

EL CANAL EXTERNO DE INFORMACIÓN EN LA LEY 2/2023

Óscar CAPDEFERRO VILLAGRASA

Profesor Agregado de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho
Universitat de Barcelona
ocapdeferro@ub.edu

RESUMEN

El canal externo se configura como una de las vías previstas en la Ley 2/2023 para comunicar infracciones del ordenamiento jurídico conocidas en un contexto laboral o profesional. La posición del canal externo es peculiar, pues su acceso no está condicionado a la previa denuncia a través del sistema interno de información, pero la Ley 2/2023 apunta que la vía preferente es la interna. Por otro lado, la revelación pública está condicionada, entre otros aspectos, a la previsión de un mal funcionamiento del canal externo. Asimismo, merecen especial atención las autoridades que gestionan el canal externo, sus facultades (incluyendo la sancionadora) y los aspectos principales del régimen jurídico derivado de la posición de informante y de afectado por la información. La regulación y puesta en funcionamiento de los canales externos previstos en la Ley 2/2023 plantea algunas dudas y presenta posibles problemas, que se exponen, y sobre los que se reflexiona.

Palabras clave: Canales de denuncias, sistemas de información, canal externo, whistleblowing, autoridad administrativa.

ABSTRACT

External channels are framed as one of the ways provided by Law 2/2023 to communicate irregularities which are known within the legal system either in a work or professional context. The position of the external channel is peculiar, since its access is not conditional to prior reportings through the internal information system, but Law 2/2023 indicates that the preferred route is internal. On the other hand, public disclosure is conditioned, among other aspects, to the anticipation of a malfunction of external channels. Likewise, the authorities that manage external channels, their powers (including sanctioning powers) and the main aspects of the legal regime derived from the position of informant and those affected by the information deserve special attention. The regulation and implementation of external channels provided by Law 2/2023 raises some doubts and presents possible problems, which are explained and reflected on.

Keywords: Reporting channels, information systems, external channel, whistleblowing, administrative authority

ZUSAMMENFASSUNG

Der externe Kanal ist einer der Kanäle, die im Gesetz 2/2023 für die Meldung bekannter Verstöße gegen die Rechtsordnung im Beschäftigungs- oder Berufskontext vorgesehen sind. Die Stellung des externen Kanals ist eine Besonderheit, da sein Zugang nicht von einer vorherigen Meldung über das interne Meldesystem abhängt. Jedoch legt das Gesetz 2/2023 fest, dass der interne Kanal der bevorzugte ist. Andererseits ist die Offenlegung unter anderem davon abhängig, ob eine Störung des externen Kanals erwartet wird. Besonderes Augenmerk sollte auch auf die Behörden gelegt werden, die den externen Kanal verwalten: ihre Befugnisse (einschließlich der Befugnis, Sanktionen zu verhängen) und die wichtigsten Aspekte der rechtlichen Regelung, die sich aus der Position des Hinweisgebers und der von der Information betroffenen Person ergeben. Die im Gesetz 2/2023 vorgesehene Regelung und Umsetzung der externen Kanäle wirft einige Zweifel und mögliche Probleme auf, die erörtert und reflektiert werden.

Schlüsselwörter: Beschwerdewege; Informationssysteme; externer Kanal; *Whistleblowing*; Verwaltungsbehörde.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SISTEMA DE CANALES EXTERNOS DE INFORMACIÓN EN LA LEY 2/2023.—III. EL CANAL EXTERNO Y SU RELACIÓN CON LAS OTRAS DOS VÍAS PARA COMUNICAR INCUMPLIMIENTOS.—1. El canal externo como cauce no preferente en primera instancia.—2. El canal externo ineficiente como requisito para poder justificar la revelación pública.—3. Los canales externos de agencias antifraude con potestad para proteger a denunciantes regulados en leyes anteriores a la Ley 2/2023.—IV. LAS FUNCIONES DE LAS AUTORIDADES GESTORAS DEL CANAL EXTERNO.—V. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS CON EL CANAL EXTERNO.—1. La aplicación del canal externo respecto de incumplimientos referidos a sujetos que no están obligados a disponer de canal interno.—2. La colaboración con la autoridad gestora del canal externo.—3. El informante y la autoridad de protección: especial referencia a los límites de la protección.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo ofrece algunos elementos de reflexión en torno a los canales externos de denuncia o de información, a la luz del sistema establecido por 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, a través de la cual se transpone al ordenamiento español la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

Esta normativa tiene por objeto establecer canales seguros de denuncia e instaurar un sistema de protección de personas informantes, denunciantes, alertadoras o *whistleblowers*, con el fin de promover el descubrimiento de irregularidades, para que estas puedan ser corregidas, y evitar que una persona sufra actos de represalia por el hecho de haber formulado denuncia de un incumplimiento normativo.

Formular una denuncia, generalmente relacionada con incumplimientos conocidos en el entorno laboral o profesional de la persona denunciante, puede derivar en perjuicios para la persona que denuncia. Así, por ejemplo, Van der Velden *et al.*¹, analizando un grupo de 27 *whistleblowers* en Países Bajos, identificaron que estos sufrían, en mucha mayor medida que la población general, problemas de salud mental: el 85 por 100 sufría alguna enfermedad relacionada con la salud mental, como ansiedad severa o muy severa (46,1 por 100), depresión (53,8 por 100), desconfianza interpersonal (50 por 100), síntomas de agorafobia (33,3 por 100) y/o problemas para dormir (51,9 por 100), y en el 48 por 100 de los casos el problema de salud mental alcanzaba niveles clínicos. Además, estos autores señalan que los denunciados manifestaron mayoritariamente que había sido perjudicial o muy perjudicial denunciar respecto del trabajo (80,8 por 100), el salario (81,5 por 100) y la relación con los compañeros o excompañeros (61,5 por 100). A estos perjuicios profesionales y retributivos, se suman también los personales, ya que algunos apuntan que denunciar les acabó generando efectos muy negativos a nivel familiar (46,2 por 100). Además, el miedo a eventuales represalias por denunciar está generalizado entre la ciudadanía, como revelan algunos barómetros. Así, el reciente Eurobarómetro especial 523 de la Comisión Europea, dedicado a la corrupción², de julio de 2022, se señala, entre los principales obstáculos para denunciar un caso de corrupción, en tercera posición por orden de más a menos votadas, la respuesta «No hay protección para los que denuncian la corrupción» (28 por 100 de las respuestas en el global de la UE; 25 por 100 entre las respuestas de españoles). En esta misma línea, en el Barómetro de 2022 elaborado por la Oficina Antifraude de Cataluña, ante la pregunta de por qué motivos no se denunciaría un caso de corrupción, tras la dificultad para reunir pruebas y la sensación de impunidad para el

¹ P. G. VAN DER VELDEN, M. PECORARO, M. S. HOUWERZIJL y E. VAN DER MEULEN, «Mental Health Problems Among Whistleblowers: A Comparative Study», *Psychological Reports*, vol. 122, núm. 2 (2019), pp. 632-644, en especial, p. 636.

² Disponible en https://data.europa.eu/data/datasets/s2658_97_2_sp523_eng?locale=en, consultado en noviembre de 2023.

denunciado, figura en tercera posición, con un 36,8 por 100 de las respuestas, el miedo a represalias³.

Por supuesto, en España se han conocido casos de represalias contra denunciantes, y se han adoptado medidas de protección en favor de alguno de ellos. Así, por ejemplo, la Oficina Antifraude de Cataluña, en su memoria de 2022⁴, señala que en el último año inició dos nuevos expedientes de protección, que el número total de personas protegidas a finales de año era de 8 y que el primer expediente de protección lo inició en 2018. En el caso de Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, entre 2018 y 2022, se indica en su memoria más reciente que han recibido 46 solicitudes de protección, de las cuales se han concedido 29, la mayoría de ellas referidas a represalias sufridas en ayuntamientos⁵. Finalmente, ante la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción se han registrado 351 denuncias, y, de entre todos esos denunciantes, 45 han solicitado protección⁶.

