

La denuncia y la protección de las personas denunciantes. Análisis crítico de la ley 2/2023 y perspectivas de futuro, de J. A. MARGAÑOS, editorial Tecnos, III Premio Internacional de Investigación Instituto Clavero Arévalo, 2024, ISBN 978-84-309-9226-3, 384 pp.^{1*}

Desde los inicios del siglo XXI, la lucha contra la corrupción y sus múltiples manifestaciones (abuso de poder, soborno, malversación, nepotismo, fraude...) ha sido objeto de numerosos textos internacionales. Conscientes de la amenaza que supone para el Estado de derecho y la perjudicial incidencia que tiene en la economía nacional y mundial, organizaciones internacionales como Naciones Unidas o la OCDE han diseñado mecanismos para prevenirla y combatirla. Uno de ellos, al que se dedica la obra que aquí recensamos, es la protección al denunciante.

En el ámbito de la Unión Europea, la aprobación de la Directiva 1937/2019, conocida como la Directiva *whistleblowing*, supuso un cambio de paradigma en el tratamiento de los denunciantes. La norma europea parte de la constatación empírica de que los trabajadores se encuentran en una posición privilegiada para conocer los incumplimientos que se cometen en el seno de su entidad. Por ello, y con el objetivo de castigar las vulneraciones que permanecen ocultas en las entidades, reconoce a aquellas personas que, en un contexto laboral, conozcan incumplimientos graves o muy graves del derecho de la Unión Europea la facultad de denunciar estas irregularidades y el reconocimiento de un estatuto de protección para combatir las represalias que pudieran derivárseles por haber informado de aquellos incumplimientos.

La Directiva diseña distintas vías de comunicación para informar sobre los incumplimientos conocidos. Son los llamados «canal interno», «canal externo» y la «revelación pública». Los canales interno y externo cumplen la función de ser los sistemas de gestión de denuncias. La novedad de su regulación radica en las instituciones en las que han de implementarse, adentrándose tanto en las instituciones públicas como en la mayoría de las entidades privadas, salvo excepciones. Debe anotarse en este punto la trascendencia de la norma en relación con los sistemas tradicionales de comunicación de irregularidades y la incidencia directa de su regulación en la esfera jurídica de las entidades privadas, que quedan obligadas al cumplimiento de esta normativa.

En cuanto a la regulación de los sistemas de información, el uso del canal interno nace como canal preferente al externo, aunque no excluyente, pudiendo decidir el informante a cuál de ellos acceder sin necesidad de agotar previamente la vía inter-

¹ * Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i «De la transparencia al gobierno abierto», financiado por MICIU/AEI /10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

na. El sistema interno debe instaurarse en todas las instituciones públicas y entidades privadas, salvo aquellas cuya plantilla sea menor de cincuenta trabajadores. Por su parte, el canal externo, se configura a nivel estatal en la Autoridad Independiente de Protección al denunciante como organismo creado *ad hoc* para la gestión de las comunicaciones que afecten a la Administración General del Estado y sus entidades instrumentales, órganos constitucionales y de relevancia constitucional, entidades del sector privado cuando la infracción afecte a más de un territorio autonómico y como canal externo de las comunidades autonómicas con las que se haya suscrito un acuerdo. Paralelamente a la autoridad nacional, encontramos las instituciones autonómicas para la protección al denunciante, que conocerán de las infracciones cometidas en las instituciones autonómicas y locales y las entidades privadas cuando la infracción se circunscriba a su territorio. Finalmente, en última instancia se sitúa la revelación pública, mecanismo último de reacción para la difusión mediática de la información, a la que podrá acudir el alertador cuando haya informado de los incumplimientos tanto en el canal interno o externo y no se hayan tomado las medidas apropiadas, o cuando sin haber denunciado los hechos en los canales de información tenga motivos razonables para pensar que la infracción constituye un riesgo inminente para el interés público, o cuando en caso de denuncia puedan devengarse represalias, destrucción de pruebas o pueda prever que no vaya a haber un tratamiento efectivo de su comunicación.

En nuestro ordenamiento, la Directiva fue traspuesta a través de la Ley 2/2023, de protección de las personas informantes y lucha contra la corrupción. En su ámbito objetivo, la Ley amplía las infracciones que pueden denunciarse, que, junto con las irregularidades del derecho de la Unión Europea, abarca también las infracciones penales y administrativas graves y muy graves tipificadas en el derecho interno.

