

EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE: CONTRADICCIONES ENTRE EL DERECHO EUROPEO, COMPARADO, ESTATAL Y AUTONÓMICO¹

EMILIO GUICHOT
Universidad de Sevilla

Cómo citar/Citation

Guichot, E. (2024).
El ámbito de protección del denunciante: contradicciones entre el derecho europeo,
comparado, estatal y autonómico.
Revista de Administración Pública, 225, 103-132.
doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.225.04>

Resumen

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 deja a los Estados libertad para determinar el ámbito material y subjetivo de aplicación de sus normas de protección, en los ámbitos regidos por el derecho nacional, y se limita a impulsar un marco integral y coherente. Pero lo cierto es que, desde el nivel «constitucional» —o «supraconstitucional»—, la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Recomendación CM/Rec(2014)7, del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 30 de abril de 2014 sobre protección de los alertadores han establecido las condiciones en que una persona informante merece protección y, de esta forma, han establecido un estándar mínimo común de protección. La Ley 2/2023 de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, fruto de una chapuza legislativa en la determinación de su ámbito de aplicación, no satisface el mencionado estándar y se sitúa a la retaguardia respecto del derecho comparado y de algunas leyes autonómicas.

Palabras clave

Convenio Europeo de Derechos Humanos; denunciante; Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, relati-

¹ Este trabajo es parte del Proyecto «De la transparencia al gobierno abierto», financiado por MICIU/AEI /10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

va a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la unión; Ley 2/2023 de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción; Recomendación CM/REC(2014)7, del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 30 de abril de 2014 sobre protección de los denunciantes.

Abstract

Directive (EU) 2019/1937, of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019, on the protection of persons who report breaches of Union law leaves the Member States free to decide the material and subjective scope of application of the protection of whistleblowing in the areas governed by national law, even if it promotes a comprehensive and coherent framework. Nevertheless, from the «constitutional» —or «supraconstitutional»— level, the jurisprudence of the European Court and Recommendation CM/Rec(2014)7, of the Committee of Ministers of the Council of Europe of April 30, 2014 on protection of whistleblowers have established the conditions under which a whistleblower deserves protection establishing, thus, a common minimum standard of protection. The *Ley 2/2023 de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, does not satisfy the aforementioned standard or the protection guaranteed is in comparative law and in some Spanish regional laws.

Keywords

European Convention of Human Rights; whistleblower; Directive (EU) 2019/1937, of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019, on the protection of persons who report breaches of union law European Convention on Human Rights; Law 2/2023 of February 20, regulating the protection of persons who report regulatory violations and the fight against corruption; Recommendation CM/REC(2014)7 of the Committee of Ministers of the Council of Europe of 30 April 2014, on the protection of whistleblowers.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. DERECHO DEL CONSEJO DE EUROPA. III. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. IV. LA NUEVA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN. V. LAS NORMAS AUTÓNOMICAS DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE. VI. REFLEXIÓN FINAL.

I. PLANTEAMIENTO

El imaginario social del denunciante², influenciado por la representación cinematográfica o literaria³, es el del sujeto que pone en riesgo su propia vida desafiando «la ley del silencio» y destapando tramas corruptas⁴, en lo público, en lo privado o, a menudo, en ambas esferas. Esto es, se corresponde con lo que se ha llamado el «alertador ético», frente al «alertador interesado» o, incluso, «remunerado».

Esta asociación entre denuncia y corrupción está presente incluso en la perspectiva de los instrumentos internacionales más importantes, concretamente en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2004⁵, que abarca una serie de delitos asociados a la corrupción —cuyo concepto no define— y que

² Utilizaremos en este trabajo de forma indistinta los términos «denunciante», «alertador», «informante» o «*whistleblower*», que, pese a no ser castellano, es la denominación más reiterada en el derecho comparado y utilizada también con frecuencia en la doctrina española.

³ Valga este trabajo como personal homenaje a Leonardo Sciascia, un auténtico maestro de la ficción y la no ficción sobre este tema, en el trigésimo quinto aniversario de su fallecimiento.

⁴ En la definición canónica del Banco Mundial, la corrupción es el «abuso del cargo para obtener una ganancia privada». En esta misma línea, la definición de la Real Academia Española de la Lengua: «En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización indebida o ilícita de las funciones de aquellas en provecho de sus gestores».

⁵ Aprobada por Resolución 58/4 de la Asamblea General de 31 de octubre de 2003.

llama a los Estados parte a arbitrar la protección de las personas que la denuncien⁶.

Como veremos, el desarrollo del derecho del Consejo de Europa en relación con la protección del alertador ha evolucionado hacia un espectro mucho más allá de lo delictivo. Actualmente, abarca cualquier información relevante para la opinión pública referida a una actuación u omisión de un sujeto público o privado, que puede ser ilegal, irregular e incluso legal, pero cuestionable desde la perspectiva del interés general. De este modo, se ha independizado del concepto clásico de «corrupción», o, si se quiere, se ha dado un alcance muy amplio al término. En el derecho de la Unión Europea, además, la protección del denunciante se ha «utilizado» como un instrumento de gran potencial para detectar los incumplimientos en la aplicación de la normativa. Por su parte, el derecho comparado ha sido en general permeable a esta perspectiva, aunque con grandes diferencias en la definición del ámbito material y subjetivo de sus leyes de protección del *whistleblower*. La regulación estatal, la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (en adelante, Ley 2/2023), que partía en su anteproyecto de una concepción en línea con la apuntada, ha sido tremendamente cicatera en su redacción final, y plantea no pocas contradicciones, muchos interrogantes, elevadas dudas sobre su efectividad y altas dosis de sacrificio para la seguridad jurídica.

Sobre ello reflexionamos en el presente trabajo.

II. DERECHO DEL CONSEJO DE EUROPA

Desde la primera década de este siglo, el sistema del Consejo de Europa ha dado un impulso decisivo a la protección del denunciante, por dos vías. La primera de ellas, a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que ha considerado que la protección del denunciante es, bajo determinadas condiciones, una garantía derivada de la libertad de expresión reconocida en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). La segunda, mediante el impulso de diversas iniciativas normativas. Como se comprobará, tanto la jurisprudencia del TEDH como los textos normativos del Consejo de Europa han desbordado la asociación entre lucha contra la corrupción y protección del denunciante, para enmarcar esta en la garantía de la libertad de divulgar información referida a ilegalidades, mala administración

⁶ Art. 33: «Cada Estado parte considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención».

o, más en general, atentados, riesgos o prácticas que puedan resultar atentatorias contra el interés general.

La jurisprudencia del TEDH sobre protección del denunciante se inicia a finales de la primera década de este siglo, y extiende la protección derivada de la libertad de expresión al que alerta, de buena fe, no en interés propio, sino de la sociedad y con base en información veraz, acerca de conductas que afectan negativamente al interés público. Los informadores son, a menudo, empleados públicos o de empresas públicas que prestan servicios públicos, pero también de empresas privadas en relación con asuntos de interés público, que alertan de malas prácticas que solo ellos, por su singular posición, conocen. Considera el TEDH, como derivación directa de la libertad de expresión, que, si actúan dando a conocer información de relevancia pública, y lo hacen prioritariamente a través de cauces internos y solo como último recurso a los medios de comunicación, no deben sufrir repercusiones negativas desproporcionadas. Lo que interesa ahora subrayar, a los efectos del concreto tema que nos ocupa en este trabajo, es que el TEDH no ha puesto como condición que la conducta denunciada sea, desde la perspectiva del derecho nacional, ilegal, ni, menos aún, que esté tipificada penal o administrativamente. Además, ha ido más allá de la protección frente a medidas de represalia en el ámbito laboral, para extenderla a condenas judiciales, con sanciones de prisión o multa y/o obligación de indemnizar, todas ellas impuestas de conformidad con el derecho nacional. También ha de subrayarse, en directa relación con lo anterior, que no protege solo a los denunciantes cuando son empleados del sector público o el privado, sino también a los usuarios de servicios públicos e, incluso, a los medios de comunicación cuando sufren registros que pretenden identificar a sus fuentes de información⁷.

⁷ Esta doctrina se elaboró por vez primera en la STEDH de 12 de febrero de 2008, *Guja contra Moldavia*. Un comentario en V. Junod (2009), «La liberté d'expression du *whistleblower*: Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), *Guja c. Moldova*, 12 février 2008», *Revue trimestrielle des droit de l'homme*, 2009, págs. 227-260. El asunto *Guja* se refería a un caso de posible injerencia del Ejecutivo en el Poder Judicial, mediante presiones informales, esto es, lo que podríamos calificar de abuso de poder y corrupción, que le costó el despido al informante. La STEDH de 19 de febrero de 2009, *Martchenko contra Ucrania*, se refería a una denuncia del uso de recursos públicos para fines privados por parte de la directora de un colegio, por la que el denunciante fue condenado a pena de prisión. La STEDH de 26 de febrero de 2009, *Kudeshkina contra Rusia*, se refiere a otro caso de abuso de poder, mediante presiones del Ejecutivo y del propio Poder Judicial a una juez de lo penal para que abandonara una causa políticamente comprometida, pues enjuiciaba un caso de brutalidad policial. La denunciante fue apartada del cargo de juez. En la STEDH de 21 de julio de 2011, *Heinisch contra Alemania*, se trataba de una enfermera que denunciaba carencia en los medios personales y materiales de un geriátrico, y que fue despedida a resultas de la denuncia. La STEDH de 15 de noviembre de 2012, *Bargao y Domingos Correia contra Portugal*, tiene como recurrentes a dos ciudadanos que denuncian incumplimientos de la jornada laboral y abuso de poder de un trabajador de