Como he avanzado, para hacer frente a la problemática situación a la que pueden tener que hacer frente algunas personas denunciantes de incumplimientos normativos, la Ley 2/2023, siguiendo la directiva que transpone al ordenamiento español, establece un sistema de protección para promover las denuncias articulado a partir de tres vías para poder comunicar, con determinadas garantías (anonimato, garantía de confidencialidad, derechos de protección, entre otras), infracciones del ordenamiento jurídico que hayan sido conocidas en el marco de una relación laboral o profesional⁷.

Establece, en particular, que quedan amparadas por las garantías previstas en la Ley 2/2023 las informaciones de incumplimientos que se comuniquen a través del sistema interno, del canal externo o de la revelación

³ Disponible en <https://antifrau.cat/sites/default/files/Documents/Recursos/barometre-2022-informe-resultats.pdf>, consultado en noviembre de 2023.

⁴ Disponible en <https://seuelectronica.antifrau.cat/es/memorias/send/85-memorias/3534-memoria-anual-2022.html>.

⁵ AVAF, *Memoria de actividad 2022, 2023*, pp. 114-119, disponible en https://www.anti-fraucv.es/wp-content/uploads/2023/03/MEMORIA_AVAF_2022_CAS.pdf. Debe tenerse en cuenta que en la p. 119 se señala que el total de personas que han recibido protección es 30, aunque en los gráficos se indica que son 29.

⁶ Datos recogidos en <https://antifraudeandalucia.es/estadisticas/>.

⁷ El ámbito material de aplicación de la norma se circunscribe a infracciones del derecho de la Unión y a infracciones penales y administrativas graves y muy graves de derecho interno (art. 2 de la Ley 2/2023). Sobre esta cuestión, en detalle, *vid.* S. FERNÁNDEZ RAMOS, «Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 63 (2023), pp. 1-31.

pública, siendo posible, de entrada, optar por el sistema interno o el canal externo (art. 16 de la Ley 2/2023), o comunicar los mismos hechos inicialmente a través del sistema interno y, posteriormente, mediante el canal externo. La revelación pública, en principio, quedaría reservada para situaciones de urgencia (riesgos inminentes) o ante la previsión de ineffectividad del canal externo correspondiente (arts. 27 y 28 de la Ley 2/2023).

El sistema interno de información es el propio que determina cada organización pública (art. 13 de la Ley 2/2023), así como aquellas privadas que estén obligadas a ello (art. 10.1 de la Ley 2/2023) o que lo hayan asumido voluntariamente (art. 10.2 de la Ley 2/2023). Así, y aun a pesar de la previsión de compartir medios o externalizar la gestión (arts. 11, 12, 14 y 15 de la Ley 2/2023), en términos generales se puede hablar de los sistemas internos como los sistemas propios establecidos por cada organización, respetando las indicaciones de la Ley 2/2023, para que su personal pueda emplearlo como cauce para comunicar internamente las posibles infracciones que conozca (art. 7).

Por su parte, el canal externo está diseñado para recibir las denuncias o comunicaciones de sujetos que no pertenecen a esa organización, y que, en el modelo establecido por la Ley 2/2023 no se limita a fijar un solo canal externo, sino que se prevé un canal externo de ámbito estatal y canales externos de nivel autonómico (art. 16 de la Ley 2/2023). Sin embargo, un potencial informante no se puede dirigir a cualquier autoridad gestora de un canal externo para comunicar una infracción, sino que, en aplicación del reparto competencial entre las autoridades gestoras de estos canales externos, en cada caso solamente una de las autoridades tendrá atribuida la competencia para gestionar esa información (art. 24 de la Ley 2/2023). No hay, pues, solapamiento o duplicidad de canales externos, y, en caso de que el informante haya dirigido la comunicación a un canal externo que no es el que resulte competente en ese caso, se prevé expresamente en la ley que la autoridad que la haya recibido remita la información a la autoridad competente para su tramitación [arts. 18.2.d) y 20.2.c) de la Ley 2/2023].

Por último, la revelación pública se concibe como la puesta a disposición del público de información relativa a infracciones normativas, por ejemplo, a través de medios de comunicación, y, por tanto, sin haber empleado ninguno de los canales confidenciales y seguros, internos y externos, que obliga a crear y gestionar la Ley 2/2023 (art. 27.1)⁸.

⁸ Un primer análisis de la regulación de la revelación pública se encuentra en J. SIERRA-RODRÍGUEZ, «La revelación pública. Entre el ejercicio de derechos fundamentales y la pro-

Pues bien, en este trabajo, la atención se centra en la configuración y aplicación del régimen del canal externo. En particular, se presentará inicialmente el sistema de canales externos que configura la nueva legislación, con especial referencia a las autoridades que han empezado a ejercer estas funciones como canal externo. Sigue, a continuación, una referencia a la posición del canal externo en el diseño de las vías para la comunicación o revelación de infracciones normativas que permite la nueva ley. Se mencionan las funciones de las autoridades gestoras del canal externo, especialmente en cuanto a la relación de otras funciones con el papel de autoridad encargada del canal externo. Por último, se plantean algunas cuestiones problemáticas derivadas de la regulación del canal externo, sobre las que se reflexiona, aportando algunas propuestas en las conclusiones que cierran el presente estudio.

II. EL SISTEMA DE CANALES EXTERNOS DE INFORMACIÓN EN LA LEY 2/2023

Establece el art. 16 de la Ley 2/2023 que corresponderá a la Autoridad Independiente de Protección del Informante (AIPI) y a las autoridades u órganos autonómicos correspondientes la gestión de los canales externos. Por su parte, el art. 24 señala que, en particular, corresponde a la AIPI gestionar, esto es, dar trámite y, en su caso, investigar, las informaciones que hagan referencia a organizaciones del sector público de nivel estatal (la Administración General del Estado y entidades que integran el sector público estatal, los órganos constitucionales y los órganos de relevancia constitucional a que se refiere el art. 13), así como a entidades del sector privado cuando la infracción o el incumplimiento sobre el que se informe afecte o produzca sus efectos en el ámbito territorial de más de una comunidad autónoma.

El apartado segundo del art. 24 señala el alcance subjetivo de las competencias como canal externo de las autoridades autonómicas, indicando que estas serán competentes para tramitar a través de su canal externo las informaciones que afecten al sector público autonómico y local de su respectivo territorio, a las instituciones autonómicas a que se refiere el

tección específica de la Ley», en J. M. PÉREZ MONGUIÓ y S. FERNÁNDEZ RAMOS (coords.), *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Barcelona, Bosch, 2023, pp. 175-191.

art. 13.2 y a las entidades del sector privado, aunque únicamente cuando el incumplimiento comunicado se circunscriba al ámbito territorial de la correspondiente comunidad autónoma.

Se prevé, también, la posibilidad de que la AIPI pueda ampliar sus competencias, en sustitución de la autoridad autonómica en aquellas comunidades autónomas que opten por prescindir de una autoridad propia, en cuyo caso debe acordarse esta circunstancia por convenio con la AIPI, acordando la forma de financiar la asunción de esas competencias adicionales. Asimismo, como ya se ha indicado en la introducción de este artículo, en caso de que una información sea recibida a través de un canal externo que no sería el de la autoridad competente para tramitar esa información, está previsto expresamente que sea remitida la comunicación a la autoridad, entidad u organismo competente para su tramitación [arts. 18.2.d) y 20.2.c) de la Ley 2/2023].

En el momento de redactar este trabajo, no se había constituido todavía la AIPI, por lo que, en la práctica, el canal externo de nivel estatal no existe. Sin embargo, algunas comunidades autónomas se han adelantado y ya han puesto en funcionamiento canales externos, señalando, bien mediante ley, bien mediante resolución de los directores de agencias anti-fraude y anticorrupción autonómicas, la asunción de las funciones de canal externo y su puesta en funcionamiento, así como las demás funciones reservadas a las autoridades de protección autonómicas.

En el primer grupo, de designación de autoridad autonómica a través de ley, únicamente podemos mencionar el caso de Cataluña. Así, la Disposición adicional séptima de la Ley 3/2023, de 16 de marzo, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público para 2023 establece que, provisionalmente, se asignan a la Oficina Antifraude de Cataluña las funciones de la Ley 2/2023 que pueden asumir instituciones u órganos competentes de las Comunidades Autónomas. El carácter provisional se debe entender, a mi juicio, en tanto que esa ley catalana no es la que opera el desarrollo autonómico de la Ley estatal 2/2023, y, por tanto, en el futuro el legislador catalán puede decidir atribuir esas funciones a otra autoridad u organismo. En definitiva, se puede entender que la oficina anticorrupción catalana ejercerá esas funciones en tanto no se asignen, de forma definitiva en la futura ley catalana de protección de informantes, a otra institución, o bien podrá seguir ejerciéndolas, pero con carácter ya definitivo, en caso de que se asignen, en esa futura ley, a la misma Oficina Antifraude de Cataluña.

