ESTUDIOS

SISTEMAS DE INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE INFORMANTES EN ESPAÑA

JAVIER SIERRA RODRÍGUEZ
DIRECTOR

RAFAEL ALIAGA RODRÍGUEZ
JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE
CONCEPCIÓN CAMPOS ACUÑA
OSCAR CAPDEFERRO VILLAGRASA
JAIME CLEMENTE MARTÍNEZ
MARÍA CRISTINA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ
ANDREA GARRIDO JUNCAL
JORDI GIMENO BEVIÁ
HUMBERTO GOSÁLBEZ PEQUEÑO
JOSÉ LEÓN ALAPONT
ALFREDO LIÑÁN LAFUENTE
BELÉN LÓPEZ DONAIRE
RICARD MARTÍNEZ MARTÍNEZ
M. LUISA MIRALLES HIGÓN
PILAR MORENO GARCÍA
JORGE PAYÁ SELLÉS
JULI PONCE SOLÉ
CRISTINA PAUNER CHULVI
ROSA MARÍA PÉREZ PABLO
IGNACIO SÁEZ HIDALGO
JOSÉ ANTONIO TARDÍO PATO
JUAN VEGA FELGUEROSO
SILVIA VERNIA TRILLO
GABRIELE VESTRI
JORGE VIGURI CORDERO

PRÓLOGO DE JOSÉ MARÍA PÉREZ MONGUIÓ

INCLUYE LIBRO ELECTRÓNICO

ARANZADI

© **Javier Sierra Rodríguez (Dir.)**, **2025**
© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**

ARANZADI LA LEY, S.A.U.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
***e-mail*:** clienteslaley@aranzadilaley.es
https://www.aranzadilaley.es/aranzadi

Primera edición: 2025

Depósito Legal: M-899-2025
ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-1162-189-2
ISBN versión electrónica: 978-84-1162-188-5
Incluye soporte electrónico

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.
Printed in Spain

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, **www.cedro.org**) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY, S.A.U. se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

Página

PRÓLOGO 25

BLOQUE I
ASPECTOS BÁSICOS DE LA LEY 2/2023

CAPÍTULO 1

EL DÍA DESPUÉS DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE INFORMANTES
JAVIER SIERRA RODRÍGUEZ 35

1. Introducción 35

2. Las luces y las sombras: algunos comentarios sobre la nueva regulación 38

2.1. La ampliación del ámbito material de aplicación 38

2.2. La normalización del anonimato 40

2.3. La definición de informante y la colaboración ciudadana: ¿es posible una interpretación que evite su exclusión? 42

2.4. Otras observaciones 48

3. El proceso de adopción de los sistemas internos 48

3.1. Canales de recepción de alertas 49

3.2. Políticas del sistema y procedimiento de gestión de la información 51

4. La Autoridad y los órganos competentes en las Comunidades Autónomas 52

Página

4.1. Las funciones básicas que producen parálisis y sus implicaciones 53
4.2. El papel de la Autoridad respecto al sistema en su conjunto . . 55
5. A modo de conclusión 57
6. Bibliografía 59

CAPÍTULO 2

ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN
ANDREA GARRIDO JUNCAL 61

1. Introducción 61
2. El ámbito de aplicación material de la Directiva 2019/1937 basado en una difícil identificación de sectores 62
3. La definición de infracción del artículo 6 de la Directiva 2019/1937 69
4. Avances y limitaciones del ámbito material de aplicación de la Ley 2/2023 por elección del legislador español 70
5. Regímenes específicos 75
6. Información excluída de las protecciones 76
7. El ejercicio de la potestad organizatoria y los derechos de los trabajadores 78
8. Bibliografía 80

CAPÍTULO 3

ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN
ÓSCAR CAPDEFERRO VILLAGRASA 83

1. Introducción 83
2. Quién puede ser informante 84
3. Los derechos del informante y del afectado por la información 87
3.1. Los derechos del informante 87
3.2. Los derechos de las personas afectadas 89

Página

4. Los protegidos no informantes 94
5. Las condiciones de protección 95
6. Conclusiones 102
7. Bibliografía 103

BLOQUE II
EL INFORMANTE Y SU PROTECCIÓN

CAPÍTULO 4

LA CONDICIÓN DE INTERESADO DEL INFORMANTE Y SU DERECHO Y LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR LAS DECISIONES DE NO TRAMITAR LAS COMUNICACIONES
JULI PONCE SOLÉ 107

1. Introducción: *Whistleblowing* y derecho a una buena administración 107
2. La regulación de las denuncias en España y en la Ley 2/2023 114
3. Algunas cuestiones jurídicas relevantes respecto a la limitación, orientación y control de la discrecionalidad administrativa en la tramitación de las comunicaciones de los informantes 115
3.1 Ámbito subjetivo: el informante como interesado en ejercicio de su derecho a una buena administración 116
3.2 Sistemas de información en la ley 2/2023 y procedimientos administrativos para la correcta toma de las decisiones: una regulación legal defectuosa y posiblemente inconstitucional . . 117
3.3. Legitimación para impugnar el archivo de las comunicaciones (y la tramitación y resultado del procedimiento posterior abierto de oficio, en su caso): la inconstitucionalidad del art. 20.4 de la ley 2/2023 127
4. Conclusiones 129
5. Bibliografía 131

Página

CAPÍTULO 5

MOTIVACIONES Y RESISTENCIAS PARA INFORMAR
MARÍA CRISTINA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ 133

1. Aproximación a la situación de los denunciantes de corrupción 133
2. ¿Por qué no se denuncian los casos de corrupción? 135
2.1. Alta probabilidad de represalias 136
2.2. Ausencia de canales anónimos 137
2.3. Indisponibilidad de entidades externas e independientes 138
2.4. Responsabilidad por la propia denuncia 139
3. David contra Goliat: Las motivaciones para denunciar 140
3.1. Consideraciones éticas y morales 141
3.2. Fomento de la denuncia a través del (public or corporate) compliance 142
3.3. Recompensas sociales o económicas 143
4. Conclusiones 143
5. Bibliografía 144

CAPÍTULO 6

LA PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE
JUAN VEGA FELGUEROSO 149

1. Introducción 149
2. Protección al denunciante antes de la Ley 2/2023 150
3. Protección al denunciante en la Directiva 2019/1937 152
4. La Ley 2/2023 de protección al denunciante 156
4.1. Protección al denunciado 157
4.2. Ámbito de aplicación objetivo 160
4.3. Ámbito de aplicación subjetivo 162

Página

5. El Título VII de la Ley 2/2023: las medidas de protección a los denunciantes 163
6. Bibliografía 165

BLOQUE III
LOS SISTEMAS INTERNOS DE INFORMACIÓN

CAPÍTULO 7

PANORÁMICA GENERAL DE LOS SISTEMAS INTERNOS DE INFORMACIÓN
BELEN LÓPEZ DONAIRE 169

1. Introducción 169
2. Aspectos generales del sistema interno de información . . . 171
3. Entidades obligadas a implantar un sistema interno de información 178
3.1. Entidades del sector privado 178
3.2. Entidades del sector público 181
3.3. Plazo para implantar los sistemas internos de información . . 185
3.4. Régimen de publicidad y registro 185
4. Bibliografía 186

CAPÍTULO 8

EL RESPONSABLE DEL SISTEMA INTERNO DE INFORMACIÓN
SÍLVIA VERNIA TRILLO 187

1. Introducción 187
2. Tipos y procedimientos de designación del responsable . . . 188
2.1. Tipologías 188
2.2. Procedimiento para designar 191
2.3. Perfil del responsable y de su equipo 193
3. Independencia y autonomía 194

Página

4. Funciones y responsabilidad (no penal) 196
5. Consideraciones finales 199
6. Bibliografía 200

CAPÍTULO 9

EL SISTEMA INTERNO DE INFORMACIÓN COMO ELEMENTO BÁSICO EN LA IMPLANTACIÓN DEL COMPLIANCE EN EL SECTOR PÚBLICO
CONCEPCIÓN CAMPOS ACUÑA 203

1. Introducción 203
2. Antecedentes en el diseño de los marcos de integridad 205
2.1. El punto de partida de los canales de denuncia en el ámbito internacional 205
2.2. Referencias normativas anteriores a la LPI en el ámbito interno 208
3. Los sistemas de *compliance* y su traslación al sector público 210
3.1. La introducción del Compliance en el ordenamiento jurídico español 210
3.2. Sector Público y marcos de integridad institucional 212
4. El papel del SSI en la definición de los sistemas de *public compliance* 213
4.1. Una aproximación definitoria al canal de denuncias en la LPI 213
4.2. El papel del canal de denuncias en el sistema de compliance: entre la prevención y la detección del riesgo de corrupción . . . 215
4.3. Un estudio de caso a través del Sistema de Gestión del PRTR: los planes de medidas antifraude 217
5. Conclusión: los canales de denuncia como partes del todo . 219
6. Bibliografía 221

Página

CAPÍTULO 10

APLICACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS CANALES DE INFORMACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO
GABRIELE VESTRI 223

1. Introducción 223

2. La corrupción como fenómeno ¿La regulación como respuesta? 224

3. El diseño del sistema interno de información 227

3.1. Un sistema de información eficiente 228

3.2. Presentación de las comunicaciones 229

3.3. Integración de los canales de información 230

4. Casos de estudio 231

4.1. El sistema interno de información de la Agencia Tributaria . . 233

4.2. El sistema interno de información del Banco de España 234

4.3. El sistema interno de información de la Casa Real 235

5. Conclusiones 236

6. Bibliografía 238

CAPÍTULO 11

EL PROCEDIMIENTO DE GESTIÓN DE INFORMACIONES INTERNAS
HUMBERTO GOSÁLBEZ PEQUEÑO 241

1. El procedimiento de gestión de informaciones internas: principios y características generales 241

1.1. El presupuesto: el derecho a «denunciar» interna y externamente al denunciado 241

1.2. Procedimiento, canal y sistema interno: una tríada institucional dudosamente delimitada 247

1.3. El procedimiento de gestión interna: una normativa común de mínimos 250

Página

1.4. ¿Contenido no procedimental de la regulación del procedimiento de gestión? 253