El TEDH ha sentado su doctrina más reciente y elaborada en un caso particularmente ilustrativo de cuanto decimos y de gran eco mediático: la filtración de los acuerdos fiscales entre la Hacienda luxemburguesa y las grandes multinacionales instaladas en aquel país al calor de esas ventajas fiscales, el llamado *Luxembourg Leaks* o *Luxleaks*⁸. En su primer pronunciamiento⁹, el TEDH juzgó que en este caso no prevalecía el interés público de la información sobre el daño causado a

un centro de salud público, y que son condenados penalmente por difamación a pena de multa e indemnización. La STEDH de 8 de enero de 2013, *Bucur y Toma contra Rumanía*, se refiere a una denuncia de abuso de poder de los servicios de inteligencia, mediante escuchas telefónicas indiscriminadas, por la que los agentes del servicio de inteligencia alertadores fueron condenados penalmente por revelación de secretos oficiales a pena de prisión. En la STEDH de 21 de octubre de 2014, *Matúz contra Hungría*, un empleado de una cadena pública de televisión denuncia la censura informativa por parte del director respecto de determinados contenidos, y es despedido en represalia. En la STEDH de 19 de enero de 2016, *Görmüs y otros contra Turquía*, los demandantes son el director, redactores jefe y periodistas de investigación de un semanario que publica un artículo que desvela una filtración por parte de un empleado público sobre cómo las autoridades militares señalan ONG afines y no afines para invitarlas o no a actos oficiales, y en represalia son objeto de un registro general. En todos estos casos, se considera que se trata de información de interés público amparada por la libertad de expresión y en que esta prevalece sobre los derechos o principios en conflicto, con el resultado de considerarse desproporcionadas las sanciones de todo tipo (laborales, en forma de condena judicial o incluso en forma de registro). Por el contrario, no se considera que concurre este interés público prevalente cuando se trata de informaciones no contrastadas que atentan gravemente contra el honor de personas concretas. Así, en la STEDH de 21 de junio de 2016, *Soares contra Portugal*, en que el *whistleblower* es un jefe de las fuerzas de seguridad portuguesas que informó por correo electrónico a las autoridades inspectoras de un mal uso de dinero público por parte de un comandante, del que tuvo conocimiento a través de tercero, y es condenado penalmente por difamación a pena de multa y a indemnizar, a lo que se suma una sanción disciplinaria de suspensión de empleo por un número de días. O en la STEDH de 16 de febrero de 2021, *Gawlik contra Liechtenstein*, en la que el denunciante es un médico empleado en un hospital público que, tras investigar en los archivos médicos electrónicos del hospital, pero sin verificarlo con información complementaria de los archivos en papel, concluye que su jefe ha practicado ilegalmente la eutanasia activa a diferentes pacientes y lo denuncia, por lo que fue objeto de despido, declarado procedente por los tribunales. O en la STEDH de 9 de diciembre de 2021, *Wojczuk contra Polonia*, en la que un empleado en un museo público envió cartas a diversas autoridades con acusaciones de mala gestión de fondos públicos, incumplimientos de la legislación laboral y otras irregularidades, imputándolas al director del museo, sin que se constatará ninguna base fáctica, y fue condenado penalmente por difamación a multa, y civilmente a indemnizar.

⁸ En el caso que llegó al TEDH, un empleado de una consultora multinacional, PriceWaterhouseCoopers, filtró a un periodista de un medio televisivo documentos confidenciales relacionados con los acuerdos fiscales, fue despedido y objeto de sanción penal de multa por importe de 1 000 euros.

⁹ STEDH de 11 de mayo de 2021, *Helt contra Luxemburgo*.

la reputación del empleador y la pérdida de confianza de sus clientes en el dispositivo de seguridad de la empresa, dado que la información no era «esencial, nueva o previamente desconocida», puesto que las primeras revelaciones habían tenido lugar un año antes, y la sanción había sido proporcionada. El pronunciamiento no fue pacífico. Contó con un voto particular suscrito por dos jueces¹⁰, y fue objeto de cuestionamiento por la doctrina¹¹. Recurrida la sentencia ante la Gran Sala, esta la revocó y declaró la vulneración del art. 10 CEDH¹². El TEDH comenzó apuntando que no existe una definición jurídica inequívoca a escala internacional y europea de «denunciante», y ha de apreciarse caso por caso. Lo decisivo es que se trate de una persona que en un contexto laboral *de facto* tiene conocimiento de información de interés público de la que alertar a su empleador o la opinión pública. En un contexto tal, ha de alcanzarse un justo equilibrio entre libertad de expresión y deber de reserva y lealtad. Ahora bien, constata que ha habido una evolución al respecto, marcada por el lugar (preminente) que ocupan los denunciantes en las sociedades democráticas y el papel de liderazgo que son susceptibles de desempeñar a la hora de sacar a la luz información de interés público o en el desarrollo del marco jurídico europeo e internacional que los protege. Para enjuiciar estos asuntos, desde la óptica de la libertad de expresión, ha de atenderse a una serie de criterios: los medios utilizados para realizar la divulgación, la autenticidad de la información divulgada, la buena fe, el interés público en la información divulgada, el daño causado y la gravedad de la sanción. A los efectos del concreto objeto de nuestro trabajo, que es el relacionado con el ámbito de aplicación de la normativa de protección del denunciante, nos centraremos solo en el relacionado con el «interés público en la información divulgada»¹³. Al respecto, el alcance de la información de interés público que puede entrar en el ámbito de la denuncia de irregularidades conforme a esta jurisprudencia es muy amplio: por una parte, el TEDH ha admitido que presentan interés público cuestiones referidas al debate político en una sociedad democrática en la que están en juego «abusos de poder», «comportamientos irregulares» y «conductas o actos ilícitos»¹⁴. Por otra, ha reconocido también interés público a informaciones sobre «mal funcionamiento» o comportamientos o prácticas discutibles o criticables¹⁵. El peso del interés público de la información confidencial divulgada varía

¹⁰ De los jueces Lemmens y Pavli.

¹¹ V. Junod (2022), «*Whistleblowing*: des frontières fluctuantes (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt Halet c. Luxembourg, 11 mai 2021)», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 129, págs. 113-122), y A. Schahmaneche (2021), «Droit à la liberté d'expression-De la conventionnalité de l'amende infligée à un lanceur d'alerte», *La Semaine Juridique édition générale*, 21, 25 de mayo de 2021.

¹² STEDH de 14 de febrero de 2023, *Helt contra Luxemburgo*.

¹³ Ados. 131 a 144.

¹⁴ Lo ejemplifica en sus sentencias *Guja, Bucur y Toma*, y *Gawlik*.

¹⁵ Sería los casos resueltos en sus sentencias *Heinisch* o *Görmüs* y otros.

según las hipótesis en cuestión, y es decreciente según la información se refiera a actos o prácticas ilícitas, a actos, prácticas o comportamientos reprobables o a una cuestión que alimenta un debate que suscita controversia sobre la existencia o no de un atentado al interés público. Los primeros tienen indubitablemente un interés público particularmente importante¹⁶; los segundos pueden tener una importancia particular¹⁷. Si bien las informaciones susceptibles de considerarse de interés público se refieren, en principio, a autoridades o instancias públicas, no ha de excluirse que, en algunos casos, puedan referirse al comportamiento de actores privados, como las empresas, que se exponen también inevitable y conscientemente a un control atento de sus actuaciones, en especial en lo que se refiere a sus prácticas comerciales, a la responsabilidad de sus dirigentes o al interés económico en sentido amplio. Además, el interés público de una información no ha de apreciarse solo a escala nacional, ya que ciertas informaciones pueden presentar un interés público a escala supranacional —europea o internacional— o para terceros Estados y sus ciudadanos. La cuestión de saber si una divulgación que vulnera un deber de confidencialidad sirve o no al interés público, de forma que merece la protección especial de la que se benefician los alertadores en virtud del art. 10 CEDH, requiere de un examen que se efectúa, no de manera abstracta, sino en función de las circunstancias de cada asunto y del contexto en el que se inscribe¹⁸.

En paralelo a esta jurisprudencia, el Consejo de Europa ha adoptado iniciativas de modelos normativos. Ya en 1999, los Convenios de Derecho Penal, núm. 173¹⁹, y de Derecho Civil, núm. 174²⁰, sobre la Corrupción aludían a la necesidad de adoptar medidas legislativas de protección del informante. En 2010, en su Resolución 1729, la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa invitó a los Estados a revisar su legislación de protección del *whistleblower*. La resolución se refiere a la lucha contra la corrupción, pero también a la mala administración, tanto en el sector público como en el privado. En efecto, anuda la denuncia a diversos tipos de actos ilegales, incluidas todas las violaciones graves de los derechos humanos que afecten o amenacen la vida, la salud, la libertad y cualesquiera otros intereses legítimos de las personas como sujetos de la Administración pública o contribuyentes, o como accionistas, empleados o clientes de empresas

¹⁶ Pone como ejemplo la sentencia *Gawlik*.

¹⁷ Pone como ejemplo la sentencia *Heinisch*, pues afectaba a la salud de personas vulnerables.

¹⁸ Aplicado al concreto asunto objeto del recurso, y pese a que las prácticas de optimización fiscal eran legales, la Gran Sala se inclina por el mayor peso sobre el debate ciudadano de la política fiscal a la vista de casos concretos, a la vista de las constataciones en cuanto a la importancia, a escala tanto nacional como europea, del debate público sobre las prácticas fiscales de las multinacionales al que las informaciones divulgadas aportaron una contribución esencial.

¹⁹ Art. 22.

²⁰ Art. 9.

privadas. Se añade, pues, ya la perspectiva de la mala gestión y de los riesgos para el interés colectivo no necesariamente asociados a una actuación ilegal. El instrumento más reciente e importante es la Recomendación CM/Rec(2014)7, del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 30 de abril de 2014, sobre protección de los alertadores (en adelante, la Recomendación), que propone un marco nacional basado en una serie de principios comunes, creando un marco normativo, institucional y judicial. En cuanto al ámbito material, son los Estados miembros los que tienen que determinar qué se considera de interés público a los efectos de implementar estos principios, debiendo especificar explícitamente el alcance del marco nacional, que debería, al menos, incluir las violaciones del derecho y de los derechos humanos, así como riesgos para la salud y la seguridad públicas y el medio ambiente²¹. En lo que hace al ámbito subjetivo, la protección frente a represalias se extiende a todos los individuos que trabajan en los sectores público y privado, independientemente de la naturaleza de su relación laboral o de si es o no retribuida.

III. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

En 2017, el Parlamento europeo adoptó dos iniciativas para impulsar la aprobación de unas normas mínimas comunes en materia de protección de los alertadores²². En ambos casos, la finalidad de las normas se asoció a la lucha contra la corrupción, el fraude y la tutela del interés público, y su ámbito fue más allá de las ilegalidades. Consecuentemente, en 2018, la Comisión Europea adoptó dos iniciativas clave en materia de protección del denunciante coordina-

²¹ Art. I.2. La Memoria explicativa argumenta que lo que es de interés público será en muchas áreas un terreno común entre los Estados miembros, pero en otras puede haber una diferencia de apreciación. Por eso no se define en la Recomendación y se deja a los Estados, si bien se mencionan tres áreas fundamentales. De la comparación de las legislaciones estatales se puede extraer como áreas: la corrupción y actividades criminales; las violaciones de la ley o de normas administrativas; el abuso de autoridad o de posición pública; el riesgo para la salud pública, alimentaria o la seguridad; el riesgo para el medio ambiente; los errores graves de gestión por parte de organismos públicos; el derroche flagrante de fondos públicos o la ocultación de cualquiera de las conductas mencionadas.

²² Resolución de 20 de enero de 2017 [2016/2055(INI)] sobre la función de los denunciantes en la protección de los intereses financieros de la Unión, que se apoya en el concepto de «irregularidad» y alude a «prácticas ilegales, ilícitas o dañinas cuando la publicación de dicha información de buena fe y en favor del interés público constituya una prioridad»; y Resolución de 24 de octubre de 2017 [(2016/2224 (INI)] sobre medidas legítimas para la protección de los denunciantes de infracciones que actúan en aras del interés público, que subraya «la necesidad de garantizar siempre una protección eficaz de los denunciantes, aun cuando la información revelada no guarde relación con actos ilícitos, puesto que sus revelaciones tienen por objetivo evitar un posible daño al interés público general».

das entre sí: aprobó la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social europeo «Reforzar la protección de los denunciantes en la UE» (en adelante, la Comunicación)²³, que fomenta que los Estados arbitren una protección completa de los denunciantes mediante normas nacionales que se inspiren en la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa y en la jurisprudencia del TEDH que hemos reseñado, así como en los principios de la propuesta de Directiva que lanzó ese mismo año, que se convertiría en la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión Europea (en adelante, la Directiva)²⁴. Ambas, Comunicación y Directiva, hicieron referencia expresa a su entronque con la jurisprudencia del TEDH y con la Recomendación del Consejo de Europa mencionada.

La Directiva ha sido objeto de un merecido estudio doctrinal²⁵. Nos limitaremos a apuntar los elementos que resultan claves a los efectos de nuestro trabajo, esto es, los referidos a la finalidad y al ámbito de esta normativa.

La Directiva tiene por finalidad expresa el reforzar la aplicación efectiva del derecho de la Unión a través de la protección de los denunciantes que detecten incumplimientos en los sectores que ella misma determina. Hay que destacar que no es, propiamente, una Directiva «anticorrupción» que establezca o armonice tipos penales, norma que de hecho se encuentra actualmente en tramitación²⁶.

²³ Comunicación de 23 de abril de 2018, COM(2018) 214 final.

²⁴ SEC(2018) 198 final.

²⁵ Véanse, entre otros, V. Abazi (2021), «Whistleblowing in the European Union», *Common Market Law Review*, 58, págs. 813-850; J. Gimeno Beviá y B. López Donaire (dirs.) (2022), *La Directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, Valencia: Tirant lo Blanch; Kobron-L. Gasiorowska (2022), «European Union model of whistleblowing», *Review of European and Comparative Law*, 48, págs. 191-207; D. Kostakopoulou (2024), «'J'accuse!': whistleblowing, critical citizenship and the EU directive in whistleblowers' protection», *Journal of European Integration*, 46, págs. 477-497; V. Magnier (dir.) (2023), *Directive (UE) 2019/1937 sur la protection des «lanceurs d'alerte»*. *Commentaire article par article*; J. Miranzo Díaz (2019) «La nueva Directiva europea de protección del denunciante: un análisis desde el derecho público», *Revista General de Derecho Europeo*, 49; A. Pitras (2020), «Le lanceur d'alerte. Étude comparée entre droit français et droit de l'Union européenne», *Revue trimestrielle de Droit européen*, págs. 181-194; A. A. Rodrigues (2022), *O regime de protecao dos denunciantes (whistleblowers). Uma análise comparada e jurisprudencial*, Coimbra: Almedina; J. T. Stappers (2021), «EU Whistleblower Protection Directive: Europe on Whistleblowing», *ERA Forum*, 22, págs. 87-100; A. Van Waeyenberge y Z. Davies (2021), «The Whistleblower Protection Directive (2019/1937): A Satisfactory but Incomplete System», *European Journal of Risk Regulation*, 12, págs. 236-244.

²⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la corrupción, por la que se sustituyen la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo y el

Es más, el término corrupción no aparece en el articulado, sino solo en menciones específicas en algunos Considerandos, y las autoridades anticorrupción son solo una de las posibilidades de canal externo, junto, por ejemplo, autoridades judiciales, organismos de regulación o de supervisión competentes en los ámbitos específicos de que se trate, autoridades con una competencia más general a escala central dentro de un Estado miembro, autoridades encargadas del cumplimiento del derecho o defensores del pueblo. Si acudimos a los motivos y objetivos declarados en la propuesta de la Comisión, se trata de proteger las denuncias de «actividades ilícitas y abuso de Derecho» que pueden ocasionar «graves perjuicios al interés público» bajo la lógica de que los que trabajan o están en contacto por razones laborales con una institución pública o privada son a menudo los primeros en conocerlas y pueden de este modo contribuir a prevenir daños y detectar amenazas o perjuicios para el interés público. Si no se protege a los denunciantes, se provocan efectos negativos para la libertad de expresión y libertad de los medios de comunicación del 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y «además, la carencia de una protección eficaz de los denunciantes puede poner en peligro la aplicación del Derecho de la UE».

A partir de estas apreciaciones, la Comisión constató que existía una protección dispar en la Unión Europea que había que solventar mediante la aprobación de un marco normativo común como ya se había alcanzado en ámbitos como los servicios financieros, la seguridad del transporte o la protección del medio ambiente. La protección del denunciante se situaba así en línea de coherencia con otras políticas de la Unión²⁷. No obstante, a falta de una base general para

Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo [COM(2023) 234 final]. Su finalidad es actualizar el marco jurídico vigente de la UE en materia de lucha contra la corrupción. Esta Propuesta de Directiva presupone que la Directiva 2019/1937 se aplica a las denuncias de fraude, corrupción y cualquier otra actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión, así como a las personas que denuncien tales infracciones. La Propuesta señala la siguiente relación con la Directiva 2019/1937: «La Directiva se aplica también a las denuncias de fraude, corrupción y cualquier otra actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión, así como a las personas que denuncien tales infracciones. Dicha Directiva debe hacerse aplicable a la denuncia de las infracciones penales a que se refiere la presente propuesta, así como a la protección de las personas que las denuncien. Las autoridades nacionales competentes deben garantizar también que quienes aporten pruebas o cooperen de otro modo en el contexto de investigaciones penales reciban la protección, el apoyo y la asistencia necesarios a lo largo del proceso penal». Por tanto, extiende la protección a cualquier denunciante por la vía penal que no utiliza los canales internos, externo y de revelación pública de esa Directiva.

²⁷ Este mecanismo se contemplaba ya en materias como la política de igualdad de trato o la de protección de los trabajadores contra el acoso, y también en la regulación de la función pública europea, en el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agen-

la aprobación de una norma general sobre protección del denunciante, hubo de recurrirse a una delimitación expresa de sectores de aplicación, anudado cada uno a una base competencial diversa, en número de hasta diecisiete, y limitado a las informaciones transmitidas en el contexto laboral. De este modo, la Comisión optó por proponer una directiva relativa a la protección de los denunciantes en ámbitos específicos (incluidos los intereses financieros de la Unión) en los que las infracciones podían ocasionar graves perjuicios para el interés público y había escasez de denuncias, con objeto de mejorar así la aplicación del derecho de la Unión.

En cuanto a su ámbito material, el término clave es el de «infracción», que se identifica con las acciones u omisiones ilícitas en los sectores señalados por la Ley, así como las que «desvirtúen el objeto o la finalidad de las normas establecidas en los actos y ámbito de actuación de la Unión que entren dentro de su ámbito de aplicación material²⁸; esto es, a prácticas que, siendo lícitas, puedan considerarse contrarias al interés público, particularmente en el ámbito fiscal²⁹, pero no solo³⁰. Los sectores incluidos en el ámbito material los enumera la propia Directiva y son aquellos que no cuentan con una regulación específica de protección del denunciante y respecto de los que la Comisión considera prioritario «azuzar» las denuncias para mejorar en efectividad en la aplicación³¹. Si acudimos a la justificación de la propuesta de Directiva, en ella se deja constancia de que los criterios para la selección de esos sectores fueron: que hubiera la necesidad de reforzar la aplicación; que la escasez de denuncias fuera un factor clave que afectara a la ejecución, y que las infracciones pudieran ocasionar graves perjuicios al interés público³². Por lo demás, ha de advertirse —por las razones que se comprenderán

tes de la Unión Europea, modificado en 2004 para, entre otros, establecer procedimientos para la comunicación de cualquier fraude, corrupción o irregularidad grave, y ofrecer protección frente a consecuencias adversas al personal de la UE que comunique información sobre infracciones.

²⁸ Art. 5.1).

²⁹ Como desarrolla el considerando 18. Sin duda, tuvo una influencia decisiva el caso conocido como «Luxemburgo Leaks», «LuxLeaks», un escándalo financiero que reveló en noviembre de 2014 los detalles de las operaciones secretas de trecientas cuarenta y tres grandes empresas transnacionales para evitar el pago de impuestos, a través de «acuerdos fiscales». El caso daría origen a las sentencias *Halet* del TEDH, que hemos comentado, *supra*.

³⁰ Como apunta el considerando 42: «La detección y la prevención efectivas de perjuicios graves para el interés público exige que el concepto de infracción incluya también prácticas abusivas, como establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a saber, actos u omisiones que no parecen ilícitos desde el punto de vista formal, pero que desvirtúan el objeto o la finalidad de la ley».

³¹ Son los enumerados en el art. 2.1, que se detallan en el Anexo.

³² De hecho, la propuesta se basó en los resultados de una amplia consulta pública. Según los encuestados, las cuatro principales áreas en las que era necesaria dicha protección son: i)

al analizar la transposición en España— que la Directiva no distingue en función del grado de gravedad de las infracciones. Todas ellas quedan cubiertas bajo su manto.

