

SOBRE EL CONCEPTO Y LOS DERECHOS DE LA PERSONA «AFECTADA» POR COMUNICACIONES SOBRE INFRACCIONES EN LA LEY 2/2023, REGULADORA DE LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA INFORMANTE

Salvador DEL REY GUANTER
Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Esade Law School
Universidad Ramón Llul
salvador.rey@esade.edu

RESUMEN

Un sujeto de gran relevancia en la Ley 2/2023, tanto por las obligaciones que se le impone como por los derechos que se le garantiza, es el de la denominada “persona afectada”, que es la persona física o jurídica a la que se hace referencia como infractora en las comunicaciones que una persona informante puede realizar al canal interno de una entidad, al canal externo ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante o en una revelación pública. La ley, en diversos preceptos, pero sobre todo en su art. 39, contempla las medidas de protección de esta persona tendrá durante la tramitación del expediente en aquellos canales, reconociéndole los derechos a la presunción de inocencia, a la defensa, y al acceso a dicho expediente, considerando además que esa persona gozará de la misma protección establecida para la persona informante. El objetivo de este estudio es delimitar legalmente la figura de la persona afectada, así como sistematizar y analizar en términos generales esos derechos que la ley le reconoce, especialmente en los procedimientos previstos por la ley en los canales interno y externo para la tramitación de comunicaciones de infracciones presuntamente cometidas por esa persona afectada.

Palabras clave: Comunicación de infracciones, concepto legal de persona afectada, derechos y medidas de protección de la persona afectada, situación legal de la persona afectada en los canales interno y externo de comunicación.

ABSTRACT

A subject of great relevance in the Law 2/2023, both due to the obligations imposed on as well as to the rights granted to is that of the so-called affected person namely the actual physical or legal party referred to as the one failing to communicate within as an insider of a public body, either as an outsider to the authority

in charge of protection of the informant or to a public finding. The law, in various articles, but mostly in art. 39, contemplates the protection measures which this person will have during the file procedure in such channels, admitting the rights to the presumption of innocence, to the defense, and to access to such file, considering also that that person will enjoy the same protection established for the whistleblower. The objective of this study is to legally define the case of an affected person, as well as to systematize and analyse generally speaking the rights that the law grants, particularly in the procedures provided by law through both internal or external channels to the proceedings of communication of violations allegedly committed by that affected person.

Keywords: Communication of irregularities, legal concept of affected person, rights and protection measures of the affected person, legal situation of the affected person in the internal and external communication channels

ZUSAMMENFASSUNG

Ein Thema, das im Gesetz 2/2023 sowohl hinsichtlich der auferlegten Pflichten als auch der garantierten Rechte von großer Bedeutung ist, ist die so genannte «betroffene Person», d.h. die natürliche oder juristische Person, die in den Mitteilungen als Täter bezeichnet wird, die eine meldende Person an den internen Kanal eines Unternehmens, an den externen Kanal vor der Unabhängigen Behörde zum Schutz von Hinweisgebern oder in einer öffentlichen Bekanntmachung melden kann. Das Gesetz sieht in verschiedenen Bestimmungen, vor allem aber in Art. 39, die Schutzmaßnahmen vor, die diese Person während der Bearbeitung der Akte in diesen Kanälen genießt, wobei die Rechte auf Unschuldsvermutung, Verteidigung und Akteneinsicht anerkannt werden und diese Person den gleichen Schutz genießt wie der Hinweisgeber (Whistleblower). Ziel dieser Studie ist es, die Figur des Betroffenen rechtlich abzugrenzen und die Rechte, die das Gesetz anerkennt, allgemein zu systematisieren und zu analysieren, insbesondere in den Verfahren, die das Gesetz in den internen und externen Kanälen für die Bearbeitung von Meldungen über Verstöße, die der Betroffene angeblich begangen hat, vorsieht.

Schlüsselwörter: Mitteilung von Verstößen; Rechtsbegriff der betroffenen Person; Rechte und Schutzmaßnahmen der betroffenen Person; Rechtsstellung der betroffenen Person in internen und externen Kommunikationskanälen.

SUMARIO: I. EL CONCEPTO DE PERSONA «AFECTADA» EN LA LEY 2/2023.—II. PERSONA AFECTADA Y SUJETO RESPONSABLE EN EL RÉGIMEN SANCIONADO DE LA LEY 2/2023.—III. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA AFECTADA EN EL ARTÍCULO 39 DE LA LEY 2/2023.—IV. LOS DERECHOS DE LA PERSONA AFECTADA EN EL SISTEMA INTERNO DE INFORMACIÓN.—V. LOS DERECHOS DE LA PERSONA AFECTADA EN EL CANAL EXTERNO ANTE LA AAI.—VI. REFLEXIÓN FINAL.

I. EL CONCEPTO DE PERSONA «AFECTADA» EN LA LEY 2/2023

Según nos va a indicar el art. 1.2 de la Ley 2/2023¹, la finalidad principal de esta, más allá de la formal de trasponer la Directiva 2019/1937², es otorgar protección frente a posibles «represalias» a la «persona informante», considerando como tal a la persona física que comunique a través de los procedimientos previstos en la Ley algunas de las infracciones a las que se refiere el ámbito material de la misma identificados en su art. 2.

No obstante, otro sujeto de gran relevancia en la Ley, tanto por las obligaciones que se le impone como por los derechos que se le garantiza, es la denominada «persona afectada», término que contiene la Directiva y adoptado por nuestra Ley —a veces también esta lo califica de «sujeto afectado», como en el art. 19.2—.

Dado que nuestra Ley no define a esta persona afectada, debemos considerar la conceptualización que de la misma nos ofrece la Directiva, que en su art. 5 entiende como tal a «una persona física o jurídica a la que se haga referencia en la denuncia o revelación pública como la persona a la que se atribuye la infracción o con la que se asocia la infracción».

Además de esta ausencia definitoria en la Ley, es significativo que tampoco se haga referencia a esta persona afectada en el ámbito personal que de la Ley delimita el art. 3, que sería el lugar adecuado, y ello a pesar de que sí existe en la norma una continua alusión a la misma, especialmente para establecer también la protección de sus derechos, como es el caso de los arts. 39, 33.2, 19. 2 y 3 o 9.2.f) y h), entre otros preceptos³.

De la citada definición en la Directiva, así como de esas referencias varias en nuestra Ley, podemos ya destacar inicialmente una serie de notas características de esta figura para delimitar su conceptualización legal.

¹ Ley 2/2023, de 25 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra el fraude (BOE, de 21 de febrero de 2023) —la Ley, en adelante—.

² Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2017 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión —la Directiva, en adelante—.

³ Sobre el ámbito personal de la Ley tal como delimitado en el art. 3, podemos remitirnos a nuestro estudio «El ámbito subjetivo de la Ley 2/2023, de protección del informante, y sus implicaciones para las personas trabajadoras y empleadoras», *Temas Laborales*, núm. 169 (2023).

Así, una primera nota a destacar ya inicialmente de esa definición que nos proporciona la Directiva es que, a diferencia de la persona informante —siempre persona física como hemos visto que nos indica el art. 3 de la Ley—, la afectada puede ser tanto persona física como jurídica, pudiéndose predicar de esta última, con las necesarias adaptaciones en su caso, todos los derechos y obligaciones que contempla la Ley al respecto. Lo cual no obsta para que en determinados ámbitos sea notable la diferencia de tratamiento jurídico entre ambas personas, como es el caso de las cuantías de las sanciones previstas en la Ley⁴.

