

GARCÍA URETA, Agustín (2006): *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid.

GIFREU-FONT, Judith (2010): “Capítulo VIII. Nuevos mecanismos de control de la actividad administrativa: el control de la *Oficina Antifrau de Catalunya* sobre las actuaciones ambientales de la Administración”, en *Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas*, Atelier, pp. 227-257.

GOSÁLVEZ PEQUEÑO, H.(2019): “Los denunciantes como instrumento de lucha contra la corrupción: a propósito de la denuncia administrativa en las leyes anticorrupción”, en *Actualidad Administrativa*, núm. especial, Transparencia y lucha contra la corrupción, abril 2019.

MANTERO SÁENZ, Alfonso y CUESTA RODRÍGUEZ, Mariano (1990): *Procedimiento en la inspección tributaria*, Editorial de Derecho Financiero-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.

PÉREZ MONGUIÓ, José María (2019): “La irrupción del estatuto del denunciante: un instrumento del buen gobierno para la lucha contra la corrupción”, en CASTILLO BLANCO, Federico A.(Coord.): *Compliance e integridad en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.83-114.

## EL ESTATUTO DEL DENUNCIANTE DE LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA

Humberto Gosálbez Pequeño<sup>1</sup>

La corrupción pública, esto es, la que se produce y afecta a las instituciones del Estado, ya sea con la confluencia (o no) de agentes del sector privado, tiene su epicentro en las Administraciones públicas. Ello explica, en cierta medida, que las leyes más específicamente destinadas a la lucha anticorrupción sean leyes administrativas, incluyendo en su ámbito de aplicación a las Administraciones y el resto de entes integrantes del llamado sector público. Sin embargo, no olvidemos que, aparte de esta legislación administrativa específica contra la corrupción y por la ética pública, existen también otras leyes administrativas que, en mayor o menor medida, podrían considerarse parte de una concepción amplia de un cierto Derecho administrativo anticorrupción, formado por las leyes de transparencia y de buen gobierno, de los conflictos de intereses, de los altos cargos, de los empleados públicos, de las incompatibilidades administrativas...

Mas, centrándonos en la normativa administrativa específicamente anticorrupción, llama la atención que sólo una minoría de Comunidades Autónomas (y no el Estado) hayan aprobado sus respectivas Leyes. Ciertamente, recuérdese que hasta 2008, es decir, hasta 30 años después de aprobarse nuestra Constitución, no se aprueba la primera ley especial anticorrupción: la Ley 14/2008 de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña; y hasta una década después no se aprueban las siguientes leyes autonómicas que, por cierto, se reducen a cinco: la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autónoma sobre hechos relacionados con delitos

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba. El presente trabajo se hace en el seno del Proyecto PGC2018-093760-B-I00 “Seguridad pública, actividad administrativa de limitación y derecho sancionador”. Grupo de investigación SEJ-196 de la Junta de Andalucía”.  
adlgopeh@uco.es

contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes, la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, la Ley 16/2016, de 9 de Diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Pública de Aragón<sup>2</sup> y la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra. Y a partir de 2018, por razones inexplicables, el resto de las Comunidades Autónomas continúa sin aprobar su respectiva normativa específicamente contra la corrupción administrativa<sup>3</sup>, hasta la reciente Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante, objeto de este estudio.

## I. EL DENUNCIANTE: CONCEPTO Y TIPOLOGÍA

### I.1. Sistemática normativa y concepto legal.

La Ley 2/2021 contiene una definición expresa y específica del denunciante “a los efectos de esta ley”. Y este concepto legal se tipifica en la ley en dos artículos, siendo idénticas ambas definiciones, pese a tratarse de dos preceptos cuyo contenido global es bien diferente, dualidad reiterativa que, como se comprobará, no es sino un ejemplo de la desafortunada ubicación sistemática de dos importantes contenidos nucleares y primarios en la ley, que son los siguientes: por una parte, los conceptos legales básicos usados por el legislador a lo largo del articulado (fraude, corrupción,...), que están tipificados en el artículo 2 y, por otra, los sujetos a los que se les aplica la norma, es decir, lo que se conoce con el *nomen iuris* de “ámbito subjetivo” de aplicación de las leyes (Administraciones públicas territoriales, entidades institucionales de las Administraciones,...), contemplado en los artículos 3 y 4<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Un análisis de esta normativa autonómica, la italiana y la comunitaria lo ha realizado la doctrina (PÉREZ, 2019: 347-359), y también (VESTRÍ, 2019: 6-19) examinando, además, el ordenamiento británico.

<sup>3</sup> Un caso singular se aprecia en la CCAA de Asturias, en tanto que, a pesar de no haber aprobado una ley específica en la materia, incluye una mínima regulación sobre el denunciante en su Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés (arts. 59-62).

<sup>4</sup> Obsérvese, no obstante, que, pese a lo que pudiera pensarse *ab initio* habida cuenta de lo dispuesto en otras leyes administrativas (véanse los arts. 2 y ss. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, o los arts. 1 y 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa), la existencia misma de estos dos preceptos no responde a un criterio sistemático de cierto reparto o división subjetiva de las personas jurídicas incluidas en ellos, de tal forma que, por ejemplo, el art. 3 enunciara los sujetos incluidos plenamente en el ámbito de aplicación de la ley y, en cambio, el art. 4 tipificase los sujetos a los que solo se le aplicara unas partes de la ley. Nada más lejos de la realidad normativa vigente. El art. 3, si bien erróneamente se titula “ámbito objetivo de aplicación, regula el clásico ámbito subjetivo de aplicación de las leyes administrativas; y el art. 4, con el título de “ámbito subjetivo de aplicación”, reitera también el ámbito subjetivo incluyendo los mismos sujetos contemplados en el art. 3, aunque, cierto es, con el aditivo “subjetivo” de referirse al “personal” de las personas jurídicas citadas en el art. 3 que, en realidad, son los sujetos en sentido propio que integran el ámbito subjetivo de la ley administrativa.

El legislador andaluz define al “denunciante”<sup>5</sup> en el artículo 4, relativo al ámbito subjetivo de aplicación de la ley, que desglosa en cinco apartados, dedicados respectivamente a las distintas personas jurídicas que, en atención a su naturaleza jurídica propia y diferenciada de la Administración autonómica andaluza (que constituye el elemento subjetivo *sine qua non* y necesario incluido en el ámbito de aplicación de la generalidad de las leyes autonómicas), se incluyen en dicho ámbito de aplicación como, por cierto, también es costumbre legislativa consolidada; esto es, el artículo 4, en sus apartados a) a e), ambos inclusive, enuncia acertadamente los tipos de sujetos jurídicos a los que les será de aplicación la Ley 2/2021<sup>6</sup>. Por todo ello, hubiera sido más acertado incluir la definición del “denunciante”<sup>7</sup> en el precepto referidos a las definiciones (el artículo 2), y no en el precepto tipificador del ámbito subjetivo de aplicación de la ley (el artículo 4).

<sup>5</sup> El término -y el concepto jurídico mismo- de denunciante es tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el ámbito penal como en el administrativo. Sucede, sin embargo, que en el “sector” del fraude y la corrupción, el término original anglosajón asumido por las normas internacionales es *whistleblower*, que como recuerda autor (SIERRA, 2020:3) alude a “tocar el silbato”, es decir, un alertador más bien, “en referencia a quien avisa o informa de una situación ilícita o que no responde a los estándares de ética de una organización”.

<sup>6</sup> El sector público andaluz, las instituciones y órganos previstos en el Título IV del Estatuto de Autonomía para Andalucía (“así como en aquellas otras entidades públicas que tengan la consideración de Administración institucional de la Junta de Andalucía, conforme a lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 9/2007, de 22 de octubre”), las entidades integrantes de la Administración local de la Comunidad Autónoma de Andalucía y organismos públicos y entidades de derecho público o privado vinculados o dependientes de las mismas (“en los términos previstos en esta ley”), las personas que presten servicios en las universidades públicas andaluzas y organismos públicos y entidades de derecho público o privado vinculados o dependientes de éstas (“en los términos previstos en esta ley”) y las personas físicas y jurídicas privadas, entidades sin personalidad jurídica, administraciones públicas, instituciones, órganos y entidades distintas de las anteriormente citadas que, bien sean o hayan sido licitadores o adjudicatarios de contratos en el ámbito de la contratación del sector público o beneficiarios de subvenciones, bien se les hayan otorgado créditos, avales o cualquier otro tipo de ayuda, beneficio o prestación, bien hayan obtenido permisos, licencias o autorizaciones, del sector público andaluz, “o bien hayan tenido otro tipo de relaciones económicas, profesionales o financieras con los mismos, sometidas al derecho público o privado, en lo concerniente a dichas relaciones” (ex art. 3.e) de la ley).

<sup>7</sup> Obsérvese que la ley no diferencia entre denunciante, informante o alertador. La doctrina (GARRIDO, 2019:132) no aprecia distintos conceptos jurídicos, sino uno solo con varias denominaciones, por lo que concluye afirmando que “aun a sabiendas de que tal elección puede ser tachada de clásica o tradicional, defendemos el uso del vocablo «denunciante», porque básicamente forma parte de nuestro léxico jurídico y no hay ninguna razón de peso que justifique su sustitución por otro nuevo...”, aunque reconoce que “no sería de extrañar que el poder legislativo no abandonara el empleo de la voces «alerta» y «alertador»; al contrario, la tendencia a recurrir a estas expresiones se consolidará posiblemente por la progresiva incorporación del uso de tecnologías en la tarea de detección de irregularidades y por la admisión a trámite de comunicaciones que no cumplen las formalidades establecidas para las denuncias...”. Lo cierto es que tampoco 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, se refiere a alertadores, informantes o comunicantes (no los menciona en su art. 5, tipificador de los conceptos jurídicos y las definiciones legales), y menos aún como sujetos distintos de los denunciantes. Tan solo la Resolución de 27 de junio de 2019, del director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la que se aprueba el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de ésta, en ciertos preceptos (arts. 9, 21.1.d), 51.7) emplea los términos denunciante, informante y alertador, aunque como sinónimos o, más exactamente, asimilados en su art. 41.1 (“...Se asimilan a las personas denunciadas, a estos efectos, todas aquellas que alertan, comunican o revelan informaciones de este tipo”). Quizás por todo ello, hay autores que proponen reservar el término alertador a quien comunica anónimamente los hechos y el término denunciante en caso contrario (GARRIDO, 2019: 144).

Examinando ya el concepto legal tipificado, el apartado f) del artículo 4 define a los denunciantes como “las personas físicas o jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que formulen una denuncia ante la Oficina, sobre hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de interés o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros, de conformidad con lo establecido en el artículo 35”, precepto éste que precisamente es el segundo de la ley que contiene el mismo concepto legal<sup>8</sup>. Y en esta definición explícita dispuesta por el legislador andaluz se aprecian dos aspectos de interés.