En el segundo grupo de supuestos, en que ha sido a iniciativa de la propia oficina o agencia anticorrupción la atribución de funciones propias

de las autoridades autonómicas mencionadas en la Ley 2/2023, podemos encontrar el caso valenciano, balear, andaluz y navarro⁹.

En efecto, la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana ya ha puesto en funcionamiento el canal externo para esa comunidad autónoma y, en atención a su condición de autoridad gestora del canal externo¹⁰, incluso ha regulado ya un registro de responsables de los sistemas internos¹¹. La Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Islas Baleares, asumiendo también las funciones propias de la autoridad autonómica de protección, además de contar con un canal de denuncias externo, así denominado, también ha creado el correspondiente registro de responsables de sistemas internos¹². Otro canal externo autonómico puesto en funcionamiento en cumplimiento de la Ley 2/2023 es el de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, la cual, a través de la Resolución de 20 de marzo de 2023, de la misma oficina, declara que las referencias a la autoridad autonómica en la Ley 2/2023 se entienden hechas a esa oficina anticorrupción, y crea el canal externo de información¹³. Asimismo, en junio creó el registro de responsables de los sis-

⁹ No resulta extraño que, justamente, estas cuatro comunidades, junto con Cataluña, sean las únicas que se han adaptado a los plazos marcados por la Ley 2/2023 para hacerla plenamente efectiva a través de la autoridad garante del sistema, ya que únicamente en estas cinco comunidades autónomas se había puesto en funcionamiento una agencia anticorrupción autonómica que podía recibir denuncias y que contaba con potestad para proteger a personas denunciadas, con carácter previo a la aprobación de la Ley 2/2023.

¹⁰ «Conforme indica el Preámbulo de la Ley 2/2023 en relación con su art. 16.2, el canal externo de información a que la misma se refiere y la protección a las personas que comuniquen o releven dicha información le corresponde en el ámbito de la Comunitat Valenciana a la Agencia» (Resolución núm. 504, de 10 de mayo de 2023, del director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la que se crea el Registro de Responsables de Sistemas Internos de Información y se regula su funcionamiento).

¹¹ Se trata de la ya citada Resolución número 504, de 10 de mayo de 2023, del director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la que se crea el Registro de Responsables de Sistemas Internos de Información y se regula su funcionamiento.

¹² Como en el caso valenciano, se puede apreciar el peso otorgado al preámbulo de la Ley 2/2023 para justificar esta eventual designación como autoridad autonómica: «Tal como indica el preámbulo de la Ley 2/2023 en relación con el art. 16.2, el canal externo de información a que esta se refiere y la protección a las personas que comunican o revelan esta información corresponde, en el ámbito de las Illes Balears, a esta Oficina» (Resolución del director de la OAIB, de 13 de junio de 2023, por la cual se crea el Registro de responsables de sistemas internos de información y se regula su funcionamiento). Aunque se pueda tratar de autoridades idóneas para asumir este papel, no parece tampoco suficiente para afirmar la designación como autoridades autonómicas únicamente esa breve referencia a estas agencias en el preámbulo de la Ley.

¹³ Resolución de 20 de marzo de 2023, de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la

temas internos¹⁴. El cuarto canal externo corresponde a la Comunidad Foral de Navarra, ya que, mediante la Resolución 4/2023, de 26 de junio, de la directora de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, se ha habilitado el canal externo de denuncias de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, como canal externo a los efectos de la Ley 2/2023.

Estas autoridades autonómicas se adscriben a los parlamentos autonómicos¹⁵, mientras que la autoridad estatal, la AIPI, está vinculada al Ministerio de Justicia (art. 42.2 de la Ley 2/2023). Esta diferencia ha sido puesta de relieve para señalar que la AIPI, con el diseño actual, puede presentar menor legitimidad democrática y menor independencia efectiva, a diferencia del modelo de adscripción parlamentario¹⁶. Especialmente en ese punto, se debe recordar que la autoridad estatal es canal externo, y por tanto investiga, respecto de incumplimientos normativos en el Ministerio de Justicia.

III. EL CANAL EXTERNO Y SU RELACIÓN CON LAS OTRAS DOS VÍAS PARA COMUNICAR INCUMPLIMIENTOS

A continuación, conviene hacer referencia a la posición que ocupa el canal externo en el diseño de vías de denuncia o de comunicación de infor-

Corrupción, por la que se crea y se ordena la puesta en funcionamiento del canal externo de información (Canal de Denuncias). En particular, en su preámbulo se afirma que: «En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, dicha autoridad autonómica competente es la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, en adelante la Oficina».

¹⁴ Resolución de 12 de junio de 2023, de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, por la que se crea el Registro de Responsables del Sistema Interno de Información y se regula su funcionamiento.

¹⁵ Así, arts. 1.1 de la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña (LOAC); 1.1 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana (LAVAF); 1.1 de la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears (LOAIB); 6.1 de la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante (LOAAF). Algo distinto es, en este sentido, el encaje institucional previsto para la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra en la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra.

¹⁶ E. JIMÉNEZ FRANCO, «La nueva autoridad independiente de protección del informante», en J. M. PÉREZ MONGUIÓ y S. FERNÁNDEZ RAMOS (coords.), *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Barcelona, Bosch, 2023, p. 352.

mación sobre infracciones que prevé la Ley 2/2023. En efecto, el canal externo es solamente una de las tres vías posibles que regula la ley para formular las denuncias. Se analiza en primer lugar su relación con el sistema interno, para luego ponerlo en relación con la revelación pública.

1. El canal externo como cauce no preferente en primera instancia

El art. 4.1 de la Ley 2/2023 declara que el sistema interno debe ser el cauce preferente para comunicar las infracciones normativas, previsiblemente tratando de dar cumplimiento al mandato recogido en el art. 7.2 de la directiva que transpone: «Los Estados miembros promoverán la comunicación a través de canales de denuncia interna antes que la comunicación a través de canales de denuncia externa, siempre que se pueda tratar la infracción internamente de manera efectiva y siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias». Se echan en falta, sin embargo, medidas para dotar de efectividad esa preferencia, que en el caso de la ley española acaba siendo una mera declaración no acompañada de auténticas obligaciones. Algunas garantías posibles de efectividad podrían haber sido, por ejemplo, la imposición de acreditar el rápido y efectivo funcionamiento de los sistemas internos, y que se demuestre su capacidad para la rápida corrección de los incumplimientos denunciados internamente, así como la indemnidad de los denunciantes.

En cualquier caso, el sistema interno de denuncias puede considerarse que aporta cierto valor en caso de ser el primero a explorar, por la capacidad del propio personal de la organización para corregir el presunto incumplimiento normativo de forma rápida, pero se reserva a la persona denunciante o informante el derecho a optar libremente entre el canal interno o el externo para tramitar su denuncia (art. 16 de la Ley 2/2023), tal y como establece la misma directiva transpuesta (art. 10).

Además, estos canales no se excluyen entre sí, y es posible formular la comunicación de la infracción inicialmente a través del sistema interno y, posteriormente, en caso de no recibir esta un tratamiento efectivo a juicio de la persona informante, podría comunicarse a través del canal externo. En este sentido, podría concebirse también el canal externo como una eventual segunda instancia de investigación de denuncias, para aquellos casos que no hayan podido concluirse de forma efectiva a nivel interno. Esta opción, sin embargo, podría estar algo limitada en la Ley 2/2023, puesto que el art. 18.2.a).4.º indica que la autoridad ges-

tora del canal externo debe inadmitir la comunicación recibida si esta no contiene información nueva y significativa respecto de comunicaciones anteriores sobre las que hayan concluido los correspondientes procedimientos, sin concretar si estos procedimientos son únicamente los que lleva a cabo la autoridad gestora del canal externo o si se incluye a cualquier otra autoridad o unidad responsable de sistemas internos. A mi juicio, interpretar el art. 18.2.a).4.º desvinculándolo de los procedimientos únicamente seguidos con anterioridad por la autoridad gestora del canal externo supondría negarle ese papel, revisor o de segunda instancia para la investigación, al canal externo, y dejaría muy poco espacio a la posibilidad de acceder de forma efectiva al canal externo en caso de haber acudido en primer lugar a un sistema interno inoperante, pues, se tiene que recordar, esta misma posibilidad está declarada en el art. 16 de la ley («ya sea directamente o previa comunicación a través del correspondiente canal interno»).

