

El reto de los canales de denuncias o alertas en el sector público. Solidez o cosmética

Rosa María SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Directora de la Dirección de Análisis del Ayuntamiento de Barcelona
(Órgano gestor del Buzón Ético y de Buen Gobierno)

El Consultor de los Ayuntamientos, Nº I, Sección Tribuna, Abril 2022, pág. 36, Wolters Kluwer

I. Canales de denuncia, informaciones o alertas como piezas clave de los sistemas de integridad institucional

El presente trabajo girará en torno a los canales internos de denuncia en el sector público. A ellos nos referiremos, indistintamente, como canales, buzones o sistemas de «alertas», «comunicaciones» o «informaciones», en un intento de minimizar la carga peyorativa que, tradicionalmente, ha acompañado, en nuestra sociedad, al término «denuncia» y «denunciante» (asimilado, la mayoría de las veces, al de «chivato» o «delator») y de primar el carácter eminentemente preventivo de la herramienta, frente a cualquier concepción reactiva o punitiva de la misma. Alineándonos, de esta manera, con las reivindicaciones de asociaciones y plataformas ciudadanas especializadas en la lucha contra la corrupción así como de los grupos de alertadores o whistleblower. De hecho, así lo hace, como se desprende de su propio título, 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 Europea* y lo mantiene el *Anteproyecto (1) de Ley que regula la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y lucha contra la corrupción con el objeto de transponer dicha Directiva* (en adelante, Anteproyecto de Ley de Transposición), aprobado por el Consejo de Ministros, el pasado día 4 de marzo (actualmente en trámite de audiencia e información pública), al sustituir toda alusión a las denuncias y denunciante para referirse, exclusivamente, a «informaciones» y a «quien informe».

Hecha esta breve puntualización, creemos necesario, para contextualizar el tema que nos ocupa, partir de la siguiente **premisa**: difícilmente puede hablarse de un auténtico canal de alertas o denuncias, en el sector público, si no es desde la perspectiva de la «integridad pública» y formando parte, como una pieza más, de un marco de integridad institucional, en el que debe estar inserto.

Difícilmente puede hablarse de un auténtico canal de alertas o denuncias, en el sector público, si no es desde la perspectiva de la «integridad pública»

Premisa, que encuentra justificación en el propio **concepto de «Integridad pública»**, en la medida en que ésta: 1) viene referida «... al uso de poderes y recursos confiados al sector público de forma efectiva, honesta y para fines públicos»; (2) 2) es entendida como «...el posicionamiento consistente, y la adhesión a valores éticos comunes, así como al conjunto de principios y normas destinadas a proteger, mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados...»; (3) 3) se configura, por tanto, como una respuesta integral, estratégica y sostenible contra la corrupción y

un elemento esencial para la buena gobernanza cuyo «fortalecimiento ... es una responsabilidad y un objetivo compartidos por todos los niveles de la administración»; (4) y 4) se concibe como un antídoto dentro de la corrupción. (5) De manera que, únicamente si el canal se inserta dentro de un sistema de integridad institucional, que le otorgue el hábitat o medio apropiado, podrá desplegar, con solidez y eficacia, las funciones preventivas y de detección del fraude y la corrupción a las que debe responder y hacerlo, con la suficiente robustez, como para garantizar, asimismo, la indemnidad y protección debida a quienes confían en su utilización. Logrando así, además, configurarse como elementos importantes, para alcanzar el **Objetivo de Desarrollo Sostenible 16 de la Agenda 2030**, en especial, de la Meta 16.5 «Reducción de la corrupción y soborno», así como, de la Meta 16.6 «Creación de instituciones eficaces y transparentes».

En igual sentido, y, por la misma razón, estos canales también están llamados a prestar un relevante papel en ámbito de los **Fondos Europeos Next Generation**, en cuanto a la ejecución del **Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia** (en adelante, PRTR), y, más concretamente, en lo concerniente a la «prevención, detección, corrección del fraude y la corrupción y los conflictos de interés (6)» en la utilización de los mismos. Así, el artículo 6 de la Orden Ministerial HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del PRTR, obliga a toda entidad decisora o ejecutora, que participe en la ejecución de las medidas del mismo, a disponer de un «Plan de medidas antifraude» (PMA) del que son requerimientos básicos, entre otros, tanto: «...los mecanismos claros de comunicación de las sospechas de fraude...» (apdo. 5,f) como: «... Establecer procesos adecuados para el seguimiento de los casos sospechosos de fraude...» (apdo. 5,g). Siendo claras, al respecto, las preguntas número 11 y 12, obrantes en el apartado de «detección», del Anexo II.B.5, de la citada Orden Ministerial, relativo al «Test conflicto de interés, prevención del fraude y la corrupción», al plantear, respectivamente, si: *¿Existe algún cauce para que cualquier interesado pueda presentar denuncias? Y si: ¿Se dispone de alguna Unidad encargada de examinar las denuncias y proponer medidas?*

Igualmente, resulta relevante, como refuerzo de la premisa formulada (esto es, la inherente y necesaria vinculación entre los canales de alerta y los sistemas de integridad pública), observar cómo la referida Orden, al tratar el control del fraude, la corrupción y el conflicto de interés, apunta a un **sistema de integridad pública integral**, en la medida en que introduce junto a los canales de denuncia y a los **mapas de riesgos**, el recurso a los **códigos éticos** y la **rendición de cuentas**. Constando su cita expresa, entre otras, en las preguntas 5 y 6 (apartado «prevención») del referido Anexo II.B.5: «¿Se difunde un código ético y se informa sobre la política de obsequios?» «¿Se imparte formación que promueva la Ética Pública y que facilite la detección del fraude?».

Siguiendo ese mismo postulado, lejos queda ya esa primera referencia a los canales de denuncia en el sector público, traída de la mano de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuando, al introducir, a través del artículo 31 *quinquies*, la **responsabilidad penal** de las «sociedades mercantiles públicas», estableció un vínculo con lo dispuesto en el artículo 31, bis, engarzando así, a éstas, con los «modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir los riesgos de su comisión». (7) «Modelos de organización y gestión», sistema de cumplimiento normativo o **compliance**, de los cuales son pieza clave los canales de denuncia o comunicaciones, tal y como establece la condición 4ª del apartado 5, del nombrado art. 31, bis del Código Penal. De manera que, otra vez, encontramos, ahora desde el ámbito penal, esa relación entre integridad y canales de denuncia o información como partes de esos programas de cumplimiento normativo o **compliance** público. Baste, en tal sentido, aludir a la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecer que: «... los modelos de organización y gestión o *corporate compliance programs* no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa, sino promover una verdadera cultura ética empresarial...» (apdo. 5,1), añadiendo que: «La obligación de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo, ..., presupone la existencia de un código de conducta ...» (apdo. 5,3). En dicho planteamiento, ahonda la sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, al afirmarse que: «... el fundamento último para la validez y eficacia de cualquier programa de *compliance* penal reside en su capacidad para generar una verdadera cultura de cumplimiento...».

Importante se torna también, a tal efecto, la reflexión contenida en dicha Circular 1/2016 de la Fiscalía (apartado 5,3): «...La existencia de unos **canales de denuncia** de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Ahora bien, para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (*whistleblower*), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias». Pues, evidencia la comunión entre los canales de alertas y la protección debida a quienes los usen, a la vez que nos ofrece el anzeño para traer a colación aquí a la Directiva Europea 2019/1937, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (en adelante, la Directiva o **Directiva whistleblower**), en tanto en cuanto, ésta constituye el instrumento jurídico que ha posibilitado «imponer» los canales de denuncia, alertas o comunicaciones, a todo el sector público tal y como dispone su artículo 8. Sector público en el que, según el apartado 9, del citado art. 8, se incluye a «...todas las entidades jurídicas públicas, incluidas las entidades que sean propiedad o estén sujetas al control de una entidad jurídica pública...» (si bien, dejando a los Estados miembros la posibilidad de eximir de dicha obligación sólo a los «...municipios de menos de 10.000 habitantes o con menos de 50 empleados u otras entidades con menos de 50 empleados». Exención que, por cierto, no ha sido contemplada (creemos que con acierto, dado su elevadísimo número en España) por el reseñado Anteproyecto de Ley de Transposición, de 4 de marzo, como es de ver en su artículo 13.