Una segunda nota que señalar es que, en función de la citada definición de la Directiva, fuera de las personas señaladas como afectadas en la comunicación no existirán otras que puedan recibir formalmente este calificativo de «afectadas». Esto es, las identificaciones de otros sujetos como potenciales infractores a las que pueda llegarse en las distintas vías de comunicación, si no se incluyen inicial o posteriormente por la persona informante, no tendrán esa condición de persona afectada a efectos de la ley, sin perjuicio de las responsabilidades de todo tipo que a esos sujetos adicionales se les pueda exigir por otros conductos distintos a esta ley.

Una tercera nota es que, el concepto de persona afectada, una vez pasado este test de que sea señalado como tal en la comunicación por el informante, se caracteriza por una notable amplitud, en tanto que se incluye no solo a la persona que directamente haya protagonizado la infracción, sino también las que puedan estar «asociadas» con la misma. El concepto de asociación en la comisión de una infracción o delito es ciertamente extenso, en tanto que incluye a toda persona que, por acción u omisión, haya coadyuvado a la consecuencia infractora.

En tanto que, con base en esta asociación, se le puede aplicar las sanciones derivadas tanto del ilícito material denunciado e incluido en el ámbito del art. 2 de la Ley como de las infracciones tipificadas en el art. 63 de la misma, es evidente que, a tales personas asociadas, en su consideración de afectadas, también se le aplique las garantías y derechos que veremos a continuación, y especialmente de los recogidos en el art. 39 de la Ley.

Pero téngase en cuenta que lo que delimita la condición de persona afectada es no solo que en la información comunicada se haga «referencia» a la misma, sino que esa referencia lo sea precisamente en calidad de

⁴ El art. 56.1 de la Ley prevé la sanción máxima de 300.000 euros para las personas físicas por infracciones muy graves, mientras la cuantía es de 1 millón de euros para tales infracciones en el caso de las personas jurídicas.

persona «a la que se atribuye la infracción o con la que se asocia la infracción». Por tanto, puede ser que en la información comunicada por la persona informante aparezcan citadas personas físicas o jurídicas relacionadas con las circunstancias relatadas en la información, pero que ello no se haga en atribución a las mismas de la autoría de las infracciones o de su asociación con ellas si no, por ejemplo, como personas que puedan confirmar o adicionar a la información suministrada.

Hemos de reconocer que, en esta delimitación por la ley de la persona informante, la referencia al sujeto infractor en sí en cuanto protagonista directo de la infracción, no parece plantear especiales problemas más allá de los típicos de la determinación de la autoría, pero la calificación como persona afectada también a la que «se asocia con la infracción» dota a este sujeto de una acentuada ambigüedad, especialmente si consideramos que con esta «asociación» se está incluyendo básicamente al «participe», entendiendo por tal a la persona que interviene en el hecho ilícito ajeno favoreciendo su realización por parte del autor en cuanto inductor, cooperador necesario o cómplice. En este sentido, podría incluirse desde luego como «asociados» a personas trabajadoras, funcionarias o autónomas, así como colaboradoras, contratistas o proveedoras, las cuales, pudiendo haber impedido o informado sobre la infracción o delito, por acción u omisión no lo han evitado o al menos procurado evitar en su efectiva comisión.

Como cuarta nota delimitadora debemos indicar que la determinación de esta persona afectada en cuanto autora o asociada a la comisión de una infracción grave o muy grave o a un delito, como se indica en el ámbito material de la Ley 2/2023 en su art. 2⁵, se deberá realizar consiguientemente con base en la normativa que se considera infringida desde la perspectiva administrativa o penal. Por tanto, para la determinación de esta persona afectada deberemos tener como referencia obligada toda la elaboración doctrinal y jurisprudencial desarrollada en torno a los arts. 27 y ss. del Código Penal, incluyendo la incorporación de las personas jurídicas, así

⁵ Hemos analizado más detenidamente este precepto en nuestro artículo «La relevancia para la empresa y para la persona trabajadora del ámbito material y de las exclusiones de tutela de la Ley 2/2023, reguladora de la protección del informante sobre infracciones normativas», *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, vol. 2, núm. 2 (2023), pp. 9 y ss. También, desde una perspectiva más general, S. FERNÁNDEZ RAMOS, «Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 63 (2023); I. SÁEZ HIDALGO, «El ámbito objetivo de aplicación de la Ley 2/2023: ¿qué comunicaciones pueden amparar el derecho a la protección frente a las represalias», *Diario La Ley*, núm. 10.274 (2023).

como la relacionada con los sujetos responsables en las infracciones administrativas correspondientes.

Una quinta nota que destacar, aunque no explícita en la Ley y también diferencial respecto a la persona informante al menos en términos generales, es que la persona afectada puede ser una o varias en una misma comunicación, en tanto que puede tratarse de una infracción cometida y denunciada por la persona informante respecto a una pluralidad de personas, físicas y/o jurídicas.

Esta potencial pluralidad de personas afectadas no deja de plantear cuestiones e incluso problemas que no se dan en el ámbito de la persona informante, al menos no de la misma forma. Así, piénsese en la relación de esas personas entre sí desde la perspectiva de sus respectivos derechos y obligaciones en los canales, interno o externo, que pueden no ser simétricos en función, por ejemplo, de su protagonismo en la comisión de las infracciones alegadas. Ello sin contar, como después examinaremos, con la posibilidad de que, en función de la conducta de estas personas afectadas anteriores a la comunicación, puedan serle de aplicación las medidas de exención o de atenuación de las sanciones contempladas en el art. 40 de la Ley, y que evidentemente también pueden representar una posición muy diferenciada de tales sujetos en los procedimientos desencadenados por aquella comunicación de la persona informante.

En tanto se mantengan la protección individualizada respecto a cada persona afectada con base en el art. 39 de la Ley —e incluyendo la importante protección derivada de la normativa de protección de datos a la que se refiere el título VI de la Ley 2/2023—, no parece que deba haber inconveniente en que un mismo canal interno o externo —y desde luego una revelación pública— incluya una pluralidad de las mismas y su tratamiento a estos efectos pueda realizarse conjuntamente.

Desde la perspectiva laboral, por ejemplo, personas afectadas pueden ser la empleadora —sea persona física, jurídica o comunidades de bienes (art. 1.2 ET)— y/o personas que ostenten facultades de representación, asesoramiento o directivas, y/o, en fin, personas empleadas o relacionadas con aquella —autónomos y empresas contratistas o proveedores—.

La cuestión que puede plantearse al hilo de las personas referidas como afectadas en una comunicación es si, en ese ámbito laboral, la información sobre infracciones cometida por un directivo de la empresa implica por definición la implicación también como afectada de la empleadora de ese directivo. Desde luego, este será el caso cuando la persona informante considere expresamente a directivo y empresa como sujetos afectados, en el sentido

de considerar que la infracción comunicada ha sido responsabilidad directa, por «acción u omisión», de ambos. También será el caso cuando, aun considerando que el sujeto activo de la infracción es exclusivamente el directivo, se «asocia» a tal infracción de forma expresa a la empleadora.