2. El canal externo ineficiente como requisito para poder justificar la revelación pública

La revelación pública es cuando la comunicación de la información relativa a la infracción se realiza al público, y no al responsable del sistema interno o a la autoridad gestora del canal externo, por medios de comunicación o difusión distintos a los canales internos y externos que prevén la Directiva y la Ley.

La revelación puede, igualmente, dar lugar a protección de la persona informante. Esa protección, que efectuará la autoridad de protección competente en función del ámbito territorial en el que se considere inscrita esa organización, sin embargo, se encuentra condicionada.

Para que una persona que ha revelado la información pueda acogerse al régimen de protección es necesario que se cumpla alguna de las condiciones que determina el art. 28 de la Ley 2/2023: que primero se haya realizado la comunicación por canales internos y externos, o solamente externos, sin que se hayan tomado medidas al respecto en los plazos que determina la propia ley; que haya motivos razonables para pensar que la infracción constituye un peligro inminente o manifiesto para el interés público, o exista riesgo de daños irreversibles (también a personas); o que se prevea razonablemente la ineffectividad o mal funcionamiento del canal externo, que pudiera dar lugar a represalias o a un

tratamiento inadecuado de la información, destruyendo pruebas u ocultándolas, por ejemplo, por la implicación en los hechos de la autoridad gestora del canal externo o por la connivencia de esta con el autor de los hechos.

Como se puede apreciar, excepto en el segundo de los supuestos, en los demás juega un papel relevante el canal externo como habilitante para la protección del revelador público. En efecto, en el caso de daño o peligro inminente, se puede entender que recurrir a la revelación se justificaría por la urgencia de que la información a comunicar genere un impacto o reacción de forma inmediata, mientras que, en los otros casos, la justificación para proteger al informante revelador recae en la ineficiencia, constatada o prevista, de la comunicación a través del canal externo. Así, debe apreciarse que el art. 28 no permite acceder a protección al denunciante revelador público si únicamente justifica la revelación en el hecho de que ha comunicado la infracción a través de un canal interno y no ha recibido esta un tratamiento efectivo dentro de plazo. Tampoco se permite justificar la revelación únicamente en el hecho de prever que el sistema interno será inefectivo en el tratamiento de la infracción, por la posible implicación del responsable del sistema interno.

Así, pues, puede apreciarse en este tratamiento del canal externo que verdaderamente se configura a su autoridad gestora como la pieza garante del sistema, y se le da prioridad frente a la revelación, de tal modo que (dejando de lado el caso del peligro inminente) únicamente en casos de acreditada inefectividad del canal externo, o previsión fundada de inefectividad por la implicación de la autoridad gestora del canal externo, será posible acceder válidamente a la protección en caso de haber revelado públicamente la información. De no ser así, para obtener protección debería haberse intentado, previamente a la revelación, la comunicación a través del canal externo.

Para que este planteamiento sea efectivo, definitivamente será necesario que el funcionamiento de las autoridades del canal externo sea ejemplar, y se extienda la percepción de su efectividad, tanto en las investigaciones como en las medidas de protección, ya que el punto de partida es, generalmente, de desconfianza en las autoridades externas. Así, recoge un informe de Naciones Unidas un estudio en el que se analizaron 1.000 casos de denuncias en el Reino Unido en 2013, en el que se revela que en el 82 por 100 de los casos, la denuncia primero se planteó internamente. Otro estudio de 2010, realizado en los Estados Unidos, señala que solo el 4 por 100 denunció externamente, frente al 46 por 100 que comunicaron la infracción a su

superior, internamente¹⁷. Por su parte, algunos análisis señalan que, en caso de ser inefectiva la denuncia interna, es poco probable llegar hasta el planteamiento de denuncias externas, y que incluso podría llegar a ser más probable optar por la revelación que por la denuncia externa¹⁸.

3. Los canales externos de agencias antifraude con potestad para proteger a denunciantes regulados en leyes anteriores a la Ley 2/2023

Quisiera aportar un breve apunte, solamente para indicar que ya se había regulado anteriormente, a través de ley, algún canal de denuncias ante autoridades con potestad para proteger a denunciantes.

A diferencia del canal externo que impone la Ley 2/2023, que es general, para cualquier tipo de infracción de derecho europeo o interno que sea penal o administrativa grave o muy grave, en estos antecedentes de canales de denuncias con regímenes de protección asociados, únicamente se podían comunicar e investigar hechos propios de la competencia investigadora de esas oficinas, es decir, casos de fraude y corrupción.

En efecto, antes de la Ley 2/2023, e incluso antes de la aprobación de la Directiva 2019/1937, algunas de las agencias anticorrupción autonómicas habían puesto en funcionamiento canales de denuncia de prácticas fraudulentas o corruptas.

En este punto, una de las principales referencias normativas fue, también, el derecho de la ciudadanía a saber dónde y cómo formular denuncias ante organismos especializados anticorrupción, previsto en el art. 13.2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), y la posibilidad de alentar la denuncia ante las autoridades nacionales de investigación (art. 39.2 CNUCC).

En particular, se va a hacer referencia a las leyes reguladoras de la agencia antifraude valenciana (de 2016), la navarra (de 2018, aunque puesta en funcionamiento en 2022) y andaluza (de 2021), ya que, aunque otras agencias anticorrupción pueden recibir denuncias y proteger a denunciantes, como la catalana o la balear, esta posibilidad se regula

¹⁷ UNODC, *United Nations Convention against Corruption – Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons*, Vienna, ONU, 2015, p. 32.

¹⁸ G. DE GRAAF, «What Works: The Role of Confidential Integrity Advisors and Effective Whistleblowing», *International Public Management Journal*, vol. 22, núm. 2 (2019), p. 214.

en otro tipo de normativa de inferior nivel, ya que no está expresamente recogida en sus leyes de creación.

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 prevé en el art. 14.1.c) la obligación de la oficina de establecer procedimientos y canales confidenciales para la formulación de denuncias, y también se regula en el apartado segundo del mismo artículo la obligación de crear otro canal, denominado «oficina virtual del empleado público», a fin de que este personal pueda comunicar de forma confidencial los expedientes administrativos en los que se detecte alguna posible irregularidad.

En segundo lugar, el art. 9.2 de 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 prevé que ningún denunciante puede ver empeorada su condición en el entorno laboral, o sufrir discriminación, y que, en esos casos, «La dirección de la Oficina promoverá ante las autoridades competentes las acciones correctoras o de restablecimiento».

Por último, la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante, que se aprueba ya con posterioridad a la aprobación europea de la Directiva (UE) 2019/1937, prevé en el art. 36 que las denuncias se presentarán en la oficina siguiendo procedimientos y canales establecidos y gestionados de forma segura, garantizando la confidencialidad, y con remisión de acuse de recibo de la denuncia. Estos procedimientos y canales se establecen en el reglamento de régimen interior, con los requisitos previstos en la Directiva (UE) 2019/1937, y a través de los cuales también se podrá solicitar la concesión de los derechos de las personas denunciadas y de las medidas de protección, de acuerdo con lo previsto en la citada ley andaluza 2/2021 (arts. 37 y 38).