En lo que hace a su ámbito de aplicación personal, se integra en él tanto al sector privado como al público, siempre que el denunciante haya obtenido la información en el contexto laboral, que la propia Directiva define³³ y precisa de forma amplia, en el que se incluye a las personas colaboradoras o afectas al denunciante o las empresas con él relacionadas, pero no a los usuarios o clientes de esas empresas y, menos aún, a cualquier ciudadano³⁴.

La Directiva, en línea con lo sostenido en la Comunicación, alude a la posibilidad de extender su ámbito material de aplicación a las infracciones del derecho nacional, en aras de alcanzar «un marco global y coherente de protección de los denunciantes a escala nacional»³⁵.

La Directiva fijó como plazo de transposición el 17 de diciembre de 2021 y previó que la Comisión elaborase un informe sobre su grado de ejecución y aplicación a más tardar a 17 de diciembre de 2023, al que seguiría un informe de evaluación de la repercusión de las normas nacionales de transposición a más tardar a 17 de diciembre de 2025³⁶.

El informe sobre el grado de ejecución y aplicación finalmente se presentó el 3 de julio de 2024³⁷. Constata el retraso general en la transposición. Solo tres Estados miembros adoptaron y notificaron medidas de transposición completa. En enero de 2022, la Comisión abrió procedimientos por infracción a los otros veinticuatro. En marzo de 2023, presentó recursos por incumplimiento contra seis de ellos³⁸, que ya han llevado a la primera declaración de incumplimiento, acompañada de sanciones³⁹, en la que el Tribunal de Justicia ha resaltado la importancia de la Directiva como medio para reforzar la efectividad del derecho de la Unión Europea. El Informe analiza el contenido de las normas estatales de

lucha contra el fraude y la corrupción (95% de los encuestados); ii) lucha contra la evasión y la elusión fiscales (93%); iii) protección del medio ambiente (93%); y iv) protección de la salud y la seguridad públicas (92%).

³³ Que se define en el art. 5.9) 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».

³⁴ Art. 4.1.

³⁵ Considerando 5.

³⁶ Art. 27.

³⁷ COM(2024) 269 final.

³⁸ Hungría, Estonia, República Checa, Luxemburgo, Alemania y Polonia.

³⁹ La STJUE de 25 de abril de 2024, Asunto C-147/23, *Comisión contra Polonia*, declaró el incumplimiento por este Estado, con condena al pago de siete millones de euros y 40 000 euros por cada día de persistencia en el incumplimiento.

transposición. Consta que diversos Estados han traspuesto de forma restrictiva la definición de infracción, en especial, al omitir las acciones y omisiones que desvirtúen el objeto o la finalidad de las normas que entran en el ámbito material de la Directiva (por ejemplo, los casos de abuso de derecho) —entre otros es el caso de España, como veremos—⁴⁰. También que la mayor parte de los Estados han extendido el alcance de sus normas de trasposición a áreas o actos no cubiertos por la Directiva, en línea con la Comunicación de la Comisión que fomentó la extensión del ámbito de aplicación a otras áreas, y más en general para asegurar un marco comprensivo y coherente a nivel nacional⁴¹. Entre sus conclusiones, apunta que la transposición necesita mejorarse en algunas áreas clave, una de ellas, el ámbito material de aplicación.

Como puede comprobarse, hay disparidad en las transposiciones de la Directiva respecto de la extensión de su ámbito material en relación con el derecho nacional. El Informe no se refiere a casos nacionales concretos, pero, acudiendo a las fuentes legales originales y profundizando un poco más en relación con Estados que, por su proximidad o por su relevancia en esta materia puedan ser más significativos, el panorama es el siguiente:

– En Francia⁴² se considera denunciante a «una persona física que denuncia o divulga, sin compensación económica directa y de buena fe, información relativa a un delito, una infracción, una amenaza o daño al interés general, una violación o un intento de ocultar una violación de un compromiso internacional debidamente ratificado o aprobado por Francia, de un acto unilateral de una organización internacional adoptado sobre la base de tal compromiso, del derecho de la Unión Europea, de una ley o de un reglamento». Además, el ámbito subjetivo se extiende más allá de la relación laboral, ya que se prevé que cuando la información no haya sido obtenida en el marco de las actividades profesionales, el denunciante deberá haber tenido conocimiento personal de ella⁴³.

– En Italia⁴⁴, la protección se extiende a las personas que denuncien conductas, actos u omisiones que supongan violaciones de disposiciones nacionales o de

⁴⁰ Otros han omitido aspectos de la definición de «información sobre infracciones», como la inclusión de las sospechas razonables», las infracciones «que muy probablemente puedan producirse» o los «intentos de ocultar tales infracciones».

⁴¹ Así, unos pocos Estados han incluido cualquier violación del derecho de la Unión Europea, y no solo los sectores previstos en la Directiva. Algunos lo han extendido a infracciones del derecho nacional en los sectores mencionados de la Directiva. Casi la mitad lo han ampliado a áreas específicas de derecho nacional, como las infracciones relacionadas con la corrupción o infracciones administrativas y/o penales, a veces exigiendo gravedad —parece que se refiere a España, aunque el informe no nombra a los países en cuestión—. Algunos, a cualquier violación que pueda dañar el interés público, a veces exigiendo gravedad.

⁴² Ley núm. 401 de 21 de marzo de 2022.

⁴³ Art. 6.1.

⁴⁴ Decreto legislativo núm. 4, de 10 de marzo de 2023.

la Unión Europea que lesionen el interés público o la integridad de la Administración pública o del organismo privado, de las que hayan tenido conocimiento en el contexto laboral público o privado, entendido en un sentido amplio⁴⁵.

–En Suecia, la protección del denunciante es una derivada de la libertad de información y expresión y el concepto clave es el de «irregularidades que afectan al interés público» (*wrongdoings in the public interest*), concepto de difícil evaluación (habiendo casos que pueden considerarse claros, como los que afectan a la salud, el medio ambiente, la seguridad de los productos, el uso de fondos públicos...) ⁴⁶.

En fin, cabe concluir que el ámbito material se corresponde en países de referencia para España con las directrices del derecho europeo e incluso en algunos países como Francia es más amplio, extendiéndose a cualquier persona que tiene conocimiento directo de cualquier daño o amenaza al interés general.

IV. LA NUEVA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

En España, la Directiva fue transpuesta, a nivel estatal, por la Ley 2/2023⁴⁷, que ha sido objeto de notable interés doctrinal⁴⁸.

⁴⁵ Arts. 1 y 2.a).

⁴⁶ Sobre este sistema, me remito a mi trabajo «El acceso a la información pública y la protección del informante en Suecia: rasgos distintivos», *Revista Española de la Transparencia*, 20, 2024 (en prensa).

⁴⁷ Hasta la entrada en vigor de la Ley 2/2023, algunos ciudadanos españoles trataron de hacer valer la protección de la Directiva ante el propio Tribunal de Luxemburgo. Tanto el Tribunal General como el Tribunal de Justicia pusieron de relieve que estos asuntos han de plantearse ante el juez nacional, inadmitiendo los recursos (así, ATG de 27 de abril de 2021, T-719/20, confirmado por ATJ de 1 de febrero de 2022, C-322/21 P, *Roberto Alejandro Macías Chávez y otros contra Parlamento y Reino de España*; y ATG de 8 de noviembre de 2021, T-419/21, confirmado por ATJ de 2 de mayo de 2022, *José María Castillejo Oriol contra Comisión*, C-1/22 P). También inadmitió un recurso frente a la falta de actuación de la Comisión a la vista de la carta que le dirigió un particular a principios de 2022 denunciando el incumplimiento del Reino de España del plazo de transposición. Se trataba de un funcionario que decía haber sufrido represalias tras denunciar un caso de corrupción en adjudicaciones de contratos de obras, y la Comisión le respondió que debía plantearlo ante los tribunales nacionales. El TG resolvió conforme a la doctrina que reconoce discrecionalidad plena a la Comisión para iniciar procedimientos por incumplimiento (ATG de 5 de mayo de 2022, T-124/22, *Ignacio Falcó Capilla contra Comisión*).

⁴⁸ J. M. Ayala de la Torre y J. M. Bueno Sánchez (2023), *La protección del informante en el derecho español: tras la Directiva Whistleblower y la Ley 2/2023 de 20 de febrero*, Cizur Menor: Aranzadi; C. Aymerich Cano y M. Parajó Calvo (dirs.) (2023), *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las entidades locales*, Las Rozas: El Consultor de los Ayuntamientos-La Ley; S. Bacigalupo (2020),

Pese a ser fundamentalmente una norma de transposición de la Directiva —como lo atestigua su tramitación de urgencia tanto como anteproyecto como posteriormente en sede parlamentaria— añadió para la denominación de los incumplimientos respecto de la Directiva la referencia que debe tratarse de infracciones «normativas» —una adjetivación de notable ambigüedad y alcance, como inmediatamente se argumentará— y la coletilla «y de lucha contra la corrupción».

En el debate parlamentario, se invocó repetidamente la lucha contra la corrupción⁴⁹. En su preámbulo, la Ley se refiere tanto a las prácticas irregula-

«La protección de los alertadores desde una perspectiva jurídico-penal. Reflexiones sobre la transposición de la Directiva 2019/1937», *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación*, 1, págs. 163-180; M. Fortuny Cendra (dir.) (2023), *250 preguntas y respuestas sobre la Ley de Protección de los Informantes*, Cizur Menor: Aranzadi; A. Galán Galán (2023), *Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero*, Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local; P. Iglesias Rey (2022), «El desafío del sector público ante la aplicación de la Directiva de protección del informante. Los canales de denuncia», *Revista galega de administración pública*, 64, págs. 175-190; (2023), «Implicaciones de la nueva ley de protección del informante: la exigencia de los canales de denuncia en el sector público como un elemento nuclear de los sistemas de integridad», *Auditoría pública*, 81, págs. 164-178; E. Jiménez Franco (2022), «Prospectiva administrativa y la futura ley de protección de los informantes» en Z. Sánchez Sánchez (dir.), *Regulación con prospectiva de futuro y de consenso. Gobernanza anticipatoria y prospectiva administrativa* (págs. 215-242), Cizur Menor: Aranzadi; J. M. Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.) (2023), *El nuevo sistema de protección del informante: estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Las Rozas: Bosch-La Ley; J. M. Pérez Monguió (2023), «Red o telarañas: condiciones para la protección del informante», *Revista Española de la Transparencia*, 18, págs. 133-163; J. E. Quesada Lumbreras (2024), «Las medidas de protección del informante: la base de la funcionalidad del sistema», *Revista Vasca de Administración Pública*, 128-I, 2024, págs. 125-155; J. Sierra Rodríguez (2023), «Cinco insuficiencias de la Ley 2/2023 de protección de informantes», *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, extra 3; (2022), «La autoridad independiente de protección del informante en la Ley 2/2023», *Revista española de control externo*, págs. 78-103; (2023), «Los sistemas internos de información en la Ley 2/2023 de protección de personas informantes: un análisis jurídico ante su inmediata exigibilidad», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, págs. 70-98; J. A. Tardío Pato (2022), «La protección del denunciante para garantía del cumplimiento de la legalidad y evitar la corrupción», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 217, págs. 11-60; E. Velasco Núñez, *El canal de denuncias: sector privado y público: la protección del informante en la Ley 2/2023, de 20 de febrero*, Las Rozas: La Ley; M. A. Villegas García (2022), «Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley de protección del informante», *Diario La Ley*, 10187.

