

MARCOS DE INTEGRIDAD Y LOS CANALES DE DENUNCIA. EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Belen López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Doctora en Derecho

“El papel de la ética profesional no es tanto el servir de freno al comportamiento abiertamente ilegal, sino el de procurar que el funcionario cuente en su trabajo diario con las herramientas necesarias para decidir en un caso concreto por el comportamiento que resulta más conforme a lo que de él espera una sociedad democrática” IRURZUN MONTORO

SUMARIO: 1. Los marcos de integridad. 2. La “I-Administración”. Hacia un sistema de integridad pública. Una reflexión sobre el artículo 103 CE. 3.El derecho a la buena administración. Análisis jurisprudencial. 4. Análisis y reflexión del derecho a la buena Administración en los canales de denuncia. 5. Bibliografía

1.Los marcos de integridad

La corrupción es una lacra para el crecimiento económico y lo que es más importante, la corrupción socava la confianza en las instituciones legítimas al mermar su capacidad para prestar servicios públicos adecuados y para favorecer un entorno propicio al desarrollo del sector privado. En casos extremos, puede implicar la deslegitimación del Estado, lo que conduce a la inestabilidad política y económica¹.

La confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas es un indicador clave para comprender cómo la ciudadanía está percibiendo el funcionamiento de los distintos actores del sistema político.

Cada año se publica por Transparencia Internacional, el Índice de Percepción de la Corrupción y sus resultados no dejan de ser año tras año sorprendentes. Así, el último

¹ Fuente: OCDE (2013) «Issue Paper: Corruption and Economic Growth» (Documento temático sobre corrupción y crecimiento económico)

informe publicado en 2020, pone en evidencia que la corrupción en España sigue siendo un problema grave que debe llamar a la acción de las autoridades y de la sociedad civil.²

El verdadero coste social de la corrupción no puede cifrarse únicamente en la cuantía de los sobornos o de la desviación de fondos públicos, sino que también ha de incluir la pérdida de producción debida a la mala asignación de recursos, el falseamiento de los incentivos y otras ineficiencias que tienen su origen en la corrupción. Es por ello por lo que el cálculo de los costes y los efectos de la corrupción, presenta notables dificultades como señala MIRANZO DÍAZ, *“debido principalmente a la naturaleza oculta y escurridiza del fenómeno, pero también a otros factores como su transversalidad y permeabilidad a todos los aspectos de las sociedades actuales o la expansión del término hasta difuminar los límites que lo separan de otras irregularidades de naturaleza económica.”*

La web Casos-Aislados.com arroja algunas estadísticas sobre los casos de Corrupción en España. A fecha de consulta³, los datos están actualizados hasta marzo de 2021. En su base de datos consta un total de 587 casos de corrupción y 8169 implicados, cifrando el coste en 125 K.

La Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible⁴ reconoce la necesidad de combatir la corrupción en todas sus formas, y pide a los Estados que eliminen los flujos financieros ilícitos, el soborno y la corrupción y que construyan instituciones eficaces que rindan cuentas y sean transparentes. Recuerda que los flujos financieros ilícitos, que se calcula ascienden a 1 billón USD al año, constituyen un gran impedimento para la movilización de ingresos internos para el desarrollo y consumen recursos que deberían invertirse en los países en desarrollo. Continúa señalando que la corrupción tiene impactos negativos directos e indirectos sobre la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio

² Según datos extraídos del informe de Transparencia Internacional sobre el Covid-19 y la crisis sanitaria a nivel global “Este año, el IPC se ha visto influido también por la incidencia de una crisis sanitaria mundial que ha hecho aflorar la desigualdad, las instituciones débiles y la fragilidad a la que puede verse expuesto el Estado de derecho. Los estados y los gobiernos se han visto expuestos a un escenario propicio para la corrupción y malas prácticas en esta crisis sanitaria. Se han tenido que flexibilizar y agilizar diversos procesos de compra de suministros públicos dada la urgencia y la situación de necesidad, generando un escenario de especial vulnerabilidad y dependencia que constituye un campo fértil para la corrupción: casos de fraude, de suministros defectuosos y de retrasos injustificados, entre otras irregularidades, que se han dado en diversos países de nuestro entorno. La corrupción se ha evidenciado también de forma generalizada en la contratación de material sanitario. Los países con los niveles más altos de corrupción se han mostrado como los más propensos a sufrir menoscabos al Estado de derecho y las instituciones democráticas durante la crisis de la COVID-19. Uno de ellos es Filipinas (34), donde la actuación del gobierno frente a la pandemia se ha caracterizado por los ataques a los derechos humanos y a la libertad de prensa. Estados Unidos mantiene su tendencia descendente con 67 puntos, su peor puntuación desde 2012. Aparte de los presuntos conflictos de interés y abusos de autoridad existentes al más alto nivel, en 2020 han saltado las alarmas por la débil supervisión del billón de dólares destinado a la lucha contra la COVID-19, en un país con una larga historia de normas democráticas que promueven la rendición de cuentas por el gobierno. España no ha estado exenta de los problemas que ha generado en este sentido la Covid-19 y ha evidenciado la necesidad de revisar las estructuras de control y rendición de cuentas en situaciones de emergencia, para evitar poner en riesgo las estructuras institucionales y democráticas”. <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2021/01/NP-IPC-2020-TI-ESPANA.pdf>

³ Fecha de consulta 17 de julio de 2021.

⁴ El 25 de septiembre de 2015 la ONU aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, un plan de acción para que los países y sus sociedades emprendan un nuevo camino con el que mejorar la vida de la población, sin dejar a nadie atrás.

(ODM), dado que aumenta los costes del proyecto tanto para el sector privado como para el público.

La lucha contra la corrupción en la actividad pública dentro de la Unión Europea es, desde hace algunos años, también una de las prioridades en sus políticas.

Así, la Unión Europea ha consolidado una legislación antifraude de segunda generación, tras el primer paso dado a mediados de los años 90. Como hitos legislativos de la nueva etapa cabe hacer referencia a la Directiva sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión (Directiva PIF) de 2017 y el Reglamento para la creación de la Fiscalía Europea (EPPO) de 2017 y la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de protección del informante.

La existencia de los casos de corrupción debe llevar a las Administraciones a tomar conciencia de la necesidad de implantar marcos o sistemas de integridad en nuestras instituciones.

Siguiendo el criterio establecido por la OCDE⁵ en su Recomendación sobre Integridad Pública de 26 de enero de 2017, el sector público debería implementar sistemas de integridad, promover una cultura ética y ejercer el liderazgo necesario en este ámbito y, por último, demostrar una rendición de cuentas o accountability real y efectiva. para que los resultados de la actividad administrativa lleguen a los ciudadanos y puedan ser comprendidos por estos.

Además, los sistemas de integridad a los que hace referencia la recomendación de la OCDE, deberían utilizar modelos de control interno y de gestión del riesgo, de forma similar a la metodología utilizada por las empresas del sector privado cuando establecen y gestionan sus sistemas de compliance.

Según JIMENEZ ASENSIO, *“la finalidad de esos Sistemas o Marcos de Integridad no es otra que la de evitar riesgos de malas prácticas y de corrupción, por un lado (algo que se puede enmarcar en sentido lato en esas políticas de compliance, que tanto vigor y presencia han adquirido en los últimos tiempos); pero, por otro, pretenden también fortalecer el clima ético de tales estructuras organizativas, procurando paliar, así, que incluso personas decentes puedan contaminarse por los desincentivos o estímulos perversos que se les puedan plantear, presentar u ofrecer tanto interna como externamente⁶.”*

Los pilares que conforman los marcos o sistemas de integridad son los códigos éticos o de conducta, políticas de integridad, mapas de riesgo, la formación, el sistema de evaluación, los canales de denuncia, así como aquellos instrumentos “ad hoc” para promover u orientar decisiones de carácter ético. A parte, los marcos se complementan con las normas jurídicas que regulan la transparencia, participación, conflictos de

⁵ En 2020, la OCDE ha publicado el Manual sobre Integridad Pública. Con este documento se persigue contribuir a la correcta aplicación de la Recomendación de la OCDE sobre Integridad Pública publicada en 2017. Los capítulos del Manual detallan a qué refiere la Recomendación en la práctica y señalan los desafíos que pueden enfrentar los países en su implementación.