El primero es la concepción subjetiva amplia de denunciante tipificada en la norma, puesto que la Ley 2/2021 admite que podrá ser “cualquier persona”<sup>9</sup> (e incluso un ente sin personalidad jurídica, añade el precepto), es decir, una persona física, y también una persona jurídica, sea ésta de naturaleza jurídico-privada o de naturaleza jurídico-pública. Así, por un lado, si el denunciante es una persona física<sup>10</sup>, podrá ser una persona vinculada o integrante de la persona jurídica denunciada (empleado, copropietario) o no ser parte (o haberlo sido) de ella, tener una relación jurídica de cualquier naturaleza (laboral, mercantil, administrativa) o no tenerla (o haberla tenido), diferencias notables que reclaman del legislador el establecimiento de regímenes específicos de protección de unos y otros denunciantes. Y por otro lado, si el denunciante es una persona jurídico-pública, también será preciso diferenciar

<sup>8</sup> Es cierto que el art. 35.1 contiene un “aditivo” en la definición, al referirse a la formulación de la denuncia ante la Oficina “en los términos previstos en el artículo 20 c)”. Pero esta nueva remisión normativa no altera en modo alguno la concepción del denunciante establecida tanto en el art. 4.f) como en el art. 35.1, en tanto que el art. 20.c) se refiere únicamente al contenido formal de la denuncia y a ciertos derechos del denunciante, no al concepto de esta figura jurídica subjetiva.

<sup>9</sup> Esta concepción extensiva del denunciante, que es precisamente la dispuesta en el art. 62.1 de la LPAC (“cualquier persona”), también se establece expresamente en el art. 16.3 de la Ley catalana (“Cualquier persona puede dirigirse a la Oficina Antifraude para comunicar...”) e implícitamente la asumen las demás leyes autonómicas sobre la materia, salvo la Ley balear al imponer vecindad autonómica al denunciante en su art. 7.2 (“El reglamento de funcionamiento y régimen interno de la Oficina de Prevención y Lucha contra la corrupción en las Illes Balears deberá garantizar que todos los ciudadanos de las Illes Balears, independientemente de su isla de residencia, puedan presentar denuncias y colaborar con la Oficina,... El reglamento también deberá prever cómo y dónde se realizará la colaboración entre el denunciante y la Oficina, una vez admitida a trámite la denuncia, cuando el denunciante resida fuera de la isla donde está ubicada la sede del ente anticorrupción”).

<sup>10</sup> Y por supuesto, acorde con lo dispuesto en el art. 62.1 de la LPAC, la Ley 2/2021 no requiere al denunciante ser titular de derechos subjetivos o intereses legítimos que puedan verse afectados -en un sentido positivo o en un sentido negativo- por el procedimiento administrativo que, en su caso, acuerde incoar de oficio la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción en relación a los hechos denunciados, de conformidad con el art. 20.c) de la ley. No es preciso, pues, que el denunciante haya sido afectado por los hechos que comunica a la Administración; no tiene por qué haber sido perjudicado o lesionado con ocasión de esos hechos denunciados; y tampoco es preciso que el denunciante haya sido parte interesada en anteriores actuaciones administrativas relacionadas también con los hechos ahora denunciados. El acto jurídico-administrativo de la denuncia no exige poseer legitimación administrativa alguna, por lo que podrá denunciar cualquier persona (física o jurídica), sea o no víctima del acto de corrupción denunciado, sea o no participe arrepentido del hecho denunciado, sea o no testigo de la acción u omisión que denuncia. Sin embargo, recuérdese que, si bien el denunciante ni es ni tiene por qué ser interesado en el procedimiento administrativo sancionador que, en su caso, incoe de oficio la Oficina según el art. 40.1 de la Ley 2/2021, sí podrá serlo en virtud de lo dispuesto en el art. 4.1.c) de la LPAC y la propia doctrina jurisprudencial postuladora de esta dualidad de denunciantes de presuntas infracciones administrativas.

si es (o no) una persona parte del mismo sector público al que pertenece la persona jurídica denunciada, si es un ente dependiente o adscrito al denunciado o, en cambio, en el ente matriz el denunciante y, en cualquier caso, si la denuncia formulada por una persona jurídico-pública es una verdadera denuncia administrativa o, por el contrario, ofrece otra naturaleza jurídica (petición, propuesta...<sup>11</sup>).

El segundo aspecto llamativo en la definición legal es, sin duda, la naturaleza jurídica de los hechos denunciados que, en sentido propio, no representa un elemento configurador del sujeto llamado denunciante, sino que más bien forma parte del objeto de la denuncia misma y del ámbito objetivo de la ley, aspectos asimismo relevantes como fácilmente podrá apreciarse. En efecto, los artículos 4.1.f) y 35.1 de la Ley 2/2021 se refieren a “hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros”; es decir, la norma contiene una primera modalidad de hechos típicos (fraude, corrupción y conflicto de intereses) que, no obstante sus respectivas explícitas definiciones establecidas en el artículo 2, presentan algunas dificultades en cuanto a su delimitación misma<sup>12</sup>, y, además, una segunda modalidad con indeterminación notoria *ab initio*<sup>13</sup>, a semejanza de lo que se aprecia en la generalidad de las demás leyes autonómica anticorrupción<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Como ya explicamos en otro lugar (GOSÁLBEZ, 2019: 19-21), “...la Administración está habilitada por la ley para dar esa noticia administrativa y, en este sentido, está habilitada para denunciar. Ahora bien, este acto de la Administración pública no es una denuncia *stricto sensu*, no es la denuncia prevista en el artículo 62.1, sino que es otro tipo de acto jurídico, otra figura jurídica asimismo tipificada en la LPAC: la llamada «petición razonada» de incoación del procedimiento administrativo...”.

<sup>12</sup> Es cierto que las definiciones normativas del fraude y del conflicto de intereses concretizan estos conceptos jurídicos indeterminados, pero la amplitud de los hechos descritos como “corrupción” no ofrece seguridad jurídica alguna y, además, sorprendentemente la primera y la última conducta tipificada como corrupción son también constitutivas, respectivamente, del fraude y del conflicto de intereses.

<sup>13</sup> La tipificación resulta ser excesivamente imprecisa y confusa. Porque disponer que cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos es denunciante ante la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción implica incluir en el ámbito objetivo de la ley toda actuación contraria a Derecho administrativo, e incluso al resto del ordenamiento jurídico en tanto lo use la Administración pública, siempre vinculada por el servicio a los intereses generales (ex art. 103.1 de la Constitución); y referirse el precepto a cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses “financieros” no es precisamente un ejemplo de delimitación objetiva.

<sup>14</sup> Las tipificaciones que realizan las otras leyes autonómicas anticorrupción tampoco son acertadas. Así, por ejemplo, el art. 16.3 de la Ley catalana se refiere a “presuntos actos de corrupción, prácticas fraudulentas o conductas ilegales que afecten a los intereses generales o a la gestión de los fondos públicos”; ¿cuáles son esas “prácticas fraudulentas” que no parecen ser “conductas ilegales”? ¿deben afectar unos y otros hechos a la gestión de fondos públicos o basta su afectación a los intereses generales? Por su parte, la Ley valenciana parece ofrecer una concepción más amplia de los hechos, al considerar su art. 14.1.a) denunciante a quien “comunique hechos que pueden dar lugar a la exigencia de responsabilidades legales”; así, ¿incluiría esta denuncia hechos determinantes de responsabilidad patrimonial extracontractual por daños ocasionados a los intereses públicos aun cuando no se apreciase infracción penal o administrativa alguna? Explícitamente el art. 23 de la Ley aragonesa admite como hechos denunciables los constitutivos de infracción administrativa o penal (“2. Las denuncias o comunicaciones que se dirijan a la Agencia se formularán por persona física o jurídica en cualquier momento, aunque los hechos o circunstancias se hubieran iniciado o producido con anterioridad y siempre que no haya prescrito su sanción conforme a la legislación administrativa o penal aplicable”). Y singular es la Ley de Castilla-León, por cuanto sólo tiene por objeto las actuaciones “de las que pudiera derivarse un posible delito contra la Administración pública de los regulados en el título XIX del Código penal” (art. 1).

Una última apreciación ha de realizarse en relación al concepto del denunciante en relación a la naturaleza de los hechos denunciados, y no es otra que la distinta concepción que dispone la Directiva, a pesar de que la propia Ley 2/2021 alude a ella en su Exposición de Motivos cuando justifica sus previsiones sobre el régimen de protección de los denunciantes, declarando genéricamente que ese régimen ya se ha previsto en la Directiva y ordenando específicamente que los procedimientos y canales de presentación de las denuncias que establece la ley “deberán cumplir” con la Directiva.

Ciertamente, la definición de denunciante que establece el artículo 5.7) de la Directiva no coincide con la dispuesta en la ley andaluza, ofreciendo la norma comunitaria un concepto más restrictivo, tanto desde el aspecto subjetivo *stricto sensu* como desde el ámbito objetivo de los hechos denunciados por el denunciante, y también desde el elemento formal a través del cual se formula la denuncia. El precepto europeo define al denunciante como “una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales”. Obsérvese, pues, que excluye como denunciantes a las personas jurídicas<sup>15</sup> y a los entes sin personalidad jurídica; nótese, en segundo lugar, como parece circunscribir el denunciante a quien informa de los hechos “públicamente”<sup>16</sup>; y finalmente, aún es más relevante la restricción que realiza al origen mismo de la obtención de la información comunicada con la denuncia: el “contexto laboral” del denunciante, contexto definido también en la Directiva como “las actividades de trabajo presentes o pasadas en el sector público o privado a través de las cuales, con independencia de la naturaleza de dichas actividades, las personas pueden obtener información sobre infracciones y en el que estas personas podrían sufrir represalias si comunicasen dicha información” (apartado

<sup>15</sup> Una cierta modulación de esta exclusión conceptual subjetiva prevé el art. 4.4.c) de la Directiva cuando extiende el sistema garantista del denunciante a “las entidades jurídicas que sean propiedad del denunciante, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral”.

<sup>16</sup> Adviértase que el art. 4 de la Directiva, aunque primeramente diferencia la denuncia -la “interna” (la comunicación dentro de una entidad jurídica de los sectores privado o público) y la “externa (la comunicación ante las autoridades competentes) de la llamada “revelación pública” (la puesta a disposición del público), a continuación incluye también al “revelador” en el concepto mismo de denunciante (“una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales”). La única diferencia relevante, pues, entre los denunciantes (internos o externos) y el denunciante revelador público es que para este segundo tipo de denunciante comunitario el art. 15 de la Directiva condiciona la aplicación del régimen protector del denunciante a que cumpla una de las condiciones siguientes que tipifica expresamente el precepto (“a) la persona había denunciado primero por canales internos y externos, o directamente por canales externos..., o b) la persona tiene motivos razonables para pensar que: i) la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, como, por ejemplo, cuando se da una situación de emergencia o existe un riesgo de daños irreversibles, o ii) en caso de denuncia externa, existe un riesgo de represalias o hay pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la infracción debido a las circunstancias particulares del caso, como que puedan ocultarse o destruirse las pruebas o que una autoridad esté en connivencia con el autor de la infracción o implicada en la infracción”).