⁴⁹ La corrupción salió en la mayor parte de las intervenciones parlamentarias. Pueden consultarse el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 237, de 22 de diciembre de 2022 y los *Diarios de Sesiones del Senado*, 120, de 8 de febrero de 2023, y 121, de 9 de febrero de 2023.

res como a las de corrupción y alude a la corrupción para justificar la inclusión en el ámbito subjetivo de los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y sus fundaciones. Ahora bien, en su articulado no añade nada a la estructura normativa de la Directiva, esto es, no hace pivotar su ámbito material de aplicación en su extensión a las infracciones del derecho nacional sobre el concepto de corrupción, salvo la genérica referencia a la «integridad» cuando se establece cuál es la finalidad de la Ley, ni define la corrupción ni lleva a cabo una regulación específica adicional de la lucha contra la corrupción. En cuanto a la autoridad estatal encargada de garantizar su ejecución, pese a que el Preámbulo considera que la Ley le atribuye funciones «que van más allá del contenido de la norma europea y cuya inclusión radica en una mayor garantía y extensión de la protección del informante» y la califica de «pilar institucional esencial en la lucha contra la corrupción», se denomina, simplemente, Autoridad Independiente de Protección del Informante, sin añadido alguno relativo a la corrupción ni en su denominación ni en el listado de sus competencias⁵⁰.

Si atendemos al ámbito material de aplicación, junto a la reproducción del previsto en la Directiva respecto de infracciones del Derecho de la Unión Europea, la Ley incluye las «acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave. En todo caso, se entenderán comprendidas todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social»⁵¹. La colecciona «en todo caso [...]» es —una vez más— la resultante de una chapuza legislativa. En el anteproyecto, la dicción del precepto era «acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave o cualquier vulneración del resto del ordenamiento jurídico siempre que, en cualquiera de los casos, afecten o menoscaben directamente el interés general, y no cuenten con una regulación específica. En todo caso, se entenderá afectado el interés general cuando la acción u omisión de que se trate implique quebranto económico para la Hacienda Pública» (cursivas nuestras)⁵². Era, pues, la afectación al interés general la clave para la determinación del ámbito

⁵⁰ En la disposición adicional quinta prevé la aprobación de la llamada «Estrategia contra la corrupción», que es, en realidad una mera llamada al Gobierno para la evaluación de la aplicación de la Ley.

⁵¹ Art. 2.1.b).

⁵² En la Memoria del Análisis del Impacto Normativo del Ministerio de Justicia, de 13 de septiembre de 2022, se da cuenta de los resultados de la consulta pública realizada a través de la web del 7 al 27 de enero de 2021. Una de las cuestiones planteadas fue si debía ampliarse la protección del denunciante a cualquier materia de derecho nacional más allá de la normativa con origen en el derecho europeo. La respuesta fue muy mayoritariamente afirmativa, asociándolo a cualquier conducta u omisión contraria a la integridad y que, por ello, ponga en juego los intereses públicos, incluida la vulneración de códigos de conducta. Se preguntó también si debían acogerse las denuncias anónimas, con una respuesta muy mayoritariamente positiva.

material: ni era suficiente cualquier infracción grave o muy grave, cuando no afectara al interés general; ni estaban excluidas las vulneraciones del ordenamiento jurídico no tipificadas como infracción grave o muy grave, si afectaban al interés general. De ahí que el quebranto económico fuera una especificación de lo que en todo caso sí afectaba al interés general. El sistema parecía coherente y en línea con la finalidad protectora del interés público que busca, como hemos visto, la normativa internacional y europea de protección del denunciante. Sin embargo, la dicción actual es la que se incorporó al Proyecto. A resultas de esta literalidad, están incluidas *solo* las infracciones graves y muy graves⁵³, y *todas* las infracciones muy graves y graves, de tal modo que la coetilla carece de sentido lingüístico y lógico⁵⁴, como ya advirtió en la tramitación del anteproyecto del Consejo de Estado, que juzgó su mantenimiento no solo como innecesario, sino como susceptible de generar inseguridad jurídica⁵⁵. En la tramitación parlamentaria no se aprobó una enmienda para su supresión⁵⁶ y sí otra transaccional que añadió la mención a la Seguridad Social⁵⁷.

Otra enmienda intentó extender el ámbito material a cualquier infracción administrativa y no solo a las graves y muy graves⁵⁸. Otra serie de enmiendas

⁵³ En el Dictamen 1361/2022 del Consejo de Estado la acotación del ámbito material a infracción grave y muy grave fue valorada positivamente por el Consejo de Estado, por entender que salvaguarda mejor el principio de seguridad jurídica: «Versiones precedentes del anteproyecto optaban, con una referencia genérica a la afectación del interés público, por una delimitación menos objetiva de este ámbito de aplicación; la nueva redacción propuesta en el texto sometido a dictamen cumple mejor con las exigencias del principio de seguridad jurídica».

⁵⁴ En este mismo sentido se ha expresado la doctrina. Por ejemplo, J. M. Ayala de la Torre y J. M. Bueno Sánchez (2023, pág. 84), que señalan que el inciso es innecesario por redundante y, además, impreciso. Pretende acentuar la preocupación del legislador por proteger, fundamentalmente, el erario, pero hubiera sido más conveniente en la parte expositiva. O S. Fernández Ramos, «Ámbito de aplicación», en J. M. Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.) (2023, pág. 56), que considera que esa coetilla, tras la modificación del ámbito de aplicación inicial, es «superflua», y «carece por completo de significación».

⁵⁵ En el Dictamen 1361/2022 del Consejo de Estado puede leerse: «Se entiende, en todo caso, que la referencia a las acciones u omisiones “que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública” deben ser también constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave, es decir, que esta tipificación constituye un presupuesto y que la última frase del precepto no hace sino incluir un ejemplo que podría en todo caso eliminarse, pues ya no resulta indispensable y podría inducir a la interpretación errónea de que en este caso no es necesario que la acción u omisión esté tipificada en los términos indicados en la primera frase de la letra b)».

⁵⁶ La enmienda núm. 1 del Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso.

⁵⁷ A partir de la enmienda núm. 66 de Podemos en el Congreso.

⁵⁸ Enmienda 66 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común (argumentando que: «en relación con las modificaciones al primer apartado, a efectos de la delimitación del ámbito material de la ley, el criterio que debería

intentaron recuperar el texto del Anteproyecto, eliminando la limitación a las infracciones, y ampliándolo a cualquier ilegalidad que comprometiera el interés general⁵⁹. Diversos grupos propusieron una misma adición para incluir en el ámbito material, como letra c), las «acciones u omisiones abusivas que, sin aparentar ilicitud desde el punto de vista formal, desvirtúen el objeto o finalidad de la ley», siguiendo la definición de «infracción» contenida en la Directiva⁶⁰. En una línea similar, se propuso también incluir «todas aquellas prácticas que perjudican el interés general, como las vulneraciones de los códigos de conducta»⁶¹. Alguna

presidir la delimitación es la protección de las personas informantes que pudieran sufrir represalias, y no así, la naturaleza de la infracción comunicada. En ese sentido, y de acuerdo con la propia Directiva (que habla de “infracciones”, sin exigir que sean graves o muy graves) se debe incluir en el ámbito de aplicación de esta ley todo tipo de infracciones administrativas».

⁵⁹ En el Congreso, enmienda 247 del Grupo Parlamentario Plural. Se justificaba así: «En cuanto al ámbito material de aplicación (art. 2) consideramos que debe de recuperarse el texto del Anteproyecto que era más amplio que el recogido en el actual Proyecto de Ley y que se referiría tanto a acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave como cualquier vulneración del resto del ordenamiento jurídico siempre que, en cualquiera de los casos, afecten o menoscaben directamente el interés general, y no cuenten con una regulación específica. El Proyecto ha suprimido la mención final eliminando del ámbito de protección a denunciantes de corrupción de hechos que suponiendo una vulneración del ordenamiento jurídico afectan o menoscaban directamente al interés general sin necesidad de que constituyan infracciones penales o administrativas. Debe de recuperarse ese inciso final, sin necesidad de añadir que “no cuenten con una regulación específica”». Se reproducen en el Senado las enmiendas 13 y 114 del Grupo Parlamentario Izquierda Confederal.

⁶⁰ Así, en el Congreso, la enmienda 22 del Grupo Parlamentario Ciudadanos (que lo justificaba con referencia al Considerando 42 de la Directiva, ya que «no hay duda de que quien denuncia prácticas abusivas que ponen en riesgo la integridad de las instituciones merece protección»), la 44 del Grupo Parlamentario Plural, la 66 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, la 133 del Grupo Parlamentario Plural y la 247 del Grupo Parlamentario Plural (argumentadas como que «responde a la necesidad de vincular el ámbito material de aplicación a la lucha contra la corrupción y el fortalecimiento de la integridad. Los consideran. 42, 108 y 109 de la Directiva recuerdan que la defensa del interés público y del derecho a una buena administración exigen manejar una noción de ‘infracción’ que incluya las prácticas abusivas y que estas no necesariamente se reconducen siempre a infracciones penales o administrativas formales»). En esta misma línea, en el Senado, la enmienda 93 del Grupo Parlamentario Nacionalista, 113 y 114 del Grupo Parlamentario Izquierda Confederal.