2. El contenido básico del procedimiento de gestión de informaciones internas 255

2.1. La iniciación del procedimiento 255

2.2. La instrucción procedimental. En especial, los derechos del denunciado 261

2.3. Resolución del procedimiento 267

3. Bibliografía 268

CAPÍTULO 12

EL DESARROLLO DE INVESTIGACIONES INTERNAS EN EL MARCO DE LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN CORPORATIVOS

JOSÉ LEÓN ALAPONT 271

1. Consideraciones iniciales 271

2. El objeto de la investigación 275

3. La persona encargada de llevar a cabo la investigación interna en el ámbito privado 277

4. Aspectos comunes 281

4.1. Tipos de investigaciones internas 281

4.2. Finalidades 283

4.3. Cautelas 283

4.4. Derechos del investigado 284

4.5. Protocolo de investigaciones internas 286

4.6. Registro de evidencias 286

5. Procedimiento 286

5.1. Fase preliminar 286

5.2. Apertura de la investigación 287

5.3. La propia investigación 288

5.4. Resultados y consecuencias 288

Página

6. Medios de investigación 290
7. Régimen sancionador 292
8. Investigaciones internas paralelas a un procedimiento penal 295
9. Valor probatorio de las investigaciones internas 297
10. Bibliografía 297

CAPÍTULO 13

LAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN INTERNA, PUBLICIDAD Y REGISTRO
JAIME CLEMENTE MARTÍNEZ 301

1. Introducción 301
2. Las obligaciones internas de información 302
3. La publicidad sobre el canal interno de información 306
4. Publicidad del canal externo de información 308
5. El registro de informaciones 310
6. Conclusiones 311
7. Bibliografía 313

CAPÍTULO 14

DEL CONOCIMIENTO A LA ACCIÓN. ESTRATEGIA DEL CONOCIMIENTO PARA LA FORMACIÓN EN LA LEY 2/2023
PILAR MORENO GARCÍA 315

1. El valor de la formación en la administración pública 315
1.1. El derecho y el deber de la formación continua en el sector público 316
1.2. Cuando la formación se convierte en arma arrojadiza 317
2. Del conocimiento a la acción, también en materia de sistemas internos de información y protección a informantes 318
2.1. El aprendizaje en personas adultas 319
2.2. Los retos formativos de la Ley 2/2023 321

Página

3. Una estrategia de formación efectiva para la comprensión e implementación de la Ley 2/2023 327
4. Conclusión 335
5. Bibliografía 336

BLOQUE IV
PROTECCIÓN DE DATOS Y TRANSPARENCIA

CAPÍTULO 15

PROTECCIÓN DE DATOS EN LOS SISTEMAS INTERNOS DE INFORMACIÓN
JORGE VIGURI CORDERO 341

1. Una necesaria aproximación a la compatibilidad de los sistemas internos de información con la normativa sobre protección de datos 342
2. El tratamiento de los datos personales en los sistemas internos de información 345
2.1. Antecedentes 345
2.2. El tratamiento de las comunicaciones verbales y escritas 347
2.3. La designación del responsable del sistema interno de información y del Delegado de Protección de Datos 350
2.4. La licitud del tratamiento de los datos personales en el sistema interno de información 354
3. El derecho de acceso a la información sobre la protección de los datos personales que constan en el sistema interno de información y su ejercicio por parte del informante 355
4. El derecho de acceso a los datos, la licitud del tratamiento, la supresión y la conservación de los datos personales contenidos en el Sistema interno de información 358
5. La participación de terceros en una investigación interna, la externalización del Sistema y la actualización del registro de las actividades de tratamiento 363

Página

5.1. La participación de terceros en una investigación interna y la externalización del Sistema 363
5.2. La actualización del registro de las actividades de tratamiento 364
6. Conclusiones 366
7. Bibliografía 367

CAPÍTULO 16

ROLES, FUNCIONES Y PROTECCIÓN DE DATOS DESDE EL DISEÑO Y POR DEFECTO EN LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN
RICARD MARTÍNEZ MARTÍNEZ 369

1. Personas interesadas: Los sujetos del tratamiento y la garantía de sus derechos 370
2. Encargado y responsable del tratamiento de estos datos . . . 371
2.1. ¿Definición ex lege de la figura del responsable del tratamiento? 371
2.2. Corresponsable y encargado del tratamiento 373
3. La garantía de los derechos del denunciante 374
3.1. Minimizar los datos 374
3.2. Anonimizar y/o seudonimizar 375
3.3. Garantizar la seguridad 378
4. Bibliografía 382

CAPÍTULO 17

SISTEMA INTERNO DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA: OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
M. LUISA MIRALLES HIGÓN, ROSA MARÍA PÉREZ PABLO. 385

1. Introducción 385
2. Obligaciones de información en relación con el sistema interno de información 386

Página

3. Breve referencia a la información a las personas informante y afectada en el marco del procedimiento del canal interno 392

4. Procedimientos en el canal interno de información y derecho de acceso a la información pública 394

4.1. Limitaciones al derecho de acceso a la información pública . . . 395

4.2. Particularidades del procedimiento de acceso a la información pública 397

BLOQUE V
IMPLICACIONES EN MATERIA PENAL Y RÉGIMEN SANCIONADOR

CAPÍTULO 18

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL RESPONSABLE DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN
ALFREDO LIÑÁN LAFUENTE 403

1. Planteamiento de la cuestión 403

2. Autonomía e independencia del responsable del sistema de información 404

2.1. La delegación de funciones 405

2.2. La obligación principal del Responsable del sistema de información 406

2.3. El Responsable del sistema de información y compliance officer vs. Responsable del sistema de información sin ser compliance officer 407

3. La responsabilidad penal del responsable del sistema de información por omisión 409

3.1. Introducción 409

3.2. El incumplimiento de la obligación de comunicar al Ministerio Fiscal la denuncia de unos hechos que indiciariamente podrían ser delito 410

Página

4. La salvaguarda de la identidad del informante y la confidencialidad como supuesto de riesgo penal 413
5. Conclusiones 414
6. Bibliografía 415

CAPÍTULO 19

CONFIDENCIALIDAD, ANONIMATO, DERECHO DE DEFENSA Y A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL PROCESO PENAL
JORDI GIMENO BEVIÁ 417

1. El derecho del alertador de no ver revelada su identidad y su alcance en el proceso penal 417
2. Información obtenida anónimamente y problemas probatorios 420
3. Del derecho a no autoincriminarse a la obligación de autodenunciarse 422
3.1. La obligación de remitir la información al M.F cuando los hechos puedan ser delictivos 423
3.2. El acceso de la autoridad judicial al registro de informaciones 425
4. Bibliografía 426

CAPÍTULO 20

CONDUCTAS DE LOS INFORMANTES QUE PUEDEN LLEVAR A INCURRIR EN RESPONSABILIDADES PENALES, Y POSIBLES EXENCIONES
RAFAEL ALIAGA RODRÍGUEZ 429

1. Consideraciones generales 429
2. Conductas que pueden ocasionar responsabilidades penales 432
2.1. La información veraz y la buena fe 433
2.2. Descubrimiento y revelación de secretos 436
2.3. Apropiación y revelación de secretos de empresa 442

Página

2.4. Omisión del deber de informar sobre infracciones penales ... 445
2.5. Revelación de información por autoridad o funcionario público ... 447
2.6. Encubrimiento ... 450
2.7. Acusación y denuncia falsas ... 451
2.8. Simulación de infracciones penales ... 453
3. Exención de la responsabilidad penal ... 455
3.1. La revelación de información ilícita no conlleva responsabilidad penal ... 455
3.2. El error invencible como motivo excluyente de la responsabilidad penal ... 458
3.3. La responsabilidad penal por la entrega de documentación que no acredita infracción ... 462
3.4. La exención de la responsabilidad penal a través de las causas de justificación ... 463
3.5. El ejercicio del derecho a la libertad de expresión como causa de justificación ... 465
3.6. Las causas de justificación por analogía ... 475
4. Conclusiones ... 476
5. Bibliografía ... 478

CAPÍTULO 21

EL ACOSO LABORAL Y LA PROTECCIÓN DEL INFORMANTE
JOSÉ ANTONIO TARDÍO PATO ... 481

1. La doble faceta del acoso en el ámbito que nos ocupa: como actuación antijurídica inicial de la que se informa, por un lado, y como represalia al que ha informado, por otro ... 482
2. Resumen de los requisitos del acoso laboral y las aportaciones de la legislación sobre protección del informante para la lucha contra el mismo ... 483
2.1. Los requisitos del acoso laboral a considerar en los distintos tipos de acciones y pretensiones ejercitables ante el mismo ... 483

Página

2.1.1. Elemento objetivo 483
2.1.2. Gravedad 489
2.1.3. Reiteración 492
2.1.4. Finalidad perseguida 493
2.1.5. Concurrencia de culpabilidad 493
2.1.6. Elemento subjetivo 496
2.2. Las aportaciones de la legislación sobre la protección del informante para la lucha contra el acoso laboral 501
3. Bibliografía 503

CAPÍTULO 22

LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN SANCIONADOR
JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE 505

