



LA PROTECCIÓN DE LOS DELADORES POR EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y MATERIALES

Dra. D^a. Cristina Rodríguez Yagüe
Profesora Contratada-Doctora de Derecho Penal (UCLM).

*Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo.
Eurodelitos de corrupción y fraude*, Arroyo Zapatero, L. y
Nieto Martín, A. (coords.), UCLM, Cuenca, 2006.

[www.cienciaspenales.net]

LA PROTECCIÓN DE LOS DELADORES POR EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y MATERIALES.

Dra. D^a. Cristina Rodríguez Yagüe
Profesora de Derecho Penal, UCLM.

1. Introducción.

La lucha contra determinados fenómenos delictivos, como ocurre en la lucha contra la corrupción, conduce a la adopción de medios eficaces para eliminar este tipo de comportamientos tanto en el ámbito público como en el sector privado. Uno de estos mecanismos, a menudo íntimamente unido a la instauración de sistemas de autocontrol dentro de empresas e instituciones donde se implique a cada uno de sus miembros en la persecución, como propios, de los valores de integridad y responsabilidad, es el favorecimiento de la delación. Los comportamientos consistentes en la delación, tradicionalmente objeto de un reproche de carácter ético cuando han sido fomentados y premiados para combatir otras formas de criminalidad (el caso de los *pentiti* en la Mafia italiana o de los terroristas arrepentidos), paradójicamente se plantean en la lucha contra la corrupción como una forma de recuperación de la ética empresarial donde se quiere responsabilizar de este modo tanto a las altas jerarquías como a cada uno de los trabajadores del desarrollo de los fines perseguidos por la empresa (o, en su caso, por la Administración).

De esta manera, los “soplones” o deladores –utilizando una expresión menos teñida de un reproche ético–, o en inglés los *whistleblowers*, son bien conocidos en otros Ordenamientos, especialmente en el ámbito anglosajón –EEUU, Gran Bretaña o Australia–, como un mecanismo eficaz de persecución de las conductas de corrupción dentro de sus sistemas empresariales y también dentro de la Administración pública.

Desde esa consideración de carácter ético, legitimadora en todo caso de esta figura, define HERZOG la figura del *whistleblower* como «una persona que, a la vista de una situación precaria o de un proyecto irresponsable de un empresario o de una institución, sitúa el interés de la generalidad por encima de los intereses propios o institucionales e informa a la opinión pública, dando una señal de alarma»¹.

De esta manera, los partidarios de esta figura la consideran legítima en tanto ejemplo de “coraje cívico”², a la par que eficaz dentro del Derecho penal de la empresa para combatir la corrupción, vinculando responsablemente tanto a sus dirigentes como a todos los miembros de la misma en la búsqueda de un comportamiento ético y transparente³.

Un ejemplo de la promoción de las conductas de delación es el modelo estadounidense donde se ha extendido la inclusión de cláusulas de protección a los *whistleblower*, normalmente dentro de los llamados Códigos éticos, dentro de empresas e instituciones que pretenden el fomento de la delación por parte de los empleados a las autoridades de la empresa de aquellos comportamientos delictivos que hayan podido presenciar o cometer, garantizando la protección de los mismos. De hecho, muchas empresas realizan provisiones de fondos ya para premiar a los delatores cuyo comportamiento repercuta de manera positiva en el bien de la empresa, ya para hacer frente a los gastos procesales frente a las demandas que les puedan interponer aquellos *whistleblower* cuando

¹ «Sociedad del riesgo. Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo –Perspectivas más allá del Derecho penal–». *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Arroyo Zapatero, L., Neumann, U., Nieto Martín, A., (coords). Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pág. 258.

² En palabras de NIETO MARTÍN, A.: «El programa político-criminal del corporate government (Derecho penal de la empresa y gobierno corporativo)». *Revista de Derecho y Proceso Penal* nº 11, 2004, pág. 265.

³ Por ello, HERZOG, F. sitúa el modelo de la Whistle blower Protection entre otros mecanismos de control social, como pueden ser el derecho y la libertad a la información, la transparencia del mercado, que contribuyan a una autorregulación social fomentando la solidaridad social «contra la irresponsabilidad organizada». «Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo –Perspectivas más allá del Derecho Penal–», ob. cit., pág. 258.

la empresa haya tomado represalias contra ellos por su conducta de delación⁴. Incluso la existencia de un Código ético, donde se recogen este tipo de cláusulas de protección, puede llegar a la reducción de la sanción a una empresa cuando se demuestre que dispone de programas para impedir las violaciones a la ley y para proteger a los *whistleblowers*⁵.

Las medidas incorporadas en Derecho comparado para el fomento de la delación se pueden resumir en:

- a) el establecimiento de Códigos de conducta que, ya en el sector público ya en el privado, potencien la conducta de delación;
- b) El fomento individual de la denuncia de los comportamientos delictivos:
 - b1) a través de la mitigación de la pena de los coimputados; b2) a través de la inmunidad de los coimputados; b3) mediante el establecimiento de medidas de protección de testigos, peritos y víctimas y b4) a través de la articulación de mecanismos de protección general, incluidos los laborales, de los denunciantes.

En cualquier caso, y como a continuación veremos, España dista todavía mucho de incorporar definitivamente, y en la práctica, esta figura como un método de persecución eficaz en la lucha contra la corrupción y otros delitos dentro de la empresa. Y ello porque si bien incorpora en su legislación

⁴ Resumidamente sobre el modelo de “Whistle blower protection” en HERZOG, *ibidem*, pág. 258. Una exposición más exhaustiva en PERETZ GLAZER y MIGDAL GLAZER: *The whistleblowers. Exposing Corruption in Government and Industry*. New York, 1989. Fundamental para la comprensión del modelo de EEUU es la Sección 806 de la Sarbanes-Oxley Act de 2002, dedicada a la “Protection for employees of publicly traded companies who provide evidence of fraud”, donde se recogen las medidas de protección de los derechos de los trabajadores que hayan dado información relevante sobre la comisión de delitos dentro de la empresa, para impedir cualquier tipo de represalia o de conducta discriminatoria contra ellos. En el caso de Gran Bretaña, estas medidas se recogen en la Public Interest Disclosure Bill.

⁵ Es el caso de la Federal Sentencing Guidelines for Organizations de 1991. De manera más detallada sobre los códigos éticos de la empresa y, en concreto, sobre el favorecimiento de la delación como uno de sus “ingredientes” principales, véase el artículo de MALEM SEÑA, J.: «Códigos éticos corporativos y lucha contra la corrupción», *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. UCLM, Cuenca, 2006.

mecanismos de protección de los derechos de los sujetos que denuncian tal situación, ello no va acompañado de otra serie de medidas –como la incorporación de Códigos éticos de la empresa, su fomento a través de otro tipo de medidas como la consideración en la rebaja de la pena,...– que faciliten ese comportamiento “cívico” por parte del trabajador.