⁶¹ En el Senado, enmienda 115 del Grupo Parlamentario Izquierda Confederal, justificada de esta forma: «Sin tener en cuenta este apunte, esta ley serviría solo para unos pocos casos y no para establecer la higiene democrática que la sociedad, harta de tantos chanchullos, reclama».

incluso intentó conciliar todas las perspectivas⁶². Todas corrieron la misma suerte, el rechazo.

La redacción adoptada plantea muchas objeciones, entre ellas, las siguientes:

1) Tal y como ha quedado redactado el precepto, tan solo otorga protección a los denunciantes de infracciones administrativas en sentido técnico, esto es, previstas en una norma sancionadora, en la definición del art. 27.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público⁶³. Esto es, solo están cubiertos por esta protección la denuncia de infracciones, no la de ilegalidades no constitutivas de infracción. Excluye, así, total o parcialmente sectores sumamente relevantes de la actuación administrativa donde a veces se dan casos de incumplimientos muy graves y constitutivos de palmaria corrupción con afectación a los intereses generales: piénsese que, en materia de contratos, donde no hay un régimen sancionador, y donde, por ende, solo actúan los mecanismos de protección del denunciante previstos en la Ley en lo que hace a la infracción de las normas que tienen su origen en las Directivas de contratos; en el caso de las ayudas y subvenciones, en que las infracciones se refieren fundamentalmente al beneficiario pero no a la entidad que las otorga, o en el del empleo público...⁶⁴. Se separa así el legislador español del modelo de la Directiva respecto a las infracciones del derecho de la Unión, en los que el término infracción —y el cotejo de las versiones en distintos idiomas lo confirma— es utilizado como equivalente a «incumplimiento» o «vulneración» de la norma. *A fortiori*, excluye la denuncia de actuaciones u omisiones que pudieran considerarse contrarias a los intereses públicos, pero que no supongan la vulneración de una norma. Ha de reseñarse que la doctrina española ha sido crítica con este planteamiento. Ya con anterioridad a la elaboración del anteproyecto, puso de manifiesto que debía abarcar los sectores más inclinados a prácticas desviadas, como el acceso a la función pública⁶⁵, o, incluso, ir más allá del concepto de ilegalidad, para incorporar los

⁶² En el Senado, la enmienda 133 del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Euskal Herria Bildu proponía la siguiente redacción: «Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa, abuso de autoridad o conductas claramente contrarias a códigos éticos aplicables. En todo caso, se entenderán comprendidas todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social». Se justificaba como: «Añadir el concepto de abuso de autoridad en las posibles situaciones comprendidas en la presente ley».

⁶³ «Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración Local en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril. Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves».

⁶⁴ En este mismo sentido, S. Fernández Ramos «Ámbito de aplicación», en J. M. Pérez Monguío y S. Fernández Ramos (coords.) (2023, pág. 60).

⁶⁵ J. A. Tardío Pato (2022, pág. 35).

códigos de conducta y los códigos éticos⁶⁶. Una vez presentado el Proyecto y su delimitación del ámbito material, destacó su insuficiencia, por no incluir abarcar las malas prácticas ni permitir la denuncia por cualquier persona que tuviera conocimiento de la información⁶⁷. Convertida en Ley, se ha mantenido crítica⁶⁸.

2) La redacción y su referencia a las infracciones «administrativas» deja en la ambigüedad si deben entenderse incluidas en la ley las infracciones «disciplinarias» o si la exclusiva referencia a las infracciones «administrativas» —en una norma nacional y, por tanto, concedora de la diferente terminología entre un tipo y otro— excluye las disciplinarias. La cuestión es trascendental, puesto que, como ha apuntado la doctrina, algunas de ellas están estrechamente vinculadas al ámbito de la corrupción (como las faltas muy graves de prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro, el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad, la falta grave de intervenir en un procedi-

⁶⁶ S. Bacigalupo (2020, pág. 173).

⁶⁷ E. Jiménez Franco (2022, págs. 227-228) afirma, en relación con el ámbito material, que «resulta loable dicha ampliación, pero resulta claramente insuficiente tanto desde un punto de vista material como personal «debería ampliarse a las malas prácticas, tanto administrativas como privadas, como pueden ser abusos de autoridad, mala gestión, conductas discriminatorias o contrarias o lesivas al interés general». Señala el contraste con la propia exposición de motivos, que dispone que «la generalización de un sistema interno de informaciones facilita la erradicación de cualquier sospecha de nepotismo, clientelismo, derroche de fondos públicos, financiación irregular u otras prácticas corruptas», pero luego no lo afronta el articulado (pág. 228). Además, considera en relación con el ámbito subjetivo que «se debería ampliar a cualquier persona que pueda facilitar información veraz, y que tenga la necesidad moral de colaborar en el descubrimiento de conductas perjudiciales para el interés general».

⁶⁸ S. Fernández Ramos (2023, págs. 56-61), entiende que «este criterio debería complementarse, que no sustituirse, tal y como se contemplaba en el anteproyecto de ley, con otros incumplimientos aun cuando no sean constitutivos de infracción formal, pero que afecten o pongan en riesgo el interés general, incluyéndose, como mínimo, los hechos que pudieran ser constitutivos de corrupción, fraude, desviación de poder o mala praxis (que deberían ser, en tal caso, objeto de definición por el legislador)». M. Blázquez Expósito, «La reciente Ley 2/2023: su encaje con la Ley andaluza 2/2021 y su incidencia desde la perspectiva de las autoridades autonómicas antifraude», en J. M. Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.) (2023, pág. 421), manifiesta críticamente que la Ley deja fuera la «corrupción blanda» y que «la indulgencia frente a ella es totalmente contraria al espíritu y finalidad perseguida por la norma», dado que precisamente la investigación de esas conductas es el cometido más común de las oficinas antifraude, porque las otras caerán normalmente en el ámbito penal, de lo que deduce que «quizás la pretensión haya sido instituir una suerte de instrucción administrativa que sirva de peana a la Jurisdicción penal [...] Se trataría de crear un paso intermedio entre la denuncia del informante de corrupción y su acceso al orden jurisdiccional penal, que serviría para “refinar” la denuncia y hacérsela llegar al Ministerio Fiscal con algo de depuración».

miento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas, o las infracciones sobre conflictos de intereses relacionados con altos cargos⁶⁹). Ciertamente, muchas serán a la vez constitutivas de infracción penal, pero su exclusión apuntaría en el sentido contrario a la finalidad de la Directiva.

3) La Ley establece como criterio para delimitar el ámbito material la distinción entre infracciones graves y muy graves (incluidas) y leves (excluidas) que resulta discutible y de muy delicada apreciación en muchos supuestos. Es cierto que la Directiva prevé que los incumplimientos menores puedan dar lugar al archivo en la vía del canal externo, si bien garantizando la protección del denunciante⁷⁰, pero lo previsto en la Ley española es bien diferente, dado que no es una apreciación *ad casum* de la relevancia de una infracción que entra en el ámbito de aplicación de la norma y compatible con la protección del denunciante, sino que es una exclusión *ab initio* del ámbito de aplicación de la norma que además supone la desprotección del denunciante⁷¹. En efecto, el denunciante difícilmente conocerá si un incumplimiento normativo está tipificado como infracción y, menos aún, si está catalogado como muy grave, grave o leve. Pues bien, la protección de los denunciantes solo opera cuando el informador «tenga motivos razonables para pensar que la información referida [...] entra en el ámbito de aplicación de esta ley»⁷². Debe, además, repararse que quedan expresamente excluidos de la protección prevista en la Ley aquellas personas que comuniquen o revelen informaciones contenidas en comunicaciones que hayan sido inadmitidas por algún canal interno o por alguna de las causas de inadmisión de las comunicaciones al

⁶⁹ J. M. Ayala de la Torre y J. M. Bueno Sánchez (2023, pág. 59).

⁷⁰ Art. 11.3: «Los Estados miembros podrán disponer que las autoridades competentes, tras examinar debidamente el asunto, puedan decidir que la infracción denunciada es manifiestamente menor y no requiere más seguimiento con arreglo a la presente Directiva, que no sea el archivo del procedimiento. Lo anterior no afectará a otras obligaciones o procedimientos aplicables para tratar la infracción denunciada, ni a la protección prevista por la presente Directiva en relación con la denuncia interna o externa. En tales casos, las autoridades competentes notificarán al denunciante su decisión y la motivación de las mismas».

⁷¹ Por el contrario, J. M. Ayala de la Torre y J. M. Bueno Sánchez (2023, págs. 84-89), consideran que la limitación a las infracciones graves y muy graves es «adecuada», por un argumento práctico, de evitar colapsar el sistema, y por otro lógico, y es que en los casos de infracciones leves las posibilidades de represalias son menores y de baja intensidad. Ahora bien, admiten que genera inseguridad que solo al final del ulterior procedimiento sancionador o disciplinario que eventualmente se instruya podrá determinarse si los hechos denunciados eran constitutivos de infracción penal o administrativa grave o muy grave. S. Fernández Ramos (2023, pág. 61), estima «de un elemental principio de proporcionalidad» dejar fuera las infracciones leves, pues tendría cierto fundamento en la propia Directiva, cuando regula la posibilidad de inadmitir en el canal externo las denuncias de infracciones manifiestamente menores.

⁷² Como dispone el art. 35.1.a).

canal externo⁷³ y que, respecto de este último, la Autoridad Independiente de Protección del Informante debe inadmitir la comunicación cuando los hechos relatados no sean constitutivos de infracción del ordenamiento jurídico incluida en el ámbito de aplicación de la Ley⁷⁴. De este modo, se pone de manifiesto una contradicción, dado que, por una parte, se establece el carácter automático o reglado de la exclusión de la protección del informante en los casos de inadmisión por el canal interno o el externo fundada en que la conducta denunciada no es una infracción que entre en el ámbito material de la ley⁷⁵, y, por otra, se alude como criterio para el otorgamiento de protección al alertador a la «razonabilidad» de la denuncia, y, por tanto, se reconoce un margen de apreciación para el mencionado otorgamiento de protección, que a su vez genera incertidumbre en cuanto a la concreción de qué sea «razonable»⁷⁶. Esta pésima regulación genera una quiebra para la seguridad jurídica y es, sin duda, un contraestímulo para no denunciar o hacerlo de forma anónima⁷⁷.

