

OPORTUNIDAD LEGAL Y NECESIDAD DEMOCRÁTICA DE CREAR UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INDEPENDIENTE DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE

J. MIGUEL BUENO SÁNCHEZ
Abogado del Estado

Cómo citar/Citation

Bueno Sánchez, J. M. (2022).

Oportunidad legal y necesidad democrática de crear una Autoridad Administrativa Independiente de lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante.

Revista de Administración Pública, 217, 209-240.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.217.07>

Resumen

Se hace necesario aprovechar la gran oportunidad que brinda la necesaria transposición de 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 para incorporar a nuestro aparato institucional una Autoridad Administrativa Independiente de Lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante que, entre otras funciones, tenga encomendada la llevanza centralizada de un canal externo de denuncias y que funcione como una institución de cierre de la red de seguridad del sistema administrativo de prevención y lucha contra la corrupción y las prácticas irregulares, ya participen en dichas actuaciones agentes públicos aisladamente o bien de acuerdo con agentes privados. El presente trabajo, en su primera parte, analiza alguna de las resistencias que habitualmente se plantean para oponerse a la constitución de una autoridad como la que se propone y concluye la inconsistencia de tal oposición. Muy en particular, se justifica que su posición institucional y su función legal no se solaparía ni privaría de sentido al resto de instituciones administrativas y judiciales que en la actualidad ya luchan activamente contra la corrupción, sino que reforzaría su eficacia y permitiría una función coordinada de un sistema articulado reticularmente para actuar contra esta lacra en España. Asimismo, se justifica desde un punto de vista institucional (nacional e internacional), económico y de salud democrática la necesidad de su creación. En una segunda

parte, aborda una descripción de lo que podría ser la configuración paradigmática de esta Autoridad Administrativa Independiente de Lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante, tanto por lo que se refiere a su estatuto institucional como a sus funciones y competencias.

Palabras clave

Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento y del Consejo, de 23 de octubre de 2019; *compliance*; denunciante; corrupción; canales de denuncia; Autoridad Administrativa Independiente; complementariedad derecho penal y derecho administrativo; eficiencia administrativa y control del gasto; naturaleza y configuración de la autoridad.

Abstract

It is necessary to take advantage of the great opportunity offered by the necessary transposition of the Directive (EU) 2019/1937 of the Parliament and of the Council, of October 23, 2019, regarding the protection of people who report violations of European Union Law to incorporate into our institutional apparatus an Independent Administrative Authority for the Fight against Corruption and Whistleblower Protection that, among other functions, is entrusted with the centralised management of an external channel for complaints and that works as an institution for closing the security network of the administrative system for the prevention and fight against corruption and irregular practices, whether public agents participate in these actions on their own or in agreement with private agents. The present work, in its first part, analyses some of the resistances that are usually raised to oppose the constitution of an authority such as the one proposed and concludes the inconsistency of such opposition. In particular, it is justified that its institutional position and its legal function would not overlap or deprive the rest of the administrative and judicial institutions that are currently actively fighting corruption, but would strengthen their effectiveness and allow a coordinated function of a reticularly articulated system to act against this scourge in Spain. Likewise, the need for its creation is justified from an institutional (national and international), economic and democratic health point of view. In a second part, it addresses a description of what could be the paradigmatic configuration of this Independent Administrative Authority for the Fight against Corruption and Whistleblower Protection, both in terms of its institutional status, its functions and powers.

Keywords

Directive (EU) 2019/1937 of the Parliament and of the Council, of October 23, 2019; *compliance*; whistleblower; corruption; reporting channels; Independent Administrative Authority; complementarity criminal law and administrative law; administrative efficiency and spending control; authority's nature and configuration.

SUMARIO

I. EL «COMPLIANCE» Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937. II. LOS CANALES DE DENUNCIA. III. LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INDEPENDIENTE DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE: 1. La necesidad de la existencia de una AAI de Lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante: 1.1. *La corrupción como fenómeno complejo. La corrupción en cifras.* 1.2. *El encaje de la AAI en el actual sistema español de lucha contra la corrupción. El mecanismo de lucha contra la corrupción como un sistema en red.* 1.3. *La lucha contra la corrupción desde el derecho penal y desde el derecho administrativo: perspectivas complementarias.* 1.4. *El plano internacional.* 1.5. *El coste de la creación de una AAI de Lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante versus el coste de no crear tal AAI.* 2. Configuración paradigmática de la AAI de Lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante: 2.1. *La constitución del organismo como AAI: el estatuto de independencia.* 2.2. *Sus funciones y competencias.* IV. CONCLUSIONES.

I. EL «COMPLIANCE» Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937¹

Como es sabido, el pasado 17 de diciembre 2021 venció el plazo que el Reino de España tenía para la transposición de 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 (en adelante, la Directiva 2019/1937, o simplemente la Directiva).

¹ En el momento de elaboración y presentación del presente trabajo no se había aprobado el «Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone 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». Por esta razón no se contienen referencias a dicho anteproyecto que fue aprobado en la reunión de Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2022. Precisamente estando en tramitación la citada norma, las reflexiones contenidas en el presente trabajo adquieren una nueva y más relevante dimensión, al permitir al lector su contraste con una norma que aún está en fase de conformación.

La Directiva 2019/1937 vendrá a suponer la incorporación al derecho positivo español de una herramienta básica de todo sistema de *compliance* o sistema de cumplimiento, herramienta que se va a aplicar, en los términos que dicha norma europea establece, no solo al sector privado, sino también al público. Hablamos del canal de denuncias (o los canales para hablar de una forma más correcta) y del correlativo régimen jurídico tuitivo de la figura del denunciante.

Existe cierta polémica acerca de si es verdaderamente consistente incorporar las políticas de cumplimiento a las Administraciones públicas en tanto que entidades que están regidas por el principio de legalidad (art. 103 de la Constitución), cuya actividad está encarrilada en procedimientos predefinidos normativamente (art. 105 de la Constitución) y sometida a un régimen de responsabilidad (art. 106.2 de la Constitución) y de pleno control jurisdiccional (art. 106.1). Si las Administraciones públicas han de actuar sometidas plenamente al principio de legalidad en todas sus intervenciones, se viene a señalar, qué sentido tiene que hayan de estar sometidas a políticas de cumplimiento, que sí tendrían desde esta perspectiva pleno sentido en entidades de derecho privado (aun integradas en el sector público) cuyo margen de maniobra en el marco legal establecido es mucho más amplio. Desde nuestro punto de vista la discusión es estéril en el plano del derecho positivo; y en un plano operativo o práctico es infundada la argumentación contraria a la implantación del *compliance* en las Administraciones públicas.

Para poder entender estas conclusiones que fijamos como punto de partida, debemos comenzar con un intento de conceptualización general del sistema de cumplimiento que dejaríamos definido como aquel que comporta la sujeción o actuación de conformidad, no solo con las diferentes leyes y normas vigentes, sino también con las regulaciones y políticas internas, estándares y requerimientos o códigos de conducta fijados para regir el funcionamiento interno y externo de una organización con el objeto de evitar actuaciones ilegales, irregulares o no aceptables desde un punto de vista no solo legal, sino también ético².

Pues bien, si partimos de esta conceptualización, hemos de reconocer que la inserción (de carácter no sistemático y parcial) de elementos propios del sistema de cumplimiento en nuestro derecho positivo no es algo que podamos calificar propiamente como actual o novedoso. Por no remontarnos a precedentes más remotos, el Real Decreto 799/2005, de 1 de julio, por el que se regulan las inspecciones generales de servicios de los departamentos ministeriales, al describir las funciones de las inspecciones en su art. 2 cita, entre otras, las siguientes: analizar riesgos y debilidades de la organización y proponer medidas de actuación; verificar y efectuar el seguimiento de las reclamaciones y denuncias de los ciudadanos; examinar actuaciones presuntamente irregulares de los

² Sobre la función de cumplimiento normativo como una función jurídica, pero no solo jurídica véase J.M. Ayala de la Torre (2016). «*Compliance*», capítulo 1. «*Compliance: nociones generales*». Madrid: Claves Prácticas Francis Lefebvre.

empleados públicos en el desempeño de sus funciones y proponer, en su caso, a los órganos competentes la adopción de las medidas oportunas; en fin, promover actuaciones que favorezcan la integridad profesional y comportamientos éticos de los empleados públicos y de las organizaciones. Todos estos aspectos enumerados son elementos que, o bien integran, o bien están relacionados con las políticas de cumplimiento.

Más recientemente, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, contempla entre los principios de buen gobierno recogidos en su art. 26.2 una serie de reglas que constituyen un embrionario código de conducta para altos cargos. Y el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público en sus arts. 52, 53 y 54 contiene el código de conducta de los empleados públicos, diferenciando entre principios éticos y principios de conducta.

Finalmente, por no hacer excesivamente prolija la enumeración de ejemplos, hace algunos meses se aprobó la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. El art. 6 de la Orden impone lo siguiente:

[...] toda entidad, decisora o ejecutora, que participe en la ejecución de las medidas del PRTR deberá disponer de un Plan de medidas antifraude que le permita garantizar y declarar que, en su respectivo ámbito de actuación, los fondos correspondientes se han utilizado de conformidad con las normas aplicables, en particular, en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses.

Un plan antifraude es una herramienta fundamental en toda organización para prevenir, depurar, corregir y, en su caso, sancionar todas las actuaciones ilegales o simplemente irregulares que generen disfunciones operativas en una entidad pública o privada y es, desde luego, un instrumento definitorio de cualquier política de cumplimiento.

La Directiva 2019/1937 no es, por tanto, sino una disposición que se viene a sumar a aquellas a través de las cuales las herramientas de la cultura del cumplimiento han ido penetrando en nuestro derecho positivo, si bien esta directiva incorpora un elemento muy explícito de los sistemas de cumplimiento y que en muchas entidades del sector privado ya está consolidado, como es el canal de denuncias. En todo caso, no cabe duda de que en el plano del ordenamiento jurídico positivizado el reflejo de la cultura de cumplimiento es una realidad y no es una especie de injerto improvisado, sino que, quizá sin que le hayamos prestado la suficiente atención, lleva con nosotros mucho tiempo. De ahí lo estéril del debate al que antes aludíamos.