Con la nueva Ley 2/2023, en tanto que todas estas oficinas (y también la catalana y la balear) han asumido funciones de canal externo a los efectos de la Ley 2/2023, se debe entender que deben contar con un canal externo autonómico general, a través del que recibir todas las infracciones a las que pueden referirse las informaciones según la Ley 2/2023, aunque no se trate de casos de fraude o corrupción. Así, cuando estas oficinas o agencias aprueban sus canales externos y operan como autoridad de protección autonómica, el ámbito material de sus funciones tradicionales de tramitación de denuncias, investigación y protección trasciende el ámbito material propio de estas oficinas, y pasa a ser general, no limitado a ninguna materia. Por otro lado, podrán trascender también los límites marca-

dos por la Ley 2/2023, pues su ámbito propio de investigación de casos de fraude o corrupción previsto en la ley de creación autonómica les podría permitir la tramitación e investigación de malas prácticas fraudulentas o corruptas que no constituyan una infracción penal o administrativa grave o muy grave, esto es, por tanto, casos contrarios a la integridad pública que no sean sancionables (como la vulneración de un código ético) o que constituyan infracciones administrativas leves.

IV. LAS FUNCIONES DE LAS AUTORIDADES GESTORAS DEL CANAL EXTERNO

Las autoridades de gestión del canal externo, además de esta, ejercen también otras funciones, de acuerdo con la Ley 2/2023: son las autoridades encargadas de adoptar las funciones de apoyo frente a represalias (art. 41), y son las que ejercen, en su ámbito territorial, la potestad sancionadora prevista en la ley (art. 61). Y estas funciones, en el modo en que se prevén en la Ley 2/2023, solamente pueden ser ejercidas por estas autoridades¹⁹.

Sin embargo, no todas estas medidas necesariamente se conectan. Como luego se indicará, es posible que la autoridad ejerza funciones de protección respecto de una persona que no haya empleado el canal externo para denunciar, sino únicamente el interno o bien haya hecho una revelación pública directamente (con las condiciones ya mencionadas), ya que la ley permite llegar a proteger personas que hayan empleado cualquiera de las tres vías previstas en la Ley 2/2023 para comunicar infracciones.

Además, también está de forma general desvinculada la capacidad de investigar unos hechos como canal externo de la posibilidad de llegar a sancionar por tales hechos, aunque ciertamente se prevé, en el art. 20.2.d) que, cuando la autoridad concluya la investigación de la información recibida y emita su informe, podrá adoptar el acuerdo de inicio de un procedimiento sancionador por comisión de alguna de las infracciones previstas en la Ley 2/2023. Sin embargo, es importante, en este punto, no confundir la capacidad de investigación con la potestad sancionadora, ya que en principio la autoridad de protección y gestora del canal externo no será competente

¹⁹ Cuestión distinta es que internamente cualquier organización pueda adoptar medidas disciplinarias ante algún empleado o cargo que adopte represalias contra un informante, o que esa organización cuente con algún protocolo u otra medida de apoyo propia en caso de represalias (por ejemplo, en caso de acoso, si este se lleva a cabo como forma de represalia). Así se prevé en los arts. 41, párrafo segundo, y 61.1.

para sancionar el posible incumplimiento investigado, sino que, en su caso, lo comunicará a la autoridad, entidad u organismo competente (art. 20).

Su potestad sancionadora, reconocida y regulada en el Título IX de la Ley 2/2023, guarda relación con el correcto ejercicio de sus funciones como canal externo²⁰, con la protección de informantes frente a posibles represalias²¹, y con la supervisión o función garante del sistema establecido por la Ley 2/2023²².

Por tanto, como puede apreciarse, en principio, los hechos constitutivos de infracción normativa que se investiguen no podrán ser sancionados por la autoridad de protección gestora del canal externo, aunque, en efecto, estas autoridades tienen reconocida potestad sancionadora. Como ya se ha dicho, si se identifica otra autoridad, entidad u organismo competente, incluido el Ministerio Fiscal, se le deberá comunicar la infracción para que, en su caso, decida si investiga y promueve la sanción de los hechos (arts. 18 y 20 de la Ley 2/2023).

Por último, quiero mencionar también que el canal externo de nivel estatal, la Autoridad Independiente de Protección del Informante, tiene reconocidas dos funciones más, además de las ya mencionadas que son comunes a todas las autoridades de protección (canal externo, autoridad de protección y autoridad sancionadora). Se trata de las funciones de informar sobre proyectos y anteproyectos de disposiciones generales que afecten a su ámbito de competencias y a las funciones que desarrolla, y el fomento y promoción de la cultura de la información (art. 43).

Este trámite de informe de la AIPI es preceptivo, según lo establece la Ley 2/2023, y, en tanto que no se dice nada sobre su carácter vinculante o no, se debe entender no vinculante en aplicación del art. 80.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Este reconocimiento no es particularmente novedoso en el contexto de las autoridades de protección, ya que, por ejemplo, se reconoce el informe preceptivo de la OAAF al parlamento autonómico [art. 9.1.c) de la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante].

²⁰ Así, por ejemplo, se tipifica como infracción la aportación de documentación falsa que haya sido requerida por la autoridad de protección [art. 63.1.a)].

²¹ En este sentido, constituye una infracción la adopción de represalias derivadas de una comunicación [art. 63.1.b)].

²² Así, entre otras conductas, se considera una infracción el mal uso de la comunicación o revelación, aportando información falsa a sabiendas de la falsedad [art. 63.1.f)], o el incumplimiento de la obligación de una organización de disponer de sistema interno de información, en caso de estar obligada a ello [art. 63.1.g)].

Finalmente, en relación con la promoción de la cultura de la información, lo primero que sorprende es la misma expresión utilizada²³. Muy posiblemente tampoco sería adecuado hablar de una cultura de la denuncia, sino de la cultura de la legalidad o del cumplimiento normativo, asociada con la idea de protección o indemnidad de la persona denunciante de buena fe que quiere poner fin a un incumplimiento normativo. Cualquiera de estas dos alternativas habría sido más ajustada a lo que presumiblemente puede hacer la AIPI en aplicación de esta competencia, como podría ser ofrecer información y formación en relación con las formas de denunciar incumplimientos normativos, y los derechos que se tienen como informante, incluyendo el derecho a informar de forma anónima y el derecho a no sufrir represalias. En este caso, se debería también formar sobre cómo acceder a las medidas de protección, y cuáles son estas medidas. A este respecto, por ejemplo, el Eurobarómetro especial 523 de la Comisión Europea, de julio de 2022²⁴, muestra que la falta de información suficiente ha sido señalada como el cuarto problema para la presentación de denuncias («No saber dónde denunciarlo»), por lo que se presenta como una función sin duda necesaria. Además, el miedo a las posibles represalias desincentiva la denuncia y, en sentido contrario, la expectativa de protección es un elemento que favorece la denuncia²⁵.

Esta función de la AIPI, a diferencia de las de canal externo, protección y sanción, no cuenta con un ámbito competencial territorialmente limitado, por lo que en desarrollo de esta función puede dirigirse y afectar a todas las organizaciones públicas y privadas sujetas a la Ley 2/2023. Así, por ejemplo, podría elaborar guías o documentos informativos, o convocar premios u otras medidas de fomento, dirigidos a organizaciones de todos los niveles territoriales.

V. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS CON EL CANAL EXTERNO

Muchas cuestiones pueden ser puestas de relieve en cuanto a posibles problemas del canal externo. Sin embargo, posiblemente tres sean las que

²³ Algunos autores entienden vinculado este concepto generalmente con el uso adecuado de la información para actuar o adoptar decisiones en consecuencia [D. CAUDILLO *et al.*, «Cultura de la información en el contexto educativo universitario: aportes teóricos», *Investigación bibliotecológica*, vol. 36 (2022), p. 135].

²⁴ Special Eurobarometer SP523: Corruption.

²⁵ A. CHELIATSIDOU *et al.*, «Exploring Attitudes towards Whistleblowing in Relation to Sustainable Municipalities», *Administrative Sciences*, vol. 13, núm. 9 (2023), p. 9.

pueden generar mayor inquietud en una primera reflexión en torno al canal externo.

En primer lugar, la posibilidad de aplicar el canal externo como cauce para informantes que no cuentan con un sistema interno de información por no estar obligada a ello la organización en la que trabajan. Esta situación limita las opciones del informante, al excluir la opción de contar con dos instancias ante las que denunciar, y al mismo tiempo reafirma el papel central de las autoridades independientes encargadas del canal externo y de la protección como auténticas garantes del sistema de información y protección, a pesar de la declarada preferencia por el sistema interno que recoge la Ley 2/2023.

