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.