9 del artículo 5)<sup>17</sup>. En suma, todos estos condicionamientos comunitarios del concepto de denunciante tienen una repercusión evidente, primeramente en cuanto al régimen jurídico del denunciante de la “corrupción administrativa”, porque el estatuto protector que establecen las normas lo prevén exclusivamente para el denunciante y no para cualquier otra persona que, en su caso, informase de los mismos hechos; por ello, la finalidad misma subyacente en la legislación protectora podría resultar mermada en estos segundos supuestos de comunicación de los hechos<sup>18</sup>.

## 1.2. Tipos de denunciantes.

El artículo 35 de la Ley 2/2021 contempla dos clases de denunciantes: los empleados o cargos públicos y los empleados del sector privado sometidos al ámbito de aplicación de la ley en virtud de los artículos 3.e) y 4.1.e)<sup>19</sup>. Su apartado 2, remitiéndose al artículo 4.1, se refiere a los primeros<sup>20</sup>; y su apartado 3, con la remisión a ese mismo precepto, a los segundos<sup>21</sup>. De esta forma, sorprendentemente la ley andaluza no parece admitir a cualquier otra persona física como denunciante,

<sup>17</sup> Ciertamente, sin embargo, que la ley nacional -en nuestro caso, la autonómica- y la Directiva no tienen por qué coincidir totalmente, al constituir la norma comunitaria una regulación de “normas mínimas” en la protección de los denunciantes como declara el art. 1 de la Directiva; pero resulta llamativo que el legislador comunitario solo considere denunciantes a quienes tengan (o hayan tenido) una relación profesional, laboral o asimilada con la persona denunciada, como también ha subrayado algún autor (SIERRA, 2020: 7). Su art. 4 es ilustrativo: “1. La presente Directiva se aplicará a los denunciantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral, incluyendo, como mínimo, a...”.

<sup>18</sup> Es cierto, no obstante, que ese previsible efecto disuasorio de denuncias por terceros que han tenido conocimiento de hechos y no son (ni han sido) “trabajadores” de la entidad denunciada se mitiga en parte en la propia Directiva cuando en su art. 4.4.b) contempla la aplicación del régimen protector del denunciante a sus propios “familiares”. Mas, como puede fácilmente comprenderse, la norma impide ser denunciante a cualquier otra persona “ajena” a la organización denunciada.

<sup>19</sup> No contemplan esta dualidad la ley castellano-leonesa al disponer su art. 1 que “Los denunciantes sólo podrán ser empleados de la Administración autonómica”. Y tampoco la admite la Ley aragonesa, por cuanto, si bien su art. 23.2 admite como denunciante a toda “persona física o jurídica”, su art. 25.1 exige expresamente que sea un empleado público (“Se considera denunciante a los efectos de esta ley a cualquier empleado del sector público de Aragón o de las instituciones y órganos estatutarios que pone en conocimiento de la Agencia de Integridad y Ética Públicas hechos que pudieran dar lugar a la exigencia de responsabilidades por alcance o penales por delitos contra la Administración pública”), declaración que denota un concepto restringido de denunciante, reservando el derecho de formular denuncia anticorrupción al empleado público de la CC AA.

<sup>20</sup> Esto es, las personas que presten servicios en el sector público andaluz, en las instituciones y órganos previstos en el Título IV del Estatuto de Autonomía para Andalucía, otras entidades públicas que tengan la consideración de Administración institucional de la Junta de Andalucía, en las entidades integrantes de la Administración local de la Comunidad Autónoma de Andalucía y organismos públicos y entidades de derecho público o privado vinculados o dependientes de las mismas, en las universidades públicas andaluzas y organismos públicos y entidades de derecho público o privado vinculados o dependientes

<sup>21</sup> Enunciados completamente en el art. 3.e): el personal al servicio de las personas físicas y jurídicas privadas, que sean o hayan sido licitadores o adjudicatarios de contratos en el ámbito de la contratación del sector público, o beneficiarios de subvenciones, o se les hayan otorgado créditos, avales o cualquier otro tipo de ayuda, beneficio o prestación, o hayan obtenido permisos, licencias o autorizaciones, del sector público andaluz o que hayan tenido otro tipo de relaciones económicas, profesionales o financieras con los mismos, sometidas al derecho público o privado, en lo concerniente a dichas relaciones.

no acepta al mero ciudadano como autor de la denuncia, pese a que en su propio Preámbulo declara que “uno de los pilares fundamentales para la lucha contra el fraude y la corrupción es la implementación de políticas efectivas que promuevan la participación de la sociedad...”<sup>22</sup>. En cambio, más acertadamente las leyes de otras CC AA sí lo contemplan, admitiendo como denunciante a “cualquier persona”<sup>23</sup>.

En todo caso, lo que sí es común a todas las leyes autonómicas anticorrupción en el tema que nos ocupa es que establecen un dual origen del estatuto del denunciante, según sea empleado/cargo público o empleado del sector privado/ciudadano<sup>24</sup>. En efecto, para esa primera modalidad de denunciantes la denuncia es un derecho subjetivo; en cambio, para los segundos la denuncia es un deber legal, cuyo incumplimiento, por cierto, está tipificado como infracción administrativa<sup>25</sup>.

Por último, resulta sorprendente que el legislador no contemple expresamente otra clasificación de denunciantes: el denunciante simple y el denunciante interesado<sup>26</sup>, porque, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.1.c) de la LPAC, al menos el denunciante empleado de una persona jurídica -pública o privada- que informa de actos presuntamente acontecidos en el seno de su organización, es parte interesada, en tanto que persona afectada por un perjuicio derivado de la misma incoación del procedimiento administrativo de investigación e inspección al estar en una situación de riesgo cualificado de represalias por haber formulado la denuncia interna. Resulta, en consecuencia, incongruente establecer un régimen de protección de denunciante y no reconocer a estos denunciantes -que tienen el deber legal de denunciar (artículo 35.2) y que no son “cualquier persona”- el *status* de interesado en ese procedimiento y así poder ejercer todos los derechos típicos establecidos en el artículo 53 de la LPAC. Como veremos a continuación, la Ley 2/2021 atribuye expresamente dos derechos procedimentales propios de

<sup>22</sup> Aunque cierto es que a continuación ya modula restrictivamente esa “participación ciudadana”: “... En este sentido ha de destacarse la importancia de que todas aquellas personas que, por razón del puesto de trabajo que desempeñen, tengan conocimiento de conductas susceptibles de ser consideradas como fraudulentas, puedan denunciar las mismas conforme al procedimiento previsto en la presente Ley”.

<sup>23</sup> El art. 16.3 de la Ley catalana es explícito: “Cualquier persona puede dirigirse a la Oficina Antifraude para comunicar presuntos actos de corrupción, prácticas fraudulentas o conductas ilegales que afecten a los intereses generales o a la gestión de los fondos públicos...”. Y en similares términos se expresa el art. 11.2 de la ley valenciana. Es, precisamente, esta concepción amplia del denunciante la preferida por la doctrina (PÉREZ MONGUIÓ, 2019: 365 y GARRIDO JUNCAL, 2019: 126).

<sup>24</sup> Y es un acierto de esta legislación autonómica que, sorprendentemente, no lo ofrece la legislación estatal, por cuanto el art. 62 de la LPAC no diferencia entre los denunciantes administrados y los denunciantes empleados de la Administración pública destinataria de la denuncia, y tampoco la normativa disciplinaria de empleo público (el TRLEBEP y el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado) contienen referencia específica al empleado público denunciante.

<sup>25</sup> Así lo prescribe el art. 45 de la Ley 2/2021: “Se consideran infracciones leves:...c) El incumplimiento del deber de formular denuncia ante la Oficina, en los términos previstos en el artículo 35 2”.

<sup>26</sup> Tampoco lo contemplan las demás leyes autonómicas anticorrupción, que en modo alguno se refieren a los denunciantes interesados.

los interesados a los denunciantes, pero no todos los reconocidos por la LPAC. El legislador debería haber consagrado expresamente un estatuto dual de denunciantes: el simple denunciante no interesado, con, al menos, los derechos procedimentales específicos previstos en la misma Ley 2/2021, y el denunciante interesado, con esos derechos y todos los generales contemplados en la LPAC.

## II. LOS DERECHOS DEL DENUNCIANTE. EN ESPECIAL, EL DERECHO A LA “BUENA ADMINISTRACIÓN” DE LA DENUNCIA

Pese a lo que en un principio pudiera pensarse, la Ley 2/2021, al igual que las demás leyes autonómicas “anticorrupción”, no establecen un auténtico estatuto jurídico-administrativo del denunciante, esto es, un estatuto subjetivo o personal integrado, como es natural, por un conjunto de derechos y deberes u obligaciones legales. La normativa únicamente prevé ciertos derechos subjetivos, no contemplando listado alguno de obligaciones específicas del denunciante. Y esta omisión normativa es desafortunada. Es cierto que el “leitmotiv” de toda esta legislación especial es la protección del denunciante y, por tanto, los derechos que ha de atribuir la norma para garantizar un efectivo régimen protector. Pero ello no era (ni es) incompatible con el establecimiento en la ley de un cierto elenco de obligaciones específicas en este estatuto personal<sup>27</sup>. Sorprende que los legisladores no hayan previsto, por ejemplo, los derechos de los denunciados frente al ejercicio de ciertos derechos del denunciante<sup>28</sup> o la inexcusable protección del interés público subyacente en el ejercicio de las potestades administrativas previstas ante la formulación de una denuncia. Eso sí, como veremos más adelante, al menos los legisladores sí contemplan tímida e indirectamente -y, en ocasiones, implícitamente- algunas obligaciones del denunciante cuando se refiere a la tramitación de las denuncias o a la aplicación efectiva del régimen protector al denunciante<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Proponiendo, al menos, abordar y debatir la cuestión se ha pronunciado la doctrina (GARRIDO, 2019: 146 y 147), al afirmar que “sería conveniente dejar zanjada la cuestión de si este sujeto es titular únicamente de derechos o, por el contrario, se le pueden exigir el cumplimiento de algunas obligaciones. A estos efectos, sería interesante discutir la oportunidad de extrapolar los deberes exigibles a los testigos, esto es, el deber comparecer, el de prestar declaración o el de decir la verdad”.