En segundo lugar, puede generar problemas la doble condición de colaborador y afectado que tiene una persona que esté siendo investigada por la autoridad del canal externo, en tanto que estará obligada a colaborar con la investigación aportando documentación e información, pero, al mismo tiempo, se le reconoce el derecho a la defensa.

Por último, haré referencia a algunos límites que establece la ley para acceder a la protección frente a represalias, que parecen poco ajustadas a la directiva, aunque, en ámbito de acceso a la protección, también se debe tener en cuenta que al menos en un aspecto, que también se mencionará, se ha superado un problema que había surgido en la práctica de la protección de denunciantes llevada a cabo por agencias anticorrupción con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2023.

1. La aplicación del canal externo respecto de incumplimientos referidos a sujetos que no están obligados a disponer de canal interno

Es relevante, a mi juicio, señalar que el canal externo tiene un alcance subjetivamente superior al que corresponde al sistema interno. Es decir, el canal externo se aplica respecto de infracciones cometidas en el seno de organizaciones que, de acuerdo con la Ley 2/2023, podrían, lícitamente, no disponer de un sistema interno de información.

En efecto, el ámbito subjetivo de la obligación de disponer de sistema interno se circunscribe a cualquier administración y entidad del sector público (art. 13), y a las privadas que cuenten con cincuenta o más trabajadores (art. 10.1 de la Ley 2/2023). Asimismo, están obligados a contar con sistema interno los partidos políticos, los sindicatos y sus organiza-

ciones empresariales y fundaciones, siempre que reciban o gestionen fondos públicos. Las demás entidades privadas no obligadas también podrán contar con un sistema interno, si así lo deciden, voluntariamente (art. 10.2 de la Ley 2/2023).

Sin embargo, la autoridad gestora del canal externo, estatal o autonómico, según el caso, es competente para tramitar las informaciones sobre los hechos denunciados que afecten a las administraciones y entidades del sector público, así como a todas las entidades que integran el sector privado (art. 24). Hay, pues, identidad en el alcance de la obligación de disponer de sistema interno y el ámbito competencial del canal externo en el sector público, pero esta simetría no se observa en el sector privado.

En efecto, como se ha podido ver, pues, habrá organizaciones del sector privado sin sistema interno que estarán sujetas al canal externo. En particular, esto se dará especialmente respecto de aquellas entidades privadas con menos de cincuenta trabajadores que no hayan decidido adoptar, voluntariamente, un sistema interno (art. 10). Por tanto, específicamente los empleados de esas organizaciones del sector privado únicamente tendrán a su disposición un canal formal, el externo, para comunicar las infracciones que conozcan. Una vez más, pues, se puede entender que la preferencia del sistema interno sobre el canal externo previsto en el art. 4.1 es una declaración meramente desiderativa pero no desplegada en la ley, en tanto que el cauce que realmente se garantiza para cualquier persona del ámbito subjetivo de la Ley (art. 3) es el externo.

Se permite, pues, que los trabajadores de algunas empresas pequeñas no puedan comunicar las infracciones internamente en las condiciones favorables que ofrece la Ley 2/2023, especialmente respecto de las posibilidades de anonimato y protección frente a represalias. En el sector público no se ha seguido ese criterio (art. 13), y posiblemente podría haberse estudiado la opción de ampliar las entidades obligadas del sector privado, permitiendo compartir medios entre organizaciones pequeñas del sector privado (lo que actualmente queda excluido por el art. 12 para personas jurídicas con menos de cincuenta trabajadores, aunque la ley les permita voluntariamente contar con un sistema interno, *ex* art. 10.2), que incluso podrían promoverse con ayudas públicas en ejercicio de facultades de fomento y promoción²⁶.

²⁶ La literalidad del apartado 5 del art. 43 de la Ley 2/2023 es algo confusa («cultura de la información»), pero podría ser conveniente el empleo de las facultades propias del fomento para promover la adopción de sistemas internos para aquellos sujetos con menores recursos personales y económicos.

2. La colaboración con la autoridad gestora del canal externo

No todas las informaciones o denuncias que se cursen a través del canal externo serán objeto de ulteriores labores de investigación. En efecto, se prevé un previo trámite de admisión (art. 18) que deberá superarse para que la información comunicada efectivamente acabe derivando en actuaciones de investigación de un eventual incumplimiento del ordenamiento jurídico.

El art. 18 prevé que la autoridad gestora del canal externo deberá comprobar que los hechos comunicados se refieren a incumplimientos jurídicos de los previstos en el art. 2, es decir, infracciones del derecho de la Unión Europea e infracciones de derecho interno constitutivas de infracción administrativa grave o muy grave o de infracción penal²⁷.

Admitida la información, la autoridad gestora del canal externo se encargará de llevar a cabo las actuaciones de investigación que corresponda, en su caso (art. 19, apartados 1, 2 y 4). Por ello, esta autoridad está legalmente reconocida con las facultades para investigar los posibles incumplimientos normativos que se hayan podido cometer en el seno de una organización, privada o pública, previa denuncia recibida a través del canal externo, tras el ya referido trámite de admisión.

A fin de garantizar la efectividad de sus facultades de investigación, se establece el deber de colaboración con la autoridad gestora del canal externo (art. 19.5), aplicable a todas las personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, en el que se incluye la obligación de atender los requerimientos de información o datos. Incumplir esta obligación puede ser constitutivo de infracción. Así, se puede sancionar la aportación de documentación o información falsa que haya sido requerida [art. 63.1.a)], o la falta de colaboración con la investigación [art. 63.3.b)]. El correspondiente expediente sancionador lo instruirá la misma autoridad de protección de informantes y gestora del canal externo (art. 61), y se podrá sancionar a las personas físicas y jurídicas (art. 62) a las que se atribuya el hecho constitutivo de infracción.

Este deber de colaboración, pues, podría entrar en contradicción, hasta cierto punto, con el reconocimiento que se hace del derecho de defen-

²⁷ El ámbito subjetivo de la Ley 2/2023 se encuentra abordado en detalle en S. FERNÁNDEZ RAMOS, «Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 63 (2023), pp. 1-31.

sa de la persona denunciada, en el contexto de las investigaciones realizadas a raíz de una información recibida (arts. 19.3 y 39 Ley 2/2023), ya que podría verse obligada a colaborar en contra de sus intereses en cuanto a la eventual defensa. Además, tendrá un acceso limitado (art. 19.2), y acaso tardío si así se considera adecuado para garantizar el buen fin de la investigación, a la denuncia, de tal modo que puede perjudicarse también así su derecho a la defensa.

Obviamente, en esta fase no se estaría ante un procedimiento sancionador, en el que podría tener una mayor aplicación ese derecho, pero igualmente se debe recordar que en este procedimiento de investigación o de inspección se reconoce igualmente el derecho de defensa de la persona denunciada o afectada por la información.

3. El informante y la autoridad de protección: especial referencia a los límites de la protección

Un último elemento que puede ser problemático es la relación entre la comunicación o denuncia y la protección que se puede ofrecer.

El punto de partida es que la autoridad gestora del canal externo se encarga del canal externo, pero también es la encargada de ofrecer protección a las personas informantes, brindando las medidas de apoyo que corresponda (art. 37). Sin embargo, estas dos formas de relación con la autoridad del canal externo pueden dar lugar a procedimientos distintos: uno de investigación, iniciado con la comunicación de la infracción (arts. 17 y 18), y uno de protección, iniciado mediante la solicitud de protección (art. 36)²⁸.

Además, esto conduce a pensar que, como efectivamente así se regula en la Ley 2/2023, se puede solicitar protección a la autoridad de protección y gestora del canal externo sin haber comunicado la infracción a través de ese canal, ya que es posible acceder a la protección si se ha comunicado la infracción por cualquiera de las tres vías que habilita la Ley 2/2023.

Para que una persona pueda acogerse a las medidas de protección que se prevén en el Título VII de la Ley 2/2023 se deben cumplir una serie de condiciones, que se refieren, con carácter general, en el art. 35.

²⁸ Expresamente, la referencia a la solicitud de protección únicamente se prevé en el apartado 4.