La Directiva ha supuesto, en la práctica, la culminación de ese lento camino hacia la efectiva implementación de estos canales en el sector público

Efectivamente, la Directiva ha supuesto, en la práctica, la culminación de ese lento camino hacia la efectiva implementación de estos canales en el sector público, tanto en España como en la mayoría de los estados de la Unión Europea. Si bien, no puede olvidarse, su previsión en instrumentos jurídicos internacionales previos, como la **Convención de Naciones Unidas** contra la **Corrupción** de 2003 (ratificado por España), al contemplar, en su artículo 8,4, los canales de denuncias y, en su artículo 33, la posibilidad de que los estados parte considerasen incorporar en su ordenamiento interno medidas apropiadas para la protección «...de las personas que denuncien ante las autoridades

competentes...». Ni obviarse la cita a iniciativas de implementación de canales de alertas o denuncias en el sector público existentes, en España, mucho antes de la fecha de aprobación de la Directiva, el 23 de octubre de 2019. Al respecto, merece especial mención, por su carácter pionero en toda Europa, el Buzón Ético y de Buen Derecho (8) del Ayuntamiento de Barcelona y sus Normas Reguladoras (9) que, reuniendo todos los requisitos que exige la Directiva, se avanzó a ella, no sólo temporalmente, al entrar en funcionamiento en enero de 2017, es decir casi 2 años antes de la aprobación de aquélla, sino, también, en relación a algunas otras de sus funcionalidades, como por ejemplo, la total admisión de denuncias o alertas anónimas (permitiendo el acceso a la red de anonimización Tor e interactuar con los alertadores aún en estos supuestos en que es desconocida su identidad) y la ampliación de su ámbito subjetivo, toda vez que se abrió su uso tanto a funcionarios y servidores públicos como al resto de ciudadanos y personas. Modelo de Buzón que, concebido y creado en código abierto, (10) de la mano de la sociedad civil (en concreto, de la plataforma ciudadana Xnet) ha sido implementado ya, a fecha de hoy, por las Agencias y Oficinas antifraude autonómicas de Cataluña y Valencia, por la Generalitat de Cataluña, otros ayuntamientos (como

de Lleida, Terrassa y Mollet del Vallés), y Universidades (como la Universidad Pompeu Fabra y la Universidad de Barcelona), empresas públicas (como, Ferrocarriles de la Generalitat de Cataluña), estando en vías de implementación en el Área Metropolitana de Barcelona, así como, en la Agencia Antifraude las Islas Baleares. Además, tanto «el Buzón de Colaboración» de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia (CNMC) como el canal interno de alertas del Consejo de Contas de Galicia se inspiran en él.

II. Vinculación entre canales de alerta y protección de alertadores. Efecto directo de la Directiva Whistleblower

Hecha esta salvedad y volviendo a la Directiva, por su trascendencia sobre los canales de información o denuncia, se torna de ineludible reseña, tanto el **retraso** sufrido en su *transposición* al Ordenamiento jurídico español (cuyo plazo expiró el 17 de diciembre de 2021), como las consecuencias derivadas del mismo. Plazo incumplido por España y por 24 países más, respecto a los cuales, la Comisión Europea ha incoado los correspondientes expedientes. Si bien, cabe avanzar que, el pasado día 4 de marzo, el Consejo de Ministros aprobó, a propuesta del Ministerio de Justicia, el citado **Anteproyecto de Ley de Transposición** (publicado cuatro días más tarde, en la página del Ministerio de Justicia).

Los meses transcurridos desde la expiración del plazo de transposición, de la Directiva Whistleblower, al ordenamiento jurídico español, así como, el dilatado camino que resta al Anteproyecto de Ley de Transposición (aún, en fase de audiencia e información pública) hasta convertirse en Ley, obliga a reflexionar sobre las posibles consecuencias de dicho retraso y a hacernos eco de la posible aplicabilidad directa (efecto directo vertical), ya desde el día 18 de diciembre 2021, de aquellos de sus preceptos, que sean suficientemente claros, precisos, incondicionados y que no requieran de medidas complementarias (11) como para permitir, a los particulares, invocarlos frente a los poderes públicos. Requisitos que, por su exhaustiva redacción, reúnen la mayoría de los que reconocen derechos a los denunciantes, alertadores o informantes y entre ellos, los relativos a los canales de denuncia, al menos, por lo que se refiere a las alertas o informaciones referentes al ámbito material fijado en su artículo 2 y cuya fuente de conocimiento provenga de un «contexto laboral» (art. 4). De esta manera, defendemos que, a partir de dicha fecha, los ciudadanos podrían invocar, frente a los poderes públicos, cuanto menos:

- Su **derecho a disponer**, en el ámbito de las entidades del sector público (entendido en los términos del apartado 9 del artículo 8), de **canales de denuncias o alertas**, a través de los cuales, informar de manera *segura* de las infracciones del derecho de la Unión relativas a las materias numeradas en el citado artículo 2. Pudiendo hacerlo, como señala el apartado 2 del artículo 9, «...por escrito o verbalmente, por vía telefónica u otros sistemas de mensajería de voz, previa solicitud del denunciante, por medio de una reunión presencial dentro de un plazo razonable...»
- **Derecho** a que los **canales internos y el procedimiento de tramitación** de las denuncias o alertas tramitadas, a través de los mismo, se **ajusten** a lo previsto en el **apartado 1, del artículo 9**.
- **Derecho** a disponer de **cauces externos de denuncia** o alertas independientes y autónomos diseñados según los criterios establecidos en el artículo 12 y facilitando, al igual que para los canales internos, la comunicación, tanto «...por escrito o verbalmente, por vía telefónica u otros sistemas de mensajería de voz, previa solicitud del denunciante, por medio de una reunión presencial dentro de un plazo razonable...» (art. 12,b). Teniendo **derecho**, además, a que la recepción y tramitación de las mismas, se ajuste a lo establecido en su artículo 11 y a la **información** relativa a la **recepción y seguimiento** de denuncias, en los términos del artículo 13.
- **Derecho** a la **confidencialidad**, en los términos del artículo 16.
- **Derecho** al **tratamiento de datos personales**, en los términos del artículo 17.
- La aplicabilidad directa del artículo 15, determinaría, entre otros extremos, la **obligación** de los **poderes públicos** de **proteger** a aquellos denunciantes o informantes que acudieran a la **revelación pública directamente, por inexistencia de canales internos o externos**.

Sobre el efecto directo de la Directiva, es de cita obligada el «**Catálogo de derechos de la persona alertadora-denunciante**», (12) elaborado, por la **Red Estatal de Oficinas, Agencias y Órganos Antifraude**, (13) el 15 de diciembre de 2021, ante la previsión de la falta de transposición al ordenamiento español de la Directiva en plazo. Documento, en el que se desgana el elenco de derechos en ella reconocidos que, las personas alertadoras o denunciantes, podrían invocar, ante los poderes públicos, desde el 18 de diciembre de 2021 hasta que se proceda a su transposición correcta y completa.

III. Transposición de la Directiva Whistleblower y anteproyecto de transposición de 4 de marzo de 2022

Dicho lo anterior y, por lo que respecta a los canales internos de denuncia o alerta en el sector público, creemos conveniente acometer, aun brevemente, aquellos puntos de la Directiva (algunos con singular incidencia, para las Administraciones y, en concreto para los Ayuntamientos), que, a nuestro criterio, merecen una particular atención, precisamente, de cara a su futura transposición, y que recobran especial relevancia a la vista del texto del Anteproyecto de Ley de Transposición al que también nos referiremos.

Aspectos, como:

- Su carácter de regulación de mínimos, establecido en su artículo 1, «...**normas mínimas comunes**...», en la medida en que supone un estándar normativo mínimo común de protección en los Estados de la Unión,
- Su artículo 2,2, por cuanto, al fijar el «**ámbito de aplicación material**», **faculta, a los Estados miembros, a ampliar** la protección de su Derecho nacional a otros ámbitos no previstos en su apartado primero.
- La «**cláusula de no regresión y trato más favorable**», contenida en su artículo 25, al facultar, a los Estados miembros, para introducir o mantener disposiciones más favorables para los derechos de los denunciantes, sin que, en ningún caso, la Directiva pueda constituir motivo para reducir el nivel de protección ya garantizado por los Estados Miembros.