⁶JIMENEZ ASENSIO, R: Marcos de integridad institucional y códigos de conducta: encuadre conceptual y algunas buenas prácticas <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506999> Fecha de consulta 18 de julio de 2021

intereses, contratación pública, incompatibilidades, procedimiento administrativo...en definitiva, normas que perfilan la arquitectura institucional de integridad.

El establecimiento de unos canales de denuncia robustos y con todas las garantías contribuye a fortalecer el marco de integridad o public compliance de la Administración. Como señala JIMENEZ SÁNCHEZ, los canales de denuncia ayudan a “oxigenar” nuestro sistema político, administrativo y económico⁷.

La Directiva (UE) 2019/1937 entró en vigor el 16 de diciembre de 2019, fijando un plazo de transposición de dos años desde su promulgación para que los distintos Estados la adopten. Se fija un plazo especial para implementar los canales en las entidades privadas que tengan entre 50 y 249 trabajadores, que se prorroga hasta el 17 de diciembre de 2023.

La protección efectiva del denunciante requiere no sólo de una infraestructura normativa, sino de un compromiso político en la formación no sólo de los altos cargos y empleados públicos sino de la ciudadanía, así como una evaluación y revisión periódica de su eficacia.

La implantación de marcos o sistemas de integridad y en particular el canal de denuncia, se conecta con la buena administración.

2. La “I-Administración”. Hacia un sistema de integridad pública. Una reflexión sobre el artículo 103 CE.

Ante un panorama de “mala administración” en las instituciones públicas, o peor aún, de corrupción se hace necesario dar un giro hacia la ética e integridad.

En este contexto, los principios recogidos en los artículos 9, 31.2 y 103 de la Constitución española para servir al interés general, tienen que completarse con otro principio que es la integridad pública.

Según PAREJO ALFONSO, el interés general constituye un concepto abstracto y formal que expresa “*el fin institucional mismo de la Administración, del conjunto de Administraciones públicas, en cuanto poder público*”⁸.

El principio de integridad sirve como criterio orientador de las políticas y decisiones públicas para satisfacer el interés general pero también debe actuar como límite de las decisiones que adoptan los gestores de lo público. Aquellas que atenten contra la integridad pública, resultarán contrarias o lesivas para los intereses generales y por ende contrarias al ordenamiento jurídico.

Es por ello, por la relevancia que tiene el principio de integridad en la Administración, lo que nos tiene que llevar a hablar de Administración “íntegra” o por qué no, de “I-Administración” como el rasgo definitorio de una Administración moderna.

De un tiempo hasta ahora, fundamentalmente desde la aprobación de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común y 40/2015, de igual fecha, sobre régimen jurídico del sector público, venimos hablando de la Administración Electrónica

⁷ JIMENEZ SANCHEZ, F: Los efectos de la corrupción sobre la desafección y el cambio político en España. *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, 2017, p 13

⁸ PAREJO ALFONSO, L: “Capítulo X: El interés general o público. Las potestades generales o formales para su realización”, en el Manual de Derecho Administrativo de los profesores Parejo Alfonso, Jiménez-Blanco y Ortega Alvarez, Volumen I, Ariel Derecho, 5ª edición (1998), pág. 605.

o e-Administración, pero se precisa dar un paso evolutivo más para alcanzar la Administración íntegra. Un nuevo término que sólo puede estar apoyado en una serie de pilares básicos como la transparencia, la ética, la cultura de cumplimiento, los principios y valores en todos los órganos que conforman la Administración, un cambio radical de cultura por parte de éstos y una orientación total al ciudadano.

La Administración íntegra se caracteriza por una serie de notas clave. Una de ellas es la transparencia. Otras son el análisis de riesgos y gestión de los mismos, la formación, la rendición de cuentas o la meritocracia, entre otras⁹. Finalmente, se ha de producir un cambio de mentalidad para incorporar las técnicas del compliance del entorno privado al público, dando así paso al public compliance.

Estas características suponen verdaderos retos a la hora de llevarlas a la realidad. Con todo, algunas administraciones ya están dando pasos de gigante en este sentido, como Baleares¹⁰, Aragón¹¹, Galicia¹², Valencia¹³, Barcelona¹⁴, Madrid¹⁵ o la Diputación foral de Guipuzcoa¹⁶ entre otras, con la aprobación de códigos éticos o la creación de oficinas de ética e integridad.

El legislador también está reaccionando ante esta realidad, incorporando dicho principio en varias leyes sectoriales, como, por ejemplo, en la ley de transparencia o ley de contratos de sector público. La integridad, como señala la OCDE, se implementa a su vez en la práctica a través de otros cuatro principios: la transparencia, la buena gestión, la prevención de la mala conducta y la rendición de cuentas.

Poco a poco, la verdadera I-Administración va implantando y cada vez más, las técnicas de compliance convirtiéndose en una realidad frente a aquellos que lo ven como una

⁹ Decreto Supremo que aprueba el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021 La norma enumera mecanismos e instrumentos en aras de promover la integridad pública para la implementación del control interno y la promoción de acciones de prevención y lucha contra la corrupción; precisando que se trata de un listado no limitativo. Estos mecanismos son (I) códigos y cartas de buena conducta administrativa; (II) mecanismos de seguimiento de integridad pública; (III) programa de integridad; (IV) lineamientos para la elaboración de informes de rendición de cuentas; (V) registro de gestión de intereses; (VI) guía para el manejo de intereses; (VII) lineamientos para la gestión de conflictos de intereses; (VIII) declaración jurada de intereses; (IX) mecanismos de reporte de denuncias; y (X) otros que persigan fines sustentados en la ética.

¹⁰ Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears

¹¹ Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas

¹² El Consello de Contas de Galicia incluye entre sus funciones institucionales una Sección de prevención de la corrupción. La Estrategia aprobada por la Sección estableció como objetivo que todas las entidades públicas desarrollen una estrategia integrada que permita la implantación de modelos de organización y gestión que contemplen:

- El establecimiento de una política de integridad institucional.
- La identificación, evaluación y análisis de riesgos de corrupción.
- La adopción de medidas de supervisión y control.

¹³ Ley 22/2018, de 6 de noviembre, de Inspección General de Servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental.

¹⁴ <https://ajuntament.barcelona.cat/transparencia/es/codigo-conducta> Fecha de consulta 6 de agosto de 2021

¹⁵ [https://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Actividad-economica-y-hacienda/Publicaciones/Codigo-de-Buenas-Practicas-Administrativas/?vgnnextfmt=default&vgnnextoid=886313192cdd8210VgnVCM1000000b205a0aRCRD&vgnnextchannel=b8386d5ef88fe410VgnVCM1000000b205a0aRCRD](https://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Actividad-economica-y-hacienda/Publicaciones/Codigo-de-Buenas-Practicas-Administrativas/?vgnnextfmt=default&vgnextoid=886313192cdd8210VgnVCM1000000b205a0aRCRD&vgnnextchannel=b8386d5ef88fe410VgnVCM1000000b205a0aRCRD) Fecha de consulta 16 de agosto de 2019.

