2023), los procedimientos para la protección frente a represalias (artículo 38 Ley 2/2023), la posibilidad de solicitar asesoramiento confidencial (artículo 37.1.a Ley 2/2023), y las condiciones exigidas en la ley para la aplicación de la exención de la responsabilidad y de la atenuación de la sanción (artículo 40 Ley 2/2023).

Por último, habrán de incluirse los datos de contacto de la Autoridad Independiente de Protección del Informante o de la autoridad u organismo equivalente a nivel autonómico, en función del ámbito territorial y material de competencia.

Por lo que respecta al lugar y al modo en el que debe publicarse la información señalada en los párrafos anteriores, el artículo 25, párrafo segundo, de la Ley 2/2023 dispone que todas estas cuestiones se harán constar en las sedes electrónicas de cada una de las autoridades independientes o de las entidades designadas a nivel autonómico para la realización de esa misma función, creándose en aquellas una sección específica, separada del resto de los contenidos, con el objetivo de facilitar la identificación y el acceso por parte de los sujetos interesados en comunicar alguna infracción.

A diferencia de las reglas previstas para el canal interno acerca del lugar en el que deben publicarse los datos a que se refiere el artículo 25 de la Ley 2/2023, en el caso de los canales externos el legislador precisa todavía más esta cuestión, al establecer que la puesta a disposición de estas informaciones deberá efectuarse en la sede electrónica de las autoridades competentes. A este respecto, cabe cuestionarse si, aunque en el ámbito de los canales internos únicamente se contiene una referencia genérica al término "página web", probablemente para evitar confusiones en lo que respecta a la implantación de esta tipología de canales por los operadores privados, los entes integrantes del sector público deben hacer constar los contenidos previstos en el artículo 25 también en su sede electrónica, o, por el contrario, pueden elegir libremente el lugar en donde poner a disposición de los denunciantes dicha información.

3. El registro de informaciones

En el título IV de la Ley 2/2023, según explica el propio preámbulo, se regulan un conjunto de disposiciones de carácter general aplicables tanto al

Reglamento (UE) 2016/679. Se puede consultar, para un análisis más exhaustivo acerca de esta cuestión, Hernández Corchete (2016).

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

canal interno como al canal externo. No obstante, si bien en el artículo 25 de dicha ley se contemplan previsiones específicas, no comunes, respecto a cada tipología de canal, lo cierto es que el artículo 26 de la Ley 2/2023 se refiere exclusivamente a los sujetos obligados a crear un canal interno de informaciones. Esto no significa que las denuncias efectuadas a través del canal externo no deban registrarse, ya que, en el artículo 17.3 de la Ley 2/2023, se contemplan una serie de previsiones al respecto. Lo que resulta difícil de comprender es el motivo por el cual ha decido regularse en títulos separados tal obligación. Además, esta opción contrasta vivamente con el artículo 18 de la Directiva 2019/1937/UE, de 23 de octubre, en donde se prevé un único procedimiento de registro para ambos canales, el cual cuenta con una regulación más exhaustiva.

El artículo 26.1 de la Ley 2/2023 impone, a todos aquellos sujetos a los que la ley ordena habilitar un canal interno de informaciones, la ulterior obligación de crear un registro. Este deber alcanza tanto a los operadores privados, enumerados en el artículo 10 de la Ley 2/2023, como a las entidades integrantes del sector público, señaladas en el artículo 13 de dicha ley. En ambos casos, al coincidir el ámbito subjetivo de aplicación de este artículo con las cuestiones analizadas en el epígrafe precedente respecto a los sujetos afectados por el artículo 25, párrafo primero, de la Ley 2/2023, procede, por razones de economía, efectuar una remisión al análisis allí desarrollado. En concreto, este artículo 26.1 ordena, a los sujetos responsables de los canales internos, la creación y llevanza de un libro-registro[24].

El libro-registro es un documento que podrá elaborarse en soporte físico o electrónico, aunque lo más habitual es que se opte por la digitalización del mismo, en donde deben hacerse constar las informaciones recibidas y las investigaciones internas a las que estas hayan dado lugar[25]. Resulta complejo determinar el alcance exacto que debe darse al contenido de las anotaciones efectuadas en este registro para cumplir con el estándar de la Unión Europea, ya que la regulación española no realiza grandes precisiones al respecto. En cambio, el artículo 18 de la Directiva 2019/1937/UE, de 23 de octubre, dispone que las denuncias, recibidas mediante el canal

24. Esta obligación coincide con lo dispuesto en el considerando 86 de la Directiva 2019/1937/UE, de 23 de octubre, en el que se dispone: "Los Estados miembros deben garantizar que exista un registro adecuado por lo que respecta a todas las denuncias de infracciones, que todas las ellas puedan ser consultadas y que la información facilitada en ellas pueda utilizarse como prueba si se procede a medidas de ejecución".

25. A este respecto, en el ámbito público, conviene tener presente la regulación de los registros electrónicos que se efectúa en los artículos 37 a 40 del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.

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

interno o externo, deben quedar debidamente registradas. Para ello, prevé un conjunto de reglas con el fin de disciplinar el proceso de registro de las informaciones, de modo que, si estas se comunican verbalmente (por vía telefónica, mensaje de voz o reunión personal), el responsable del canal debe documentarlas mediante su grabación, por escrito a través de la transcripción exacta de la conversación cuando esta se grabe o con el levantamiento de un acta pormenorizada[26].

Por su parte, el artículo 17.3 de la Ley 2/2023 contempla un proceso de registro específico para el canal externo de denuncias, en el cual se contiene una regulación más completa que la reflejada en el artículo 26 de dicha ley para el canal interno. En concreto, se dispone que todas las informaciones recibidas deberán quedar registradas en el Sistema de Gestión de Información, asignando a cada una de ellas un código de identificación. Este sistema se configura como una base de datos segura y de acceso restringido, en la cual deben hacerse constar, al menos, los siguientes datos: la fecha de recepción; el código de identificación; las actuaciones desarrolladas; las medidas adoptadas durante la tramitación del procedimiento, y la fecha de cierre del expediente[27].

El último inciso del artículo 26.1 de la Ley 2/2023 establece que el libro-registro que se cree para salvaguardar las informaciones recibidas debe confi-

26. En la Ley 2/2023 sí se regulan estas mismas consideraciones en el artículo 7.2 para el canal interno y en el artículo 17.2 para el externo, pero no dentro del proceso de registro de las informaciones recibidas, sino dentro de la regulación general de cada uno de los sistemas.

27. En línea con esta regulación, el apartado 5 del Anexo II de la Resolución de la Subsecretaría de Consumo de 13 de junio de 2023, por la que se establece el Sistema Interno de Información del Ministerio de Consumo y se aprueba el procedimiento de recepción, gestión y registro de denuncias, dispone que se "mantendrá un registro de todas las denuncias recibidas, de los informes de investigación, de los informes de conclusiones y cualesquiera otros emitidos en el seno del procedimiento, así como de los documentos relevantes incorporados a cada expediente. Igualmente, se incluirán en el registro las actas de las conversaciones y de las reuniones en caso de denuncias formuladas verbalmente". Esto supone que, al regular la obligación de registro y su contenido en el ámbito del canal interno, algunas Administraciones han optado por tomar como referencia las reglas que la Ley 2/2023 prevé para el registro en el ámbito del canal externo.

A fortiori, la Diputación de Badajoz, en el artículo 15.4 del Reglamento regulador del procedimiento de gestión del sistema interno de información de la institución provincial, ha desarrollado con mayor precisión el contenido mínimo que debe constar en el libro-registro. En particular, el citado precepto dispone: "El contenido mínimo del Libro-Registro será el siguiente: a) Número de registro de la información presentada. b) Identidad de la persona informante o, en su caso, la mención de información anónima. c) Sucinta referencia de los hechos u omisiones imputados, así como su calificación inicial. d) Contenido de la comparecencia, en su caso, del informante, así como del afectado. e) Actividades de investigación que se han puesto en marcha y el resultado de éstas. f) Referencia al informe a que se refiere el artículo 11. g) Resolución adoptada una vez finalizadas las actuaciones. h) Cualquier otra información que resulte de interés para la finalización del procedimiento".

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

gurarse de tal forma que reúna los requisitos de confidencialidad previstos en la normativa. Esta garantía de confidencialidad implica, como mínimo, asegurar la no divulgación de la identidad del denunciante o de terceros que aparezcan mencionados en las informaciones remitidas, así como que se adopten las medidas necesarias para evitar el acceso al contenido del registro a todo el personal que no esté expresamente autorizado[28].

La particularidad de este libro-registro se encuentra vinculada al especial régimen de privacidad y al carácter reservado o secreto de las informaciones que se incluyan en él. En concreto, el artículo 26.1, párrafo segundo, de la Ley 2/2023 dispone que el registro no tendrá carácter público. Además, el único supuesto autorizado de acceso total o parcial a su contenido requiere que una autoridad judicial dicte un auto, en el que queden debidamente acreditadas las razones que justifican el conocimiento de la información que consta en el registro por su vinculación con un proceso judicial que se esté sustanciando ante la misma, en especial si esta acción es necesaria para salvaguardar el derecho de defensa de la persona afectada[29].

A su vez, el acceso al registro se efectuará bajo la tutela directa de la autoridad judicial, que será la encargada de supervisar y velar por que se limite lo máximo posible la divulgación del contenido de las informaciones registradas. Adicionalmente, cabe mencionar que el artículo 16.2 de la Directiva 2019/1937/UE, de 23 de octubre, dispone que, en aquellos supuestos en los cuales resulte imprescindible dar a conocer la identidad del denunciante en el marco de un proceso judicial, debe informarse al mismo de este hecho, con carácter previo a revelar su identidad, salvo que esto pudiera comprometer la investigación o el procedimiento judicial.

El artículo 26.2 de la Ley 2/2023 también regula el alcance del principio de conservación de los datos personales que figuren en las denuncias recibidas y en las investigaciones internas realizadas a consecuencia de estas, a los solos efectos del registro de informaciones[30]. Así pues, el citado precepto dispone que dichos datos únicamente podrán conservarse durante el período que resulte necesario y proporcionado a efectos de cumplir con dicha

28. Véanse, a este respecto, los artículos 9.1 y 16.1 de la Directiva 2019/1937/UE, de 23 de octubre, y el artículo 5.2.b) de la Ley 2/2023.

29. Véase el artículo 16.2 de la Directiva 2019/1937/UE, de 23 de octubre.

30. De conformidad con el artículo 32.2 *in fine*, aquella información que pueda ser incluida en alguna de las categorías especiales de datos sensibles no podrá ser objeto de registro. Sobre las implicaciones en materia de protección de datos personales en relación con la aplicación de la Ley 2/2023, se pueden consultar Yuste García (2023: 3 y ss.), Fernández Salmerón (2023) y Rams Ramos (2023).

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

ley[31]. Esta somera referencia no ofrece grandes pistas acerca de cuál debe ser el período máximo de conservación. Ahora bien, podría utilizarse como parámetro de referencia, siempre que este criterio se incorpore previamente en los reglamentos que se aprueben en desarrollo de la Ley 2/2023, el período previsto para la prescripción de la sanción que se denuncia en la comunicación recibida.

Además, por expresa remisión del artículo 26.2 de la Ley 2/2023, deben tenerse en cuenta las previsiones efectuadas en el artículo 32, apartados 3 y 4, de dicha ley para determinar el plazo máximo de conservación de los datos personales en el registro. Así pues, en este último precepto, se prevé, por un lado, que los datos personales contenidos en las denuncias deberán ser objeto de conservación durante el tiempo imprescindible para decidir sobre la procedencia o improcedencia de iniciar una investigación fundada en los hechos denunciados. De la redacción dada a esta primera parte del artículo 32.3 de la Ley 2/2023 parece deducirse que esta información no ha de volcarse en el registro de informaciones en caso de que se proceda a la inmediata inadmisión. Ahora bien, en aquellos casos en los que las informaciones recibidas se fundamenten en datos no veraces y estos hayan accedido al registro antes de constatarse su falsedad, se procederá a su inmediata supresión. Asimismo, cuando se descubra la falta de veracidad de la denuncia y esta pueda ser constitutiva de ilícito penal, podrán conservarse los datos personales hasta que finalice la tramitación del proceso judicial, aunque no se especifica si esto debe hacerse mediante su inclusión en el registro o en otra base de datos habilitada al efecto.

El artículo 32.4 de la Ley 2/2023 impone la obligación de suprimir los datos personales incluidos en las informaciones recibidas cuando transcurran tres meses desde la recepción de la comunicación sin que el responsable del canal haya puesto en marcha la investigación. Ahora bien, en estos supuestos, podrá dejarse constancia en el registro del contenido de las informaciones recibidas siempre que se haya procedido a la correspondiente anonimización de los datos personales[32].

31. Tal y como ha puesto de relieve la AEPD, el principio de "limitación del plazo de conservación" constituye uno de los elementos que dotan de contenido al principio de minimización de los datos personales (art. 5.1.c RGPD). Esto supone que los datos únicamente podrán conservarse durante el tiempo necesario para lograr los objetivos que justificaron el tratamiento. Una vez estos se hayan alcanzado, los datos deben ser borrados, bloqueados o, en su defecto, anonimizados. Véanse Palma Ortigosa (2018) y López Álvarez (2016: 29 y ss.).

32. Sobre el plazo máximo de conservación de los datos personales ha tenido ocasión de pronunciarse la AEPD, el 11 de noviembre de 2021, en respuesta a la consulta formulada por la Asociación de Compliance acerca de la interpretación del artículo 24.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

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

Por último, el artículo 26.2 de la Ley 2/2023 contiene una cláusula de cierre, en virtud de la cual no podrán conservarse los datos personales en el registro por un período superior a diez años. Por tanto, aunque la normativa no regule con precisión un plazo estándar máximo de conservación de los datos personales, no será posible, en ningún caso, que se exceda el antedicho límite de diez años.