Desde un punto de vista funcional u operativo, la incorporación de la cultura del cumplimiento a la Administración pública tiene pleno sentido lógico y de ahí que, como hemos visto, el legislador haya considerado conveniente incor-

porarlo a nuestro ordenamiento. De una forma un tanto sintética³ podemos decir que el *compliance* es útil a cualquier organización, en tanto que permite⁴:

a) Adquirir un conocimiento profundo y en detalle del funcionamiento de la organización a través del diagnóstico, que permite corregir errores o introducir mejoras. Se puede configurar, por lo que aquí interesa, como un instrumento fundamental para corregir ineficacias en el funcionamiento del sector público.

b) Evitar o minimizar el riesgo de que se incurra en responsabilidades por parte de los gestores y prevenir irregularidades o comportamientos poco éticos. La práctica viene demostrando que la represión penal de las conductas fraudulentas o corruptas no es suficiente. Es necesario prevenir y reaccionar desde el derecho administrativo contra este tipo de comportamientos. La política de cumplimiento es un mecanismo legal anticorrupción que debe actuar como primer filtro o mecanismo de reacción frente a las conductas fraudulentas antes de que tenga que intervenir el derecho penal y, en la medida de lo posible, intentando evitar que tenga que ponerse en funcionamiento el procedimiento judicial criminal. Sobre esta cuestión volveremos más adelante⁵.

c) Mejorar la reputación de la organización de cara al exterior, que en el caso de una entidad pública es tanto como decir la ciudadanía, una ciudadanía que en la actualidad muestra una desafección institucional intensa e inquietante para la estabilidad democrática, porque no se comprende por parte de la población que las conductas irregulares no tengan respuesta o tengan una respuesta disfuncional y tardía.

Si atendemos a estos tres ambiciosos objetivos cogemos, sin necesidad de mayor argumentación, que la aplicación de una política de *compliance* en una Administración pública no solo está dotada de pleno sentido, sino que, hoy día, es más necesaria que nunca.

II. LOS CANALES DE DENUNCIA

Cualquier política, y la del cumplimiento no es una excepción, para funcionar adecuadamente ha de estar dotada de un sistema adecuado de información. Por lo que interesa al «*compliance*», la información sobre el funcionamiento de la

³ Véase sobre las potencialidades generales del «*compliance*». J. A. Tuero Sánchez (2021). «Corporate compliance y empresa». En VV. AA. *Derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, págs. 679-694.

⁴ Para una noción descriptiva de la función del *compliance* en el seno de la organización véase la Norma UNE-ISO 19600 (punto 5.3.4).

⁵ En relación con el riesgo penal en las personas jurídicas del sector público, el mismo está excluido en relación con las entidades con personalidad jurídico-pública, pero no así con las entidades del sector público que adoptan la forma jurídica de sociedad mercantil o de fundación (art. 31 *quinquies* de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal).

organización de que se trate se puede obtener a través de instrumentos de aplicación general (y muchas veces excesivamente formal) como las auditorías (financieras, operativas...) o los mecanismos de evaluación de políticas públicas. Sin embargo, esto no es suficiente. La extensión y complejidad creciente de las organizaciones públicas y privadas exige que se obtenga información directa, inmediata y no sometida a periodicidad sobre el funcionamiento de la organización, y una de las vías hábiles para obtener este tipo de información es la denuncia. La denuncia actúa a modo de alarma ante un indicio racional de que se está preparando o cometiendo algún tipo de irregularidad. Estas alarmas, en ocasiones, pueden simplemente anunciar un comportamiento aislado que, en cualquier caso, merece ser suprimido. Pero en otras muchas, y esto es lo verdaderamente importante, evidencian síntomas de una auténtica «patología» o colapso institucional que los mecanismos formales y periódicos de auditoría no han conseguido detectar, algo que se ha evidenciado en los últimos años con los numerosos casos de corrupción que hemos vivido en nuestro país y en otros de nuestro entorno. Las denuncias suministran «microinformación» al referirse necesariamente a un caso concreto, pero pueden suponer a su vez la punta del «iceberg» que revele auténticos comportamientos sistémicos que se hallan incrustados en la organización a veces dirigidos por la intención de desarrollar una conducta abiertamente ilegal o corrupta con una apariencia de legalidad (apariencia ganada al superar los controles formales tradicionales); a veces simplemente provocados por la inercia administrativa, por seguir el precedente porque, como suele esgrimirse en la práctica administrativa «siempre se ha hecho así y nunca habíamos tenido ningún problema». En efecto, el sistema de *compliance* no solo ha de ir dirigido a prevenir y erradicar comportamientos directamente fraudulentos o corruptos, sino también a suprimir aquellas otras prácticas administrativas simplemente irregulares o ilegales⁶ que, también con frecuencia, constituyen pequeñas fisuras del edificio administrativo que son aprovechadas por aquellos pocos (pero con gran daño para el erario y reputacional) que aterrizan en las organizaciones públicas con vocación directamente fraudulenta.

La Directiva 2019/1937 pretende que los Estados dispongan de normas comunes que aseguren la protección efectiva de aquellas personas que informan de ciertas infracciones del derecho de la Unión Europea⁷. En particular, la citada directiva regula aspectos mínimos que han de satisfacer los cauces de denuncia

⁶ En varias ocasiones vamos a referirnos a prácticas administrativas irregulares o sencillamente incorrectas que sin comportar propiamente actividad corrupta sí son potencialmente peligrosas tanto por el daño económico que generan a las arcas públicas como por el precedente que generan. Una relación de prácticas españolas recientes de esta naturaleza la podemos encontrar en M. Fuertes (2018). «Las desventuras del dinero público». Madrid: Marcial Pons.

⁷ Y sería muy conveniente, aun cuando no necesario desde el punto de vista de la estricta trasposición, que dicha protección se extendiera también a infracciones del derecho nacional, en particular, cuando se trate de normativa que tenga por objeto preservar algún tipo de interés general. Así se argumentará más adelante.

y se ocupa tanto de los canales internos como del canal externo (que también puede ser plural como después veremos). Así, obliga a contar con canales internos de denuncia a muchas empresas y entidades públicas porque se considera, y así lo parece avalar la experiencia y los datos recopilados por los órganos de la Unión Europea, que es preferible que la información sobre prácticas irregulares se conozca por la propia organización para corregirlas o reparar lo antes posible los daños. La prevención es esencial. Además de tales canales internos, exige la directiva la determinación de otros canales de denuncia, calificados de «externos», con el fin de ofrecer a los ciudadanos una comunicación con una autoridad pública especializada (o varias), lo que les puede generar más confianza al disipar su temor a sufrir alguna represalia interna por parte de la organización o bien puede permitir atender aquellos casos en los que, pese a haberse recurrido al canal interno de denuncia, la información suministrada no ha sido debidamente tratada y analizada.

Precisamente, el objetivo principal del presente artículo es argumentar la necesidad de aprovechar esta gran oportunidad que brinda la necesaria transposición de la Directiva 2019/1937 para incorporar a nuestro aparato institucional una Autoridad Administrativa Independiente de Lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante que, entre otras funciones, tenga encomendada la llevanza centralizada de un canal externo de denuncias y que funcione como una institución de cierre de la red de seguridad del sistema administrativo de prevención y lucha contra la corrupción y las prácticas irregulares, ya participen en dichas actuaciones agentes públicos aisladamente o bien de acuerdo con agentes privados.

III. LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INDEPENDIENTE DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE

Como es sabido, las autoridades administrativas independientes (AAI en adelante) se definen legalmente, en el ámbito estatal, como aquellas «entidades de Derecho Público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado» (art. 109.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). No exige una particular explicación que esta forma de personificación es la más adecuada desde un punto de vista conceptual para organizar un sistema de lucha contra la corrupción y protección del denunciante, por cuanto una AAI está dotada de las características de autonomía (presupuestaria, de contratación, financiera...) y de independencia (ausencia de dependencia jerárquica u orgánica respecto de la Administración General del Estado) que le permitirían desarrollar su función de supervisión externa de la actividad pública y privada vinculada con aquella

susceptible de generar prácticas administrativas irregulares, ilegales o comportamientos corruptos sin seguir las indicaciones de dirección política de uno u otro Gobierno, cualquiera que sea el signo político que este tenga.

Como puede deducirse implícitamente de lo hasta ahora desarrollado, la figura de la AAI de protección del denunciante que aquí se defiende debería configurarse como una auténtica autoridad anticorrupción, entre cuyas competencias se encontraría la gestión del canal externo de denuncias y la protección del denunciante (pues sin la denuncia no se dispondría de la información necesaria para actuar) como una de sus funciones esenciales, pero de carácter instrumental en tanto que dirigida a una finalidad última que sería la detección, prevención, corrección y, en su caso, persecución sancionatoria de las conductas irregulares que estarían en el espectro de su área de supervisión.

Centrada así la cuestión, y partiendo de que conceptualmente la figura de la AAI es la que más se adecúa en un plano teórico a las funciones que tendría encomendadas dado su particular estatus de autonomía e independencia, debe argumentarse también por qué desde el punto de vista funcional y operativo esta es la única opción razonable. Y para ello habremos de cumplir un doble objetivo:

1º. Argumentar de modo convincente la necesidad de la existencia de esta autoridad a pesar de que existan otros órganos administrativos y judiciales que ya gestionan canales de denuncia de distinto tipo a día de hoy y/o que trabajan en la lucha contra el fraude y la corrupción.