Ya existen modelos de protección a los alertadores y de gestión de los canales de comunicaciones o denuncias que exceden de las previsiones de la Directiva

Estos tres puntos resultan esenciales si se tiene en cuenta que, como se avanzó anteriormente, ya existen, en el Estado español, *modelos de protección a los alertadores y de gestión de los canales (internos y externos)* de comunicaciones o denuncias que exceden de las previsiones de la Directiva. Por ejemplo, sería el caso del Buzón ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona, de la Agencia Valenciana Antifraude, (14) la Oficina Antifraude de Cataluña, (15) la Agencia Antifraude de las Islas Baleares, (16) la de Andalucía (17) y también el de la Oficina Municipal contra el Fraude del Ayuntamiento de Madrid. (18) Con especial mención, en lo relativo al sistema de protección a los

informantes, a la Agencia Valenciana Antifraude, en la medida en que, su Ley de creación previó ya, a finales de 2016, la figura del «el estatuto de la persona denunciante» (art. 14) y se le reconoce, potestad sancionadora. Sistema que ha recogido la joven Agencia Antifraude Andaluza. Así:

Por lo que respecta al **ámbito material**, en todas ellas, se admiten denuncias, alertas, informaciones o comunicaciones de hechos constitutivos de fraude, irregularidad o infracciones del ordenamiento jurídico, contrarias al interés público (en materia de función pública, contratación, actividad de fomento, urbanismo, conflicto de interés...) incluidas, en algún caso (como en el del Buzón ético y de buen gobierno del Ayuntamiento de Barcelona (19)), las relativas a vulneraciones del código ético y de conducta. Si bien, en la Oficina Municipal Antifraude del Ayuntamiento de Madrid se excluyen de su competencia las denuncias sobre hechos de los que pudiera derivarse única y exclusivamente responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de dicho Ayuntamiento. (20)

Al respecto, debemos celebrar que, en principio, **el Anteproyecto de Ley de transposición** sigue esta línea expansiva, de manera que, en su artículo 2,1, ofrece protección al informante, que alerte no sólo sobre: «a) Cualesquiera acciones u omisiones que puedan constituir infracciones del Derecho de la Unión Europea, siempre que entren dentro del ámbito de aplicación de los actos de la Unión enumerados en el Anexo de la Directiva (UE) 2019/1937 ...», sino también, a los que lo hagan sobre: « b) Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave o cualquier vulneración del resto del ordenamiento jurídico siempre que, en cualquiera de los casos, afecten o menoscaben directamente el interés general, y no cuenten con una regulación específica. En todo caso, se entenderá afectado el interés general cuando la acción u omisión de que se trate implique quebranto económico para la Hacienda Pública». Si bien, puede objetarse: a) la apostilla: «y no cuenten con una regulación específica», en la medida que obstaculiza el poder conocer sobre «cualquier vulneración del resto del ordenamiento jurídico que... afecten o menoscaben directamente el interés general»; b) el que deja fuera de tal protección (con una redacción sumamente amplia): «...las informaciones que afecten a la información clasificada. Tampoco afectará a las obligaciones que resultan del deber de confidencialidad de los médicos, abogados y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, del secreto de las deliberaciones establecido en leyes y reglamentos y del carácter reservado la información con trascendencia tributaria y de cualquier otra información cuando así lo establezca su normativa específica...» (apartado 3 del art. 2), a las que se suman: «...las informaciones relativas a infracciones en la tramitación de procedimientos de contratación que contengan información clasificada o que hayan sido declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado» (apart. 5 del art. 2). Protección que, además, no excluirá la aplicación de las normas relativas al proceso penal, incluyendo las diligencias de investigación (art. 2.4); c) que el art. 7.4 (para los canales internos y denuncia) deje, explícitamente, fuera de la protección dispensada por el Anteproyecto a los remitentes que puedan cursar alertas fuera del ámbito material del art. 2.

En igual sentido, resulta significativo, lo dispuesto en el apartado 6 su art. 2, al establecer que los canales y procedimientos de información externa se regirán por su normativa específica, siéndoles de aplicación, las disposiciones del Anteproyecto, solo, de manera subsidiaria y para aquellos aspectos en los que no se adecuarán a la Directiva hasta que dicha adaptación se produjera.

En cuanto al **ámbito subjetivo**, es decir, la determinación de quién puede cursar denuncias, alertas o informaciones a través de los canales internos o externos, se ha de indicar que todas las Agencias, Oficinas y órganos antifraude citados barajan un concepto amplio de «denunciante» o informante. Pues, junto a las personas físicas, también, incluyen, a las jurídicas (cuando, en la Directiva, sólo son contempladas como objeto de protección y, en tanto en cuanto, sean propiedad del denunciante o este preste servicio en ella, pero no como posibles denunciantes o informantes), citándose expresamente, dentro de dicho colectivo, como en el caso de Andalucía, también a las

entidades sin personalidad jurídica. De igual forma, en todas ellas, se extiende, el ámbito personal, más allá del contexto meramente laboral o profesional, al que se ciñe el art. 6 de la Directiva (por muy amplia que sea su concepción).

Por el contrario, en este aspecto, el **Anteproyecto de ley de transposición**, se limita a ese estándar mínimo que fijaba la Directiva, otorgando protección, únicamente, cuando los informantes sean personas físicas (arts. 2.1 y 16) y sólo cuando la información comunicada provenga del contexto laboral o profesional (segundo párrafo, del apartado 6, del art. 2 y art. 3) contemplándose, a las personas jurídicas, sólo como sujetos dignos de protección y, al igual que en la Directiva, exclusivamente, en relación con la persona física informante, esto es, «Personas jurídicas, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral o en las que ostente una participación significativa» (letra c, del apartado 2 del art. 3). Aunque, a la vista del tenor literal de la letra a) del apartado 2 del artículo 5, parece que a estas últimas también se les permitiría «comunicar información sobre las infracciones», al remitir, de forma genérica, «a todas las personas referidas en el artículo 3», sin que pueda discernirse si ello obedece a alguna razón de peso o bien se debe a una mera errata numérica.

Sería conveniente extender el ámbito subjetivo más allá del contexto laboral

Sin duda, sería conveniente extender el ámbito subjetivo más allá del contexto laboral, pues de lo contrario, pueden perderse valiosísimas oportunidades de tener conocimiento, prevenir o detectar supuestos de corrupción, cuya fuente de conocimiento sea ajena a dicho ámbito profesional, pues la falta de protección desincentivaría, a todas luces, cualquier iniciativa al respecto. Y es que, ninguna justificación se encuentra a esta limitación ni a la exclusión de las personas jurídicas (en su totalidad) como «informantes» cuando lo que se pretende, precisamente, es luchar contra el fraude y la corrupción

Otro tema a tener en cuenta, sobre todo, si lo ligamos con esa naturaleza de derecho de mínimos de la Directiva, es el tratamiento que, en ésta, se hace de la **denuncia o comunicación anónima de infracciones**. Pues, su artículo 5, sin perjuicio de reconocer la obligación de disponer de Canales de denuncia anónimos, en virtud del derecho de la Unión, faculta (en su apartado 2), a cada Estado Miembro, para decidir sobre su aceptación.

En consecuencia, otra vez, cobra gran expectación la transposición de la Directiva, si partimos de su naturaleza de derecho de mínimos (art. 1.2) y, en especial, de su cláusula de no regresión (art. 25). Y es que, ante las deficiencias y vulnerabilidades que presenta nuestro ordenamiento jurídico, en el ámbito de la protección de alertadores, el anonimato se convierte en el instrumento más eficaz para garantizar su indemnidad. Eficacia a la que se une la circunstancia de que ya existen instituciones del sector público que están admitiendo y tramitando, con total normalidad, denuncias anónimas. Es el caso de todas las Agencias, Oficinas y órganos antifuera citados, así como, el de todas las Administraciones y entidades en las cuales se ha replicado, hasta la fecha, el Buzón ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona (que las viene aceptando desde el primer momento de su puesta en marcha, en enero de 2017).

El anonimato se convierte en el instrumento más eficaz para garantizar la indemnidad

Al respecto, además de los ejemplos expuestos debemos hacernos eco, de las previsiones que respecto a la denuncia anónima contienen: a) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (ratificada por España en 2005) en sus artículos 8.4, 13.2.i, 33; b) el Reglamento Europeo 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; c) la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, en su artículo 24.1. Siendo, de igual consideración, el repertorio jurisprudencial que se pronuncia al efecto, tanto en el ámbito penal, como en el contencioso-administrativo y social. Así, en el ámbito penal y, partiendo de los artículos 303; 308; 266 y 268 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vale la pena citar como muestra, las Sentencias del Tribunal Supremo: núm. 1335/2001, de 19 de julio; (21) la núm. 318/2013, de 11 de abril (22) o la núm. 30/2020 (23) de 6 de febrero, siendo en esta última que, el alto Tribunal, valida la denuncia anónima, como causa de una investigación interna, en una empresa, que acaba, en sede penal, con la condena de los acusados y en la que ya se cita a la Directiva, refiriéndose al canal de denuncias de la siguiente manera: «... En definitiva, se busca reforzar la protección del whistleblower y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocida en el art. 10 CEDH y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas... ». Tampoco puede olvidarse, en dicho ámbito penal, la postura mantenida por la Fiscalía General del Estado, por ejemplo, ya desde su Instrucción 3/1993 de 16 de marzo y su Circular 4/2013.