¹⁶ https://www.gipuzkoa.eus/documents/20933/923643/Enplegu_kodea-es.pdf/7c32f6dc-4f10-58ec-cd85-0d9d6cdb583c Fecha de consulta 16 de julio de 2021.

entelequia, el tener que acudir a esta técnica propia del mundo privado para garantizar el cumplimiento normativo en el sector público en general y la Administración en particular. Realidad tangible para todos los ciudadanos, sus principales beneficiarios.

Quizás ha llegado el momento, de explicitar y dar visibilidad a este principio de integridad en nuestra Carta Magna, algo que hasta ahora, subyace de forma implícita.

Ahora bien, dando un paso más a nuestra reflexión, es cierto que no son suficientes sólo las leyes para combatir y más aún, prevenir la corrupción, sino que su aplicación efectiva debe venir acompañada de un cambio de mentalidad en el que la educación y la formación en ética e integridad pública se convierta en piedra angular del buen gobierno, siendo el sector público uno de los principales protagonistas.

En definitiva, el cumplimiento de la ley ha de complementarse con una política de prevención sólida, acompañada por la formación en ética e integridad, con el objetivo de alcanzar una mejora de la calidad de la gobernanza de las instituciones y del sector público.

3.El derecho a la buena administración. Análisis jurisprudencial

La buena administración¹⁷, como derecho de los ciudadanos es indisoluble de cualquier política de integridad. Este derecho al que ha denominado PONCE SOLÉ “*palanca revolucionaria para lograr el buen funcionamiento de las instituciones*”¹⁸, se descompone a su vez en un elenco de derechos, recogidos en la Ley 39/2015, así como en las diferentes leyes sectoriales, como por ejemplo, la ley de contratos. Pero la buena administración no se agota sólo en un elenco de derechos, sino que comporta crear marcos de integridad.

Este derecho, como venimos señalando, se concreta en una determinada manera de gestionar lo público, colocando al ciudadano en el paradigma del Derecho Administrativo moderno.

El paradigma del Derecho administrativo moderno no debe basarse únicamente en el control ex post de la Administración y en cómo limitar su poder, sino que debe ampliarse a la gestión de los recursos y a los mecanismos de control preventivos para frenar las malas prácticas y en definitiva la corrupción.

En nuestro ordenamiento, la Constitución española no consagra explícitamente el derecho a la buena administración, pero sí que podemos encontrar manifestaciones en varios artículos, como por ejemplo en el artículo 9, 31.2 o 103.

Además, como señala CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, la propia Constitución Española, que ha sido calificada como de “marco ético-jurídico de la actividad de los

¹⁷ Dicho lo anterior, es cierto que sobre la “buena Administración” hay un auténtico debate doctrinal sobre si estamos ante un derecho o un principio. En este trabajo hemos partido de la base de considerarlo como un auténtico derecho y no como un principio, a diferencia por ejemplo de CARRILLO DONAIRE y ello, en la medida en que la propia Carta antes citada lo eleva a rango de derecho fundamental y que su espíritu está implícito en varios preceptos tanto de la CE como en diversas leyes unido a su configuración en la jurisprudencia.

¹⁸ PONCE SOLE, J en el blog Hay Derecho <https://hayderecho.expansion.com/2017/02/19/el-derecho-a-una-buena-administracion-una-palanca-revolucionaria-para-lograr-el-buen-funcionamiento-de-nuestras-instituciones/>

poderes públicos”¹⁹ establece en su artículo 103 que las Administraciones públicas deben servir con objetividad los intereses generales y “... actuarán con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Este precepto que se predica de todas las Administraciones es, junto con el artículo 106 CE la plasmación constitucional de una Administración eficaz y controlada o empleando la terminología de MARTIN REBOLLO “una Administración controlada y responsable”.

Aunque no aparezca la expresión “buena administración”, el título IV de nuestra Carta Magna “Del gobierno y de la administración” se fundamenta en principios como los de la objetividad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y legalidad administrativa. Ese conjunto alude a lo que se encuentra posteriormente en los tratados internacionales, vinculantes para España (artículo 10.2) más específicamente sobre la categoría jurídica de la buena administración.

Pero sin lugar a dudas, han sido los nuevos Estatutos de Autonomía, donde este derecho ha tenido una plasmación expresa como un derecho-garantía de los ciudadanos, siguiendo la brecha iniciada en el Derecho europeo en orden a su configuración. Así por ejemplo los Estatutos de Autonomía de Castilla y León en su artículo 12²⁰, de Cataluña en su artículo 30²¹, de Baleares en el artículo 14 o de Andalucía en el artículo 3 recogen la buena Administración como un derecho-garantía de los ciudadanos²².

¹⁹ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.: “Ética pública y normativa administrativa”, *Revista de Administración Pública*. 181, 2010, p 9-37

²⁰ Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. “Artículo 12. Derecho a una buena Administración.

La ley garantizará los siguientes derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración autonómica:

a) A recibir información suficiente sobre los servicios y prestaciones a los que pueden acceder y sobre las condiciones del acceso a los mismos.

b) A un tratamiento imparcial y objetivo de los asuntos que les conciernan y a la resolución de los mismos en un plazo razonable.

c) Al acceso a los archivos y registros administrativos, a los documentos de las instituciones y administraciones públicas de Castilla y León, y a la información administrativa, con las excepciones que legalmente se establezcan.

d) A la protección de los datos personales contenidos en ficheros dependientes de la Administración autonómica, garantizándose el acceso a dichos datos, a su examen y a obtener, en su caso, la corrección y cancelación de los mismos. Mediante ley de las Cortes podrá crearse la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Castilla y León para velar por el respeto de estos derechos en el marco de la legislación estatal aplicable.

e) Al acceso en condiciones de igualdad y con pleno respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad a los empleos públicos en la Administración autonómica y en los entes de ella dependientes.

f) A formular quejas sobre el funcionamiento de los servicios públicos”.

²¹ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

“Artículo 30 Derechos de acceso a los servicios públicos y a una buena Administración

1. Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a los servicios públicos y a los servicios económicos de interés general. Las Administraciones públicas deben fijar las condiciones de acceso y los estándares de calidad de estos servicios, con independencia del régimen de su prestación.

2. Todas las personas tienen derecho a ser tratadas por los poderes públicos de Cataluña, en los asuntos que les afectan, de forma imparcial y objetiva, y a que la actuación de los poderes públicos sea proporcionada a las finalidades que la justifican.

3. Las leyes deben regular las condiciones de ejercicio y las garantías de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2 y determinar los casos en que las Administraciones públicas de Cataluña y los servicios públicos que de ella dependen deben adoptar una carta de derechos de los usuarios y de obligaciones de los prestadores.”

²² Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

Derecho a la buena administración que para PONCE SOLÉ “no es algo ligado a una moral o ética etérea que esté más allá del Derecho: forma parte de éste, que quiere una gestión de calidad y abre la posibilidad de reacción jurídica contra la mala administración (culposa o dolosa, es decir, la corrupción). Desde nuestro punto de vista, el derecho a la buena Administración, tal y como se ha perfilado, constituye la piedra angular del Derecho Administrativo moderno”²³.

Precisamente, en relación con la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, debe destacarse que, el considerando 109 alude a la buena administración: “La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y los principios reconocidos, en particular, por la Carta, especialmente su artículo 11. En consecuencia, es esencial que la presente Directiva se aplique de conformidad con esos derechos y principios, garantizando el pleno respeto, entre otros, de (...) el derecho a una buena administración...”