4. Valoración general acerca del grado de cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad en el ámbito público

De conformidad con la disposición transitoria segunda de la Ley 2/2023, el plazo máximo para la implantación de los sistemas internos de información o para la adaptación de los ya existentes en las entidades integrantes del sector público, excluyendo a los ayuntamientos de menos de 10 000 habitantes, concluyó a los tres meses de la entrada en vigor de dicha ley, en particular el 13 de junio de 2023. Por tanto, a partir de esa misma fecha, se encuentran vigentes las obligaciones de transparencia previstas en el artículo 25 de la Ley 2/2023. A este respecto, se ha efectuado una revisión, de carácter no exhaustivo, acerca del grado de cumplimiento de los requisitos de publicidad establecidos en la ley, detectándose concretos aspectos susceptibles de mejora, pero, también, algunas buenas prácticas que merecen ser mencionadas.

A nivel de desarrollo normativo de la Ley 2/2023, se puede destacar que, en algunas entidades, como en los ayuntamientos de Cáceres y Estepona o en la Diputación de Badajoz, se ha ampliado el contenido de las obligaciones de transparencia en el ámbito del canal interno de información. En concreto, se opta por extender el régimen de transparencia definido en el artículo 25 de la Ley 2/2023 para los canales externos también al canal interno de dichas entidades locales, en la medida en que el primero de dichos artículos contempla un catálogo más amplio de datos que deben proporcionarse a los ciudadanos[33]. En la Diputación de Badajoz, además, al desarrollar reglamentariamente el alcance del principio de información y accesibilidad, se establece que los requisitos de publicidad previstos en la Ley 2/2023 para el canal externo, extendidos, a su vez, a su sistema interno de denuncias, constituyen un núcleo mínimo de información que debe ponerse a disposición de los ciudadanos, sin perjuicio de que puedan y deban

33. Véanse, sin ánimo de exhaustividad, el artículo 7 del Reglamento del Canal de Denuncias del Ayuntamiento de Cáceres, Organismos y Entidades dependientes, de 21 de julio de 2023, o el artículo 7 del Reglamento del Canal de Denuncias del Ayuntamiento de Estepona, Organismos y Entidades dependientes.

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

ofrecerse otros datos adicionales que coadyuven a mejorar la comprensión y la accesibilidad[34].

En lo que respecta a la implantación de los canales de denuncias, se observa, en la mayoría de las entidades públicas consultadas, un conjunto de carencias frecuentes. En concreto, se aprecia, por un lado, cómo la información sobre el canal de denuncias y el acceso directo al trámite digital o al formulario para su presentación analógica no se encuentran reflejados en la página de inicio de la entidad; y, en aquellos casos en los que sí se cumple este requisito, su localización no es apropiada, al incluirse en lugares poco visibles, al fondo de la página o del portal web, o al requerir que el ciudadano navegue por sucesivos enlaces en materia de transparencia y buen gobierno hasta encontrar el acceso directo al canal de denuncias.

Y, por otro lado, a menudo la información que se proporciona al ciudadano no cumple con las exigencias del artículo 25 de la Ley 2/2023, bien porque se presentan los datos de forma incompleta y no se abordan todos los aspectos que permitan al ciudadano comprender el modo de funcionamiento de los canales y los principios que rigen la gestión de los mismos, bien porque no se exponen adecuadamente las diferentes modalidades de presentación de las denuncias o porque no se informa de los derechos y garantías que asisten al denunciante durante la tramitación del procedimiento.

5. Bibliografía

AEPD, APDCAT y AVPD. (2017). *Guía para el cumplimiento del deber de informar*. Disponible en: https://acortar.link/jOTYdj.

AEVAL y CTBG (2016). *Metodología de evaluación y seguimiento de la transparencia de la actividad pública*. Disponible en: https://acortar.link/dMf8ri.

Cotino Hueso, L. (2021). El nuevo reglamento de administración electrónica, que no innova en tiempos de transformación digital. *Revista catalana de dret públic*, 63, 118-136.

Fernández Salmerón, M. (2023). La protección de datos personales. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante* (pp. 193-225). Barcelona: Bosch.

Girón Reguera, E. (2017). Comentario artículo 5 LT: la transparencia activa de las administraciones y entidades públicas. En A. Troncoso Reigada (dir.).

34. Véase el artículo 4 del Reglamento regulador del procedimiento de gestión del sistema interno de información de la institución provincial de la Diputación de Badajoz.

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

Comentario a la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (pp. 457-469). Madrid: Civitas.

Guichot Reina, E., Barrero Rodríguez, C. y Horgué Baena, C. (2014). Publicidad activa. En E. Guichot Reina (coord.). *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre* (pp. 143-198). Madrid: Tecnos.

Hernández Corchete, J. A. (2016). Transparencia en la información al interesado del tratamiento de sus datos personales y en el ejercicio de sus derechos. En J. L. Piñar Mañas (dir.). *Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (pp. 205-226). Madrid: Reus.

López Álvarez, L. F. (2016). Capítulo 3. Principios del tratamiento de datos. En L. F. López Álvarez (coord.). *Claves Prácticas. Protección de datos personales: adaptaciones necesarias al nuevo Reglamento europeo*. Madrid: Francis Lefebvre.

Martín Delgado, I. (2018). El impacto de la reforma de la administración electrónica son los derechos de los ciudadanos y el funcionamiento de las Administraciones públicas. En M. Almeida Cerreda y L. Míguez Macho (dirs.). *La actualización de la administración electrónica* (2.ª ed., pp. 21-69). A Coruña: Andavira.

— (2021). Transparencia y acceso a la información pública. En CEPC. *Guía de Gobierno Abierto*. Disponible en: https://acortar.link/4QNyoP.

Martínez García, D. (2021). Anonimato, seudonimato y confidencialidad: Hacia un marco integral y coherente de protección de los alertadores. En J. Ponce Solé y M. Villoria Mendieta (dirs.). *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2020: La regulación de la protección de los alertadores y denunciantes (whistleblowers)* (pp. 181-213). Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.

Meseguer Yebra, J. (2021). El proyecto de ley de transparencia, acceso a la información y reutilización de Castilla y León: una vuelta de tuerca más hacia una transparencia efectiva. En A. Boix y J. Castellanos (coords.). *Transparencia y comunidades autónomas: una perspectiva multinivel* (pp. 165-190). Valencia: Tirant lo Blanch.

Montoya Martín, E. (2016). Las sociedades estatales en la Ley 40/2015, de 1 de octubre de 2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. En F. López Menudo (dir.). *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público* (pp. 199-234). Sevilla: Universidad de Sevilla.

Navajas Rebollar, M. (2015). Las fundaciones privadas de las Administraciones públicas a la luz de la Ley 40/2015. *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 1, 79-112.

Palma Ortigosa, A. (2018). Principios relativos al tratamiento de datos personales. En J. P. Murga Fernández, M.ª de los Á. Fernández Scagliusi y M.

Espejo Lerdo de Tejada (dirs.). *Protección de datos, responsabilidad activa y técnicas de garantía* (pp. 39-49). Madrid: Reus.

Parajó Calvo, M. (2023). Las entidades locales ante la "ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción": los sistemas internos de información. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial III.

Rams Ramos, L. (2023). La protección de datos de carácter personal en el marco de los procedimientos de información sobre infracciones normativas. En A. Galán Galán y P. Mahillo García (dirs.). *Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.

Santamaría Pastor, J. A. (2018). *Principios de derecho administrativo general* (vol. II, 5.ª ed.). Madrid: Iustel.

Santiago Iglesias, D. (2021). Capítulo V. Título II. De las sociedades mercantiles estatales. En C. Campos Acuña (dir.). *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público* (2.ª ed., pp. 503 y ss.). Madrid: Wolters Kluwer.

Viguri Cordero, J. (2023). Los retos de la protección de las personas informantes en España tras la aprobación de la Ley 2/2023: un derecho en vías de consolidación. *Revista Española de la Transparencia*, 17, 271-298.

Yuste García, I. (2023). Los impactos de la Ley 2/2023 en el ordenamiento jurídico. *El Consultor de los Ayuntamientos*, III.

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

La revelación de informaciones en el marco de los procesos de información sobre infracciones normativas

Agustí Cerrillo i Martínez
Catedrático de Derecho Administrativo.
Universitat Oberta de Catalunya

SUMARIO. 1. La revelación pública. 2. El reconocimiento jurisprudencial de la revelación pública. 2.1. La revelación pública en la jurisprudencia del TEDH. 2.2. La revelación pública en la jurisprudencia del TC. **3. La revelación pública en la Ley 2/2023.** 3.1. La persona que hace una revelación pública. 3.2. El objeto de la revelación pública. 3.3. La relación entre la revelación pública y los canales de información. **4. La protección de la persona que hace una revelación pública.** 4.1. Condiciones para la protección. *4.1.1. El uso previo de los canales de información. 4.1.2. La concurrencia de determinadas circunstancias.* 4.2. Mecanismos de protección. **5. La revelación pública y el régimen sancionador. 6. Bibliografía.**

1. La revelación pública

La revelación pública consiste en la puesta a disposición del público de información.

En relación con el ámbito de aplicación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (en adelante, Ley 2/2023), la revelación pública supone la difusión de información sobre infracciones

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

normativas o casos de corrupción realizada por una persona en el contexto laboral o profesional.

La revelación pública tiene un impacto muy importante, puesto que la información desvelada puede ser conocida no solo por las personas responsables de la gestión de los mecanismos (interno o externo) previstos para la comunicación y la investigación de las infracciones normativas, o incluso por los responsables o las personas al servicio de la Administración pública afectada, sino, eventualmente, por cualquier persona. Por ello, el impacto de la revelación puede ser sustancialmente mayor que el de los canales internos y externos de información, pudiendo no solo investigar o luchar contra las infracciones y los casos de corrupción, sino incluso llegar a afectar a la seguridad de la persona informante o al prestigio o la imagen de la persona afectada, o de la Administración u organismo público en que eventualmente se haya producido la infracción.

La revelación pública y la protección de la persona que difunde la información han sido objeto de reconocimiento internacional desde hace años con la finalidad de fomentar la difusión de irregularidades y casos de corrupción producidos tanto en empresas privadas como en instituciones públicas, y también garantizar la protección de la persona reveladora frente a represalias. Los casos de Assange, Falciani o Snowden son ejemplos que a todos nos vienen rápidamente a la memoria al tratar de estas cuestiones.

A las iniciativas impulsadas a nivel internacional por distintas organizaciones internacionales y regionales se ha unido más recientemente la Unión Europea, cuyo interés en la materia ha culminado con la aprobación 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 (en adelante, Directiva 2019/1937). Esta norma constata que "es necesario proteger la revelación pública de información, teniendo en cuenta principios democráticos tales como la transparencia y la rendición de cuentas, y derechos fundamentales como la libertad de expresión y la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, al tiempo que se encuentra un equilibrio entre el interés de los empresarios en la gestión de sus organizaciones y la defensa de sus intereses, por un lado, y el interés de los ciudadanos en que se los proteja contra todo perjuicio, por otro, conforme a los criterios desarrollados por la jurisprudencia del TEDH" (considerando 33).

La lectura de este considerando de la Directiva 2019/1937 permite identificar el fundamento y la finalidad del reconocimiento de la revelación pública como canal para informar de infracciones y casos de corrupción, así como la necesidad de proteger a la persona que difunde la información.

En primer lugar, la revelación pública es una manifestación de la libertad de expresión y de información. No se puede desconocer que en la

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

práctica la revelación pública es una fuente importante de información para los periodistas y, en general, lo puede ser para la sociedad. Hasta la aprobación de la Directiva 2019/1937 y la Ley 2/2023, la revelación pública se ha canalizado a través del ejercicio de estos derechos fundamentales. Así lo ha puesto de relieve, entre otros, el Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (A/70/361 de 8 de septiembre de 2015), en el que se recordaba lo siguiente: "La protección de las fuentes y los denunciantes de irregularidades se basa en un derecho fundamental a la libertad de expresión [...]. Las fuentes y los denunciantes de irregularidades gozan del derecho a difundir información, pero su protección jurídica cuando revelan información al público se basa especialmente en el derecho de este a recibirla". Igualmente, el Consejo de Europa en su Resolución 2300 (2019) sobre la mejora de la protección de los alertadores en Europa, que señaló que "la protección de los alertadores es también una cuestión de derechos fundamentales: se basa en la libertad de expresión y de información, que implica que cualquier persona está autorizada a expresarse libremente, sin temor a represalias, en el marco de unos límites definidos de manera precisa"[1].

Asimismo, la revelación pública es una forma de colaboración ciudadana en la cultura de la legalidad y de la integridad. Al respecto, es importante tener presente que, como señala la Directiva 2019/1937: "A escala de la Unión, las denuncias y revelaciones públicas hechas por los denunciantes constituyen uno de los componentes que se sitúan en el origen del cumplimiento del Derecho y de las políticas de la Unión" (considerando 2)[2].

En última instancia, la revelación pública es también un elemento esencial de las democracias abiertas y transparentes y, por ende, un instrumento del gobierno abierto. Así lo recordaba la Resolución del Consejo de Europa 2300 (2019) al reconocer que "los alertadores juegan un papel esencial en una democracia abierta y transparente". Por ello, la Directiva 2019/1937 señala que "es necesario proteger la revelación pública de información, teniendo en cuenta principios democráticos tales como la transparencia y la rendición de cuentas, y derechos fundamentales como la libertad de expresión y la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación" (considerando 3).

1. Previamente, en la misma dirección, la Resolución 1729 (2010) y la Recomendación (2014)7 sobre la protección de los alertadores.

2. Nieto (2005: 38) recordaba cómo "resulta imposible el ejercicio de la potestad sancionadora si no media una decidida colaboración social". Sobre la importancia de la colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción, Cerrillo i Martínez (2014).

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

A partir de los elementos expuestos en esta presentación, en las próximas páginas delimitamos el marco en el que se desarrolla la revelación pública a partir del reconocimiento que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal Constitucional (TC) han hecho de la revelación pública como manifestación del derecho a la libertad de expresión y de información. A continuación, examinamos la regulación de la revelación pública en la Ley 2/2023, centrando la atención en las condiciones que exige la ley para que se otorgue la protección, los mecanismos de protección y la relación de la revelación pública con los canales de información. Por último, se expone el régimen sancionador previsto en relación con la revelación pública.

2. El reconocimiento jurisprudencial de la revelación pública

La regulación de la revelación pública y de la protección de las personas que informan públicamente sobre irregularidades e infracciones no se ha llevado a cabo en la mayoría de países europeos hasta la transposición de la Directiva 2019/1937. Así ha sucedido también en España.