<sup>28</sup> Obsérvese que el art. 19 de la ley se refiere a los “derechos de las personas investigadas”, que no tienen por qué ser personas denunciadas en tanto que el procedimiento de investigación podrá incoarse de oficio sin necesidad de previa denuncia (ex art. 20). Y tampoco el art. 19 menciona la denuncia o el denunciante.

<sup>29</sup> No menos lamentable es la ausencia en las leyes anticorrupción de una regulación del procedimiento de concesión del estatuto garantista del denunciante. Así lo ha resaltado alguna autora destacada (GARRIDO, 2019: 139): “...Por último, y aunque ya nos hemos referido en un apartado anterior, es pertinente resaltar la trascendencia de dotarse, no sólo de procedimientos y canales para la formulación de denuncias, sino también de un procedimiento para la concesión y la denegación del estatuto de la persona denunciante, aspecto sobre el que sorprendentemente el legislador ha meditado más bien poco”. No obstante, se aprecia una acertada excepción en el Reglamento valenciano, en cuanto su art. 44 sí establece una regulación procedimental.

En todo caso, los derechos que la Ley 2/2021 reconoce al denunciante podrían clasificarse en dos categorías diferenciadas. Por una parte, la ley establece ciertos derechos típicamente procedimentales, es decir, derechos propios del interesado en el procedimiento administrativo<sup>30</sup> al consagrar explícitamente el legislador andaluz su “derecho al procedimiento”; la ley, no sólo dispone el derecho (deber en los casos del artículo 35.2) de “cualquier” persona a denunciar (artículos 4.1.f) y 35.3), sino también el derecho a la tramitación<sup>31</sup> y la resolución -en plazo- de la denuncia en los términos dispuestos en los artículos 36.1, 37.1 y Disposición adicional segunda; podría así inferirse en la ley un cierto y específico derecho a la “buena administración” de la denuncia formulada. Y, por otra parte, la Ley 2/2021 atribuye derechos específicos de protección del denunciante (artículos 36.1, 37.1 y 3 y 38) frente a represalias, que se analizarán más adelante.

Ciertamente, formulada una denuncia, la Ley 2/2021 impone a la Oficina el deber de, previo examen de verosimilitud<sup>32</sup>, tramitarla y resolverla expresamente (artículo 37.1)<sup>33</sup>, con independencia de que, en su caso, previamente a la resolución de la denuncia, acuerde de oficio la apertura de un periodo de información o actuaciones previas a fin de decidir la conveniencia o no de iniciar el llamado procedimiento de investigación e inspección (artículo 21<sup>34</sup>). Es decir, el legislador

<sup>30</sup> Sin embargo, la Ley 2/2021 elude reconocerle la condición de interesado. Es ilustrativo el reconocimiento expreso del derecho de notificación del acto de incoación y el acto resolutorio del procedimiento de investigación e inspección, diferenciando al legislador a los interesados y al denunciante. El art. 22.1 dispone que el acto de iniciación “se notificará a las personas interesadas en el correspondiente procedimiento y a las personas denunciadas”. Y el art. 23.1 prescribe que la resolución motivada que ponga fin al procedimiento de investigación e inspección se notificará “a las personas interesadas en el correspondiente procedimiento y a las personas denunciadas, en un plazo máximo de seis meses desde el acuerdo de inicio del procedimiento de investigación e inspección”.

<sup>31</sup> Téngase en cuenta, no obstante, que el ejercicio del derecho a la tramitación de la denuncia formulada podrá modularse por la Oficina en el supuesto de que hubiera un elevado número de denuncias, por cuanto “podrá seguirse prioritariamente las denuncias de infracciones muy graves” (art. 20.c.4º). Crítica con similares previsiones normativas contenidas la entonces Propuesta de Directiva se ha manifestado la doctrina (GARRIDO, 2019: 140): “...No existen excusas para no asumir que todos los denunciados deben recibir el mismo tratamiento, con independencia de que la infracción que se revela sea leve, grave o muy grave”.

<sup>32</sup> También la ley catalana lo prevé en su art. 16.1; asimismo, con mayor descripción y precisión, prevé esta actividad administrativa previa la ley valenciana en su art. 11.

<sup>33</sup> También tiene este deber cuando la denuncia sea anónima según prescribe la Disposición adicional segunda: “1. La Oficina estará obligada a admitir a trámite, así como a iniciar el procedimiento de investigación e inspección de las denuncias anónimas, siempre y cuando las mismas cumplan los requisitos establecidos en el artículo 20.1, previo análisis de la verosimilitud de los hechos denunciados o comunicados”. Distinta es la “resolución” expresa que tiene que dictar la Oficina cuando la denuncia carezca manifiestamente de fundamento, en cuanto se trata de una mera resolución de inadmisión a trámite (por consiguiente, sin tramitarse el procedimiento administrativo previsto y, consecuentemente, sin dictarse la típica resolución expresa en plazo), conforme dispone el art. 21.2 (... la Oficina podrá resolver motivadamente la inadmisión a trámite de las denuncias... que carezcan manifiestamente de fundamento, sin necesidad de apertura de periodo de información o de actuaciones previas”).

<sup>34</sup> El apartado 1 es contundente: “En los supuestos de formulación de denuncia..., la Oficina podrá acordar, dentro de los quince días siguientes a la recepción de la misma, la apertura de un periodo de información o actuaciones previas, al objeto de realizar las actuaciones de investigación previstas en el artículo 17, párrafos a), b) y d), que resulten indispensables para conocer las circunstancias del caso concreto y, en

consagra, no sólo un procedimiento administrativo -incoado de oficio- específico de investigación e inspección de los hechos denunciados (artículo 20), sino el derecho del denunciante a la tramitación y resolución de ese procedimiento de investigación e inspección (salvo cuando la denuncia carezca manifiestamente de fundamento, al proceder entonces su inadmisión a trámite: artículo 21.2), en el que está inserto el procedimiento específico de denuncia, en tanto que en este procedimiento incoado de oficio -pero instado por denuncia- el denunciante tiene derechos propios de los interesados (reconocidos explícitamente por el apartado a) del artículo 37.1<sup>35</sup>) y, entre ellos, el derecho a la resolución expresa en plazo del procedimiento, resolución motivada sobre la denuncia formulada, según dispone el apartado b) del mismo artículo 37.1<sup>36</sup>.

En efecto, en primer término, este apartado a) le atribuye el derecho “a conocer el estado de la tramitación del procedimiento de investigación e inspección derivado de sus denuncias y a que se les notifiquen los actos y resoluciones<sup>37</sup>, siempre que, en este último supuesto, así se prevea de forma expresa en esta

consecuencia, la conveniencia o no de iniciar el procedimiento de investigación e inspección...”. También el legislador valenciano ofrece una cierta regulación de esta actuación administrativa previa posterior a la denuncia y anterior al acuerdo de incoación de oficio del procedimiento investigador de la Administración competente en anticorrupción. Y asimismo el art. 2 de la Ley castellano-leonesa lo contempla, calificándolo como “información reservada” y estableciendo una plazo máximo de dos meses de “labor inspectora”.

<sup>35</sup> Además, congruentemente con lo preceptuado en los arts. 16.3 y 66.3 de la LPAC, el art. 36.1 prevé el derecho del denunciante al justificante de la denuncia presentada: “La presentación de denuncias ante la Oficina por las personas indicadas en el artículo 35 se realizará por medio de procedimientos y canales diseñados... Asimismo, los procedimientos y canales descritos deberán prever la remisión a las personas denunciadas de un acuse de recibo de la denuncia en un plazo máximo de siete días desde su recepción”.

<sup>36</sup> Su tenor literal no ofrece dudas: “Todas las personas denunciadas indicadas en el artículo 35 que formulen una denuncia tendrán derecho, desde el momento de la presentación de la misma ante la Oficina:... b) A que las denuncias presentadas finalicen mediante resolución expresa y motivada, en los términos y plazos previstos en el artículo 23, sin perjuicio de la posibilidad de dictar resolución motivada de inadmisión a trámite cuando concurra la circunstancia descrita en el artículo 21.2.”

<sup>37</sup> También la Ley 2/2021 reconoce al denunciante el derecho a ser notificado de la “resolución” del periodo de información o actuaciones previas (art. 21.3) que, en su caso, hubiera incoado la Oficina dentro de los 15 días siguientes a la recepción de la denuncia (art. 21.1), resolución que será, bien el acuerdo de iniciación del procedimiento de investigación e inspección, bien el acuerdo de archivo de la denuncia. Obsérvese, no obstante, que la ley no establece el derecho del denunciante a ser notificado de la apertura de la información previa, que, por cierto, tiene establecido un plazo máximo de duración de 30 días (art.21.3). En todo caso, interesa resaltar que la reciente regulación andaluza resulta ser más acertada que la mayoría de las precedentes leyes de las restantes CC AA. En efecto, la ley catalana no reconoce al denunciante el derecho a conocer el resultado de su denuncia. El art. 16.3 no contempla su derecho a conocer si la Oficina Antifraude ha archivado (o no) su denuncia, si ha realizado una actividad inspectora o meras diligencias de investigación, si la ha remitido al Ministerio Fiscal por apreciar indicios de delito o, en cambio, a los órganos administrativos sancionadores por apreciar indiciariamente infracciones administrativas en los hechos denunciados, etc.; y tampoco el art. 21, referente a los llamados “resultados de las actuaciones de la Oficina”, establece el deber de la Oficina de notificar al denunciante “resultado” alguno, a diferencia de otros sujetos a quienes sí reconoce su derecho a conocer ciertos resultados de las actuaciones emprendidas por la Oficina. Tampoco las leyes valenciana y aragonesa prevén derecho del denunciante a ser notificado de la “resolución” administrativa de su denuncia. En cambio, la Ley balear sí lo establece en su art. 11.6, aunque solo cuando se ha dictado un acuerdo de archivo de la denuncia; y más adecuada es la Ley castellano-leonesa al disponer en su art. 2 el deber de notificar al denunciante el traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal (apartado 3), la ausencia de responsabilidad punitiva alguna (apartado 4) o la propuesta de incoación de un procedimiento sancionador (apartado 4).

Ley<sup>38</sup>. En segundo lugar, aun cuando este precepto legal solo contempla estos dos específicos derechos procedimentales y no tipifica la posición jurídica singular del denunciante-interesado en el procedimiento, este tipo de denunciante (*ex* artículo 4.1.c) de la LPAC), también tiene los derechos establecidos en el artículo 53 de la LPAC y en el resto de los preceptos de la misma LPAC<sup>39</sup>. Es más, atendiendo a la propia regulación del procedimiento de investigación e inspección, de la denuncia misma y del régimen protector del denunciante, no pocos derechos del artículo 53 de la LPAC parece inferirse en favor del mero denunciante no interesado; así, por ejemplo, el derecho a conocer el plazo máximo de duración del procedimiento de investigación e inspección y los efectos de su incumplimiento, el órgano competente para su instrucción y el competente para su resolución (incluido expresamente en el acuerdo de iniciación que debe serle notificado: artículo 22.1) y el derecho de alegaciones mismo.