Este trabajo no persigue sino ser un pequeño primer paso en la aproximación al estudio de esta figura, ofreciendo un “estado de la cuestión” sobre las diferentes aspectos que la conducta consistente en la delación tiene en nuestro Ordenamiento. O lo que es lo mismo, se pretende ofrecer un análisis de las consecuencias jurídicas que un comportamiento de este tipo despierta en nuestro Ordenamiento, ya sea en cuanto a los aspectos de carácter sustancial – como sus consecuencias desde el Derecho penal o desde el Derecho laboral–, ya respecto a las cuestiones de índole procesal –como son las medidas de protección a testigos, peritos, allegados o inculpados o los mecanismos de favorecimiento de la colaboración con la justicia–.

2. Los mecanismos de protección de los delatores en los instrumentos internacionales contra la corrupción.

Con carácter previo al análisis de esas distintas manifestaciones que provoca la figura del delator en nuestra legislación, es interesante abordar la regulación internacional, haciendo para ello un breve recorrido por los instrumentos internacionales de mayor relevancia que paulatinamente introducen una serie de medidas para proteger, en unos casos, e incentivar en otros, esta figura⁶. Y ello no sólo por la influencia que muchos de estos textos han tenido en la recepción de esta figura en los ordenamientos nacionales, sino particularmente porque el contenido de aquéllos nos ofrece un abanico de las

⁶ Recogiendo la mayor parte de estos instrumentos, FABIÁN CAPARRÓS, E.: *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*. Ratio legis, Salamanca, 2000, págs. 87 y ss.

posibles medidas tendentes a la protección y al fomento e incentivo de las conductas de delación en la lucha contra la corrupción.

Ya la Convención interamericana contra la corrupción, adoptada el 29 de marzo de 1996 –y en vigor el 6 de marzo de 1997– introduce un artículo, el tercero, referido a las medidas preventivas de los comportamientos de corrupción que, como establece su artículo anterior, es uno de los propósitos de esta Convención. Dos son las medidas de las que recomienda el artículo 3 introducir en los ordenamientos internos de los Estados parte que cabe destacar aquí:

- a) “La introducción de normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública”.
- b) Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno”.

Ese mismo año, la 2ª Conferencia europea de servicios especializados en la lucha contra la corrupción, celebrada en octubre de 1997, reconoció que para la lucha eficaz contra la corrupción es necesario establecer un sistema

apropiado de protección de los testigos y de las personas que colaboren con la justicia. Para ello no sólo deberán ser adoptadas las normas jurídicas adecuadas, sino también deberá preverse la financiación económica adecuada para conseguir tal propósito. Junto a ello se señala la necesidad de que se prevea acordar inmunidades o reducción de la pena para las personas inculpadas por infracciones de corrupción, cuando éstas faciliten la investigación, revelen los hechos o impidan la comisión de la infracción⁷.

La Convención Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 establece en su artículo 21 que cada Estado parte adopte las medidas apropiadas que posibiliten que las autoridades públicas, así como todo agente público colabore, de manera conforme a su derecho interno, con las autoridades encargadas de la investigación en la persecución de las infracciones penales, ya sea informando a las autoridades competentes por propia iniciativa cuando tengan motivos razonables para entender que se están cometiendo alguna de las infracciones referentes a la corrupción enunciadas en los artículos 2 a 14 de la Convención, ya ofreciendo a las autoridades competentes toda la información necesaria cuando así se le requiera⁸.

Como señala el propio informe explicativo de la Convención, la obligación general de colaboración entre las autoridades públicas que establece

⁷ La Recomendación nº R (97) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 10 de septiembre de 1997 sobre la intimidación de los testigos y los derechos de la defensa determinó que la cuestión de la protección de los colaboradores con a justicia y de los testigos debía ser abordada de manera global. Esta Recomendación propone una serie de medidas para orientar la legislación nacional en la lucha contra la intimidación de testigos, ya recogidas dentro de un código de proceso penal o en las disposiciones que se encarguen de proteger los testigos fuera del tribunal.

⁸ El informe explicativo de la Convención señala que estos modos de colaboración no tienen por qué recogerse de manera cumulativa, sino que los Estados pueden optar por recogerlos en sus legislaciones de manera alternativa. También aclara que a través de este artículo no se pretende que los Estados parte modifiquen su sistema jurídico, sino de que prevean, de acuerdo con su regulación, la obligación de colaboración de los agentes públicos. En cuanto a la información “necesaria”, que se determinará conforme a las legislaciones internas, el informe aclara que pueden darse excepciones a este régimen general, como cuando se trate de informaciones secretas relativas a la protección de intereses nacionales o de otros intereses superiores.

este artículo, con la finalidad de que los Estados parte introduzcan en sus Ordenamientos las medidas necesarias para llevar a cabo una persecución coherente contra los autores de los delitos de corrupción, se contempla de manera amplia: de esta manera, englobará a la fiscalía, las autoridades administrativas, los comisarios y los inspectores de trabajo. En resumen, cualquier persona que en el ejercicio de su función pública –dado que se encargan de supervisar y controlar el funcionamiento de los diferentes aspectos de la Administración pública– pueda obtener información sobre la comisión de actos de corrupción.

Consiguientemente el artículo 22 prevé la necesidad de ofrecer protección a los colaboradores con la justicia y a los testigos. En efecto, este artículo señala que cada Estado adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que se consideren necesarias para asegurar una protección efectiva y apropiada: a) a las personas que ofrezcan información concerniente a las infracciones penales recogidas en los arts. 2 a 14 o que colaboren de alguna otra manera con las autoridades encargadas de la investigación o persecución de estos delitos⁹; b) a los testigos que presten testimonio conceniente a estos hechos¹⁰.

El informe de la Convención señala que la protección efectiva y apropiada que debe otorgarse a los colaboradores y testigos deberá adaptarse a las amenazas que aquéllos sufran: en unos casos bastará con garantizar el anonimato durante el proceso, en otros supondrá la protección física y en otros habrá que adoptar medidas de mayor nivel como un cambio en la identidad, en el empleo o en el domicilio, si así se considera necesario.

⁹ Por colaborador con la justicia, entiende el Informe a toda persona que también es investigada o está condenada por participar en los hechos de corrupción –contemplados en los artículos 2 a 14 de la Convención– pero que aceptan cooperar con la justicia, particular informando sobre los hechos de corrupción en los que ha participado, permitiendo y facilitando la investigación y persecución de los mismos.

¹⁰ Según el Informe, testigo es toda persona que dispone de información en relación con un hecho penal concerniente a las infracciones de corrupción que se definen en los artículos 2 a 14.