Sin embargo, con carácter previo a este reconocimiento normativo, la revelación pública y la protección de la persona que la lleva a cabo se han fundamentado en el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y de información. Al respecto, distintos tribunales —en particular, el TEDH y, en España, el TC— han reconocido la revelación pública de infracciones normativas o casos de corrupción, y han protegido a las personas que revelan públicamente información relacionada con ellos, a través de la garantía del derecho a la libertad de expresión y de información.

A continuación, se exponen los principales hitos de la jurisprudencia europea y constitucional sobre estas cuestiones, con el fin no solo de conocer el fundamento de la regulación de la revelación pública y los criterios que deben concurrir para proteger a la persona que revele públicamente información, sino también por el papel que la propia Directiva 2019/1937 reconoce a la jurisprudencia del TEDH a la hora de fijar los criterios para encontrar el equilibrio entre el interés de los empresarios y la ciudadanía, con el fin de protegerlos de cualquier perjuicio (considerandos 31 y 33).

2.1. La revelación pública en la jurisprudencia del TEDH

El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce que "toda persona tiene derecho a la libertad de expresión", y que este derecho comprende, entre otras, la libertad de comunicar informaciones sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas. Asimismo prevé que estas

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

libertades pueden ser sometidas a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que sean medidas necesarias, "en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

En el marco de este derecho a la libertad de expresión y de la libertad de comunicar informaciones, el TEDH ha definido los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de encontrar el equilibrio entre el ejercicio por un trabajador de estos derechos y otros derechos que pueden verse afectados por su ejercicio y, en particular, la libertad de empresa y los derechos de los empleadores.

En particular, la sentencia del TEDH de 12 de febrero de 2008, asunto Guja vs. Moldavia, fue la que estableció los criterios que deben cumplirse para que una persona que revele información obtenida en su lugar de trabajo pueda ser protegida. En este caso, el demandante era un trabajador de la Fiscalía General de la República de Moldavia que fue condenado por la divulgación a la prensa de documentos que revelaban la injerencia de un alto cargo político en un procedimiento penal pendiente.

A la vista de la sentencia, los criterios que debe cumplir la persona que revela la información conocida en el desarrollo de su actividad laboral son:

En primer lugar, que sea la única persona o forme parte de un grupo reducido de personas que conozcan lo que está ocurriendo en el lugar de trabajo, siendo, de este modo, la persona mejor situada para actuar en interés general al difundir la información bien a su empleador bien a la opinión pública (apartado 72).

En segundo lugar, el uso de los mecanismos internos efectivos por respeto al deber de lealtad, reserva y discreción, lo que exige que en primera instancia la revelación se haga al superior o a otra autoridad o instancia competente (apartado 73). De este modo, para valorar la proporcionalidad de la restricción de la libertad de expresión debe examinarse la posible existencia de otros mecanismos efectivos para poder denunciar la situación en cuestión. Asimismo, el Tribunal reconoce la necesidad de averiguar si existen otros mecanismos para divulgar la información más allá de su difusión pública a los efectos de poder valorar si la injerencia era necesaria en una sociedad democrática. El TEDH recuerda que los trabajadores gozan del derecho a la libertad de expresión, aunque también tienen un deber de lealtad, de reserva y de discreción hacia el empleador (apartado 70).

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

En tercer lugar, el TEDH considera que se debe tener en cuenta el interés público que pueda suponer la información divulgada, tal y como ha venido reconociendo en su jurisprudencia. En particular, en el asunto en cuestión el Tribunal llega a la conclusión de que, en cuanto a la información revelada públicamente: "No existe ninguna duda de que se trata de cuestiones importantes, que emanan del debate político en una sociedad democrática, cuya opinión pública tiene un interés legítimo en ser informada" (apartado 88). Por ello, recuerda que "una discusión libre sobre problemas de interés público es esencial en democracia y que hay que evitar desanimar a los ciudadanos a pronunciarse sobre tales problemas" (apartado 91).

En cuarto lugar, el TEDH tiene presente la autenticidad de la información divulgada. Como recuerda la sentencia comentada a la vista de la jurisprudencia previa, "el ejercicio de la libertad de expresión implica deberes y responsabilidades, y cualquier persona que decide divulgar las informaciones debe verificar con cuidado, en la medida en la que las circunstancias lo permitan, que son exactas y dignas de crédito" (apartado 75).

En quinto lugar, el Tribunal tiene en consideración la buena fe de la persona que haya revelado la información. En efecto, de acuerdo con el TEDH: "La motivación del trabajador que procede a divulgar es otro factor determinante para concluir si la acción debe beneficiarse o no de protección" (apartado 77). Por ello, "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" (apartado 77).

En sexto lugar, el perjuicio que pueda suponer al empleador. En esta dirección es necesario "sopesar el daño que la divulgación en litigio podría causar a la autoridad pública y el interés que el público tendría en obtener esta información" (apartado 76).

Por último, el TEDH señala que debe tenerse en cuenta la severidad de la sanción que pueda imponerse a la persona reveladora (apartado 78 asunto Guja vs. Moldavia).

Posteriormente, estos criterios han sido recogidos por otras sentencias del TEDH entre las que destaca la reciente sentencia de 14 de febrero de 2023, asunto Halet vs. Luxemburgo (apartado 114). En este caso, el demandante era el trabajador de la consultora PwC, quien difundió públicamente, a través del *Consortium of Investigative Journalists*, dieciséis documentos fiscales confidenciales en los que se recogían acuerdos fiscales sobre ope-

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

raciones futuras entre la consultora y la Administración fiscal de Luxemburgo, con el fin de dar un trato preferente a sus clientes. Inicialmente, la Sala Tercera del TEDH, en su sentencia de 11 de mayo de 2021, consideró que no se había vulnerado el derecho a la libertad de expresión del denunciante, al entender que los tribunales luxemburgueses habían hecho una ponderación justa entre la necesidad de proteger su libertad de expresión y la necesidad de proteger los derechos del empleador. No obstante, posteriormente, la Gran Sala estimó que sí se había producido una infracción de la libertad de expresión y de difundir información (apartado 206).

2.2. La revelación pública en la jurisprudencia del TC

La Constitución reconoce y protege los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (artículo 20.a y d)[3].

Estos derechos han sido objeto de atención por el TC, que también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el alcance y los límites de la libertad de expresión y de la libertad de información en el ámbito laboral respecto a la difusión pública de informaciones.

En relación con el anclaje constitucional de la revelación pública, resultan especialmente relevantes tres sentencias.

En primer lugar, la sentencia 6/1988, de 21 de enero, en la que se enjuicia el caso del despido, por la comisión de una falta muy grave de deslealtad y abuso de confianza, de un trabajador del Ministerio de Justicia, que había denunciado a través de un medio de comunicación la filtración por parte de dicho departamento de noticias a un diario. El TC parte de la consideración de que el trabajador despedido ejerció su libertad de información a que se refiere el artículo 20.1 d) de la Constitución (fundamento jurídico 5). Asimismo, en el caso, el alto tribunal considera que el trabajador no transgredió

3. Tradicionalmente ha existido una dificultad para distinguir entre la libertad de expresión y la libertad de información (entre otras, SSTC 65/2015, de 13 de abril, FJ 2, y 8/2022, de 15 de noviembre, FJ 2). Como ha observado la STC 79/2014, de 28 de mayo: "Este Tribunal viene distinguiendo, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, entre el derecho que garantiza la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene una importancia decisiva a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud" (FJ 4).

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

con su conducta la buena fe y la lealtad debidas (fundamento jurídico 7). Además, considera que la falta de preaviso por parte del trabajador a sus superiores de las supuestas filtraciones puestas en conocimiento de terceros tampoco supone una superación de los límites a la libertad de expresión (fundamento jurídico 8). Por último, el Tribunal señala lo siguiente: "El despido, en definitiva, se produjo, en este caso, con daño para la libertad de información de quien recurre, pues ni la sanción recayó por incumplimiento de un deber de secreto, ni se acreditó en juicio la negligencia o el *animus nocendi* que pudiera haber concurrido en su transmisión, versando la información misma sobre hipotéticas anomalías que habrían de merecer la atención pública" (fundamento jurídico 9).

Posteriormente, en la sentencia 57/1999, de 12 de abril, se analizó el despido de un inspector de la Dirección General de Aviación que, tras un accidente aéreo, hizo declaraciones a un diario denunciando las malas condiciones de determinados aviones e irregularidades en determinados servicios prestados por dicho órgano. Según el TC, "un despido acordado como reacción empresarial frente a las expresadas declaraciones a la prensa, producidas en los términos apreciados por la Sentencia recurrida, y que ya se han expuesto, es un despido efectuado con vulneración de los derechos fundamentales que invoca el recurrente, en concreto, el derecho a comunicar información veraz, pues no hay constancia alguna de que tal censurada y sancionada actividad se hubiera llevado a cabo fuera del ámbito propio y protegido de tales derechos" (fundamento jurídico 11).

Por último, en la sentencia 126/2003, de 30 de junio, se examina el supuesto de un trabajador de una empresa de explosivos que facilitó información sobre los procesos de producción. En esta sentencia, el TC recuerda que "la capital importancia del ejercicio de la libertad de información no puede llevarnos a desconocer el límite que para dicha libertad supone el debido respeto a los intereses derivados de la libertad de empresa, que también es objeto de garantía constitucional" (fundamento jurídico 7). También se señala lo siguiente: "El fin de información pública perseguido por el recurrente, esto es, la subsanación de las deficiencias que en su opinión padecía el proceso productivo, no hacía necesario que las informaciones difundidas alcanzasen la reiteración, la trascendencia y notoriedad públicas que obtuvieron ni, dada su gravedad, debía considerarse medio adecuado para su conocimiento la publicación en medios de comunicación de difusión nacional y local" (fundamento jurídico 8). Por ello, se concluye: "En el presente supuesto, una interpretación circunstanciada del suceso enjuiciado permite considerar que, dadas las condiciones concurrentes, el grave perjuicio que para el normal desarrollo de la actividad empresarial supusieron las decla-

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

raciones del Sr. Libossart no se encuentra justificado por el ejercicio de su derecho a la libertad de información", y por ello, " la limitación del derecho a la libertad de información contemplada en las resoluciones impugnadas es constitucionalmente inobjetable".

A la vista de estas sentencias, se pueden identificar algunos elementos de relevancia. Así, para el TC la difusión de información por un trabajador en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión y de información no tiene por qué vulnerar la buena fe ni la lealtad debida al empleador, no siendo necesario un aviso con carácter previo a la difusión. No obstante, no se puede desconocer que la libertad de información se halla sometida a determinados límites con los que se persigue proteger otros intereses, particularmente el derecho a la libertad de empresa. También se debe tener en cuenta la necesaria proporcionalidad que debe existir entre la difusión de la información y las medidas que puedan adoptarse como respuesta a la misma (por ejemplo, la subsanación de las deficiencias).

3. La revelación pública en la Ley 2/2023

La Ley 2/2023 prevé diferentes procedimientos a través de los que quienes en un contexto laboral o profesional tengan conocimiento de una irregularidad o una infracción penal o administrativa puedan informar a aquellos que tengan la competencia para investigarla y, en su caso, para adoptar las medidas necesarias para darles respuesta.

El canal interno y el canal externo de información —que son objeto de análisis detallado en otros artículos— son dos de estos procedimientos. Estos canales han sido creados y definidos por la Ley 2/2023 con el fin de facilitar que la persona conocedora de las infracciones pueda comunicarlo bien a la propia organización afectada bien a una autoridad pública independiente, autónoma y especializada. La ley supone una novedad llamada a tener gran impacto, porque hasta la aprobación de esta norma eran pocas las entidades públicas que disponían de canales internos de información (por ejemplo, el Ayuntamiento de Barcelona a través de su buzón ético de buen gobierno) o que habían creado una entidad o unidad a la que atribuían la gestión de un canal externo (por ejemplo, la *Oficina Antifrau de Catalunya* o la *Agència Valenciana Antifrau*). En relación con estos canales, la Ley 2/2023 supone una mejora significativa al extender su creación al conjunto de Administraciones públicas y definir unas características mínimas comunes, al tiempo que también concreta los mecanismos de protección de las personas que los utilicen frente a posibles represalias.

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

Junto a estos dos canales, la Ley 2/2023, siguiendo lo previsto en la Directiva 2019/1937, establece la posibilidad de que las personas que tengan conocimiento de una infracción la puedan revelar públicamente. Puesto que, como hemos visto, el ejercicio de la libertad de expresión y de información había venido constituyendo el fundamento jurídico de la revelación pública, la principal novedad que se deriva de la nueva norma es la posibilidad de extender las medidas de protección a las personas que revelen públicamente infracciones cuando concurran determinadas circunstancias.

La regulación de la revelación pública en la Ley 2/2023 es muy escueta. En efecto, el título V, relativo a la revelación pública, únicamente está conformado por dos artículos: el artículo 27, que define someramente la revelación pública, y el artículo 28, que determina las condiciones que deben concurrir para que se aplique el régimen de protección previsto en la ley.

Según la definición recogida en la Ley 2/2023, la revelación pública es "la puesta a disposición del público de información sobre acciones u omisiones en los términos previstos en esta ley" (artículo 27.1).

La lectura de esta definición permite señalar que la revelación pública no consiste únicamente en publicar la información, sino que es suficiente con poner a disposición del público la información. De este modo, la Ley 2/2023 utiliza un concepto amplio de revelación pública que no se ciñe a la difusión de la información sobre infracciones normativas. Tampoco exige que esta puesta a disposición se realice a través de los medios de comunicación. En efecto, como observa Sierra-Rodríguez, "no parece que se discrimine en función de la capacidad del medio o soporte elegido para llegar a una audiencia más o menos amplia. Cualquier puesta a disposición ya podría constituir una revelación pública" (Sierra-Rodríguez, 2023: 177).

Por ello, la persona que tenga conocimiento de la información la puede difundir a través de un medio de comunicación, pero también a través de cualquier otro medio y, particularmente, mediante internet y las redes sociales, puesto que la Ley 2/2023 "no limita o acota a través de qué medio de información o comunicación pública se hace esa revelación" (Del Rey Guanter, 2023: 14).