4) La Ley incluye en las conductas denunciables cualquier infracción grave o muy grave, tanto en el ámbito del sector público como en el del sector privado, aunque no se encuentre en juego el interés público o, visto de otro modo, presuponiendo que en estos casos hay siempre un interés público en juego, lo cual puede ser discutible, en contradicción con la propia finalidad expresada de la norma, que, junto a la protección del informante, «el fortalecimiento de las infraestructuras de integridad de las organizaciones y el fomento de la cultura de la información o comunicación como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público»⁷⁸. Nos parece cuestionable que se pueda utilizar la Ley para la denuncia de cualquier infracción muy grave o grave (piénsese, por ejemplo, la denuncia por un empleado de infracciones en materia de tráfico cometidas por vehículos de la institución en cuestión) al margen de una conexión directa con la finalidad confesada de la Ley⁷⁹.

⁷³ Conforme al art. 35.2.a).

⁷⁴ Conforme al art. 18.2.a).2º.

⁷⁵ Lo que deriva de la conjunción de los arts. 18.2.a) y 35.2.a).

⁷⁶ Art. 35.1.a).

⁷⁷ En esta línea, para M. Fortuny Cendra (2023, pág. 48), «la problemática vendrá dada porque el informante, normalmente lego en derecho, informará sobre conductas que considere que están dentro del alcance material de la Ley, pudiendo no ser así. La inseguridad que ello provoca a la hora de denunciar es mayúscula, y por ello la Ley utiliza el concepto de razonabilidad a la hora de informar [...] El concepto motivos razonables no viene definido por la Ley, por lo que dependerá de cada situación. Ante la inseguridad jurídica que ello supone, las consecuencias pueden ser desde desalentar a [sic] la práctica la presentación de informaciones a provocar que las denuncias se presenten de forma anónima».

⁷⁸ Art. 2.1.

⁷⁹ En este sentido se pronunciaba en la consulta pública la Oficina Antifraude de Cataluña, para la que «el ámbito de aplicación debe guardar relación con el interés público (general)

A ello se suman las contradicciones con la propia Directiva, que alcanzan también al ámbito material de protección definido por ella y que pueden dar lugar a una futura declaración de incumplimiento, por la vía del recurso por incumplimiento, acompañada en su caso con una condena pecuniaria, o por la de la cuestión prejudicial de interpretación⁸⁰.

V. LAS NORMAS AUTONÓMICAS DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE

Antes de la aprobación de la Ley estatal, diversas comunidades autónomas tomaron la iniciativa en la regulación de mecanismos de lucha contra la corrupción, definiendo su ámbito de aplicación. No es este el lugar para su examen exhaustivo, pero si cabe decir, a modo de conclusión, que son leyes de muy diverso alcance. La primera en el tiempo, la de Cataluña, que, abarca las conductas que pueden enmarcarse en el concepto más general de corrupción⁸¹. Posteriormente,

y, por tanto, referirse a aquellas conductas e infracciones (también de derecho interno) que pongan en peligro o que lesionen gravemente dicho interés general, con independencia de la naturaleza de la infracción (administrativa, penal o de otro tipo). Como quiera que el interés general abarca potencialmente todo el derecho público, es necesario circunscribir el sistema de protección de las personas alertadoras al conjunto de ámbito y materias propios del Sistema Nacional de Integridad (SIN). Ello supone otorgar protección por todo tipo de alertas de fraudes e incumplimientos de leyes comunitarias y nacionales y de alertas por incumplimiento, por acción u omisión, de las prescripciones de los códigos éticos que puedan dar lugar a exigencias de responsabilidad: casos de abusos y despilfarros, por ejemplo».

⁸⁰ Desde el punto de vista de la corrección o no de la transposición en la Directiva, la Ley deja fuera toda actuación que, sin infringir una norma, «desvirtúen el objeto o la finalidad de las normas, esto es, a prácticas que, siendo lícitas, puedan considerarse contrarias al interés público». Además, prevé que las decisiones de archivo de denuncias por parte de la Autoridad Independiente de Protección del Informante no son impugnables (art. 20.4), lo que parece contrario a la Directiva, conforme a cuyo considerando 103: «Toda decisión adoptada por autoridades en perjuicio de los derechos otorgados por la presente Directiva, en particular las decisiones por las que las autoridades competentes decidan archivar el procedimiento relativo a una infracción denunciada a causa de ser manifiestamente menor o reiterada, o decidan que una denuncia concreta no merece tratamiento prioritario, está sujeta a control judicial de conformidad con el art. 47 de la Carta». Esta limitación no se reproduce en otras normas nacionales estudiadas, como la francesa, la italiana o la sueca. Súmese que la protección frente a represalias se limita a las adoptadas en los dos años posteriores a la revelación, salvo extensión excepcional por la autoridad competente (art. 36.4), lo que ha sido juzgado por la Comisión como contrario a la Directiva en su Informe sobre el grado de ejecución y aplicación de 3 de julio de 2024.

⁸¹ La Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña establece en su art. 1.2 como finalidad de la Oficina la de «prevenir e investigar posibles casos concretos de uso o destino ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular

y por orden cronológico, la Ley de Castilla-León se limitó a establecer cauces y medidas de protección del denunciante de delitos⁸²; la de las Islas Baleares incluyó en su ámbito de aplicación «las actividades susceptibles de generar fraude, corrupción o una situación de ilegalidad que afecte a los intereses generales»⁸³; la de la Comunidad Valenciana se refirió a cualquier infracción, penal, administrativa o disciplinaria⁸⁴; la de Aragón abarcó los delitos y las responsabilidades por alcance⁸⁵; la de Navarra se refirió a la corrupción y las prácticas fraudulentas⁸⁶; y la

derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público». En coherencia con esa finalidad, entre sus funciones, figuran, conforme a su art. 4.1, las de las de: «a) Investigar o inspeccionar posibles casos de uso o destino irregulares de fondos públicos, así como conductas opuestas a la probidad o contrarias a los principios de objetividad, eficacia y sumisión plena a la ley y al derecho. b) Prevenir y alertar con relación a conductas del personal y altos cargos que tengan o puedan tener como resultado el destino o uso irregulares de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento contrario al ordenamiento jurídico, que comporten conflicto de intereses o que consistan en el uso en beneficio privado de informaciones que tengan por razón de sus funciones y el abuso en el ejercicio de estas funciones». Y el art. 16.3 dispone que: «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».

⁸² Ley 2/2016, de 11 de noviembre, de Castilla y León, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración pública y se establecen las garantías de los informantes. Esta Ley fue derogada por Decreto Ley 3/2023, de 11 de mayo, por el que se regula el sistema interno de información de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

⁸³ Art. 2.2 de la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears. La Ley fue derogada por la Ley 2/2024, de 11 de abril, de creación del Registro de transparencia y control del patrimonio y de las actividades de los cargos públicos.

⁸⁴ La Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana, se refiere en su art. 1.3 a la persecución del fraude y la corrupción de las instituciones públicas valencianas y para el impulso de la integridad y la ética pública y en su art. 4.c) recoge la competencia de la Agencia para «investigar los actos o las omisiones que pudieran ser constitutivos de infracción administrativa, disciplinaria o penal y, en función de los resultados de la investigación, instar la incoación de los procedimientos que corresponda para depurar las responsabilidades que pudieran corresponder».

⁸⁵ La Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de la Comunidad de Aragón, en su art. 45.1 se ciñe a «hechos que puedan suponer delitos contra la administración o que den lugar a la exigencia de responsabilidades por alcance».

⁸⁶ Art. 1.2 de la Ley foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra.

de Asturias hacía referencia a los ilícitos administrativos o penales [relacionados] con la corrupción o comportamientos contrarios a la integridad pública⁸⁷. Ya una vez aprobada la Directiva, la de Andalucía⁸⁸ extiende su objeto a las denuncias de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros⁸⁹ y define además estos conceptos⁹⁰, estableciendo un modelo más acorde con la finalidad de la Directiva⁹¹; y, por último, la de la Comunidad de Madrid se apoya en el concepto de «infracción», caracterizado como cualquier acto u omisión ilegal o que desvirtúe el objeto o finalidad de las normas autonómicas, asumiendo claramente la definición europea del ámbito material, pero aplicada al ámbito autonómico⁹².

El legislador estatal ha obviado, como puede verse, los modelos autonómicos posteriores a la Directiva y situados en su misma lógica⁹³.

⁸⁷ Art. 59 de la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Asturias, Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés, que regula en su título IV las denuncias.

⁸⁸ Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante.

⁸⁹ Art. 1.b).

⁹⁰ Art. 2.

⁹¹ Como apunta M. Blázquez Expósito, «La reciente Ley 2/2023: su encaje con la Ley andaluza 2/2021 y su incidencia desde la perspectiva de las autoridades autonómicas antifraude», en J. M. Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.) (2023, pág. 421).

⁹² Art. 2 del Decreto 63/2022, de 20 de julio, por el que se establece y regula el canal interno para el tratamiento de las informaciones sobre posibles infracciones.

⁹³ Con posterioridad a la ley estatal, algunas comunidades autónomas han procedido a regular sus propios canales internos y externos, siguiendo el marco de la ley estatal. Así, Galicia, en su Ley 10/2023, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, modificó la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia, para prever la creación de la Autoridad Gallega de Protección de la Persona Informante, que se adscribe a la institución del Valedor del Pueblo. Remite en su art. 51 *sexies*.1 su ámbito material al diseñado en el art. 2 de la Ley estatal 2/2023, si bien refiere «la protección a cualquier persona física» lo que plantea si supone una ampliación más allá del ámbito laboral («Cualquier persona física podrá informar ante la Autoridad de Protección de la Persona Informante del presente artículo de la comisión de las acciones u omisiones previstas en el art. 2 de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, que afecten a las entidades previstas en los apartados 1 y 2 del art. 51 *quinquies*»). Castilla y León se remite también al ámbito material diseñado por la ley estatal en el art. 1.3 del mencionado Decreto Ley 3/2023, de 11 de mayo, por el que se regula el sistema interno de información de la Administración de la comunidad de Castilla y León y en la disposición adicional segunda, apartado sexto, de la Ley 4/2024, de 9 de mayo, de medidas tributarias, financieras y administrativas, por la que se crea la Autoridad Independiente en materia de corrupción de Castilla y León, adscrita al Consejo de Cuentas de Castilla y León. Esta norma no determina expresamente qué personas pueden tener la condición de denunciantes a los efectos de la protección, si solo las previstas en el art. 3 de la Ley estatal 2/2023 o también

VI. REFLEXIÓN FINAL

Finalizamos este trabajo con unas notas sobre el ámbito material y subjetivo de la protección del denunciante.