El análisis de estas dos normas, su encaje en el ordenamiento interno en relación con la regulación de la denuncia y las consecuencias de su aplicación constituyen el objeto de la obra que ahora recensionamos. El estatuto del informante, los requisitos necesarios para su reconocimiento, los sistemas de información y las medidas de protección a adoptar son algunas de las materias que el autor estudia minuciosamente del régimen jurídico de protección a los informantes junto al instituto de la denuncia en el ordenamiento administrativo y penal, lo que provee al lector de una visión completa sobre el marco normativo aplicable al alertador en nuestro ordenamiento.

La obra se divide en tres partes: una primera sobre la denuncia, su régimen de presentación y tratamiento; una segunda sobre los derechos reconocidos al denunciante y sus posibles beneficios, y, por último, una tercera en la que el autor redacta un listado de propuestas de mejora que enriquecen su investigación y dan nota del amplísimo conocimiento que posee de la materia.

El autor comienza su obra con la exposición del concepto que la Directiva 2019/1937 y la Ley 2/2023 recogen de la denuncia, los hechos que pueden ser denunciados y quienes pueden ostentar la condición de denunciante. En la configuración de la Ley 2/2023, concretamente en su ámbito objetivo, la norma introduce una novedad respecto de la Directiva. Amplía su ámbito objetivo a las «acciones y omisiones que pudieran ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy graves», y añade la aclaración de que «en todo caso, se entenderán comprendidas (en esta clasificación) todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen un quebranto económico para la Hacienda pública y para la Seguridad Social». Esta aclaración resulta a nuestro entender innecesaria, pues tenía su sentido en la redacción del anteproyecto de la ley cuando el artículo incluía «las acciones u omisiones que pudieran ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave o *cualquier vulneración del resto del ordenamiento jurídico siempre que, en cualquiera de los casos, afecten o menoscaben directamente al interés general, y no cuenten con una regulación específica*». Con la anterior regulación el inciso final servía de complemento para definir las vulneraciones que afectaren al interés público, pero suprimida esta parte resulta redundante y carente de significación. En esta misma línea, destaca el autor que «(esta) aclaración, (es) absolutamente innecesaria, pues en el todo está incluida la parte».

Sobre las infracciones que pueden ser denunciadas, destaca el autor que la ley no especifica si los atributos «graves o muy graves» le son aplicables únicamente a las infracciones administrativas, o si también condicionan a las penales, dada la inaplicabilidad que resultaría atribuirles esta calificación a estas últimas, pues el Código Penal no reconoce ninguna infracción muy grave, sino solo graves, menos graves y leves. Cabe también hacer mención del análisis que el autor realiza sobre las exclusiones que la Ley, en reiteración con la Directiva, acoge sobre su objeto. Nos referimos a las informaciones vinculadas a reclamaciones sobre los conflictos interpersonales o que afectan únicamente al informante y a las personas a las que se refiera la comunicación o revelación. Sobre ellas, la Directiva manifiesta que será decisión de los Estados proteger a los denunciantes de estas infracciones por este régimen o excluirlos y canalizar sus denuncias mediante otros procedimientos. El legislador español ha optado por excluirlas; sin embargo, consideramos que en coherencia con la ampliación que realiza del objeto de la norma debería haber incluido también estas infracciones en su ámbito de aplicación. En esta línea muestra su posición el autor al referir que «dejaría fuera de la aplicación de la LPI (los) conflictos meramente civiles o administrativos, (con) aspectos de muy escasa trascendencia [...], pero nunca a otras infracciones que, cumpliendo con los requisitos objetivos, se circunscribieran además a una conflictividad personal subyacente». Por último, en relación con el objeto de la norma reflexionamos acerca del debate que se introduce sobre los delitos

que pueden ser perseguidos una vez que ha sido presentada una denuncia en el canal de información. El autor cuestiona si la denuncia podrá referirse a cualesquiera de las infracciones penales contenidas en el Código o sólo a los delitos públicos. A su entender, y con fundamento en las circulares de la Fiscalía General del Estado, afirma que no deberán excluirse de la investigación determinados delitos por sus requisitos específicos de perseguibilidad.