1. Justificación y finalidad de la atribución de potestad sancionadora 505
2. Principios de la potestad administrativa sancionadora: su reflejo en la Ley 2/2023 507
2.1. Principio de legalidad. Contenido: doble garantía formal y material 507
2.2. Principio de tipicidad 509
2.3. Principio «non bis in idem» 510
2.4. Principio de culpabilidad-responsabilidad 511
2.5. Principio de proporcionalidad 513
2.6. Prescripción de las infracciones y sanciones 516
2.7. Principio de necesidad de procedimiento 516
3. Ámbito material 516
4. Competencia para sancionar 517
5. Ejercicio de la potestad sancionadora 518
6. Sujetos responsables 519
7. Bibliografía 520

Página

BLOQUE VI
CANAL EXTERNO, AUTORIDADES Y REVELACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO 23

ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA COMUNICACIÓN A TRAVÉS DEL CANAL EXTERNO DE INFORMACIÓN DE LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE PROTECCIÓN DEL INFORMANTE

JORGE PAYÁ SELLÉS 525

1. Introducción 525

2. Ámbito personal e institucional 526

2.1. Las personas informantes: delimitación y posición jurídica dentro del procedimiento 526

2.2. Autoridad competente a la que informar 529

3. Ámbito material 530

4. Configuración del procedimiento en la Ley 2/2023 531

4.1. Consideraciones previas 531

4.2. Recepción de informaciones: identificación, formato, soporte y registro 533

4.3. Plazo para finalizar las actuaciones y dar respuesta al informante 535

4.4. Trámite de admisión 535

4.5. Fase de instrucción 537

4.6. Terminación de las actuaciones 538

5. Publicidad y revisión del procedimiento de gestión de informaciones 539

6. Conclusiones 540

7. Bibliografía 541

Página

CAPÍTULO 24

AUTORIDAD INDEPENDIENTE ESTATAL (A.A.I.) Y ÓRGANOS COMPETENTES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA LEY 2/2023
IGNACIO SÁEZ HIDALGO 545

1. Las «autoridades competentes» en el marco de la Directiva 2019/1937 545
2. Las «autoridades competentes» en la Ley 2/2023 546
2.1. Autoridad responsable del canal externo 547
2.2. Autoridad competente en relación con medidas de apoyo 548
2.3. Autoridad para ejercer la potestad sancionadora 549
2.4. Convenios estado-comunidades autónomas 549
3. Designación de las autoridades estatal y autonómicas 552
3.1. Delimitación 552
3.2. Garantías 553
3.3. Autoridad estatal 556
3.4. Autoridades autonómicas 558
4. La puesta en funcionamiento de las autoridades competentes 561
5. Bibliografía 562

CAPÍTULO 25

LA REVELACIÓN PÚBLICA. LA RELACIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS INFORMANTES
CRISTINA PAUNER CHULVI 563

1. Introducción 564
1.1. La intersección entre periodismo y la actividad de los informantes 564
1.2. Informantes, fuentes y beneficios de la revelación 567

Página

2. Las vías de remisión de la información y su preferencia . . . 570
2.1. Consideraciones generales 573
2.2. La revelación pública por medios distintos a la prensa 574
2.3. La revelación pública a la prensa 576
3. La persona informante: condiciones para su protección. . . . 577
3.1. La libertad de información 578
3.2. Los criterios de la jurisprudencia europea sobre libertad de información y protección de los informantes. 581
4. La protección de las fuentes confidenciales de los periodistas como complemento de la protección de los informantes 588
4.1. La existencia de una prensa libre e independiente 589
4.2. El secreto profesional de los periodistas 590
5. Bibliografía 594

Capítulo 4

La condición de interesado del informante y su derecho y legitimación para recurrir las decisiones de no tramitar las comunicaciones

Juli Ponce Solé
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: *WHISTLEBLOWING* Y DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN. 2. LA REGULACIÓN DE LAS DENUNCIAS EN ESPAÑA Y EN LA LEY 2/2023. 3. ALGUNAS CUESTIONES JURÍDICAS RELEVANTES RESPECTO A LA LIMITACIÓN, ORIENTACIÓN Y CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA TRAMITACIÓN DE LAS COMUNICACIONES DE LOS INFORMANTES. *3.1 Ámbito subjetivo: el informante como interesado en ejercicio de su derecho a una buena administración. 3.2 Sistemas de información en la ley 2/2023 y procedimientos administrativos para la correcta toma de las decisiones: una regulación legal defectuosa y posiblemente inconstitucional. 3.3. Legitimación para impugnar el archivo de las comunicaciones (y la tramitación y resultado del procedimiento posterior abierto de oficio, en su caso): la inconstitucionalidad del art. 20.4 de la ley 2/2023.* 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: *WHISTLEBLOWING* Y DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

Tras décadas de democracia, el contexto español muestra una renovada preocupación por la mala administración y su más extrema expresión: la corrupción. En esta atmósfera, la buena administración y el buen gobierno

podrían ser considerados como un bien común, un *common* (Ponce, 2020), que se haría efectivo, entre otras medidas, mediante las denuncias o comunicaciones para la protección del correcto funcionamiento político y administrativo, incluyendo la protección de los derechos y del patrimonio de las AAPP (Ponce y Villoria, 2021).

Si bien este objetivo no está explícitamente expresado 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 (en adelante la ley o la ley 2/2023), no cabe duda de que es uno de los que esta norma persigue, siquiera sea implícitamente (Capdeferro, 2023, señalando como el cumplimiento normativo es el objetivo prioritario de la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre, relativa a la protección de las persones que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, que transpone, en adelante la Directiva UE 2019/1937 o la Directiva).

Así, el art. 1 de la ley 2/2023 señala que:

> «Artículo 1. Finalidad de la ley.
>
> 1. La presente ley tiene por finalidad otorgar una protección adecuada frente a las represalias que puedan sufrir las personas físicas que informen sobre alguna de las acciones u omisiones a que se refiere el artículo 2, a través de los procedimientos previstos en la misma.
>
> 2. También tiene como finalidad el fortalecimiento de la cultura de la información, de las infraestructuras de integridad de las organizaciones y el fomento de la cultura de la información o comunicación como *mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público*.»

Desde luego, una evidente amenaza para los intereses generales a prevenir y detectar es la violación del ordenamiento jurídico por mala administración negligente o dolosa, esto es, corrupción. Los ciudadanos, al denunciar e informar, participarían en hacer realidad esa buena administración y buen gobierno, mediante el impulso de una participación, de una colaboración social dirigida hacia una «Administración compartida» (Arena, 2017).

Efectivamente, las informaciones pueden ser un instrumento para la mejora del funcionamiento administrativo y, en ese sentido, se pronuncia la Directiva (UE) 2019/1937, en la parte final de su Exposición de Motivos:

> «La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y los principios reconocidos, en particular, por la Carta, especialmente su artículo 11. En consecuencia, es esencial que la presente Directiva se aplique de conformi-

> dad con esos derechos y principios, garantizando el pleno respeto, entre otros, de (…) el derecho a una buena administración…»

En este sentido, pues, hoy en día las informaciones y las denuncias deben ser consideradas un elemento de la transparencia al servicio del buen gobierno y de la buena administración.

Por un lado, las informaciones y denuncias pueden referirse específicamente a la violación de los *principios de buen gobierno* contemplados en la ley 19/2013, violación que puede conducir a la comisión de infracciones administrativas muy graves y graves (arts. 28 y 29), incluidas en el ámbito material de aplicación de la ley en su art. 2 (Villoria, 2019).

Por otro lado, además de una herramienta para hacer efectivos los principios jurídicos de buen gobierno, las denuncias e informaciones pueden ser un instrumento de realización efectiva del *derecho a una buena administración*. Derecho que ha sido afirmado por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 41), el TJUE, normativa española (por ejemplo, art. 30 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y otros Estatutos aprobados en los pasados años) y nuestra jurisprudencia.

Lo que caracteriza específicamente a este derecho, como hemos tenido ocasión de poner de relieve en otras ocasiones es la obligación jurídica de debida diligencia o debido cuidado en la actuación administrativa (Ponce, 2016), como *nuevo paradigma* del Derecho Público del siglo XXI, de acuerdo, por ejemplo, con la STS de 15 de octubre de 2020, sala de lo contencioso-administrativo. Nuevo paradigma que, conforme a la STS de 7 de noviembre de 2021 «Como se desprende de lo dicho por el Tribunal Supremo el principio de buena administración tiene una base constitucional y legal indiscutible». Esta sentencia señala que es posible distinguir dos manifestaciones del mismo, «por un lado constituye un deber y exigencia a la propia Administración que debe guiar su actuación bajo los parámetros referidos, entre los que se encuentra la diligencia y la actividad temporánea». Por «un derecho del administrado, que como tal puede hacerse valer ante la Administración en defensa de sus intereses y que respecto de la falta de diligencia o inactividad administrativa se refleja no ya sólo en la interdicción de la inactividad que se deriva de la legislación nacional, arts. 9 y 103 de la CE y 3 de la Ley 39/2015, —aunque expresamente no se mencione este principio de buena administración—, sino de forma expresa y categórica en el art. 41 de la CEDH…»

De acuerdo con esta sentencia, «Existe, pues, con base en la normativa antes citada, un deber administrativo a la diligencia debida, y un correlativo derecho de los ciudadanos…Es consustancial al principio de buena admi-

nistración la diligencia en el actuar de la Administración y el desarrollo y resolución en tiempo razonable y proporcionado… derecho real y efectivo que debe ser garantizado y que, en su caso, debe ampararse por los Tribunales de Justicia»

La falta de esa debida diligencia puede entrañar, en sí misma, pues, la comisión de infracciones administrativas muy graves o graves, como señala, por ejemplo, la ley 19/2013 respecto al buen gobierno, en sus arts. 26.2.5 (debe actuarse «con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentarán la calidad en la prestación de servicios públicos») en relación con la tipificación de infracciones de sus arts. 28 y 29, que pueden ser cometidas por la ausencia de esa diligencia[1].