También el Convenio del Consejo de Europa de Derecho civil sobre corrupción, de 4 de noviembre de 1999, establece la previsión en su artículo 9, bajo el epígrafe de “protección de los trabajadores” de que cada Estado debería proveer una apropiada protección en su ordenamiento interno contra las sanciones injustificadas impuestas a los trabajadores que han tenido razones razonables para sospechar la existencia de corrupción y que de buena fe lo han transmitido a los responsables o a las autoridades.

Pero sin duda el instrumento internacional, por el momento, que más avanza en la introducción de la figura que aquí se estudia es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 31 de octubre de 2003, abierta a firma hasta el 9 de diciembre de 2005¹¹. En ella,

Como manifiesta expresamente en el Preámbulo, la Convención plantea la necesidad de “salvaguardar la integridad y fomentar una cultura de rechazo de la corrupción”. De hecho, tal y como establece su artículo 1, la finalidad de dicha Convención es “promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción” y “promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos”.

En esta dirección, prevé en su Capítulo II, referido a “Medidas preventivas”¹², en su artículo 8, la elaboración de “Códigos de conducta para funcionarios públicos”¹³. Con objeto, y señala nuevamente, de combatir la

¹¹ A fecha de 17 de septiembre, son 111 los Estados que han firmado la Convención. Para su entrada en vigor se requiere la firma y ratificación de 30 países. España todavía no la ha firmado.

¹² En el que, nuevamente y en su artículo 5.1, vuelve a enunciar los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas, como valores que deben regir las políticas contra la corrupción que deberán formular o, en su caso mantener, los Estados firmantes.

¹³ Junto a ello, recoge este Capítulo II otro tipo de medidas preventivas como son: la creación de uno o más órganos de control y prevención de la corrupción (art. 6), la creación de sistemas adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos (art. 7), el establecimiento de sistemas apropiados de contratación pública y gestión de la hacienda pública

corrupción y de promover “la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos”, este artículo prevé la posibilidad de que los Estados parte introduzcan en sus respectivos Ordenamientos, códigos o normas de conducta para el “correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas”¹⁴.

A su lado, y como la otra cara del establecimiento de tales códigos, señala la posibilidad, y siempre de conformidad con los principios fundamentales del derecho interno, de que Cada Estado introduzca medidas y sistemas que posibiliten la denuncia por parte de los funcionarios a las autoridades competentes de todos los actos de corrupción de que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

Es interesante, en primer lugar, que determine el cauce en el que debe ser realizada tal denuncia: “a las autoridades competentes” puesto que no siempre es ésa la vía utilizada –como veremos más adelante al analizar la STC 126/2003, de 30 de junio anteriormente mencionada. También, y aspecto tocado en el voto particular que se formula a la citada sentencia, que se señale que el conocimiento de la corrupción lo tenga el funcionario correspondiente debido al ejercicio de sus funciones –lo que puede plantear teóricos problemas en el caso de secretos, sobre todo en el ámbito empresarial.

En su párrafo 5, y refiriéndose ya a la propia actividad del funcionario, el artículo 8 añade que los Estados procurarán el arbitrio de medidas y sistemas que permitan exigir al propio funcionario que declare a las autoridades

(art. 9), la adopción de medidas que aumenten la transparencia de la administración pública (art. 10), la creación de mecanismos para reforzar la integridad y luchar contra la corrupción en el poder judicial y en el ministerio público –incluso a través del establecimiento de normas o códigos de conducta– (art. 11), el fomento de la participación activa de la sociedad –personas, grupos, organizaciones– (art. 13) y, por último, la adopción de una serie de medidas para prevenir el blanqueo de dinero (art. 14).

¹⁴ Para ello se pueden servir, como establece el tercer párrafo del art. 8, de las iniciativas ya adoptadas por las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales, poniendo como ejemplo expreso el “Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos”, recogido en el anexo de la resolución 51/59 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1996”.

competentes, entre otras cosas, sobre sus actividades externas y sus empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses con su responsabilidad y atribuciones como funcionario público.

En cualquier caso, hay que destacar el carácter no obligatorio de esta disposición pues, frente a lo que ocurre respecto a otras medidas preventivas también recogidas en este Capítulo, donde se incoa a los Estados parte a adoptar ciertas medidas o a seguir ciertas políticas legislativas, en el caso de los Códigos de conducta en todo momento el artículo 8 habla de posibilidad: “procurará aplicar”, “considerará la posibilidad”, “procurará cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno”, “considerará la posibilidad de adoptar”. Existe por tanto cierta prevención incluso por la misma Convención respecto a la forma y alcance de este tipo de medidas que, como se trasluce de la misma redacción, deberá ser en todo caso acorde con los principios rectores del derecho interno de cada Estado parte.

Si bien el artículo 8 se refiere únicamente al establecimiento de los Códigos de conducta y al favorecimiento de la denuncia únicamente respecto a los funcionarios públicos, el artículo 12, aunque de una manera como veremos más tímida, introduce la primera de las medidas para el sector privado. En este sentido, señala que cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción, entre las que enumera “promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado”. Su alcance, como acabo de apuntar, es más tímido que el del artículo 8 en la medida que se limita a

prever la posibilidad de establecer códigos de conducta que normativicen el ejercicio correcto de las profesiones y actividades comerciales pero no avanza, como sí hacía aquél, en la posibilidad de establecer mecanismos que favorezcan la denuncia de los actos de corrupción que se den en el seno de la empresa privada. Únicamente, y también como otra de las medidas posibles, señala la posibilidad de que el Estado vele para que las empresas privadas, teniendo en cuenta su estructura y tamaño, “dispongan de suficientes controles internos para ayudar a prevenir y detectar los actos de corrupción...”.

Consecuentemente, y ya en su Capítulo III, dedicado a la “Penalización y aplicación de la ley”, la Convención recoge la previsión de que cada Estado adopte las medidas adecuadas de protección de los testigos, peritos y víctimas ante los posibles actos de represalia o intimidación a que pueda dar lugar su denuncia. Para ello establece que cada Estado parte –de conformidad con su Ordenamiento y de acuerdo a sus posibilidades– adoptará las medidas apropiadas para proteger eficazmente a los testigos y peritos que presten testimonio sobre alguno de los delitos tipificados por la Convención. También prevé la extensión de la protección a los familiares y personas cercanas si esto fuera necesario y de las víctimas en la medida en que estas últimas sean testigos (art. 32).

Entre las medidas posibles, enumera el segundo párrafo: a) el establecimiento de procedimientos para la protección física de estas personas incluyendo, si es necesario y posible, su reubicación, incluso prohibiendo total o parcialmente la revelación de su identidad y paradero; b) el establecimiento de normas probatorias que permitan prestar testimonio a los testigos y peritos sin que ello comporte peligro para su seguridad (como a través de videoconferencia).