Como se señala en el Resumen ejecutivo del Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación²⁴ 2020: “Los ciudadanos, al denunciar, participarían en hacer realidad esa buena administración y buen gobierno, mediante el impulso de una participación, de una colaboración social dirigida hacia una “Administración compartida”

En este sentido, pues, hoy en día las denuncias deben ser consideradas un elemento de la transparencia al servicio de los principios de buen gobierno corporativo y de los contemplados para los altos cargos del sector público en la ley 19/2013. Además de una herramienta para hacer efectivos los principios jurídicos de buen gobierno, las denuncias pueden ser un instrumento de realización efectiva del derecho a una buena administración.”

La jurisprudencia como veremos, marca el camino de las técnicas que tiene que implantar la Administración para dar un giro a la gestión de las políticas públicas todo ello bajo el prisma de la integridad, cultura de cumplimiento y la buena administración.

Si nos detenemos en la jurisprudencia del TJUE resulta reveladora las referencias constantes al derecho de buena Administración.

Así, la sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Sala 4ª, S 8-5-2014, nº C-604/2012, el TJUE resuelve la cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 2004/83, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, así como del art.41 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Importante también es la sentencia del TJUE del 29 de abril de 2015, T-217/11, que resume la jurisprudencia existente:

“81 Pues bien, el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales, que consagra el derecho a una buena administración, establece que toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. El artículo 41, apartado 2, de dicha

²³ PONCE SOLÉ, J: “El derecho a una buena administración y el derecho administrativo iberoamericano del siglo XXI. Buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción” en *Control de la actividad estatal*, Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, octubre 2016, p 237.

²⁴ <https://www.gobiernolocal.org/anuario-del-buen-gobierno-y-de-la-calidad-de-la-regulacion-2020/>

Carta precisa que este derecho incluye, en particular, el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, y la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

82 La expresión <<en particular>> empleada en esta última disposición indica que el derecho a una buena administración no se limita a las tres garantías citadas en el apartado anterior. Ello resulta igualmente de las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (DO 2007, C 303, p. 17) que precisan que el artículo 41 se basa en la existencia de la Unión como una comunidad de Derecho, cuyas características ha desarrollado la jurisprudencia, que consagró, entre otras cosas, la buena administración como un principio general de Derecho.

83 Las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales se refieren, en particular, a la jurisprudencia según la cual en los casos en los que una institución dispone de una amplia facultad de apreciación, reviste fundamental importancia el control del respeto de las garantías que el ordenamiento jurídico de la Unión establece para los procedimientos administrativos. Entre estas garantías, figura en particular el respeto del principio de diligencia, a saber, la obligación de la institución competente de examinar minuciosa e imparcialmente todos los elementos pertinentes del asunto de que se trate (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de noviembre de 1991, Technische Universität München, C 269/90, Rec, EU:C:1991:438, apartado 14; de 6 de noviembre de 2008, Países Bajos/Comisión, C 405/07 P, Rec, EU:C:2008:613, apartado 56, y de 9 de septiembre de 2011, Dow AgroSciences y otros/Comisión, T 475/07, Rec, EU:T:2011:445, apartado 154).

84 A este respecto, procede subrayar que, la observancia del deber de una institución competente de reunir de manera diligente los hechos indispensables para el ejercicio de su amplia facultad de apreciación, así como su control por parte del juez de la Unión revisten aún mayor importancia cuando el ejercicio de dicha facultad de apreciación está únicamente sometido a un control judicial restringido en cuanto al fondo, limitado a la búsqueda de un error manifiesto. Por tanto, la obligación impuesta a la institución competente de examinar, minuciosa e imparcialmente, todos los elementos relevantes del asunto de que se trate, constituye un requisito indispensable para que el juez de la Unión pueda determinar si se reúnen los elementos de hecho y de Derecho de los que depende el ejercicio de esta amplia facultad de apreciación [véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de octubre de 2009, Enviro Tech (Europe), C 425/08, Rec, EU:C:2009:635, apartados 47 y 62; de 11 de septiembre de 2002, Pfizer Animal Health/Consejo, T 13/99, Rec, EU:T:2002:209, apartados 166 y 171, y de 16 de septiembre de 2013, ATC y otros/Comisión, T 333/10, Rec, EU:T:2013:451, apartado 84].

En España, son numerosas las sentencias tanto del Tribunal Supremo como de Tribunales Superiores de Justicia que aluden al derecho de buena Administración. Así por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012 (TOL2.543.088 rec. 1869/2011) denomina el derecho a una buena administración como “derecho de última generación”.

La STS de 19 de febrero de 2019 (TOL7.087.612 rec 28/2016) impone a la Administración “una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivadas de su actuación”. La manifestación de este derecho se hace palpable en este caso, en el que el Catastro no corrigió un valor

catastral claramente erróneo por valorar como urbano un inmueble rústico, a pesar de recaer tres sentencias (la última ya relativa al valor catastral del inmueble en litigio) que ponían de manifiesto esta irregularidad y daban la razón al contribuyente.

La STS de 17 de septiembre de 2020 (TOL8.091.163 rec 5808/2018) en su fundamento de derecho segundo señala: *"No es ocioso indicar, llegados a este punto, que la jurisprudencia de la Sección segunda de esta Sala ha abordado recientemente el principio de buena administración, insito en el artículo 103.1 de la Constitución, habiéndose indicando al respecto [por ejemplo en la Sentencia de 17 de abril de 2017 (rec. 785/2016, ES:TS:2017.1503), fundamento jurídico tercero] que: "le era exigible a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivada de su actuación, por así exigirle el principio de buena administración que no se detiene en la mera observancia estricta de procedimiento y trámites, sino que más allá reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente". Y, del mismo modo, en la Sentencia de 5 de diciembre de 2017 (rec. 1727/2016, ES:TS:2017:4499), fundamento jurídico cuarto, indicamos que "[a] la Administración, y claro está, a los órganos económico administrativos conformadores de aquella, le es exigible una conducta lo suficientemente diligente como para evitar posibles disfunciones derivada de su actuación, por así exigirle el principio de buena administración que no se detiene en la mera observancia estricta de procedimiento y trámites, sino que más allá reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente. Del derecho a una buena Administración pública derivan una serie de derechos de los ciudadanos con plasmación efectiva, no es una mera fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones públicas de suerte que a dichos derechos sigue un correlativo elenco de deberes a estas exigibles, entre los que se encuentran, desde luego, el derecho a la tutela administrativa efectiva".*

Por su parte, la STS de 15 de octubre de 2020 (TOL8.148.283 rec. 1652/2019) señala también lo siguiente: *"Es sabido que el principio de buena administración está implícito en nuestra Constitución (artículos 9.3, 103 y 106), ha sido positivizado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 41 y 42), constituye, según la mejor doctrina, un nuevo paradigma del derecho del siglo XXI referido a un modo de actuación pública que excluye la gestión negligente y –como esta misma Sala ha señalado en anteriores ocasiones- no consiste en una pura fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las administraciones públicas, de suerte que el conjunto de derechos que de aquel principio derivan (audiencia, resolución en plazo, motivación, tratamiento eficaz y equitativo de los asuntos, buena fe) tiene –debe tener- plasmación efectiva y lleva aparejado, por ello, un correlativo elenco de deberes plenamente exigible por el ciudadano a los órganos públicos".*

La STS nº 361/2021 de 15 marzo (TOL8.379.116 rec. 526/2020) sienta el alcance del principio de buena administración en relación a las dilaciones del procedimiento por causa no imputable a la Administración Tributaria.