La cuestión puede ser más compleja cuando la persona informante solo tiene como «referencia» en su comunicación a uno de estos sujetos, esto es, o a la parte empleadora o a un directivo. En el primer caso es evidente que, junto a la responsabilidad de la empleadora persona física o persona jurídica y de sus órganos de gobierno o control, la infracción puede ser de tal tipo que exija la implicación de un directivo en cuanto persona física —por ejemplo, una situación de acoso—. En el segundo caso, que se haga referencia exclusivamente al directivo, también parece que, en el ámbito del contrato de trabajo, la empleadora, aunque sin citarse expresamente en la comunicación, puede tener una responsabilidad derivada sea por acción sea, más frecuentemente, por omisión —por ejemplo, no haber actuado contra el directivo a pesar de existir informaciones previas a la comunicación sobre su conducta infractora—.

En ambos casos, la pregunta que se plantea es la posición que ha de darse a ambos sujetos durante el procedimiento de tramitación de la comunicación en el canal interno o en el externo, esto es, si, incluso cuando la persona informante no se refiera como persona afectada al otro de esos dos posibles sujetos, en ambos canales ha de considerarse que esta otra persona está también acreditada como sujeto afectado y, en consecuencia, ha de aplicársele tanto las obligaciones como, sobre todo, los derechos y garantías que la Ley 2/2023 prevé al respecto.

En principio, y aunque habrá que examinar las circunstancias concretas en cada caso, parece que la respuesta ha de ser afirmativa incluso si no se le identifica formalmente por la persona informante como afectada, dado que en ambos casos, sea cuando la persona informante omite a la persona directiva presuntamente responsable, sea cuando omite a la persona empleadora, lo cierto es que se pueden derivar graves responsabilidades para ella como consecuencia de la infracción informada y, consiguientemente, debería dársele por el Responsable del Sistema o la Autoridad Independiente de Protección del Informante —AAI— la oportunidad de ejercitar todos sus derechos de defensa en los canales de comunicación interno y externo a los que después aludiremos⁶.

⁶ Lo cual parece en consonancia con lo enunciado en el prólogo de la Ley respecto a las personas afectadas: «...Pero las medidas de protección no se dirigen solo a favor de los infor-

Lo relevante a efectos laborales o funcionariales, considerando el protagonismo que pueden tener personas empleadoras o directivos o incluso también «compañeros de trabajo» en las infracciones, por utilizar el término indicado en el art. 3 de la Ley, es que los sujetos afectados por una información sobre las mismas, en tanto pueden ser plurales, incluso con distintos grados de protagonismo, tengan también los derechos a los que se refiere el art. 39 de la Ley 2/2023.

II. PERSONA AFECTADA Y SUJETO RESPONSABLE EN EL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LA LEY 2/2023

También como premisa necesaria para la delimitación de la persona afectada en la Ley 2/2023 es la distinción que hay que hacer de la misma respecto a lo que en su art. 62, bajo el título de «sujetos responsables», se va a identificar como una nueva categoría de personas —coincidentes o no con las «afectadas» identificadas en la comunicación de la infracción— y que entran en el ámbito subjetivo de la ley desde una perspectiva legal diferente, pero no menos relevante, a la de la persona afectada.

En efecto, para la ley estos sujetos responsables son aquellas personas físicas o jurídicas que van a poder ser sometidas al régimen sancionador de la Ley contemplado en sus arts. 65 y ss. por realizar «cualquiera de las actuaciones descritas como infracciones en el art. 63, y muy especialmente por ejercer represalias sobre la persona informante».

Si examinamos las represalias enunciadas en el art. 36.3 de la Ley⁷, podemos concluir que la mayoría de estas represalias puede tener como

mantes. También aquellas personas a las que se refieran los hechos relatados en la comunicación han de contar con una singular protección ante el riesgo de que la información, aun con aparentes visos de veracidad, haya sido manipulada, sea falsa o responda a motivaciones que el Derecho no puede amparar. Estas personas mantienen todos sus derechos de tutela judicial y defensa, de acceso al expediente, de confidencialidad y reserva de identidad y la presunción de inocencia; en fin, de los mismos derechos que goza el informante».

⁷ A los efectos de lo previsto en esta Ley, y a título enunciativo, en el art. 36.3 se consideran represalias las que se adopten en forma de: «a) Suspensión del contrato de trabajo, despido o extinción de la relación laboral o estatutaria, incluyendo la no renovación o la terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal una vez superado el periodo de prueba, o terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios, imposición de cualquier medida disciplinaria, degradación o denegación de ascensos y cualquier otra modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; salvo que estas medidas se llevaran a cabo dentro del ejercicio regular del poder de dirección al amparo de la legislación laboral

sujetos activos principales a personas afectadas, y muy principalmente, desde la perspectiva laboral, funcionarial o autónomas, a personas empleadoras, contratantes y/o directivas de las mismas, como es el caso de todas las acciones negativas respecto al contrato de trabajo o la relación funcionarial o autónoma que se enumeran en el apartado *a)* de ese art. 36.3.

No obstante, y de ahí la necesidad de distinguir, puede ocurrir o bien que una de estas personas no sea identificada como afectada por la comunicación del informante pero que sí se le señale como ejecutora de la represalia, o bien que esta represalia provenga de una tercera persona incluso no identificada en la comunicación, pero que sí sea imputada por la AAI por esa responsabilidad. Aunque normalmente ese sujeto responsable estará directa o indirectamente relacionado con la persona afectada, es importante señalar que no es necesario que tenga una relación contractual o de otro tipo con el informante, como pueden ser los casos también enumerados en el art. 36.3 de inclusión en «listas negras», de daños en la reputación de la persona informante, o de denegación de un permiso o licencia.

Por tanto, lo esencial a señalar es que el sujeto responsable sobre el que se imponga las sanciones previstas en el título IX de la Ley puede ser que sea diferente al considerado como afectado por la comunicación de la persona informante, en cuanto que no sea el sujeto identificado como autor o partícipe, por acción u omisión, de la infracción comunicada, pero que por ejercer acciones de represalia contra la persona afectada, en estadios previos, simultáneos o posteriores a tal comunicación, sea imputable de las infracciones sancionadas en la Ley, imputación que puede hacer la AAI en cuanto autoridad competente para aplicar el régimen sancionador por incumplimientos tipificados en el art. 63 de la Ley 2/2023⁸.

o reguladora del estatuto del empleado público correspondiente, por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas, y ajenas a la presentación de la comunicación. *b)* Daños, incluidos los de carácter reputacional, o pérdidas económicas, coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo. *c)* Evaluación o referencias negativas respecto al desempeño laboral o profesional. *d)* Inclusión en listas negras o difusión de información en un determinado ámbito sectorial, que dificulten o impidan el acceso al empleo o la contratación de obras o servicios. *e)* Denegación o anulación de una licencia o permiso. *f)* Denegación de formación. *g)* Discriminación, o trato desfavorable o injusto».