A esta conclusión se llega de la lectura de la Directiva 2019/1937, que señala que la protección frente a represalias como medio de salvaguardar la libertad de expresión y la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación debe otorgarse, entre otros, "a las personas que ponen dicha información a disposición del público, por ejemplo, directamente a través de plataformas web o de redes sociales, o a medios de comunicación" (considerando

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

45). De hecho, no se puede desconocer el impacto relevante de internet y las redes sociales como medio de difusión de información, tal y como advertía hace unos años el TEDH al considerar lo siguiente: "Aunque no se ha demostrado que internet, con las redes sociales, sea más influyente que la radio y la televisión en el Estado demandado (apartado 119 *supra*), lo cierto es que estos nuevos medios de comunicación son poderosas herramientas de comunicación que pueden facilitar a la demandante significativamente el logro de sus objetivos" (sentencia de 22 de abril de 2013, asunto Animal Defenders International vs. Reino Unido, apartado 124).

A continuación, examinamos quién puede llevar a cabo la revelación pública y con relación a qué. Posteriormente, se analiza la relación entre la revelación pública y los canales interno y externo de información.

3.1. La persona que hace una revelación pública

La Ley 2/2023, al regular la revelación pública, se refiere genéricamente a la persona que haga una revelación pública.

En relación con la persona que puede realizar la revelación pública, la lectura del artículo 27 lleva a la primera conclusión de que, según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 2/2023, la persona debe ser una persona que trabaje en una entidad del sector privado o público y que haya obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral o profesional.

No obstante, esta conclusión debe ser matizada. En efecto, a las personas que cumplan con lo dispuesto en el artículo 3 y revelen información pública les serán de aplicación los mecanismos de protección previstos. Pero no son estas las únicas personas que pueden ser protegidas cuando haya una revelación pública.

Efectivamente, también debe contemplarse que otras personas que tengan algún tipo de relación con la persona informante o que haya podido ser la fuente de la información (desde representantes legales de las personas trabajadoras hasta compañeros de trabajo o familiares del informante o personas jurídicas, para las que trabaje) según lo previsto en el artículo 3 (apartados 2, 3 y 4) podrán ser objeto de protección. En estos casos, tal y como se prevé en el artículo 3, se aplicarán las medidas de protección del informante previstas en el título VII.

Por otro lado, puede haber personas que revelen información y que no cumplan con lo que dispone el artículo 3. Un caso es el de las personas o

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

empresas que revelen públicamente la información que les haya facilitado el informante o alguna persona de su círculo (por ejemplo, periodistas o medios de comunicación, o redes sociales). En este supuesto, la revelación pública será una manifestación del ejercicio de la libertad de información y su protección no derivará de lo previsto en la Ley 2/2023, sino de lo que dispone en general el artículo 20 CE en relación con el derecho a la libertad de expresión y de información.

Por último, si bien no está explícitamente previsto, cabe entender que la persona que revele públicamente la información debe actuar de buena fe. De hecho, así se ha venido reconociendo por la jurisprudencia del TEDH, tal y como hemos comentado anteriormente. En esta dirección, el preámbulo de la Ley 2/2023, aunque no el articulado, afirma lo siguiente: "La buena fe, la conciencia honesta de que se han producido o pueden producirse hechos graves perjudiciales constituye un requisito indispensable para la protección del informante".

3.2. El objeto de la revelación pública

Por lo que respecta al objeto de la revelación pública, el apartado 2 del artículo 27 de la Ley 2/2023 se refiere a las acciones u omisiones previstas en el artículo 2. De este modo, la revelación pública puede versar sobre cualquier acción u omisión que pueda constituir infracción del derecho de la Unión Europea, infracción penal o administrativa grave o muy grave.

De este modo, la Ley 2/2023 no persigue proteger a la persona que realice cualquier revelación pública de información, sino únicamente a aquellas que difundan información sobre actuaciones u omisiones que queden en su ámbito de aplicación. De hecho, la propia norma prevé que quedarán expresamente excluidas de la protección prevista en ella aquellas personas que revelen información relativa a acciones u omisiones no comprendidas en su ámbito de aplicación (artículo 35 de la Ley 2/2023). Ello no quiere decir que no se pueda revelar públicamente otra información, pero lo que no tendrá la persona que lo haga es la protección que se deriva de la ley.

Al margen del análisis que se realiza en otro artículo, es necesario poner de manifiesto la dificultad que puede tener la persona que revele públicamente la información para saber si los hechos de los que ha tenido conocimiento efectivamente constituyen una infracción que encaje en alguno de los supuestos previstos en el artículo 2. Igualmente, la duda puede estar en saber el interés público que puede tener la información que, eventualmente, legitime su difusión pública.

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

Por último, en relación con el objeto de la revelación, debemos traer a colación las consideraciones del TEDH en cuanto a los deberes y responsabilidades que implica el ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de información, y que, en particular, se concretan en el deber de verificar cuando sea posible que la información revelada es exacta y digna de crédito. Al respecto, la Directiva 2019/1937 afirma que "los denunciantes deben tener motivos razonables para creer, a la luz de las circunstancias y de la información de que dispongan en el momento de la denuncia, que los hechos que denuncian son ciertos" (considerando 32). En esta dirección, la Ley 2/2023 dispone como condición para que la persona reveladora —igual que los informantes que utilicen el canal interno o el canal externo— pueda ser objeto de protección que tenga motivos razonables para pensar que la información referida es veraz en el momento de la revelación, aun cuando no se aporten pruebas concluyentes (artículo 35.1.a).

3.3. La relación entre la revelación pública y los canales de información

Una última cuestión que debemos dilucidar respecto a la regulación de la revelación pública como procedimiento para informar de infracciones es, precisamente, la relación entre los distintos procedimientos previstos en la Ley 2/2023, y, en particular, si existe alguna prelación entre ellos.

Como punto de partida, podemos traer a colación a Del Rey Guanter (2023: 11), quien afirma lo siguiente: "Con toda seguridad, la elección de la vía de comunicación es la decisión más importante que ha de adoptar la persona informante". Esta importancia reside en el hecho de que la persona reveladora pueda llegar a ser conocida —si no se ha actuado de manera anónima— y también verse expuesta no solo a represalias por parte del empleador, lo que como se verá a continuación queda prohibido cuando concurran determinadas condiciones, sino también a reacciones de cualquier persona que pueda llegar a conocer la información revelada. Además, la revelación pública también es importante para la organización o entidad respecto a la que se refiere, por el impacto que pueda suponer el conocimiento público de la comisión de una infracción normativa.

Como punto de partida, debemos recordar que la posibilidad de revelar públicamente la información sin haberse comunicado previamente con el canal interno o con el canal externo ha sido ampliamente reconocida. Así, por ejemplo, el Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión señala lo siguiente: "Cuando los denunciantes tienen una percepción

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

razonable de que un proceso interno no contempla medidas de corrección y protección eficaces, deberían poder recurrir a otras dos vías para divulgar información". En el ámbito del Consejo de Europa, el apéndice de la Recomendación (2014)7 (apartado 57) no establece un orden de prioridad entre los diferentes canales y la revelación pública.

Igualmente, el TEDH constata cómo "este orden de prioridad entre los canales de información internos y externos no es absoluto en la jurisprudencia del Tribunal". En particular, señala que "el Tribunal ha aceptado que determinadas circunstancias pueden justificar el uso directo de la comunicación externa"; por ejemplo, cuando el canal interno sea poco fiable o ineficaz, tal y como se señaló en el asunto Guja vs. Moldavia (apartados 82-83), o cuando el informante se vea expuesto a represalias, o cuando la información que se quiera revelar se refiera a aspectos centrales de la actividad del empleador (asunto Halet vs. Luxemburgo, apartado 122). Asimismo, concluye que del tenor de la Recomendación (2014)7 se puede llegar a la conclusión de que se deben valorar en cada caso las circunstancias individuales para concretar el canal más apropiado (asunto Halet vs. Luxemburgo, apartado 123).

La Directiva 2019/1937 no establece explícitamente una ordenación de los distintos procedimientos. De hecho, reconoce que "el denunciante debe poder elegir el canal de denuncia más adecuado en función de las circunstancias particulares del caso". Sin embargo, también constata que "los denunciantes se sienten más cómodos denunciando por canales internos, a menos que tengan motivos para denunciar por canales externos" (considerando 33). Asimismo, hace referencia al hecho de que el seguimiento y la respuesta al denunciante en un plazo razonable pueden evitar la revelación pública innecesaria de información (considerando 67).

En cambio, la Ley 2/2023 es más explícita en relación con esta cuestión, al mostrar una preferencia por el canal interno. En efecto, la ley señala lo siguiente: "El Sistema interno de información debería utilizarse de manera preferente para canalizar la información, pues una actuación diligente y eficaz en el seno de la propia organización podría paralizar las consecuencias perjudiciales de las actuaciones investigadas" (preámbulo). No obstante, declarada esta preferencia, se añade que "el informante puede elegir el cauce a seguir, interno o externo, según las circunstancias y los riesgos de represalias que considere" (preámbulo).

Todo ello se traslada, posteriormente, al articulado, en el que se dispone que "el Sistema interno de información es el cauce preferente para informar sobre las acciones u omisiones previstas en el artículo 2, siempre que se pue-

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

da tratar de manera efectiva la infracción y si el denunciante considera que no hay riesgo de represalia" (artículo 4.1). Sin embargo, la preferencia por el sistema interno se vincula al hecho de que la persona informante considere que su uso permitirá el tratamiento efectivo de la infracción, y de que además no exista riesgo de represalia.

La preferencia por el sistema interno queda relativizada a la vista de la regulación del canal externo, donde se prevé que cualquier persona puede informar a través del canal externo de información, ya sea directamente o previa comunicación a través del correspondiente canal interno (artículo 16.1).

En cambio, respecto a la regulación de la revelación pública, todo apunta a que esta debe llevarse a cabo una vez se haya realizado la comunicación a través del canal interno o externo (artículo 28). En efecto, tal y como se analiza en el próximo epígrafe, para que la persona que haga una revelación pública pueda acogerse al régimen de protección previsto en la ley, es necesario que previamente la información se haya comunicado a través del canal interno o del canal externo, y que no se hayan tomado las medidas apropiadas. De este modo, parecería que la revelación pública sería canal subsidiario de los otros canales (Sierra-Rodríguez, 2023: 180).

A pesar de ello, coincidimos con Del Rey Guanter (2023: 12) cuando afirma que, "aunque de ciertos preceptos de la ley se podría deducir determinadas preferencias o prioridades entres aquellas vías, lo cierto es que de una interpretación sistemática de la norma más bien debe deducirse, con matices y no apartándose sustancialmente de lo establecido al respecto en la Directiva, que la relación tiende a ser sustancialmente de igualdad, en el sentido de que la persona informante puede acudir directamente a una de ellas sin haber realizado previamente la comunicación por las otras vías".

En efecto, más allá de lo apuntado anteriormente, no podemos desconocer que la Ley 2/2023 también prevé la posibilidad de revelar públicamente la información sin la necesidad de acudir previamente a los canales interno o externo en distintos supuestos, como que la persona informadora tenga motivos razonables para pensar que la infracción pueda constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, que exista riesgo de represalias, o que haya pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información (artículo 28.1.b).

También se deja la puerta abierta a proteger a la persona que lleve a cabo una revelación pública directamente a la prensa sin la necesidad de que haya utilizado previamente ningún canal de información (artículo 28.2).

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

4. La protección de la persona que hace una revelación pública

La Ley 2/2023 prevé que a las personas que difundan públicamente una información relativa a una acción u omisión constitutiva de infracción recogida en el ámbito objetivo de aplicación previsto en el artículo 2 les será de aplicación el régimen de protección previsto en la propia norma, cuando se cumplan determinadas condiciones.

4.1. Condiciones para la protección

El artículo 28 de la Ley 2/2023 prevé que la persona que realice una revelación pública podrá acogerse a la protección que otorga la ley cuando se cumplan determinadas condiciones.

En primer lugar, deben cumplirse las condiciones previstas con carácter general en la ley, es decir, que la persona que realiza la revelación pública tenga motivos razonables para pensar que la información referida es veraz en el momento de la revelación. Asimismo, es necesario que la revelación pública se realice de acuerdo con los requerimientos previstos en la ley (artículo 35.1 de la Ley 2/2023).

De todos modos, según el propio artículo 35, a pesar de que concurran estas condiciones quedan excluidas de la protección las personas que revelen informaciones que hayan sido inadmitidas por algún canal interno de información o por alguna de las causas previstas en el artículo 18.2.a)[4]; informaciones vinculadas a reclamaciones sobre conflictos interpersonales o que afecten únicamente al informante y a las personas a las que se refiera la revelación; informaciones que ya estén completamente disponibles para el público o que constituyan meros rumores o informaciones que se refieran a acciones u omisiones no comprendidas en el ámbito de aplicación de la ley (artículo 35.2 de la Ley 2/2023).

Junto a estas condiciones previstas con carácter general —y, por lo tanto, aplicables no solo a la revelación pública, sino también a la comunicación de información a través del canal interno o del canal externo—, la Ley 2/2023

4. Según el artículo 18.2 de la Ley 2/2023, la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., o el organismo autonómico correspondiente, puede inadmitir la comunicación recibida, realizado un análisis preliminar, cuando los hechos relatados carezcan de toda verosimilitud; cuando no sean constitutivos de infracción; cuando la comunicación carezca manifiestamente de fundamento o existan indicios racionales de haberse obtenido mediante la comisión de un delito; o cuando la comunicación no contenga información nueva y significativa sobre infracciones en comparación con una comunicación anterior.

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

concreta otras condiciones que específicamente deben concurrir en el caso de la revelación pública: que la persona que quiera revelar públicamente información previamente haya utilizado los canales internos o externos, o que concurran determinadas circunstancias.

En particular, la Ley 2/2023 prevé que como mínimo debe concurrir alguna de las condiciones anteriores. No obstante, no será necesario que concurran cuando la persona haya revelado información directamente a la prensa en ejercicio de la libertad de expresión y de información veraz prevista constitucionalmente y en su legislación de desarrollo (artículo 28.2).

4.1.1. El uso previo de los canales de información

Como se ha avanzado, la Ley 2/2023 prevé que para que la persona que lleva a cabo una revelación pública pueda acogerse al régimen de protección previsto es necesario que primero haya realizado la comunicación de dicha información por canales internos y externos, o directamente por el canal externo.

Además, también se requiere que desde dichos canales no se hayan tomado las medidas apropiadas al respecto en el plazo establecido.