En efecto, son variados los argumentos que en este sentido se suelen dar para justificar lo innecesario de crear una AAI de Lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante tales como que la directiva no obliga a ello, que supondría un gasto innecesario o duplicar instituciones que ya persiguen actualmente la corrupción y que, en consecuencia, se generarían ineficiencias. Es enteramente cierto que la directiva no obliga a crear una autoridad de esta naturaleza, pero todos los demás argumentos expuestos intentaremos explicar que son directamente insostenibles. También abordaremos la cuestión del coste/beneficio de crear esta autoridad desde un punto de vista economicista, pero también desde una perspectiva institucional y de salud democrática.

2º. Describir en un segundo tiempo, siquiera someramente, cómo debiera configurarse esta AAI para que fuera realmente operativa, de modo que se pueda comprender qué haría, cómo y con qué alcance.

1. LA NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DE UNA AAI DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE

1.1. *La corrupción como fenómeno complejo. La corrupción en cifras*

El proyecto de ley por el que se lleve a cabo la trasposición de la Directiva 2019/1937, desde nuestro punto de vista es una oportunidad única y

absolutamente idónea para cerrar y terminar de articular un sistema administrativo de prevención y de lucha contra la corrupción en nuestro ordenamiento jurídico.

La corrupción es difícil de cuantificar, como todas aquellas actividades que se desarrollan al margen de la ley y en la clandestinidad. Pero además es difícil de definir. Es, pues, un concepto un tanto inasible, tanto cuantitativa como cualitativamente. Sin ánimo academicista entendemos que la corrupción conceptualmente encierra sobre todo dos ideas:

- La idea del ejercicio del poder político o administrativo en beneficio privado (sea este económico o no, propio o ajeno al corrupto), esto es, al margen del interés general.
- La captura del Estado y de la Administración en general por las élites y los intereses privados.

Queremos recalcar estas dos ideas descriptivas en torno a la corrupción porque habitualmente se habla de corrupción política y, en efecto, esta indudablemente existe y es una realidad que colma informativos y circula por las redes sociales. Pero no menos cierto es que no puede haber corrupto sin corruptor y que, en muchas ocasiones, quien ejerce de corruptor no pertenece al sector público sino al privado; o, por mejor decir, en muchos de los casos lo que ocurre es que la penetración de la corrupción hace confundir los fines y fondos de las organizaciones privadas que se relacionan con las del sector público, con los fines y fondos de estas últimas, no en un marco de colaboración público privada, sino en un contexto de trasvase ilegítimo de beneficios del sector público al privado. Ninguna de las dos figuras, corruptor y corrupto, tienen encaje en los parámetros de calidad institucional que requiere una sociedad democrática y si bien hay que ser exigente al máximo con quien desempeña funciones públicas, no puede entenderse que quien tiene responsabilidades, las que sean, y poder en el sector privado pueda adoptar conductas éticamente reprobables, en particular, si tienen impacto en los fondos públicos y el interés general. De ahí el acierto de la directiva de crear un sistema completo de alertas en Europa que abarca tanto al ámbito público como al privado y de ampliar correlativamente la obligación de protección del denunciante de forma que este esté cubierto cualquiera que sea el sector en el que preste sus servicios. De esta manera se comienza a poner coto no solo a la corrupción política, sino a cualquier modalidad de participación privada en la corrupción⁸.

⁸ La propia Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003, ratificada por el Reino de España en 2006, establece en su art. 12, bajo la rúbrica de «Sector Privado», una serie de medidas que han de adoptarse para la prevención de la corrupción en el ámbito privado.

La corrupción es, por tanto, un fenómeno político, pero es más que eso: es un fenómeno social, es un déficit democrático, una laguna de calidad institucional que existe en buena medida porque se apoya en una cultura social en la que anida un cierto nivel de tolerancia a quien saca provecho de su posición institucional y en cuyo seno, sin embargo, con la puerilidad propia de un patio de colegio si se admite la metáfora, se permite muchas veces al propio infractor dirigir el dedo acusador contra quien ha denunciado una mala praxis, el denunciante, calificándolo de chivato o de delator. Este es el complejo marco en el que se desenvuelve la corrupción: es una red enmarañada de agentes públicos y privados, de elementos culturales, sociales y políticos. La corrupción se desenvuelve a modo de red y, por lo tanto, los sistemas anticorrupción deben intentar desplegarse de una forma análoga para poder filtrar toda el área de acción de este tipo de comportamientos. Como veremos la AAI se configuraría como el elemento de cierre de todo el sistema administrativo anticorrupción, el cierre de nuestra red de seguridad frente a los corruptos.

Desde un punto de vista cuantitativo, y de acuerdo con las cifras del Fondo Monetario Internacional resultantes de aplicar los llamados Indicadores Mundiales de Gobernanza⁹, España estaría en la franja de países que, en función de su peso en la economía mundial, perderían en torno al 4,5% del PIB por causa de la corrupción; hablamos en términos absolutos de unos 60.000 millones de euros.

Conforme a estos mismos indicadores mundiales de gobernanza, España alcanzó en 2018 una puntuación de 6,7 sobre 10 en los *rankings* mundiales de calidad institucional, lo que nos aleja de la posición de países como Reino Unido o Alemania, que superan el 8, y nos acerca a países mediterráneos como Italia y Grecia, que están en un 6,2¹⁰. Los números, por lo tanto, también reflejan el elemento cultural que subyace en esta delimitación geográfica de la calidad institucional.

1.2. El encaje de la AAI en el actual sistema español de lucha contra la corrupción. El mecanismo de lucha contra la corrupción como un sistema en red

No parece, por tanto, a la vista de estas cifras, que el marco institucional de lucha contra la corrupción en España esté bien conformado o sea del todo opera-

⁹ Worldwide Governance Indicators (WGI). Indicadores elaborados por Daniel Kaufmann y Aart Kraay como medidas de calidad institucional. Capturan seis dimensiones clave de la gobernanza (Voz y responsabilidad, Estabilidad política y falta de violencia, Eficacia del gobierno, Calidad regulatoria, Estado de derecho y control de la corrupción) entre 1996 y el presente. Miden la calidad de la gobernanza en más de doscientos países, sobre la base de cerca de cuarenta fuentes de datos producidas por más de treinta organizaciones en todo el mundo y se actualizan anualmente desde 2002.

¹⁰ F. Alcalá Agulló y F. Jiménez Sánchez (2018). «Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España». Fundación BBVA, págs. 24 y ss.

tivo. Y, a nuestro modo de ver, uno de los problemas de ese marco institucional es la ausencia a nivel estatal de una autoridad anticorrupción con competencias generales, que ha de crearse y entenderse sin perjuicio de la existencia de otras instituciones a las que luego nos referiremos, instituciones que están haciendo un trabajo encomiable y que tienen que continuar haciéndolo porque, como explicaremos, seguirían teniendo pleno sentido (y funcionarían incluso mejor) si existiera la AAI que propugnamos.

Es por ello que entendemos que para enfocar adecuadamente el proceso de transposición de la Directiva 2019/1937, no ha de fijarse como objetivo único la adecuada transposición, sino atender a la finalidad de esta normativa: proteger al denunciante para ahogar las prácticas corruptas e irregulares. La Unión Europea promueve un sistema de protección del denunciante no como un fin en sí mismo, sino para erradicar la corrupción y las prácticas irregulares que generan costes económicos, sociales y desgaste en la confianza de la ciudadanía en las instituciones. Y lo hace en el ámbito de sus competencias y, aunque no puede ir más allá su posicionamiento, empuja a los Estados miembros, a riesgo de que caigan en planteamientos incoherentes (como, por ejemplo, proteger solo a denunciantes que informen sobre incumplimientos de derecho de la Unión Europea pero no frente a incumplimientos del derecho nacional que pueden ser igualmente dañinos para el interés general y los fondos públicos), a adoptar posturas más ambiciosas en este ámbito¹¹.

De aquí se extraen dos consecuencias lógicas, una directa y otra indirecta:

1º. La directa es que el ámbito de aplicación de la ley que se proyecte no debería tratar solo de proteger al denunciante en relación con las infracciones del derecho de la Unión Europea que afecten a los intereses financieros de la Unión (que es lo que exige como mínimo común la directiva) sino, en general, en relación con las infracciones del ordenamiento jurídico que puedan producirse y que afecten al interés general y, en particular, a los fondos públicos. No parece que tenga sentido proteger al denunciante como herramienta de lucha contra la corrupción cuando están en juego los intereses financieros de la Unión y no así cuando no estén en juego intereses generales económicos estatales¹².

¹¹ J. L. Véase Piñar Mañas, (2020), «La transposición de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión», *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación*, págs. 111 y ss. Fundación Democracia y Gobierno Local.

¹² En efecto, no parece que responda a ninguna lógica que se establezca un sistema de protección del denunciante que comunica potenciales infracciones del derecho de la Unión y que, en cambio, quedara fuera de dicha protección el denunciante que comunicara infracciones de derecho nacional cuando muchas veces los bienes jurídicos protegidos por unas y otras normas serán los mismos, aunque la óptica o plano en el que opere cada uno de estos derechos, europeo y nacional, sea distinto.

2º. La indirecta es que se impone, no en términos jurídicos pero sí lógicos, la idea de crear una AAI de protección del denunciante, puesto que solo una entidad dedicada entera y exclusivamente a atender las denuncias que puedan plantearse en un espectro tan amplio puede realmente ser funcional como elemento de cierre del sistema.