Asimismo, el EBEP, en sus arts. 52 («Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas») o 53.10 («Cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden y, en su caso, resolverán dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia») también se refiere a dicha diligencia y su incumplimiento puede dar lugar a infracciones disciplinarias muy graves tipificadas en el art. 95[2] o graves, de conformidad con la legislación autonómica.

En este sentido, es relevante la STSJ de Madrid de 10 de noviembre de 2023, en la que se conoce de la impugnación de una sanción impuesta por por la Subsecretaría del Ministerio del Interior en fecha 16 de febrero de

1. Así, como recuerda el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en su resolución 653/2018:
«Se recuerda al Ministerio del Interior que, derivado del artículo 26.2 a), apartado 5.º, de la LTAIBG, es un principio general de buen gobierno actuar con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentar la calidad en la prestación de servicios públicos. Igualmente, se le recuerda que constituye infracción leve, tipificada en el artículo 29.3 b) de la LTAIBG8 El descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones y el incumplimiento de los principios de actuación del artículo 26.2. b)». Pero no sólo la falta de diligencia debida puede suponer una falta leve, ya que su ausencia puede conducir a la comisión de infracciones muy graves o graves, como «f) El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas» (muy grave, art. 29.1) o «No guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio» (grave, art. 29.2). De hecho, la falta de diligencia debida sólo será infracción leve si no existe otra tipificación más específica como las expuestas. Así lo indica el mencionado art. 29.3 b de la LTAIBG, leído enteramente: «El descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones y el incumplimiento de los principios de actuación del artículo 26.2.b) cuando ello no constituya infracción grave o muy grave o la conducta no se encuentre tipificada en otra norma».
2. Así, «El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas», por ejemplo.

2021 que impuso una sanción a un funcionario de 4 meses de suspensión de funciones por la comisión de una falta grave tipificada en el art. 7.1.i) del RD 33/1986 de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, consistente en «La falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave». La sentencia confirma la sanción por dicha infracción grave, refiriéndose a la diligencia (o más bien a su ausencia: negligencia), componente esencial de la buena administración, como sabemos, señalando lo siguiente:

> «La falta de rendimiento no es sólo el logro de resultados, sino que guarda relación con la realización de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo al que se encuentre adscrito el funcionario, o a las funciones encomendadas al mismo, al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional, en los términos empleados por el artículo 14.b) del EBEP como derechos individuales, y a la diligencia empleada en dicho desempeño, a que se refieren los artículos 53.10 y 54.2 del TREBEP como deberes de los empleados públicos. (…).
>
> La falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios es un concepto jurídico indeterminado que ha de determinarse en el momento de su aplicación al caso concreto. (…).
>
> CUARTO: A la luz de la naturaleza y características de la tipicidad en la que se ha subsumido la conducta del recurrente, y que hemos descrito en el fundamento de derecho anterior, hemos de analizar si existe suficiente carga probatoria respecto de la conducta del mismo, en relación con negarse a realizar las tareas propias del puesto que tenía asignado en el servicio de alimentación del Centro Penitenciario, y la incidencia que ello tuvo en las comidas de los internos durante los días 23 y 30 de octubre de 2019 y 4 de noviembre de 2019 (escasez e insuficiencia del racionario diario previsto). (…)
>
> La resolución impugnada realiza una serie de alegaciones en relación con la gravedad de los hechos, y su naturaleza y llega a la conclusión de que efectivamente concurre gravedad para el servicio por cuanto de los hechos se deduce que el objeto del servicio no se realiza en debida forma, sino con total negligencia y desinterés, causando una imagen perjudicial para la Administración e incluso para los restantes compañeros del recurrente».

También la Sala de lo penal del TS ha aludido a la buena administración como bien jurídico protegido en ciertos delitos contenidos en el código penal. Así en la STS, Sala de lo penal, de 18 de diciembre de 2008, recurso de casación 13/2008, se señala respecto a la posibilidad de comisión de un delito de prevaricación que «*El deber de motivación es sustancial en todo Estado de Derecho, y se impone por nuestra legislación administrativa y constitucional, y*

en el ámbito de la Unión Europea por el art. 41 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, Carta de Derechos, que concede el derecho a todos los ciudadanos a una buena administración»

Así, pues, por un lado, la comisión de una violación del ordenamiento jurídico de las referidas en el art. 2 de la ley 2/2023, susceptible de entrar en el ámbito material de aplicación de ésta, puede proceder de la violación de la diligencia debida propia del buen gobierno o la buena administración, es decir, un informante puede comunicar un mal gobierno o una mala administración, que cause una infracción administrativa o penal.

Además, por otro lado, y en este punto nos centraremos aquí, el derecho a una buena administración debe enmarcar y orientar tanto la regulación de las denuncias e informaciones como de su gestión administrativo, al establecer tal derecho directamente la obligación jurídica de diligencia debida o debido cuidado del organismo administrativo que las recibe en su adecuada tramitación, incluyendo también la protección del informante frente a posibles represalias.

Como decimos, la recepción y tramitación de las denuncias e informaciones debe efectuarse por las AAPP de acuerdo con este derecho a una buena administración, como, a nivel europeo, han destacado entre otras, por ejemplo, las Sentencias TJUE de 4 de abril de 2019 (C558/17 P) y de 3 de octubre de 2019 (T 730/18) con relación a denuncias internas de empleados públicos del Banco Europeo de Inversiones y del Parlamento Europeo. En las mismas se afirma que este derecho a una buena administración impone el derecho a ser oído del denunciante antes de adoptar una decisión que le afectara desfavorablemente, como era el archivo de una denuncia por acoso sexual. El derecho a una buena administración impone el derecho a una resolución en un tiempo razonable, que no cause incertidumbre, la cual ha de ser compensada en un caso de denuncia por acoso psicológico.

En esta línea, en el ámbito nacional, puede citarse, por ejemplo, la STSJ Comunidad de Madrid 573/2019, de 18 de septiembre de 2019, sala de lo contencioso-administrativo, conoció de la denuncia efectuada por un privado sobre una posible vulneración de un principio de buen gobierno contenido en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. La sentencia conoce en apelación de la decisión de un juzgado de lo contencioso-administrativo, respecto a la impugnación del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcalá de Henares por la que se desestima la solicitud formulada por una persona jurídica privada en relación con la formulación de denuncia por infracción

del Título II de la Ley de Transparencia, en concreto por ausencia de imparcialidad y necesidad de abstención.

En la sentencia se consideran y acogen los argumentos de los demandantes, afirmándose que «desconocer el interés legítimo de la actora y negarle legitimación para la interposición del recurso equivale a una derogación tácita de lo dispuesto en el título II de la Ley de Transparencia, al establecer unos procedimientos carentes de virtualidad si no cabe la tutela de los tribunales»; que «la conexión entre la transparencia y el buen gobierno y la buena administración aparecen como evidentes, señalando la STS 30 abril 2012 cómo el *derecho a una buena administración* es un derecho de última generación integrado por el acceso de los ciudadanos a archivos y registros y vinculado a principios de transparencia»; y «*que no cabe negar en este caso la concurrencia de un interés legítimo de la recurrente, interés que no es otro que el consistente en el debido cumplimiento de los deberes legales que son exigibles a los poderes públicos*».

Es un buen ejemplo de los vientos de cambio que soplan en la actualidad. Esta sentencia cita al derecho a una buena administración, repetidamente afirmado, como dijimos por la jurisprudencia del TJUE y, por influencia de éste, por la sala contencioso-administrativa de nuestro TS y de nuestros TSJ de las CCAA, como ya vimos antes.

En la frondosa jurisprudencia podemos encontrar frecuentemente afirmaciones como las hechas en la STS 19 de febrero de 2019:

> «Ya en otras ocasiones hemos hecho referencia al principio de buena administración, principio implícito en la Constitución, arts. 9.3 y 103, proyectado en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y positivizado, actualmente, en nuestro Derecho común, art. 3.1.e) de la Ley 40/2015; *principio que impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivada de su actuación*, sin que baste la mera observancia estricta de procedimientos y trámites, sino que más allá reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente y mandata a los responsables de gestionar el sistema impositivo, a la propia Administración Tributaria, observar el *deber de cuidado y la debida diligencia* para su efectividad y de garantizar la protección jurídica que haga inviable el enriquecimiento injusto».

Vemos, pues, como en el actual contexto, y por influencia del Derecho de la Unión Europea, las denuncias, y ahora las comunicaciones de los informantes bajo la ley 2/2023, históricamente unas «cenicientas» del Derecho Administrativo español, ganan nueva fuerza con el empuje de este derecho a una buena administración, como iremos viendo. Como señala

ACFE (*Association of Certified Fraud Examiners*)[3], alrededor del 40 por ciento de todos los casos de fraude detectados son descubiertos por alertadores, denunciantes o informantes.

En el ámbito público en concreto, que es el que nos ocupa aquí, debe garantizarse la obligación administrativa de tratar la comunicación proporcionada por los informadores de forma imparcial y equitativa, con la debida diligencia y el debido cuidado y, por tanto, respetando las obligaciones ligadas al derecho a una buena administración. Veamos con más detalle este punto.

2. LA REGULACIÓN DE LAS DENUNCIAS EN ESPAÑA Y EN LA LEY 2/2023

Como es sabido, en España ha existido una falta de interés doctrinal histórico en relación con las denuncias, más allá de la cuestión de si el denunciante era o no interesado en el subsiguiente procedimiento administrativo que pueda iniciarse. No se ha prestado ninguna atención específica al papel de éste como elemento de una política pública de buena administración (Garrido Juncal, 2019).