En el **ámbito administrativo** y, en base a lo dispuesto en el art. 62.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (LPAC) en relación con el art. 59, baste la referencia a la Sentencia, emitida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 3 de abril de 2018, en la que, al resolver la legalidad de la Oficina municipal Antifraude del Ayuntamiento de Madrid, se pronunció, a la vez, en favor de las denuncias anónimas, frente a la objeción de la obligatoriedad de la identificación del denunciante, establecida en el citado art. 62. Por lo que respecta al **ámbito social**, baste citar, como muestra, la sentencia de la Sala de lo Social (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Las Palmas, de 22 de junio de 2016 (núm. 552/2016) en la que se confirma un despido acordado por la empresa a raíz de una denuncia anónima recibida por su canal de denuncias denominado textualmente como «canal ético».

Puede, asimismo resultar útil aquí, referir la norma **UNE-ISO 37301**, de mayo de 2021, relativa a los *sistemas de gestión de compliance*, así como la **UNE-ISO 37002**, de octubre de 2021, sobre los «Sistemas de gestión de la denuncia de irregularidades. Directrices» aplicables, según ellas mismas señalan (puntos «1.- Objeto y campo de aplicación»), tanto, a organizaciones privadas con o sin fines de lucro, como al sector público (si bien, respecto a este último debe acogerse con todas las prevenciones y reforzadas reservas por lo que se refiere a su adecuación a las específicas exigencias normativas y singular naturaleza de las Administraciones Públicas, entre ellas, de los municipios). Ello, en la medida en que, la primera defiende, en su punto 8.3, los «informes anónimos» y la segunda enumera, dentro de las denuncias de irregularidades, a las anónimas (punto 3.10), a la vez que se refiere a ellas «a lo largo de su redactado».

Procede, ahora, atender a lo que dispone el **Anteproyecto de Transposición** al respecto. Si bien, en su preámbulo se afirma que «No hay mejor forma de proteger al que informa que garantizando su anonimato» resulta sorprendente la diferente regulación que, en cuanto a su recepción, se prevé en su articulado, según se trate de los canales internos o del canal externo de denuncia. Pues, mientras que para los primeros, su artículo 7.3 establece la obligación de que «Los canales internos deberán permitir la presentación y posterior tramitación de comunicaciones anónimas», se echa en falta un pronunciamiento semejante para el canal externo en su Título III (dedicado al «Canal externo de comunicaciones»), toda vez que, sólo se refiere a ella, en su art.17, relativo a la «Recepción de comunicaciones», al disponer, su apartado 1, que: «La comunicación puede llevarse a cabo de forma anónima. En otro caso, se reservará la identidad del informante...» Redacción que, suscita cierta «inquietud» si se pone en relación con, el ya citado, apartado 6 de su art. 2, según el cual, los canales y procedimientos de información externa se regirán por su normativa específica, siéndoles de aplicación, las disposiciones del Anteproyecto únicamente de manera subsidiaria en aquellos extremos en los cuales no se adecuarán a la Directiva y hasta que dicha adaptación se produjera. Como cuestión menor, señalar que resulta curioso, que el Anteproyecto no haya tenido en cuenta, que en la actualidad, ya están operando, en el sector público, canales de información o alertas que permiten interactuar con la persona comunicante aunque ésta sea anónima (letra b del art. 18.2).

Otro punto a tener en cuenta de la Directiva, a los efectos que nos ocupan, es el **tratamiento que en esta se hace del «descubrimiento y revelación de secretos»** y su posible incidencia penal, al establecer, el apartado 3 de su artículo 21, que: «3. Los denunciante no incurrirán en responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada públicamente, siempre que dicha adquisición o acceso no constituya de por sí un delito. En el caso de que la adquisición o el acceso constituya de por sí un delito, la responsabilidad penal seguirá rigiéndose por el Derecho nacional aplicable». Redacción que puede suscitar «debilidades» en la gestión de las alertas que se reciben a través de los canales de denuncia o información y, por tanto, en la protección de los informantes, sobre todo, en el caso de España, si se tiene en cuenta la tipificación que, el Código Penal, contiene en el arts. 197 y ss., del delito de descubrimiento y revelación de secretos, así como en el art. 417 de dicho cuerpo normativo y la interpretación que, en sede judicial, se ha venido practicando de los mismos, sobre todo, a la vista de los diferentes pronunciamientos judiciales condenatorios recaídos en causas abiertas contra alertadores que revelaron importantes casos de corrupción (cítese, por ejemplo, la sentencia núm. 113/2020 de 31 de marzo del Juzgado de lo Penal n.º 15 de Sevilla, caso Macías).

Ante el escenario descrito, no han sido pocas las voces de expertos que, a fin de paliar dicha «debilidad», reclamaban que se aprovechara la transposición de la Directiva para dictar una ley integral contra la corrupción que abordase, asimismo, importantes y necesarias reformas en diversas ramas del ordenamiento, entre ellas, las que atañían a la tipificación de los mentados preceptos. Vale la pena citar, en tal sentido, la propuesta de Ley Integral de Prevención y Lucha contra la Corrupción (24) elaborada, en febrero de 2020, por un grupo de instituciones y organizaciones especializadas en la lucha contra la corrupción y el fraude, pues, aunque su texto no llegó a tener gran difusión, resulta de provechosa lectura, precisamente, porque abordaba la transposición de la directiva desde una perspectiva ambiciosa y holística que irradiase sobre los diferentes ámbitos jurídicos, para conseguir una auténtica respuesta contra la corrupción a la vez que se garantizaba una verdadera y real protección a los alertadores, contemplando modificaciones normativas en el orden laboral, procesal, administrativo y penal. Siendo, precisamente, que, en este último, se proponía, entre otras: a) la modificación del artículo 198 del código penal, con la inclusión de un segundo apartado: «También se entenderá permitido cuando el particular, la autoridad o funcionario público haya actuado con la finalidad de denunciar alguno de los delitos comprendidos en los títulos XIII bis, XVI capítulo I, XIX y XIX bis del Código Penal». y b) la del art. 417 con la de un tercer apartado: «3.- Quedará exento de responsabilidad por el delito de revelación de secretos cuando el particular, la autoridad o funcionario público haya actuado con la finalidad de denunciar alguno de los delitos comprendidos en los títulos XIII bis, XVI capítulo I, XIX y XIX bis del Código Penal».

Pero, pese a todo, nos encontramos que el **Anteproyecto de ley de Transposición**, de 4 de marzo, aunque también incluya en su título ser una ley «...contra la corrupción...», carece de esa mirada amplia de la que hablábamos, siendo nimias las modificaciones legales que propone, en sus Disposiciones Finales Primera a Cuarta, entre las que, por supuesto, no se encuentra mención alguna a la posible modificación de los referidos preceptos del código penal (que por otro lado requerirían Ley Orgánica).

Y, si bien es cierto, que en su art. 38.5 se establece que «las personas a que se refiere la presente ley no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo... como consecuencia de comunicaciones o de revelaciones públicas protegidas» siempre que tuvieren motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto la infracción, lo es más que, dicha exención se circunscribe a «los procesos judiciales civiles o laborales» dejando fuera, por tanto, a los penales. De hecho en el núm. 3º de la letra a) del apartado 2 de su artículo 18 se recoge que «... siempre que el acceso pudiera ser constitutivo de un delito no perseguible de oficio, además de la inadmisión, se deducirá el tanto de culpa o se remitirá al Ministerio Fiscal». Situación que, sin duda, genera cierta inseguridad.

