

Público y Regulatorio

# Ley 2/2023 de protección del informante: dos cuestiones problemáticas (una posiblemente inconstitucional)

Se exponen dos cuestiones problemáticas que suscita la Ley 2/2023, de protección del informante: la defectuosa determinación de su ámbito de aplicación y la declaración, posiblemente inconstitucional, de que contra las decisiones de la Autoridad Independiente de Protección del Informante no cabe recurso alguno.

## BLANCA LOZANO CUTANDA

Catedrática de Derecho Administrativo

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. La Ley 2/2023, de 20 de febrero, transpone, con notable retraso, la Directiva n.º 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, más conocida como Directiva de protección de denunciantes, informantes o *whistleblowers*.
2. Lo que desde el principio llama la atención es que la ley haya optado por la denominación «informante» y por las expresiones «informaciones» y «comunicaciones», de uso indistinto, cuando lo cierto es que estamos ante «denuncias», según la definición de la RAE: «documento en que se da noticia a la

autoridad competente de la comisión de un delito o de una falta».

Esta opción legislativa parece responder a la voluntad de distinguir las denuncias reguladas en esta ley de las ya previstas en nuestro ordenamiento jurídico, tales como, entre otras: la denuncia penal, regulada en los artículos 259 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr); la denuncia de infracciones administrativas, regulada con carácter general en el artículo 62 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común y prevista en muchas normas sectoriales; y la contemplada en la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la

financiación del terrorismo (tras su modificación por el Real Decreto Ley 11/2018). Asimismo, son muchas las leyes autonómicas que ya han abordado la protección de los denunciantes y la creación de instituciones encargadas de recibir las denuncias de irregularidades.

3. Pues bien, el primero de los dos aspectos problemáticos de la ley sobre los que queremos advertir es la defectuosa regulación de su ámbito de aplicación y de su articulación con las normas preexistentes.
4. Está claro que la ley tiene carácter de legislación básica estatal, con excepción del Título VIII, relativo a la Autoridad Independiente de Protección del Informante, al amparo de los títulos competenciales enunciados en su disposición final octava,

También parece que solo se rigen por su legislación específica las informaciones o revelaciones públicas a las que se refieren los actos jurídicos de la Unión que se enumeran en la parte II de su anexo (artículo 2.5). Este es el caso de la Directiva n.º 2015/849, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, transpuesta en nuestro país por el ya citado Real Decreto Ley 11/2018. También es el caso de la Directiva n.º 2013/36/UE, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, que establece la obligación de que las entidades de crédito dispongan de canales internos de denuncia, que ha sido incorporada en España por la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Es importante precisar que, en estos casos, *cuando así lo prevea la legislación específica* dictada en transposición de estas normas

europeas, las empresas están obligadas a tener un canal interno de denuncias con independencia de su número de trabajadores. Sin embargo, la tortuosa redacción del artículo 10.2 de la ley ha llevado a algunos comentaristas a afirmar que todos sectores a los que se refiere la parte II del anexo -que son muchos- están obligados a implantar un canal de denuncias, aunque tengan menos de cincuenta trabajadores.

5. También es deficiente la articulación que lleva a cabo la ley entre el sistema de «informaciones» -en definitiva, denuncias- que instaura con el regulado tanto por las leyes administrativas, en particular cuando reconocen la acción pública, como por la LECr cuando se trata de ilícitos constitutivos de delito.

Por lo que respecta a esta ley procesal penal, la exposición de motivos afirma que la colaboración ciudadana «es un elemento clave en nuestro Estado de Derecho y, además, se contempla en nuestro ordenamiento como un deber de todo ciudadano cuando presencie la comisión de un delito». Así es, en efecto: el artículo 264 de la LECr impone, con carácter general, la obligación de denunciar de quien tuviere conocimiento de la comisión de un delito, y el artículo 262 establece que «los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratase de un delito flagrante», tipificando como infracción el incumplimiento de esta obligación.

Este deber permite a la ley imponer a los canales internos de denuncia la obligación de «remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los he-

chos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito» (art. 9.j). Sin embargo, no se ha introducido la previsión de que el informante a título individual cumple con el deber previsto en los artículos 262 y 264 de la LECr por el hecho de comunicar la comisión de un hecho que pueda ser constitutivo de delito por el canal interno o externo de la empresa o de la Administración Pública.

6. Por lo expuesto, a la ya de por sí compleja inserción del sistema de la protección del denunciante en nuestro derecho, se une una ley deficiente en muchos aspectos, lo que sin duda va a derivar en dudas interpretativas y en incontables litigios.

Y aquí enlazamos con la segunda cuestión problemática que nos suscita esta regulación que puede determinar, incluso, su declaración de inconstitucionalidad, como es la legal de la imposibilidad de recurrir las decisiones de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (A.A.I.) o de la autoridad autonómica competente.

7. La Directiva exige que los Estados miembros designen a las autoridades competentes para recibir las «denuncias» de los canales externos, darles respuesta y seguirlas, y dotarlas de recursos adecuados. Para ello otorga una amplia autonomía a los Estados miembros, pues dice en sus considerandos que «podrían ser autoridades judiciales, organismos de regulación o de supervisión competentes en los ámbitos específicos de que se trate, o autoridades con una competencia más general a escala central dentro de un Estado miembro, autoridades encargadas del cumplimiento del Derecho, organismos de lucha contra la corrupción o defensores del pueblo». La Directiva únicamente exige que estas autoridades o bien dispongan de las capacidades y competencias necesarias para garantizar el seguimiento de las alegaciones formulada

en la denuncia y para ocuparse de las infracciones denunciadas, o bien «para remitir la denuncia a otra autoridad que deba investigar la infracción denunciada, y garantizar que haya un seguimiento adecuado por parte de dicha autoridad».