⁸ El art. 62 tiene otras dos disposiciones relevantes respecto a estos sujetos responsables. Por un lado, se establece que «cuando la comisión de la infracción se atribuya a un órgano colegiado la responsabilidad será exigible en los términos que señale la resolución sancionadora». No obstante, va a eximir de responsabilidad a aquellos miembros «que no hayan asistido por causa justificada a la reunión en que se adoptó el acuerdo o que hayan votado en contra del mismo». Puede ser importante determinar si entre esas causas justificadas de ausencia está precisamente el mantener por el ausente una posición contraria a la adopción de decisiones por considerar precisamente su ilegalidad. Por otro lado, se estable-

En relación a esta inclusión a efectos sancionadores, téngase en cuenta, y ello debemos subrayarlo por su trascendencia, que lo que la Ley 2/2023 sanciona no es la comisión por acción u omisión de una infracción de una norma diferente a la Ley 2/2023 pero susceptible de inclusión en el ámbito material de esta Ley según su art. 2 —ello se hará según el régimen sancionador de la normativa incumplida—, sino el ejercicio de una conducta ilícita contra la personas informantes o las indicadas en su art. 3 como relacionadas con las mismas, principalmente mediante tratos desfavorables, que es la esencia de la represalia según nos indica la definición de esta en el art. 36.2 de la Ley⁹.

III. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA AFECTADA EN EL ARTÍCULO 39 DE LA LEY 2/2023

El art. 39 de la Ley contempla las medidas de protección de la o las personas afectadas por la comunicación realizada por la persona informante, indicando que »durante la tramitación del expediente las personas afectadas por la comunicación tendrán derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y al derecho de acceso al expediente en los términos regulados en esta ley», añadiéndose a continuación que estas personas tendrá igualmente derecho «a la misma protección establecida para los informantes, preservándose su identidad y garantizándose la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento».

En términos generales, el art. 39 puede ser objeto de dos consideraciones. La primera es que, y en consonancia con la Directiva¹⁰, ya es signifi-

ce la responsabilidad de estos sujetos» incluso aunque haya desaparecido su relación o cesado en su actividad en o con la entidad respectiva».

⁹ Nos indica dicho precepto: «Se entiende por represalia cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública». Al respecto del régimen sancionador en la Ley 2/2023, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y S. DEL REY GUANTER, «Whistleblowing y contrato de trabajo: la trascendencia laboral de la Ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones y delitos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 264 (2023), pp. 131-196, en pp. 185 y ss.

¹⁰ El art. 22 de la Directiva nos indica: «Medidas para la protección de las personas afectadas. 1. Los Estados miembros velarán, de conformidad con la Carta, por que las personas afectadas gocen plenamente de su derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, así como a la presunción de inocencia y al derecho de defensa, incluido el derecho a ser oídos y el derecho a acceder a su expediente. 2. Las autoridades competentes velarán,

cativo que a la persona afectada se le quiere proteger mínimamente con su específica inclusión en este título VII tan central de la Ley referente a las medidas de protección. En este sentido, la ya señalada omisión en el art. 3 de la Ley de la persona afectada cuando delimita su ámbito personal no debe inducir a una estimación limitada respecto a los derechos que se le reconocen a esa persona, que incluso se equipararán —«misma protección»— a los de las personas informantes.

La segunda consideración es que los derechos reconocidos a la persona afectada en ese art. 39 para su protección, como veremos en los próximos apartados, se van a aplicar básicamente en el ámbito de lo que este precepto denomina la «tramitación del expediente», tramitación que se efectúa tanto en el procedimiento que se desarrolla en el Sistema interno de información y en sus canales internos, como en el procedimiento que tiene lugar en el canal externo como consecuencia de una comunicación ante la AAI.

En la revelación pública no existe expediente o procedimiento en cuanto tal motivo por el cual los derechos reconocidos en el art. 39 se aplican de una forma diferente o bien no se desarrollan. Así, una presunción de inocencia de un presunto infractor no va a impedir que la persona informante acuda directamente a la prensa, como prevé el art. 28.2 en el ejercicio de la libertad de información.

No obstante, a pesar de esa genérica indicación del art. 39 de que la persona afectada tendrá la «misma protección establecida para el informante», se requiere matizarla, en tanto que es evidente que las medidas de tutela del art. 38 de la Ley ligadas a posibles represalias y perjuicios son propias de la persona informante, por lo que no serían aplicables en gran medida a la afectada¹¹. Lo cual no ha de obstar a que, demostrado en el canal interno o externo que una comunicación carece totalmente de fundamento, la persona afectada pueda iniciar las medidas de exigencia de responsabilidades a la persona informante que estime adecuada.

de conformidad con el Derecho nacional, porque la identidad de las personas afectadas esté protegida mientras cualquier investigación desencadenada por la denuncia o la revelación pública esté en curso. 3. Las normas establecidas en los arts. 12, 17 y 18 referidas a la protección de la identidad de los denunciantes se aplicarán también a la protección de la identidad de las personas afectadas». *Vid.* también los considerandos 100 y 101 de la Directiva acentuando la importancia de esta protección.

¹¹ Sobre la tutela de la persona informante nos remitimos a nuestro estudio, «Las medidas de protección contra las represalias a la persona informante de infracciones en la Ley 2/2023 y su proyección sobre la relación laboral y funcional», *Trabajo y Derecho*, núm. 107 (2023). También C. SÁEZ LARA, «El estatus jurídico de informante tras la Ley 2/2023 de protección de las personas informantes y de lucha contra la corrupción», *Labos*, vol. 4, núm. 3 (2024). pp. 46 y ss.

En todo caso, hay que tener en cuenta que entre la infracciones que establece el art. 63 de la Ley 2/2023 se tipifican algunas que se relacionan con esta protección de la persona afectada y que puede tener, como sujeto sancionado, al responsable del sistema o incluso a la persona informante, como es el caso de la tipificada en el apartado *c)* —«vulnerar las garantías de confidencialidad y anonimato»— y especialmente en el *f)* —«comunicar o revelar públicamente información a sabiendas de su falsedad»—.

Pero lo esencial a tener en cuenta es que la preservación de los derechos de la persona afectada enumeradas en este precepto 39 —tales como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho de acceso al expediente, la preservación de identidad y la confidencialidad— se aplica esencialmente, a diferencia de lo contemplado en los arts. 36 y 38 de la Ley, y como analizaremos en apartados siguientes, en aspectos claves de los procedimientos efectuados en los canales interno y externo tal como articulados respectivamente en los títulos II y III de la Ley, preservación que, con ser importante, requiere una aproximación y análisis diferente respecto a la protección de la persona informante que configuran en los arts. 36, 37 y 38.

En efecto, por poner dos ejemplos claros respecto a estas diferencias, en tanto que a la persona afectada se le está imputando la responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa o delito, lo cual no es el caso respecto a la persona informante, cobra todo su sentido la aplicación a aquella y, en principio, no a esta —salvo que se le impute infracciones del art. 63 tales como la total falsedad en la información alegada—, de los derechos constitucionales de presunción de inocencia y de derecho a la defensa.

Como hemos indicado, los derechos contemplados en el art. 39 respecto a la persona informante encuentran su aplicación específica en los títulos II y III de la Ley cuando articulan los procedimientos para tramitar las comunicaciones presentadas por personas informantes ante los canales interno y externo, y a su análisis dedicaremos los próximos apartados.

IV. LOS DERECHOS DE LA PERSONA AFECTADA EN EL SISTEMA INTERNO DE INFORMACIÓN

La Ley 2/2023, ya lo hemos señalado, ha previsto, además de la revelación pública, dos canales que puede utilizar la persona informante para «comunicar» infracciones dentro del ámbito material de la misma: el canal interno (o canales internos, ya que pueden existir varios, aunque necesariamente «integrados») y el canal externo.

El primer canal se incluye dentro de lo que la Ley denomina «Sistema interno de información», el cual en el art. 4 se caracteriza por dos notas.