Clarificadora es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, S 2-11-2009, nº 1428/2009, (TOL6.703.862 rec. 324/2008). El Tribunal, al desestimar el recurso de apelación, confirma la sentencia del Juzgado de instancia que declaró ajustada a derecho la resolución mediante la que se había acordado rechazar la solicitud de suspensión de la ejecución de la resolución sobre denegación a la solicitud de copia de la documentación sometida a información pública en la tramitación de un expediente, dado que una exégesis

lógica del artículo 35 a) Ley 30/1992, considerado nuevamente en conjunción con el artículo 37, da pie para concluir que no parece razonable ni proporcionado, tanto en términos de eficacia de la Administración como de coste de las copias, a formular una solicitud de fotocopia íntegra del expediente.

La sentencia en su fundamento de derecho cuarto indica lo siguiente: *“Lo cual no significa, dicho sea de paso y a diferencia de lo que se mantiene en la sentencia apelada, que la Administración no venga obligada a la expedición de copias cuando se soliciten de manera individualizada, pues así lo exige el artículo 35.a) de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 como manifestación del **derecho a una buena administración** (la negrita es nuestra) que, correlativamente, impone ese mismo deber de buena administración a los organismos afectados, en este caso a la Administración autonómica. Por añadidura, ese derecho a una buena administración y al acceso a documentos se recoge explícitamente en el artículo noveno del nuevo Estatuto de Autonomía valenciano (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril EDL 2006/28639) y será desarrollado mediante Ley de Les Corts.”*

Otro ejemplo, lo encontramos en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 19-4-2007, nº 239/2007, (TOL7.297.465 rec. 877/2006). Señala que la situación de grave afección al ejercicio del derecho a la defensa generada al dictarse de plano la resolución denegatoria sin la requerida actuación instructora del procedimiento administrativo, se vio confirmada en la resolución que da fin al procedimiento. *“La resolución denegatoria, apartándose de las garantías propias del derecho a una buena Administración que alcanzan rango constitucional en el artículo 103.1CE”.*

En el caso de Canarias, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 10 de enero de 2008, (TOL1.479.387 rec 746/2001) en relación con una clasificación de suelo realizada por un Plan General de Ordenación Urbana, y ante la alegación del recurrente de existencia de desviación de poder, el tribunal aprecia esta desviación de poder, vinculándola con la buena administración y la ausencia de justificación y explicación del cambio de clasificación efectuado.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de diciembre de 2006 (TOL1.087.262, rec 2594/2003), utiliza la buena administración para controlar el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración autonómica.

Más recientemente, podemos destacar los pronunciamientos dictados por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 17 de marzo de 2020 (TOL7.940.707 rec 336/2019) que examina la justificación de las limitaciones a la implantación de gasolineras, que ordenó el Plan General del Ayuntamiento de Gijón. La sentencia se apoya en el principio de buena administración y decreta la anulación del Plan por falta de motivación y falta de diligencia exigible; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 17 de junio de 2020 (rec 43/2018) que alude a la falta de justificación de los costes reglamentarios *“Es por tanto fundamental para asegurar la buena administración y el acierto de la decisión reglamentaria, conocer los costes que generará la aplicación de la norma”* o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de julio de 2020 (rec 902/2018) sobre la necesidad de que las memorias económicas que acompañan a una norma reglamentaria sean previas y completas. Una manifestación más del principio de buena administración que requiere una exhaustiva fundamentación y motivación.

En síntesis, el derecho a una buena administración, recogido como hemos visto, entre otras normas, en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, trata, *“de la tradicional idea del ‘buen gobierno’ en la gestión pública”*,

implicando, entre otras cosas, que “la Administración pública no puede permanecer impasible y debe actuar con la diligencia debida propia del derecho a una buena administración”

Se trata como señala CHAVES GARCÍA de conseguir la ya clásica aspiración: “*buenas autoridades que con buenos funcionarios presten buen servicio a los que convertirán en buenos ciudadanos*”²⁵.

La calidad de las instituciones y de los servicios públicos que engloba la buena administración²⁶, son un derecho de la ciudadanía y, en este sentido, tal y como establece el artículo 9 CE corresponde a los poderes públicos velar para que este derecho sea real y efectivo.

Qué duda cabe, que la mejora de la calidad democrática exige medidas que frenen la desafección y favorezcan que el vínculo entre poderes públicos y confianza de la ciudadanía se consolide y madure.

4. Análisis y reflexión del derecho a la buena Administración en los canales de denuncia

Como ya hemos apuntado, la protección de los denunciantes es un instrumento imprescindible en la lucha para prevenir la corrupción, sino que además se incardina en el marco del derecho a la libertad de expresión²⁷ y a la buena administración.²⁸

Sin lugar a dudas, la Directiva constituye una buena noticia para la tutela de los derechos de los ciudadanos frente a las irregularidades de las Administraciones y una herramienta fundamental en la lucha contra la corrupción y confirma la estela marcada por la Directiva 2014/50/UE, de 16 de abril de 2014 recientemente transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores,

²⁵ CHAVES GARCÍA, J.R: *Derecho administrativo mínimo*, Amarante, 2020, p75

²⁶ El derecho a la buena Administración ha sido reconocido en un primer momento por la jurisprudencia europea y posteriormente consagrado en los textos normativos.

A nivel europeo constituye un hito fundamental la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza proclamada en el año 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea. Tras ser revisada, fue proclamada de nuevo en 2007. No obstante, su proclamación solemne no confirió a la Carta un carácter jurídicamente vinculante. La Carta tiene efecto directo únicamente tras la aprobación del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009.

Según el artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea (TUE), “*la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*”. Por consiguiente, la Carta forma parte del Derecho primario de la Unión y, como tal, sirve de parámetro de referencia a la hora de examinar la validez del Derecho derivado y de las medidas nacionales.

En su artículo 41 reconoce el derecho a una buena administración, elevándolo a la categoría de derecho fundamental.

²⁷ La denuncia de irregularidades en el interés público es una forma de libertad de expresión protegida, como confirma la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en virtud del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del que todos los países de la UE son parte. Además, la protección jurídica de los alertadores permite reflejar el objetivo perseguido por el artículo 151 del Tratado Fundamental de la UE, puesto en relación con el artículo 153, apartado 1, letra b) del mismo sobre la mejora de las condiciones de trabajo y la legislación de la UE protege a los denunciantes mediante varias normativas como la Directiva sobre blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

²⁸ PIÑAR MAÑAS, J.L: La transposición de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión en Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación, 2020, Fundación Democracia y Gobierno Local, p 110.

prevención del blanqueo de capitales y lucha contra el terrorismo, y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros con el objetivo de atraer talento a los países de la UE.

Una de las principales novedades del nuevo Real Decreto-ley es en la introducción, a través de la modificación de la Ley 10/2010 de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, de un nuevo artículo 26 bis que se refiere a los “Procedimientos Internos de comunicación de potenciales incumplimientos” en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Los canales de denuncias y la protección al denunciante pueden dotar a las Administraciones Públicas de una mayor transparencia e integridad, sobre todo ahora, cuando la Unión Europea ha lanzado los fondos de reestructuración y de ayuda²⁹ para paliar los efectos económicos de la pandemia.