En relación con las medidas apropiadas, debemos observar cómo la Ley 2/2023 es poco concreta al respecto, al dejar a cada entidad u organismo la decisión sobre las medidas a adoptar tanto respecto a la comunicación de información como en relación con la infracción sobre la que se haya informado. Una vez adoptado el procedimiento en el que se dé respuesta a estos extremos, la persona que haya informado podrá valorar si el responsable del canal ha adoptado o no las medidas apropiadas. En cualquier caso, como señala Del Rey Guanter (2023: 20), la ambigüedad con la que se ha regulado esta cuestión puede dificultar determinar si se han adoptado o no las medidas, y si estas son o no adecuadas.

Por lo que respecta al plazo para tomar medidas, debemos tener presente que la Ley 2/2023 se refiere al plazo para acusar recibo de la comunicación (siete días en el caso del canal interno y cinco en el del canal externo, artículos 9.1.c y 17.4), así como al plazo para desarrollar las actuaciones de investigación y dar respuesta al informante (máximo de tres meses, artículos 9.2.d y 20.3). A nuestro entender, el plazo para tomar medidas aplicable en relación con la revelación pública debe relacionarse con el plazo para dar respuesta al informante con posterioridad al desarrollo de las actuaciones de investigación, y no con el plazo para acusar recibo de la comunicación enviada al canal interno o externo.

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

4.1.2. La concurrencia de determinadas circunstancias

Junto a la realización de una comunicación previa al canal interno o externo, la ley prevé que puedan concurrir determinadas circunstancias que justifiquen la difusión pública de la información por parte de la persona informante.

La concurrencia de estas circunstancias es suficiente, pero no es necesaria. En efecto, al respecto, es importante recordar que la concurrencia de estas circunstancias puede sustituir la comunicación previa. Pero la simple comunicación previa al canal interno o externo sin que se hayan tomado las medidas apropiadas en el plazo establecido ya es suficiente para que la persona que haga la revelación pueda acogerse a la protección prevista en la ley. De todos modos, nada obsta para que también pueda constatarse habiendo comunicado previamente la información a un canal interno o externo.

En particular, la Ley 2/2023 prevé que debe concurrir alguna de las siguientes circunstancias:

— que la persona que quiere revelar públicamente la información tenga motivos razonables para pensar que la infracción puede constituir un peligro inminente;

— que la persona que quiere revelar públicamente la información tenga motivos razonables para pensar que la infracción puede constituir un peligro manifiesto para el interés público (en particular cuando se da una situación de emergencia, o existe un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de una persona); o

— que la persona informante tenga motivos razonables para pensar que exista un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de una persona.

Específicamente para el caso de que la comunicación se haya realizado a través del canal externo:

— que la persona que quiere revelar públicamente la información tenga motivos razonables para pensar que exista riesgo de represalias;

— que la persona que quiere revelar públicamente la información tenga motivos razonables para pensar que haya pocas probabilidades

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

de que se dé un tratamiento efectivo a la información facilitada, debido a las circunstancias particulares del caso, tales como la ocultación o destrucción de pruebas, la connivencia de una autoridad con el autor de la infracción, o que esta esté implicada en la infracción.

4.2. Mecanismos de protección

La Ley 2/2023 prevé distintos mecanismos de protección de la persona que haya revelado públicamente información.

La principal medida es la prohibición de represalias, es decir, que se lleve a cabo contra quien revele públicamente información cualquier acto u omisión, prohibido por la ley o que de forma directa o indirecta suponga un trato desfavorable, que le sitúe en una situación de desventaja particular respecto a otra persona en el contexto laboral o profesional, por el hecho de haber hecho la revelación pública.

Junto con la prohibición de represalias, la Ley 2/2032 también prevé la posibilidad de adoptar distintas medidas de apoyo como la información y el asesoramiento; la asistencia jurídica; el apoyo financiero y el apoyo psicológico.

Por último, también se prevé que no se considerará que la persona que haya revelado públicamente información haya infringido ninguna restricción de revelación de información. La persona que revele públicamente información tampoco tendrá ninguna responsabilidad por dicha revelación o por la adquisición o el acceso a la información, salvo que constituya un delito, siempre que existan motivos razonables para pensar que la revelación pública era necesaria para revelar una acción u omisión (artículo 38). Para ello, es necesario que tenga motivos razonables para pensar que la revelación era necesaria. Estas medidas serán tomadas por la Autoridad Independiente de Protección del Informante o autoridad autonómica competente.

5. La revelación pública y el régimen sancionador

Por último, para completar el análisis de la regulación de la revelación pública, y al margen de que es objeto de atención detallada en otro artículo, cabe señalar que el régimen sancionador previsto en la Ley 2/2023 prevé una infracción en relación con la revelación pública.

En particular, se tipifica como infracción muy grave revelar públicamente información sabiendo que es falsa. Esta sanción comporta la imposición

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

de una sanción de 30 001 a 300 000 euros. Adicionalmente, la Autoridad Independiente de Protección del Informante o autoridad autonómica competente puede acordar la amonestación pública; la prohibición de obtener subvenciones o beneficios fiscales de hasta cuatro años, o la prohibición de contratar con el sector público hasta tres años.

6. Bibliografía

Cerrillo i Martínez, A. (2014). La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 35, 43-71.

Del Rey Guanter, S. (2023). La relación entre las vías de comunicación de las infracciones en la Ley 2/2023 de protección del informante desde la perspectiva de la persona trabajadora y su empleadora. *Iuslabor, 2*.

Nieto, A. (2005). *Derecho administrativo sancionador* (4.ª ed.). Madrid: Civitas.

Sierra-Rodríguez, J. (2023). Capítulo V. La revelación pública. Entre el ejercicio de derechos fundamentales y la protección específica de la Ley. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 175-191). Madrid: Bosch-La Ley.

ISBN: 978-84-125912-4-8

La protección de datos de carácter personal en el marco de los procedimientos de información sobre infracciones normativas

Leonor Rams Ramos
Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos. Delegada de protección de datos

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La protección de datos personales en los mecanismos de información de la Ley 2/2023. 2.1. La preocupación del legislador por garantizar el cumplimiento del principio de licitud del tratamiento: la búsqueda de bases de legitimación en función de la vía de denuncia utilizada. 2.2. El cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva. **3. Protección de datos desde el diseño y por defecto en la implementación de los sistemas internos de información y en los procedimientos de gestión de los mismos.** 3.1. La determinación de los responsables y encargados de tratamiento en el marco de los sistemas internos de información y la aplicación del principio de confidencialidad en la limitación de las personas con acceso al Sistema. 3.2. Finalidad, integridad y transparencia. 3.3. Tratamiento de los datos personales en el procedimiento de gestión de la información. **4. Bibliografía.**

1. Introducción

La Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, y que traspone la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, plantea numerosos desafíos desde el punto de

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

vista del derecho a la protección de los datos de carácter personal, no solo por cuanto, justamente, esa "protección" que se debe prestar a los denunciantes tiene su base en la necesaria protección de su identidad y de otros datos personales suyos, sino también, muy especialmente, porque su aplicación implica la creación de sistemas y procedimientos de gestión de la información que comunican estos denunciantes, que implican tratamientos de datos personales —no solo del propio informante, sino también de otras personas— que deben implantarse y gestionarse desde el respeto a la normativa de protección de datos, en especial el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD), y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), que ha sido modificada, como veremos, por la propia Ley 2/2023, para reforzar la base de legitimación de estos tratamientos.

Toda la ley, por tanto, alude a la necesaria protección de datos personales, desde una doble perspectiva: como propio objeto de la norma, pues la finalidad declarada de la misma es la garantía de la protección de los informantes —a través de la confidencialidad en el tratamiento de sus datos personales, en particular por lo que se refiere a su identidad—, pero también desde la perspectiva de que los mecanismos que se implantan para su protección —los sistemas de información interno, externo y de revelación pública— deben respetar la normativa de protección de datos personales y, en particular, los principios que rigen el tratamiento de los datos, según establece el artículo 5 del RGPD, así como la LOPDGDD y, en su caso, la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales (en adelante, LO 7/2021).

Podría darse cabida aquí a un sinfín de cuestiones, pero en este estudio nos vamos a centrar, por razones lógicas de espacio, en un aspecto fundamental: la garantía del cumplimiento de la normativa de protección de datos personales en los procedimientos de información que se activen, consecuencia de la actuación de los denunciantes. Para ello, partiremos de analizar el encaje de los tratamientos de datos personales que implica la implantación de los mecanismos de denuncias con la normativa de protección de datos, muy particularmente en relación con el cumplimiento de los principios relativos al tratamiento que regula el RGPD, para, desde ahí,

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

estudiar las medidas que la Ley 2/2023 establece no solo en cuanto a la garantía del derecho a la protección de datos personales en el marco de los procedimientos de información, sino también, de manera esencial, en los canales de gestión de las informaciones que los sujetos obligados por la ley deben implementar.

2. La protección de datos personales en los mecanismos de información de la Ley 2/2023

La Ley 2/2023 establece varios mecanismos para canalizar las denuncias —informaciones, según nuestra ley[1]- que se refieran a incumplimientos del derecho de la Unión Europea, así como de determinadas normas jurídicas nacionales, que no tengan sus propios mecanismos de denuncia establecidos.

Todos ellos: el Sistema interno de información —al que están obligadas un gran número de entidades del sector privado y la mayoría de las entidades del sector público—, el Canal externo de información —que debe implantar la Autoridad Independiente de Protección del Denunciante, A.A.I., y, en su caso, las autoridades que al efecto creen las comunidades autónomas—, así como las revelaciones públicas hechas por los denunciantes, incluso si las mismas son anónimas —cosa que permite la normativa mencionada—, implican tratamientos de datos personales, por lo que deben cumplir con las normas reguladoras de la protección de datos de carácter personal, en particular, como hemos visto ya, el RGPD y la LOPDGDD.

Desde esta perspectiva, resulta reseñable la preocupación que muestra el legislador, explicitada tanto en el preámbulo como en el propio texto articulado de la norma, por justificar el cumplimiento de la normativa de protección de datos[2], si bien está claro que es un reflejo de la preocupación

1. El preámbulo de la ley explicita la opción de no utilizar los términos de la Directiva: denunciantes, alertadores, etc., optando por el término más neutro de "informadores" y canales de información. No obstante, esto genera a veces cierta confusión, e incluso la propia norma sigue hablando de "denunciantes" (artículo 4), por lo que no se acaba de entender esta elección. Por razones de claridad, en este trabajo optamos por utilizar también este término, dado que tiene explícita acogida en la norma, no sin criticar —o denunciar— la falta de coherencia que muestra el legislador en este caso.

2. Aunque esto pueda parecer una obviedad, no está de más recordar que son numerosísimas las normas que se aprueban en nuestro ordenamiento jurídico que, pese a implicar tratamiento de datos personales, obvian esta cuestión y no contienen ninguna referencia al respecto. Véase, por ejemplo, la recientemente aprobada Ley Orgánica 2/2023, del Sistema Universitario, pese a que la anterior Ley Orgánica de Universidades, en su modificación de 2007, incluyó una base de legitimación para el tratamiento de los datos de los estudiantes. En la mayoría de los casos, las leyes se limitan a establecer una genérica referencia al cumplimiento del RGPD y de la LOPDGDD para los tratamientos de datos personales.

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

que la Directiva 2019/1937 había mostrado por esta cuestión, estableciendo garantías específicas al respecto[3].

Sin embargo, la doctrina[4], como ya hiciera la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD)[5], han mostrado su preocupación respecto del carácter meramente formal y poco específico, en ocasiones, en relación con esta regulación, que parece incidir de manera muy insistente en la necesidad de justificar la licitud de los tratamientos —sobre lo que vuelve una y otra vez, como veremos, tanto en el preámbulo como en el articulado—, pero sin profundizar de manera excesiva respecto de su plena justificación.

En este sentido, la Ley 2/2023 dedica su título VI a la protección de datos personales, con carácter trasversal y de aplicación tanto a los sistemas internos de información como al canal externo, e incluso a la revelación pública, prestando efectivamente especial atención a la cuestión de la licitud de los tratamientos en cada uno de estos supuestos.

El legislador, como no podría ser de otra forma, comienza indicando en este título VI que los tratamientos personales que se deriven de la aplicación de la norma se rigen por la normativa de protección de datos, aludiendo de manera específica al RGPD, a la LOPDGDD y a la LO 7/2021 y lo establecido en el propio título VI de la ley (artículo 29). Y, considerando el carácter central que tiene en la normativa de protección de datos el artículo 5 del RGPD, que regula los principios por los que se rigen los tratamientos, gran parte de este título VI se centra en la aplicación de dichos principios en el ámbito que nos ocupa, pero haciendo en algunos casos alusiones meramente formales o, en ocasiones, fragmentadas de los mismos[6].

3. Sobre esta cuestión, véase el trabajo de Piñar Mañas (2020: 101).

4. Véase, entre otros, Fernández Salmerón (2023: 197).

5. Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD 0020/2022, al Anteproyecto de la Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

6. Valga, como ejemplo clarificador de esta cuestión, que el artículo 29, después de enunciar la aplicación de la normativa de protección de datos, establece a continuación que "no se recopilarán datos personales cuya pertinencia no resulte manifiesta para tratar una información específica o, si se recopilan por accidente, se eliminarán sin dilación indebida". Se está aludiendo aquí, no hay duda, a los principios de lealtad y minimización que establece el RGPD, pero la sistemática utilizada por la norma en este sentido no parece la más adecuada, por cuanto este principio de minimización, en todo caso, debe completarse con otros —exactitud, limitación temporal, confidencialidad, etc.— de igual relevancia, y además al mismo también se alude en relación con el tratamiento de datos en el Sistema interno de información, que se contiene en el artículo 32 de la ley.

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

2.1. La preocupación del legislador por garantizar el cumplimiento del principio de licitud del tratamiento: la búsqueda de bases de legitimación en función de la vía de denuncia utilizada

De manera reiterativa, como señalábamos, el legislador muestra una gran preocupación por cumplir con el principio de licitud, por lo que dedica el artículo 30 de la Ley 2/2023 a explicitar las bases de legitimación para el tratamiento de los datos personales en los distintos supuestos que implica la norma.