En los últimos años ha ido surgiendo, a falta de normativa completa estatal que ha llegado con la ley 2/2023, una regulación autonómica dispar y, en algún caso, basada en meros acuerdos de Gobierno[4].

Como es sabido, la regulación de la denuncia forma parte de la materia Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, materia contemplada como competencia estatal básica en el art. 149.1.18 CE, como garantía común a los denunciantes, que les ofrezca seguridad jurídica, y como mecanismo común de buena administración (véase Disposición Final octava de la ley 2/2023).

Todo ello justificaba la necesidad de un avance desde de la tímida y mejorable regulación estatal contenida en el art. 62 LPAC, para que el legislador estatal dejara de ser, finalmente, *autista* (Cano, 2016). Esa regulación

3. Puede consultarse ACFE (*Association of Certified Fraud Examiners*).
4. Así, en el caso de la Generalitat de Catalunya, téngase en cuenta el Acuerdo de Gobierno Gov/96/2020, de 21 de julio, DOGC de 23 de julio, por el cual se anonimizan los buzones éticos del Código de conducta de los altos cargos y del personal directivo de la Administración de la Generalitat y de los entidades de su sector público y del Código de principios y conductas recomendables en la contratación pública, así como el buzón de la Inspección General de Servicios de Personal de la Administración de la Generalitat de Cataluña y su sector público, y se aprueban los Normas reguladores.

estatal actual, concretada en la Ley 2/2023, es fruto, como es sabido, de la obligada transposición de la Directiva la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre, relativa a la protección de las persones que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, antes mencionada.

La Directiva implica una unificación de la rendición de cuentas tanto en el sector público como en el privado, extendiendo determinadas obligaciones a empresas privadas.

Como dijimos antes, su Exposición de motivos menciona el derecho a una buena administración. Nótese también que la Directiva cita la palabra *diligencia*, en relación al tipo de comportamiento en la recepción y tramitación de las denuncias y en la protección de los denunciantes, hasta en seis ocasiones, subrayando, pues, la obligación jurídica de debida diligencia o debido cuidado que es propia del derecho a una buena administración de los denunciantes e informadores, como ya sabemos.

La transposición de la Directiva por la ley 2/2023 debería ser un *punto de inflexión*: un paso hacia el llamado *public compliance*, expresión, sin duda, discutible, pero que de nuevo estamos importando por necesidad de otra lengua, ante nuestra falta tradicional de terminología en este ámbito. Como es sabido, el mismo no es obligatoria en el sector público, salvo ciertos casos específicos, aunque desde luego sí posible (art. 31 quinquies del Código Penal). Ahora, por influencia del Derecho de la UE y la transposición de la Directiva, la garantía del cumplimiento legal en las Administraciones, al margen del Código penal, deberá devenir obligatoria, al menos respecto a los temas relacionados con las informaciones y deberá existir un responsable al cargo de estas, momento que debiera aprovecharse por el legislador español para regular la figura, más amplia, del *public compliance officer* en el sector público, para garantizar el buen gobierno y la buena administración (Queralt, 2016).

3. ALGUNAS CUESTIONES JURÍDICAS RELEVANTES RESPECTO A LA LIMITACIÓN, ORIENTACIÓN Y CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA TRAMITACIÓN DE LAS COMUNICACIONES DE LOS INFORMANTES

Queremos destacar aquí algunos aspectos jurídicos relevantes respecto de las informaciones, vinculados con una determinada comprensión de la discrecionalidad administrativa que debería cambiar.

3.1 ÁMBITO SUBJETIVO: EL INFORMANTE COMO INTERESADO EN EJERCICIO DE SU DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

Respecto al estatuto jurídico del informante, el enfoque aquí adoptado nos permite señalar que si una persona comunica una violación normativa que constituya algunos de los supuestos previstos en el art. 2, incluyendo claro una mala administración negligente o un caso de corrupción, es interesado en el sentido técnico de la palabra (art. 4 LPAC), *puesto que ostenta un derecho afectado por la tramitación correcta o no de su comunicación: su derecho a una buena administración.* Al transmitir la información mediante la comunicación, el informante pasa, en nuestra opinión, a ser interesado al menos respecto a la correcta tramitación de la comunicación, tanto en el canal interno como en el canal externo. Así, su estatuto jurídico se ve ampliado desde los derechos del art. 13 LPAC a los derechos del art. 53 de la misma ley previstos para los interesados.

En este sentido, cuando la ley señala en su preámbulo que «Debe tenerse en cuenta que el informante por el hecho de comunicar la existencia de una infracción penal o administrativa no tiene la condición de interesado, sino de colaborador con la Administración» y establece en su art. 20.5, en relación con el canal interno del sistema de información que «La presentación de una comunicación por el informante no le confiere, por si sola, la condición de interesado», estas afirmaciones deben interpretarse del modo que se va a indicar a continuación y, si se toman en sentido absoluto, son incorrectas, por contravenir la LPAC.

Es cierto que también el art. 62.5 LPAC, desde una perspectiva más amplia que la de las informaciones derivadas de relaciones laborales que son las propias de la ley 2/2023, señala que «La presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento».

Ahora bien, tanto las afirmaciones de la ley 2/2023 como de este art. 62.4 LPAC deben entenderse que se están refiriendo al subsiguiente procedimiento (ej. sancionador) que pueda iniciarse a consecuencia de la denuncia o comunicación, pero no se refieren, no pueden referirse, al procedimiento de aceptación y decisión sobre tramitar o no la denuncia o comunicación, en el cual el denunciante o informante es interesado al gozar de ese derecho a una buena administración.

Volveremos enseguida sobre este punto a propósito del diseño de los sistemas de información de la ley y de la necesidad de reforzar su contenido procedimental. Lo afirmado, además, genera derivaciones desde ese derecho a una buena administración del denunciante o informante y de las correlativas obligaciones de las AAPP, en cuanto a su legitimación para

recurrir un archivo indebido de la denuncia o comunicación, como veremos enseguida en detalle y ha establecido, confirmando lo aquí sostenido, el TS.

3.2 SISTEMAS DE INFORMACIÓN EN LA LEY 2/2023 Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA LA CORRECTA TOMA DE LAS DECISIONES: UNA REGULACIÓN LEGAL DEFECTUOSA Y POSIBLEMENTE INCONSTITUCIONAL

Dejando de lado los ilícitos penales, en los que no nos concentramos en este artículo, por lo que se refiere a los ilícitos administrativos, incluyendo el caso específico de la mala administración negligente y de la corrupción, ya hemos dicho que las consecuencias de una denuncia o comunicación son que el denunciante o informante es interesado, en la toma de la decisión sobre su denuncia o comunicación siempre, pues tiene legitimación para discutir su tramitación inadecuada así como su archivo, es decir para recurrir las acciones o inacciones administrativas con violación del ordenamiento jurídico y singularmente de la buena administración.

Por todo ello, el procedimiento administrativo de denuncia y comunicación es muy importante, si bien hasta ahora había sido poco regulado en la LPAC. La ley 2/2023, desgraciadamente, no ha acabado tampoco con este déficit de regulación formalizada procedimental. En el caso del sistema interno de información, la regulación es prácticamente inexistente (art. 9), centrándose sólo en algunos aspectos vinculados con la buena administración (acuse de recibo, plazo de resolución, ciertos derechos del informante y del afectado, confidencialidad…). La ley debería haber reforzado la formalización de la *regulación del procedimiento del sistema interno de información, dándole sustantividad y considerándolo un procedimiento interdependiente del posible procedimiento posterior que se abra de oficio*.

En el caso del sistema externo de información (arts. 18,19 y 20), es cierto que existe una mayor densidad normativa respecto a la formalización procedimental, lo que no era difícil en comparación con el interno, pero la regulación adolece de lagunas, imprecisiones (así, art. 20.5 ya mencionado, al negar sin matices al informante la condición de interesado) y, avancémoslo ya, una posible causa de inconstitucionalidad al eliminar la posibilidad de recurrir las decisiones que se adopten en el mismo (art. 20.4 al que nos referiremos enseguida).

En fin, en ambos casos, la regulación legal debiera haber garantizado una interacción adecuada entre AP y denunciante o informante, que respetara las exigencias del procedimiento administrativo debido, como exi-

gencia capital del derecho a una buena administración, como antes de la aprobación de la ley 2/2023 ya sugerimos *de lege ferenda* (Ponce, 2021).

Efectivamente, el TS se ha referido en repetidas ocasiones al «derecho al procedimiento administrativo debido, que es corolario del deber de buena administración» (STS de 14 de abril de 2021, rec. n. 28/2020). Así, la STS de 12 de septiembre de 2023 ha señalado como el «procedimiento administrativo debido, interpretado conforme al principio de buena administración» implica la ilegalidad de una decisión adoptada», sin que se valoraran las «alegaciones ni los documentos aportados, al resultar absolutamente ineficaces cada uno de estos trámites, concebidos como una garantía real» de los ciudadanos, y «cuya efectividad debe preservar la Administración en el seno de las actuaciones tributarias», pues:

> «el principio de buena administración, como pauta interpretativa irrenunciable del derecho al proceso debido, tiene una proyección evidente. (…) el contexto de esa regularidad procedimental también le impone un comportamiento conductual acorde con los principios constitucionales y con la propia lógica del procedimiento administrativo. En alguna ocasión hemos apuntado —así, en sentencia 430/2020 de 18 de mayo de 2020, rca. 6850/2018, ECLI:ES:TS:2020:966— que la mera observancia estricta de procedimientos y trámites no es suficiente para evitar eventuales disfunciones derivadas de la actuación administrativa o consecuencias absurdas o irracionales».