Junto a ello, su artículo 33 establece la posibilidad de que los Estado parte incorporen a sus Ordenamientos las medidas necesarias para proteger a las personas que denuncien ante las autoridades, de buena fe y con motivos

razonables, los hechos relacionados con los delitos de corrupción, contra cualquier trato injustificado. Dada la redacción tan amplia del precepto así como la enumeración ya en el artículo anterior de las medidas de carácter procesal de testigos, peritos y víctimas, entiendo que se está refiriendo a la protección ante otro tipo de “represalias” como puede ser, en muchos casos, el despido disciplinario.

Por último, la Convención recoge la posibilidad de que los Estados adopten medidas que posibiliten la colaboración de las personas inculpadas que hayan participado en la comisión de los delitos de corrupción. Para ello, el sujeto deberá prestar cooperación sustancial en la investigación o en el enjuiciamiento de los hechos delictivos correspondientes. Dos son las medidas que plantea, siempre como posibilidad, el artículo 37:

- a) la mitigación de la pena de toda persona acusada que preste cooperación sustancial;
- b) la concesión de inmunidad judicial a toda persona que preste cooperación sustancial.

3. ¿Cómo responde nuestro Ordenamiento ante la figura de los “soplones”?

3.1. Aspectos sustanciales.

3.1.1. Derecho penal.

Dos son las cuestiones que, en el marco del Derecho penal español, debemos abordar respecto a la regulación de la figura del delator –al margen de la previsión de la exención/atenuación de la pena en determinados tipos delictivos que por razones sistemáticas hemos optado por tratar al analizar los aspectos procesales–.

La primera se refiere a la existencia o no de una obligación de impedir y/o denunciar determinados delitos y la segunda a si tal comportamiento puede suponer a su vez una conducta delictiva por parte de quien lo revela.

Respecto a la primera cuestión, hay que señalar que el Código penal, mediante la tipificación del delito de omisión de impedir determinados delitos (art. 450.1), pretende potenciar el sentimiento de solidaridad entre las personas, deber que se erige en el bien jurídico protegido y que se concreta en el deber de colaboración ciudadana para prevenir determinados delitos contra bienes jurídicos de carácter personalísimo y tangibles¹⁵. Concretamente, estos delitos son los delitos contra la vida, integridad o salud, libertad y libertad sexual. Y ello al entenderse que son de una gravedad tal que el legislador está autorizado a requerir una actuación inmediata de quien presencia la situación¹⁶.

Fuera de los delitos señalados en este art. 450.1¹⁷, no existe obligación exigida penalmente de impedir ni de denunciar la comisión de otros delitos. El deber de solidaridad social no alcanza a la necesidad de que el sujeto que conoce la comisión de cualquier hecho delictivo, por ejemplo, un cohecho, lo ponga en conocimiento de las autoridades competentes para su persecución. Por lo tanto el deber cívico de colaboración con la justicia no es un bien tutelado penalmente, sino que se limita a ser un compromiso de carácter ético cuyo cumplimiento el legislador penal no está legitimado para exigir, mucho menos a través del recurso a la pena, más que en los bienes jurídicos de mayor relevancia.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, parte especial, Parte Especial*, 15ª edición, Valencia, 2004, pág. 956.

¹⁶ Este deber cívico de colaboración con la Administración de Justicia y contra la comisión de determinados delitos queda limitado, en todo caso, a la posibilidad de poder impedir el delito y a que la intervención se realice sin riesgo propio ni ajeno. QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al Nuevo Código penal*. 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 2190.

¹⁷ Y del art. 476 que castiga al militar que no empleare los medios a su alcance para contener la rebelión de las fuerzas a su mando y al militar que, conociendo que se va a cometer un delito de rebelión, no lo denuncie inmediatamente a sus superiores o autoridades o funcionarios que deban perseguir el delito.

El caso contrario, el del sujeto que revela la comisión de un hecho delictivo dentro de su empresa –o la denuncia, por ejemplo, de falta de medidas de seguridad adecuadas en la misma–, tiene connotaciones distintas.

En primer lugar, cabe plantearse si la revelación de tales datos sería constitutiva de un delito de violación de secretos empresariales, tipificado en los artículos 278 y ss del CP. Castigan estos tipos penales las conductas consistentes en el apoderamiento de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos referidos a un secreto de empresa para descubrirlo (art. 278.1) y su difusión, revelación o cesión a terceros de los secretos descubiertos (art. 278.2) –o delito de espionaje industrial–. El artículo 279 castiga la difusión, revelación o cesión del secreto de empresa cuando es realizada por quien legal o contractualmente tiene obligación de guardar reserva –delito de violación del secreto de empresa por persona obligada a guardar reserva– y el art. 280 a quien, con conocimiento de su origen ilícito, pero sin haber tomado parte en su descubrimiento, realice alguna de las dos conductas tipificadas en los artículos anteriores.

El criterio del bien jurídico puede servir para excluir la responsabilidad criminal de las personas que revelan un hecho constitutivo de delito o infracción administrativa, ya porque lo conozcan debido a su cargo (art. 279) o ya a través de una conducta de espionaje industrial (art. 278) y lo pongan en conocimiento del juez o de un medio de comunicación para que lo haga público –por temor a ser objeto de castigo penal–. Entendido como la capacidad competitiva de la empresa en el mercado¹⁸, el bien jurídico no podrá comprender aquellas situaciones en las que esa capacidad competitiva se

¹⁸ O el interés económico que el secreto encierra para la empresa. MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ: *Derecho penal económico*. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, págs. 62 y 63. También BAJO, M. y BACIGALUPO, S.: *Derecho penal económico*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 490 y ss.

aumenta o se mantiene a partir de la comisión de hechos ilícitos¹⁹. O lo que es lo mismo, el secreto, como valor de empresa, no puede ser entendido como un hecho de carácter ilícito, ya administrativa, ya penalmente, porque además no se estaría llevando a cabo una competencia leal para el resto de competidores²⁰. También se ha señalado por otro sector doctrinal que la conducta podría estar cubierta por una causa de justificación, como el ejercicio de la libertad sindical o el ejercicio del derecho a la prevención de riesgos laborales, por ejemplo²¹.