Otro tema que creemos oportuno introducir, dado el **estrecho engarce** entre los **canales de alertas** o informaciones y la **protección de los alertadores** o informantes, es el relativo a la **retroactividad**, esto es, a la conveniencia de contemplar la aplicación retroactiva de las medidas protectoras previstas en la Directiva, al menos, en ciertas circunstancias. Al respecto, ninguna referencia encontramos en su texto, pero precisamente, en aras a su naturaleza de «norma mínima», nada impide para que, en el momento de su transposición, se atienda a extender el manto protector que contempla, por ejemplo, a las personas que habiendo denunciado antes de su aprobación o durante el plazo establecido para su transposición, tuviesen aún procedimientos judiciales abiertos contra ellos a causa de sus alertas o aún continuasen sufriendo las consecuencias de las represalias padecidas por ello. Máxime, cuando, como hemos visto, incluso antes de su aprobación ya estaban funcionando canales de denuncia a nivel estatal, autonómico y local con previsiones respecto a la protección de los alertadores bien dispares. Sin embargo el Anteproyecto de Ley de transposición, de 4 de marzo, tampoco regula tal posibilidad. No obstante, deberá atenderse a la situación que se genere en relación a aquellos alertadores que puedan sufrir represalias por las alertas padecidas durante el período de tiempo desde que expiró el plazo para la transposición de la Directiva (17 de diciembre de 2021) hasta la efectiva transposición de la misma al Ordenamiento español, respecto a los cuales no existe duda que debería predicarse el efecto directo de las garantías ya contempladas en la Directiva, en los términos antes expresados.

Sería conveniente contemplar la aplicación retroactiva de las medidas protectoras previstas en la Directiva

Otra cuestión a tener en cuenta, es la **regulación conjunta y unívoca** que la Directiva contiene, en su Capítulo II, de los **canales de denuncia interna** y de su tramitación, tanto para el caso de las entidades privadas como para el de las del sector público (para las que, por cierto, tampoco contempla distinción alguna, pese al varioripinto conjunto de instituciones y organizaciones que lo engloba). Uniformidad, en la regulación, que puede llevar a error sobre algunos de los requisitos que, siendo predicables para el sector privado, no encajarían para todas las entidades que conforman el sector público, tan heterogéneo como el definido en el apartado 9 de su artículo 8. Concepto, éste último que, a efectos de la directiva, comprendería a entidades de naturaleza tan dispar como una empresa pública o un Ayuntamiento. Por ello, nos referiremos, por ejemplo, a:

1) La gestión externa de los canales internos de denuncia, que el redactado del apartado 5 del mentado artículo 8 de la Directiva contempla en los siguientes términos: «...Los canales de denuncia podrán gestionarse internamente por una persona o departamento designados al efecto o podrán ser proporcionados externamente por un tercero. Las salvaguardas y requisitos a que se refiere el artículo 9, apartado 1, también se aplicarán a los terceros a los que se encomiende la gestión de los canales de denuncia de una entidad jurídica del sector privado...».

Efectivamente, una lectura rápida del Considerando (54) o de dicho apartado 5 y abstraída del contexto ofrecido por el resto de apartados del citado artículo 8, podría llevar a la confusión de que la Directiva permite o estaría abriendo la puerta a la posible gestión externa de los canales internos de las Administraciones Públicas y, por ende, de los Ayuntamientos. Sin embargo, como se ha avanzado, una interpretación sistemática de los preceptos que componen el artículo 8 descarta dicha posibilidad toda vez que, aunque su apartado 1 se refiere textualmente a las entidades jurídicas de los «sectores privado y público» y, su apartado 2 sigue refiriéndose a: «Los canales y procedimientos mencionados en el apartado 1 del presente artículo...», es decir, a ambos ámbitos, es más cierto que, dicho apartado 5 se inserta entre los apartados siguientes (núm. 3, 4, 6, 7 y 8) que van referidos, todos ellos, en exclusiva a los canales de denuncia internos del sector privado y que, a mayor abundamiento, hay un apartado, el último, esto es, el núm. 9, dedicado únicamente a los de las entidades del sector público y que ofrece además, y sólo para los municipios, la opción de una específica forma de gestión de sus canales internos, como es, la de que varios de ellos los compartan o que sean gestionados por «autoridades municipales conjuntas...».

Interpretación sistemática que se completa, asimismo, con la última frase del propio apartado 5 del art. 8: «Las salvaguardas y requisitos a que se refiere el artículo 9, apartado 1, también se aplicarán a los terceros a los que se encomiende la gestión de los canales de denuncia de una entidad jurídica del sector privado...». Pues, al referirse exclusivamente al sector privado, está confirmando que sólo en las entidades de dicho ámbito podrá optarse por una gestión externa de su canal interno o, de lo contrario, nos encontraríamos con el absurdo de que sólo las empresas externas que gestionasen un canal interno del sector privado se verían obligadas a observar los requerimientos, exigencias y garantías establecidas en el apartado 1 del artículo 9 pero no las que tramitaran el de una entidad del sector público.

Es más, a dicho argumento hermenéutico, se une otro argumento técnico que cerraría la puerta a dicha externalización en las administraciones: la reserva, que, el art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, hace a los funcionarios públicos respecto del «... ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas ...» al que hay que añadir, tal y como postula la Oficina Antifraude de Cataluña, en su trabajo sobre canales internos de alertas», (25) lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre de contratos del sector público al excluir, éste, del marco de los contratos de servicio aquéllos que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Sin embargo, el **Anteproyecto de Ley de Transposición** sí contempla, en su art. 6.1, tanto para el sector privado como para el público, la gestión del sistema de denuncia interna por «tercero externo» entendida, a tal efecto, exclusivamente, como la recepción de informaciones. Ahora bien, en su art. 15 y por lo que hace a la «...Administración del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía y las Entidades que integran la Administración Local...» matiza tal posibilidad, al permitirla meramente en aquellos casos en que se acredite una insuficiencia de medios propios, conforme a lo dispuesto en el art. 116 apartado cuarto, letra f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

2) El sustancial requisito de la independencia, pues, ante esa regulación conjunta de los canales internos del sector público y privado, que contiene la Directiva, se torna, de vital importancia, que al ser transpuesta al ordenamiento español, se reconozca claramente a los cauces internos de denuncia o alertas, al menos, de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local, las mismas garantías de independencia (cuanto menos funcional), especialización y suficiencia de medios y recursos que el art.11 de la Directiva, en sus apartados 1 y 2, predica para los canales externos, toda vez que, su art. 9, al referirse unívoca e indistintamente, a los procedimientos internos de denuncias y su tramitación en las entidades del sector privado y en las del sector público contiene, únicamente, al término «imparcialidad» sin hacer, tampoco, llamada expresa alguna a la, no menos trascendental, necesidad de la dotación de recursos. Por ello, de nuevo, la Transposición de la Directiva podría jugar aquí un reseñado papel.

Argumentos en favor del reconocimiento expreso de la garantía de independencia para los canales internos, a los efectos de la transposición de la Directiva, los da, precisamente, una interpretación teleológica y sistemática de sus preceptos. Baste citar su Considerando (56), al contemplar, el reconocimiento expreso de independencia y ausencia de conflicto de intereses para los departamentos o personas encargadas de la recepción y seguimiento de las denuncias en las organizaciones del sector privado, de manera que, admitida para el sector privado con más razón lo estará para las entidades integrantes del sector público. Argumento, al que se une la referencia que a «autoridades municipales» se hace en su artículo 8, al establecer la posibilidad ofrecida de gestión conjunta de los canales de denuncia interna en caso de varios municipios.

Independencia como garantía *sine qua non* para que cualquier órgano o ente pueda desempeñar su función con imparcialidad, objetividad, eficacia

Además, reiterada es la normativa y la doctrina que recalca e insiste en la independencia como la garantía *sine qua non* para que cualquier órgano o ente que tenga encomendada la función de velar por la integridad, el buen gobierno, la lucha frente a los conflictos de interés o cualquier otra práctica contraria al derecho y a las buenas prácticas pueda desempeñar su función con imparcialidad, objetividad, eficacia, eficiencia y sin ninguna injerencia externa. Independencia que, asimismo, ha de estar indiscutiblemente avalada o reforzada, tanto por un presupuesto propio y suficiente, como por la necesaria dotación de recursos materiales y personales especializados y adecuados para el desarrollo de sus

competencias. Sirva, como botón de muestra, de dicho **soporte normativo**:

- **La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción** de 2003, cuando, en su artículo 6,2, exige que, a los órganos de prevención de la corrupción, se les deberá otorgar: «...la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones.» Exigencia que se repite, en su artículo 36, cuando reitera que: «...Ese órgano u órganos o esas personas gozarán de la independencia necesaria, conforme a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado Parte, para que puedan desempeñar sus funciones con eficacia y sin presiones indebidas. Deberá proporcionarse a esas personas o al personal de ese órgano u órganos formación adecuada y recursos suficientes para el desempeño de sus funciones...»
- En igual sentido se pronuncia **el Informe de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo, de 3 de febrero de 2014**, sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea, al situar, entre los factores que afectan al éxito de estos mecanismos de control u organismos de lucha contra la corrupción, a «las garantías de independencia y la ausencia de interferencias políticas, la selección y promoción del personal basada en el mérito,... el rápido acceso a las bases de datos e información y el suministro de los recursos y cualificaciones necesarios...» (pág. 15).