En cuanto al ámbito material, en el sistema del Consejo de Europa, como se ha visto, la protección del denunciante, informador o alertador es una consecuencia derivada de la libertad de información y, por ende, va asociada al interés público de la revelación, esto es, a su susceptibilidad para hacer aflorar conductas, comportamientos, prácticas y decisiones ilegales o juzgadas como socialmente dañinas o cuya compatibilidad con el interés general sea cuando menos cuestionable. Por tanto, esta derivación de la protección del alertador de la libertad de información supone avanzar más allá del perfil más «clásico» de este derecho, entendido como prohibición de censura o trabas por parte de la autoridad administrativa al flujo de información entre sujetos privados. El TEDH ya dio ese paso al considerar que, en determinadas circunstancias, cuando se trata de información relevante para el debate público, el art. 10 CEDH exige de la Administración, no ya una mera abstención, sino la acción consistente en entregar al solicitante la información en poder de aquella. Pues bien, otra obligación derivada de la libertad de información consiste en garantizar la indemnidad del denunciante que da a conocer, también bajo ciertas condiciones, una actuación que puede ser lesiva para el interés público. El derecho de la Unión Europea, por su parte, también ha aludido a la libertad de información y la libertad de los medios de comunicación como fundamento de la protección del denunciante, sumándole la perspectiva

otras. En el caso de Castilla-La Mancha, la Ley 4/2024, de 19 de julio, de integridad pública, tiene por objeto, conforme a su art. 1, «a) el impulso y garantía de la integridad en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, así como en los organismos y entidades de su sector público. b) La configuración de los registros de actividades, y de bienes y derechos patrimoniales de los cargos públicos y asimilados, del sector público autonómico. c) La regulación de los procedimientos relacionados con el impulso y garantía de la integridad pública, incluido el régimen de infracciones y sanciones aplicables al incumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente ley». Su disposición final primera modifica la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno e incluye un nuevo apartado que le atribuye en el ámbito de la comunidad autónoma las funciones que la Ley estatal 2/2023 atribuye a la Autoridad Independiente de Protección del Informante. En Cataluña, la disposición adicional séptima de la Ley 3/2023, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público para 2023, dispone que: «Hasta que no se despliegue una normativa en materia de protección de las personas que alerten de infracciones normativas en el ámbito del sector público de Catalunya, se asignan a la Oficina Antifraude de Catalunya las funciones que, de acuerdo con la Ley del Estado 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, corresponden a las instituciones u órganos competentes de las comunidades autónomas. A la vez, en su apartado 3 se prevé que: «El Gobierno debe impulsar la elaboración de una ley catalana en materia de protección de las personas que alerten de infracciones normativas».

del peligro para la aplicación del derecho de la Unión Europea, en caso de desprotección, lo que ha de ponerse en conexión con la ausencia de una base competencial general de la Unión Europea para legislar sobre derechos fundamentales. De este modo, la Unión Europea deja a los Estados libertad para determinar el ámbito material y subjetivo de aplicación de sus normas de protección, en los campos regidos por el derecho nacional, y se limita a impulsar un marco integral y coherente. Pero lo cierto es que, desde el nivel «supraconstitucional», la jurisprudencia del TEDH ha establecido las condiciones en que una persona informante merece protección y, de esta forma, ha condicionado un mínimo común que los Estados han de garantizar. Por comparación, la Ley 2/2023 se presenta como una norma en la retaguardia del derecho europeo, desconectada de la idea de la protección del denunciante como componente de la libertad de información sobre asuntos de interés público, que no satisface el estándar de protección del Consejo de Europa. Su propio título es engañoso. Por una parte, no se protege al denunciante de cualquier «infracción normativa», en lo que hace a las denuncias referidas a ámbitos regidos por el derecho nacional, su extensión es extremadamente cicatera, reducida a las infracciones penales y a las administrativas graves y muy graves, generando esta necesaria cualificación (tipificación + gravedad) inseguridad jurídica para el potencial denunciante que resulta disuasoria. Contra lo previsto en el derecho europeo, en el derecho comparado de países de nuestro entorno e incluso en las normas autonómicas más recientes, su ámbito de aplicación de la Ley estatal no se extiende a cualquier vulneración de las normas, ni a los malos funcionamientos o errores graves de gestión, incluido el derroche de fondos públicos, ni, desde luego, al supuesto límite más controvertido, las conductas u omisiones que sin ser ilegales desde el punto de vista formal pueden ser contradictorias con los intereses generales. Por otra, y por lo mismo, la Ley no amerita el nombre de ley de «lucha contra la corrupción», como su propio título proclama y como se insistió en el debate parlamentario.

En lo que hace al ámbito subjetivo, por el momento la protección del informante se ha vinculado al campo laboral, en la idea de que es desde dentro de las propias instituciones públicas y privadas donde pueden detectarse estas actuaciones. No obstante, la tendencia que puede observarse en la jurisprudencia del TEDH es a la ampliación del ámbito subjetivo, desde el momento en que se perciben dos notas íntimamente relacionadas: la primera, que a veces el propio ciudadano o cliente puede estar en situación de percibir esos casos de corrupción y que, en otras ocasiones, es necesario proteger al mensajero —los medios— para proteger a las fuentes; la segunda, que estos sujetos también pueden ser objeto de medidas que buscan coartar o sancionar las revelaciones (demandas por vulneración del derecho al honor del denunciado o tratos discriminatorios o inadecuados en el caso de usuarios, registros o tratos discriminatorios o inadecuados en el caso de los medios de comunicación...). Por tanto, desde el momento en que cualquiera tiene conocimiento de primera mano de una conducta u omisión que puede afectar al interés público y se enfrenta a posibles repercusiones negativas por el hecho de

revelarlas por los cauces adecuados en cada caso, la libertad de información ha de prestarle su protección. A nuestro juicio, el derecho debería caminar por la senda de reconocer el estatuto de protección del alertador a cualquiera que conozca por su situación personal de primera mano una práctica manifiestamente perjudicial para los intereses públicos —siendo este el supuesto más controvertido, por lo que tiene de subjetivo cuando no se constata su ilegalidad—, identificándose o de forma anónima, brindándole los mecanismos de garantía contemplados en la normativa de protección del alertador y con las exigencias establecidas en ella. Nótese que, de hecho, resulta en principio difícil de compatibilizar la exigencia de que la denuncia se plantee en un contexto laboral y la posibilidad de formular denuncias anónimas, contemplada como posibilidad en la Directiva y acogida por la Ley estatal. Puede argumentarse que, si no existe vínculo laboral, tampoco podrá haber medidas de represalia, de suerte que la protección será innecesaria. Pero, de una parte, hay represalias que van más allá de la relación laboral (p. ej., en el trato a los usuarios de servicios públicos). Y, por otra, la normativa alumbrada no solo otorga al denunciante una protección frente a represalias, sino también otra serie de garantías (la obligación de los canales internos y externos de investigar los hechos denunciados, el derecho a información sobre el curso de la denuncia, el derecho a la intervención de autoridades administrativas especializadas, el derecho a recurrir las decisiones de archivo...).

En fin, debería irse, creemos, a una regulación de la protección del informante coherente con la idea de Gobierno abierto, entendido este como una nueva forma de gestión de los intereses públicos que marca una evolución en el estatus de la persona, complementario de su tradicional consideración como «luchador» por sus intereses particulares, como ciudadano activo en defensa del interés general⁹⁴. La transparencia y el acceso a la información pública, la protección del

⁹⁴ Diversos autores entroncan el enfoque europeo de la protección del *whistleblower* con la concepción del derecho de R. von Ihering en *La lucha por el Derecho* (1872, 2018, Dykinson). Como es sabido, esta obra imperecedera de derecho y sociología tiene como idea fuerza la del sentimiento jurídico (*Rechtsgefühl*), que considera innato, que lleva a reaccionar ante la injusticia consistente en la vulneración del derecho. Para Ihering, el que lucha por su derecho que le ha sido arrebatado, lucha por su dignidad, por su persona y su sentimiento jurídico. En ese sentido, resistir a la injusticia es un deber del individuo consigo mismo, porque es un precepto de la existencia moral, y es a la vez un deber para con la sociedad, porque esta resistencia no puede ser coronada con el triunfo más que cuando es general. En el capítulo III se centra en la lucha por el derecho en la esfera individual, pero su capítulo IV aborda la lucha por el derecho en la esfera social, desarrollando la idea de que la defensa del derecho es un deber que tenemos para con la comunidad, pero aludiendo también a los que luchan por el derecho de forma altruista: «[...] porque, mientras el sentimiento que se eleva ante la violación de un derecho en carne propia aparece entremezclado con un motivo egoísta, ese otro sentimiento, al contrario, tiene su exclusiva y única causa en el poder de la idea moral sobre el corazón humano. Esta energía de la naturaleza moral que protesta frente al atentado dirigido contra el derecho es el testimonio más bello

denunciante y la acción pública son instrumentos jurídicos claves al servicio de esa idea de Gobierno abierto, una idea y unos instrumentos que requieren de una regulación ponderada, dado que, por supuesto, tienen sus luces, pero también sus sombras, en forma de riesgo de actuaciones abusivas, movidas a veces por intereses ajenos a lo público, que consumen recursos humanos y materiales y que pueden ralentizar o incluso retraer la actuación pública.

y excelso que puede darse del sentimiento jurídico [...] Ahora bien, ese sentimiento ideal del derecho que poseen aquellos hombres que sienten un ataque o una burla contra la idea del derecho con mayor agudeza que si fuera un atentado contra su persona, y que, sin mediar ningún interés personal, se consagran a la defensa del derecho oprimido como si se tratase del suyo propio, debe de ser el privilegio de unas pocas naturalezas escogidas». (págs. 91-92). Entre estas «naturalezas escogidas» se encontraría el «alertador ético».