De entrada, el artículo 30.1 establece la legitimación en la propia ley implícitamente aludiendo a la base de legitimación del artículo 6.1.c) del RGPD, lo cual se refuerza, además, mediante la reforma del artículo 24 de la LOPDGDD por la disposición final séptima[7], y sin embargo pivota después entre esta base de legitimación legal y la establecida por el artículo 6.1.e) del RGPD relativa al cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, en función de la vía de comunicación de que se trate.

Así, para los supuestos de comunicación a través de los sistemas de información internos, se alude a la base de legitimación establecida por el artículo 6.1.c) del RGPD, completada en su caso con las disposiciones de los artículos 8 de la LOPDGDD y 11 de la LO 7/2021 —ambos preceptos vienen referenciados en el preámbulo—, y que luego además se refuerza, como acabamos de ver, con la reforma del artículo 24 de la LOPDGDD, en una suerte de retroalimentación normativa de licitud.

Sin embargo, en esa aparentemente excesiva preocupación del legislador por dotar de cobertura legal a todos los posibles tratamientos de datos derivados de las denuncias, el artículo 30.2 establece que cuando no sea

No tiene sentido, en todo caso, la inclusión reiterativa del principio de minimización, por cuanto más adelante se habla de supresión de nuevo, en el mencionado artículo 32; ni tampoco que se hable de recopilación de datos "por accidente".

7. Resulta de utilidad mencionar, de manera específica, el nuevo artículo 24 de la LOPDGDD, que ya establecía de manera específica la licitud de los sistemas de denuncias internas en el ámbito del sector privado, y que ahora queda de la siguiente manera:

"Artículo 24. Tratamiento de datos para la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas.

Serán lícitos los tratamientos de datos personales necesarios para garantizar la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas.

Dichos tratamientos se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, en esta ley orgánica y en la Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción".

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

obligatorio disponer de un Sistema interno de información "el tratamiento se presumirá amparado en el artículo 6.1.e) del citado reglamento"[8].

Lo mismo ocurre cuando en el apartado 4 del citado artículo 30 de la ley se legitima el tratamiento de datos personales derivado de una revelación pública en el mismo artículo 6.1.e) y en el artículo 11 de la LO 7/2021[9].

Resulta algo extraño que, si lo que el legislador pretendía era justamente que estos preceptos sirvieran de atribución competencial tanto a las entidades privadas no obligadas a tener canales de denuncia como en el caso de las revelaciones públicas, no se haya remitido a la base de legitimación del artículo 6.1.c) del RGPD, mil veces reforzada en la propia ley y con la modificación del artículo 24 de la LOPDGDD, sino que se acuda a una base de legitimación claramente acotada, tanto por el derecho de la Unión Europea como por la LOPDGDD, a un ámbito de ejercicio de competencias públicas establecidas por ley[10].

8. Debemos tener en cuenta que la ley determina las entidades obligadas a disponer de un Sistema interno de información en sus artículos 10 —referido a las entidades obligadas del sector privado— y 13 —entidades obligadas en el sector público, incorporando "a los efectos de la ley" básicamente todas las entidades que engrosan el sector público según el artículo 2 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público—. Es decir, que cuando pensamos en entidades que puedan establecer canales internos de información sin estar obligadas a ello —supuesto de hecho del artículo 30.2 de la ley—, debemos circunscribirnos a entidades del sector privado que no entren en el ámbito de aplicación establecido por el artículo 10.1 de la ley, a las que solo podrá aplicarse el supuesto de legitimación determinado por el artículo 6.1.e) del RGPD.

9. No se termina de entender por qué se alude aquí a una legitimación que se circunscribe al tratamiento de datos por las autoridades públicas, cuando justamente el supuesto de hecho al que alude la revelación pública es el miedo a posibles represalias por tramitarlo por los canales internos o externos de denuncias o, entre otras, "la connivencia de una autoridad con el autor de la infracción o que esta esté implicada en la infracción". Recordemos que el ámbito de aplicación de la LO 7/2021 se ciñe a "la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos de carácter personal por parte de las autoridades competentes, con fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública" (artículo 1).

10. La única razón se podría encontrar en que en la gestación de la LOPDGDD —como recuerda la AEPD en su Informe sobre el anteproyecto de Ley 2/2023— el Consejo de Estado "consideró que el tratamiento de datos personales en los sistemas de denuncias internas quedaba legitimado por la existencia de un interés público legitimador de estos tratamientos", pero, como igualmente recuerda el Gabinete Jurídico de la AEPD, tras la entrada en vigor de la Directiva 2019/1937 esa base de legitimación es otra, al quedar esta cuestión ya amparada y justificada, como acabamos de señalar, tanto en el derecho de la Unión Europea como en la normativa estatal, mediante la cláusula 6.1.c) del RGPD.

Sí tendría más sentido, sin embargo, esta doble base de legitimación del artículo 6.1.e) del RGPD y del artículo 11 de la LO 7/2021, los tratamientos de datos personales en los canales externos a los que, sin embargo, la ley legitima por la vía de este artículo 11 de la LO 7/2021, pero basándolo en el artículo 6.1.c) del RGPD y no en el apartado e) ya mencionado.

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

En todo caso, la cuestión es relevante y no solo meramente teórica, porque, como recuerda la AEPD a través de su Informe 0020/2022, "debe indicarse la trascendencia de que la legitimación venga determinada por uno u otro supuesto, en la medida en que el derecho de oposición previsto en el artículo 21 del RGPD [...] se reconoce respecto de los tratamientos basados en la letra e), pero no respecto de los amparados por la letra c)".

Probablemente esta es la razón por la que el artículo 31 de la ley, en referencia al ejercicio de derechos, ha determinado en su apartado 4 que, "en el caso de que la persona a la que se refieran los hechos relatados en la comunicación o a la que se refiera la revelación pública ejerciese el derecho de oposición, se presumirá que, salvo prueba en contrario, existen motivos legítimos imperiosos que legitiman el tratamiento de sus datos personales".

Esto es, se habilita una causa de legitimación basada en el interés público —cuando perfectamente se podía basar en la norma legal— para después reducir a cenizas el derecho de oposición que dicha base otorga a los afectados. Quizás no hacían falta tantas alforjas para tan poco viaje.

A mayor abundamiento, creo que es necesario señalar la cara menos amable de esta fijación de la licitud en la propia Ley 2/2023, por cuanto este sistema de protección que, como indica Fernández Ramos (2023), "no es apto para comunicar cualquier incumplimiento legal, sino que está constreñido a un ámbito material determinado por la ley en su artículo 2", ha excluido de su aplicación la protección en distintos supuestos, en principio regulados por otras normas, por lo que genera una suerte de carga en los sujetos obligados de verificar que las informaciones —denuncias— comunicadas a través del Sistema interno que se establezca estén en ese ámbito de aplicación normativo, de suerte que, si no lo están, corren el riesgo de estar tratando datos personales sin una base legitimadora adecuada, cuestión esta sobre la que volveremos más adelante.

Por último, en relación con la licitud de los tratamientos, es necesario hacer referencia al último apartado del artículo 30.5 de la ley, que establece que "el tratamiento de las categorías especiales de datos personales por razones de un interés público esencial se podrá realizar conforme a lo previsto en el artículo 9.2.g) del Reglamento (UE) 2016/679". El legislador ha seguido aquí las directrices del Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD 0020/2022, sobre el anteproyecto de ley, en el que se instaba a la minimización del posible tratamiento de categorías especiales de datos, por entender que no resultaba necesario para la gestión de las comunicaciones y tramitación de los procedimientos, salvo en este supuesto específico de existencia de un

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

interés público esencial, para lo que se aludía a la necesaria activación de garantías adicionales[11].

Pues bien, la propia norma solo alude a la posibilidad de tratamiento de categorías especiales de datos en relación con los sistemas internos de información para establecer que, "si la información recibida contuviera datos personales incluidos dentro de las categorías especiales de datos, se procederá a su inmediata supresión, sin que se proceda al registro y tratamiento de los mismos" (artículo 32.2 de la ley).

No queda claro, entonces, si esta limitación supone que solo podrán tratarse datos personales de categorías especiales en el ámbito de los canales externos de información, o si a este precepto se debe excepcionar lo establecido por el artículo 30.5 de la ley. En todo caso, de lo que no hay duda es de que ese tratamiento de datos deberá circunscribirse a la aplicación más estricta de los principios de finalidad, necesidad y minimización, como veremos a continuación.

2.2. El cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva

Aunque, como hemos visto, el principio de licitud preocupa sobremanera al legislador, la ley también incide en la necesidad de garantizar el resto de principios que los tratamientos han de respetar según establece el artículo 5 del RGPD, esto es, los principios de finalidad, necesidad, minimización, exactitud, confidencialidad, transparencia y responsabilidad proactiva, contemplados todos ellos de manera más o menos escueta a lo largo de la ley y, en particular, en su título VI.

De nuevo, algunas voces doctrinales han criticado una redacción meramente formal de los principios, pero quizás podría argumentarse, a este respecto, que el giro que el RGPD ha dado respecto de las obligaciones de cumplimiento de la normativa de protección de datos, más centradas en establecer la responsabilidad proactiva en los tratamientos de datos por los responsables, permite al legislador dejar más margen a los mismos para el establecimiento de las concretas medidas que garanticen dicha protección.

11. Decía específicamente el Informe 0020/2022, en alusión directa a lo regulado por el artículo 9.2.g) del RGPD: "En este caso, debería recogerse expresamente en el anteproyecto dicha posibilidad, identificando qué tipos de datos personales incluidos en las categorías especiales de datos podrían ser objeto de tratamiento, y limitarlos a los estrictamente necesarios, previendo su supresión inmediata en cuanto no sean necesarios y estableciendo, en su caso, las garantías adicionales que resulten del correspondiente análisis de riesgos para la adecuada protección de los intereses y derechos fundamentales del interesado".

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

Sin embargo, la naturaleza altamente sensible del tratamiento por los riesgos que implica y la finalidad de la norma —proteger, en todo caso, al alertador respecto de las posibles represalias que pudiera sufrir por la revelación de infracciones— requiere, desde la perspectiva del derecho a la protección de datos como un derecho instrumental y garantizador de los derechos y libertades de las personas, de unas medidas que concilien todos los elementos en juego: no solo, claro está, la protección al informador, sino también la garantía de los derechos de otras personas afectadas —posibles "señalados" por la denuncia, testigos—, la persecución de los ilícitos informados, etc.

Quizás en este sentido el amplio margen que parece dejarse en cuanto al diseño del sistema y el cumplimiento de los principios que rigen los tratamientos podría considerarse una carga excesiva que pese sobre los responsables de los sistemas de información, no solo por la obligación de implementar los sistemas de información que establece la Ley 2/2023, sino también por tener que hacerlo, en virtud del principio de responsabilidad proactiva[12], adoptando sin demasiadas directrices las medidas organizativas y técnicas necesarias para su funcionamiento, que garanticen la protección de los datos, y que a su vez permitan demostrar que dichas medidas son conformes con el RGPD.

En este sentido, el artículo 5 de la ley establece que el Sistema interno de información debe diseñarse y gestionarse de forma segura, de manera que se garantice la confidencialidad del informante y de cualquier otra persona mencionada en la comunicación, lo que se traduce, desde la perspectiva que nos ocupa, en la necesidad de cumplir con las obligaciones de la protección de datos desde el diseño y por defecto, conforme a los artículos 25 del RGPD y 32 del RGPD, es decir, con medidas jurídicas y de seguridad adecuadas que minimicen los riesgos de brechas de seguridad, por la implicación que las mismas pueden tener.

Será, por tanto, necesario llevar a cabo un adecuado análisis de riesgos periódico, previo a su implantación y durante su existencia, que tenga en cuenta tanto los mecanismos de seguridad de la plataforma —que no solo debe garantizar la posibilidad de comunicación por vía electrónica, sino

12. En los términos establecidos por el artículo 24 del RGPD, que dispone:
"Teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento. Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario".

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

también, como veremos, por vía verbal, mediante grabación y/o transcripción segura, así como por escrito, en papel— como los del procedimiento en sí que se regule para su gestión, permitiendo también la limitación estricta de las personas que estarán habilitadas para su llevanza, de manera que se garantice el acceso únicamente a quienes establezca la ley como posibles conocedores, en cada caso, de las denuncias, bajo un régimen de estricta confidencialidad[13].

Debemos entender, por tanto, que la naturaleza de alto riesgo de estos tratamientos obliga a los responsables de los mismos no solo al cumplimiento estricto normativo que se recoge de implantación de los canales y de gestión de las denuncias, sino a hacerlo con esa perspectiva del tratamiento de los datos desde el diseño y por defecto, y teniendo en cuenta su condición de responsables.

3. Protección de datos desde el diseño y por defecto en la implementación de los sistemas internos de información y en los procedimientos de gestión de los mismos

3.1. La determinación de los responsables y encargados de tratamiento en el marco de los sistemas internos de información y la aplicación del principio de confidencialidad en la limitación de las personas con acceso al Sistema

Uno de los aspectos básicos a determinar para la protección de los datos en los canales de denuncia es la determinación de quién ostenta la condición de responsable en estos casos. Recordemos al efecto que la Ley 2/2023 determina en su artículo 5.1 lo siguiente:

13. No está de más recordar, en este momento, que la normativa de protección de datos no solo obliga a llevar a cabo un previo análisis de riesgos aplicando el principio de la protección de datos desde el diseño y por defecto, sino que, además, obliga a llevar a cabo una específica evaluación de impacto relativa a la protección de datos (en adelante, EIPD), "cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas". Pues bien, la AEPD, en su informe jurídico 0020/2023, consideró de "alto riesgo" los tratamientos previstos por la ley, pero dando a entender que debía ser el propio legislador —o más bien el Gobierno y la Administración General del Estado en su propuesta de proyecto de ley— quien realizara esta EIPD a efectos de ver las garantías a las que se debiera dar traslado en el texto legal. No solo en el caso que nos ocupa, sino que la AEPD aprovechó para subrayar la necesidad de que estos análisis de riesgos y EIPD se establecieran como obligaciones legales para cualquier proyecto de ley que implique el tratamiento de datos personales.

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

> "El órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo obligado por esta ley será el responsable de la implantación del Sistema interno de información, previa consulta con la representación legal de las personas trabajadoras, y tendrá la condición de responsable del tratamiento de los datos personales de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos personales".

