30/07/2024

A propósito del futuro Estatuto de la Autoridad estatal de protección del informante (A.A.I.) de la Ley 2/2023

Autor: Ignacio Sáez Hidalgo, Letrado de la Junta de Castilla y León

Fuente: https://diariolaley.laleynext.es/Content/Inicio.aspx

LINK DE LA NOTICIA

Se analiza la exigencia de la Directiva 2019/1937 que impone a los Estados miembros a designar, a nivel nacional, autoridades competentes ante las que poder acudir para comunicar irregularidades en materia de protección de personas. Todavía no se ha creado hasta la fecha, pero La importancia de la función encomendada a estas autoridades para la protección de los informantes y de la lucha frente a la corrupción, determina que resulte imprescindible garantizar que su autonomía e independencia vayan más allá del papel y que sean reales y efectivas.

Una de las exigencias más importantes que la Directiva 2019/1937 (LA LEY 17913/2019) impone a los Estados miembros, en materia de protección de personas que alerten de conductas irregulares, es la de designar, a nivel nacional, autoridades competentes ante las que poder acudir para comunicar esas irregularidades. Por su parte, la Ley 2/2023, que traspone al ordenamiento jurídico nacional la norma europea subrayaba que esta autoridad constituía el «pilar básico del sistema institucional en materia de protección del informante».

Esa Autoridad estatal todavía no se ha creado a esta fecha. El Gobierno nos está anunciando su inminente regulación, superando en exceso el plazo concedido para hacerlo, sobre la base de un proyecto de Estatuto que hizo público hace unos meses al someterlo a participación pública y que dejaba muchos puntos por resolver. De hecho, la propia Ley que autorizaba su creación disponía que dicho Estatuto debería incluir las disposiciones sobre organización, estructura, funcionamiento, incluyendo «todos los aspectos que sean necesarios para el cumplimiento de las funciones asignadas», a pesar de lo cual, el texto presentado se centraba básicamente en las primeras cuestiones, dejando insuficientemente abordados temas cruciales sobre su funcionamiento y sobre el modo en que la Autoridad estatal llevará a cabo las funciones que le atribuye la Ley 2/2023 (1) .

I. Régimen Jurídico de la Autoridad estatal

El proyecto de Estatuto se limita a establecer que la Autoridad estatal se regirá por la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023), por las disposiciones que la desarrollen y por el propio Estatuto y, supletoriamente, por la Ley 40/2015 (LA LEY 15011/2015) del Sector Público y por la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LA LEY 15010/2015).

Sin embargo, esta formulación genérica no resulta suficiente para dejar claro cuál será régimen jurídico aplicable a las actuaciones que la Autoridad estatal desarrolle como responsable del canal externo (inadmisiones, trámites de audiencia, decisiones que ponen fin al procedimiento de investigación, etc.), en un contexto en el que la Ley parece configurar estas actuaciones como «preadministrativas» (previas a la apertura, en su caso, de un procedimiento administrativo posterior), y al mismo tiempo se remite de forma expresa al procedimiento establecido en la LPAC (LA LEY 15010/2015) (2) .

Por otra parte, en relación con la posibilidad de interponer recurso frente a las decisiones adoptadas por la Autoridad estatal, más allá de la previsión general prevista la Ley y que impide recurrirlas en vía administrativa o en vía contencioso administrativa (art .20.4 de la Ley), convendría articular en el Estatuto la excepción a la que se refiere la Directiva 2019/1937 (LA LEY 17913/2019)

(Considerando 103), cuando dispone la necesidad de asegurar el derecho al control judicial sobre decisiones adoptadas por estas autoridades en perjuicio de los derechos garantizados por la misma, como ocurre con las que decidan archivar el procedimiento por considerar que las infracciones comunicadas sean menores o reiteradas, o las que decidan que una comunicación no merece tratamiento prioritario.

II. Canal Externo de Comunicaciones

1. Categorías de infracciones que pueden comunicarse ante la Autoridad estatal

Como es sabido, corresponde a la Autoridad estatal la gestión del canal externo de comunicaciones (artículo 43.1 de la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023) y artículo 3.1 del proyecto de Estatuto). Sin embargo, el texto preparado por el Gobierno no incluye ninguna precisión sobre las categorías de infracciones que pueden comunicarse ante este canal, ni tampoco sobre qué personas pueden acudir al mismo.

Es claro que en el plano objetivo todos los canales externos deben permitir que en ellos se comuniquen las infracciones a las que se refiere el artículo 2.1 a) y b) de Ley (infracciones del derecho de la Unión Europea e infracciones penales y administrativas, graves y muy graves). Sin embargo, más allá de lo anterior, las agencias y autoridades autonómicas de lucha contra la corrupción contemplan la posibilidad de que ante sus canales se comuniquen también otras categorías de irregularidades, lo cual permite investigar casos de corrupción pública claros y flagrantes que puedan afectar a intereses generales mucho mas allá de los estrictos límites de las conductas tipificadas a las que se refiere el artículo 2.1.b) (3) .