En cuanto al ámbito subjetivo de la norma, el trabajo que reseñamos analiza la condición del denunciante, sus requisitos y la incidencia que tiene la aceptación de la denuncia anónima en ellos. Tanto la Directiva como la Ley 2/2023 delimitan la condición de denunciante a aquellas personas que en un contexto laboral hayan obtenido información que pudiera ser constitutiva de una de las infracciones recogidas en su articulado. *A contrario sensu*, se entiende que no podrán gozar de protección aquellas personas que, aun conociendo irregularidades, no hayan obtenido la información en el marco de una relación laboral. Es decir, la norma condiciona el reconocimiento de protección no sólo al cumplimiento de los requisitos materiales de tipificación de la conducta como infracción, sino también a que la información haya sido conocida dentro de un contexto laboral. A nuestro entender, el control estricto de estos requisitos desvirtúa enormemente la finalidad de la Ley de proteger a aquel ciudadano loable que informa de las irregularidades que conoce, pues somete su protección al cumplimiento de estos elementos y no a la entidad de la información que transmite. Por ello, y en línea con esta disfunción, consideramos acertada la opción del legislador español de admitir la presentación de denuncias anónimas. Sin embargo, su reconocimiento exento de ser un mecanismo puramente exitoso también implica desajustes en la propia norma. Por un lado, al admitir la denuncia anónima, carece de sentido la delimitación de la condición de denunciante, que queda ampliamente desdibujada, ya que difícilmente podrá comprobarse el requisito del vínculo laboral únicamente con la información transmitida. Por otro lado, el reconocimiento de la denuncia anónima como medio de comunicación de infracciones no solo afecta a la condición del denunciante propuesta por la Ley, sino que además incide directamente en la regulación de la denuncia en nuestro derecho positivo. En este sentido, para paliar los efectos de la admisión del anonimato respecto de los denunciantes, algunos países de nuestro entorno como Italia han diseñado un formulario de preguntas preceptivo previo a la presentación de la denuncia.

En los capítulos segundo y tercero, la obra analiza los requisitos y efectos de la presentación de la denuncia en la vía administrativa y penal con anterioridad a la Ley 2/2023. En sede administrativa, el recorrido de la denuncia anónima o incompleta era escaso: inadmisión a trámite y archivo en su mayoría. La Administración fundamentaba su inadmisión o archivo en la falta de los requisitos exigibles. Sin embargo, esta postura no ha estado exenta de críticas. En su contra se ha posicionado

parte de la doctrina administrativa que defiende la apertura de las actuaciones de investigación o comprobación en caso de que los hechos denunciados pudieran revestir indicios de veracidad, independientemente de si la denuncia cumple con todos los requisitos requeridos. Respecto del orden penal, el autor expone los escenarios que pueden producirse ante la presentación de denuncias defectuosas. Si esta se presenta ante la Fiscalía, el Ministerio Público puede archivar de plano, incluso en el propio decreto de incoación. El mismo efecto tienen las presentadas ante los órganos policiales, que ni siquiera se remiten al órgano judicial; otra posibilidad es que se dicte un auto de sobreseimiento libre. Este escenario ha cambiado radicalmente con la aprobación de la Directiva y la Ley 2/2023, ya que con su implementación se admite la denuncia anónima tanto de infracciones administrativas como de infracciones penales, graves y muy graves.

Sobre la participación del denunciante en el procedimiento y su legitimación para la impugnación de resoluciones, el autor realiza un extenso análisis de ambos órdenes jurídicos. Dentro del ordenamiento administrativo, anota la diferencia doctrinal y jurisprudencial que se realiza entre el «denunciante simple» y el «denunciante interesado», y cómo esta distinción incide en el reconocimiento de derechos para el informante. Respecto del primero, aborda la explicación MAGARIÑOS con cita de otro autor, GALLARDO CASTILLO, al evidenciar que no le serán otorgados otros derechos que los reconocidos a cualquier ciudadano, esto es, dentro del procedimiento iniciado, el «denunciante simple» «no tendrá derecho al procedimiento». Esta situación es bien distinta tras la promulgación de la Ley 2/2023, que otorga al alertador, tras ser admitida su denuncia, un elenco de derechos procedimentales y prestacionales. En cuanto a la legitimación para impugnar resoluciones administrativas en el orden jurisdiccional contencioso, afirma el autor con base en la jurisprudencia que solo aquel denunciante que acredite un interés legítimo en el procedimiento podrá acudir a la vía jurisdiccional para impugnar las resoluciones. Interés que deberá ser necesariamente diferente de aquel fundado en la defensa de la legalidad.