Como dejábamos apuntado anteriormente, una de las reacciones habituales en los Estados, y el nuestro no es una excepción, contrarias a la conformación de una AAI de Lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante consiste en hablar de la existencia de duplicidades en la lucha contra la corrupción. Este argumento, en buena medida, tiene su germen en el temor natural en otras instituciones (oficinas antifraude tributarias, fiscalías, defensores del pueblo, judicatura...) de que se vaya a invadir un ámbito propio de sus competencias y que, por lo tanto, la creación de este tipo de organizaciones personifique un ataque a su propia razón de ser institucional y se lea como un velado cuestionamiento de su eficacia y buen hacer. Nada más lejos de la realidad. Como decíamos anteriormente, el sistema de prevención y lucha contra la corrupción ha de operar a modo de red, y ha de actuar a distintos niveles (administrativo, penal/de detección y preventivo y de persecución y sanción) y en distintos ámbitos geográficos (estatal, autonómico, local) y sectoriales (fraude de fondos de la Unión Europea, lucha contra prácticas anticompetitivas, en particular cuando están relacionadas con la contratación pública o con la percepción de subvenciones u otras ayudas públicas)...y en todo este sistema la AAI de Lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante actuaría como una institución de cierre del sistema que operaría solo cuando no debiera intervenir el derecho penal, solo cuando no hubiera una AAI u otro organismo público especializado en el tratamiento de denuncias en sectores de actividad específicos y solo si la actuación sobrepasara el territorio de una comunidad autónoma que estuviera dotada de organismos de análoga naturaleza a la AAI de la que venimos hablando.

En definitiva, la AAI debería actuar:

- 1º. De forma paralela a otras instituciones administrativas que tienen sectores especializados de intervención y que ya cuentan a día de hoy con canales externos de denuncia. Así, por ejemplo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC en adelante) o el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE en adelante).

Desde luego, este tipo de instituciones tienen por objeto precisamente reprimir y fiscalizar conductas irregulares desarrolladas en ámbitos regidos por una normativa muy específica y tiene sentido que deban seguir realizando estas funciones en los mismos términos que vienen desempeñándolas en la actualidad y con su misma conformación orgánica, con independencia del modelo de

autoridad de protección del denunciante que se adopte como consecuencia de la trasposición de la directiva.

Ahora bien, correlativamente, ni una ni otra entidad, por utilizar los ejemplos que hemos puesto¹³, pueden considerarse sustitutivas de una autoridad anti-corrupción y de protección del denunciante de espectro general. Así, siguiendo con el ejemplo del organismo y órgano precitados:

a) La CNMC es el organismo que promueve y preserva el buen funcionamiento de los mercados en interés de los consumidores y de las empresas, esto es, tiene una orientación de protección del funcionamiento del mercado, no tanto de la mala gestión de los fondos públicos. Además, aunque obviamente hay muchas prácticas corruptas que generan deficiencias en el funcionamiento del mercado y en las que la CNMC va a intervenir (pensemos, por ejemplo, en una concertación entre empresas para repartirse el mercado de contratación pública del asfaltado de vías de transporte terrestre en connivencia con los órganos públicos de contratación), se trata de un tipo muy concreto de prácticas corruptas. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que para que la CNMC actúe es necesario que la conducta tenga la virtualidad de poder afectar al funcionamiento libre del mercado nacional. No debemos esperar a que se produzca una afectación del mercado nacional, ni siquiera a que se realice una concertación con esta potencial relevancia, para atajar una mala gestión de los fondos públicos o una práctica directamente corrupta, sino que hay que detectar estos comportamientos para abortarlos antes de que produzcan el daño y hay que prevenir estas conductas. Finalmente, téngase en cuenta que la CNMC tiene un papel en relación con la lucha de prácticas anticompetitivas fundamentalmente represor de la conducta ya producida, mediante la instrucción y resolución de expedientes sancionadores.

Con la creación de la nueva AAI se trataría de actuar en el mismo germen de la práctica corrupta para que esta no llegue a producirse o, si se produce, no llegue a desarrollar efectos perniciosos o estos se minimicen. El sistema de denuncias articulado en torno a la CNMC y su función de persecución y represión de conductas anticompetitivas seguirían manteniendo todo su vigor y coexistiría perfectamente con una AAI como la que aquí se defiende.

b) El Servicio Nacional de Coordinación Antifraude de la IGAE es el órgano encargado de coordinar las acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión Europea contra el fraude en colaboración con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF). Obviamente su espectro es muy

¹³ Esta reflexión, no obstante, es perfectamente extensible a cualesquiera otras instituciones a día de hoy existentes y que operen sectorialmente en la lucha contra la corrupción como el Servicio de Prevención de Blanqueo de Capitales (SEPBLAC), que es la autoridad supervisora en materia de prevención de blanqueo de capitales. Los ejemplos de instituciones elegidas han sido escogidos por razones de claridad expositiva y por contener la extensión del presente trabajo.

concreto y, por lo tanto, más limitado que el que tendría la autoridad de la que venimos hablando, que podría dirigir su actuación de recepción de denuncias a cualquier fraude que afecte a fondos públicos o incluso al interés general, no limitándose a los que tengan afectación de fondos que impacten en los intereses de la Unión cuya protección seguiría bajo la salvaguarda del Servicio Nacional. Además, no debemos olvidar que este órgano tiene rango de subdirección general dependiente de la IGAE, lo que hace que carezca de la independencia necesaria para poder supervisar lo realizado por otros órganos de la Administración pública. Una agencia anticorrupción es esencial que esté dotada de un estatuto de absoluta independencia respecto de la Administración que va a supervisar.

2º. La AAI de la que hablamos debería actuar también de forma paralela a otras instituciones autonómicas (y locales) que de forma sectorial o general actúen como autoridades independientes en el respectivo ámbito territorial autonómico. Estas autoridades detentan una ventaja primordial, cual es la cercanía que tienen con la realidad de su territorio que les permite, a su vez, tener un conocimiento más profundo y una información más minuciosa de la estructura institucional y empresarial de la región; pero, correlativamente, no pueden extender su control y actividad más allá del territorio autonómico por motivos competenciales. Es decir, son complementarias de una AAI estatal, pero no pueden sustituirla. Si la corrupción no conoce límites transfronterizos internacionales menos va a respetar el término municipal o el territorio autonómico¹⁴.

La propia existencia de estas entidades autonómicas y locales, si se piensa bien, hace muy difícilmente comprensible que no exista una institución esta-

¹⁴ En España, aunque sus funciones y configuración institucional es muy dispar, contamos a nivel autonómico con las siguientes instituciones creadas específicamente como entidades de lucha contra la corrupción y el fraude: la Agencia de Integridad y Ética Públicas de Aragón, creada por Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas; la Oficina de Buen Gobierno y Lucha contra la Corrupción de Asturias, creada por la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés; la Oficina Antifraude de Cataluña, creada por Ley 14/2008, de 5 de noviembre, que regula la Oficina; la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana, creada por la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, que regula la Agencia; la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares, creada por la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, que regula la Oficina; la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de Navarra, creada por Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, que la regula; en fin, la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, creada por la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante. A nivel local contamos con experiencias como la Oficina Antifraude del Ayuntamiento de Madrid y la Dirección de Servicios de Análisis como órgano gestor del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona, entre otros.

tal con competencias en materia de lucha contra la corrupción y protección del denunciante. En primer lugar, porque desde un punto de vista democrático genera una apariencia de desinterés hacia esta política anticorrupción y de cumplimiento que no tiene cabida en la realidad española descrita anteriormente ni en el contexto internacional que veremos más adelante. Y, en segundo lugar, porque la existencia de esta pléyade de organismos públicos autonómicos y locales con un ámbito de actuación territorial limitado exige la intervención de un ente estatal que pueda extender su actividad en todo el territorio, bien de forma directa para actuar de acuerdo con sus competencias, bien de forma indirecta para ejercer, de acuerdo con el principio de colaboración interadministrativa, el liderazgo de la «*cogobernanza*» en la lucha contra la corrupción.

1.3. *La lucha contra la corrupción desde el derecho penal y desde el derecho administrativo: perspectivas complementarias*

La AAI ha de intervenir paralelamente a otras organizaciones administrativas como acabamos de ver. Pero, en otro plano distinto, la AAI ha de actuar de forma previa y complementaria a la reacción penal (a través de la Fiscalía anticorrupción, la Fiscalía Europea y la Judicatura fundamentalmente) desarrollada frente a las conductas delictivas. Con esto entramos en el debate de los diferentes y esenciales papeles que han de jugar el derecho penal y el derecho administrativo en la lucha contra la corrupción.

Vaya por delante, que si la AAI tomara conocimiento de la existencia de una conducta de apariencia delictiva ha de ponerlo necesariamente en conocimiento de la autoridad fiscal o judicial pertinente de forma inmediata, sin que por lo tanto la creación de esta AAI introdujera ningún cambio sustancial en relación a este punto en la realidad jurídica e institucional actual.

Ahora bien, hay formas de corrupción y de mala praxis que bien por el estadio inicial en que se encuentran o bien por su baja intensidad, no merecen una respuesta penal. Hemos de recordar la propia esencia del derecho penal como un derecho de intervención mínima. Debe seguir siendo así. Judicializar en vía penal todas las conductas que supongan irregularidades administrativas para, ya en el seno del proceso, determinar si dichas irregularidades han dado lugar por su gravedad a la comisión de un delito o, por el contrario, quedan extramuros de lo criminal supone un flaco favor a la lucha contra la corrupción. El proceso penal, como es lógico, es el proceso judicial más garantista y, por lo tanto, el más lento y costoso, de manera que si se generaliza la vía penal para acabar con toda conducta irregular lo más probable es que consigamos el colapso judicial y que los tribunales penales no puedan centrarse en aquellos procedimientos que indudablemente tienen sustancia penal. Queremos decir con ello que una autoridad de protección del denunciante fuerte, que haga un buen cribado de irregularidades administrativas incluso en fases tempranas no solo no empece la labor de la Fiscalía y de los tribunales de justicia sino que permitirá muy probablemente que estos funcionen

mejor y que puedan centrarse en los comportamientos más graves que suponen atentados contra el Código Penal. Aceptar este planteamiento, eso sí, exigiría que simultáneamente se revisara la tipificación de infracciones administrativas relacionadas con la corrupción y la falta de diligencia ética, pues en muchas ocasiones los tipos administrativos no están bien definidos y esto dificulta su aplicación práctica¹⁵.