Y, como refuerzo de la garantía de la independencia, igual importancia cobra la «no remoción» de los puestos de trabajo o cargos. Es decir, la inamovilidad como prerrogativa que evita que se pueda ser cesado o sustituido si no es con arreglo al procedimiento y por las causas establecidas legalmente. También la doctrina se ha alineado con este posicionamiento, ahondando en otro de los requerimientos mentados e imprescindibles para poder hablar realmente de independencia: el relativo a la forma de selección y designación del responsable del órgano. Al respecto, vale la pena citar a Rafael Jiménez Asensio, (26) al señalar que, «en verdad» para que haya independencia funcional de un órgano debe exigirse, «al menos»: a) que el nombramiento no se produzca por libre nombramiento ni pueda comportar libre cese (fuera de las causas tasadas); b) Que en el proceso de designación se valoren objetivamente los méritos y competencias de los diferentes candidatos; y c) Que el órgano no esté dentro de la estructura jerárquica (goce, al menos, de un estatus efectivo de autonomía funcional) ni esté sometido a directrices o subordinado a otros órganos.

Sobre la necesidad de independencia, especialidad y suficiencia de medios también se ha pronunciado tanto la Agencia Valenciana Antifraude como la Oficina Antifraude de

Cataluña. (27) Debiendo incidirse, igualmente, en la estrecha vinculación existente, a su vez, entre Independencia y suficiencia de medios con la exigencia de la **Rendición de cuentas**.

Al respecto, partiendo de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 (en cuanto a «normas mínimas»), así como en el art. 25 («trato más favorable y cláusula de no regresión») de la Directiva, cabe recordar aquí, en lo referente a los Ayuntamientos, el artículo 25 de las Normas Reguladoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona (NRRBE) al establecer literalmente, respecto al órgano responsable de su gestión, que, éste: «... actúa con independencia funcional sin que pueda estar sometida a órdenes jerárquicas que condicionen su actuación... no es causa que justifique el cese, siempre que cumpla las previsiones de esta disposición general y no vulnere de cualquier manera la normativa de aplicación. La Dirección de Servicios de Análisis y las personas que están adscritas a ella...deberán tener la condición de funcionario o funcionaria de carrera». En la misma línea de refuerzo y blindaje del órgano gestor del Buzón, las NRBE establecen la rendición de cuentas, en relación a su gestión, ante el Consejo Municipal a través de la presentación de la Memoria de actividades establecida en el apartado i) de su artículo 26.

Por otro lado y, precisamente, como consecuencia de la necesidad de independencia aquí defendida para el órgano gestor de los canales internos de denuncia respecto al resto de la organización en la que se insertan (sobre todo, en cuanto a las referidas Administraciones y, por ende en los Ayuntamientos) resulta esencial prever el sistema o procedimiento para resolver las posibles situaciones de conflicto de intereses (incluso, los aparentes) que pudieren concurrir respecto a la persona responsable de dicho servicio, especialmente, en cuanto a las causas de abstención o recusación, previstas en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público pues, en ambos casos, se refiere al «inmediato superior». Procedimiento o solución que deberá conjugar, en consecuencia: por un lado, las exigencias de confidencialidad y secreto, tanto en la gestión de las comunicaciones como en la identidad de los alertadores (de cara a asegurar su protección e indemnidad) y por el otro, las derivadas de la garantía de independencia.

Supuestos de abstención que, por ejemplo, se pueden suscitar ante la posible amistad, o relación preexistente, tanto con la persona comunicante como con la persona a la que se refiere la comunicación y que, solamente, se podrían elevar o poner en conocimiento, para su valoración, desvelando la identidad de aquéllas y la confidencialidad de los datos. En tal sentido, puede vislumbrarse el relevante papel que, a tal efecto podrán jugar los **Comités de ética** de dichas organizaciones siempre que, por supuesto, éstos se hayan concebido igualmente, como órganos independientes y obligados por el deber de secreto y confidencialidad. De hecho, éste es el modelo seguido por el Ayuntamiento de Barcelona, para dar respuesta a los citados supuestos de conflicto de intereses (art. 19 del Reglamento Interno de funcionamiento del Comité de Ética (28) de 13 de febrero de 2019) siendo interesante, por la información que aporta, acudir a la Memoria de Actividades del Órgano gestor del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona, para los años 2018 y 2019, (29) pues, pone en evidencia que para el funcionamiento diario de los canales internos de alertas, abordar este asunto no resulta un tema menor sino todo lo contrario, citándose en ella, ya en esas fechas, el planteamiento de seis supuestos de abstención, por parte de la Dirección de Análisis (órgano gestor del Buzón), ante el Comité de ética que además fueron confirmados íntegramente por aquél.

Igualmente, sobre la necesidad de independencia, se pronuncian las ya referenciadas **UNE-ISO 37301**, de mayo de 2021, relativa a los sistemas de gestión de *compliance* y **UNE-ISO 37002**, relativa a los sistemas de gestión de denuncias de irregularidades, de octubre de 2021. Siendo, en múltiples ocasiones, que, en sus respectivos textos, se exige tal requisito. Así: a) la primera lo hace en referencia tanto al órgano de *compliance* (por ejemplo, en su introducción y en sus puntos «5.1.3.- Gobernanza del *compliance*»; «5.1.2.- Cultura del *compliance*»; «apartado e) del punto 9.3,2»; «A.5.1.1.- Órgano de gobierno y alta dirección»; «A.5.1.3.- La gobernanza del *Compliance*»; «A.5.3.2.- Función de *compliance*») como a los procesos de investigación, al señalar en su punto 8,4 que éstos deben realizarse de forma independiente y sin ningún conflicto de intereses por parte del personal competente y b) la segunda, lo hace en relación a la necesidad de independencia del órgano gestor del canal de denuncias o alertas (apartado K de su punto «5.2.- Política de denuncia de irregularidades»; punto «7.3.2 Medidas de formación y toma de conciencia del personal» y punto «5.3.2 Función de gestión de la denuncia de irregularidades» en el que se dice que: «La función de gestión de la denuncia de irregularidades debería contar con los recursos adecuados [véase 7.1] y estar asignada al personal con la competencia, integridad, autoridad e independencia adecuadas [véase 7.2]. Esto debería incluir el acceso directo y sin restricciones a los recursos adecuados, según sea necesario, para asegurar la imparcialidad, integridad y transparencia del sistema de gestión de la denuncia de irregularidades y sus procesos».

Respecto a la necesidad de suficiencia de medios de los departamentos u órganos gestores de canales de denuncia, puede resultar igualmente significativa la citada **Orden HFP/1030/2021**, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, sobre todo por lo que hace a las Medidas de prevención, detección y corrección del fraude, corrupción y conflicto de interés (letra f) del apartado 5 de su artículo 6). Por ejemplo, cuando establece los procedimientos de autoevaluación, en el «Anexo II.A.- Objetivos y procedimiento», al afirmarse: «Parece evidente que, en la práctica, es imposible cumplir las exigencias establecidas obviando la asignación de recursos específicos...» y considerar como un aspecto «crítico», la necesidad de un dimensionamiento y proporcionalidad adecuada de la estructura y dotación de medios y recursos para «...abordar con solvencia...» los requerimientos y finalidades establecidas.