La Directiva aporta instrumentos eficaces para convertir en realidad un anhelo, el favorecimiento de la denuncia de las infracciones y las prácticas abusivas de las empresas y entidades, privadas y públicas. Ofrece pautas concretas para el diseño de los canales de denuncia; permite las denuncias anónimas, configura el estatuto de protección del denunciante y las medidas de protección del denunciado y recoge tres tipos de canales de comunicación de irregularidades (internos, externos y revelaciones públicas). Es cierto que la Directiva establece el suelo mínimo que los Estados miembros deben respetar por lo que es deseable que éstos a la hora de la transposición, amplíen el ámbito material de la Directiva y que se construya un sistema nacional de integridad de denuncia. En este sentido compartimos lo manifestado por la Red Europea de Autoridades de Integridad y Alertadores³⁰ (NEIWA) que ha aprobado la Declaración de Bruselas de 14 de diciembre de 2020 con un conjunto de recomendaciones dirigidas a los gobiernos, administraciones y partes interesadas en la implementación de la Directiva, como la de aprovechar la oportunidad de construir un sistema de denuncias integral en todo el territorio nacional, en el que los canales internos de denuncias y las autoridades competentes externas independientes funcionen de acuerdo con sus respectivas competencias territoriales o materiales, y se coordinen entre sí para garantizar mecanismos eficaces y coherentes en la lucha contra la corrupción, siguiendo por ejemplo el modelo previsto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de los derechos digitales, que regulan las competencias de las autoridades de protección de datos de las Comunidades Autónomas y sus relaciones con la Agencia Española.

²⁹ Con fecha 31 de diciembre de 2020 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (RDL 36/2020).

El RDL 36/2020 es el instrumento normativo de referencia para la programación, la presupuestación, la gestión y la ejecución de las actuaciones financiables con fondos europeos, en especial los provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación (Next Generation EU).

³⁰ La Red NEIWA representa en la actualidad a 21 Estados miembros y se creó en mayo de 2019 para ofrecer una plataforma de cooperación e intercambio de conocimientos y experiencias en el campo de la integridad y la denuncia de irregularidades. En el caso de España, no existe una autoridad nacional que pueda formar parte de NEIWA en tanto no se transponga la Directiva (EU) 2019/1937. Sin embargo, sí están presentes en sus reuniones como miembros de pleno derecho dos autoridades competentes a nivel territorial, la Oficina Antifraude de Cataluña y la Agencia Valenciana Antifraude.

A continuación, partiendo de la Directiva y descendiendo a nuestra realidad democrática, donde ha imperado un escaso desarrollo en delatar infracciones o irregularidades quizás conectado con cuestiones culturales o históricas por el miedo a las represalias y por las connotaciones peyorativas que se han asociado a la figura del chivato o soplón, exponemos brevemente (pues serán objeto de desarrollo en otros capítulos del libro) una serie de características y requisitos que debe cumplir un canal de denuncias para ser eficaz, eficiente, íntegro y transparente, y en línea con la buena administración que debe imperar en la regulación de las denuncias y en su tratamiento. Ahora bien, a pesar de todas las garantías y medidas que puedan implantarse siempre nos quedará la duda como dice GARRIDO JUNCAL citando a GUICHOT REINA de, si se puede esperar que la ciudadanía en general se convierta en guardián “profesional” de la Administración.³¹

Podemos agruparlas en cinco:

1. Diseño de los canales de denuncia.
2. Medidas de protección del denunciante y del denunciado
3. Creación de una Autoridad independiente
4. Formación y comunicación del canal de denuncias
5. Revisión y evaluación periódica del sistema integral de denuncias
6. Establecer un régimen sancionador adecuado

-Dentro de los canales de denuncia, tanto internos como externos, tienen que diseñarse, y gestionarse de forma que se garantice la exhaustividad, integridad, confidencialidad de la información y se impida el acceso a ella al personal no autorizado de la autoridad competente y permitan el almacenamiento duradero de información, mediante los registros de denuncias y los repositorios de evidencias.

También es necesario que cuenten con condiciones adecuadas para su operabilidad como por ejemplo presupuestos suficientes y personal capacitado, entre otros.

Cuestión no baladí es el ámbito objetivo o material de la ley que transponga la Directiva. En mi opinión debería ampliarse la protección del denunciante a cualquier materia del derecho nacional más allá de la normativa con origen en el derecho europeo. En este sentido se han mostrado varios autores como CERRILLO I MARTÍNEZ o GARCIA MORENO. Para esta autora, *“los canales de alerta pueden ser igualmente útiles para detectar otro tipo de situaciones irregulares, como casos de abandono de funciones, vulneraciones a la normativa de protección de datos personales o situaciones de acoso laboral. Cuando se trata de whistleblowing interno, como también hemos señalado ya, la denuncia no sólo podrá referirse a una contravención de una norma penal o*

³¹ GARRIDO JUNCAL, A: La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro *REALA*, número 12, octubre-marzo de 2019, p 130.

administrativa sino también a las vulneraciones de normas internas, como códigos éticos”³², así como varias entidades, como Transparencia Internacional España³³

Sería deseable que se reconociera legitimación para impugnar las irregularidades o ilegalidades en el procedimiento de tramitación de la denuncia. Aunque referido al ámbito sancionador, procede traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2019, nº 68/2019 dictada en el recurso de casación 4580/2017 sobre el alcance de la legitimación del denunciante en un procedimiento sancionador. En esta sentencia, nuestro Alto Tribunal recuerda cuál es la doctrina jurisprudencial vigente en esta materia:

El denunciante, por esta sola condición, no goza de interés legitimador para exigir la imposición de una sanción. Es decir, que no puede confundirse la condición de simple denunciante con la de interesado en el procedimiento sancionador.

Ahora bien, en ciertos supuestos el denunciante puede además ser titular de un interés legítimo. Por tanto, la imposición de la sanción no es un interés amparable jurídicamente por sí sólo, sino que ha de venir acompañado de la obtención de un beneficio o eliminación de una carga o gravamen.

Tradicionalmente sí se ha reconocido legitimación activa del denunciante cuando lo que se pretende es que se desarrolle una actuación de comprobación e investigación suficiente, tendente a dilucidar si se ha producido una conducta irregular, merecedora de ser sancionada. En este sentido, se ha admitido por parte del Tribunal Supremo legitimación para impugnar el archivo de un procedimiento sancionador (entre otras muchas, STS de 12 de febrero de 2007, TOL1.042.452 rec. 146/2003).

En definitiva, para el Tribunal Supremo no puede confundirse el interés legítimo con la satisfacción personal o moral del denunciante, pues no existe reconocida en este ámbito acción pública. Literalmente, concluye el Tribunal Supremo lo siguiente:

“(…) no debe confundirse el interés legítimo con una satisfacción personal o moral del denunciante/perjudicado, ni sustentar su legitimación en el intento de paliar “el ataque moral sufrido, provocando una cicatrización de la herida espiritual sufrida” o en su “desasosiego y desmoralización”, tal y como pretende la sentencia recurrida en casación. Cuando el denunciante/perjudicado lo que pretende discutir en sede jurisdiccional es la gravedad de la infracción y sanción impuesta, y para ello aduce un perjuicio a su esfera moral, que no le reporta un beneficio o ventaja material alguno, fuera de la satisfacción personal en que se cumpla con la legalidad y se imponga la sanción que él considera justa y adecuada, se confunde el interés legítimo con un interés por la defensa de la legalidad, que no queda amparada en nuestro ordenamiento jurídico fuera de los excepcionales supuestos en los que se reconoce una acción pública”.

Sin embargo, desde mi punto de vista uno de los mecanismos de tutela de los derechos, sería el reconocimiento de la acción pública en la materia que nos ocupa, al igual que ya

³² GARCIA MORENO, B: “Los canales de comunicación de irregularidades (whistleblowing) en la Administración Pública”, material del curso online Curso online experto en cumplimiento en el sector público (public compliance), de Tirant lo Blanch

³³ https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2021/02/ALEGACIONES-TI-E_CONSULTA-PUB%CC%81BLICA-SOBRE-LA-TRANSPOSICION-DIRECTIVA-UE-2019_1937-FINAL.pdf

existe en otras leyes sectoriales, para que la ciudadanía, por ejemplo, impugnara por ejemplo la defectuosa o irregular gestión de los canales de denuncia o corrupción.