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

Ahora bien, que la ley 2/2023 no formalice adecuadamente el procedimiento dentro de los sistemas de información interno y externo no significa que no haya que realizar una interpretación sistemática de esta ley con el principio y derecho de buena administración, declarado de rango constitucional, y con los derechos y obligaciones que del mismo se derivan.

Ello implicará:

– *Un derecho del denunciante a un análisis administrativo de la comunicación desplegado con diligencia debida y debido cuidado en la ponderación minuciosa de los elementos relevantes.* Frente a la tradicional concepción española de la discrecionalidad como una libertad de elección administrativa entre indiferentes jurídicos, el derecho a una buena administración niega tal libertad e impone una obligación de diligencia debida o debido cuidado en la toma en consideración de los elementos relevantes (no de los irrelevantes) para

la toma de la decisión. Obligación controlable judicialmente, como veremos en seguida.

– *Un derecho del informante a una decisión en plazo razonable*: la Directiva y la ley, en su transposición, ya señala diversos plazos, que son entonces los que deben respetarse (ej. en denuncias por canales internos, hay que emitir un acuse de recibo de la denuncia al denunciante en un plazo de siete días a partir de la recepción, art. 9 de la Directiva, art. 9.2 c de la Ley). También prevé un plazo para resolver (ej. en el mismo art. 9 de la Directiva: «un plazo razonable para dar respuesta, que no será superior a tres meses a partir del acuse de recibo o, si no se remitió un acuse de recibo al denunciante, a tres meses a partir del vencimiento del plazo de siete días después de hacerse la denuncia»; art. 9.2.d de la Ley, etc.)[5].

– *Un derecho del informante a una decisión administrativa motivada y notificada en relación con su comunicación, en todos los casos* (en el caso de las denuncias reguladas en la LPAC, no nos parece adecuado el actual art. 62.3 LPAC al respecto). *La no iniciación del procedimiento deberá ser motivada y se notificará a los informantes la decisión de si se ha iniciado o no el procedimiento.*

– *Un derecho del informante a la tramitación de un procedimiento administrativo derivado de la comunicación*: derecho que nos lleva derechamente a la siguiente cuestión ¿Existe discrecionalidad administrativa para tramitar o no una denuncia?

Esta pregunta nos conduce a su vez al debate existente en España sobre el *principio de oportunidad* en el ejercicio de la potestad sancionadora. También enlaza con la preocupación ciudadana sobre uno de los obstáculos principales para denunciar, referido a la creencia ciudadana de que el res-

5. ¿Qué ocurre si no hay respuesta al informante? En nuestro sistema, debe entenderse que se produce un supuesto de mala administración que conduce, entre otras posibles reacciones, a un silencio administrativo, que produce un acto administrativo presunto de respuesta. Una comunicación busca la investigación de los hechos denunciados y la actuación respecto a ellos, es su esencia.
La siguiente pregunta entonces es: a falta de respuesta en plazo, ¿silencio positivo o negativo? Esto es, ¿respuesta favorable a apertura del procedimiento o denegatoria de la misma? Nada dice la directiva al respecto, por lo que habrá que decidir conforme a nuestro sistema de Derecho Público. En el mismo, como es sabido, la regla general es el silencio positivo, si bien sometida a diversas excepciones (art. 24 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común). En nuestra opinión, no sería de aplicación al supuesto descrito ninguna de las excepciones existentes, y en la transposición de la Directiva no se ha optado en la ley por imponer por ley un silencio negativo. No nos parecería oportuno, pues el resultado de la mala administración no debe ser la denegación de la apertura del procedimiento sancionador subsiguiente, sino al contrario, la necesidad de su inicio.

ponsable del ilícito, en su caso de la mala administración, el mal gobierno o la corrupción, en definitiva, no será castigado. Así, de acuerdo con el barómetro de la Oficina Antifraude de Cataluña de 2018, un 27% de los encuestados así lo creen. Por su parte el Eurobarómetro de la corrupción de 2022 señala que un 30% de los encuestados en España consideran esta causa como la segunda en importancia (tras la dificultad de prueba, con un 48%) como la que puede justificar que las personas no denuncien.

Esto es, no estamos ante un tema baladí: si se acepta la discrecionalidad del órgano que recibe la comunicación, sea por el canal interno sea por el canal externo, y se entiende ésta como una libertad de elección indiferente para el Derecho, que ha sido la tradicional concepción de la discrecionalidad en España, entonces es muy probable que todo el sistema de información se desmorone en la práctica, dejado al albur de los responsables de los canales. Pero ya sabemos que, de conformidad con los postulados del derecho a una buena administración, cuando existe margen de apreciación no hay libertad absoluta para hacer cualquier cosa de cualquier manera, sino obligación jurídica de actuar diligentemente y con el debido cuidado antes de adoptar cualquier decisión, en este caso aceptar o no la comunicación y continuar adelante con las medidas de investigación precisas, considerando todos los factores relevantes y descartando los irrelevantes en el servicio al interés general.

Así debe interpretarse lo que indica el art. 9 de la ley respecto del sistema interno de información:

> «Artículo 9. Procedimiento de gestión de informaciones.
>
> 1. El órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo obligado por esta ley aprobará el procedimiento de gestión de informaciones. El Responsable del Sistema responderá de su tramitación *diligente*.»

En nuestra opinión, en principio, por defecto, *la nueva regulación de las informaciones debería haber explicitado la obligación de tramitar la denuncia y abrir el correspondiente procedimiento subsiguiente*. Esa regulación debería haber incluido, pues, lo que se denomina un acicate o *nudge* para acabar con la *inercia* existente de archivar denuncias sin una debida consideración con diligencia y cuidado (Rebollo, 2015). Ello hubiera sido especialmente importante cuando la comunicación invocara un perjuicio en el *patrimonio de las Administraciones Públicas*: *la no iniciación del procedimiento, en ese como en el resto de los casos, debería ser motivada y se notificarse a los informantes* (así como la decisión de iniciarlo, claro).

Este punto de partida, *apertura por defecto de procedimiento en caso de comunicación* se podría haber matizado normativamente con realismo y teniendo en cuenta las posibilidades administrativas y la necesidad de un margen razonable de apreciación en ciertos casos, si (como señala el considerando 70 de la Directiva):

1. Indicando la regulación la no tramitación cuando la denuncia es *infundada* y las razones para ello. Como sabemos, la denuncia falsa es delito si lo denunciado es un ilícito penal, 456 y 457 Código Penal. En todo caso, no cabe confundir la razón de la denuncia (mala fe, en el sentido de enemistad, por ejemplo) con la veracidad de los hechos que se ponen en conocimiento.

2. Regulando específicamente el *principio de oportunidad,* que hubiera podido incluirse en la ley, en la que, por ejemplo:

– Se hubiera indicado explícitamente qué era una infracción menor y las razones para no perseguirla.

– Se hubiera establecido que no había medios suficientes para tramitar las denuncias referidas a dichas infracciones menores y se hubiera justificado adecuadamente.

Esto es, *podría aceptarse jurídicamente un principio de oportunidad, pero creemos que sólo si está explícitamente establecido en una norma con rango de ley (art. 25 CE),* y claramente delimitado. Principio de oportunidad legal que además sólo podría ejercerse administrativamente con fundamentación y motivación suficiente y adecuada, de conformidad con el derecho a una buena administración.

Pero nada de ello se ha hecho en la ley 2/2023.

Por tanto, hay que entender que *todas* las informaciones deben tramitarse, salvo las causas legales establecidas como excepción, y procederse a la apertura de oficio del subsiguiente procedimiento sancionador.

En el caso del procedimiento para la gestión del sistema interno de información, nada dice la ley al respecto, estando, por tanto, carente de formalización alguna. En este caso, el responsable deberá utilizar los principios y reglas de la LPAC para construir un procedimiento administrativo debido, que, por lo demás puede inspirarse en el diseño hecho por la ley en el caso del sistema externo, con las matizaciones y correcciones que a continuación se señalan.

Por lo que se refiere al sistema de información externo, los arts. 17 a 20 formalizan mínimamente un procedimiento, con lagunas e imprecisiones que a continuación señalamos, que consta de los siguientes pasos:

a) Trámite de admisión o inadmisión de la información, art. 17: la ley señala que registrada la información, la Autoridad Independiente de Protección del Informante (AAI): «deberá comprobar si aquella expone hechos o conductas que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación recogido en el artículo 2», comprobación que, añadimos nosotros, deberá llevarse a cabo con la diligencia debida y el debido cuidado, exigencia que ya conocemos del derecho a una buena administración del informante, reconocido por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia del TJUE y del TS, como nos consta, y, específicamente, por el art. 9.1 de la propia ley, antes aludido.

Realizado este análisis preliminar, la AAI tomará, en un plazo no superior a diez días hábiles desde la entrada en el registro de la información alguna de estas dos decisiones:

a.1 Inadmitir la comunicación: lo que sólo podrá hacerse en ciertos casos legalmente previstos:

a.1.1 Cuando los hechos relatados carezcan *de toda* verosimilitud.

a.1.2 Cuando la comunicación carezca *manifiestamente* de fundamento.

a.1.3 Cuando estos hechos no sean constitutivos de infracción normativa incluida en el art. 2 de la ley.

a.1.4 Cuando existan *indicios racionales* de haberse obtenido mediante la comisión de un delito, con remisión de información al Ministerio fiscal.

a.1.5 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, a menos que se den nuevas circunstancias de hecho o de Derecho que justifiquen un seguimiento distinto. En estos casos, la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., notificará la resolución de manera motivada.

Esta última expresión parece sugerir que en el resto de los casos tal motivación no deberá darse, *inclussio unius exclussio alterius*, pero ello no puede ser así: la inadmisión afecta al informante interesado, por lo que su motivación es obligatoria en todo caso, art. 35 LPAC.