La obra examina también los nuevos canales de denuncia. La Ley 2/2023 introduce como novedad en nuestro ordenamiento la obligatoriedad, para la mayoría de las entidades del sector privado y todas las entidades del sector público, de implantar en el seno de sus organizaciones un sistema interno de gestión de denuncias mediante el que los trabajadores puedan presentar informaciones, de forma anónima si así lo deciden, sobre las infracciones previstas en el ámbito objetivo de la norma. Para el autor, la trascendencia de la Ley 2/2023 radica en el cambio de paradigma que supone la implantación de los canales de información con respecto a los anteriores procedimientos establecidos para la tramitación de comunicaciones sobre infracciones. Refiere que la Ley 2/2023 «no es solo una norma que otorga la protección a los denunciantes, sino que también supone una norma procedimental sobre la

recepción y tramitación de denuncias tanto a nivel administrativo como penal», una norma que, si bien no es procesal penal, tiene efectos directos sobre la incoación de ese proceso. Resulta de especial interés la reflexión expuesta, y que compartimos, en relación con el procedimiento de recepción de la denuncia y la posible externalización del servicio en el ámbito del sector público. ¿Podría afectar esta externalización a algún límite de los establecidos en el artículo 9.2 del TREBEP, en la medida en que este precepto limita la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas y la salvaguardia de los intereses generales a los funcionarios públicos? Tras una amplia exposición de pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales, nuestro autor manifiesta que «la mera recepción de informaciones no afecta al núcleo duro de la actividad funcional [..], por lo que no existiría inconveniente jurídico en su externalización.» ; pues «resultaría, [...] algo contradictorio, admitir que esa actividad forma parte de la esencia de la autoridad, mientras simultáneamente, se atribuye también de manera generalizada a las entidades privadas mediante los canales internos». Más interesante aún nos parece la exposición que realiza sobre la posible incompatibilidad entre el canal interno y el derecho a no autoinculparse de la entidad. Estaríamos en el supuesto de que una entidad recibe una denuncia alertando de que en su sede se ha cometido una infracción penal, debiendo remitir dicha información al órgano competente para su castigo. ¿Se está vulnerando con esta obligación el derecho de una persona jurídica a no declarar contra sí misma? No lo considera así el autor, ya que la inmediata remisión de las actuaciones, por ejemplo, al Ministerio Fiscal no afectaría a sus facultades de defensa que quedarían intactas en caso de ser investigadas posteriormente. En su exposición compara esta situación con otros supuestos similares de envío de documentación presentes en nuestro ordenamiento, como son los de aportación de documentos contables en el ordenamiento tributario, y para los que el Tribunal Constitucional ha manifestado que «cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad». Merecida mención requiere también el análisis que el autor elabora sobre el régimen de recursos que contiene la Ley 2/2023 frente a las decisiones de los canales internos y externos, y las zonas de inmunidad creadas por la norma al declarar que no serán recurribles ni en vía administrativa ni judicial las decisiones adoptadas por los organismos públicos con funciones de comprobación e investigación en relación con las informaciones. Por último, destacamos la valoración expuesta sobre la práctica de pruebas realizadas en sede de investigación por la AIPI y su posterior validación en sede penal en orden al principio de inmediación judicial.

El último capítulo de esta primera parte estudia la Autoridad Independiente de Protección al Denunciante (en adelante, AIPI). Cabe indicar que a fecha de publicación del texto aún no había sido aprobado el Estatuto de la AIPI, promulgado

mediante el Real Decreto 1101/2024, el 29 de octubre de ese mismo año. Sobre el contenido mostrado en este apartado abordaremos algunos de los puntos con mayor discusión doctrinal. En relación con la potestad sancionadora atribuida a la AIPI, la ley le otorga esta competencia a la autoridad estatal respecto de las infracciones cometidas por el sector público estatal y también respecto de las cometidas en el sector privado autonómico, salvo que la normativa de las comunidades les haya atribuido esta competencia a sus autoridades. Sin embargo, esta exigencia de atribución de la competencia no ocurre respecto de la función de canal externo, ni tampoco respecto de la competencia para la prestación de medidas de apoyo y protección, que sólo podrán ser ejercidas por la AIPI cuando la infracción afecte a más de un territorio autonómico. La crítica a este reparto de competencias radica en la disfunción que puede provocar en el sistema, en tanto que las autoridades autonómicas podrán ejercer sus funciones de canal externo y prestación de medidas de protección sin necesidad de reformar sus textos, pero no la potestad sancionadora respecto de las entidades privadas, salvo atribución expresa.