Por otra parte, una actuación administrativa temprana y contundente supone un gran desincentivo al intento de realizar este tipo de conductas, pues las probabilidades de que alguien pueda ser objeto de una sanción disciplinaria o administrativa, una reacción siempre más rápida que la respuesta penal, y salir además perjudicado en su imagen personal o institucional por ser objeto de una sanción de este tipo, tiene una virtualidad de prevención general mucho más intensa que la de la eventual persecución penal, que siempre se produce muchos años después de haberse cometido el presunto delito y cuando muchos de los materiales probatorios han desaparecido o han sufrido deterioro, lo que junto con la dificultad inherente a la puesta en marcha de cualquier proceso penal genera una sensación de impunidad en el potencial corrupto que no le desincentiva a la hora de acometer la conducta infractora. En definitiva, la reacción penal es tan exigente y tan tardía en su aplicación (por la necesidad constitucional de un proceso penal sumamente formal y garantista pero también por el hecho del excesivo número de asuntos que acaban indebidamente en la vía penal), que no es eficiente aunque sí sea eficaz cuando se consigue llevar hasta las últimas consecuencias y se obtiene una condena. La actuación temprana de esta autoridad independiente, por tanto, va a redundar en una mejor actuación de la Fiscalía y de los tribunales de justicia porque se van a poder centrar en aquellas causas en las que efectivamente hay indicios de actividad delictiva o van a dirigir las investigaciones contra quienes realmente han participado activamente en ella y no contra otros agentes del procedimiento administrativo que muchas veces quedan convertidos en auténticas víctimas colaterales por estar, por ejemplo, simplemente sentados en la misma mesa de contratación donde se adjudicó un contrato pero sin tener conocimiento en absoluto del fraude que se estaba organizando, obligándoles a hacer una «pena de pasillo» que es injusta y que, a veces, empaña o destruye la carrera administrativa de muchos funcionarios inocentes o que incluso han actuado como denunciantes.

¹⁵ Procede aclarar que hablamos de una responsabilidad disciplinaria compatible con la responsabilidad contable en que pudieran incurrir las autoridades y funcionarios en el manejo de fondos públicos, y que además es una responsabilidad que se extiende a otros comportamientos que, al menos directamente, no tienen que ver con la gestión de aquellos fondos. En todo caso, de nuevo, hemos de recalcar que se trata de evitar que se produzca el menoscabo de los caudales y efectos públicos de los que habla el art. 38 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, que es lo que activa la responsabilidad contable cuyo enjuiciamiento corresponde a este órgano constitucional.

1.4. El plano internacional

Debemos hacer una pequeña digresión en este punto para hablar del panorama internacional en relación con las agencias o autoridades de lucha contra la corrupción, puesto que otro de los elementos que habría que considerar a la hora de decidir sobre la creación de esta AAI es que España necesita tener un interlocutor especializado en materia de anticorrupción para hablar con otras organizaciones análogas que existen en países de nuestro entorno.

De las distintas recomendaciones de la OCDE¹⁶ y otros organismos internacionales que se han preocupado por el fenómeno de la corrupción pueden extraerse dos factores que se consideran esenciales a la hora de juzgar conveniente la creación de una agencia de este tipo:

- a) El nivel de corrupción del Estado en cuestión. Atendiendo a las cifras que hemos manejado anteriormente este requisito parece que sería sobradamente cumplido por el Estado español.
- b) La existencia de vacíos existentes en el sistema de lucha contra la corrupción o para coordinar los servicios anticorrupción ya existentes. Precisamente la AAI al actuar de forma paralela a los órganos sectoriales o autonómicos (incluso locales), lo que hace es cubrir esos espacios o vacíos entre estos organismos que solo atienden sectores de actividad o actuaciones desarrolladas exclusivamente en territorios autonómicos (o locales) y puede, a través de instrumentos de colaboración adecuados, liderar la coordinación de la acción anticorrupción en la fase administrativa de prevención y persecución.

Por otra parte, articular un sistema administrativo de prevención de la corrupción, desde nuestro punto de vista, es una obligación internacional que obliga al Reino de España. Así, hemos de recordar que el Reino de España ratificó en el año 2006 la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 31 de octubre de 2003. En el art. 6 de esta Convención queda dispuesto que «cada Estado Parte [...] garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción», y se les otorgará la independencia necesaria para que puedan actuar de forma eficaz y sin ninguna influencia indebida. Entre otras cuestiones, se encomienda a estos órganos la implementación de políticas de prevención de la corrupción, lo que incluye, conforme al art. 5 de la Convención, la evaluación periódica de «*los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción*». Esto es, la propia convención se está colocando en un plano previo a la intervención judicial y del ministerio público: el plano administrativo.

¹⁶ «Specialised Anti-corruption institutions. Review of Models» (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2008). <https://bit.ly/3vBdhp8>.

En fin, si observamos los países de nuestro entorno europeo¹⁷ podemos encontrar instaurados, sin ser exhaustivos, organismos semejantes a la AAI que aquí perfilamos en Francia con la Agencia Francesa Anticorrupción (AFA), en el Reino Unido con la Oficina Contra el Fraude (SFO), en Italia con la Agencia Nacional Anticorrupción (ANAC) y en Letonia con la Oficina de Prevención y Lucha contra el Fraude. Es importante que en Europa se vayan instaurando este tipo de organizaciones que puedan entablar un diálogo centralizado entre Estados para poder compartir información y articular medidas coordinadas anticorrupción.

1.5. *El coste de la creación de una AAI de Lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante versus el coste de no crear tal AAI*

Otro argumento habitual para oponerse a la creación de una AAI es la eficiencia organizativa y el control del gasto público a la vista del coste que supone la creación de un nuevo organismo público. No deja de ser llamativo en sí mismo este argumento. En un Estado como el español en el que proliferan innumerables organismos y sociedades públicas a nivel estatal, autonómico y local y en el que el balance de lo que supuso la política de austeridad de la CORA en lo que se refiere a la reducción de organismos en plena situación de crisis financiera puede calificarse, siendo benévolo, de modestamente inoperante, la eficiencia organizativa y el control presupuestario se erigen en puntales de los que argumentan lo innecesario de la creación de esta AAI de Lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante.

Para adentrarnos en este debate es razonable preguntarse, en primer término, si tendría sentido aprovechar alguna estructura organizativa o institución ya existente para atribuirle esta función en lugar de crear *ex novo* una AAI, habida cuenta además de que la directiva lo permite. Básicamente, conforme a la directiva, que no obliga a crear una AAI ni define un modelo concreto de autoridad de protección del denunciante, los Estados tendrían libertad de atribuirle esta función:

- 1º. A una autoridad fiscal o judicial.
- 2º. Al Defensor del Pueblo.
- 3º. A una AAI ya existente.
- 4º. A una AAI de nueva creación, que es lo que aquí propugnamos.

Veamos las tres primeras alternativas una por una.

¹⁷ Véase para más detalle el Informe de Transparencia Internacional «Anti-corruption agencies in Europe. Typology and case studies» (Jennifer Schöberlein, 3 de agosto de 2020). <https://bit.ly/3vAYqLp>

La primera opción nos parece altamente inconveniente por lo que ya hemos dicho: desenfocaría totalmente la función preventiva en fase administrativa de la actuación fraudulenta y corrupta. Tanto fiscales como jueces, como es normal, son expertos procesalistas y penalistas, pero no se trata de operar penalmente desde la institución de protección del denunciante. La reacción penal frente a estas conductas ya está creada y opera en el marco del proceso penal de forma adecuada y suficiente. Cosa distinta es que al frente de la AAI quisiera colocarse a una persona perteneciente a la carrera judicial o fiscal y con conocimiento en materia de lucha contra la corrupción y del funcionamiento de la Administración pública y sus procedimientos, algo que sería plenamente compatible con la naturaleza de la institución.

La segunda opción, esto es, atribuir la protección del denunciante al Defensor del Pueblo, parece descartable por la siguiente razón que tomo prestada del profesor Sierra Rodríguez¹⁸ cuando dice que «existe suficiente sustantividad y separación entre la actividad de tutela de derechos y libertades con aquella que se desarrolla en el marco de la lucha contra la corrupción, de modo que esta convivencia podría terminar priorizando la actividad de una sobre la otra con las correspondientes consecuencias negativas en términos de visibilidad y prioridad de las actuaciones». Dicho de otra manera, la protección de derechos fundamentales y libertades públicas atribuidas a este órgano constitucional es suficientemente relevante cualitativa y hasta cuantitativamente como para que se le atribuyeran estas funciones adicionales de lucha contra la corrupción y protección del denunciante, aunque es cierto que la corrupción tiene una incidencia determinante en los derechos fundamentales. De hecho, merece una reflexión que en la directiva se conecte un órgano constitucional como el del Defensor del Pueblo con la protección del denunciante. Y es que la corrupción corroe por su misma base los principios de convivencia democrática en un Estado social y democrático de derecho. En esa medida no nos parece en modo alguno excesivo que una autoridad de lucha contra la corrupción se llegara a configurar como un órgano constitucional en una eventual reforma de nuestra carta magna. Los órganos constitucionales son aquellos que definen los rasgos esenciales del modelo de organización de un Estado y que reciben directamente de la Constitución su estatus y competencias esenciales. Son aquellos órganos que permiten discernir la división de poderes, pero también los que encarnan el control del ejercicio de dichos poderes. Pues bien, un organismo de lucha contra la corrupción no es sino una institución de garantía de contención del poder más allá de la estricta legalidad. Actualmente proliferan los estudios que ponen en directa relación la corrupción y la pérdida de calidad institucional de las democracias con el incremento de los populismos, la desconfianza en las ins-

¹⁸ Sierra Rodríguez, J. (2020). «Impulso europeo al whistleblowing y las autoridades de integridad». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, págs. 64-85.