Por lo tanto, dentro del discutido concepto de secreto de empresa²², no tiene cabida aquel que suponga la comisión de un delito o de una infracción administrativa. De esta manera, la persona que, por ejemplo, por su cargo es conocedora de que dentro de la empresa se lleva una doble contabilidad o se está cometiendo por parte del empresario un delito contra la Hacienda Pública, no está obligada a guardar tal secreto ni tal secreto puede ser calificado como secreto de la empresa digno de tutela penal²³. Y es que, como se ha afirmado

¹⁹ En estos casos, como afirma MUÑOZ CONDE, F. su protección carece de sentido y por ello la conducta será atípica. *Derecho penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 505. Para MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E. la conducta será impune por ausencia de lesión o de puesta en peligro del bien jurídico. *Comentarios al Nuevo Código penal*, ob. cit., pág. 1396.

²⁰ Lo que para MUÑOZ CONDE, F. es el bien jurídico protegido en estos tipos penales. *Ibidem.*, pág. 485. Como pone de manifiesto TERRADILLOS BASOCO, J., puesto que a través de este tipo penal se pretende mantener la competencia en términos de lealtad y los derechos de los consumidores, no tiene sentido proteger secretos que sean incompatibles con tales objetivos. *Derecho penal de la empresa*. Trotta, Madrid, 1995, pág. 170. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.T.: *Protección penal del secreto de empresa*. Colex, Madrid, 2000, pág. 278. Si lo que ocurre en cambio, como señala esta autora, es que el sujeto descubre un secreto de empresa lícito y mediante él descubre que el titular del secreto de empresa está realizando una conducta típica, por ejemplo contra el medioambiente, dará lugar al tipo de espionaje industrial pero no del tipo agravado. *Ibidem.*

²¹ CARRASCO ANDRINO, M.M.: *La protección penal del secreto de empresa*. Barcelona, 1998, págs. 278 y 280 y ss.

²² Entendido como el conocimiento reservado a un círculo limitado de personas y oculto a otras. En su fundamento confluye tanto la voluntad del titular (teoría de la voluntad) como el interés real y objetivo del hecho (teoría del interés). MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: *Comentarios al Nuevo Código penal*, ob. cit., pág. 1389.

²³ Es discutido en la doctrina el origen de ese deber de guardar la reserva, que no es sino una materialización del deber de sigilo o de discreción. Así, por un lado se señala que, en aras al respeto al principio de taxatividad, hay que entender que su única fuente debe ser la previsión específica en la ley. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico*, ob. cit., pág. 71. En cambio, sostiene PÉREZ DEL VALLE, C. que también lo será el mismo contrato, regido por las

por la doctrina, el concepto de secreto es un concepto formal o instrumental que debe ponerse en relación con el bien jurídico para ser dotado de contenido y averiguar qué secretos deben ser tutelados penalmente²⁴.

Así lo entendió el TS, en su sentencia de 22 de marzo de 1962, no castiga el descubrimiento de un secreto contable por parte de un empleado ante la Hacienda Pública conforme al antiguo art. 499 –que tipificaba el descubrimiento de secretos de empresa o industriales–²⁵. Sin embargo, castiga esta sentencia la conducta anteriormente referida como un delito contra la intimidad.

Por ello, en segundo lugar, hay que plantearse si tal revelación podría ser constitutiva de un delito contra la intimidad, concretamente, de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, ya de los secretos no profesionales (art. 197), ya de los secretos profesionales (art. 199) conocidos en virtud de una relación profesional o laboral.

La conexión entre el objeto, el secreto, y el bien jurídico, la intimidad, debe requerir que aquél se refiera a los aspectos más privados y personales del sujeto. Como se ha señalado, ello no impide que puedan llegar a tener relevancia datos económicos o empresariales²⁶. Por lo tanto, en principio podría llegarse a entender que la comisión de un hecho delictivo puede pertenecer a la esfera más íntima del sujeto en tanto se entienda que secreto es cualquier información o hecho que afecta a la vida privada de una persona y a su

genéricas cláusulas de buena fe y diligencia –art. 5 a) ET—. «La revelación de secretos de empresa por persona obligada a reserva». *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, pág. 118 y ss.

²⁴ BAJO, M. y BACIGALUPO, S.: *Derecho penal económico*, ob. cit., pág. 485.

²⁵ Y ello, entienden BAJO, M. y BACIGALUPO, S. porque al ser el secreto un objeto de carácter ilícito no se puede castigar como revelación de secretos siendo el bien jurídico la capacidad competitiva de la empresa. *Derecho penal económico*, ob. cit., pág. 501. Castigaba el art. 499 ACP con pena de arresto mayor y multa de 100.000 a un millón de pesetas al “encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que en perjuicio del dueño descubriera los secretos de su industria».

²⁶ ANARTE BORRALLA, E.: «Los delitos de descubrimiento de secretos», *Jueces para la democracia*, nº 43, 2002, pág. 59.

intimidad²⁷. De hecho, y en ciertos casos como ahora se señalará, la comisión de un hecho delictivo quedará “cubierta” bajo el deber de sigilo en el ejercicio de determinadas profesiones. Ahora bien, se trata de averiguar si ese secreto, relacionado con la intimidad del sujeto, es digno de tutela penal. Y sólo cabe afirmar que en un Estado de Derecho el alcance de la protección de la intimidad del sujeto no puede ser tal que absorba y ampare la comisión de un hecho delictivo. Y ello porque mientras que a través de estos delitos se pretende tutelar la intimidad frente a los datos o manifestaciones de la personalidad del sujeto que quedan reservados a su titular, no así ocurre respecto a los hechos constitutivos de delito cuyo descubrimiento y persecución incumbe directamente al Estado, que no puede proteger su omisión.

Por lo tanto, la revelación por parte del trabajador de la comisión de un hecho delictivo llevado a cabo por el empresario no será constitutiva tampoco del delito de revelación de secretos. Y las razones no difieren demasiado de las utilizadas por la doctrina para considerar que un objeto ilícito no puede ser considerado como secreto de empresa. El Derecho penal no puede proteger como secreto la comisión de un hecho delictivo, sin caer en una suerte de “perversión jurídica”. El “blindaje” debe realizarse para el que denuncia tal situación, y no para el que esconde la comisión de un delito.

No sería aplicable por tanto el tipo penal de revelación de secretos tipificado en el art. 197 al trabajador que denuncia, ya ante la autoridad judicial, ya ante los medios de comunicación, la comisión de un hecho delictivo –a no ser que se trate de una denuncia falsa–. Por las mismas razones, tampoco lo sería el delito comprendido en el art. 199, que castiga el quebrantamiento del secreto profesional²⁸: al que revele secretos ajenos de los que tenga conocimiento por

²⁷ En los términos señalados por MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, parte especial*, ob. cit. pág. 256.