En primer lugar, la Ley introduce este término de «sistema» que no aparece en la Directiva, que quiere expresar la existencia de distintos elementos del mismo y la interconexión existente entre ellos. Por consiguiente, con aquel término se está designando un conjunto de componentes en el que se incluye desde luego el o los canales internos de información, pero en los que se integra también tanto el Responsable del Sistema interno de información al que se refiere el art. 8, como el procedimiento de gestión de informaciones regulado en el art. 9. Por tanto, hay que asumir que el canal interno propiamente dicho es parte de un contexto sistémico en el que también se incluye el elemento subjetivo y procedimental, todo ello desde luego ligado a su vez al elemento dinámico de gestión del sistema. En cuanto tal sistema, se espera que haya una interrelación entre sus elementos, así como determinados *inputs* y *outputs*.

La segunda nota que destacar de lo que se establece en este art. 4 es que este sistema es «interno». Desde luego, más allá de la referencia que de ello tenemos en la Directiva, su delimitación es clara en relación a la otra dos vías de denuncia contempladas por la Ley, esto es y por un lado, la externa, más procedimentalizada y cuyo sujeto responsable es un órgano público —la AAI— y, por otro, la revelación pública, que no tiene apenas pautas procedimentales ni sujeto responsable en el sentido dado a esta responsabilidad en aquellos dos canales, pero que viene definida por el medio usado para la transmisión y el sujeto receptor de la información —«puesta a disposición del público»—.

Es dentro de la ordenación de ese Sistema y de su procedimiento donde podemos encontrar, de una forma un tanto desordenada, por cierto, garantías y derechos referentes a la persona afectada que, como regla general, son especificaciones de los derechos que hemos visto que contempla el art. 39.

Así, en el art. 9 de la Ley dedicado a lo que denomina el procedimiento de gestión de informaciones, establece como un «principio» —la denominación no es legalmente la más adecuada— referente a la persona afectada, su derecho a que «se le informe de las acciones u omisiones que se le atribuyen, y a ser oída en cualquier momento». Por consiguiente, en tanto que la persona afectada sea identificada o identificable en la comunicación, la misma ha de saber —en un plazo no determinado pero que se entiende que debe ser lo antes posible dentro de los tres meses máximo de las actuaciones o de su posible prórroga— que ha sido responsabilizada de

una infracción que se haya en curso de investigación. Bien es verdad que se añade que «dicha comunicación (a la persona afectada) tendrá lugar en el tiempo y forma que se considere adecuado para garantizar el buen fin de la investigación». Pero esta discrecionalidad seguramente no puede llevar a que esta persona afectada no tenga la posibilidad de tener conocimiento de su condición durante la tramitación del procedimiento y que solo se le comunique la resolución final adoptada. En tanto que en el art. 39 de la Ley incluye su derecho a la defensa y a la confidencialidad, hay que entender que este derecho a ser informado no es optativo y que ha de hacerse sin poner en peligro la reserva en la identificación de esta persona informante. Por tanto, hay que entender que ese derecho de esta persona afectada no implica necesariamente conocer la identidad de la persona informante, a menos que o bien esta acceda a ello o bien que, en determinados supuestos, tal identificación sea estrictamente necesaria a juicio del Responsable del Sistema, si la comunicación no ha sido anónima desde luego, y siempre que no se ponga en peligro por la persona afectada la confidencialidad de la identidad de la comunicante. En todo caso, por lo que se refiere a esto último, estamos hablando de aquellos supuestos singulares en los que el derecho de defensa de la persona afectada no pueda ejercerse sin la identificación de la persona informante.

Téngase en cuenta que, como vimos, en el art. 39 se establece un derecho de la persona afectada más amplio de lo que en principio garantiza este «principio» del art. 9.2.f), ya que mientras este último se refiere exclusivamente a ser informado de las infracciones que se le atribuye y a ser oído en cualquier momento, aquel precepto amplía este derecho al establecer también su facultad de «acceso al expediente», si bien subordinado a las condiciones y formas contempladas en la Ley. Hemos de considerar que este derecho de «acceso», como manifestación del derecho de defensa, es, en todo caso, más extenso que no el de ser meramente informado y oído en la tramitación del expediente.

Otro principio trascendente para la persona afectada y que se encuentra en el apartado g) de este art. 9.2, se refiere a la necesidad de que, cuando existan comunicaciones por personas informantes dentro del ámbito material de la Ley según su art. 2, pero que se realicen al margen de los canales internos del sistema, las mismas se reconduzcan por los receptores a aquellos canales. Como protección al respecto para que esta desviación de los canales del Sistema no represente una limitación de los derechos tanto de la persona informante como de la afectada, se establece que deberá garantizarse la confidencialidad de la información que

contenga la comunicación mediante una información/formación específica a los miembros responsables de esos canales extra-Ley 2/2023 para que mantengan esa confidencialidad y realicen la indicada reconducción, con el apercibimiento de que, en caso contrario, su conducta podrá ser sancionada como falta muy grave —art. 63—. Se ha de entender que, si estas personas son laborales o funcionariales, estas faltas deberían estar específicamente tipificadas con esa calificación en los respectivos regímenes disciplinarios.

Aunque la existencia de esos «canales de denuncia» al margen del sistema puede ser el supuesto que el legislador ha considerado en este apartado como más probable, tampoco creemos que deba darse forzosamente la existencia formal de tales canales paralelos, y que este deber de reconducción y de confidencialidad por los receptores deba darse, aunque la información se realice incluso de forma más informal, sin canales preestablecidos. En efecto, como podemos observar en la abundante doctrina en los tribunales laborales en casos de denuncias o reclamaciones de irregularidades, no es infrecuente que la comunicación de las informaciones sobre posibles infracciones por otros directivos o «compañeros de trabajo» se realice ante superiores —normalmente cuando no están implicados en aquellas— de manera informal. Ello se debe en gran medida por la relación de confianza que puede existir entre esas partes y que, a la luz de lo establecido en este precepto de la Ley, debe ser reconducido convenientemente al canal interno, pero limitando estrictamente la difusión de tal información y especialmente de la persona informante y la afectada, para lo cual han de estar sensibilizadas sobre ello y recibir claramente la formación/información a la que alude este precepto.

El principio establecido en el apartado *b)* del art. 9.2 sí se refiere expresa y exclusivamente a la persona afectada, garantizando a la misma tanto el respeto al principio de la presunción de inocencia como a su «honor». Respecto al primer derecho, a la presunción de inocencia, que vimos que se reitera en el art. 39, tenemos que remitirnos a toda la elaboración doctrinal y judicial elaborada respecto al art. 24.2 CE, considerando que tal presunción no es solo un principio general del Derecho, sino un verdadero derecho fundamental, que se aplica por tanto fuera del ámbito judicial o procedimental administrativo, como es precisamente el caso de este procedimiento «privado» que se desarrolla en el seno del canal interno¹².

¹² Sobre este derecho, M. A. PARDO MONTAÑÉS, *La Presunción de Inocencia: Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 1999.

Como es sabido, este derecho es a su vez de estructura plural, en tanto que puede tener tres significados relevantes respecto a la persona afectada: en cuanto garantía básica en el proceso penal, en cuanto regla de tratamiento de la persona imputada durante el proceso, y, en fin, en cuanto regla relativa a la prueba¹³. Desde la perspectiva del procedimiento en el canal interno, estas tres dimensiones son pertinentes, incluyendo especialmente la necesidad de que sea la persona informante la que tenga la principal carga de la prueba en la demostración de la responsabilidad de la persona afectada en la infracción comunicada. Lo cual no quiere decir seguramente que, en la gestión de la información, el Responsable del Sistema o las personas a cargo de tal gestión deban coadyuvar en sus investigaciones y tratamiento de las informaciones suministradas, incluso de manera más fundamental, a la determinación de aquella responsabilidad.

Sin embargo, lo anterior ha de compatibilizarse con la función última de este Responsable, en tanto que la determinación de si los hechos comunicados son o no veraces y si los mismos constituyen o no infracciones en el ámbito de la Ley no ha de corresponder primariamente a la persona informante, sino básicamente de aquel Responsable, sobre el que recae la decisión final en la resolución del expediente —y no sobre el órgano de administración o gobierno de la entidad— de si ha existido o no la infracción alegada por la persona informante y si en ello hay autoría o participación por asociación de la persona afectada.

Una matización sobre el principio de presunción de inocencia ha de hacerse cuando hay personas empleadas en una entidad que están sometidas a su poder disciplinario y, eventualmente acuden en relación a las eventuales sanciones ante la jurisdicción social, y se comprueba su autoría o participación en la infracción. En efecto, hay que tener en cuenta que el principio de presunción de inocencia formalmente considerado no se aplica en sentido estricto no ya en el ámbito sancionador disciplinario, sino ni tan siquiera en el ámbito de aquella jurisdicción cuando se trata de establecer la procedencia o no de una sanción y, especialmente el despido¹⁴.

¹³ Al respecto, M. Á. MONTAÑÉS PARDO y J. M. SÁNCHEZ TOMÁS, «La presunción de inocencia», en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER y M.^a E. CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, t. I, Madrid, AEBOE-Fundación Wolters Kluwer, 2018, pp. 840-859.

¹⁴ Como se recoge recientemente en la STSJ de Asturias de 12 de diciembre de 2023 (n.r. 1505/2023) la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con base en las sentencias del Tribunal Constitucional afirma reiteradamente que «la presunción de inocencia es de aplicación exclusiva en el ámbito del proceso penal, y ello porque “de un lado, el despido no es más que una resolución contractual, y por tanto no conlleva la aplicación del Derecho

Respecto al derecho al honor de la persona afectada¹⁵, en el ámbito laboral se ha desarrollado una amplia doctrina, esencialmente con motivo del contenido y trascendencia pública de la carta de despido, en la cual se establecen normalmente causas de la terminación del contrato que implican valoraciones negativas respecto a la conducta, actitudes o aptitudes de la persona implicada. Tales valoraciones negativas no están vedadas en esa comunicación, siempre que no sean excesivas, desproporcionadas o insultantes, y que no tengan una publicidad innecesaria respecto a terceros fuera del círculo de personas que han de conocer dicha comunicación.¹⁶

Considerando esta doctrina, además de los términos adecuados —no innecesarios, desproporcionados o innecesariamente ofensivos— que pueda utilizar la persona informante en su comunicado, lo esencial parece estribar para la protección del derecho al honor de las personas afectadas en el mantenimiento de la confidencialidad durante el procedimien-

penal y, de otro, en que la consideración por los Tribunales Laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual, no incluye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente”. Y, efectivamente, la finalidad del proceso de despido no es la declaración de culpabilidad del despedido, sino que su objeto, se centra en determinar si ha existido o no una causa justificadora del despido disciplinario realizado por el empleador. Cuando el empresario sanciona con el despido disciplinario el incumplimiento grave y culpable del trabajador, no se halla en juego, en puridad, la inocencia o culpabilidad del trabajador despedido, ni, en consecuencia, la prueba practicada en el proceso laboral debe ir encaminada a destruir la presunción de inocencia garantizada por el art. 24.2 CE, sino, más concretamente debe ir dirigida a justificar el hecho o hechos causantes del despido y su atribución al trabajador. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional a partir de la Sentencia 30/1992, de 18 de marzo, que declara que “debe partirse del alcance específico y en cierto modo restrictivo que el derecho de presunción de inocencia tiene en el ámbito laboral, pues su campo de aplicación natural es el proceso penal (y, por extensión, el procedimiento administrativo sancionador) y, si bien en un primer momento este Tribunal entendió aplicable tal derecho a dicha clase de procesos en tanto en cuanto la jurisdicción laboral ha venido y viene sosteniéndolo, posteriormente ha rectificado y es hoy doctrina uniforme el considerar aplicable la presunción de inocencia exclusivamente en el ámbito del proceso penal”».

¹⁵ Entendido este derecho «como el derecho al respeto y al reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda su titular ser escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás». Al respecto, por ejemplo, en un conocido caso de expulsión del trabajador despedido del grupo de What's up de la empresa, STSJ de La Rioja, de 13 de mayo de 2021 (núm. 64/2021). A veces la jurisdicción escogida para la defensa del derecho al honor es la civil, como puede verse en la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 327/2019, de 30 de septiembre. Sobre esta dualidad de foros, J. M. MORENO PÉREZ, «La protección del derecho al honor en el ámbito de relación laboral: al orden social lo que es del orden social», *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 446 (2020), pp. 167 y ss.

¹⁶ Al respecto, por ejemplo, declarando efectivamente lesionado el derecho al honor por publicidad innecesaria de la sanción disciplinaria sobre los hechos alegados, STSJ de Asturias, de 30 de marzo de 2017 (núm. 726/2017).

to respecto a la identidad de las mismas y, por ende, en dar a la resolución alcanzada la publicidad que sea estrictamente necesaria para el remedio de la infracción en caso de que la misma haya existido.

Recuérdese que afectada también puede ser una persona jurídica, y que nuestro TC le ha reconocido a la misma el derecho al honor¹⁷.

Siguiendo con la aplicación a la persona afectada de los principios establecidos en el art. 9 de la Ley, el establecido en el apartado 2.i) se refiere al respeto a las disposiciones sobre protección de datos personales que se contienen en el título VI de la Ley, que a continuación solo enunciamos en sus apartados más relevantes para el procedimiento del canal interno en cuanto trascendente para los derechos de aquella persona¹⁸.

El art. 29 remite para regulación de los datos personales que deriven de la aplicación de la Ley a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales, y en la Ley Orgánica 7/2001, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detención, investigación y enjuiciamiento de sanciones penales, aparte de lo regulado en el propio título.

Básicamente, toda esta normativa exige, de acuerdo con lo previsto en el art. 17 de la Directiva 2019/1937, que en el canal interno y en el procedimiento de investigación que se desarrolle en el mismo no se recopilen datos personales cuya pertinencia no resulte manifiesta para tratar una denuncia específica o, si se recopilan por accidente, se eliminen sin dilación indebida. Respecto al tratamiento de estos datos personales en los supuestos de comunicación interna, se presume amparado en el art. 6.1.e) del Reglamento (UE) 2016/679 (igual que los datos personales derivados de una relación pública). Para la protección de los datos personales y el ejercicio de los derechos correspondientes, el art. 31.1 de la Ley 2/2023 obliga a informar a los interesados que su identidad será en todo caso reservada y, según dispone expresamente el art. 31.2 de la misma, que no se comunicará a las personas a las que se refieren los hechos relatados ni a terceros, no informándose en ningún caso a la persona a la que se refie-

¹⁷ Vid. M. GARCÍA SILVA, «La protección del derecho al honor de las personas jurídicas en redes sociales. La vía civil y la responsabilidad de las plataformas digitales», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8 (2022); también T. VIDAL MARTÍN, «Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional», *InDret*, núm. 1 (2007).

¹⁸ Sobre el tema, más extensamente, M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, «La protección de datos personales», en J. M. PÉREZ MONGUIÓ y S. FERNÁNDEZ RAMOS (coords.), *El Nuevo Sistema de Protección del Informante*, Madrid, Bosch, 2023, pp. 193 y ss.

ren los hechos relatados (la afectada) la identidad del informante, reconociendo a los interesados el ejercicio de los derechos previstos en los arts. 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679.

Por otro lado, y ello es importante, se establece por el art. 31.4 de que, caso de que la persona afectada ejerza su derecho de oposición, se presumirá, salvo prueba en contrario, que existen motivos legítimos imperiosos que fundamentan el tratamiento de sus datos personales.

El art. 32 relativo precisamente al tratamiento de datos personales en el sistema interno de información establece en el apartado 1 un colectivo limitado de personas que van a tener acceso a los datos personales contenidos en el Sistema interno, incluyendo por tanto la identidad de la persona informante, y que se entiende que tendrán o podrán tener algún tipo de responsabilidad en el Sistema y más concretamente en la tramitación de la comunicación en el canal interno y en la gestión de su procedimiento: responsable del Sistema y quien lo gestione directamente, encargados del tratamiento, delegado de protección de datos —o con responsabilidad en la sanción y corrección de las infracciones que eventualmente se determines—, responsable de recursos humanos para la adopción de medidas disciplinarias si fuera el caso y responsable de los servicios jurídicos para la adopción de medidas legales respecto a los hechos relatados en la comunicación, también si se tuvieran que adoptar. Como puede comprobarse, no se menciona a la representación sindical o unitaria de los trabajadores, que en virtud de lo que después indicaremos respecto a lo dispuesto en el art. 33.2 no parece que puedan tener acceso a los datos en el Sistema interno o en sus canales, menos aún respecto a la identidad de la persona afectada.

Por su parte, y ello es también trascendente respecto a la gestión del canal interno que estamos examinando, el art. 32.2 dispone la licitud del tratamiento de «los datos de otras personas, o incluso su comunicación a terceros, cuando resulte necesario para la adopción de medidas correctoras [...] o la tramitación de los procedimientos sancionadores o penales que, en su caso, procedan». Podría pensarse que, en determinados casos, la implicación de la representación de los trabajadores podría ser necesaria para esta corrección, pero la transmisión de los datos personales, excluyendo las identidades de las personas implicadas en la comunicación interna, solo sería posible bajo la base de la más estricta necesidad y confidencialidad.

Por su parte, el art. 32.4 establece la obligación de supresión de los datos personales, incluyendo por tanto los referentes a la persona afectada, que se contengan en comunicaciones en este canal interno cuando, trans-

curridos tres meses desde su recepción, no se hubiesen iniciado las actuaciones de investigación, salvo, significativamente, que su conservación sea precisamente para evidenciar la efectividad del Sistema.

En fin, el art. 33 trata de asegurar la preservación del conocimiento de la identidad del informante y de las personas afectadas e incluso de terceros mencionados en la comunicación por el canal interno.

V. LOS DERECHOS DE LA PERSONA AFECTADA EN EL CANAL EXTERNO ANTE LA AAI

También en el ámbito del canal externo que se desarrolla a través de un procedimiento administrativo *ad hoc* ante la AAI —o autoridad autonómica competente— podemos identificar distintos preceptos en los que se hace referencia a derechos y garantías respecto a la persona afectada.

Así, el art. 19 de la Ley está dedicado a lo que denomina como fase de «instrucción» dentro del procedimiento del canal externo, que se entiende que se inicia una vez que, tras el análisis preliminar que se desarrolla en el art. 18 en el «trámite de admisión», la AAI ha considerado que pueden darse las infracciones denunciadas, sean de las que se determinan en el art. 2 por el ámbito material de la Ley, sean las tipificadas en el art. 63 y principalmente las resultantes de las represalias a las que han de aplicárseles, caso de verificarse, el régimen sancionador del título IX de la propia ley.

Su objetivo, por tanto, es realizar ya un análisis en profundidad por la AAI dirigido, como nos indica este precepto, «a comprobar la verosimilitud de los hechos» y a confirmar, podemos añadir, que de los mismos se deducen esas infracciones alegadas y que son susceptibles de ser incluidas en el ámbito material de la Ley.

A diferencia de ese art. 18 respecto a la fase de admisión e incluso de lo que a continuación veremos que se desarrolla en la fase posterior de «terminación de actuaciones», lo cierto es que este art. 19 se caracteriza por no establecer un procedimiento pautado y ordenado de esta fase instructora, sino más bien por determinar ciertos derechos y garantías que deben preservarse, en particular respecto a la persona afectada —los derechos y garantías de la persona informante se sistematizan posteriormente en el art. 21—.

En efecto, en primer lugar, este precepto establece en su apartado 2 que la persona afectada ha de «tener noticia» de la instrucción, así como de los hechos relatados en la comunicación, aunque ello, nos añade el pre-

cepto, ha de hacerse «de manera sucinta», aclaración esta última que, considerando los derechos que hemos visto y vemos que se le reconoce a aquella persona, ligados en especial a su derecho a la defensa, tampoco parece muy justificada y pertinente.

Y ello porque, como se añade con posterioridad, a esta persona afectada ha de informársele «del derecho que tiene a presentar alegaciones por escrito y del tratamiento de sus datos personales», lo cual seguramente exigirá, para poder realizarse más rigurosamente, una mayor exhaustividad en la comunicación a aquella persona de los hechos a los que se refiere la comunicación. Ciertamente es que la prevención que tiene la Ley respecto a esta comunicación a la persona afectada es que de la misma pueda derivarse el riesgo de que esta oculte, destruya o altere pruebas, lo que lleva a que la AAI tenga la opción de dejar este trámite de comunicación a cuando se realice el trámite de audiencia, pero esta postergación está más en consonancia con el derecho a la defensa que le reconoce el art. 39 que no el comunicar a la persona afectada una narración de los hechos que, por «sucinta», impida a la misma realizar una alegaciones con suficiente conocimiento de los mismos.

Lo que sí establece la Ley es que, en ningún caso, esta comunicación a la persona afectada puede llevar a la identificación directa o indirecta de la persona informante o que se le dé acceso a la comunicación en sí formulada por esta, precaución esta última sin duda tendente a evitar que de la misma esta persona informante pueda ser identificada por la afectada. Pero lo anterior no parece que imponga forzosamente la narración suscita de los hechos que ponga en peligro el derecho constitucional a la defensa de la persona informada.

De nuevo, y a nuestro entender de modo igualmente injustificado e incorrecto, se establece a continuación en este mismo precepto que a la persona afectada se le ha de dar noticia con «sucinta relación» de los hechos investigados, aunque el precepto predica esta notificación de la «comunicación». Sin embargo, hay que entender que esta noticia adicional a la persona afectada por la AAI se refiere más bien a cómo se está desarrollando la investigación sobre los hechos alegados en la comunicación, ya que de la comunicación en sí y de los hechos alegados en la misma acabamos de ver que ha de haberse notificado con anterioridad con base en lo previsto en el párrafo anterior de este precepto 19. También se reitera que esta información a la persona afectada sobre el desarrollo de la investigación puede postergarse a la fase de audiencia por las mismas razones del posible retraso en la comunicación inicial a la persona afectada ante la

eventualidad de ocultación, destrucción o alteración de pruebas, lo cual ha de interpretarse igualmente de forma restrictiva para no poner en riesgo el derecho a la defensa de la persona afectada.

Este acto de trámite de audiencia al que reiteradamente se nos indica que pueden postergarse aquellas notificaciones a la persona afectada es el que se contempla en el apartado 3 de este art. 19, que es adicional a la formulación de las alegaciones por la persona afectada, pero que parece que no ha de darse obligatoriamente, en tanto que ese trámite se condiciona a «que sea posible». Hay que entender, de nuevo, que solo muy excepcionalmente debe ser «posible» evitar este trámite de audiencia, y ello con base en la garantía del derecho a la defensa de la persona afectada que se indica en este mismo apartado del art. 19.

En consonancia a este derecho a la defensa y a que, como se indica expresamente, en este trámite de audiencia ha de respetarse «siempre» el «absoluto respeto a la presunción de inocencia», la regla general es que se ha de invitar a la persona afectada a «exponer su versión de los hechos y a aportar aquellos medios de prueba que considere adecuados y pertinentes». Precisamente por este contenido tan trascendental del trámite de audiencia para la preservación del derecho de defensa de la persona afectada es por lo que indicamos que solo muy excepcionalmente puede obviarse por la AAI.

También como garantía de este derecho, el mismo apartado reconoce a la persona afectada su acceso al expediente, aunque no se indica exactamente cuándo, debiéndose entender que ha de ser antes o después de ese trámite de audiencia, y siempre que no pueda con ello identificarse a la persona informante.

También como consecuencia de esa garantía, aunque de una forma un tanto desordenada y ambigua respecto a cuándo, se va a indicar el derecho de la persona afectada a «ser oída en cualquier momento», se entiende que con independencia del anterior momento más formal del trámite de audiencia con aquel contenido que hemos indicado. De la misma forma y con base en el derecho a la defensa, solo razones excepcionales pueden llevar a que la AAI deniegue este derecho de la persona afectada a ser oída durante toda esta fase de instrucción.

A pesar de la redacción también ambigua del precepto, la posibilidad que prevé de que la persona afectada pueda comparecer asistida de abogado parece que ha de predicarse no solo de estos momentos posteriores en los que tal persona «sea oída», sino desde luego en aquel trámite de audiencia, ya que no tendría sentido que se predicara de los primeros y no del segundo.

El apartado 4 de este precepto no solo reconoce la consideración de agentes de autoridad a los funcionarios de la AAI que desarrollen las investigaciones propias de esta fase de instrucción, sino que, lo cual es también trascendente para la persona afectada, le recuerda su obligación de guardar secreto sobre las informaciones a las que tengan acceso en esas funciones investigadoras, debiéndose recordar que el art. 63.1.d), que también se aplica a personas físicas como es el caso de aquellos agentes, considera como infracción muy grave «vulnerar el deber de mantener secreto sobre cualquier aspecto relacionado con la información».

Como indicábamos al inicio de este apartado, en este precepto dedicado a la instrucción se hace una consideración particular a los derechos de la persona afectada, consideración que, aunque ceñida al canal externo, sin duda puede servir de referencia a los derechos de esta persona en el canal interno, aunque en ambos canales va a ser el art. 39 el que sirva de contexto esencial a esos derechos de dicha persona.

El art. 21 va a establecer una sistematización muy relevante sobre los derechos y garantías de la persona informante en este canal externo, y más concretamente ante la AAI, abarcando para ello todas las fases en las que se ordena el procedimiento de este canal y que, en algunos casos, es una reiteración de lo indicado ya en aquellas. De nuevo, aunque tales derechos están referidos al canal externo, sin duda pueden servir también de referencia a los que deben respetarse en el seno del Sistema/canal interno, pero igualmente, y de ahí su trascendencia a nuestros efectos, son trascendentes para la persona afectada, en tanto que el art. 39 nos habla como vimos que esta tendrá derecho «a la misma protección establecida para los informantes».

De esta forma, por ejemplo, el primer derecho que se establece en dicho art. 21 es el de realizar la comunicación de forma anónima o no anónima, estableciendo que en este segundo caso ha de extremarse la garantía de reserva de la identidad de la persona informante, de modo que esta no se revele a terceras personas. A esta limitación respecto al acceso a los datos personales, especialmente de la identidad de la persona informante, se refiere el art. 33 de la Ley, aunque este precepto también aplica esa garantía a la persona afectada, al igual que establece respecto a este canal externo el deber más general de «contar con medidas técnicas y organizativas adecuadas para preservar la identidad» de las personas informantes, afectadas y cualquier otra que pueda verse mencionada en la información.

El art. 21 en su apartado 5.º determina el derecho de la persona informante a que la comparecencia ante la AAI no tenga que ser física, sino que

pueda ser telemática, siempre que en esta modalidad se preserve la identidad de tal persona y sea segura y fiable. Esta posibilidad de comparecencia telemática no se prevé respecto a la persona afectada, aunque nada parece impedir en principio que pueda solicitarse por la misma, siempre con estas mismas garantías de confidencialidad, seguridad y fiabilidad. Por cierto, que, aunque no se menciona en el título II, no parece existir obstáculo alguno para que esta posibilidad de comparecencia telemática también se predique para ambas personas en el ámbito del canal interno, siempre manteniendo esas garantías.

VI. REFLEXIÓN FINAL

Ya indicábamos al principio de este análisis que la finalidad esencial de la Ley 2/2023, como su propio título nos indica y el art. 1 nos reitera, es la protección de la persona que informa sobre infracciones normativas. Sin embargo, esa indiscutible prioridad no debe obstar para que no se considere en toda su extensión e importancia la tutela que tanto la Ley como la Directiva dispensan a aquellas personas que se ven «afectadas» por las comunicaciones realizadas por esas personas informantes al señalarlas como autores o partícipes en la comisión, por acción u omisión, de tales infracciones.

En este sentido, y muestra de esa relevancia, la Ley va a especificar esa protección no solo estableciendo los derechos de presunción de inocencia, de defensa, de acceso al expediente o de confidencialidad en un art. 39 ubicado significativamente en un título VII que se declara como «clave» por la propia ley, sino también individualizando la aplicación de esa protección en la tramitación de las comunicaciones en las distintas fases en las que se estructuran procedimentalmente los canales interno y externo. Lo anterior se lleva por el mencionado art. 39 hasta el punto de reconocer a la persona afectada la «misma protección» que se le reconoce a la persona informante, aunque ya hemos indicado que tal equiparación conoce necesariamente límites en la propia ley.

Por tanto, la misma eficacia —y credibilidad— para la defensa del Estado de Derecho que esta trascendental norma quiere promover va a exigir que la ley pueda delimitar el uso correcto de sus vías de comunicación de infracciones de aquella eventual utilización abusiva, fraudulenta e ilícita de las mismas que pueda atentar injustificadamente a los derechos constitucionales de las personas que se vean «afectadas» por alegaciones infundadas de ser infractoras.