### III. EL ESTATUTO PROTECTOR DEL DENUNCIANTE

#### III.1. El presupuesto: la represalia por denunciar.

La Ley 2/2021 consagra un cierto estatuto garantista del denunciante<sup>40</sup>, integrado, en primer lugar, por derechos subjetivos reconocido en la misma norma que han de ser específicamente tutelados y amparados por la Oficina, y, en segundo término, por las medidas administrativas que la Oficina ha de adoptar ante, especialmente, la lesión de esos derechos o, en su caso, el riesgo de menoscabo o daño a los

<sup>38</sup> Y, como ya indicamos, se les reconoce expresamente el derecho a la notificación, tanto del acuerdo de incoación (art. 22.1) como de la resolución final del procedimiento (art. 23.1).

<sup>39</sup> En todo caso, congruentemente con el reconocimiento explícito del derecho a conocer el estado de tramitación y el derecho a ser notificado de la resolución final del procedimiento (y, por tanto, el derecho a ser notificado del preceptivo pie de recurso que ha de obrar en toda notificación del acto resolutorio según el art. 40.2 de la LPAC), el denunciante ha de tener el derecho de recurso contra la resolución que, en virtud de lo dispuesto en el art. 30.2 de la Ley 2/2021, será el recurso administrativo de reposición (“Los actos dictados por la Dirección de la Oficina pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser objeto del recurso potestativo de reposición establecido en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y en el artículo 115 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre”) al ser la Dirección de la Oficina el órgano competente para resolver el procedimiento de investigación e inspección (arts. 23.1 y 26.f). En cambio, explícita y acertadamente reconoce el derecho de recurso la Ley balear en su art. 11.6: “Una vez realizadas las diligencias de investigación necesarias, si se desprende que la denuncia no tiene ningún fundamento, el director o la directora podrá, de forma razonada, acordar el archivo y la finalización del expediente, notificando al denunciante esta resolución e informándolo de los recursos que legalmente correspondan.”

<sup>40</sup> Pionera fue la ley valenciana, al establecer especialmente en su art. 14.1 específico estatuto del denunciante, que incluye ciertos derechos novedosos. En todo caso, este régimen autonómico no impide el régimen general protector que, en su caso, estableciese el legislador estatal. Así lo declara expresamente el art. 14.1.f) de la ley valenciana: “El estatuto de la persona denunciante regulado en este artículo se entenderá sin perjuicio del que establezca la normativa estatal”. Y también lo dispone el art. 45.5 de la ley aragonesa.

mismos producidos por terceros<sup>41</sup>. En otros términos lo prevé también el artículo 37.1.c) de la ley al declarar que las personas denunciante tendrán derecho, desde el momento de la presentación de la misma ante la Oficina, “a no sufrir represalias por causa de las denuncias formuladas<sup>42</sup>, incluidas las amenazas de represalias y las tentativas de represalias....”.

Así, pues, el presupuesto del estatuto protector configurado por el legislador<sup>43</sup> es la llamada “represalia”, un concepto jurídico indeterminado que se describe en el mismo precepto: “toda acción u omisión, directa o indirecta, que tenga lugar en el contexto de los servicios prestados por las personas denunciante en o para las administraciones públicas, instituciones, órganos, entidades y personas físicas y jurídicas privadas incluidos en el artículo 3, que esté motivada por una denuncia formulada ante la Oficina y que cause o pudiera causar perjuicios injustificados a las personas denunciante, en particular aquellas que les inflijan un perjuicio en sus relaciones de servicio o condiciones de trabajo”.

La norma, por tanto, no enuncia las acciones u omisiones constitutivas de represalias, sino que las define en atención a tres elementos externos al concepto

<sup>41</sup> Debe subrayarse que el régimen de protección está intensificado con el régimen sancionador que establece la misma ley, dada la finalidad disuasoria y preventiva inherente a las sanciones administrativas. En efecto, el art. 43.c) tipifica como infracción muy grave la acción u omisión constitutiva de represalia “cuando cause un perjuicio muy grave a la persona denunciante”, apreciándose la existencia de ese perjuicio muy grave cuando el denunciante ha sufrido “un perjuicio en sus relaciones de servicio o condiciones de trabajo”; y el art. 44.d) establece la infracción grave consistente en la comisión de la represalia “cuando no sea constitutiva de infracción muy grave”.

<sup>42</sup> Naturalmente, la protección se adoptará por los hechos denunciados, no por otras actuaciones padecidas por el denunciante, aunque sean ilegítimas y sean, incluso, obra del denunciado. Así lo prescribe la ley valenciana en su art. 14.1.e) *in fine* (“En ningún caso la protección derivada de la aplicación del estatuto de la persona denunciante le eximirá de las responsabilidades en que haya podido incurrir por hechos diferentes de los que constituyan el objeto de la denuncia”).

<sup>43</sup> Llama la atención que el legislador, en la Exposición de Motivos, aluda expresamente al temor a denunciar que podrían padecer los empleados públicos, y no se refiera también al miedo de empleados de empresas privadas relacionadas habitualmente con las Administraciones públicas: “...A tal fin, resulta fundamental proteger a las personas denunciante a través de medidas que generen confianza en la tramitación de las denuncias ante la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, en especial cuando esas personas presten servicios en el sector público andaluz..., ya que estas personas pudieran mostrarse reticentes a denunciar este tipo de prácticas por miedo a represalias”. No obstante, es cierto que los empleados del sector público “pueden tener un mayor conocimiento de las prácticas fraudulentas en las entidades” como asimismo indica el preámbulo de la norma, y que, por ello -y también por tener, a diferencia de los empleados del sector privado- el deber legal de denunciar- necesitan un régimen especial de protección; pero no es menos cierto que, precisamente por el garantista régimen jurídico de la relación profesional de los empleados públicos y la existencia en las estructuras administrativas de órganos internos controladores o supervisores de la actuación administrativa, la generalidad de los empleados del sector privado se encuentran en situación de mayor riesgo de sufrir represalias por denunciar a su organización empleadora que el riesgo que tienen los empleados públicos por denunciar a su Administración empleadora. Quizás la clave de esa preocupación del legislador andaluz sea su declarado objetivo de convertir a las personas empleadas del sector público en “colaboradoras de la Administración para garantizar el cumplimiento de la integridad, objetividad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad y demás deberes legales de los empleados públicos.”

mismo *stricto sensu*: la causa (la presentación de la denuncia en sí misma)<sup>44</sup>, el sujeto autor (es -o integra- la entidad en la que presta servicios el denunciante) y el ámbito material afectado (la relación profesional o laboral del denunciante). Lo único que concretiza el legislador en el concepto jurídico “represalia” es el efecto que produce (o puede producir) ésta; pero esta concreción normativa definidora de la represalia aporta a su vez otro concepto jurídico indeterminado: “perjuicios injustificados”<sup>45</sup>; así, ¿qué clase de daños o perjuicios son los que han de tener lugar para apreciar la existencia de una “represalia”? ¿y cuándo podrían estimarse “injustificados”? El artículo 37.1.d) nos da una primera respuesta enunciando ciertos daños y perjuicios muy concretos, aunque usando una vez más otro concepto jurídico indeterminado (“directamente” y no constituyendo en modo alguno un *númerus clausus*: “Tendrán la consideración de perjuicios injustificados, *en cualquier caso*, los gastos en los que pudieran incurrir los denunciantes derivados del asesoramiento legal, asistencia letrada y defensa y representación en los eventuales procedimientos judiciales o administrativos interpuestos por las personas denunciadas o contra las mismas, y que se hubieran ocasionado *directamente* con motivo de sus denuncias, y los derivados de la asistencia psicológica que pudieran necesitar a causa de trastornos derivados *directamente* de sus denuncias”).

<sup>44</sup> Esto nos conduce a la inexcusable prueba de la relación de causalidad entre la formulación de la denuncia y la acción/omisión indiciariamente constitutiva de represalia. El art. 37.1.d) de la Ley 2/2021 establece una presunción en favor del denunciante y la atribución de la carga de la prueba a la persona autora de la presunta represalia: “...se presumirá que los perjuicios puestos de manifiesto por las personas denunciadas se produjeron como represalia por denunciar, correspondiendo a la persona que haya adoptado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados”.

<sup>45</sup> Sorprende este modo de tipificación del legislador andaluz, máxime cuando la Directiva sí establece un listado de acciones y omisiones concretas que conformarían las represalias. El art. 19 así lo dispone: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir todas las formas de represalias contra las personas a que se refiere el artículo 4, incluidas las amenazas de represalias y las tentativas de represalia, en particular, en forma de: suspensión, despido, destitución o medidas equivalentes; degradación o denegación de ascensos; cambio de puesto de trabajo, cambio de ubicación del lugar de trabajo, reducción salarial o cambio del horario de trabajo; denegación de formación; evaluación o referencias negativas con respecto a sus resultados laborales; imposición de cualquier medida disciplinaria, amonestación u otra sanción, incluidas las sanciones pecuniarias; coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo; discriminación, o trato desfavorable o injusto; no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; no renovación o terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal; daños, incluidos a su reputación, en especial en los medios sociales, o pérdidas económicas, incluidas la pérdida de negocio y de ingresos; inclusión en listas negras sobre la base de un acuerdo sectorial, informal o formal, que pueda implicar que en el futuro la persona no vaya a encontrar empleo en dicho sector; terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios; anulación de una licencia o permiso; referencias médicas o psiquiátricas”. Es cierto que no es una lista cerrada o tasada de conductas (“en particular...”, indica la norma), mas sí incluye las más habituales o reconocibles para declarar la existencia misma de una represalia y, en consecuencia, aplicar el régimen protector del denunciante legalmente previsto al efecto.

### III.2. Las condiciones previas: denuncia de buena fe, denuncia veraz, denuncia lícita.

No todo denunciante es titular de los derechos públicos subjetivos protectores que dispone la Ley 2/2021. El artículo 37.4 señala que “cuando la denuncia proporcionara información falsa, tergiversada u obtenida de manera ilícita, las personas denunciadas... no podrán solicitar las medidas de protección...”. Estos denunciantes, pues, solo tienen reconocidos los derechos procedimentales dispuestos en los apartados a) y b) del artículo 37.1 (a conocer el estado de la tramitación de la denuncia y a la resolución expresa...). Se constata así la relevancia de determinar esos requisitos legales para aplicar el régimen protector ante las represalias por denunciar.

En primer lugar, conviene precisar que la denuncia de información “obtenida de manera ilícita”<sup>46</sup>, si bien deslegitima al denunciante y, por ello, le impide obtener la protección administrativa específica prevista en la ley, no implica que la denuncia no sea válida a otros efectos. En especial, obsérvese que el propio precepto impone a la Oficina el deber de tramitar y resolver expresamente el procedimiento administrativo de investigación e inspección instado por la denuncia; la Administración está obligada, pues, a realizar toda la actividad instructora inspectora que sea necesaria para esclarecer los hechos denunciados, porque lo relevante en el ejercicio de las funciones públicas encomendadas contra el fraude y la corrupción es la veracidad objetiva de la denuncia, no la veracidad subjetiva de quien la formula<sup>47</sup>, esto es, la veracidad de los hechos en sí mismos con independencia de que el denunciante los haya conocido previa comisión de un delito u otra actuación contraria al ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, no ofrece dudas la exclusión del régimen protector cuando el denunciante ha “tergiversado” los hechos que constan en la denuncia. La falsedad del relato ha de tener consecuencias jurídicas para este denunciante de mala fe. La denuncia falsa, no sólo le impedirá la concesión de las medidas protectoras previstas en la Ley 2/2021, sino que podría ser constitutivo de ilícitos penales, laborales, civiles o/y administrativos, en su caso, debiendo, por tanto, ejercerse las acciones legales correspondientes contra este denunciante. No obstante, adviértase que, aun siendo falsa la denuncia, la Oficina tiene el deber legal de tramitarla y resolverla, conforme prevén los artículos 23 y 37.4.

<sup>46</sup> El art. 35.5 delimita esa obtención ilícita de la información denunciada: “Los denunciantes no incurrirán en responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada, siempre que dicha adquisición o acceso no constituyera en sí mismo un delito.”

<sup>47</sup> La Directiva es explícita, al disponer su Considerando 32 que “los motivos de los denunciantes al denunciar deben ser irrelevantes para determinar si esas personas deben recibir protección”.

Ahora bien, no siempre que en la denuncia consten hechos inciertos se tratará de una denuncia falsa o con “tergiversación”. El legislador, con buen criterio, diferencia la veracidad de la información y la veracidad del denunciante. En el primer caso, admite que pueda ser un denunciante de buena fe<sup>48</sup>, que haya formulado la denuncia convencido de la veracidad de los hechos, aunque se haya equivocado en su apreciación y formulación, y, por consiguiente, podrá serle otorgado el estatuto protector<sup>49</sup>. En el segundo caso, la denuncia podrá ser calificada de falsa o simulada, sin derecho alguno a las medidas garantistas por represalias de cualquier tipo.

### III.3. Los derechos de protección.

#### III.3.1. El derecho a la confidencialidad de la identidad del denunciante.

Las leyes autonómicas, aún reconociendo este derecho del denunciante, sorprendentemente, no definen o describen suficientemente su contenido ni su ámbito de aplicación. En principio, parece que la confidencialidad se circunscribe a la “identidad” del denunciante, y no a otra información obrante en la denuncia o relativa al denunciante, aunque la ley andaluza y la balear se refieren también a cierta confidencialidad de otros datos o informaciones<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Por tanto, el denunciante que comunique “información falsa, tergiversada u obtenida de manera ilícita” no es un denunciante de buena fe. Pero ¿no hay denuncias de mala fe que no sean falsas? La ley aragonesa sí parece equipararla o asimilarlas en su art. 45.2 (“No será de aplicación el estatuto del denunciante establecido en esta ley cuando, a juicio de la Agencia, la denuncia se formule de mala fe, proporcionando información falsa, tergiversada u obtenida de manera ilícita...”). Quizás la buena fe del denunciante deba interpretarse como la probidad, la integridad y la honestidad pública en quien formula denuncia administrativa.

<sup>49</sup> Así lo prevé el art. 37.4, asumiendo la condición establecida en el art. 6.1.a) de la Directiva, al referirse a los denunciantes “que actúen con la debida diligencia y tuvieren motivos razonables para inferir que la información comunicada mediante la denuncia era veraz en el momento de la formulación de la misma, aun cuando hubieran cometido un error en la apreciación de los hechos constitutivos de fraude, corrupción y conflicto de intereses”.

<sup>50</sup> La Ley balear en su art. 11 (“Confidencialidad de las investigaciones y protección de datos”) parece extender la confidencialidad más allá de la preservación de la identidad del denunciante. Ciertamente, sus apartados 1 y 3 pudieran interpretarse como referidos a la protección de estos datos personales del denunciante, pues el apartado 1 dispone que “las actuaciones de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears se llevarán a cabo asegurando en todo caso la reserva máxima para evitar perjuicios..., a las personas denunciadas...”, añadiendo su apartado 3 que la Oficina “no puede divulgar los datos ni ponerlos en conocimiento de otras personas o instituciones que no sean las que, de acuerdo con las disposiciones vigentes, pueden conocerlas por razón de sus funciones...”. Pero la declaración de una actuación investigadora como “secreta”, “a petición expresa del denunciante”, parece implicar algo más que una mera confidencialidad sobre la identidad del denunciante; lo contempla claramente la ley andaluza en su art. 14.4 (“.. estarán obligados al deber de sigilo y de confidencialidad sobre los hechos que son objeto de investigación e inspección, así como las personas y entes sobre los que se producen dichas actuaciones, siempre y cuando la oficina advierta de su *modalidad reservada*”). Esta amplitud del ámbito de aplicación del deber de confidencialidad se prevé extensamente en la ley andaluza, al disponer su art. 14.1 que “las actuaciones de la Oficina se llevarán a cabo asegurando, en todo caso, el cumplimiento del deber de confidencialidad o sigilo respecto de las informaciones obtenidas, para evitar perjuicios a las personas investigadas, a las personas objeto de actuaciones de investigación e inspección aun cuando no tuvieran la condición de investigadas, a los denunciantes, y también para la salvaguardia de

En todo caso, la confidencialidad no significa que la denuncia deba ser anónima. Lo confirma la Ley 2/2021 cuando no solo consagra el derecho del denunciante al anonimato (“el derecho a la denuncia anónima”<sup>51</sup>: Disposición adicional segunda y artículo 35.2 y 3), sino que, además, aun cuando no fuera anónima la denuncia, garantiza que el denunciante tiene derecho al secreto de su identidad frente al denunciado y frente a terceros. Expresamente lo reconoce el artículo 20.c) en los siguientes términos: “3.º El denunciante podrá solicitar de la Oficina que se guarde la confidencialidad sobre su identidad<sup>52</sup>, así como respecto de cualquier otra información de la que se pueda deducir, directa o indirectamente, su identidad<sup>53</sup>, estando el personal de la Oficina obligado a mantenerla<sup>54</sup>, aun cuando la persona denunciada solicite conocer la identidad de la denunciante”. El denunciante identificado, pues, pero con identidad preservada frente a terceros (y no sólo ante el denunciado). La confidencialidad se contempla así con el fin de prevenir o evitar posibles represalias o perjuicios al denunciante por la formulación de la denuncia. Ahora bien, el régimen de la confidencialidad que establece la ley no parece ser el más efectivo.

En primer lugar, porque la Ley 2/2021 no dispone un deber general de la Oficina de preservar en todo caso la identidad del denunciante<sup>55</sup>; la norma no prescribe la confidencialidad *de oficio*, sino a instancia de la parte interesada, esto es, a solicitud

la eficacia del procedimiento jurisdiccional o administrativo que se pudiera iniciar en consecuencia”; y se confirma posteriormente cuando ya su apartado 3 se refiere únicamente a la preservación de la identidad del denunciante (“El incumplimiento del deber de mantener la confidencialidad sobre la identidad de la persona denunciante se someterá a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016... y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales”).

<sup>51</sup> En sentido contrario, una excepción entre las leyes autonómicas se aprecia en la ley aragonesa, al prescribir que “no se admitirán denuncias anónimas” (art. 46); pero, a continuación, admite implícitamente que se presenten denuncias sin identificarse el denunciante a través de los procedimientos y canales confidenciales. Obsérvese, no obstante, que la Directiva no impone la admisibilidad de las denuncias anónimas (SIERRA, 2020: 29 y 30).

<sup>52</sup> Es más, el art. 36.1 impone a la Oficina establecer los procedimientos y canales adecuados “de modo que se garantice que la confidencialidad de la identidad de las personas denunciadas y de cualesquiera terceras personas mencionadas en la denuncia esté protegida, impidiéndose también el acceso de las personas no autorizadas a la información contenida en la denuncia.”

<sup>53</sup> Advértase que el legislador es sumamente cauteloso y garantista de preservar la identificación del denunciante, porque no solo prevé no desvelar la identidad expresada en la denuncia, sino cualquier otra información personal o profesional que pudiera contribuir a conocerla.

<sup>54</sup> Más explícito es el art. 14.1 de la ley valenciana (“La persona informadora puede *solicitar* que se garantice la confidencialidad sobre su identidad, y el personal de la agencia está obligado a mantenerla, excepto en el caso en que se reciba un requerimiento judicial”); el mismo régimen prevé el art. 11.3 cuando el denunciante es un empleado o cargo público. Y similares previsiones se establecen en el art. 14 en relación al denunciante-administrado (apartado 3) y al denunciante-funcionario (apartado 4).

<sup>55</sup> Aunque la ley no lo refiere, debe entenderse que la confidencialidad opera frente al denunciado y a terceros, no frente a otras Administraciones públicas interesadas en los hechos denunciados y, menos aún, frente a la Jurisdicción penal en el caso de que se apreciaran indicios de delito, como se infiere del tercer párrafo del art. 20.c).3º.

del denunciante<sup>56</sup>. El derecho a la confidencialidad de la identidad, pues, no lo reconoce la Administración pública de oficio, sino a instancia de parte interesada, previa solicitud expresa del denunciante<sup>57</sup>, estableciendo así el legislador una situación jurídica de carga procesal del denunciante, en beneficio propio claro está.

Por tanto, la denuncia -que, salvo que sea anónima, ha de expresar la identidad de la persona que la formula (artículo 20.c).1º)- podrá contener (o no) la petición del denunciante de que se preserve su identidad. El denunciante podrá así presentar la denuncia no anónima sin esa petición específica de confidencialidad, aunque podrá posteriormente formularla, ya sea presentando una solicitud *ad hoc* o instándola en el preceptivo trámite de audiencia que debe concederle la Oficina cuando el denunciado solicitase expresamente conocer la identidad del denunciante<sup>58</sup>.

En todo caso, este régimen protector, preservando la identidad del denunciante solo “a solicitud” nos parece desafortunado<sup>59</sup>. El denunciante no tiene por qué conocer este estatuto protector y, por tanto, difícilmente podrá invocar su aplicación; no conoce la carga del ejercicio de ese singular derecho a la confidencialidad y, consecuentemente, podrá quedarse desamparado por no solicitarlo expresamente

<sup>56</sup> En la misma línea lo prevé el apartado c) del art. 14.1 de la ley valenciana al decretar el derecho del denunciante a tener garantizada esa *estricta confidencialidad* “cuando el denunciante invoque la aplicación del estatuto regulado en este artículo”.