²⁸ Como señala MORALES PRATS, F. este tipo penal contempla un delito de indiscreción, que castiga la toma de conocimiento o acceso lícito a la intimidad por razón del oficio o de la

razón de su oficio o sus relaciones laborales (primer párrafo). Si el sujeto por su relación laboral (por ejemplo, la secretaria) conoce de la comisión de un hecho delictivo, su revelación no puede ser considerada como típica –o, en todo caso, deberá ser justificada–. El que no esté obligado a denunciar no significa que su deber de sigilo alcance a silenciar ante la comisión de un hecho delictivo.

Distinta debe ser la solución en el caso en el que existe un especial deber de sigilo vinculado a una profesión determinada –pensemos en un abogado²⁹–; ese deber de guardar la intimidad del sujeto vence al deber de denunciar o testificar. A ese supuesto se refiere el tipo penal comprendido en el art. 199.2 CP. Y ello porque precisamente lo que se trata de proteger es esa relación, sin la cual no se podría llevar a cabo el ejercicio de tales profesiones y que es origen del conocimiento de tales datos³⁰. En cualquier caso el deber de secreto profesional le vincula en tanto se trate de datos que conoce por su profesión por parte del cliente y en la medida en la que se garantiza de esta manera el derecho de defensa –es dudoso que cubriese las prácticas delictivas conocidas por el abogado en una empresa en la que presta sus servicios–.

relación laboral, y que consiste en la revelación de la misma a terceros de manera ilícita. *Comentarios al Nuevo Código penal*, ob. cit., pág. 1057.

²⁹ Cuya obligación de guardar secreto sobre todos los hechos o noticias que conozcan por razón de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos, queda recogido en los arts. 437 y 438 LOPJ así como en el Estatuto de la Abogacía aprobado por RD 2090/1982, de 24 de julio. Y así lo ha señalado el TC en su sentencia 138/1994, de 20 de enero: “La confianza y la confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, ínsita en el derecho de aquél a su integridad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos (...). El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la abogacía. En los casos excepcionales de suma gravedad en los que la obligada preservación del secreto profesional pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el decano del colegio aconsejará al abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos del problema planteado, ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento no excusa al abogado de la preservación del mismo”.

³⁰ Constituyendo por tanto el injusto penal tanto la lesión a la intimidad del sujeto como la violación del secreto profesional. OTERO GONZÁLEZ, M.P.: *Justicia y secreto profesional*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pág. 5.

Otra posible interpretación sería la de considerar que, aunque se trata de una conducta típica, de apoderamiento de documentos o de revelación de los datos allí incluidos, no sería antijurídica al estar cubierta por el ejercicio legítimo de un derecho –como la libertad de información– o deber, si bien la jurisprudencia ha sido bastante restrictiva en su aplicación³¹.

3.1.2. Derecho laboral.

También el contenido y alcance del deber de sigilo, unido al de la buena fe contractual, debe ser objeto de debate respecto a las consecuencias laborales que la revelación de una infracción penal o administrativa puede reportar al trabajador. Se trata de averiguar en este punto cuáles son los mecanismos de protección o blindaje que, como requería la normativa internacional, prevé nuestra legislación para los supuestos en los que un trabajador denuncia la comisión de un delito de corrupción en el seno de la empresa. O, formulado de una manera diferente, si la libertad de expresión o información en el ámbito laboral puede verse limitada por la buena fe contractual o por el deber de secreto.

En primer lugar, el trabajador es titular de los diferentes derechos fundamentales que recoge nuestra CE y, con ello, de la libertad de expresión e información del art. 20. Ahora bien, aunque se mantengan tales derechos en el ámbito del contrato de trabajo, éstos pueden verse sometidos a modulaciones que los equilibren con los intereses del empresario³². Particularmente en el

³¹ La STS de 22 de marzo de 1962 anteriormente señalada se muestra muy restrictiva a la hora de interpretar que tal conducta se encuentra amparada por la exigente de cumplimiento legítimo de un deber del art. 20.7 CP, exigiendo que el sujeto actúe movido para cumplir tal deber y no con el fin ya de causar daño al empresario, ya de obtener un beneficio económico propio: “para poder apreciar la circunstancia exigente de responsabilidad del número 11 del artículo 8 del Código penal (...) es preciso que sea éste el móvil que impulsa al agente (...) pero cuando lo que le induce es un motivo bastardo (...), determinado por la represalia contra el perjudicado por las malas relaciones en que se encontraba con el mismo, queda degenerado en su origen dicho derecho y en entredicho su legitimidad”.

³² MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo*. 23ª edición. Tecnos, Madrid, 2002. En el mismo sentido STC 120/2983, 15 de diciembre.

ejercicio de la libertad de expresión, ésta puede verse limitada en razón de la exigencia de la buena fe³³.

La buena fe se comprende como uno de los deberes básicos de los trabajadores en el art. 5 del ET³⁴. La buena fe viene referida a la forma de prestar el trabajo: el trabajador tiene la obligación de cumplir con lealtad y buena fe el contenido del contrato³⁵. Su incumplimiento puede dar lugar al despido disciplinario (art. 54.2 d) ET)³⁶.

Ahora bien, se trata de averiguar si el contenido de esta buena fe en general, formulado como principio ordenador del contrato de trabajo, limita el derecho a la libertad de expresión e información hasta el punto de impedir la conducta de denuncia por parte del trabajador sobre las irregularidades que acontezcan en la empresa. Y, por tanto, si el empresario denunciado puede despedir disciplinariamente al trabajador o si tal despido sería nulo³⁷.

Este límite consistente en el deber de secreto exigido al trabajador no es sino una manifestación del genérico de buena fe, que supone la manifestación del poder de decisión del empresario. Sin embargo, ésta sólo puede requerirse cuando exista un legítimo interés empresarial y no ante decisiones desconectadas a la propia relación laboral³⁸. La buena fe vincula al trabajador

³³ STC 88/1985, 19 de julio.

³⁴ “a) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia”. Tal y como establece el art. 1258 CC, los contratos obligan “no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe”

³⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C./ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del trabajo*, 8ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pág. 804.

³⁶ “1. El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. 2. Se considerarán incumplimientos contractuales: (...) d) La trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”.

³⁷ No hay que olvidar, por otro lado, que la buena fe no es una exigencia unidireccional formulada para el trabajador, sino que también vincula al empresario (art. 20.2 ET y art. 7.1 CC). Y dudosamente puede quedar cubierta por la buena fe del empresario la comisión de un hecho delictivo exigiendo a los trabajadores que lo conocen el cumplimiento del deber de secreto respecto al mismo.

³⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C./ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del trabajo*, ob. cit., pág. 804.

que deberá cumplir los deberes contractuales suscritos por las partes con celo, guardando fidelidad y buena fe. Los límites, por tanto, provienen del mismo contrato de trabajo y de su prestación normal y siguiendo criterios de buena fe. Por ello señala el TC que “el deber de buena fe que pesa sobre el trabajador no se puede interpretar en términos tales que vengán a resultar amparadas por esta exigencia de honestidad y lealtad en el cumplimiento de las obligaciones, situaciones o circunstancias que, lejos de corresponderse con el ámbito normal y regular de la prestación de trabajo, supondrían desviaciones de tal normalidad (STC 6/1988, de 21 de enero).