8. En España se ha optado por la segunda alternativa, pues la ley establece, con carácter de legislación básica, que el canal externo de información será la Autoridad Independiente de Protección del Informante o las autoridades u órganos autonómicos correspondientes, de acuerdo con la regulación contenida en su Título III.

En este título de la ley se regula el procedimiento administrativo de recepción de las informaciones, el trámite de admisión, la instrucción y la terminación, así como los derechos y garantías tanto del informante como del afectado por la información.

Concluidas todas las actuaciones la Autoridad Independiente de Protección del Informante o autoridad autonómica competente emitirá un informe y adoptará una de las siguientes decisiones:

- a) Archivo del expediente, que será notificado al informante y, en su caso, a la persona afectada.
- b) Remisión al Ministerio Fiscal si del curso de la instrucción resultara que los hechos revestir carácter de delito y, si éste afectara a los intereses financieros de la Unión Europea, remisión a la Fiscalía Europea.
- c) Traslado de todo lo actuado a la autoridad, entidad u organismo que se considere competente para su tramitación.
- d) Adopción de acuerdo de inicio de un procedimiento sancionador por las in-

fracciones previstas en el título IX de la ley.

Pues bien, salvo en este último caso, el artículo 20.4 de la ley declara que las decisiones de la Autoridad Independiente de Protección del Denunciante o autoridad autonómica «no serán recurribles en vía administrativa ni contencioso administrativa».

9. Esta previsión legal incurre, a nuestro juicio, en causa de inconstitucionalidad por infracción de los artículos 24 y 106 de la Constitución. Baste recordar, en este sentido, la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que declara que «el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE prohíbe al legislador que, en términos absolutos e incondicionales, impida acceder al proceso los indicados derechos e intereses legítimos; prohibición que se refuerza por lo dispuesto en el art. 106.1 de la Constitución cuando se trata del control judicial frente a la actuación administrativa» (SSTC 202/2002; 149/2000; 197/1988; 18/1994; y 31/2000). En aplicación de esta doctrina, el Tribunal Constitucional ha anulado diversos preceptos legales.

En el caso que nos ocupa, la proscripción de recurrir no parece afectar a los derechos del informante, dado que cuando la autoridad administrativa decida no remitir su denuncia nada le impide volver a interponerla por otros cauces, ya sea en vía penal o administrativa. Ello explica que la ley, tras negar la posibilidad de recurrir, añada -de forma, en principio, sorprendente-, que «la presentación de una comunicación por el informante no le confiere, por sí sola, la condición de interesado» (art. 20.5).

En cambio, el precepto citado si es susceptible de lesionar, de forma importante, los derechos e intereses del afectado por la denuncia, pues para garantizar su «derecho a

la presunción de inocencia, al derecho de defensa y al derecho de acceso al expediente en los términos regulados en esta ley, así como a la misma protección establecida para los informantes, preservándose su identidad y garantizándose la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento» que les reconoce el artículo 39, su artículo 19 regula toda una serie de derechos en la instrucción ante la autoridad administrativa, tales como: el derecho a formular alegaciones; a ser recibido en una entrevista siempre que sea posible, al acceso al expediente y a ser oído en cualquier momento; y la posibilidad, de la que debe informársele, a comparecer con abogado.

Cuando estos derechos sean conculcados en la tramitación del expediente, el afectado por la información debe poder impetrar el control judicial sobre la adecuación del procedimiento seguido por vía de recurso contra la decisión de la Autoridad Independiente de Protección del Denunciante o autoridad autonómica. No cabe decir, a este respecto, que el afectado podrá defenderse más adelante, ante el juez o autoridad correspondiente, pues ya estará siendo inculcado por su conducta como consecuencia de la remisión de la información, con infracción de la ley o de los principios constitucionales, por una autoridad administrativa, cuyos funcionarios están investidos de la condición de autoridad y consiguiente presunción de veracidad (art. 19.4), y cuyas decisiones no son, por tanto, equiparables a las denuncias de los particulares.

También pueden suscitarse conflictos sobre las actuaciones seguidas por la autoridad administrativa independiente con relación, por ejemplo, a su ámbito de actuación o a la aplicación que realice de los preceptos de la ley en ámbitos regulados por leyes específicas.

10. Son muchos, por consiguiente, los litigios que pueden plantearse. Así lo demuestra la conflictividad judicial derivada de las decisiones adoptadas por el Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno u órgano autonómico que le sustituya, que entiende de las solicitudes de acceso a la información y está muy relacionado con la lucha contra la corrupción (hasta el punto de que algunas leyes autonómicas, como la Ley 8/2018, del Principado de Asturias, regulan la protección del denunciante en la ley de Transparencia). Una de las últimas Sentencias dictadas por

el Tribunal Supremo ha determinado que el hecho de que exista una legislación específica, en modo alguno excluye que el interesado pueda formular reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (STS 312/2022). Es posible que esta experiencia haya influido en la decisión del legislador, cuestionable y posiblemente inconstitucional, de pretender eliminar *a radice* cualquier posible conflicto judicial relativo a las decisiones de la autoridad administrativa independiente en materia de protección del informante.