Si bien la primera parte está clara, en cuanto a que la obligación de creación y puesta en funcionamiento —por tanto, de definición del sistema de gestión y procedimiento aplicable— corresponde al órgano de gobierno o de administración de la entidad, el hecho de que el precepto indique que este órgano "tendrá la condición de responsable de tratamiento" ha generado dudas que la AEPD ha intentado aclarar en su Informe 0054/2023 ante una consulta que, a mi juicio, con toda la razón planteaba que debe ser la entidad obligada a disponer del Sistema interno de información la responsable de los tratamientos de datos si atendemos a la definición de responsable del tratamiento del artículo 4.7 del RGPD[14].

La AEPD, tras afirmar que efectivamente la redacción del precepto viene de lo informado por ella, matiza en este informe lo siguiente:

> "La finalidad perseguida con nuestro Informe 20/2022 era contribuir a la correcta identificación de los responsables del tratamiento y de los posibles encargados, pero sin que fuera la intención de atribuir al Consejo de Administración de una sociedad mercantil una responsabilidad respecto del tratamiento de los datos personales en el Sistema interno de información diferenciada respecto de la que corresponde a la propia sociedad con relación a los restantes tratamientos de datos personales conforme al artículo 4.7 del RGPD, ni alterar el régimen de responsabilidad previsto en la normativa sobre protección de datos personales. […] Por todo ello, la correcta interpretación del artículo 5 de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, desde la perspectiva de la protección de datos personales, requiere identificar como responsable del tratamiento a la entidad u organismo obligado por la ley a disponer de un Sistema interno

14. Resulta necesario indicar que bien está que la AEPD deshaga el entuerto causado, por cuanto ella misma fue la que sugirió que se incluyera la referencia al responsable del tratamiento en este artículo, en el citado Informe 0020/2022, en el que literalmente —y en destacado— señaló:

> "Por consiguiente, en virtud de las funciones que se le atribuyen legalmente, corresponde al órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo obligado ostentar la condición de 'responsable del tratamiento' de los datos personales, de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos personales, lo que debería recogerse en texto del propio artículo 5".

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

de información, sin perjuicio de que las decisiones necesarias para su correcta implantación deban adoptarse por el correspondiente órgano de administración u órgano de gobierno".

Aclarada en apariencia la cuestión[15], en el sentido de que parece que, pese a lo que literalmente diga la norma, serán las entidades las responsables de los tratamientos que se lleven a cabo, aunque sea el consejo de gobierno o de administración sobre quien pese la obligación de implementar el Sistema de información con las garantías necesarias, debe recordarse que la gestión del mismo no recae sobre este órgano, sino sobre la persona o personas concretas que se nombren como "Responsable del Sistema interno de información" en aplicación del artículo 8 de la ley, debiendo designarse facultades de gestión en una persona concreta si se opta por que el Responsable del Sistema sea un órgano colegiado.

Es importante señalar esto porque la ley permite la externalización del Sistema interno de gestión en su artículo 6, adquiriendo en este caso la condición de encargado de tratamiento, lo que no solo se deberá plasmar en el acto o contrato correspondiente —como recuerda el artículo 6.4 de la ley—, sino que recordemos que obligará a que, en su responsabilidad proactiva, la entidad responsable elija un encargado de tratamiento con todas las garantías adecuadas según establece el RGPD, lo que va más allá de la alusión por la ley en su artículo 6.2 a que "la gestión del Sistema por un tercero externo exigirá en todo caso que este ofrezca garantías adecuadas de respeto de la independencia, la confidencialidad, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones".

El alcance de esa externalización parece quedar acotado en el artículo 6.1 de la ley a un mero apoyo técnico para la recepción de las informaciones, al establecerse que "la gestión del Sistema interno de información se podrá

15. Decimos "en apariencia" porque, dado el tenor literal del precepto, si aplicamos estrictamente el artículo 4.7 del RGPD no queda tan clara esta cuestión, porque se define al "responsable del tratamiento" o "responsable" como "la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el derecho de la Unión o de los Estados miembros".

Si bien supera el ámbito de este trabajo, no está de más plantearse que la interpretación de la AEPD, aunque muy voluntarista, no sea suficiente para entender a las entidades como responsables, si tenemos en cuenta que los fines —la protección de los informantes y el interés público en la persecución de infracciones del derecho de la Unión— y medios del tratamiento —los canales de denuncia— vienen directamente establecidos por el legislador, que ha designado, en apariencia, al órgano de gobierno o de administración como responsable. Sería conveniente plantear la necesidad de reformar este artículo para que, con mayor seguridad jurídica, establezca la condición de responsable de la entidad, que es lo lógico en estos casos.

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

llevar a cabo dentro de la propia entidad u organismo o acudiendo a un tercero externo, en los términos previstos en esta ley. A estos efectos, se considera gestión del Sistema la recepción de informaciones".

Este artículo, que se complementa por el artículo 15 de la ley en el mismo sentido para el sector público, parece dar a entender que esta figura será en todo caso un proveedor que proporcione herramientas de *software* o servicios en la nube para la recepción de la información, reforzándose esta idea en el artículo 6.3, que concreta que "la gestión del Sistema interno de información por un tercero no podrá suponer un menoscabo de las garantías y requisitos que para dicho sistema establece esta ley ni una atribución de la responsabilidad sobre el mismo en persona distinta del Responsable del Sistema previsto en el artículo 8".

Por último, es necesario señalar que el artículo 6.2 prevé la posibilidad de existencia de corresponsables —lo que exigirá la suscripción del acuerdo correspondiente, conforme al artículo 26 del RGPD—, figura en todo caso aplicable a situaciones como las recogidas en los artículos 12 y 14, que permite a pequeñas empresas o Administraciones, respectivamente, compartir el Sistema interno de información, pero cumpliendo con las garantías de confidencialidad de la norma, es decir, que si bien comparten los fines y medios del tratamiento, cada entidad deberá tener acceso exclusivo a las informaciones que le afecten.

Respecto de las personas físicas encargadas de la gestión del Sistema, debemos señalar cómo la ley limita de manera categórica las personas que pueden tener acceso a la información del Sistema, en aplicación de los principios de necesidad y de confidencialidad[16], a fin de reforzar los mecanismos de protección de los informantes, de tal manera que incluso cuando se nombra como responsable de un Sistema interno a un órgano colegiado, "este deberá delegar en uno de sus miembros las facultades de gestión del Sistema interno de información y de tramitación de expedientes de investigación" (artículo 8.2), reforzando el carácter de su gestión independiente y autónoma (artículo 8.4), evitando los conflictos de interés, en su caso (artículo 8.5), y pudiendo designarse al oficial de *compliance* de existir ya en la organización (artículo 8.6 de la ley).

16. Así lo había señalado ya el Supervisor Europeo de Protección de Datos en sus *Guidelines on procession personal information within a whistleblowing procedure*, publicadas en diciembre de 2019, indicando que "*internal access to the information processed as part of the investigation of the allegations must be granted strictly on a need to know basis, in other words, subject to necessity. Those in charge of the management of reports could, for example, be subject to a reinforced obligation of secrecy*".

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

La ley limita categóricamente las personas que pueden tener acceso a los datos personales que se traten junto con la información, estableciendo en su artículo 32.1 lo siguiente:

> "1. El acceso a los datos personales contenidos en el Sistema interno de información quedará limitado, dentro del ámbito de sus competencias y funciones, exclusivamente a:
> a) El Responsable del Sistema y a quien lo gestione directamente.
> b) El responsable de recursos humanos o el órgano competente debidamente designado, solo cuando pudiera proceder la adopción de medidas disciplinarias contra un trabajador. En el caso de los empleados públicos, el órgano competente para la tramitación del mismo.
> c) El responsable de los servicios jurídicos de la entidad u organismo, si procediera la adopción de medidas legales en relación con los hechos relatados en la comunicación.
> d) Los encargados del tratamiento que eventualmente se designen.
> e) El delegado de protección de datos".

Esto implica además una compartimentación estricta de las personas con acceso a la información en cada situación, de manera que solo podrán tenerlo, en aplicación del principio de minimización, cuando la naturaleza de la información requiera de su intervención. Y lo mismo cabe decir respecto de las cesiones de datos, que el mismo artículo 32.2 considera lícitas "cuando resulte necesario para la adopción de medidas correctoras en la entidad o la tramitación de los procedimientos sancionadores o penales que, en su caso, procedan".

Se refuerza, además, esta idea de confidencialidad en el artículo 9.2.g) de la ley, al establecer, aunque con una sistemática un tanto discutible, que el procedimiento de gestión de las informaciones responderá, entre otros, al siguiente principio:

> "g) Garantía de la confidencialidad cuando la comunicación sea remitida por canales de denuncia que no sean los establecidos o a miembros del personal no responsable de su tratamiento, al que se habrá formado en esta materia y advertido de la tipificación como infracción muy grave de su quebranto y, asimismo, el establecimiento de la obligación del receptor de la comunicación de remitirla inmediatamente al Responsable del Sistema".

3.2. Finalidad, integridad y transparencia

Otra de las cuestiones sobre las que es interesante reflexionar a la hora de la implementación del Sistema interno de información es sobre la finalidad de dicho canal, que no puede ser, en principio, un genérico buzón para todo tipo de quejas o incumplimientos, al limitarse, como ya hemos visto, el ám-

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

bito material de protección en el artículo 2 de la ley. De hecho, la propia ley establece en su artículo 7.4 la posibilidad de que a través de esos canales se puedan recibir informaciones y comunicaciones fuera del ámbito que establece el mencionado artículo 2; tanto esas comunicaciones como quienes las remitan no gozarán de la protección de la Ley 2/2023.

En todo caso, el artículo 5.2 enumera las características que deben reunir estos sistemas internos de información[17], que sin duda plantean elementos de transcendencia en relación con la protección de datos desde el diseño y por defecto, mediante sistemas seguros y políticas apropiadas para garantizar un auténtico hermetismo del sistema.

Las medidas de seguridad, además, deberán preverse en función de los requisitos y posibilidades de comunicación que prevé el artículo 7.2 de la ley, con posibilidad de grabación y/o transcripción de la información, debiendo implementarse tanto controles de accesos para todos estos supuestos como medidas adecuadas para su conservación y/o supresión en su caso, y por supuesto, todo ello previa información a los interesados de que tratamientos que se vayan a llevar a cabo pueden implicar la grabación, transcripción o documentación de los intercambios de información que se produzcan, y deben permitir el ejercicio de los derechos de acceso y rectificación en todo caso[18].

17. Señala este artículo 5.2 de la Ley 2/2023:

"El Sistema interno de información, en cualquiera de sus fórmulas de gestión, deberá:

a) Permitir a todas las personas referidas en el artículo 3 comunicar información sobre las infracciones previstas en el artículo 2.
b) Estar diseñado, establecido y gestionado de una forma segura, de modo que se garantice la confidencialidad de la identidad del informante y de cualquier tercero mencionado en la comunicación, y de las actuaciones que se desarrollen en la gestión y tramitación de la misma, así como la protección de datos, impidiendo el acceso de personal no autorizado.
c) Permitir la presentación de comunicaciones por escrito o verbalmente, o de ambos modos.
d) Integrar los distintos canales internos de información que pudieran establecerse dentro de la entidad.
e) Garantizar que las comunicaciones presentadas puedan tratarse de manera efectiva dentro de la correspondiente entidad u organismo con el objetivo de que el primero en conocer la posible irregularidad sea la propia entidad u organismo.
f) Ser independientes y aparecer diferenciados respecto de los sistemas internos de información de otras entidades u organismos, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 12 y 14.
g) Contar con un Responsable del Sistema en los términos previstos en el artículo 8.
h) Contar con una política o estrategia que enuncie los principios generales en materia de Sistemas interno de información y defensa del informante y que sea debidamente publicitada en el seno de la entidad u organismo.
i) Contar con un procedimiento de gestión de las informaciones recibidas.
j) Establecer las garantías para la protección de los informantes en el ámbito de la propia entidad u organismo, respetando, en todo caso, lo dispuesto en el artículo 9".

18. Aunque la ley hable de garantizar el ejercicio por los interesados de "los derechos a que se refieren los artículos 15 a 22" del RGPD (artículo 31.3 de la ley), es obvio, como hemos visto,

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

Huelga decir que la implementación de un canal de estas características, con garantías suficientes para la preservación de la información, la supresión cuando sea necesario y, sobre todo, la protección de la identidad de los informantes, requiere de esfuerzos técnicos importantes que no todas las entidades podrán asumir, lo que está generando ya una importante oferta de encargados de tratamiento para proveer de soluciones informáticas para implantar mecanismos que cumplan con las obligaciones de la ley. No obstante, como hemos visto, seguía pesando sobre los responsables la obligación de velar por el adecuado cumplimiento de los principios de protección de datos, mediante sistemas y controles que garanticen el posible anonimato y la confidencialidad de la identidad del informante, así como la exactitud de los datos —en la grabación o su transcripción—, la posible minimización de los mismos —con la consiguiente supresión de los que no sean estrictamente necesarios en relación con la información—, y la inclusión de información suficiente a los interesados sobre el tratamiento de datos que se va a hacer, puesto que el rol de encargado de tratamiento no incluye la gestión de la información, sino solo su recepción.

Como garantía adicional de transparencia, además de informar sobre la protección que dispensa el canal y los derechos de los interesados en el tratamiento de sus datos, conforme al artículo 31 de la ley, sería conveniente dar de alta el Sistema de información interno como tratamiento específico de datos en el Registro de Actividades de Tratamiento (RAT), especialmente por lo que se refiere a las entidades del sector público, pues, como indica Ricard Martínez (2023), "se trata de un tratamiento cuya finalidad y características esenciales vienen definidas por la ley para la persecución de fines de interés público y la garantía de los derechos de las personas denunciantes. La capa adicional de transparencia que se impone al RAT de las administraciones permite incrementar la proactividad en la garantía de este principio".

3.3. Tratamiento de los datos personales en el procedimiento de gestión de la información

El Supervisor Europeo de Protección de Datos ha señalado, en sus "Orientaciones sobre los mecanismos de denuncia de infracciones"[19], la necesidad de definir el alcance del procedimiento de denuncia de la manera lo más limitada posible, en cada caso, para evitar el abuso del mecanismo, indicando

que no todos ellos pueden ser de aplicación en este supuesto, ni su ejercicio por todos los interesados.