Es doctrina reiterada del TS que en ese efecto bilateral en el que se manifiesta el principio de buena fe en la relación laboral, tanto el empresario como el trabajador tienen derecho a esperar de la otra parte una actuación leal, confiando que su actuación sea social y contractualmente correcta³⁹. Por lo tanto, la buena fe no impone únicamente deberes al trabajador, que además no pueden nunca alcanzar al de guardar secreto ante la comisión de un hecho delictivo, sino también al empresario que sólo podrá exigir una actuación de buena fe cuando la suya sea correcta⁴⁰.

Pero tampoco otra manifestación concreta de la buena fe, como es el deber de secreto, puede servir de límite a la libertad de expresión e información de tal manera que ampare la no denuncia de un hecho delictivo realizado en el seno de la empresa⁴¹. Y ello porque el deber de silencio y sigilo que se va a

³⁹ BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑÓNEZ. J.I.: *El despido disciplinario y sus causas. Análisis de la jurisprudencia*. Comares, Granada, 2001, págs. 82 y 83.

⁴⁰ Se ha definido en este sentido la buena fe como «un estándar jurídico o un modelo de conducta social, o incluso como una conducta que la conciencia social exige, conforme a un imperativo ético de toda actuación». *Ibidem.*, pág. 84. Por ello, en los casos en los que sea el empresario el que incumpla su deber, el trabajador puede, tal y como establece el art. 50 ET, solicitar la extinción del contrato, con derecho a percibir la indemnización.

⁴¹ Junto a otras manifestaciones de la buena fe como son la de no hacer concurrencia desleal al empresario, el deber de abstenerse de realizar conductas dañosas para el empresario o la prohibición de percibir gratificaciones – (contempladas en los ET de 1931 y 1944). Concretamente y respecto al deber de secreto, aunque la Disposición final 4ª del ET haya derogado la LRET –Ley 11/1994, de 19 de mayo, dejándolo sin soporte normativo, ello no supone que haya desaparecido como obligación del trabajador sino que se desprende

exigir a todos los trabajadores de la empresa, y de forma especial a determinadas personas por la tarea específica que desarrollan en la misma, no es ilimitado. Respecto al alcance del deber de secreto⁴², el TC ha señalado que se refiere “a los datos que correspondan a la actividad y al tráfico ordinario y reguladores de la empresa” (STC 6/1988, de 21 de enero)⁴³. Por tanto, alcanza a los secretos relativos a la explotación y negocios del empresario. Y este deber no puede suponer el encubrimiento de irregularidades o fraudes (Sentencia del tribunal central de Trabajo de 12 de noviembre de 1981)⁴⁴.

Por ello y frente a ese deber de secreto, la libertad de expresión e información del trabajador ampara a aquellas personas que denuncien la comisión de un hecho ilícito⁴⁵. Y ello porque el deber de secreto se dirige a la protección del empresario frente a la concurrencia, y un Estado de Derecho no

directamente del deber de buena fe. MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo*, ob. cit., pág. 326. Concretamente, el art. 72 LCT establecía que “el trabajador está obligado a mantener los secretos relativos a la explotación y negocio de su empresario, lo mismo durante el contrato que después de su extinción en este último caso, podrá utilizarlo en su beneficio propio sólo cuando fuese exigencia justificada de su profesión habitual”.

⁴² Deber que si bien alcanza a todos los trabajadores, es mayor en los miembros del Comité de Empresa a los que se les exige un deber añadido de sigilo (art. 65.2 ET).

⁴³ Habiendo diferenciado la doctrina entre tres tipos de secreto: 1) los relativos al sector técnico o industrial (procedimientos de fabricación, reparación o montaje,...); 2) los relativos al sector puramente comercial (como las listas de clientes o proveedores) y 3) los secretos de la empresa y relaciones de la misma pero que no representan un bien en sí mismo, como la situación de la empresa o las relaciones con el personal. FERNÁNDEZ-DELGADO, O: «El secreto de empresa en el ámbito laboral». *RTSS* nº 205, 2000, pág. 63.

⁴⁴ ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del trabajo*. 18ª edición, Civitas, Madrid, 2000, pág. 315.

⁴⁵ Opera, en cambio, como límite la adecuada diligencia del trabajador no denunciando como verdaderos rumores carentes de toda constatación o meras invenciones (STC 4/1996, de 16 de enero). En este sentido, la doctrina laboralista ha afirmado que el deber de secreto no alcanza a guardar el secreto sobre actos ilícitos cometidos por el empresario como manifestación del deber de denunciar que impone la legislación penal. ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J y CORBELLA HERREROS, T: «El principio de buena fe en el contrato de trabajo», *Relaciones laborales*, vol. 13, nº 19, 1997, pág. 72. Pero más allá de aquellos delitos que, como exige el CP, deben ser denunciados, tampoco alcanzaría por la misma razón la realización de cualquier hecho ilícito contrario al Ordenamiento.

puede amparar a aquél frente al trabajador que denuncia las prácticas ilegales de aquél⁴⁶.

En conclusión, la buena fe no puede limitar la libertad de expresión e información cuando se trata de la denuncia de la comisión de una infracción administrativa o de un hecho delictivo pues tal situación no es amparada por el deber de secreto y excede con creces la exigencia de lealtad al trabajador por parte del empresario⁴⁷. La buena fe, en tanto instrumento de protección del interés económico del empresario que es capaz de limitar incluso el derecho a la libertad de expresión e información de los trabajadores, no puede conllevar el amparo de prácticas ilegales por parte de aquél.

Por ello, si un empresario despide disciplinariamente al trabajador que ha denunciado la comisión de una infracción administrativa o penal en la empresa, el juez declarará el despido como improcedente –en tanto el órgano judicial considere que no se ha probado el incumplimiento contractual por el empresario⁴⁸– o nulo –en tanto el juez considere que el despido ha supuesto una vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (art. 108.2 LPL)–. Así, el TC ha interpretado en su STC 197/1998, de 13 de octubre, que es despido nulo el de un trabajador al que se le despide por haber

⁴⁶ Como señalan ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G. el deber de secreto no puede convertirse en una mordaza que impida a los operarios denunciar sus derechos o denunciar infracciones, como acudiendo a los Tribunales para solicitar la tutela –aunque haya sentencias en las que tal actuación se haya considerado lesiva de la buena fe–. *La libertad de expresión e información en el ámbito laboral*, Universidad de León, 2004, pág. 67.