En primer lugar, se debe de tratar de una denuncia que personal y materialmente se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la Ley 2/2023 (arts. 2 y 3). Además, es necesario que se denuncie de buena fe, es decir, que el denunciante piense que la información es veraz. En este sentido, se debe tener presente que se tipifica como infracción muy grave la comunicación o revelación de información a sabiendas de su falsedad [art. 63.1.f)]. Otro requisito adicional es que la denuncia se haya presentado siguiendo alguno de los cauces previstos en la misma Ley 2/2023. Esto último, sin embargo, supone un avance positivo, ya que en la práctica se ha conocido de al menos un caso en el que judicialmente se ha considerado que una agencia anticorrupción no podía proteger a una persona denunciante porque la denuncia no se había formulado ante la agencia. En efecto, en el caso resuelto en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 16 de noviembre de 2021, rec. 427/2018 (Roj: STSJ CV 5524/2021 – ECLI:ES:TSJCV:2021:5524), es objeto de recurso una resolución de la dirección de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana (AVAF) en la que se reconoce a una persona la condición de denunciante y se establecen una serie de medidas de protección por parte de la AVAF, con la particularidad de que esta persona funcionaria no había presentado ninguna denuncia ante la AVAF, sino que había presentado la información en el marco de unas diligencias previas penales.

Entiende el tribunal que solo resulta de aplicación la condición reconocida en el art. 14 de la Ley valenciana 11/2016 (LAVAF) a los casos en que la denuncia se ha presentado ante la oficina, porque, si bien su literalidad es poco específica (se critica la redacción del precepto), con una interpretación sistemática relacionando el art. 14 con otros de la LAVAF, y la misma ubicación del artículo (dentro de la regulación del procedimiento de investigación de la oficina), se desprende que no se podría reconocer esta condición a una persona que solo haya presentado la denuncia ante la autoridad judicial. Resulta muy reveladora la cita de la sentencia, con la argumentación del tribunal:

«En la interpretación de esta Sala, el estatuto de persona denunciante a otorgar, en su caso, por la Agencia Antifraude debe traer causa en denuncias presentadas precisamente ante el organismo público autonómico, no ante la autoridad judicial. No pasamos por alto que, en el n.º 1, a) y a los efectos de la propia ley, persona denunciante se viene a conceptuar como, cualquier persona física o jurídica que comunique hechos que pueden dar

lugar a la exigencia de responsabilidades legales, sin indicación expresa de que la comunicación necesariamente vaya dirigida a la Agencia Antifraude. Ahora bien, siendo mejorable la redacción del precepto, la letra *b*) del mismo n.º 1 invita a entender que la denuncia ha debido presentarse precisamente ante dicho organismo, dado que corresponde a la propia Agencia una calificación de la denuncia y documentación proporcionada para obrar en consecuencia, incluyendo su archivo. Pesa en nuestra consideración (en línea con lo alegado por el demandante —Ayuntamiento de Los Montesinos—) la ubicación sistemática de la regulación del estatuto de la persona denunciante contenida en el art. 14 capítulo II, “Del Procedimiento de investigación”, Sección 1.ª “Potestades de investigación e inspección” y contextualizada con las prescripciones del Capítulo I, delimitación de funciones y colaboración —concretamente de su art. 5 [...].

Téngase en cuenta también, en este orden de cosas, que la resolución originaria impugnada apela a los arts. 259 y 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contemplando el segundo de ellos que, de tener noticia por razón de su cargo profesión u oficio de delito público existe la obligación de presentar denuncia al Ministerio Fiscal, al Tribunal Competente, al Juez de Instrucción [...], de modo que, *de lege data*, corresponderá a la autoridad jurisdiccional adoptar las medidas de rigor en su propio campo de decisión» (FD 7, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 16 de noviembre de 2021, rec. 427/2018).

Recientemente, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana y confirmó esa sentencia del TSJ de la Comunitat Valenciana, en Sentencia de 20 de julio de 2023 (STS de 20 de julio de 2023, Roj: STS 3426/2023 – ECLI:ES:TS:2023:3426).

Esta novedad, importante, pues, puede poner fin a estas limitaciones en la protección, al abrir la posibilidad de protección también en casos de denuncia ante otros organismos (si es por el cauce del canal interno) o por revelación.

Sin embargo, esta protección frente a represalias se extendería, en principio, por un plazo máximo de dos años, ya que se señala que la protección, más allá de los dos años, es excepcional y se otorga, en su caso, de forma justificada, si así se solicita (art. 36.4 de la Ley 2/2023).

Pues bien, esta limitación de los dos años, en el anteproyecto de la ley, figuraba incluso en la definición de represalia, ante la que el Consejo de Estado, en su dictamen 1361/2022, de 8 de septiembre de 2022, señaló que la directiva no establece ninguna limitación temporal para la protec-

ción frente a represalias, por lo que esta limitación temporal debería suprimirse, y apunta que la justificación dada en el expediente es presupuestaria²⁹. Sorprende, pues, este retroceso, ya que en las regulaciones previas autonómicas no había limitación temporal ordinaria para considerar si alguna medida u acción adoptada en perjuicio de un denunciante es o no una represalia. Así, cuando se establece esta condición general de protección limitada temporalmente a dos años, la regulación española no encaja bien con el contenido de la directiva, ya que sin necesidad de tener que solicitar la ampliación de la protección deberían poderse extender siempre, y no solo a juicio discrecional de la autoridad de protección, las medidas contra las represalias que puedan adoptarse.

Otra limitación importante para la protección se encuentra en el art. 35.2.a), en el que se indica que queda expresamente excluida de protección la persona que haya comunicado una infracción cuando su comunicación o denuncia haya sido inadmitida por el canal interno o por el externo por alguna de las causas del art. 18. 2.a). Esta cláusula, obviamente, genera un problema para los potenciales denunciantes³⁰, que pueden llegar a denunciar con la expectativa de que, llegado el caso, si de la denuncia se generan problemas para ellos, podrán acceder a medidas de protección, cuando el acceso a esas medidas, como se puede ver, en último término va a depender de la clasificación de la infracción que hagan

²⁹ En particular, el fragmento completo del Dictamen 1361/2022, en lo que aquí interesa señala lo siguiente: «Existen, sin embargo, otras diferencias que sí son objetables. La primera radica en el hecho de que el art. 36, apartado 2, del anteproyecto introduce un límite temporal para la protección frente a las represalias que no está en modo alguno previsto en la Directiva, al disponer la condición de que “tales actos u omisiones se produzcan mientras dure el procedimiento de investigación o en los dos años siguientes a la finalización del mismo o de la fecha en que tuvo lugar la revelación pública”. Consta en el expediente que esta limitación temporal es una opción de política legislativa motivada por motivos presupuestarios, pues “no se puede establecer un sistema indemnizatorio o de ayudas con carácter indefinido”. No es esta, sin embargo, un motivo que permita justificar válidamente la separación del texto de la Directiva en este punto, pues la norma europea protege, en principio, frente a todo tipo de represalias que reúnan los tres requisitos del art. 5.11), con independencia de si tienen lugar antes, durante o con posterioridad (incluso años después) al procedimiento de investigación. Debe eliminarse, por tanto, el referido inciso del art. 36, apartado 2. Esta observación tiene carácter esencial, a efectos de lo previsto en el art. 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio».

³⁰ Resultado que ha sido criticado por A. CERRILLO I MARTÍNEZ, «Canal externo de información», en J. M. PÉREZ MONGUIÓ y S. FERNÁNDEZ RAMOS (coords.), *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Barcelona, Bosch, 2023, p. 168.

los gestores de los canales, empleando unos conocimientos jurídicos que muy posiblemente no serán comunes entre la mayor parte de potenciales denunciantes. Además, una aplicación literal de ese precepto puede llevar a la paradójica situación siguiente. Un sistema interno está gestionado de forma inadecuada y sistemáticamente inadmite las comunicaciones. Ante esa primera negativa, la persona denunciante que cree importante investigar y poner fin al incumplimiento, procede a denunciar mediante el canal externo, en segunda instancia, y este canal admite la información y la investiga. Pues bien, aunque a raíz de esa denuncia externa se generen represalias, podría quedar excluida de protección porque el sistema interno, antes, inadmitió (injustamente) la información.

Estos dos aspectos restrictivos de la protección, al menos, deberían tenerse en cuenta en la aplicación de la ley, a fin de buscar la mayor conformidad a la finalidad de la directiva, que busca garantizar una amplia protección de las personas denunciantes.