tituciones y la afectación de los derechos humanos¹⁹, en definitiva, la conexión entre la corrupción y el riesgo de quiebra del sistema democrático. Una institución que pretende garantizar la integridad en los agentes del sistema democrático y la propia integridad del sistema y que, de esta manera, contribuya decisivamente a su salvaguarda, tiene sentido que llegara a tener rango constitucional y, por ello, dejamos apuntada aquí la reflexión que podría abrir un debate que merecería la pena tener en su momento. Entendemos que la posibilidad que apunta la directiva de que sea el Defensor del Pueblo quien asuma las funciones de protección del denunciante (que, insistimos, desde el punto de vista de la operatividad del sistema nos parece claramente desaconsejable al menos en el sistema español) entronca, con mayor o menor consciencia por parte del legislador europeo, con esta reflexión. Además, el sistema político-constitucional de los Estados ha de hacerse más complejo en el sentido de extender el control del poder no solo a las estructuras del Estado, sino a otras estructuras que tienen capacidades de actuación semejantes. En la era del capitalismo financiero global y digitalizado, los agentes económicos privados en ocasiones alcanzan magnitudes equiparables en términos contables a los PIB de algunos Estados y en mayor número de casos ostentan una influencia tal sobre el poder político que se hace necesario cada vez con más intensidad que los principios constitucionales que inciden en la organización política también operen en la intersección entre esta organización y la actividad económica. Compartimos en este sentido la tesis de Peter Häberle²⁰ de que «el Estado Constitucional es constantemente estimulado a extender el principio de división de poderes (inicialmente entendido en sentido restringido, es decir, limitado a la organización interna del Estado) al ámbito social (y, entonces, también económico), a fin de evitar procesos de distorsión del poder». Una AAI de Lucha contra la Corrupción y Protección del denunciante entronca directamente con estos postulados.

Retomando el hilo de nuestra reflexión principal sobre las alternativas a la creación de una AAI anticorrupción, finalmente, quedaría por analizar la opción con menor exigencia presupuestaria y más conservadora que crear una autoridad *ad hoc*, cual es atribuir a un organismo ya existente la protección del denunciante. Concretamente cuando se explora esta opción se suele hablar del Consejo de

¹⁹ Peters, A. (2018), «Corrupción y Derechos Humanos», en «Impacto de la corrupción en los derechos humanos». México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétalo. Señala esta autora que: «Empíricamente, se puede mostrar que los países que tienen altas tasas de corrupción (o altos niveles de percepción de corrupción) son también los países con un registro pobre de protección de los derechos humanos». Se remite para un análisis estadístico al estudio de Landman, T., y Willem Schudel, C. J. (2017) «Corruption and Human Rights, Empirical Relationships and Policy Advice, Working Paper». Génova: International Council on Human Rights Policy.

²⁰ P. Häberle (2004) «Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar». Lima: Pales-tra-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, en particular: «Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo», págs. 99 a 121.

Transparencia y Buen Gobierno como destinatario de estas nuevas funciones y, de hecho, en alguna comunidad autónoma, como es el caso de Asturias, así se ha hecho. Sin embargo, a nivel estatal, esta opción tampoco es adecuada desde nuestro punto de vista, aunque es cierto que sus funciones están íntimamente conectadas con la lucha de anticorrupción por cuanto la transparencia y el buen gobierno son herramientas pasivas de lucha contra la corrupción.

Son varias las razones que apuntan a que esta no sería una buena alternativa a la creación de una AAI. En primer lugar, el espectro competencial de este tipo de organismos dedicados a la importantísima función de fomentar la transparencia y buen gobierno está orientado exclusivamente al sector público. Prueba de que es difícil que este organismo pudiera abarcar una actuación de lucha contra la corrupción y protección del denunciante que englobara el sector público y el privado es que en Italia, donde se creó la Autoridad Nacional Anticorrupción que asumió las funciones del organismo preexistente de transparencia, tiene limitada su actuación a la protección del denunciante en el sector público, siendo la Inspección Nacional de Trabajo la que realiza la misma actividad en relación con el sector privado. Este deslinde institucional nos parece artificial y poco operativo por lo que se señalaba anteriormente en relación con el carácter poliédrico de la corrupción y su actuación en forma de red.

Por otra parte, en este tipo de entidades dedicadas a la transparencia, a día de hoy al menos, se carece de los conocimientos necesarios y de la especialización que se requieren para la gestión de denuncias que pueden referirse a cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecten al interés general y que pueden concernir, como venimos diciendo, a sectores privados de actividad. Además, las nuevas funciones tendrían que asumirse con un carácter tan principal o más que las desarrolladas hasta ahora, hasta el punto que, significativamente, a nuestro modo de ver, la denominación tendría que pasar a ser AAI de Lucha contra la Corrupción, Protección del Denunciante, Transparencia y Buen Gobierno (extenso nombre que ya evoca lo inabarcable de sus competencias).

Pues bien, desde el punto de vista de lo que llamaremos muy impropia-mente, pero de forma descriptiva, «psicología institucional», podemos encontrar- nos con dos escenarios básicos si se opta por esta vía de atribuir estas funciones al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno u otra institución similar ya existente:

1º. La relegación a un segundo plano de las nuevas funciones atribuidas. Las instituciones, cuando nacen, lo hacen ligadas a un objetivo y finalidad que definen su propia «genética» y su idiosincrasia, de manera que cuando se le atribuyen nuevas funciones por adición (y normalmente sin una dotación de medios suplementaria suficiente), tienen una tendencia natural a seguir centrando sus esfuerzos en cumplir su finalidad originaria, relegando a un segundo plano la atribuida en un segundo momento. Y es que, con carácter general, los empleados públicos que estén destinados en el organismo, como es natural, estarán más cómodos haciendo aquello que conocen perfectamente que indagando (normalmente sin

la necesaria previa formación) cómo abordar aquello que desconocen y que, además, tiene un altísimo nivel de complejidad y se extiende a áreas (sector privado) en las que los conocimientos generales del empleado público no suelen alcanzar; y en segundo lugar, porque la estructura está diseñada para lo que fue creada inicialmente y, en consecuencia, la adaptación a las nuevas funciones requeriría una modificación estructural que supondría una importante inversión cuyo coste presupuestario no se alejaría en términos reales de la creación de un nuevo ente si queremos que el mecanismo funcione.

2º. Y otro fenómeno con el que podríamos encontrarnos, que solo hasta cierto punto sería de signo contrario al primero que acabamos de explicar, por lo que podríamos encontrarnos formas híbridas en las que se entrelazaran ambos escenarios, es que la ingente cantidad de trabajo derivada de las nuevas funciones encomendadas o una personal inclinación de quien dirigiera la institución hacia la potenciación de las nuevas funciones, hiciera que la actividad de fomento de la transparencia se viera afectada negativamente, de forma que finalmente lo que conseguiríamos con toda probabilidad es que no se atendiera eficientemente ni a uno ni a otro objetivo.

Téngase en cuenta que aunque desde luego la transparencia y el buen gobierno tienen una relación directa con la protección del denunciante y la lucha contra la corrupción, son actividades que, desde un punto de vista operativo, no tienen nada que ver. La transparencia tiene una función de prevención de la corrupción innegable, pero su operatividad no comparte en esencia nada con los mecanismos activos de lucha contra la corrupción de los que ahora hablamos.

Vinculado con el debate de la eficiencia organizativa está, obviamente, el del rigor presupuestario. La corrupción cuesta a España como hemos visto según las estimaciones del Fondo Monetario Internacional, 60.000 millones de euros. No disponemos de datos precisos del coste presupuestario que podría implicar la creación de una AAI de Lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante. Pero supongamos, a la vista del coste presupuestario de otras entidades autonómicas análogas, que una AAI de Lucha contra la Corrupción plenamente conformada costara anualmente 20 millones de euros a todos los españoles²¹. Se trata de una inversión, en términos de presupuesto público, mínima y prudente

²¹ La cifra que utilizamos en el ejemplo no es fruto de un análisis ni de una estimación que excedería con mucho el ámbito de este trabajo, sino de una mera aproximación a la vista de las cifras presupuestarias que se manejan en otras entidades públicas autonómicas de análoga naturaleza. Así, el proyecto de presupuestos de la Agencia Valenciana Antifraude propone una cifra de 5.173.278,38 para su presupuesto de 2022 (Resolución 717 del director de la Agencia por la que se aprueba el Proyecto de Presupuestos Generales de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana para el año 2022, de 15 de octubre de 2021, <https://bit.ly/3tocJA9>)
De la misma manera, en la página web de la Oficina Antifraude de Cataluña se propone para los presupuestos de la Oficina correspondientes al ejercicio 2021 la cifra de 6.366.755,57 euros, <https://bit.ly/3HBjBQ3>.

si atendemos a la finalidad que se persigue que es reducir la cifra obscena del coste económico de la corrupción al que antes nos referíamos. A ello añadamos que el organismo podría diseñarse de manera que pudiera, al menos en parte, autofinanciarse con los recursos derivados de su actividad sancionadora, de forma que finalmente fueran los propios corruptos o las entidades que realizaran malas praxis los que financiaran la existencia del organismo que les persigue en un alarde de justicia poética y democrática.

Finalmente, y esto es más importante incluso que el coste presupuestario, no nos encontramos solo, ni tan siquiera sobre todo, ante una cuestión cuantitativa o economicista. Nos estamos jugando la calidad de nuestras instituciones y la confianza de la ciudadanía en ellas, esto es, nos estamos jugando la esencia de la democracia²². Como muy acertadamente expresa el artículo publicado recientemente en el diario *El País* por el abogado y experto en «compliance» Ayala de la Torre «la corrupción aumenta la distancia entre representantes y representados, entre gobernantes y gobernados, provocando una crisis de legitimación de ese “espacio público compartido” que debe ser un Estado»²³. En definitiva, no parece que el coste presupuestario deba ser un argumento de peso en esta discusión y, si lo es, significa desde nuestro punto de vista o un gran desconocimiento de las consecuencias corrosivas que tiene la corrupción en toda democracia y su sistema económico o una falta de compromiso en la lucha contra esta lacra.