2. Categorías personas que pueden acudir ante la Autoridad estatal

El proyecto de Estatuto tampoco hace ninguna mención respecto a qué personas pueden acudir ante la Autoridad estatal comunicando irregularidades. Limitarlo al listado de personas a que se refiere el artículo 3 de la Ley supondría restringir su ámbito de actuación, de modo que esta autoridad debería abstenerse de entrar a investigar las comunicaciones de irregularidades efectuadas por personas jurídicas o por individuos que han tenido conocimiento de la infracción fuera del contexto laboral (por muy graves o flagrantes que pudieran ser), algo que, una vez más, no parece muy razonable cuando estamos hablando de la máxima autoridad a nivel nacional en materia de lucha contra la corrupción y que tampoco parecería tener mucho sentido si tenemos en cuenta la obligación de investigar también las comunicaciones anónimas (4) .

III. Medidas de apoyo y protección al informante

El artículo 43 de la Ley atribuye a la Autoridad estatal la responsabilidad de adoptar medidas de apoyo y protección para los informantes dentro de su ámbito competencial (delimitado por el artículo 41, en relación con el 37 de la Ley), cuestión que también necesitaría un mayor desarrollo en el Estatuto.

Por una parte, sería imprescindible delimitar cuales serían las actuaciones que la Autoridad estatal podría llegar a adoptar para prestar la asistencia efectiva para la protección frente a represalias a que se refiere el artículo 37.1.b) de la Ley. Esta cuestión tiene una especial transcendencia en relación con la posibilidad de que la Autoridad estatal pueda requerir a los organismos o entidades la adopción de las medidas provisionales a las que se refiere el artículo 61 de la Directiva (requerimientos para que el informante sea trasladado a otro puesto, para concederle permiso con mantenimiento de retribuciones, etc.) y que, por ello, exigiría un tratamiento específico que abordase los supuestos en que estaría justificado tal requerimiento y la forma de llevarlo a efecto.

De igual modo, resultaría necesario detallar todo lo relativo a la expedición de la certificación a los informantes de que pueden acogerse a la protección (prevista en el artículo 37.1.b) de la Ley), lo que exigiría, entre otras cosas, definir claramente cómo pueden los informantes solicitar dicha certificación, quién sería el responsable de expedirla, su validez, etc.

Por otra parte, según la Ley (art. 37.1.d), que la autoridad preste a los informantes apoyo financiero y psicológico, está supeditado a la concurrencia de determinadas circunstancias, las cuales deberían ser previamente establecidas en la norma que está a punto de aprobarse.

Por último, resultaría necesario que este Estatuto dejase claro si la Autoridad estatal va a extender sus medidas de apoyo a

aquellas personas que comuniquen infracciones penales y administrativas graves y muy graves ante autoridades judiciales o administrativas (SNCAF, CNMC, etc.), algo sobre lo que no se pronuncia de forma expresa el artículo 35.4 de la Ley (5) .

IV. Elaboración de modelos de prevención de delitos en el ámbito público

Según el preámbulo de la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023), a la Autoridad estatal le corresponde también la función de elaborar modelos de prevención de delitos en el ámbito público, cuestión que se reproduce en el preámbulo del Estatuto proyectado y que encontraría su razón de ser en que una de las finalidades de esta normativa es la de prevenir y detectar amenazas al interés público. Sin embargo, en el articulado del texto sometido a participación pública por el Ministerio no se hace ninguna mención a esta función, ni tampoco a la forma o modo en que vaya a llevarse a cabo.

V. Convenios para desarrollar funciones de las comunidades autónomas

La Disposición adicional segunda de la Ley se refiere a la posibilidad de que, a través de la vía convencional, la Autoridad estatal pueda ejercer competencias que corresponden a las comunidades autónomas actuando «como canal externo de informaciones y como una autoridad independiente de protección de informantes».

Son muchas las comunidades autónomas que están esperando la efectiva puesta en marcha de la Autoridad estatal para suscribir convenios con ella en este ámbito

Son muchas las comunidades autónomas que están esperando la efectiva puesta en marcha de la Autoridad estatal para suscribir convenios con ella en este ámbito (6) . Sin embargo, es necesario tener en cuenta que, para que esto sea posible, no es suficiente con la voluntad unilateral de la comunidad autónoma, sino que también hace falta que la Autoridad estatal tenga interés en recibirlas. De este modo, más allá de las cuestiones particulares que puedan afectar a cada convenio, sería imprescindible que el Estatuto estableciese los términos en los que esta autoridad estaría dispuesta a suscribir esos convenios.