<sup>57</sup> Previsión similar en las leyes aragonesa y valenciana que ha criticado la doctrina (PÉREZ, 2019: 369 y 370), porque la confidencialidad “debería operar como primera garantía de los denunciantes o incluso con carácter previo para aquellos que solicitan simplemente información, todo ello salvo que el mismo renunciara expresamente a la misma...”.

<sup>58</sup> Así lo prescribe el art. 20.c).3º: “En los supuestos en los que la persona denunciada solicite conocer la identidad de la denunciante y ésta no hubiera solicitado la confidencialidad sobre su identidad, la Oficina le dará audiencia, por un plazo de diez días, a fin de que comunique si desea que su identidad sea o no revelada. Si, tras la audiencia, la persona denunciante decide que su identidad no sea revelada, el personal de la Oficina estará obligado, de igual forma, a mantener la confidencialidad...”. Los dos únicos supuestos en que la Oficina está habilitada para revelar la identidad del denunciante, haya (o no) solicitado preservar su identidad y se haya (o no) opuesto a darla a conocer al denunciado, son los tipificados en el último párrafo de este precepto legal. El primero constituye, en realidad, no tanto una habilitación legal en favor de esa excepcional resolución administrativa de la Oficina, sino un mandato explícito a la Administración a la revelación de la identidad; ciertamente, la oficina tiene que obedecer el requerimiento formulado al efecto por un órgano judicial (“o de otra naturaleza”, indica sorprendentemente el legislador): “...aun cuando no mediara el consentimiento expreso de la persona denunciante, la Oficina deberá revelar su identidad en el supuesto de recibir, en el marco de un procedimiento seguido de conformidad con la normativa vigente, el correspondiente requerimiento de un órgano judicial o de otra naturaleza...”. En cambio, el segundo supuesto de revelación del secreto identitario (“cuando, previa petición fundada de la persona denunciada, se considerara, mediante resolución motivada, necesario para salvaguardar su derecho de defensa”) tiene otra naturaleza y fundamento; por un lado, la norma prevé una auténtica discrecionalidad administrativa para apreciar si la revelación de la identidad del denunciante, habiendo habido “previa petición fundada de la persona denunciada”, se considerara, mediante resolución motivada, necesario para salvaguardar el derecho de defensa del denunciado; el supuesto de hecho habilitante de esta potestad discrecional es, pues, la incoación de un procedimiento sancionador contra el denunciado en atención a los hechos formulados en la denuncia y, en segundo término, la expresa solicitud del denunciado de conocer la identidad de su denunciante; más dudas presenta, sin embargo, el núcleo mismo de la decisión discrecional prevista, porque, salvo que sea precisa conocer la identidad para ejercer el denunciado un implícito y *sui generis* derecho de recusación contra el denunciante, difícilmente podrá el denunciado alegar indefensión por el mero hecho de no conocer la identidad del denunciante.

<sup>59</sup> En la misma línea se ha pronunciado algún autor (SIERRA, 2020: 29).

o invocarlo, contradiciendo así los objetivos de la ley misma. Por ello, aun cuando el denunciante no hubiera invocado ese estatuto protector o no hubiera solicitado explícitamente la confidencialidad, la Oficina sí está obligada a preservar su identidad cuando apreciare riesgo grave para el denunciante, por demandarlo así los mismos fines justificadores del régimen protector establecido en la ley<sup>60</sup>.

Por último, el mismo artículo 20.c).3º prevé también un singular supuesto de renuncia tácita de la confidencialidad (“Cuando el denunciante instara de la Oficina la realización de las actuaciones previstas en los artículos 37.3 y 38, se considerará que renuncia a la confidencialidad sobre su identidad”), difícilmente comprensible, al menos cuando el denunciante ha solicitado la adopción de medidas de protección en los términos dispuestos en el artículo 38. A lo sumo podría estar justificada esa renuncia implícita cuando, conforme al artículo 37.3, el denunciante haya solicitado la reparación del daño sufrido, en tanto ya ha sido conocida su identidad por el denunciado y ha tenido lugar la represalia.

### III.3.2. Los derechos frente a las represalias

#### III.3.2.1. El derecho a la tutela administrativa in vigilando

Si el apartado c) del artículo 37.1 reconoce el derecho del denunciante a no padecer las amenazas y las tentativas de represalias, el apartado e) tipifica el deber administrativo de velar por la ausencia de represalias laborales o profesionales: “La Oficina vigilará que las personas que denuncien posibles casos de corrupción no sufran un empeoramiento de las condiciones de su entorno laboral o sean sujeto de cualquier forma de perjuicio o discriminación”. La Administración pública está así obligada a realizar una auténtica actividad preventiva de represalias y, por tanto, si fuera necesario, iniciar una cierta actividad inspectora sobre el denunciado con el fin de evitar cualquier tentativa de represalia que pudiera realizar contra el denunciante; la Oficina ha de estar “vigilante” sobre el denunciado y supervisora de los derechos del denunciante, y no sólo con el objetivo de impedir cualquier intento de represalia profesional o laboral (incluido, por supuesto, el trato discriminatorio en el trabajo), sino “cualquier forma de perjuicio o discriminación” que pudiera sufrir el denunciante, siempre, claro está, que esté originada por haber formulado la denuncia.

<sup>60</sup> Por ello, expresamente la ley valenciana en su art. 14.1 establece dos regímenes excepcionales de apreciación *de oficio* de la confidencialidad. El primero lo dispone su apartado c), al garantizar esa “estricta confidencialidad”, no sólo al denunciante que invoque el régimen estatutario protector, sino también al denunciante que, haya o no invocado ese régimen, comunique posteriormente “represalias u otras actuaciones lesivas derivadas de la presentación de la denuncia”. El segundo se establece en el apartado d), por cuanto dispone el deber de la Agencia de garantizar la confidencialidad de la identidad del denunciante “de buena fe”, haya o no solicitado la confidencialidad o invocado la aplicación del régimen protector (“Sin necesidad de previa declaración o reconocimiento, las personas denunciadas de buena fe... tendrán garantizada la confidencialidad de la identidad”).

Ciertamente, si la Oficina tiene el deber legal de reparar los llamados “perjuicios injustificados” descritos en el apartado d) del artículo 37.1, debe prevenir esos perjuicios por mandato del apartado d) del mismo precepto legal. Esto es, en primer lugar, la Administración tiene que, ante todo y primeramente, intentar evitar que el denunciante necesite asistencia letrada para defender sus derechos en cualquier procedimiento judicial o administrativo iniciado por haber presentado la denuncia, habiendo evaluado preventivamente las posibles acciones legales de represalia del denunciado contra el denunciante y así, antes de su ejercicio mismo, formular la debida advertencia y requerimiento al denunciado de abstenerse de ejercerlas, en su caso. Y, en segundo lugar, también la Oficina ha de adoptar las medidas necesarias que eviten daños a la salud mental del denunciante que requieran asistencia psiquiátrica o/y psicológica, tales como la urgente prestación de la asistencia por los servicios públicos o concertados de salud mental o, en su defecto, la prestación de esa asistencia psicoterapeuta en la sanidad privada a cargo del presupuesto de la Oficina<sup>61</sup>.

### III.3.2.2. El derecho a la reposición de la situación jurídica previa a la represalia.

Intentada o ejecutada la represalia, en primer término la Oficina tiene el deber de actuar obteniendo el cese de la represalia. Es cierto que el extenso ámbito de protección que impone el apartado c) artículo 37.1 (“cualquier forma de perjuicio o discriminación”), podría exceder del alcance de las potestades propias de la Oficina, así como de sus propias competencias administrativas. No es de extrañar, pues, que el propio legislador sea consciente y disponga a continuación, no solo el mandato a la Dirección de la Oficina de promover ante las autoridades competentes “las acciones correctoras o de restablecimiento que resulten pertinentes”<sup>62</sup>, sino que en su artículo 38 ya contemple medidas concretas como, por ejemplo, instar a la Administración o entidad empleadora del denunciante a concederle un traslado de puesto de trabajo u otras medidas laborales protectoras, como veremos más adelante<sup>63</sup>. No es de extrañar también que en el caso de que la Oficina apreciara

<sup>61</sup> Obsérvese que el precepto reconoce el derecho del denunciante a la indemnización por esos perjuicios económicos (los gastos de la asistencia jurídica y la asistencia psicológica), y no el derecho prestacional a esos servicios por parte de la Administración pública, a diferencia de lo que acertadamente prevé la ley valenciana en su art. 14.1.d), que establece el deber de la Agencia de otorgar *de oficio* al denunciante el derecho a una *inmediata* asesoría jurídica en relación a los hechos denunciados, “sin necesidad de previa declaración o reconocimiento”.

<sup>62</sup> Crítico con el equivalente precepto comunitario se ha manifestado cierto autor (SIERRA, 2021: 77), al permitir que sean los Estados miembros quienes determinen esas medidas correctoras, además de las medidas de asistencia o apoyo al denunciante represaliado.

<sup>63</sup> Por todo ello, resulta sorprendente una vez más que el legislador no tipifique la acción administrativa de oficio conducente a instar de las autoridades competentes la reparación del daño sufrido por la represalia, y únicamente prevea instar “a solicitud del denunciante en su art. 37.3: “Cuando la Oficina tuviera conocimiento de que la persona denunciante hubiera sufrido represalias o perjuicios injustificados, a

una tentativa de represalia que constituyera indiciariamente un ilícito penal, está obligada a instar inmediatamente el amparo de la Fiscalía y del orden jurisdiccional penal en favor del denunciante<sup>64</sup>.

Pero es que, además, el artículo 37 impone esta actividad administrativa protectora, no solo en beneficio del denunciante, sino también de terceros que sufran o puedan padecer las represalias. El apartado 2 es explícito al reconocer esos derechos “a terceras personas relacionadas con la persona denunciante y que puedan sufrir represalias en un contexto laboral, como compañeros de trabajo o familiares de esta”<sup>65</sup>.

En todo caso, el mandato dispuesto en el artículo 37.1.e) habilita a la Administración a adoptar las acciones preventivas o correctoras adecuadas frente a las represalias intentadas o en curso, no solo contra el denunciado, sino contra cualquier otra persona -física o jurídica- que haya contribuido a represaliar al denunciante, ya sea a título de cómplice o cooperador necesario de la acción represora cometida por el denunciado, ya sea a título de autoría sin participación alguna del denunciado en la realización de esa acción ilícita.