Dejado sentado lo anterior, la atribución de estas funciones al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno nos parece la mejor de las alternativas distintas a la creación de una nueva autoridad especializada, y ello siempre que se modificara sustancialmente su estructura y se dotara suficientemente tanto en medios personales (incluida una formación altamente especializada) como financieros para

²² Dicho en palabras de la Comisión Europea en el Informe anticorrupción de la Comisión para el Consejo y el Parlamento Europeo de 3 de febrero de 2014, «Corruption seriously harms the economy and society as a whole (...). It impinges on good governance, sound management of public money, and competitive markets. In extreme cases, it undermines the trust of citizens in democratic institutions and processes. (...) High-profile scandals associated with corruption, misuse of public funds or unethical behaviour by politicians have contributed to public discontent and mistrust of the political system». <https://bit.ly/3C4ygSo>.

Más recientemente, en su Ficha temática «Lucha contra la corrupción», elaborada en el marco del Semestre Europeo en el que se coordinan las políticas económicas de los países de la Unión Europea, afirma la Comisión que: «La reducción de los recursos como resultado de la existencia de prácticas corruptas puede ir en detrimento de la protección social y los servicios públicos, ya que reduce el presupuesto disponible y obstaculiza el acceso equitativo a estos últimos. A la larga, la corrupción alimenta y agrava las desigualdades sociales, y al hacerlo socava la confianza en el Estado, en las instituciones y en los Gobiernos. En definitiva, en casos extremos, la corrupción puede ser una amenaza para la propia democracia». <https://bit.ly/35GPqcW>.

²³ <https://bit.ly/36OMwTL>.

poder abordar la revolución que supondría que, de ahora en adelante, ampliara su espectro de actuación a esta actividad de lucha contra la corrupción y protección del denunciante.

2. CONFIGURACIÓN PARADIGMÁTICA DE LA AAI DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE

Una vez justificada, entendemos que sobradamente, no la necesidad legal porque como hemos visto, la directiva no obliga a ello y hay alternativas (no convincentes), pero sí la necesidad democrática y la absoluta conveniencia de la creación de una AAI, procede comentar a continuación cuáles serían las notas definitorias de un modelo de esta autoridad.

Para ello comenzaremos analizando con cierto detalle el estatuto de independencia que a nuestro juicio debería caracterizar a este organismo para a continuación explicar esquemáticamente las funciones primordiales y potestades que debería tener atribuida la AAI. Entendemos que con este doble esfuerzo descriptivo es factible hacerse una idea cabal de la naturaleza sustantiva que debiera adoptar la AAI tantas veces citada.

2.1. La constitución del organismo como AAI: el estatuto de independencia

La independencia, en línea de principio, implica la falta de vínculos jerárquicos y la imposibilidad de recibir órdenes o instrucciones por parte del Gobierno, ya sea directamente o a través del Ministerio de adscripción.

Para que esta independencia sea real y efectiva habrían de respetarse los siguientes aspectos en la configuración del organismo:

1º. La inamovilidad de su presidente, de forma que las causas de cese habrán de estar tasadas en la ley (fundamentalmente relacionadas con la eventual pérdida de honorabilidad) y con unas garantías superiores a las del régimen administrativo o laboral.

2º. La no renovación del cargo de presidente, de manera que quien lo vaya a desempeñar no tenga ni siquiera la tentación de ejercer su mandato en un sentido u otro con el objetivo de obtener el apoyo en una futura reelección.

3º. Que el nombramiento del presidente no coincida con el de las legislaturas y que el nombramiento exija una mayoría cualificada en el Congreso de los Diputados (3/5 o 2/3) para que haya un verdadero consenso y no un mero «canje de cromos» entre fuerzas políticas mayoritarias. Actualmente es objeto de un intenso debate la participación del Congreso en los nombramientos de las altas magistraturas del Estado. Sin embargo, a nuestro juicio, es una de las consecuencias del descrédito y falta de confianza que los ciudadanos están desarrollando hacia las instituciones que no hay que combatir hurtando al órgano legislativo las facultades que le son propias, sino censurando intensamente a quien, en un momento

concreto, hace un mal uso de la fuerza representativa que ostenta en la Cámara. Excede del marco del presente análisis las causas de este proceso degenerativo de la confianza de los ciudadanos en sus representantes, pero probablemente están muy vinculadas con lo que los profesores Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, en un estudio centrado en la política estadounidense, identifican como la ruptura de las reglas de tolerancia mutua entre partidos y la falta de contención institucional²⁴. No podemos fundar un análisis institucional en el uso coyuntural que se haga de unas atribuciones constitucionales por tal o cual partido en un momento temporal determinado. La resistencia de las democracias ha de superar precisamente este tipo de envites coyunturales por otra parte normales en términos históricos. No puede combatirse el mal uso de las instituciones que se pueda producir en un momento concreto huyendo de las instituciones despavoridamente, sino volviendo una y otra vez a ellas hasta que finalmente funcionen. Lo esencial es que tiene pleno sentido democrático que quien es depositario de la voluntad popular sea quien participe en la designación de aquella persona que vaya a liderar la lucha contra la corrupción en nuestro país, y por eso nuestra propuesta pasa por la validación del nombramiento por el Congreso de los Diputados. Obviamente, la votación no ha de producirse «*en el vacío*» sino en favor de aquellas personas que acrediten tener los conocimientos, experiencia y honorabilidad que garanticen que son candidatos idóneos.

4º. La independencia también está ligada, obviamente, a la imparcialidad, lo que obliga a establecer un régimen de abstención y recusación rígido tanto para el presidente como para los empleados públicos que participen en la investigación de los expedientes.

5º. El reconocimiento de potestad de autoorganización y de selección de su personal es esencial para un funcionamiento autónomo de la entidad.

6º. Finalmente, es necesario garantizar su autonomía financiera y para la gestión de su presupuesto. Lo ideal sería que pudiera financiarse plenamente con los fondos recaudados con la imposición de las sanciones a aquellos que cometen algún tipo de infracción en el ámbito de sus competencias. Al ser una entidad de creación *ex novo* es difícil hacer cálculos de cuáles pudieran ser los ingresos obtenidos por esta actividad, pero si la autoridad es operativa y genera confianza en los ciudadanos para denunciar, y dado el nivel de actividad corrupta que antes hemos definido en números, parece que hay trabajo por hacer y mucho dinero por recaudar procedente de actividades fraudulentas.

²⁴ Levitsky S. y Ziblatt D. (2018), «*Cómo mueren las democracias*». Barcelona: Ariel. De acuerdo con la tesis de estos autores, la falta de contención institucional, nota que tendría particular vinculación con lo que en este trabajo se plantea, significaría usar los poderes constitucionales con la mayor de las amplitudes posibles y anteponiendo el interés partidista al interés general, de manera que se hace un ejercicio de dicho poder legal e intachable desde un punto de vista del Derecho, pero abusivo y dañino para el equilibrio de las instituciones.

Finalmente, desde el punto de vista orgánico, además del presidente, la AAI debería contar con un Consejo como órgano colegiado que sería conveniente que diera cabida a miembros de otras autoridades que ejercen actividad contra el fraude, como la Intervención General de la Administración del Estado, la Abogacía General del Estado, el Banco de España, la CNMV, la CNMC, el SEPBLAC, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno u otros que pudieran considerarse.

2.2. *Sus funciones y competencias*

Serían, muy sintéticamente, las siguientes:

1º. Gestión del canal externo de denuncias. Toda persona física ha de poder denunciar ante la AAI de Lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante a través de su canal externo de denuncias la comisión de cualesquiera acciones u omisiones incluidas en el ámbito de actuación de la AAI, ya sea directamente o previa la formulación de denuncia a través del correspondiente canal interno.

Es importante que se garantice que la denuncia pueda materializarse de la forma más flexible posible: de forma anónima o con identidad reservada, por escrito, a través de correo postal o a través de cualquier medio electrónico habilitado al efecto dirigido al canal externo de denuncias o incluso verbalmente, por vía telefónica o a través de sistema de mensajería de voz.

Ha de garantizarse un régimen de inadmisión que permita evitar el colapso de la institución, de manera que no se continúe con la tramitación cuando los hechos relatados carezcan de toda verosimilitud, no sean constitutivos de infracción del ordenamiento jurídico o que, siéndolo, no afecten al interés general; cuando la denuncia carezca manifiestamente de fundamento o existan indicios racionales de haberse obtenido de forma ilícita, o bien cuando la denuncia sea mera reproducción de otra anterior previamente inadmitida o debidamente investigada. Se trata, en definitiva, de proteger también a los potenciales denunciados frente a quien pretenda abusar de la denuncia e instrumentalizarla con finalidades distintas a la eliminación de conductas irregulares.

A su vez, las personas denunciadas han de disfrutar, durante la tramitación del expediente de la presunción de inocencia, del derecho de defensa y del derecho de acceso al expediente, preservándose su identidad y garantizándose la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento.

Los funcionarios de la AAI que desarrollen actividades de investigación debieran tener la consideración de agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones y estarían obligados a guardar secreto sobre las informaciones que conozcan con ocasión de dicho ejercicio, incluso después de haber cesado en él.

Una vez concluidas las actuaciones de investigación, las conclusiones deberían plasmarse en un informe elaborado por los órganos técnicos de la AAI y remitido al presidente de la Autoridad, quien será el responsable de tomar las medidas oportunas, sin perjuicio de las responsabilidades de otra índole que sean

de la competencia de los juzgados y tribunales. De esta manera, podría ordenarse el archivo del expediente si no se hubieran detectado en el informe indicios de irregularidad y si pudieran ser constitutivos de delito habrían de ponerse en conocimiento de la Fiscalía o, caso de ser de su competencia, de la Fiscalía Europea. También puede ocurrir que proceda el traslado de todo lo actuado a la autoridad competente sectorial o autonómica, cuando se juzgue que es competencia de estas otras instituciones la llevanza del asunto. Finalmente, puede ocurrir que se haya concluido que existan indicios suficientes para que se adopte un acuerdo de inicio de un procedimiento sancionador.