En cuanto a las facultades de la AIPI, conviene mencionar la potestad atribuida a la Autoridad para anular los actos de represalia y fijar indemnizaciones en favor de terceros y su alcance, pues como se afirma «la configuración e importancia de este órgano cambia de manera radical si se le reconoce la posibilidad de rechazar directamente actos de represalia, anulando decisiones públicas y/o privadas, (u) obligando a los infractores a indemnizar a los informantes de manera coercitiva». Lo cuestionable de estas competencias estriba en dilucidar si con el marco constitucional vigente y la previsión del artículo 28.2 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público puede un órgano administrativo sancionador fijar indemnizaciones de daños y perjuicios y anular actos de represalia, o si estas facultades son una tarea exclusiva de los órganos jurisdiccionales.

La segunda parte del libro examina los derechos reconocidos al denunciante en la Ley 2/2023, su encaje en el ordenamiento administrativo y penal, y su compatibilidad con los principios que rigen estos órdenes. Del elenco de derechos procedimentales, prestacionales y reintegradores que la Ley 2/2023 le concede al denunciante, haremos una breve referencia a la trascendencia que la admisión de la denuncia anónima implica. La aceptación del anonimato que consagra la Ley incide directamente en la regulación de la denuncia administrativa y penal. En sede penal, con anterioridad a la Ley 2/2023, el tratamiento otorgado a estas denuncias era bastante limitado, instando desde el Ministerio Público a extremar el celo con estas comunicaciones que, por lo general, debían ser archivadas, y solo podían ser tramitadas aquellas en las que la denuncia manifestase hechos con especial relevancia. En el ámbito administrativo, la denuncia anónima carecía de tratamiento. Una vez presentada la denuncia, su *iter* procedimental podría recorrer dos consecuencias, bien

sería inadmitida o bien archivada. Esta concepción ha cambiado de forma absoluta con la aprobación de la Ley 2/2023, que admite en su artículo 17.1 la presentación de informaciones sobre infracciones administrativas o penales, graves o muy graves, de forma anónima.

En el seno de la posición del informante, el autor enuncia y examina los requisitos que ha de cumplir el denunciante para ser merecedor de las medidas de protección. Requisitos subjetivos y objetivos, como ser persona física, haber obtenido la información en el seno de un contexto laboral, haber informado sobre una infracción tipificada dentro del ámbito material de aplicación, o haber realizado la denuncia mediante los canales de información o revelación pública. Esta última condición reviste especial importancia para la concesión de protección, ya que si la información no es transmitida mediante estos sistemas no se podrán conceder al denunciante las medidas de protección previstas en la norma. Esta desafortunada consecuencia, advertida ya por el autor, ha sido ratificada en sede judicial por el Tribunal Supremo en su Sentencia 1065/2023, de 20 de julio, Sala 3ª, con número de recurso 359/2022 e incluida como medida de reforma en el último plan de lucha contra la corrupción publicado en julio de 2025.

Para finalizar esta segunda parte, la obra analiza las exenciones previstas en la normativa general administrativa para aquellos denunciantes que son a su vez responsables de la infracción y el llamado derecho premial. Una técnica legislativa que cuenta con una amplia tradición en países como Estados Unidos, mediante la que se premia con importantes cantidades de dinero a los denunciantes que informen a la Administración sobre prácticas fraudulentas.

Por último, la tercera parte del trabajo contiene un elenco de propuestas de mejora para el sistema legal de protección estudiado. Algunas de ellas, referidas a aspectos muy relevantes del procedimiento, como la ausencia de previsión normativa para la remisión de las actuaciones de los tribunales a los órganos competentes sancionadores en caso de no revestir la infracción entidad suficiente de delito, o el replanteamiento de la configuración de los plazos máximos de investigación. La exposición de estas medidas junto con las conclusiones alcanzadas corrobora el amplísimo conocimiento que posee el autor sobre la materia y su sabiduría sobre la aplicabilidad real de las normas emanadas de su labor profesional que ejerce como magistrado.

Irene Isabel Franco Fernández

Contratada predoctoral investigadora de Derecho Administrativo

<https://orcid.org/0009-0000-1705-5348>

Universidad de Sevilla