La acción pública goza de reconocimiento constitucional en el artículo 125 de la CE. En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo nos tenemos que remitir a la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa-administrativa, en concreto al artículo 19.1.h), que dispone que también está legitimado “*cualquier ciudadano, en el ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las leyes*”.

A diferencia de lo que ocurre con la legitimación activa que corresponde al titular de un interés directo y legítimo, la acción pública está especialmente condicionada a las exigencias derivadas de la buena fe y la proscripción del abuso del derecho.

Como señala REGO BLANCO, “*la acción pública representa el último eslabón de la evolución de un derecho subjetivo propiamente dicho, de carácter individual que recae sobre una ‘riqueza colectiva’*”³⁴

Manifestaciones de la acción pública la encontramos, por ejemplo, en materia urbanística donde viene recogida expresamente en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, tanto en su artículo 5, apartados c), d) y f), como en su artículo 62 que señala lo siguiente:

“1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística”.

Siguiendo con la misma materia, en la legislación autonómica está regulada por ejemplo en el artículo 12 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña; en el artículo 150 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León o en el artículo 93 Decreto 34/2011, de 26/04/2011, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha.

También admite el ejercicio de la acción pública, en primer lugar, artículo 16 del Decreto 833/1975, de 6 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 38/1972, de Protección del Ambiente Atmosférico.

Estrechamente relacionado con la materia urbanística, la Ley 16/1985, de 25 de junio que Regula el Patrimonio Histórico Nacional, reconoce en su ámbito la acción pública en su artículo 8.2 cuando dispone: “*será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español*”.

³⁴ REGO BLANCO, M. D: *La acción popular en el derecho administrativo y en especial, en el urbanístico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.

Otro ejemplo de reconocimiento de la acción pública lo encontramos en el ámbito de la Jurisdicción Contable que se reconoce en el artículo 47 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas así como en la Ley 22/1988, de 28 julio 1988 de Protección, Utilización y Policía de Costas, al declarar en su artículo 109.1 que *“será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación”*

Mención especial merece la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales que regula en su artículo 39 la acción pública: *“Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales de justicia la estricta observancia de los preceptos relativos a los parques nacionales existentes en esta ley, en las leyes declarativas de los parques nacionales y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación.”*

Aplicada al ámbito de los canales de denuncia, constituiría una herramienta fundamental al servicio de los ciudadanos confiriéndoles legitimación para perseguir conductas infractoras de la gestión de los canales

En definitiva, nuestro ordenamiento ofrece varios ejemplos de reconocimiento de la acción pública que consideramos son eficaces como elemento de control de la actuación administrativa y que podría ser igualmente extrapolable al campo de los whistleblowers.

-Medidas de protección del denunciante y del denunciado. Deben tenerse en cuenta ciertos derechos que configuran el estatuto del denunciante de buena fe. La garantía principal con la que cuentan los denunciantes es la protección de su identidad, con la finalidad de evitar cualquier tipo de represalia. Así como la garantía de confidencialidad que conlleva la prohibición de revelar cualquier información que pudiera permitir de forma directa o indirecta identificar al denunciante así como la obligación de velar por que no se revele la identidad del denunciante sin que medie su consentimiento expreso.

El tratamiento de datos personales a través de los canales de denuncia debe gozar de todas las garantías que otorga el RGPD y el resto de las normas de la Unión relativas a esta materia.

Dentro del estatuto del denunciante debe incluirse la prohibición de represalias como por ejemplo falta de promoción, denegación de formación, modificaciones sustanciales de las condiciones laborales, coacciones o acoso, daños (incluidos los reputacionales) e inclusión en listas negras que impidan el acceso a un futuro empleo.

Como medidas de apoyo y protección al denunciante destacan:

- a) Información y asesoramiento gratuitos, respecto de los procedimientos y recursos disponibles y derechos y garantías de protección frente a represalias.
- b) Asistencia efectiva por parte de las autoridades competentes.
- c) Asistencia jurídica en procesos judiciales.
- d) Asistencia financiera y medidas de apoyo, incluido el apoyo psicológico. Estas medidas de apoyo deberán ser prestadas por un centro de información o por una autoridad administrativa única e independiente.

Compartimos lo señalado en el resumen ejecutivo del Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2020³⁵ respecto de regular más intensamente el procedimiento para la tramitación de las denuncias “teniendo en cuenta que está en juego el derecho a una buena administración del denunciante”. Ello implica:

- a) Derecho del denunciante a que se despliegue la diligencia debida en el tratamiento y análisis de la denuncia.
- b) Derecho del denunciante a que se cumplan los plazos fijados en la Directiva y posterior ley. Nos estamos refiriendo a lo dispuesto en el artículo 9 de la Directiva “*un acuse de recibo de la denuncia al denunciante en un plazo de siete días a partir de la recepción*”, así como “*un plazo razonable para dar respuesta, que no será superior a tres meses a partir del acuse de recibo o, si no se remitió un acuse de recibo al denunciante, a tres meses a partir del vencimiento del plazo de siete días después de hacerse la denuncia.*”
- c) Derecho del denunciante a una decisión motivada y notificada sobre su denuncia, en todos los casos
- d) La inversión de la carga de la prueba, de tal modo que si se adoptan medidas contra el denunciante se presumirá (salvo prueba en contrario) que esa medida se ha adoptado precisamente en represalia por la denuncia. Dicho de otra forma, corresponde a quien adopte la medida que perjudica al denunciante justificar que no guarda ninguna relación con la denuncia y que está justificada.
- e) Establecer incentivos para que la denuncia sea una alternativa más segura que el silencio. Esto implica por ejemplo asegurar el juzgamiento adecuado, protegiendo la identidad personal de cualquier denunciante independientemente de su condición, otorgando beneficios pecuniarios producto de las investigaciones, y considerando sanciones para los que tomen represalias

En la Directiva se contemplan también medidas de protección para las personas denunciadas, indicando que éstas han de gozar del derecho a la tutela judicial efectiva y al resto de derechos derivados de este, en los que expresamente se incluyen el derecho a un juez imparcial, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el derecho a ser oídos y el derecho a acceder a su expediente. Igualmente tiene que establecerse la obligatoriedad de velar por proteger la identidad de la persona denunciada mientras se encuentre en curso la investigación. tomamos como

-Creación de una Autoridad independiente. Es deseable o más bien conveniente la creación de una Agencia u órgano estatal de lucha y prevención de la corrupción, independiente de la Administración pública y adscrita al Congreso de los Diputados. De este modo se seguiría la estela de otros países como Italia.

Debe tenerse en cuenta el considerando 69 de la Directiva que señala que “*la Comisión, así como algunos órganos y organismos de la Unión, como la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), la Agencia Europea de Seguridad Marítima (AESM), la Agencia Europea de Seguridad Aérea (AESA), la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) y la Agencia Europea de Medicamentos (EMA), disponen de canales y procedimientos de denuncia externa para la recepción de denuncias de infracciones que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva y que básicamente prevén*

³⁵ https://www.gobiernolocal.org/publicaciones/2021/01_ABGCR20_res_ej_esp.pdf, p 10

la confidencialidad de la identidad de los denunciantes. La presente Directiva no debe afectar a dichos canales y procedimientos de denuncia externa, cuando existan, pero debe velar por que las personas que denuncien ante instituciones, órganos y organismos de la Unión se vean amparadas por unas normas mínimas comunes en materia de protección en toda la Unión.”

Lo que sí es necesario como se apuntó más arriba, es que haya coordinación entre los distintos organismos estatales, autonómicos y locales.