De este análisis descriptivo, aunque somero, del funcionamiento del canal de denuncias se observa que la carga de gestión y la complejidad y variedad de las denuncias que pueden ser recibidas requiere necesariamente una estructura bien armada y compleja que permita que el organismo cumpla esta función transcendental para el funcionamiento de la democracia.

2º. Le correspondería asumir la condición de órgano consultivo y de asesoramiento al Gobierno en materia de protección del denunciante. Asimismo, la AAI podría ser consultada por otras instituciones públicas y privadas como las Cortes Generales, las comunidades autónomas, las corporaciones locales, los colegios profesionales, las cámaras de comercio, las organizaciones empresariales y las asociaciones profesionales de cumplimiento, y de esta manera ir uniformando los criterios de política de cumplimiento en el sector público y privado.

3º. También podría elaborar modelos de planes de prevención de delito para su implementación en el ámbito del sector público, pudiendo asumir la condición de entidad certificante de la idoneidad de los programas de prevención de la comisión de delitos aprobados por las distintas entidades del citado sector público y promover las medidas que contribuyan a la implementación, mejora y modificación periódica de los mismos.

4º. Desde luego le debería corresponder la adopción de las medidas de protección al denunciante para evitar las represalias o ponerles fin, así como la adopción de medidas de apoyo previstas en la directiva tales, como la información y asesoramiento integral, accesible y gratuito sobre los procedimientos y recursos disponibles o el apoyo financiero y psicológico de forma excepcional si procede tras la valoración por la AAI de las circunstancias derivadas de la presentación de su denuncia.

5º. Debiera igualmente participar, mediante informe preceptivo, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias y a la Ley reguladora de la Autoridad Independiente de Lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante y su normativa de desarrollo.

6º. Función primordial debiera ser también la tramitación de los procedimientos sancionadores e imposición de sanciones por las infracciones cometidas en el ámbito de sus competencias. En este aspecto nos gustaría recalcar que para que esta autoridad de supervisión sea tal, no solo debería imponer sanciones por incumplimientos de las obligaciones establecidas en la ley de protección del

denunciante, y por la realización de actividades de represalia contra el denunciante sino que, a nuestro modo de ver, tendría que tener facultades intensas de intervención en aquellos procedimientos administrativos en los que se esté produciendo la actividad denunciada.

Quizá podamos extraer alguna enseñanza del modelo de intervención de la CNMC previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que, en su art. 150, prevé lo siguiente: «Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación [...] los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación». Pudiera preverse, con carácter general, que si en algún procedimiento de contratación u otorgamiento de subvenciones se apreciaran indicios de conductas fraudulentas, pudiera suspenderse el procedimiento para el traslado de dichos indicios a la AAI de Lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante.

Como decimos, no solo el incumplimiento de las obligaciones de la ley de protección del denunciante debiera poder ser reprimida vía sanción administrativa por la autoridad, sino que la propia conducta irregular adoptada por la empresa o bien por la entidad pública debiera ser tipificada como una conducta en sí misma sancionable, por vulnerar un bien jurídico protegido que puede ser el incumplimiento de los deberes propios del cargo (lealtad, probidad [...]), la buena imagen de la Administración y la correlativa confianza de los ciudadanos en el funcionamiento adecuado de aquella, el falseamiento de la voluntad estatal en tanto que identificada con la consecución del interés general, la administración desleal de los intereses públicos o el mal manejo de fondos públicos, aun cuando no se haya incurrido aún en responsabilidad contable.

En definitiva, al igual que pasa con el delito fiscal, se postula que en función de algún parámetro objetivo (que no necesariamente tiene que ser cuantitativo aunque pudiera ser tomado en cuenta) determinadas conductas quedarán despenalizadas, pero no para acabar siendo impunes obviamente, sino todo lo contrario, para que reciban de forma más eficiente un castigo proporcional a la conducta realizada y garantizando la efectividad de la misma, de manera que no queden todos los supuestos diferidos a un procedimiento penal cuyas extremadas garantías no son siempre adecuadas para dar una respuesta rápida a determinadas conductas que, por otra parte, siendo altamente censurables puede que no alcancen la gravedad como para merecer la respuesta punitiva penal.

7º. Podría atribuírsele, y de hecho sería muy conveniente, la función de concesión de premios al denunciante por las informaciones que contribuyan al descubrimiento y mejor esclarecimiento de los hechos constitutivos de delito o infracción administrativa. Es esta una cuestión muy polémica en la que no pode-

mos ahondar, pero lo cierto es que la experiencia contrastada en algunos países como Estados Unidos de premiar al denunciante muestra unos elevados niveles de éxito²⁵.

8º. La autoridad podría abordar la elaboración de recomendaciones y directrices que establezcan los criterios y prácticas adecuados para el cumplimiento de las disposiciones en materia de lucha contra la corrupción y protección del denunciante.

9º. Otra función transcendental es la promoción y adopción de las medidas necesarias para la consecución de una adecuada cultura de cumplimiento tanto de los operadores privados como de las entidades que integran el sector público y promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de protección del denunciante, así como informes generales de análisis de malas praxis administrativas, particularmente, de aquellas que puedan generar fenómenos de corrupción o mala gestión de fondos públicos.

10º. Finalmente le correspondería designar, a requerimiento de la autoridad judicial y de entre el personal que preste servicios en la AAI, peritos y expertos independientes en procedimientos penales por delito cuando el investigado, procesado o acusado, sea una persona jurídica a efectos de verificar la eficacia del programa de prevención del delito conforme a lo dispuesto en el art. 31 bis del Código Penal.

IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones de lo expuesto en este trabajo podríamos decir que:

1º. Dada la complejidad de la realidad económica e institucional actual y dada la diversidad de ámbitos en los que opera la corrupción y las tramas en las que se articula su actuación, se hace necesario que el sistema administrativo de supervisión de la actividad del sector público, particularmente en lo que se refiere al manejo de fondos públicos, y del sector privado que se relaciona con aquel se configure como un sistema de red con distintos actores operando simultánea y colaborativamente, respetando el sistema de distribución de competencias territorial y sectorial, de forma que las conductas fraudulentas no tengan oxígeno con el que desarrollarse.

2º. Esto implica, a nuestro modo de ver, la necesidad de crear una autoridad administrativa independiente profesional y especializada, únicamente dedicada a la persecución de las conductas corruptas y malas praxis que excedan el ámbito competencial territorial o sectorial de otras entidades públicas.

²⁵ Por ejemplo, desde su creación en el año 2010 por la Ley Dodd-Frank, el programa de denunciantes de la SEC (Comisión de Bolsa y Valores de EE. UU.) ha pagado aproximadamente 1.200 millones de dólares a 238 denunciantes (<https://bit.ly/3sziLyQ>).

Ni la existencia de otros órganos estatales que actúan contra conductas fraudulentas, ni la existencia de órganos autonómicos, ni la necesaria vía penal son obstáculo para la creación de esta autoridad; ni, por otra parte, la creación de esta autoridad supone ninguna duplicidad en relación con los anteriores órganos, organismos e instituciones que siguen manteniendo plenamente su sentido. La AAI de Lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante se erige como una necesidad en tanto que institución de cierre del sistema administrativo de persecución del fraude y la corrupción que serviría para colmar todos los espacios de impunidad y de falta de reacción pública contra estos comportamientos irregulares.

3º. La creación de una autoridad estatal de esta naturaleza es, en sí misma, una declaración política y ciudadana, construye cultura de cumplimiento y nos coloca en la senda de conseguir una sociedad avanzada en términos democráticos y de combatir el descrédito de las instituciones y la desafección ciudadana hacia las mismas.

Además de ser una necesidad de higiene democrática, constituye una vía hábil para cumplir las exigencias de los textos internacionales suscritos por el Reino de España y su creación es fundamental para que la actuación anticorrupción del Estado español en sentido amplio esté debidamente coordinada.

4º. A través de esta AAI ha de darse un impulso a la actividad de intervención administrativa y de lucha contra la corrupción en una fase administrativa previa a la eventual vía penal, tanto para evitar la consumación de las conductas como para garantizar la represión y sanción de las mismas.

La actividad de esta autoridad habría de extenderse más allá de la corrupción hacia lo que pueden llamarse «malas praxis administrativas» que, sin llegar a poder calificarse con la palabra corrupción en los términos que ha sido conceptualizada anteriormente, ponen a las claras deficiencias del funcionamiento interno de las instituciones. Se trata de comportamientos regidos por la inercia administrativa, por el precedente administrativo mal entendido, esto es, por el «siempre se ha hecho así». Se trata de infracciones de menor intensidad, que en la mayor parte de las ocasiones generan un daño social y económico inferior al que producen los supuestos de corrupción y en los que no tiene ningún sentido que intervenga el derecho penal, pero que es muy importante corregirlas y acabar con ellas.

5º. La actividad de la autoridad ha de estar dotada de un estatuto de independencia reforzada y su actividad ha de estar enfocada en la protección del denunciante como instrumento clave de la lucha contra la corrupción, pero tiene que ir más allá y gestionar las denuncias con potestades de intervención sobre los eventuales procedimientos administrativos en los que se esté gestando una actividad fraudulenta y con una potestad administrativa sancionadora que se extienda tanto a los incumplimientos de la ley de protección del denunciante como a las propias leyes administrativas reguladoras del manejo de los fondos públicos. También es fundamental su papel como agente generador y uniformador de la cultura de cumplimiento en el sector público, pero también para el sector privado.