VI. CONCLUSIONES

El canal externo ocupa un papel central en el sistema diseñado por la Ley 2/2023³¹: es su autoridad gestora la que puede proteger a los denunciantes o informantes frente a posibles represalias; opera en cualquier caso como cauce para la formulación de comunicaciones de infracciones, incluso respecto del personal laboral o profesionalmente vinculado a organizaciones que no tengan la obligación de contar con un sistema interno de gestión de información; y se encarga de supervisar el correcto cumplimiento de todas las obligaciones que impone la Ley 2/2023, especialmente a través de la aplicación del régimen sancionador. Asimismo, y aunque, como se ha visto, se declara la preferencia por el sistema interno, el previsible mal funcionamiento o ineffectividad del canal externo es el factor deter-

³¹ No se puede olvidar que se ha valorado como poco consistente la regulación de la Directiva con su apuntada finalidad: «Tras este análisis de la teoría causal, podemos concluir que la Directiva se queda en un camino intermedio que no aclara muy bien qué enfoque predomina y cómo interpretar ciertas incongruencias. Si se cree que predomina el enfoque utilitarista, entonces no está nada claro por qué apenas se trata el tema de la investigación de las denuncias y se deja en la nebulosa de la legislación interna, o por qué no se establecen sistemas de premios para las denuncias que promueven la eficiencia, aunque genere rechazo moral desde visiones deontológicas (Berger *et al.* 2017)» (M. VILLORIA MENDIETA, «Un análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 desde la ética pública y los retos de la implementación», *Revista española de la transparencia*, núm. 12 (2021), pp. 15-24, *vid.* pp. 19-20).

minante para que se pueda considerar ajustada a la Ley 2/2023 la revelación pública de información sobre infracciones.

Sin embargo, optar por un sistema de múltiples autoridades puede dar lugar a un problema, que ya se ha podido apreciar en el momento actual: la variable velocidad de la puesta en funcionamiento, y eventual exigencia (también sancionadora), de la ley. No es esta una cuestión menor o irrelevante, ya que se debe tener en cuenta que son estas autoridades de protección las que imponen el régimen sancionador de la ley, por lo que, si existen, pueden imponer las sanciones, mientras que, en caso de no existir, en el territorio sin autoridad establecida, no habrá autoridad competente para hacer exigibles las obligaciones, a través de la sanción ante su incumplimiento. Tampoco habrá, pues, un canal externo en ese ámbito, ni se harán efectivas las medidas de protección de informantes que hayan informado a través de las otras vías que sí existan, como podrán ser los sistemas internos de información y la revelación pública.

Se puede plantear, también, el caso de comunidades que no designen una autoridad. En ese caso, si tampoco hay convenio que asigne en la comunidad autónoma esas funciones a la autoridad estatal, resultará en una ausencia de órgano competente para imponer el régimen sancionador, en una falta de canal externo y en limitaciones para la protección de personas informantes en aquella comunidad, ya que no se prevén mecanismos automáticos de subrogación de las funciones en favor de la autoridad estatal, excepto en el caso de la competencia para sancionar respecto de incumplimientos en el sector privado, salvo que una ley autonómica atribuya esa potestad a una autoridad de protección de informantes propia, autonómica (art. 61.3). Es preocupante, pues, esta desigualdad en la eventual exigencia de cumplimiento de las obligaciones previstas en la ley, y el riesgo que supone contar con sistemas internos que ya pueden estar en funcionamiento, pero sin ninguna autoridad externa competente para proteger a los informantes que eventualmente sufran alguna represalia a consecuencia de haber denunciado a través del sistema interno.

Por otro lado, se supera una limitación en la protección que se había advertido en la labor de protección de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana: la imposibilidad de proteger a personas que no habían presentado la denuncia ante la autoridad con facultades de protección. Sin embargo, este punto positivo se ve claramente superado por dos aspectos negativos y además contrarios a la directiva que se transpone, ya que se limita la protección temporalmente hasta los dos años, siendo a partir de ese momento discrecional

y excepcional que se reconozca la protección, y, por otro lado, se puede limitar también el acceso a protección si previamente el sistema interno y/o el externo han inadmitido la comunicación. Así, pierde realmente sentido la concepción del canal externo como posible segunda instancia (opción prevista en el art. 16 de la Ley 2/2023) en caso de mal funcionamiento del sistema interno, y se podría contraponer al art. 28.1.a) de la Ley 2/2023, que señala que quien revela información públicamente puede acceder a protección si primero ha empleado, sin efecto dentro de plazo, los canales internos y externos, o directamente los externos. No se puede olvidar, tampoco, que para acceder a protección se debe efectuar un juicio técnico sobre la eventual calificación jurídica de la infracción, ya que, si se determinara, tras toda la investigación, que solamente se trata de una infracción leve, no habría derecho a protección (art. 35.2. d Ley 2/2023). Estos elementos, en definitiva, pueden conducir a valorar la protección garantizada en la Ley 2/2023 como algo meramente aparente, ya que hay muchas condiciones para la protección que quedan fuera del control o conocimiento de la persona informante, que es quien puede exponerse a represalias, aun habiendo actuado de buena fe y creyendo que estará protegida frente a esas eventuales represalias.

Puede preocupar también la posición del denunciado, o afectado por la información, que aun teniendo un extenso catálogo de derechos reconocidos en la ley, cuenta con limitaciones reales en su reconocido derecho a la defensa. Así, su conocimiento de la denuncia será parcial (arts. 19.2 y 31.1) y podrá ser tardío, si así lo considera la autoridad gestora del canal externo en consecución del buen fin de las investigaciones (art. 19.2 de la Ley 2/2023), y, sobre todo, esa persona tendrá el deber de colaborar con la autoridad del canal externo (art. 19.5 de la Ley 2/2023).

Ante estos riesgos, algunas soluciones posibles pasan por interpretar de la forma menos restrictiva posible las cláusulas limitantes de la protección, por parte de las autoridades gestoras del canal externo, reconocer sistemáticamente la ampliación del plazo inicial de dos años de las represalias y aplicar de forma menos intensa que en otros sujetos los deberes propios de la colaboración con la autoridad, respecto de las personas denunciadas o afectadas por la información, para salvaguardar también su derecho a la defensa.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CAUDILLO, D. *et al.*, «Cultura de la información en el contexto educativo universitario: aportes teóricos», *Investigación Bibliotecológica*, vol. 36 (2022), pp. 133-149.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Canal externo de información», en J. M. PÉREZ MONGUIÓ y S. FERNÁNDEZ RAMOS (coords.), *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Barcelona, Bosch, 2023, pp. 151-173.
- CHELIATSIDOU, A. *et al.*, «Exploring Attitudes towards Whistleblowing in Relation to Sustainable Municipalities», *Administrative Sciences*, vol. 13, núm. 9 (2023), pp. 1-16.
- DE GRAAF, G., «What Works: The Role of Confidential Integrity Advisors and Effective Whistleblowing», *International Public Management Journal*, vol. 22, núm. 2 (2019), pp. 213-231.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 63 (2023), pp. 1-31.
- JIMÉNEZ FRANCO, E., «La nueva autoridad independiente de protección del informante», en J. M. PÉREZ MONGUIÓ y S. FERNÁNDEZ RAMOS (coords.), *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Barcelona, Bosch, 2023, pp. 321-388.
- SIERRA-RODRÍGUEZ, J., «La revelación pública. Entre el ejercicio de derechos fundamentales y la protección específica de la Ley», en J. M. PÉREZ MONGUIÓ y S. FERNÁNDEZ RAMOS (coords.), *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Barcelona, Bosch, 2023, pp. 175-191.
- UNODC, *United Nations Convention against Corruption – Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons*, Vienna, ONU, 2015.
- VAN DER VELDEN, P. G.; PECORARO, M.; HOUWERZIJL, M. S., y VAN DER MEULEN, E., «Mental Health Problems Among Whistleblowers: A Comparative Study», *Psychological Reports*, vol. 122, núm. 2 (2019), pp. 632-644.
- VILLORIA MENDIETA, M., «Un análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 desde la ética pública y los retos de la implementación», *Revista española de la transparencia*, núm. 12 (2021), pp. 15-24.