Llegados a este punto, debe ahora dirigirse la mirada hacia el **Anteproyecto de Ley de Transposición**, para observar el tratamiento que, para los canales internos de alertas o, «sistemas internos de información» (como en él se designan) se hace de las mentadas exigencias de independencia y suficiencia de medios. Pero, antes debe aclararse, que el Anteproyecto engloba, en su Título II, la regulación de los sistemas internos de información, estableciendo en su capítulo I (arts. 4 a 9) unas disposiciones generales y comunes para ambos sectores privado y público y, respectivamente, en sus capítulos II y III una regulación específica para cada sector. Efectuada esta aclaración, vemos que el artículo 9 (referido tanto a los sistemas de información internos del sector público como privado), en su apartado 4, impone que «El Responsable del Sistema deberá desarrollar sus funciones de forma independiente y autónoma respecto del resto de los órganos de organización de la entidad u organismo» pero, también que, en su apartado 1, deja en manos del órgano de administración o de gobierno de cada entidad u organismo la designación así como el cese o destitución de la persona responsable del sistema, sin aludir a garantía alguna al respecto más allá de su comunicación a la Autoridad Independiente de Protección del Informante con descripción de las causas que lo motivaron pero sin ninguna previsión para el caso de que estas sean infundadas y consecuencia de represalias por el desempeño de sus funciones (art. 9.3). Ello, sin introducir, tampoco, la más mínima especificación, al respecto, para el sector público (obligado, en todo caso, por los principios de mérito, igualdad y capacidad en la selección de personal) en el que, además, debe insistirse, quedan incluidas, por *mor* de su art. 13, entidades tan dispares y con regímenes jurídicos tan diferentes como, entre otras, la Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas y la local, las Universidades públicas, Autoridades Administrativas Independientes..., hasta fundaciones y meras sociedades mercantiles de capital público superior al 50% o incluso inferior (en el caso señalado en la letra g, del art. 13.1). Debiendo incidirse en que la disparidad de regímenes regulatorios o normativos no se refiere sólo a las entidades comprendidas, por el citado art. 13, en el ámbito del sector público sino, también, al diferente tipo de personal que integran cada una de ellas, esto es, funcionarios públicos de carrera o interinos, personal laboral que sirve en administraciones, trabajadores por cuenta ajena regidos, exclusivamente, por el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, cargos electos (presidentes, ministros, consejeros, alcaldes, Regidores,...), personal eventual...

Ante las descritas previsiones sobre la independencia contenidas en el Anteproyecto y su fragilidad, es importante traer a colación aquí lo dicho en los párrafos precedentes, relativos a los requisitos y exigencias que deben cumplirse para poder hablar de «auténtica» independencia. Requisitos y exigencias que, alcanzan, como se ha argumentado, a los criterios de selección y designación del responsable, así como a la garantía de inamovilidad respecto a ceses, destituciones o traslados acordados fuera del procedimiento y por las causas establecidas legalmente. Garantías que revisten mayor importancia, si cabe, en relación a los canales internos, pues no puede olvidarse que son, precisamente, las personas encargadas de los mismos quienes deberán examinar las acciones y omisiones cometidas en el seno de la propia organización de la que forman parte o se insertan y en cuya ejecución puede haber participado incluso los miembros del órgano de administración o de gobierno con «potestad para nombrar y cesar». Motivo por el cual, es trascendental que los responsables de los canales internos de información, así como todo su personal, estén «blindados» frente a cualquier injerencia política, presión o coacción de cualquier índole, máxime si se tiene en cuenta su constancial ligamen con la protección de los potenciales alertadores o informantes. Y es que difícilmente podrá proteger a un tercero quien no se siente protegido y a salvo.

Es trascendental que los responsables de los canales internos de información, así como todo su personal, estén «blindados» frente a cualquier injerencia política, presión o coacción

Al respecto, debe atenderse a la preferencia que, respecto a los canales internos sobre los externos, hace la Directiva y también el Anteproyecto, como es de ver en su artículo 4,1, basada o justificada en que «...debería contribuir a fomentar una cultura de buena comunicación y responsabilidad social...» (Considerando 47 Directiva). Preferencia que adquiere mayor relevancia, si cabe en el ámbito de las Administraciones Públicas pues inciden directamente en la credibilidad y confianza ciudadana en las instituciones democráticas y en la satisfacción del interés público. Y, para tener instrumentos robustos y no meros modelos cosméticos, se debe dotar a éstos de las garantías de auténtica independencia en los

términos expresados más arriba, entre los que también se cuentan la suficiencia de medios técnicos y humanos especializados (sobre los cuales, por cierto, nada se dice en el Anteproyecto). Porque si no, se dará la paradoja de que estos canales pasarán de ser instrumentos de detección y prevención de riesgos de fraude y corrupción a convertirse en auténticos riesgos para la organización en la que se incardinan (entre otros, los penales y reputacionales).

mencionaremos, asimismo, la **duración de las actuaciones de investigación** relativas a los canales internos, pues la Directiva, en su art. 14, sólo establecía un plazo máximo para «dar respuesta al denunciante sobre la tramitación de la denuncia», fijándolo en tres meses desde el acuse de recibo, pero no se pronunciaba sobre cuánto debía durar la fase de investigación. Por el contrario, el Anteproyecto de Ley de Transposición, sí lo hace, estableciendo, en su art. 8.g, el plazo máximo de las actuaciones de investigación en tres meses prorrogable, en casos de «especial complejidad» a tres meses más. Y se establece dicho plazo máximo por igual tanto para las organizaciones del sector privado como del sector público y sin comprender tampoco distinción alguna entre las diferentes instituciones que integran el sector público pese a sus diferencias sustanciales. Identidad de plazo que hará difícil su cumplimiento en determinadas Administraciones grandes, en las cuales, la sola incidencia de discriminar a quién de sus órganos se le debe practicar el requerimiento de información (o porque ésta corresponda a varios de ellos) puede en la práctica consumir ya parte de dicho plazo, eso, sin contar, el tiempo para que el mismo sea cumplimentado por el órgano competente al que deberá sumarse, asimismo, el destinado al estudio y análisis de, en muchas ocasiones, complejísimo expedientes administrativos (por ejemplo en caso de alertas sobre grandes procesos de contratación administrativa, urbanísticos,...) que exigen un conocimiento multidisciplinar, pero a la vez especializadísimo de diferentes ramas del derecho. Tampoco puede obviarse la complejidad que comporta atender los diferentes regímenes jurídicos de su plantilla (entre los que se pueden hallar, como se dijo, incluso cargos electos) y que el cumplimiento de dicho periodo irá, asimismo,

íntimamente ligado a la dotación y a los medios de investigación con los que se provea a los gestores del Canal, pensemos, por ejemplo, en la posibilidad de usar instrumentos tecnológicos o plataformas que ofrezcan información o datos sobre empresas, que permitan, a su vez, cruzar datos sobre ellas y sus órganos de gobierno supongamos que, de cara a comprobar alertas sobre posibles conflicto de intereses... Herramientas cuyo uso, muy habitual en el sector privado, se apunta lejano en el caso de pequeñas o medianas Administraciones.

Podríamos emprender, a continuación, el análisis de otros flecos relativos, por ejemplo: a) al poco explorado abanico de responsabilidades (penales, disciplinarias...) que se abren para los responsables y miembros de los canales o sistemas internos de información o alertas; b) a la tensión que, respecto a los canales de alertas, se establece entre los principios y derechos a la transparencia, acceso a la información pública, protección de datos personales, y la reserva o confidencialidad necesaria para el buen fin de las investigaciones; c) a cómo ha afrontado el Anteproyecto de ley de Transposición otros «mandatos» de la Directiva, como son, entre otros, la creación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (sus garantías, sus potestades —entre ellas la sancionadora— su engranaje con las Oficinas Antifraude Autonómicas ya existentes...); d) la introducción del «programa de clemencia».... Aspectos todos, cuyo desarrollo, por motivo de espacio, deben quedar en el tintero pero cuya mera cita, esperamos que pueda servir, al menos, de resorte para la reflexión.

IV. Conclusión

Y ya para concluir, sin ánimo de cansar más al lector y habiendo sobrepasado los límites de extensión inicialmente previstos, nos ceñiremos a subrayar, después de lo expuesto hasta ahora, los enormes riesgos que envuelven la creación y gestión de canales de denuncia en el sector público (sobre todo, en las Administraciones Públicas). Riesgos, en los que, inevitablemente, se incurrirá si éstos se desligan de un sistema de integridad que los ampare, así como, de una cultura ética organizativa, si no se atiende a los mínimos requisitos y garantías de independencia, suficiencia y especialización de medios materiales, técnicos y humanos y si no se le provee de un adecuado sistema para gestionar las situaciones de conflicto de intereses que puedan afectar a sus responsables. Riesgos que, al incidir en la línea de flotación de la confianza ciudadana en el Estado democrático, pueden ir más allá de los meramente reputacionales para la institución de turno. No puede olvidarse, que estos canales de denuncia o alertas constituyen auténticas herramientas para la prevención y detección (a veces, incluso, precoz) de situaciones de conflicto de intereses, de supuestos de corrupción y fraude que lesionan profundamente los intereses públicos y el patrimonio de toda la comunidad.