Por último, integra también ese deber de restablecer al denunciante en su situación jurídica originaria y previa a la represalia padecida el específico deber administrativo de reparar el daño ocasionado por la represalia. El artículo 37.1.d) reconoce el derecho del denunciante a “solicitar la reparación de los perjuicios injustificados sufridos por causa de las denuncias formuladas”, indicando también, como ya vimos, qué perjuicios son reparables, la presunción de la relación de causalidad denuncia-perjuicio y la carga de la prueba contra el presunto represaliador.

causa de las denuncias formuladas, se dirigirá, a petición de la persona denunciante, a las administraciones públicas, instituciones, órganos, entidades y personas físicas y jurídicas privadas incluidos en el artículo 3, instándoles a adoptar las acciones que se consideren oportunas para reparar las citadas represalias o perjuicios.”

<sup>64</sup> Es más, con carácter más amplio y no circunscrito a la comisión de represalias delictivas contra el denunciante, el art. 12.2 de la Ley 2/2021 impone la suspensión del procedimiento administrativo si se inician las diligencias procesales o fiscales oportunas: “En el supuesto de que la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal iniciaran un procedimiento al considerar que existen indicios de responsabilidad penal de unos hechos que constituyeran, a la vez, el objeto de actuaciones de investigación de la Oficina, ésta deberá suspender dichas actuaciones y aportar toda la información de que disponga, además de proporcionar el apoyo necesario a la autoridad competente. Asimismo, de acuerdo con el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando la Oficina, en el curso de sus actuaciones de investigación, considerara que existen indicios de responsabilidad penal, deberá comunicarlo inmediatamente a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, procediéndose conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior. Y singular resulta ser las previsiones de la ley valenciana, en tanto que, sin concurrir aún represalia alguna, impone a la Agencia formular una cierta “denuncia pública” de los hechos denunciados ante la Jurisdicción penal explicitando la indiciaria represalia que aprecie en ese momento; en similares términos se recoge en el art. 45.6 de la ley aragonesa.

<sup>65</sup> Expresamente lo prevé también el art. 4.4 de la Directiva, y no solo mencionando a los compañeros laborales o familiares del denunciante, sino también en favor de “las entidades jurídicas que sean propiedad del denunciante, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral” o los llamados “facilitadores” definidos en el art. 5.8.

La ley parece consagrar así un deber administrativo indemnizatorio por culpa *in vigilando*, incluíble, por tanto, en nuestro régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración al que implícitamente remite el propio precepto (“conforme a la normativa que resulte de aplicación”)<sup>66</sup>.

III.3.2.3. El derecho a la adopción de medidas protectoras por la entidad empleadora.

El artículo 38 enuncia las denominadas “medidas de protección”, medidas administrativas que se circunscriben al ámbito laboral del denunciante, esto es, a preservar de la represalia que pueda sufrir o esté sufriendo en el seno de la entidad del sector público en la que presta servicios<sup>67</sup>; por tanto, la norma no ampara a los denunciantes empleados del sector privado y tampoco a quienes no son trabajadores por cuenta ajena.

Y este limitado alcance y eficacia de estas medidas protectoras se afianza incluso examinando el contenido del precepto. En efecto, en primer término, las medidas sólo podrán restablecer la legalidad conculcada por el represor del denunciante, consistiendo así esencialmente en el cese de esa represalia, nada más; las medidas no podrán, pues, ser sancionadoras o aflictivas sobre el sujeto responsable de la represalia al denunciante<sup>68</sup>; más exactamente, la norma solo prevé una concreta medida<sup>69</sup>: el traslado provisional del denunciante a otro puesto de trabajo<sup>70</sup>. En

<sup>66</sup> Pionera fue la ley aragonesa, al disponer explícitamente este derecho indemnizatorio en su art. 47.4, con mayor nitidez: “El denunciante tendrá derecho a la indemnización por daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública cuando acredite la existencia de un daño individualizado y determinado económicamente, consecuencia directa de la denuncia, en los términos previstos en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”.

<sup>67</sup> Obsérvese que el precepto no protege frente a los represores que sean ajenos a la persona empleadora del denunciante.

<sup>68</sup> Sin perjuicio de la incoación de procedimiento sancionador por la misma Oficina al tipificarse la represalia como infracción muy grave en el artículo 43.c) y como grave en el artículo 44.d). También la ley valenciana en su artículo 18 tipifica las represalias como infracciones administrativas en los apartados a) y b).

<sup>69</sup> Más acertada es la regulación valenciana, por cuanto el apartado d) del artículo 14.I dispone que la Agencia “podrá ejercer las acciones correctoras o de restablecimiento que considere”; por tanto, no establece el legislador un *numerus clausus* o lista tasada de medidas. Es más, el legislador se refiere a dos de esas medidas protectoras en el mismo apartado d); la primera es una mera asistencia legal frente al represor (“...Asimismo, el denunciante podrá solicitar de la agencia asesoramiento en los procedimientos que se interponen contra él con motivo de la denuncia”); y la otra medida específica de esta normativa es la petición al órgano administrativo competente para que conceda al denunciante “permiso por un tiempo determinado con mantenimiento de la retribución”. Y más singular es, sin duda, el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, de 13 de diciembre de 2018, al prever su art. 33.1 la potestad de la Oficina de instar al órgano competente a que “suspenda las decisiones, los acuerdos o las resoluciones causen perjuicio o menoscabo en el estatuto personal del denunciante o alertador o en su carrera profesional”; y en idénticos términos se contempla en el art. 46.3 del Reglamento valenciano.

<sup>70</sup> Si es empleado del sector público (o instituciones públicas autonómicas), ha de ser un puesto del mismo nivel (funcionario) o mismo grupo profesional o categoría equivalente (personal laboral) que el que ocupaba, con reserva del puesto de trabajo de origen, y naturalmente siempre que el denunciante reúna los requisitos exigidos para desempeñar este nuevo puesto laboral (apartados 1, 2 y 3).

segundo lugar, en realidad la Oficina no adopta ninguna medida administrativa protectora, sino que actúa más modestamente: instando de la entidad empleadora la adopción de esa medida del traslado provisional. Por último, y lo más llamativo, una vez más la ley no impone la acción administrativa *de oficio*, sino que solo la prevé a instancia de parte interesada, es decir, previa solicitud del denunciante represaliado o amenazado de represalias que, por tanto, ha de pedir expresamente a la Oficina que inste a su entidad empleadora la concesión del traslado<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> Por cierto, la norma contempla el ejercicio de este derecho de solicitud “desde el momento en que se acuerde el inicio del procedimiento de investigación e inspección”, olvidando que la propia Oficina podría adoptar, al amparo de lo dispuesto en el art. 56.2 y 3.i) de la LPAC, como medida provisionalísima -y, consecuentemente, previa a la incoación misma del procedimiento- la acción de instar la concesión del traslado. En todo caso, sería una medida administrativa provisional o cautelar, aunque podría prorrogarse una vez dictada la resolución del procedimiento inspector e investigador (apartado 4: “Las medidas de protección establecidas en los apartados anteriores se extenderán, en el supuesto de que se concedieran, durante el período que se proponga por la Oficina, pudiendo prorrogarse si subsistieran las causas que motivaran el traslado, o bien perder su efecto si dichas causas hubieran desaparecido”), perdiendo así su inicial naturaleza de medida provisional. También la ley valenciana prevé esa duración terminado el procedimiento de investigación, previa resolución administrativa específica acordando este régimen de protección *ex post* (“La protección podrá mantenerse, mediante una resolución de la agencia, incluso más allá de la culminación de los procesos de investigación que esta desarrolle...”: art. 14.I.e). Pero ambas normas son acertadas, aunque quizás algo ingenuo el legislador autonómico, porque dispone la extensión del régimen protector, no sólo durante la tramitación del procedimiento investigador, sino también posteriormente a su resolución. Ahora bien ¿hasta cuándo protege la Administración a este denunciante? ¿indefinidamente? ¿mientras dure la situación de persecución padecida? Más pragmática y precisa es la ley castellano-leonesa, por cuanto su art. 3.2 dispone un plazo de duración: “Dichas garantías serán de aplicación desde que la información tenga entrada en la Inspección General de Servicios hasta un año después de que la Inspección General de Servicios haya terminado las actuaciones a las que se refiere el artículo 2 de esta ley. En el caso de que las actuaciones se hayan remitido al Ministerio Fiscal las garantías mantendrán su vigencia hasta que haya transcurrido un año desde que se dicte sentencia firme, o en su caso, se decrete el archivo definitivo”.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GARRIDO JUNCAL, A. (2019): “La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época, núm. 12, págs. 126-151. Fecha de consulta: 30-09-2021

URL: <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/10731>

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2019): *La denuncia administrativa. El régimen de la Ley 39/2015, de 2 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona

PÉREZ MONGUIÓ, J.M<sup>a</sup> (2019): “Del chivato al cooperador: el whistleblowing”, en *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)* núm. 115, págs. 375-343.

SIERRA RODRÍGUEZ, J. (2020): “Anonimato y apertura de los canales de denuncia de la corrupción”, en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 2020 ,55, págs. 41-1. Fecha de consulta: 05-10-2021

URL: [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=422987](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422987)

SIERRA RODRÍGUEZ, J. (2021): “Impulso europeo al whistleblowing y las autoridades de integridad”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, págs. 64-85. Fecha de consulta: 05-10-2021

URL: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/5703>

VESTRÍ, G. (2019), “Aproximación al sistema de «WHISTLEBLOWING». Un nuevo desafío para la Administración Pública española”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 510, págs. 24-1. Fecha de consulta: 11-10-2021

URL: [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=421416](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421416)

## **RÉGIMEN SANCIONADOR: RESPONSABILIDAD, COMPETENCIAS, INFRACCIONES, SANCIONES**

Riánsares López Muñoz<sup>1</sup>

### **I. INTRODUCCIÓN.**

En nuestro ordenamiento jurídico la facultad de imponer sanciones corresponde a la Administración, aunque su ejercicio se encuentra sometido a condicionamientos que se derivan de la subordinación genérica de toda la actividad administrativa a la ley. El principio de legalidad de los delitos y las penas y su extensión a las infracciones administrativas aparece reconocido en el artículo 25 de la Constitución donde se señala que “nadie debe ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. De igual modo, en el apartado 3º del mismo precepto se establece que: “La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. En consecuencia, las conductas sancionables tienen que estar, por tanto, previamente calificadas por la ley como infracciones administrativas.

Tanto en el ordenamiento estatal como autonómico, aquí analizados, aparece sin concretar el concepto de alto cargo, lo que no ha impedido acometer la configuración de un régimen sancionador aplicable a las conductas que este pudiera desarrollar en el ejercicio de su actividad. La consiguiente tipificación de las infracciones y sanciones se ha ido dimensionando con el transcurso del tiempo y, tras aparecer inicialmente focalizada en la persecución de posibles incompatibilidades y conflictos de intereses, se constata, en la legislación más reciente, una captura de nuevas conductas punibles que aparecen reguladas en leyes referidas a la transparencia,

---

<sup>1</sup> Profesora Contratada Doctora. Universidad de Granada.  
riansare@ugr.es