19. Supervisor Europeo de Protección de Datos (EDPS) (2019: 6).

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

claramente que los canales de información no deben ser usados para otras finalidades que tienen sus propias vías de ejercicio. Se trata de minimizar los datos personales objeto de tratamiento a los estrictamente necesarios.

Esto entronca con una de las obligaciones que hemos visto pesa sobre los responsables en su implantación del Sistema interno de información, que no solo deben "contar con un procedimiento de gestión de las informaciones recibidas", sino que el mismo debe "contar con una política o estrategia que enuncie los principios generales en materia de Sistema interno de información y defensa del informante y que sea debidamente publicitada en el seno de la entidad u organismo". De nuevo, la necesidad de un diseño previo de los procedimientos entronca directamente con la idea de la protección de datos desde el diseño en el ámbito de la responsabilidad proactiva de los sujetos obligados, que deberán establecer no solo las vías o los canales de recepción de la información, sino también, específicamente, procedimientos claros para gestión de las denuncias, sobre los que también deberán ser transparentes y dar información clara a los interesados.

Cada entidad parece que puede diseñar este procedimiento como le parezca oportuno[20], teniendo en cuenta, además, que será el Responsable del Sistema —o la persona en que se delegue— quien deba hacer esta tramitación, por cuanto, como hemos visto, los encargados del tratamiento solo lo son para la recepción de las informaciones.

En cualquier caso, la ley establece ciertas obligaciones sobre el procedimiento de gestión de informaciones, al que dedica su artículo 9, e indica cuestiones concretas en relación con el tratamiento de datos que se haga en dicho procedimiento, además de contener una remisión específica a lo previsto en el título VI (artículo 9.2.i) para el tratamiento de los datos personales. Nos vamos a detener, aunque sea brevemente, en algunas de estas previsiones.

En primer lugar, el informante que activa el procedimiento mediante su comunicación de una información —que puede optar por el anonimato— tiene una protección reforzada, de tal manera que la ley establece, en su artículo 33.3, que su identidad solo puede ser comunicada a la Autoridad judicial, al Ministerio Fiscal o a la autoridad administrativa correspondiente, siendo necesario trasladar al informante notificación de dicha revelación de su identidad, salvo que pudieran verse comprometidos la investigación o el procedimiento judicial, debiendo motivarse dicha revelación.

20. Y en aplicación, como hemos visto, del principio de responsabilidad proactiva.

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

Obviamente, el informante debe tener conocimiento, antes de usar el Sistema de información, de qué cauces dispone para hacer su comunicación[21], así como de cómo van a ser tratados sus datos personales y de los derechos que le asisten, como ya hemos visto.

Al respecto, recordemos que el artículo 7.2 de la ley establece que "el canal interno deberá permitir realizar comunicaciones por escrito o verbalmente, o de las dos formas. La información se podrá realizar bien por escrito, a través de correo postal o a través de cualquier medio electrónico habilitado al efecto, o verbalmente, por vía telefónica o a través de sistema de mensajería de voz. A solicitud del informante, también podrá presentarse mediante una reunión presencial dentro del plazo máximo de siete días".

En el uso de estos canales, el denunciante debe ser informado de que su comunicación, de ser verbal, será grabada, e igualmente de que dispone también de canales externos de información, por si decide optar por estos.

Junto a esta información, al informante se le deberá dar toda la información relativa al tratamiento, conforme a lo establecido en los artículos 13 y siguientes del RGPD, respecto del responsable, la finalidad, los destinatarios, en su caso, los plazos de conservación, los derechos que le asisten, y las medidas de seguridad implementadas[22].

El artículo 31 de la ley, dedicado específicamente a la "información sobre protección de datos personales y ejercicio de los derechos", poco viene a complementar, en este sentido, lo establecido por el artículo 13 del RGPD, al que se remite, más allá de indicar que a los informantes se les informará, "de forma expresa, de que su identidad será en todo caso reservada, que no se comunicará a las personas a las que se refieren los hechos relatados ni a terceros"; y el posible ejercicio de los derechos regulados por los artículos 15 a 22 del RGPD.

En este sentido, la sistemática de la ley es algo confusa, pues, como hemos visto, la misma prevé la remisión de la información —con sus datos personales— a las autoridades pertinentes en el marco de una investigación (artículo 33 de la ley), de lo que se deberá dar oportuna información al infor-

21. Véase, al respecto, lo previsto en el artículo 25 de la ley, relativo a la información sobre los canales interno y externo de información.

22. Esta información, como acabamos de ver, debe constar también en el registro de actividades de tratamiento, conforme al artículo 31 RGPD, por lo que se podrá remitir al mismo como información de segunda capa, siempre que esté publicada —como debe ser el caso para las entidades del sector público, conforme a lo establecido por el artículo 7 bis de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno—.

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

mante; y que, al estar legitimado el tratamiento en la base de licitud del artículo 6.1.c) del RGPD, su derecho de oposición está, cuando menos, limitado.

En cuanto a la protección que recibe el informante, también debe tenerse en cuenta que la misma se produce en el ámbito de la finalidad de la ley y no más allá, por cuanto el artículo 7.4 de la ley establece que "los canales internos de información podrán estar habilitados por la entidad que los gestione para la recepción de cualesquiera otras comunicaciones o informaciones fuera del ámbito establecido en el artículo 2, si bien dichas comunicaciones y sus remitentes quedarán fuera del ámbito de protección dispensado por la misma".

Es decir, que habrá de darse información clara al informante de que su identidad puede no quedar protegida si lo que denuncia o comunica queda fuera de las finalidades de la ley, siendo, como ya hemos visto, una carga adicional del gestor del sistema, que deberá determinar qué informaciones entran dentro del ámbito de protección de la ley, y cuáles no.

No es la única carga que pesa sobre el Responsable del Sistema a la hora de gestionar las informaciones recibidas: el artículo 32 de la ley, dedicado al tratamiento de datos personales en el Sistema interno de información, al que ya nos hemos referido, establece una serie de obligaciones, *a priori* acordes con los principios relativos al tratamiento establecidos por el artículo 5 del RGPD, pero que pueden ser de difícil cumplimiento por las entidades.

En primer lugar, en aplicación del principio de minimización, el artículo 32.2 dispone lo siguiente:

> "En ningún caso serán objeto de tratamiento los datos personales que no sean necesarios para el conocimiento e investigación de las acciones u omisiones a las que se refiere el artículo 2, procediéndose, en su caso, a su inmediata supresión. Asimismo, se suprimirán todos aquellos datos personales que se puedan haber comunicado y que se refieran a conductas que no estén incluidas en el ámbito de aplicación de la ley. Si la información recibida contuviera datos personales incluidos dentro de las categorías especiales de datos, se procederá a su inmediata supresión, sin que se proceda al registro y tratamiento de los mismos".

Esto es, el Responsable del Sistema deberá decidir si los datos personales —del informante y de otras personas a las que se pueda aludir en la denuncia— son o no necesarios, y si entran o no en el ámbito de aplicación de la ley, lo que no es, en todo caso, fácil de determinar.

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

Además, también deberá proceder a la supresión —"inmediata", dice la ley— de los datos relativos a categorías especiales, aunque aquí habrá que entender que puede ser aplicable la excepción establecida en el artículo 9.2.g) del RGPD, en aplicación del artículo 30.5 de la ley, a lo que ya nos hemos referido, siendo esta también una carga adicional para el Responsable del Sistema.

Pero es que, además, este artículo 32 va más allá, porque su apartado 3, después de aludir al principio de mínima conservación temporal de los datos —sobre lo que volveremos ahora—, establece lo siguiente:

> "Si se acreditara que la información facilitada o parte de ella no es veraz, deberá procederse a su inmediata supresión desde el momento en que se tenga constancia de dicha circunstancia, salvo que dicha falta de veracidad pueda constituir un ilícito penal, en cuyo caso se guardará la información por el tiempo necesario durante el que se tramite el procedimiento judicial".

Cómo se deba hacer ese "juicio de veracidad" de la información, es difícil de determinar. No queda claro si el Responsable del Sistema debe aventurar una primera valoración, o si la misma debe quedar acreditada en vía judicial, si la supresión por tanto es previa a la investigación o si es resultado de la misma, cuestión que tendría más sentido, puesto que no creo que se pueda cargar al Responsable del Sistema con la responsabilidad de determinar si la falta de veracidad puede o no constituir un ilícito penal.

Todo ello teniendo en cuenta, además, que en el tratamiento de los datos personales en la gestión de las informaciones no solo se trata de proteger la identidad del informante, sino cualesquiera otros datos personales que comunique, sean del informante o de terceros, haciendo más difícil si cabe la aplicación estricta del principio de minimización.

Volviendo, por último, sobre la cuestión de los plazos de conservación de los datos personales, fuera de estos ámbitos de supresión inmediata —inmediatez que, como vemos, puede no referirse al momento de recepción de la información, sino de verificación de la necesidad de los datos o de su falta de veracidad— la ley contiene varias referencias a los plazos de conservación de los datos personales.

De un lado, la ley estipula, en su artículo 32.3, lo que Fernández Salmerón (2023: 209) ha denominado "principio de prudencia cronológica", al establecerse que "los datos que sean objeto de tratamiento podrán conservarse en el sistema de informaciones únicamente durante el tiempo impres-

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

cindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación sobre los hechos informados".

De otro, el artículo 32.4 establece que el plazo de conservación de la comunicación, salvo que se anonimice, será de tres meses cuando no se hubieran iniciado actuaciones de investigación, no siendo de aplicación el bloqueo de los datos previo a su supresión, sino la supresión directa,

Obviamente, la iniciación de las actuaciones de investigación no debe ser una cuestión discrecional para la entidad, o para el Responsable del Sistema de información interno —y así se establece en el artículo 7 de la ley, que da justamente el mismo plazo de tres meses para "dar respuesta a las actuaciones de investigación", salvo que sea necesaria una ampliación de plazo—, pero parece establecerse aquí una suerte de caducidad del plazo del procedimiento de investigación.

En todo caso, debe entenderse que esta supresión no podrá ser usada a modo de fraude por parte de las entidades para eludir su responsabilidad en la investigación de los ilícitos[23], quedando no solo registro obligatorio de la comunicación de informaciones mediante el libro-registro previsto por el artículo 26 de la ley, sino habilitando al informante a quedar protegido en el caso de que decida hacer una revelación pública de la información cuando las informaciones no sean investigadas (artículo 28.1.a de la ley), y estando además tipificado como infracción muy grave "cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de comunicaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento" (artículo 63.1.a de la ley).

A modo de cierre del Sistema, el artículo 26 recuerda la necesidad de cumplimiento de este principio de limitación del plazo de conservación que establece el artículo 5.1.e) del RGPD, determinando que solo se conservarán los datos personales relativos a informaciones e investigaciones "durante el período que sea necesario y proporcionado a efectos de cumplir con esta ley", estableciéndose de forma tajante que "en ningún caso podrán conservarse los datos por un período superior a diez años" (artículo 26.2 de la ley).

Por último, para finalizar este estudio, resulta de interés referirse a la figura del delegado de protección de datos (DPD), como figura de asesoramiento y supervisión en materia de protección de datos, que la ley incluye

23. Evidentemente las obligaciones de tramitación no son las mismas para las entidades públicas, para las que este procedimiento tendrá —entiendo— la condición de procedimiento administrativo, y deberán aplicarse las previsiones de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

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

como obligatoria para la Autoridad Independiente de Protección del Informante y las autoridades independientes que en su caso se constituyan, según el artículo 34 de la ley. Sin embargo, son muchas las entidades públicas y privadas que, estando obligadas a implantar los sistemas internos de información, tienen la obligación de contar con un DPD, en aplicación de lo previsto por el RGPD y la LOPDGDD, y así se refleja en la posibilidad de que tengan acceso —como no podría ser de otra manera— a los datos personales contenidos en el Sistema interno de información, en el artículo 32.1.e) de la ley.

El o la DPD no tendrá solo un rol en la gestión de las informaciones para garantizar la protección de los datos de los interesados, sino que también deberá participar, mediante su asesoramiento y supervisión, en la protección de datos desde el diseño y por defecto de estos canales, por cuanto ya sabemos que la protección de datos requiere de una gestión de riesgos dinámica, en la que de manera periódica se revisen las medidas jurídicas y técnicas para garantizar la protección de datos en los sistemas internos de información, así como en los sistemas externos de información, cuando estos se pongan en marcha.

Contar con el apoyo del/de la DPD será de gran utilidad para la aplicación de una norma que, como hemos visto, deja un gran margen de actuación a las entidades obligadas, que deberán diseñar los mecanismos jurídicos y técnicos más adecuados para la protección de los datos personales que deban tratarse, en su caso, en los procedimientos de denuncia que se inicien en aplicación de la Ley 2/2023.

4. Bibliografía

Fernández Ramos, S. (2023). Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación. *Revista General de Derecho Admninistrativo*, 63.

Fernández Salmerón, M. (2023). La protección de datos personales. En J. M.ª Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante*. Bosch.

Martínez Martínez, R. (2023). El tratamiento de datos personales en el marco de la Ley 2/2023, de protección del denunciante. Requisitos y recomendaciones para el sector público. *La Ley privacidad*, 15.

Piñar Mañas, J. L. (2020). La transposición de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión. *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2019*.

ISBN: 978-84-125912-4-8

Sempere Samaniego, F. J. (2021). La licitud del tratamiento. (Comentario al artículo 6 RGPD y 8 LOPDGDD y Disposición adicional duodécima LOPDGDD). En A. Troncoso Reigada (dir.). *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*. Thomson Reuters-Civitas.

Supervisor Europeo de Protección de Datos. (EDPS). (2019). *Guidelines on procession personal information within a whistleblowing procedure*. Disponible en: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/guidelines/guidelines-processing-personal-information-within_en.

La protección del denunciante: el modelo italiano

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

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

1. Introducción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ISBN: 978-84-125912-4-8

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Diferencias con el modelo italiano anterior a la directiva

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

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

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

4. Magri (2019).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8. Parisi (2023b).

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Bibliografía

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

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

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

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

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

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

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

10. Magri (2022).

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

Claves 38

Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales

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

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

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

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

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

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

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

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

FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL

www.gobiernolocal.org

9 788412 591248