Los canales de denuncia o alertas constituyen auténticas herramientas para la prevención y detección de situaciones de conflicto de intereses, de supuestos de corrupción y fraude

Por eso, como elementos básicos de prevención del posible derroche o desviación de fondos públicos, deben ser concebidos desde la óptica de la inversión y no desde la de, una mal entendida, «austeridad». De igual forma, tampoco puede pasarse por alto, que la estrecha vinculación de los canales con la protección debida a las personas alertadoras (a su garantía de indemnidad), requiere, asimismo, el blindaje o protección del órgano gestor del canal interno y su total cobertura frente a posibles coacciones, represalias e injerencias indebidas de carácter político o de cualquier otra naturaleza. Sin que ello sea óbice, por supuesto, para disipar el denso (y, a veces, obviado) abanico de

responsabilidades que planean, tanto, sobre los responsables de los canales, como del resto de su personal. Y, por último, tener presente, al menos, por lo que respecta a las Administraciones Públicas, la necesaria e imprescindible convicción de la clase política y directiva, no sólo en estos instrumentos, sino en todos los que conforman un diseño de integridad institucional.

Sirvan todas estas reflexiones ante la «desaforada» y «vertiginosa» carrera, iniciada en el sector público, para la implementación e instalación de buzones de denuncias o informaciones a golpe de «norma» e «incentivos» (ya sea la obtención de Fondos Next Generation, ya sea la «evitación de posibles sanciones», tengamos en cuenta, aquí, que la Orden Ministerial HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, habla de 90 días y el Anteproyecto de Transposición de la Directiva de 3 meses) y el enorme peligro de que éstos se conviertan en meras piezas cosméticas, poco o nada útiles para el cumplimiento de los auténticos objetivos a los que deben servir.

- (1) <https://www.mjusticia.gob.es/es/areas-tematicas/actividad-legislativa/normativa/participacion-publica-proyectos-normativos/proyectos-real-decreto>
https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20INFORMANTES%20TRaMITE%20AUDIENCIA%20E%20INFORMACION%20PUBLICA_0803.pdf.
- (2) «Integridad pública y ética», Módulo 13, desarrollado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) bajo su iniciativa Educación para la Justicia: «La Declaración de Doha: Promover una Cultura de Legalidad», 2019.
- (3) Recomendación sobre Integridad Pública, una estrategia contra la corrupción», del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), 2017.
- (4) Recomendación sobre Integridad Pública, una estrategia contra la corrupción», del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), 2017.
- (5) Art. 8,1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 31 de octubre de 2003 (ratificada por España el 16 de septiembre de 2005).
- (6) Título del artículo 6 de la OM HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.
- (7) Condición 1ª del apartado 2 del artículo 31 bis del Código Penal.
- (8) Sánchez Sánchez, R. M., «El Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona», publicado en la revista: El Consultor de los Ayuntamientos, nº 6/2019, junio, ed. Wolters Kluwer.
- (9) Normas Regulatorias del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona aprobadas el 6 de octubre de 2017 y publicadas, en el Boletín oficial de la Provincia, de 16 de enero de 2017.
- (10) Términos que se establecen para poder implementar el Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona. Publicado en la página web de github: https://github.com/AjuntamentdeBarcelona/bustia-etica-bcn/blob/master/README_es.md.
- (11) Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 5 de febrero de 1963, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa, C-26/62, EU:C:1963:1; Sentencia de 4 de diciembre de 1974, Yvonne van Duyn contra Home Office , C-41-74 , RCE 1974.
- (12) Publicada en la web oficial de las diferentes Oficinas, Agencias y órganos antifraude que componen la Red, sirva como enlace, el de la Oficina Antifraude de Cataluña: <https://www.antifrau.cat/sites/default/files/Documents/catalogo-derechos-persona-alertadora.pdf>.
- (13) Red Estatal de Oficinas, Agencias y Órganos Antifraude, creada, el 29 de junio de 2018, como una red estable para compartir políticas anticorrupción. A día de hoy, forman parte de la misma: la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana, la Oficina Antifraude de Cataluña, la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares, la Oficina de Lucha contra el Fraude y la Corrupción de Andalucía, el Servicio de Análisis del Ayuntamiento de Barcelona, la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de Madrid, la Oficina de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON), el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (IGAE), el Consello de Contas de Galicia, la Cámara de Cuentas de Canarias, la Agencia de Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).
- (14) Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana y la Resolución de 27 de junio de 2019, de su director por la que se aprueba su Reglamento de funcionamiento y régimen interior.
- (15) Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña.
- (16) Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Islas Baleares.
- (17) Ley 2/2021, de 18 de junio, de Lucha contra el Fraude y la Corrupción en Andalucía y Protección de la persona denunciante.
- (18) Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción de 23 de diciembre de 2016.
- (19) Normas Regulatorias del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona, aprobadas, el 6 de octubre de 2017 y publicadas, en el Boletín oficial de la Provincia, de 16 de enero de 2017.
- (20) Art. 6.1 y 26.4 del Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción de 23 de diciembre de 2016.

- (21) Sentencia de la que resulta muy significativa la reflexión del Tribunal Supremo sobre la denuncia anónima: «...al no proscribirla expresamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede decretarse "a limine" su rechazo por principio, máxime teniendo en cuenta la multitud de hechos delictivos de que las Autoridades policiales y judiciales son informadas de esta forma por quienes a causa de un temor razonable de represalias en ocasiones notoriamente feroces y crueles, prefieren preservar su identidad, ...En tales casos, ... si ésta aparenta credibilidad y verosimilitud, debe inicialmente inquirir, ..con todos los medios a su alcance, en la comprobación, "prima facie", de la exactitud de su contenido, y si ello fuera afirmativo, puede proceder desde luego por sí mismo, de oficio, si el delito fuere público, sin necesidad de la intervención del denunciante y sin ningún otro requisito».
-
- (22) Sentencia en la cual el tribunal Supremo recoge los antecedentes y evolución del tratamiento jurisprudencial de la denuncia anónima en el ámbito penal.
-
- (23) Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 6 de Febrero de 2020 <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e5631ef00cd5e6ce>.
-
- (24) Su texto obra, como documentación adjunta a la Memoria del análisis de impacto normativo (a partir de su pág. 574), del Anteproyecto de Ley que regula la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y lucha contra la corrupción con el objeto de transponer 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 Europea. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/MAIN_Y_Tabla_transposicion_APL_INFORMANTES_2022.03.11_TRAMITE_DE_AUDIENCIA_E_INFORMACION_PUBL
-
- (25) Oficina Antifraude de Cataluña, « Canal intern d'alertes, Reflexions en relació amb la implantació de canals interns d'alertes en els ens públics: exigències normatives», <https://www.antifrau.cat/ca/canal-intern-alertes-reflexions-relacio-implantacio-canals-interns-alertes-ens-publics-exigencies-normatives>.
-
- (26) «Jiménez Asensio, Rafael, «La arquitectura institucional de las políticas de integridad en España», publicado en el blog de la Agencia Valenciana Antifraude, el 9 de marzo de 2022, <https://www.antifraucv.es/la-arquitectura-institucional-de-las-politicas-de-integridad-en-espana/>.
-
- (27) Oficina Antifraude de Cataluña, «Canal intern d'alertes, Reflexions en relació amb la implantació de canals interns d'alertes en els ens públics: exigències normatives». En dicho trabajo: «La Oficina recomienda que estos puestos sean ocupados por perfiles profesionales que tengan independencia efectiva respecto de la cúpula de la organización, que esté garantizada su indemnidad frente a represalias, que hayan recibido formación especializada, que tengan atribuido un mandato claro para investigar y que no se encuentren en una situación de conflicto de interés...» y «..... necesidad de que la gestión del canal interno recaiga en una persona o órgano independiente de carácter técnico y no político, y que esté adecuadamente protegido de presiones indebidas; que se asignen los recursos necesarios para que las alertas se puedan tramitar de manera eficaz».
- <https://www.antifrau.cat/ca/canal-intern-alertes-reflexions-relacio-implantacio-canals-interns-alertes-ens-publics-exigencies-normatives>.
-
- (28) Reglamento Interno de funcionamiento del Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona aprobado el 13-2-2019 y publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona el 25-2-2019. [https://bcnroc.ajuntament.barcelona.cat/jspui/handle/11703/112539#:~:text=Butllet%C3%AD%20oficial%20de%20la%20Prov%C3%ADncia%20de%20Barcelona%20\(25%2D02%2D2019\)](https://bcnroc.ajuntament.barcelona.cat/jspui/handle/11703/112539#:~:text=Butllet%C3%AD%20oficial%20de%20la%20Prov%C3%ADncia%20de%20Barcelona%20(25%2D02%2D2019)).
-
- (29) https://bcnroc.ajuntament.barcelona.cat/jspui/bitstream/11703/121652/1/Memoria_Direcci3n_de_An3lisis_2018-2019.pdf.
-