-Formación y comunicación del canal de denuncias. Dentro del sector público en general o de la Administración en particular, la necesidad de la formación y comunicación adquieren un plus adicional sobre el ámbito privado, fundamentalmente por los fines que les son propios, que no son otros, que servir al interés general y velar ésta última, por el derecho a la buena administración, como derecho de los ciudadanos.

Toda formación conlleva previamente el diseño de un plan que identifique los contenidos, objetivos, destinatarios a los que va dirigida, el modo de impartición, el tiempo invertido y el coste económico que lleva aparejado. La inversión en tiempo y dinero no debe frenar a cualquier organización y menos aún, al sector público, a llevarla a cabo, pues no realizarla puede salirle cara a la larga: personas no formadas ni actualizadas en las competencias que requiere el puesto, sin contar con posibles efectos secundarios como, un mal ambiente laboral, desmotivación, falta de productividad, malas prácticas, falta de transparencia e integridad, y no alineación con los valores...Ya lo decía Derek C. Bok “Si cree usted que la educación es cara, pruebe con la ignorancia”.

Con la formación se persiguen dos grandes objetivos: por un lado, crear una cultura de cumplimiento e integridad en el sector público, evitar “malas prácticas” e intentar poner freno a los casos de corrupción y, por otro lado, alinear las conductas de los empleados públicos con los valores y la misión que tiene.

Aspecto esencial será sin lugar a dudas la realización de campañas que impliquen sensibilización a la población sobre la importancia de las denuncias con responsabilidad.

-Revisión y evaluación periódica del sistema integral de denuncias. En todo sistema es pilar fundamental la revisión que debe realizarse sobre tres elementos:

a) Diseño: Revisar que el sistema implantado reúne todos los requisitos exigidos por la ley y Directiva.

b) Nivel de implantación: Revisar si los controles, políticas y procedimientos implantados son adecuados para prevenir y mitigar los riesgos, esto es, comprobar que dichos elementos dotan de operatividad al sistema.

c) Eficacia e idoneidad: Revisar mediante indicadores si el modelo es idóneo y eficaz, es decir, si las acciones llevadas a cabo están siendo adecuadas para cubrir sus objetivos.

Las revisiones podrán ser efectuadas por la propia Administración con sus recursos (revisiones internas), o ser encomendadas a un tercero para que las desarrolle (revisiones externas). Si fuera posible, es conveniente recurrir a revisores o evaluadores externos, ya que brinda de objetividad la revisión y permite incorporar su criterio y recomendaciones,

las cuales serán útiles para la monitorización y mejora del sistema de denuncias y en definitiva del public compliance.

-Establecer un régimen sancionador adecuado. Por lo general, los sistemas de denuncia y de protección de denunciantes requieren de una impecable actitud por parte de los empleados públicos, pues una negligencia o el dolo intencionado puede ocasionar peligros adicionales para los denunciantes. Un aspecto importante es también castigar a quienes hagan mal uso de los mecanismos institucionales de denuncia y de protección de denunciantes, es decir, castigar a quienes hagan denuncias de mala fe.

Autodiagnóstico o checklist de los canales de denuncia

El autodiagnóstico es clave para que la Administración o ente del sector público pueda identificar, seleccionar y priorizar aquellos indicadores que son fundamentales para concretar aquellos procesos de formación de la voluntad y para la toma de decisiones importantes en materia de cumplimiento normativo, buen gobierno corporativo, prevención de la corrupción y reporting sobre dichas áreas.

Es útil que al implantar un canal de denuncia se haga un test o chequeo que permita comprobar el grado de eficacia o de cumplimiento.

- ¿La Administración cuenta con un canal de denuncias interno?
- ¿El ambito material es amplio?
- ¿Ha participado en la elaboración los grupos de interés?
- ¿Existen cursos o talleres para fomentar la cultura de cumplimiento y ética en la Administración?
- ¿Se ha comunicado su implantación?
- ¿Existen varias vías para denunciar las irregularidades?
- ¿La tolerancia cero se aplica en todos los incumplimientos, tanto de los empleados públicos como de los altos cargos?
- ¿Existe un plan de formación para la gestión adecuada de las denuncias?
- ¿Existe un órgano u oficina encargada de la supervisión o evaluación del sistema?
- ¿Se ha fijado un sistema de comunicación y asesoramiento relacionado con las denuncias y el uso del canal?
- ¿Se ha regulado el procedimiento para la tramitación de las denuncias?
- ¿Se han establecido medidas de protección del denunciante y denunciado?

Se evalúan las respuestas de acuerdo a la siguiente calificación:

Sí: 1 puntos.

No: 0 puntos.

De 8 a 10 puntos. La Administración tiene un grado nivel de compromiso con la ética, la protección de los denunciantes, la cultura de cumplimiento y la buena Administración, Se recomienda reforzar los puntos en los que no hubo una buena calificación según esta encuesta.

De 5 a 8 puntos: La Administración está en el camino correcto. Se preocupa por la protección de los denunciantes, pero tiene varios aspectos en los que debe mejorar.

De 4 puntos o menos: La Administración no está dando al sistema de denunciaas la importancia que debería. Esto puede convertirse en un camino de alto riesgo para la Administración. Se recomienda iniciar cuanto antes programas en pro de la buena administración y public compliance.

5. Bibliografía

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L: “Ética pública y normativa administrativa”, *Revista de Administración Pública*. 181, 2010

CHAVES GARCÍA, J.R: Derecho administrativo mínimo, Amarante, 2020.

GARRIDO JUNCAL, A: La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro REALA, número 12, octubre-marzo de 2019, p 130.

GARCIA MORENO, B: “Los canales de comunicación de irregularidades (whistleblowing) en la Administración Pública”, material del curso online Curso online experto en cumplimiento en el sector público (public compliance), de Tirnat lo Blanch

https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2021/02/ALEGACIONES-TI-E_CONSULTA-PU%CC%81BLICA-SOBRE-LA-TRANSPOSICION-DIRECTIVA-UE-2019_1937-FINAL.pdf

JIMENEZ ASENSIO, R: Marcos de integridad institucional y códigos de conducta: encuadre conceptual y algunas buenas prácticas <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506999> Fecha de consulta 18 de julio de 2021

JIMENEZ SANCHEZ, F: Los efectos de la corrupción sobre la desafección y el cambio político en España. *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, 2017.

MIRANZO DIAZ, J: El nuevo derecho de la Unión Europea: Las medidas anticorrupción en la contratación pública, junio 2018.

NIETO MARTIN, A y GARCIA MORENO, B (Coord): Guía para la prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha, Coordinadores ed. Instituto de Derecho Penal europeo e internacional p 35.

OCDE: La ética en el servicio público, MAP, Madrid, 1997

PAREJO ALFONSO, L: “Capítulo X: El interés general o público. Las potestades generales o formales para su realización”, en el Manual de Derecho Administrativo de los profesores Parejo Alfonso, Jiménez-Blanco y Ortega Alvarez, Volumen I, Ariel Derecho, 5ª edición (1998).

PIÑAR MAÑAS, J.L: La transposición de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión en Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación, 2020, Fundación Democracia y Gobierno Local.

PONCE SOLÉ, J: “El derecho a una buena administración y el derecho administrativo iberoamericano del siglo XXI. Buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción” en *Control de la actividad estatal*, Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, octubre 2016.

PONCE SOLE, J en el blog Hay Derecho <https://hayderecho.expansion.com/2017/02/19/el-derecho-a-una-buena-administracion-una-palanca-revolucionaria-para-lograr-el-buen-funcionamiento-de-nuestras-instituciones/>

REGO BLANCO, M. D: La acción popular en el derecho administrativo y en especial, en el urbanístico, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.