La inadmisión, dice la ley, se comunicará al informante, cosa lógica dada su condición de interesado, dentro de los cinco días hábiles siguientes, salvo que la comunicación fuera anónima o el informante hubiera renunciado a recibir comunicaciones de la Autoridad Independiente de Protección del Informante. Esta inadmisión, insistimos, deberá ser motivada.

a.2 Admisión a trámite de la comunicación: salvo las excepciones anteriores, la comunicación debe admitirse a trámite, remitiendo la información al Ministerio Fiscal, si hay indicios de delito, o a la Fiscalía Europea, si se afectan intereses financieros de la UE, y a la autoridad, entidad u organismo que se considere competente para su tramitación.

La admisión de la comunicación supone la apertura del siguiente momento procedimental.

a.2.1 Instrucción del procedimiento de investigación para determinar si la comunicación admitida a trámite hace realmente referencia o no a ilícitos comprendidos en el art. 2 de la ley (art. 19): la ley señala que esta instrucción comprende todas las actuaciones encaminadas a comprobar la *verosimilitud* de los hechos relatados, pero parece haber aquí un error: si los hechos fueran inverosímiles, ya se debería haber rechazado la admisión de la comunicación (véase más arriba, art. 18). Estamos ahora en una fase en que la comunicación ya debería haber pasado el filtro de verosimilitud o carencia manifiesta de fundamento.

En esta fase procedimental, la AAI debe obtener todos los datos e informaciones relevantes referidos a los hechos y fundamentos de derecho de la comunicación, y en lo no formalizado debe aplicarse la LPAC. En este momento, el afectado por la información puede presentar alegaciones, bien previamente al trámite de audiencia, o en éste, si se considera que su aportación con anterioridad podría facilitar la ocultación, destrucción o alteración de las pruebas. Además, salvo que sea imposible, se realizará una entrevista con dicha persona afectada. Todo ello, con información de la comunicación en lo preciso, sin revelarle, en ningún caso, la identidad del informante ni dar acceso directo a la información.

No se indica la necesidad de ofrecer también trámite de audiencia al informante, lo que, en nuestra opinión es preciso, dada su condición de interesado en este momento procedimental, como dijimos.

a.2.2. Informe de la AAI: concluida la instrucción, la ley exige que la AIP emita un informe que deberá contener al menos:

a.2.2.1. Una exposición de los hechos relatados junto con el código de identificación de la comunicación y la fecha de registro.

a.2.2.2. La clasificación de la comunicación a efectos de conocer su prioridad o no en su tramitación.

a.2.2.3. Las actuaciones realizadas con el fin de comprobar la verosimilitud de los hechos.

a.2.2.4. Las conclusiones alcanzadas en la instrucción y la valoración de las diligencias y de los indicios que las sustentan.

Este informe, que parece actuar a modo de propuesta de resolución, conduce a la terminación de las actuaciones.

a.2.3. Adopción de la resolución que pone fin al procedimiento: emitido el informe mencionado, la AAI adoptará alguna de las siguientes decisiones, en un tiempo razonable establecido por la ley en un máximo de 3 meses desde la entrada en registro de la información:

a.2.3.1. Archivo del expediente, que será notificado al informante y, en su caso, a la persona afectada. La notificación al informante es la consecuencia lógica, de nuevo, de su consideración de persona interesada en este procedimiento.

En estos supuestos, el informante tendrá derecho a la protección prevista en esta ley, salvo que, 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).

Nada se dice sobre la motivación de la decisión de archivo, pero es evidente que de acuerdo con el art. 35 LPAC la misma deberá existir para evitar la arbitrariedad, esto es, la existencia de una decisión no justificada, como hemos venido insistiendo.

a.2.3.2. Continuación de la actuación, que también deberá notificarse al informante, primero por su condición de interesado, conforme a los art. 4 y de la LPAC, y, segundo porque, con mala disposición sistemática, así lo indica el art. 20.3 («cualquiera que sea la decisión, se comunicará al informante, salvo que haya renunciado a ello o que la comunicación sea anónima»):

a.2.3.2.1. Remisión al Ministerio Fiscal si, pese a no apreciar inicialmente en la fase preliminar de admisión indicios de que los hechos pudieran

revestir el carácter de delito, así resultase del curso de la instrucción. Si el delito afectase a los intereses financieros de la Unión Europea, se remitirá a la Fiscalía Europea.

a.2.3.2.2. Traslado de todo lo actuado a la autoridad competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.2.d) ya mencionado.

a.2.3.2.3. Adopción de acuerdo de inicio de un procedimiento sancionador en los términos previstos en el título IX.

Como puede apreciarse, a lo largo de los momentos procedimentales descritos existen diversos ámbitos de margen de apreciación con componentes volitivos y cognitivos en manos de la AAI, así como, en el sistema interno de información, del responsable. De ahí la relevancia de respetar el principio de interdicción de la arbitrariedad, evitando decisiones irracionales o no motivadas, del derecho a una buena administración del informante y de los derechos de defensa de la persona afectada por la comunicación.

Asimismo, cabe señalar que nos encontramos frente a un entramado de procedimientos diversos, formando lo que podría denominarse un procedimiento administrativo complejo (González Navarro, 1981), formado por la admisión, la instrucción, el informe y la resolución. Cada resolución de cada fase condiciona la siguiente y por tanto, se consideren un acto definitivo que pone fin a un procedimiento integrante del complejo o un acto trámite (que decide directa o indirectamente el fondo del asunto, determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, art. 112.1 LPAC) deben poder ser objeto de impugnación separada.

¿Qué ocurre si la AP no toma en consideración la comunicación debidamente, por infracción de sus obligaciones legales, incluida la de diligencia debida o debido cuidado en la investigación, bien en la fase preliminar de admisión bien en la fase posterior de investigación, y se produce el archivo de la comunicación?

Como dijimos antes, de generalizarse tal comportamiento, ello supondría el fracaso de los sistemas de información internos y externos en la práctica. Esto nos conduce a la necesaria posibilidad de impugnación de este tipo de decisiones, como veremos a continuación en la sección siguiente, por parte del informante. Si bien no vamos a ocuparnos aquí de ello, es evidente que el afectado por la comunicación debe poder también discutir la decisión contraria, esto es, el no archivo, puesto que están en juego sus derechos e intereses.

En resumen, a la vista de lo expuesto, el responsable de tramitar las informaciones, ante la inexistencia de un procedimiento formalizado correctamente en la ley para la aceptación o no de las informaciones, especialmente en el caso del sistema interno de información, debe aplicar el derecho a una buena administración y los principios y reglas de la LPAC y actuar en consecuencia.

Los derechos del informante, no explicitados respecto al sistema de información interno y deficientemente regulados en el externo (art. 21), puesto que no se reconoce ni su derecho a una tramitación diligente propia de la buena administración, ni su derecho a decisiones motivadas, no pueden quedar, en ningún caso menoscabados: la jurisprudencia del TS y su reconocimiento de la buena administración como principio constitucional con su derivada de diligencia debida y debido cuidado, así como la LPAC, que incluye el deber de motivar las decisiones en su art. 35 deben interpretarse sistemáticamente con el art. 21 citado.

En conclusión, el informante sí es interesado respecto a la decisión de aceptar o no su comunicación y darle el debido curso con la debida diligencia. No lo será, en cambio, en ulteriores procedimientos administrativos a que pueda dar lugar la información, pero eso es algo distinto, como vamos a ver enseguida. El informante tiene una serie de derechos concretos derivados del principio de buena administración y de la LPAC, que siguen vigentes y aplicables pese al silencio o defectuosa regulación de la ley 2/2023:

- *Un derecho del informante a un análisis administrativo de la información comunicada desplegado con diligencia debida y debido cuidado en la ponderación minuciosa de los elementos relevantes, que debe reflejarse en la decisión de tramitar o no la comunicación.*

- *Un derecho del informante a una decisión en plazo razonable en los plazos marcados por la ley.*

- *Un derecho del informante a una decisión administrativa motivada y notificada sobre su comunicación en todos los casos. La no iniciación del procedimiento de investigación deberá ser motivada, basada en las excepciones legales, y se deberá notificar a los informantes la decisión de si se ha iniciado o no dicho procedimiento.*

- *Un derecho del informante a la tramitación de un procedimiento administrativo derivado de la comunicación, salvo que se indique motivadamente la razón contraria a ello.*

3.3. LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR EL ARCHIVO DE LAS COMUNICACIONES (Y LA TRAMITACIÓN Y RESULTADO DEL PROCEDIMIENTO POSTERIOR ABIERTO DE OFICIO, EN SU CASO): LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 20.4 DE LA LEY 2/2023

El art. 20 de la ley 2/2023 en referencia a la terminación de las actuaciones en el procedimiento administrativo vinculado al sistema externo de información, señala que:

> «Las decisiones adoptadas por la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., en las presentes actuaciones no serán recurribles en vía administrativa ni en vía 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.»

En nuestra opinión, que comparte también Lozano (2023), este precepto es inconstitucional. Efectivamente, violaría los arts. 24 y 106 de la Constitución, de los que ha derivado una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que declara que «el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE prohíbe al legislador que, en términos absolutos e incondicionales, impida acceder al proceso los indicados derechos e intereses legítimos; prohibición que se refuerza por lo dispuesto en el art. 106.1 de la Constitución cuando se trata del control judicial frente a la actuación administrativa» (SSTC 202/2002; 149/2000; 197/1988; 18/1994; y 31/2000).