Sobre esta cuestión, también debe recordarse que, de acuerdo con el artículo 24.2 de la Ley, los canales externos de las comunidades autónomas no solo tienen encomendada la función de recibir comunicaciones de infracciones que afecten a su sector público autonómico, local y sus instituciones autonómicas, sino también respecto de las que afecten a las entidades del sector privado —cuando el incumplimiento comunicado se circunscriba al ámbito territorial de la correspondiente comunidad autónoma—. Siendo así, el artículo 24.1.d) de la Ley (y el artículo 6 del proyecto de Estatuto) tan solo parecen admitir que la Autoridad estatal pueda actuar como canal externo —vía convenio—, respecto de las infracciones de las Administraciones de las comunidades autónomas y de las entidades que integran la Administración y el sector público institucional autonómico o local, omitiendo cualquier referencia a las infracciones que afecten a las entidades del sector privado, cuestión que reviste gran transcendencia y que también debería ser aclarada.

Por otra parte, la Disposición Adicional primera también contempla que la

Autoridad estatal, pueda asumir, vía convenio, funciones de apoyo y protección del informante en el ámbito que corresponde a las comunidades autónomas (artículo 41 de la Ley), posibilidad que no ha sido contemplada en la regulación proyectada y que también sería necesario abordar.

En cualquier caso, y por razones de seguridad jurídica y transparencia, sería conveniente que el Estatuto incorporase también la exigencia de publicar y recoger de forma accesible y visible los convenios suscritos con las Comunidades Autónomas, al objeto de que los potenciales informantes puedan, en cada caso, conocer cuál es su canal externo de referencia.

VI. Presidente de la Autoridad estatal

La importancia de la función encomendada a estas autoridades para la protección de los informantes y de la lucha frente a la corrupción, determina que resulte imprescindible garantizar que su autonomía e independencia vayan más allá del papel y que sean reales y efectivas.

La OCDE ha señalado a este respecto la necesidad establecer procedimientos transparentes para el nombramiento y remoción de

los responsables de estos organismos, así como garantizar un nivel adecuado de autonomía estructural y operativa a través de mecanismos institucionales y legales destinados a prevenir interferencias políticas indebidas que puedan afectar a aspectos clave, como la confidencialidad de las investigaciones o a decisiones operativas cruciales, como el inicio, la continuación y la terminación de investigaciones (7) .

Siendo así, la exigencia que impone la Ley de que el nombramiento de su titular recaiga en personas de «reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de las materias competencia de la Autoridad», resulta a todas luces insuficiente, máxime si tenemos en cuenta que dicha norma adscribe la autoridad directamente al Ministerio de Justicia y atribuye al propio Ministro el nombramiento de su titular (artículo 53.2).

Siendo así, resultaría imprescindible que el Estatuto concretase los requisitos más específicos para poder acceder a dicho puesto y estableciera un proceso de designación que partiese de una convocatoria pública en la que pudiesen concurrir libremente cualesquiera personas que presentasen los requisitos exigidos, tal y como ocurre a nivel europeo en puestos de responsabilidades similares, como es el caso del Director General de la OLAF (8) o el Defensor del Pueblo Europeo (9) .

(1) Las cuestiones aquí expuestas fueron trasladadas al Gobierno de la Nación a través del trámite de participación pública.

(2) El preámbulo del señala que «las investigaciones que lleve a cabo tanto en el marco del Sistema interno de información del sector público como en el marco del procedimiento que desarrolla la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. se inician siempre de oficio y de conformidad con el procedimiento establecido en la LPAC (LA LEY 15010/2015)»

(3) Por ejemplo, en el caso andaluz, las actuaciones de investigación se pueden proyectar sobre «actos u omisiones que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros». Con ello su ámbito se extiende a una categoría más amplia de irregularidades, y ello sin perjuicio de que aquellas personas que informen sobre infracciones que vayan más allá del ámbito de la Ley no lleguen a tener el máximo nivel de protección previsto en la misma.

(4) De nuevo, si acudimos a la regulación de las autoridades autonómicas en materia de corrupción creadas antes de la aprobación de la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023), podemos ver cómo las mismas no establecen ninguna limitación a la investigación de irregularidades por razón de las personas que alerten de las mismas.

(5) A este respecto, la reciente reforma de la Ley 11/2016, por la que se creaba la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, ha modificado su artículo 14 para incluir como denunciante a quienes comuniquen irregularidades no sólo ante la propia agencia, sino también ante cualquier otro órgano administrativo, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial.

(6) Por ejemplo, en la Región de Murcia, el Consejo de Gobierno en mayo de 2023 adoptó un acuerdo en el sentido de que, para la gestión del canal externo en el ámbito de la Comunidad Autónoma se suscribirá el correspondiente convenio con la Autoridad estatal (Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de mayo de 2023)

(7) Specialised Anti-Corruption Institutions. Review of models. 2013. OECD. https://www.oecd.org/corruption/acn/39971975.pdf

(8) Reglamento (UE, Euratom) n.o 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013 (LA LEY 14933/2013), relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.o 1073/1999 (LA LEY 6976/1999) del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (Euratom) n.o 1074/1999 (LA LEY 6977/1999) del Consejo

(9) Reglamento (UE, Euratom) 2021/1163 del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021 (LA LEY 16359/2021), por el que se fijan el Estatuto y las condiciones generales de ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo (Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo) y por el que se deroga la Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom