

CORRUPCIÓN, DENUNCIAS INTERNAS Y ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL SISTEMA INTERNO DE INFORMACIÓN CREADO POR LA LEY 2/2023

DE 20 DE FEBRERO, REGULADORA DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES NORMATIVAS Y DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.



Alejandro Cabaleiro

Fiscal de la Fiscalía especial contra la corrupción y la criminalidad organizada

Aunque la corrupción no existe como tipo delictivo autónomo, no cabe duda de la importancia del concepto en nuestros días. Quizá pueda sorprender, no obstante, que no fue hasta hace relativamente poco tiempo cuando se comenzó a mostrar preocupación legislativa por su regulación. Así, desde la inicial Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003, es mucho lo que se ha avanzado.

Ello podría resultar extraño, pues parece evidente que desde el origen de las civilizaciones muchas de las conductas consideradas como corrupción, han sido perseguidas y sancionadas. Se trata de un fenómeno a nivel global e intergeneracional que, desde la normativización en el ámbito internacional asociado a conductas delictivas graves y muy perjudiciales para la sociedad, ha ido calando



en un espacio normativo que ya estaba interiorizado en el general de las sociedades.

Mucho se ha escrito y hablado con relación al moderno derecho penal y a la ampliación de su campo de protección, con la aparición de los delitos de tercera generación vinculados al campo tradicional del derecho administrativo sancionador. Las difíciles fronteras entre uno y otro, los tradicionales problemas de delimitación tanto formal como material, se reproducen en el ámbito de la corrupción, su consideración y entendimiento. Todas las sociedades tienen una noción más o menos nítida de las conductas reprochables, socialmente aceptadas y permitidas, tanto desde una perspectiva moral como jurídica no siempre coincidentes.

Si entendemos la noción de función pública como servicio público de acuerdo con unas pautas objetivas, presidido por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, podría decirse que corrupción debería ser todo aquello que infringiese tales presupuestos, tanto desde un punto de vista interno como externo. Sin embargo, tal visión conlleva el inevitable inconveniente del sesgo propio de las personas que participan en tales funciones.

La noción de sesgo, de carácter psicológico, no puede ser desatendida. Cada persona tiene una forma diferente de enfrentarse, o de visualizar lo correcto y lo incorrecto, desde sus propias vivencias (educación, familia, experiencias previas etc.) marcan las pautas personales. Ello tiene una notable importancia en un país, como el nuestro, en el que las fronteras entre "corruptelas" / "corrupción administrativa" y "corrupción penal" no siempre son claras, o al menos, no siempre son entendidas desde la misma perspectiva por las diferentes personas llamadas a intervenir desde diferentes ámbitos en un expediente.

Graduación, desde las conductas socialmente aceptadas hasta las delictivas: Desde una perspectiva moral, podríamos partir del máximo por todos conocidos de que "la mujer del César no sólo tiene que ser honesta, sino también parecerlo", pues tal expresión encuentra un acercamiento, vulgar pero interesante, a la materia y, seamos claros, es ampliamente rechazado por muchas personas, pues nos llevaría a aceptar que corrupción no es solo la representada por grandes hechos delictivos, sino que también existe en conductas mucho más nimias a los ojos de muchas



personas. La teoría general del derecho recurre a un concepto más elaborado. Así, se alude a las conductas socialmente aceptadas, aplicadas a regalos de cortesía para declarar atípicas las mismas. Regalos, favores o dádivas que se pueden ofrecer a un empresario o a un funcionario público y que, aún aceptadas, se considera que no revisten carácter delictivo.

Siendo el anterior el primer escalón de la corrupción, el mismo asciende con conductas difusas que en algunos casos han llegado a aceptarse a pesar de su no menor coste económico. Así por ejemplo se encuentra dentro de ese campo oscuro la invitación al palco de un estadio de fútbol, a pesar del alto valor económico que puede suponer.

Siguiendo con la graduación, nos encontramos la corrupción prevista en las normas de derecho privado (civil), nueva muestra de conductas que pese a poder ser definidas dentro del concepto general no encuentran sanción penal.

Finalmente, como eslabón más alto, nos encontramos con la definición de corrupción a efectos penales, o sancionadores¹.

¿Cómo es posible que en el estado actual del desarrollo humano pueda seguir tal graduación de ámbitos? ¿Cómo es posible que no se haya podido definir la corrupción como tipo delictivo autónomo? Responder a estas preguntas no es el objeto de este artículo, pero aquí quedan al objeto de que puedan ser ob-

¹El CGPJ especifica en su página web (www.poderjudicial.es/cgpj/Temas/Transparencia/ch.Repositorio_de_datos_sobre_procesos_por_corrupcion/Informacion-general/) que "Se consideran delitos relacionados con la corrupción a los efectos de este repositorio":

- Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función Arts. 439, 441, 442 y 443 CP
- Malversación. Arts. 432, 433, 434 y 435 CP
- Cohecho. Arts. 419, 420, 421 y 422 CP
- Prevaricación de funcionarios públicos. Arts. 404, 405 y 408 CP
- Ordenación del territorio, urbanismo y patrimonio histórico. Arts. 320 y 322 CP
- Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos. Arts. 413, 414, 415, 416, 417 y 418 CP
- Tráfico de influencias. Arts. 428, 429 y 430 CP
- Fraudes y exacciones ilegales. Arts. 436, 437 y 438 CP*

jeto de reflexión por parte del lector.

Necesariamente he de dejar al margen las cuestiones relativas a la posible corrupción de las conductas socialmente aceptadas y a corrupción en asuntos civiles, como son por ejemplo los casos de "puertas giratorias" pues, por más que desde la perspectiva moral subjetiva puedan ser definidas como corrupción, lo cierto es que en nuestro sistema no son ilegales, ni pueden dar lugar al inicio de una investigación que, de hacerlo, con casi toda probabilidad sería declarada prospectiva.

Precisamente esto nos ha de llevar a plantearnos, **cuáles son los requisitos básicos esenciales que permiten iniciar una investigación sin riesgo a ser declarada prospectiva.** Una cuestión de primer orden sobre la que merece la pena realizar alguna consideración, pues precisamente la primera actuación de una causa judicial resulta trascendental a la hora de valorar su idoneidad.

Pues bien, lo primero que puede llamarnos la atención es que, como tal "investigación prospectiva", no es una figura que se encuentre regulada en ninguna norma positiva. Ni la ley orgánica del poder judicial, ni la ley de enjuiciamiento criminal aluden a ella. Desde un punto de vista estrictamente etimológico, prospectivo es un adjetivo que se define como "que hace referencia a un tiempo futuro", a partir de tal concepto, y según en el campo en el que nos movamos o sobre el que lo apliquemos, implica cosas diferentes, pero siempre marcadas por la esencia del "análisis futuro". Una investigación será prospectiva cuando lejos de perseguir un hecho delictivo concreto, tenga por exclusiva finalidad indagar la conducta o actividad de una o varias personas que se presumen peligrosas o potenciales delinquentes atendidos sus antecedentes o su forma de vida, actual o pasada (vid. SSTS 795/2016, de 25 de octubre; 144/2015, de 13 de octubre; 288/2013, de 22 de marzo; 174/2001, de 26 de julio). En palabras de la STC 184/2003, de 23 de octubre, se consideran prospectivas aquellas investigaciones que se sustenten «en meras hipótesis o en la pura y simple sospecha», es decir, que no cuenten con un mínimo fundamento objetivo y material susceptible de eventual verificación.

Es decir, una investigación será prospectiva cuando no exista prueba ni indicio alguno delictivo, de forma que se inicie la investigación a los efectos, no de investigar un hecho delictivo conocido a priori, sino que para averiguar si el mis-

mo existe, sin más apoyo externo que, en el mejor de los casos, la intuición o la exigencia moral. Por poner el caso, la mera existencia de "una puerta giratoria" no es indicio alguno, e iniciar una investigación por el convencimiento moral de que tal conducta obedece a algún pacto o favor, previo o posterior, sería prospectivo. Cuestión diferente es recibir una denuncia (aunque fuese anónima) en que se afirmarse que tal autoridad pública mantuvo una reunión con un promotor inmobiliario y acordaron que, si la autoridad conseguía recalificar unos terrenos, posteriormente, cuando dejase su puesto público, sería contratada como asesor o nombrado miembro del consejo de administración. Tal supuesto, es igualmente "una puerta giratoria" más la existencia del indicio que constituye la denuncia inicial, permite iniciar la investigación.

Puede considerarse, por qué no, que **el carácter prospectivo en el ámbito del derecho penal constituye una injustificada limitación en la lucha contra la corrupción**, más ello sólo podrá ser argumentado en ámbitos académicos o teóricos; pues tanto la doctrina penalista como la jurisprudencia mantienen una postura ya consolidada que enlaza la prohibición del carácter prospectivo en las investigaciones con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Esta postura garantista supone de facto que la lucha contra la corrupción, entendida como globalidad, parta, desde su origen, con una limitación procesal no menor, aunque en algunos ámbitos, especialmente vinculados a la corrupción económica (blanqueo de capitales y delitos tributarios esencialmente) **existe, como respuesta a esa limitación, la solución administrativa idónea que permite al amparo de la actividad de supervisión administrativa realizar inspecciones o investigaciones sin necesidad de que existan previos indicios infractores.** Así, cuando la AEAT, inicia un plan anual de inspección sobre ciertas actividades o profesiones liberales, lo hace al amparo de la supervisión en la gestión de los tributos y si como consecuencia de ello se aprecia la existencia de un delito fiscal, debería deducir el tanto de culpa a la jurisdicción penal sin que ello implique inicio prospectivo.

Sin embargo, en otros muchos ámbitos relacionados con la corrupción, no existe tal actividad de supervisión administrativa, con lo cual los inicios en las investigaciones pueden verse más comprometidos. Es precisamente en ese campo,

donde cobra especial relevancia la idea de protección al denunciante, a la que el derecho procesal penal tradicional, venía dando respuesta (y sigue) a través de la figura del testigo protegido.

Leyendo la exposición de motivos de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 diciembre, que regula la Protección a Testigos y Peritos en causas criminales, como los considerandos de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, como la exposición de motivos de la reciente Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, se advierte que la justificación subyacentes a tales normas es la misma, a saber, tratar de salvar las reticencias de los ciudadanos a colaborar con las autoridades ante el temor de sufrir represalias.

Una vez comprobado que **el deber general de denunciar que tiene toda persona que presencia la perpetración de un delito** (ex artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretado más taxativamente en el artículo 262 de la misma norma cuando se trate de personas que "por razón de sus cargos, profesionales u oficios tuvieren noticia de algún delito público, salvando las expresiones exclusiones que al respecto se establecen para determinadas personas en los artículos 260 y 261), **no ha resultado efectivo, básicamente por el temor a represalias**, las normas citadas (ley de protección de testigos, Directiva y Ley de transposición) tratan de dar una solución práctica al problema, a través del diseño de un sistema que aleje el riesgo o temor a esas temidas represalias, intentando, con ocasión de la invocación de principios éticos y de gobernanza, implementar un sistema que cree o establezca la idea o sentimiento general en la sociedad de que, se deben denunciar aquellas conductas que revistan caracteres de delito o sanción administrativa, al tiempo que se garantiza que ello no va a implicar repercusiones en la vida del denunciante, ni de sus familiares, allegados, colaboradores o empresas.

Un estado de social y democrático de derecho no puede conformarse con la obligación formal de denuncia, al igual que no puede pretender hacer del denunciante un héroe civil, que expone su vida cotidiana, su tranquilidad personal, familiar y económica, sin ningún reparo. Vivir en sociedad implica deberes, pero también implica derechos, y una sociedad adulta no puede exigir los primeros y

desatender los segundos. En tal sentido, podría decirse que el clima, o sensación generalizada existente, era precisamente ese. Toda persona que, presenciase un delito, o tuviese conocimiento de prácticas irregulares, tanto si provenían del sector público, como -y con más peso- si venían del sector privado, se exponía (y expone) al dilema de cómo actuar.

Sin entrar en consideraciones de tipo jurídico, ¿puede realmente reprochársele a una persona que, ante la situación descrita, decida "mirar para otro lado" antes de proceder a poner los hechos en conocimiento de las autoridades si la perspectiva es de desamparo ante las posibles represalias?, con el agravante de que, en la mayoría de los casos, tales represalias no serán directas, sino que se enmascararán como decisiones de tipo organizativo, económico o discrecional en muchos casos totalmente legales y previstas por la ley. **La Ley Orgánica de Protección de Testigos** no es sólo que no resolviese el problema, es que ni tan siquiera se planteaba al mismo. La idea o espíritu de tal norma, tiende a una protección *ad intra* del procedimiento, descontextualizado del día a día del denunciante. Se pretende garantizar el anonimato del denunciante durante el proceso penal, de forma que se pueda instruir un procedimiento recabando información de este al tiempo que la persona investigada desconozca la concreta fuente de la información. Ello hace que la ley exija una decisión judicial que declare tal protección tras analizar las concretas circunstancias, de conformidad con lo que establecen sus artículos primero² y segundo³. Determinada su idoneidad, la propia ley no establece un marco concreto que nos diga en qué ha de consistir la protección, delegando en el juez las medidas idóneas en cada caso, que pueden llegar "en casos excepcionales" a otorgársele una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo, de conformidad con el párrafo segundo del artículo tercero⁴.

Lógicamente, en el ámbito del derecho procesal penal de un Estado de Derecho, tales medidas han de resultar igualmente compatibles con el derecho de defensa y ello, sobre la primacía de este último, manifestada en el derecho a conocer, llegado el momento procesal oportuno la identidad del testigo protegido. Al respecto, la ley dice en el apartado tercero de su artículo cuarto que: "Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional,

acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta ley" de tal forma que la clave se halla en la necesidad de que la petición sea motivada y la posterior decisión del Tribunal al respecto y que, desde la perspectiva práctica general, ha sido tratado en múltiples resoluciones, así la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia, constituida básicamente por la STS 38/2019, de 15 enero, que condensa la contenida en otras anteriores, y que ha sido reproducida posteriormente, entre otras, en SSTS 422/2020, de 23 de julio; 580/2021, de 1 de julio; y la 155/2022, de 22 de febrero. Como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo nº 575/2022 de 9 de junio esta postura jurisprudencial se conforma "a partir de las pautas que progresivamente han ido asentando el TEDH (especialmente en las SSTEDH recaídas en los casos Kostovski, de 20 de noviembre de 1989 ; Windisch, de 27 de septiembre de 1990; LUDI, de 15 de junio de 1992; Doorson, de 26 de marzo de 1996; Van Mechelen, de 23 de abril de 1997; Wissler, de 14 de febrero de 2002; Birutis, 28 de marzo de 2002; Taal, de 22 de noviembre de 2005; Al-Khawaja y Tahery, de 15 de diciembre de 2011; Hümmel, de 19 de julio de 2012 ; Gani, de 19 de febrero de 2013) y el Tribunal Constitucional (esencialmente a partir de las SSTC 64/1994, de 28 de febrero (EDJ 1994/1761) y 75/2013, de 8 de abril). Y proyectada desde la perspectiva del derecho a un juicio público con todas las garantías consagrado en el artículo 24.2 CE, que a su vez es analizado desde una triple vertiente de exigencias: publicidad, contradicción e igualdad de armas".

Siendo la Jurisprudencia conocida, **la cuestión práctica que toda persona se planteaba a la hora de proceder o no a denunciar, es que no tenía seguridad de que su identidad, finalmente no fuera desvelada al denunciado.** Como se expone en la Sentencia nº 12/2022, del 6 de octubre, de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en su fundamento de derecho segundo, punto séptimo: "Donde se produce la discrepancia es en la forma de aplicar la doctrina jurisprudencial a este caso y en el cumplimiento de los requisitos que debe reunir la declaración del

testigo protegido para su eficacia. En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, para poder erigirse en prueba de cargo, la declaración del testigo protegido debe reunir tres concretos requisitos. El primero de ellos que la protección haya sido acordada por el órgano judicial en una decisión motivada en la que se hayan ponderado razonablemente los intereses en conflicto; el segundo, que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio; y el tercero, que la declaración del testigo protegido concorra acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia. Para el recurrente estos requisitos, pese a lo que se indica en la sentencia recurrida, no se cumplen, mientras que para el ministerio fiscal se cumplen y solicita en su escrito de oposición al recurso la confirmación de la sentencia".

² 1. Las medidas de protección previstas en esta ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales. 2. Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

³ Apreciada la circunstancia prevista en el artículo anterior, el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones: a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave. b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal. c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

⁴ 2. A instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso, o si, una vez finalizado éste, se mantuviera la circunstancia de peligro grave prevista en el art. 1.2 de esta ley, se brindará a los testigos y peritos, en su caso, protección policial. En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo. Los testigos y peritos podrán solicitar ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales y durante el tiempo que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado.

La conclusión es que **el denunciante no podía prever ex ante si finalmente su identidad sería revelada**, o no. Ningún operador jurídico (policía, fiscal o juez de instrucción) puede garantizarle tal hecho, pues lo única certeza es que una vez la causa llegue al Tribunal encargado del enjuiciamiento, será éste el que decida si desvelar o no la identidad del denunciante.

Bajo la esfera de la reciente ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, la cuestión que nos planteamos es si la misma ha modificado el sistema.

Pues bien, respecto al ámbito material de aplicación, la ley, siguiendo a la Directiva⁵, se limita a señalar en el apartado segundo de su artículo segundo que *“Esta protección no excluirá la aplicación de las normas relativas al proceso penal, incluyendo las diligencias de investigación”*, sin que la exposición de motivos aclare nada más, por lo que se desprende que existe un régimen de compatibilidad. La misma, resulta lógica en cuanto a la evitación de represalias y medidas destinadas a ello, no en el resto, en la medida que la ley de protección de testigos no se modifica.

Así las cosas, cuando un denunciante efectúe la denuncia a través de los mecanismos que prevé la ley, si los mismos son indiciariamente constitutivos de infracción penal, el denunciante quedará bajo el amparo de protección tanto de la nueva ley como de la de protección de testigo, claro está, en función de lo dispuesto en las mismas, ya que hay cuestiones, como la relativa al anonimato, en los que las disposiciones a aplicar serán las previstas en la normativa procesal y, en lo que no resulta incompatible con esta, lo dispuesto en la nueva ley. Es decir, un denunciante, a efectos de la entidad para la que trabaja, seguirá siempre gozando de la protección de la nueva ley, incluso respecto de la obligación de no revelar sus datos, pero ello no impedirá que, a efectos del proceso penal, la persona o personas denunciadas, puedan llegar a conocer su identidad de conformidad con lo que dispone la ley de protección de testigos.

Tal solapamiento de normativas, no solo se produce con relación a la protección del denunciante, también afecta al momento en que los hechos objeto de denuncia deban de ser conocidos por el Ministerio Fiscal.

Tanto si se recurre al “cauce preferente” del sistema interno, como si se hace a través del canal externo de información de la autoridad Independiente de protección del Denunciante, A.A.I., la ley prevé una remisión de actuaciones al Ministerio Fiscal o a la Fiscalía Europea, con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito y, en el segundo caso, afecten a los intereses financieros de la Unión Europea. Como cláusula de cierre, dentro de la actuación de la A.A.I. se prevé, como forma de terminación de las actuaciones, la “remisión al Ministerio Fiscal si, pese a no apreciar inicialmente indicios de que los hechos pudieran revestir el carácter de delito, así resultase del curso de la instrucción. Si el delito afectase a los intereses financieros de la Unión Europea, se remitirá a la Fiscalía Europea”.

El Sistema Interno de información, previsto en la ley como el cauce preferente para denunciar, aunque dejando a criterio del denunciante la decisión de utilizarlo o no, en función de las consideraciones que el mismo pueda tener sobre el grado de seguridad que en cuanto a la confidencialidad de sus datos y protección le trasmite el sistema, en las cuales no vamos a detenernos.

Si merece la pena dejar planteadas algunas cuestiones con relación a las llamadas de investigaciones internas, cuya tramitación, deberá de encontrarse fundamentada en los principios de defensa y no auto incriminación.

La cuestión anterior no es baladí, seguramente sea la cuestión más crítica de la nueva regulación. En este punto, conviene señalar la especial importancia que conlleva que la información sea sobre hechos indiciariamente pudieran ser constitutivos de delito, y ello a efectos de alertar de que la aplicación práctica del sistema no debiera revertir el orden natural del proceso. “Indicio”, conforme el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es “1. Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido”, “2. Cantidad pequeñísima de algo, que no acaba de manifestarse como mesurable o significativa” y que, trasladado al ámbito del proceso penal implica “indicios de criminalidad” entendidos como aquellos hechos que, sin constituir prueba directa sobre los mismos, aportan datos constatables con prueba directa de los que pueden inferirse la existencia de un delito.

La importancia del precepto cobra es-

pecial relevancia en aquellos supuestos en los que la información verse sobre hechos susceptibles de ser considerados tanto delito como infracción administrativa grave o muy grave, pues existen otros en los que no existirá posibilidad de duda alguna. Así, si la información consiste en que otro empleado ha accedido a la taquilla de un compañero violentando el candado, no cabe duda de que se tratará de un posible delito de hurto o robo, y deberá ser inmediatamente remitida la información a la Fiscalía sin iniciar proceso alguno de investigación. Por el contrario, en otros casos, como por ejemplo, una información en que el empleado traslada su opinión o creencia de que la contabilidad de la empresa es llevada de manera contraria a la normativa contable, no será fácil determinar inicialmente si la información debe ser considerada como presuntamente constitutiva de delito contable o infracción administrativa grave o muy grave, debiendo de analizarse por el responsable del sistema interno de información la relevancia indiciaria y el contenido de la información. Así, mientras que en casos de información general sobre malas prácticas contables será imposible determinar si existe presuntamente un delito o no y lo procedente será abrir una investigación interna, en otros, donde se acompañen pruebas concretas del falseamiento de datos contables, indiciarios de una conducta presuntamente delictiva, si procederá dar traslado al Ministerio fiscal.

Entiendo que, la correcta interpretación que debe de dársele a esta remisión al Ministerio Fiscal es la de una visión amplia, de forma que el responsable del sistema ponga los hechos en conocimiento de la Fiscalía desde el primer momento y, si ésta, rechaza la relevancia penal de la información, pueda entrar en juego -en su caso- la actividad de investigación interna. Tal interpretación, amén de ser la seguida en otras normativas, es la que resulta más garantista para todos los implicados o afectados por los hechos por cuanto la fiscalía deberá de incoar diligencias de investigación de

⁵ Artículo 3.3 “La presente Directiva no afectará a la aplicación del Derecho de la Unión o nacional relativo a: a) la protección de información clasificada; b) la protección del secreto profesional de los médicos y abogados; c) el secreto de las deliberaciones judiciales; d) las normas de enjuiciamiento criminal”. Y, en su considerando (28) establece que “Si bien la presente Directiva debe de establecer, en determinadas condiciones, una exención limitada de responsabilidad, incluida la responsabilidad penal, en caso de violación de la confidencialidad, ello no debe afectar a las normas nacionales relativas al proceso penal, especialmente las destinadas a proteger la integridad de las investigaciones y procedimientos o los derechos de defensa de las personas afectadas”.

conformidad con su Estatuto Orgánico y actual Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2022. Por una parte, es la más garantista para el denunciado, en caso de encontrarse identificado, pues la circular establece que sin perjuicio de su condición extraprocésal (vid. SSTS 1394/2009, de 25 de enero; 228/2013, de 22 de marzo; 980/2016, de 11 de enero de 2017), las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal se caracterizan por su naturaleza penal. Su objeto y efectos no permiten alcanzar otra conclusión. Esta conceptualización justifica la directa aplicación de las garantías reconocidas por el art. 24 CE y, en particular, de los derechos de defensa, asistencia letrada, información de los hechos imputados, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia y, en definitiva, a un proceso público con todas las garantías; igualmente es la más aconsejable para la propia entidad, pues con ello evitará verse en la posible complicada posición de autoincriminación, ya que si no se ha desplegado actividad de investigación interna, no existirá la más que problemática cuestión de si el resultado de toda esta investigación ha de ser trasladado al Ministerio Fiscal en caso de que se llegué a la conclusión de que los hechos presuntamente son constitutivos de delito o de si, a requerimiento de un órgano judicial o fiscal, se debe de atender la remisión o no, siempre, claro está, que sea ex ante de la posible consideración de la propia persona jurídica como investigada dentro del mismo. Y, finalmente, desde la perspectiva del informante, éste no verá afectada en nada su posición.

En relación con esta cuestión, cabe plantearse también cuál será la responsabilidad del responsable del sistema interno de información en aquellos casos en que, recibiendo una información sobre hechos indiciariamente constitutivos de delito, opte por realizar una investigación interna con carácter previo a su remisión a la Fiscalía.

La primera cuestión que debe de abordarse es la relativa a que la información claramente sea de hechos presuntamente constitutivos de ilícito penal. En este supuesto el responsable del sistema estaría incumpliendo la obligación de remisión inmediata que establece la ley. En tal caso, la primera cuestión a valorar es la posible responsabilidad penal del mismo, pues el delito de encubrimiento sanciona, con penas de prisión de seis meses a tres años, a: el que, con conocimiento de la comisión

de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniera con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: 1.º Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio. 2.º Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento. 3.º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey o de la Reina o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina

consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe o de la Princesa de Asturias, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos. b) Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave. (artículo 451 CP).

En palabras de la STS núm. 67/2006, de



7 de febrero, serán elementos comunes a todas ellas: a) la comisión previa de un delito; b) un segundo elemento de carácter normativo, como es el no haber intervenido en la previa infracción como autor o como cómplice, puesto que tanto el autoencubrimiento como el encubrimiento del copartícipe son conductas postdelictuales impunes; y c) un elemento subjetivo, consistente en el conocimiento de la comisión del delito encubierto, lo que se traduce en la exigencia de un actuar doloso por conocimiento verdadero de la acción delictiva previa, lo que no excluye el dolo eventual, que también satisface tal requisito y cuya concurrencia habrá de determinarse, en general, mediante un juicio de inferencia deducido de la lógica de los acontecimientos. En similares términos se pronuncia la STS núm. 178/2006, de 16 de febrero». (STS 2ª 29-1-13).

De ello se deriva que el núcleo esencial para valorar su posible responsabilidad penal partirá del grado en que se pueda afirmar el conocimiento de la comisión de un delito, pues no cabe duda que, en la mayoría de supuestos, nos encontraríamos ante un conocimiento por referencia; más no cabe descartar que, en aquellos casos, en que la información sea claramente reveladora de la comisión de un delito, con pruebas de ello, si el responsable del sistema no cumple con la obligación de remisión inmediata y, frente a ello, decide abrir una investigación interna podría estar cometiendo un delito de encubrimiento.

A partir de ahí, lógicamente, habrá de determinarse en qué consiste la investigación interna y como finaliza la misma, pues siempre es posible que, una vez realizada, ponga los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal con lo cual, habrá retrasado la remisión, pero no intervenido de forma sustancial a los efectos del encubrimiento. Cuestión distinta es si, tras dicha investigación, se seleccionan pruebas ocultando algunas, pues en tales supuestos, aunque posteriormente se remitan los hechos al Ministerio Fiscal, se podría haber cometido el delito.

Tales supuestos tendrán especial complejidad cuando la información que se comunique, más allá de una posible implicación delictiva de la persona denunciada, conlleve una eventual responsabilidad penal de la persona jurídica, pues se adentra en el difuso campo de la colisión de regulaciones. Por una parte, la empresa tendrá en la mayoría de los casos un sistema de cumplimiento nor-

mativo a efectos del artículo 31.bis del CP y, por otro, consecuencia de la nueva ley, tendrá implantado el sistema interno de información, pudiendo, además, coincidir en la misma persona la responsabilidad de ambos sistemas. Entiendo al respecto que lo más favorable para tal responsable, en tales casos, será la remisión inmediata al Ministerio Fiscal, pues ello conllevaría evitarse problemas de autodenuncias. Si la remisión es inmediata, sin practicar actuación de investigación alguna, se estará cumpliendo con una obligación legal, actuando como un mero cauce de transmisión entre el informante y el Ministerio Fiscal, será una traslación de la voluntad del informante al órgano competente a efectos de que éste se encuentre amparado tanto por la ley /2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción a efectos de evitar represalias, como por las normas del procedimiento penal en orden a su anonimato. No se trataría propiamente de una autodenuncia.

Cuestión diferente es que se realicen actuaciones de investigación y estén pongan al descubierto, más allá del posible delito cometido por otro empleado, la eventual responsabilidad penal de la persona jurídica, pues habrá existido una recopilación de evidencias, documentales esencialmente, que, de remitirlas íntegras podrían conllevar una eventual condena. Que tal remisión sea exigible, es una cuestión que resulta más que dudosa. Pero, en cualquier caso, no se trata ahora de abordar tal cuestión, pues lo que se pretende con lo expuesto, es únicamente advertir de la posible responsabilidad penal propia del responsable del sistema en estos supuestos, pues más allá de ser un empleado de la entidad, su posición le sitúa como garante del cumplimiento del sistema.

CONCLUSIÓN

Desde una vertiente práctica, propia de la faceta profesional, la nueva normativa ha establecido un nuevo sistema que deberá convivir con la normativa derivada de los programas de cumplimiento normativo y con la obligación ex lege de puesta en conocimiento al Ministerio Fiscal de los hechos cuando indiciariamente se aprecien indicios de delito. Optando, desde una perspectiva subjetiva, por la conveniencia de que tal puesta en conocimiento sea pauta general y no excepción, a efectos de evitar problemas procesales y, puede, materiales, de incierta resolución.