Por otro lado, el legislador ha desconocido totalmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la legitimación del denunciante, ahora informador, para recurrir el archivo de su comunicación. La jurisprudencia del TS, sala de lo contencioso, ha afirmado repetidamente la legitimación del denunciante para impugnar el archivo indebido de la denuncia, por suponer ésta una mala administración no diligente, confirmando así, indirectamente, la existencia de un derecho que lo convierte en interesado en relación con la toma de esta concreta decisión: el derecho a una buena administración.

Así, la STS 18 de enero de 2019, ponente Diego Córdoba Castroverde, en casación, sala de lo contencioso, señala que, aunque la persona que denuncie sea sólo es denunciante (esto es, no sea interesado en relación con el procedimiento de oficio subsiguiente que se abra a raíz de su denuncia), *sí tiene legitimación* para recurrir el archivo de la denuncia, esto es, para discutir, en definitiva, el respeto del derecho a una buena administración:

> «*Por ello, se ha admitido legitimación para impugnar el archivo de un procedimiento sancionador cuando lo que se pretende en el proceso no es la imposición de una sanción sino que el órgano administrativo desarrolle una actividad de investigación y comprobación suficiente a fin de constatar si se ha producido una conducta irregular que merezca una respuesta en el marco de las atribuciones que dicho órgano tiene encomendadas (por todas STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 12 de febrero de 2007 (rec. 146/2003*)».

Por ello, no son correctas legalmente afirmaciones, como la existente en el mencionado acuerdo de gobierno de la Generalitat de 21 de julio de 2020, de que la decisión de archivo no puede ser objeto de recurso o impugnación (norma reguladora 10 de los buzones) o, por supuesto, como ya dijimos, la del art. 20.4 de la ley 2/2023, negando recurso frente a la decisión de archivar (o continuar, en este caso en relación con el afectado por la comunicación) la comunicación.

Si el informante comunica una mala administración negligente o corrupción que ha llevado al ilícito y considera que el archivo es indebido, se debe entender, insistimos, que es interesado *en relación con esa toma de decisión específica (pues ostenta su derecho a una buena administración) y así debe interpretarse el art. 20.5 de la ley 2/2023.* Derecho cuyo reconocimiento judicial puede comportar la condena de la Administración a la apertura del procedimiento a que se niega.

Así lo hace la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Lugo, de 28 de diciembre de 2020, en relación con una denuncia por deficiente calidad del agua del grifo, archivada por la Administración, sin más. La sentencia acepta la legitimación de la denunciante en la demanda y señala que la Administración «*ignora los principios constitucionales consagrados en los artículos 103.1 y 9.3 de la Carta Magna (servir con objetividad a los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho)*».

El denunciante, de acuerdo con la jurisprudencia vigente, en cambio, no tiene legitimación judicial en el contencioso de forma automática, para discutir la tramitación y resultado del posterior posible procedimiento efectivamente iniciado de oficio a raíz de su denuncia (sólo la tendrá si puede probar un derecho o interés legítimo específico: véase STS de 18 de enero de 2019, que no reconoce legitimación al denunciante simplemente en defensa de la buena administración). Posibilidad, pues actualmente inexistente para todo denunciante no interesado en el procedimiento que pudiera abrirse a raíz de la denuncia, quien no puede seguir contribuyendo a la buena administración, ni siquiera impugnando, por ejemplo, la mala administración en la defensa del patrimonio público, esto es, de lo que también es de él o ella, al no ser interesado.

Esta apertura de la legitimación, al menos en garantía de la buena administración en la tramitación del procedimiento posterior en defensa de dicho patrimonio público, esto es, de todos, parece estar lejos de los postulados mantenidos actualmente por la jurisprudencia del TS. Sin embargo, bastaría con un cambio de óptica y un enfoque del papel ciudadano desde los principios del buen gobierno y el derecho a una buena administración, que nosotros propugnamos aquí, para entender que el perjuicio que nos causa a todos y cada uno de los ciudadanos una mala gestión pública (para empezar, con la imposible incidencia en fondos públicos procedentes de nuestros impuestos como contribuyentes) *debería ser legitimación suficiente para poder discutir como denunciantes de la misma la decisión que se adopte* no sólo en la tramitación o no de la denuncia, que esta ya la tenemos si denunciamos, como vimos, sino también en la decisión del subsiguiente procedimiento sancionador o disciplinario.

Pero, como hemos dicho, en el ámbito de las denuncias (STS de 18 de enero de 2019), así como en otros ámbitos (Castillo Blanco, 2021; Chaves, 2021), el TS sigue aplicando una comprensión de la legitimación para acceder a la jurisdicción contenciosa-administrativa apegada a una visión muy *individualista*, subyacente en el Derecho administrativo tradicional en España, que se encuentra alejada, cada vez más, de los postulados del siglo XXI sobre la buena administración como bien común, tal y como exponíamos al principio de este análisis.

En este ámbito de las denuncias y las comunicaciones, se podría pensar incluso *de lege ferenda en prever legalmente en el futuro una acción pública* para recurrir, cuando lo que se comunique sea una mala administración negligente o corrupción, esto es una violación de nuestro derecho a una buena administración, que abarcara, incluso, no sólo el posible archivo indebido de la denuncia, sino *también si se impone o no sanción y una reacción, y cuál, al menos cuando estén en juego los derechos y el patrimonio de todos, esto es, de las Administraciones Públicas.*

4. CONCLUSIONES

El presente análisis se ha centrado en la figura del informador y su estatuto jurídico en la ley 2/2023, especialmente en lo que se refiere a su condición de interesado y a su posibilidad de recurrir en vía administrativa y judicial las decisiones que se adopten en los sistemas interno y externo de información respecto al archivo de sus comunicaciones.

Al respecto, se constata la deficiente regulación procedimental de la ley 2/2023, que descuida un aspecto muy relevante del derecho a una buena

administración de las personas, incluidas los informantes, de acuerdo con nuestro TS: el derecho al procedimiento administrativo debido.

Esta deficiente regulación, incluyendo el insuficiente estatuto del informante con sus derechos y garantías contemplado en el art. 21, debe ser integrada con una interpretación sistemática a partir de la Constitución y la LPAC.

Así, el derecho a una buena administración de los informantes exige una tramitación diligente y con el debido cuidado de sus comunicaciones, que dé lugar a la aceptación de las mismas, salvo que concurran las causas tasadas legales que deberán ser justificadas y motivadas y notificadas al informante. El principio de interdicción de la arbitrariedad y el art. 35 LPAC exigen la motivación de todas las decisiones que se adopten afectando al informante, las cuales le deben ser notificadas, como interesado que es en el procedimiento administrativo de aceptación o no a trámite de la comunicación.

Asimismo, los arts. 24 y 106 CE exigen la posibilidad de recurrir las decisiones que adopten el responsable del sistema interno o la AII respecto al archivo de la comunicación (o en lo que se refiere al afectado por esta, a su aceptación y posterior tramitación, aunque no nos hemos concentrado en esta perspectiva aquí).

Es por ello, que los arts. 20.4 y 20.5 de la ley 2/2023 presentan problemas en su interpretación sistemática con la CE y la LPAC. En el primer caso, por la negativa a permitir el recurso contra las decisiones que impiden la tramitación de la comunicación. En el segundo, por la negación, sin matices, y en contra de la jurisprudencia del TS al respecto, de la condición de interesado del informante, que lo es respecto el procedimiento de tramitación de la comunicación. Mientras que en el segundo caso es posible salvar el art. 20.5 con una interpretación conforme a la LPAC y a la jurisprudencia, más problemática es la denegación de tutela que implica el art. 20.4 y que podría en el futuro conducir al planteamiento judicial de cuestiones de inconstitucionalidad al respecto.

Finalmente, el análisis propone *de lege ferenda* la posibilidad de abrir la legitimación de los informantes para intervenir como interesados también en los procedimientos subsiguientes abiertos a raíz de su denuncia o comunicación y, en su caso, recurrir las decisiones que puedan adoptarse en los mismos, al menos cuando sus comunicaciones se refieran a los bienes y derechos de las Administraciones Públicas, esto es, de todos los ciudadanos, en protección del buen gobierno y la buena administración.

ESTUDIOS

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, generaliza en España la disposición de sistemas de alerta sobre las infracciones conocidas en un ámbito laboral o profesional, así como mecanismos de protección para quienes informan.

Sin embargo, las expectativas de esta regulación se ven lastradas por los problemas que origina su interpretación y aplicación. Es lugar común apuntar a las inconsistencias de la norma y a la escasa concreción de las obligaciones que impone a las organizaciones para la gestión de sus sistemas internos de información. A esta dificultad se añade que en la gestión de las alertas se ven implicadas diversas especialidades del ámbito jurídico (derecho penal, administrativo y laboral, entre otras).

En esta obra de veinticinco capítulos en la que participan académicos y profesionales del ámbito público y jurídico, se realiza un repaso a todo el esquema de canales y sistemas de la Ley 2/2023, tratando de ofrecer luz sobre muchas de las aristas que provocan interrogantes entre quienes deben gestionar estos sistemas.

El libro da un tratamiento completo a los contenidos de la Ley, pero centra su atención en los sistemas internos de información y en sus componentes (canales, políticas y procedimiento, protección, y responsable), e incorpora varios bloques temáticos dedicados a la protección de datos, al examen de las implicaciones en materia de responsabilidad penal, a las autoridades independientes y sus canales externos, y a la revelación pública de información sobre infracciones.

CIT
CENTRO DE INVESTIGACIÓN DE LA TRANSPARENCIA Y EL GOBIERNO ABIERTO

El precio de esta obra incluye la publicación en formato DÚO sin coste adicional (papel + libro electrónico)

ACCEDE A LA VERSIÓN ELECTRÓNICA SIGUIENDO LAS INDICACIONES DEL INTERIOR DEL LIBRO

ISBN: 978-84-1162-189-2