⁴⁷ En este sentido el TS en sus sentencias de 22 de mayo de 1986 y de 4 de mayo de 1991 señala que tales obligaciones de buena fe tienen que traducirse en directivas equivalentes a “lealtad, honorabilidad, probidad y confianza”. Claramente tales exigencias no cubren el deber del sujeto de no denunciar la comisión de una infracción administrativa o de un delito. Como afirma el TS, el deber de buena fe no puede confundirse con un genérico deber de lealtad “omnicomprensivo de una situación de sujeción al interés empresarial”.

⁴⁸ Ya porque es injustificado, bien porque no se consideren probadas las imputaciones hechas como por no considerarlas de gravedad suficiente y culpable por el trabajador o ya porque no se han cumplido los requisitos formales, legales o convencionales. En este caso, el empresario deberá elegir entre readmitir al trabajador o indemnizarlo en cuarenta y cinco días por año de servicio (art. 56.1 ET).

testificado en contra del empresario con vulneración de su libertad de expresión. Estos casos dan lugar a la readmisión obligatoria del trabajador.

Otro problema que se plantea en este punto es el relativo a los cauces donde la información es denunciada. Así, es doctrina del TC que si las opiniones del trabajador discurren por los cauces de la normalidad jurídica, sin haber extralimitación, se protegerá la libertad de expresión como ejercicio legítimo del derecho del trabajador; no así cuando la emisión o difusión de tales manifestaciones vulnere la regla general de observancia en el tráfico jurídico, lo que supondrá un incumplimiento del deber de buena fe⁴⁹. El TC entiende que cuando la crítica se realiza sobre el contenido laboral, aquélla se manifiesta a través de los cauces de la normalidad jurídica. Opera en cambio fuera de esta normalidad la crítica que se dirige únicamente a causar daño o se trata de manifestaciones vejatorias o insultantes desvinculadas de la crítica sobre la situación laboral⁵⁰.

Mal precedente en este campo supone la STC 126/2003, de 30 de junio, que deniega el amparo a un trabajador, técnico en detonadores, que denunció ante los medios de comunicación –prensa escrita de tirada nacional y programa de radio local– la falta de medidas de seguridad en una empresa de explosivos,

⁴⁹ BADIOLA SÁNCHEZ, A.M.: «Libertad de expresión e información y despido nulo. Comentario a la STC 126/2003, de 30 de junio». *Revista General del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social* nº 5, 2003, pág. 3. Así lo entiende el TC en su sentencia 88/1985, de 19 de julio, “Caso del psiquiatra de Conjo”, donde un médico psiquiatra, jefe clínico de la “Fundación Pública Sanatorio Psiquiátrico de Conjo” denunció en un debate televisivo el sistema asistencial de la CCAA, por lo que fue despedido. El TC estima que se ha vulnerado la libertad de expresión del demandante en amparo, declarando nulo su despido, puesto que las opiniones vertidas por éste se limitaban al funcionamiento del centro en el que prestaba servicios”. En cuanto a la libertad de información, destaca la STC 57/1999, de 12 de abril, donde se concede el amparo a un Inspector de vuelos y operaciones de Tráfico Aéreo que, a raíz de un accidente en el que fallece un comandante de avión amigo del primero, es entrevistado por la prensa, publicándose la denuncia de las condiciones en las que se encontraban los aviones y señalando que la responsabilidad era tanto de la empresa propietaria y de Aviación civil. El trabajador fue despedido. En este caso se otorga el amparo al entender que la información versa sobre hechos noticiables y de interés general y no sobre opiniones, aunque se emita un juicio negativo.

⁵⁰ *Ibidem.*, pág. 4.

tras haberlo hecho a determinados responsables de la empresa –sin esperar su contestación– por lo que fue despedido disciplinariamente por vulnerar la buena fe contractual⁵¹. El TC considera en este supuesto que la actuación del trabajador no puede considerarse adecuada ni por el medio y reiteración empleados (cuya innecesaria notoriedad entiende que es patente) ni por la finalidad con la emisión de tales informaciones se pretendía (subsanción de las deficiencias observadas)⁵². Elemento fundamental en la sentencia es la consideración de que no era necesario que tales informaciones se realizaran de tal manera que alcanzasen la trascendencia, reiteración y notoriedad públicas que obtuvieron –en medios de difusión nacional y local–⁵³.

De esta manera, en esta sentencia el problema de los cauces, a parte de pasar a un primer plano, da lugar a una peligrosa evaluación del lugar elegido por el sujeto para llevar a cabo la denuncia de una situación irregular por parte del trabajador⁵⁴ –lo que por otro lado, no deja de ser una preocupación en la

⁵¹ Más aún cuando la jurisprudencia del TC en materia de libertad de expresión del trabajador se ha manifestado por regla general particularmente proteccionista respecto a aquél. DEL REY GUANTER: «La reciente doctrina del TC sobre la libertad de expresión e información en la relación laboral: extensión y límites». *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*. Lousada Arochena, J.F. y Movilla García, M. (coords). Editorial Comares, Granada, 1998, págs. 33 y ss. Así, el TC otorga el amparo en un supuesto parecido, en la Sentencia de 4/1996, de 16 de enero, a un trabajador que publica en dos periódicos una carta al director en la que critica la realización de horas extraordinarias en la empresa (el Metro de Madrid) por lo que fue sancionado disciplinariamente por la comisión de una falta muy grave.

⁵² Lo que, señala el TC, ha ocasionado un grave perjuicio para el normal desarrollo de la actividad empresarial, no justificado bajo la libertad de información del sujeto. Estima el TC que el deber de buena fe exigible al trabajador le exigía cierto cuidado en la provocación del daño producido por las declaraciones, debiendo esperar, al menos, a que los organismos públicos ante los cuales planteó las correspondientes denuncias conformaran los datos que el trabajador denunció previamente.

⁵³ Concretamente recomienda el TC en condiciones como las concurrentes no utilizar en el ejercicio del derecho a la libertad de información “cauces informativos que por su trascendencia y repercusión sociales, además de innecesarios para el cumplimiento de los fines pretendidos, pueden ocasionar un perjuicio excesivo para una de las partes”.

⁵⁴ Lo que supone además, como pone de manifiesto en su voto particular la Magistrada M.E. Casas Baamonde, la inversión del proceso de juicio por parte del tribunal: en lugar de analizar la conducta del empresario, esto es, si la medida que restringe los derechos del trabajador es adecuada, necesaria o proporcionada, se enjuicia el comportamiento de éste, recomendando además los cauces informativos para su ejercicio y restringiendo su ámbito de legitimidad de manera injustificada.

regulación internacional de los delatores donde se requiere que se realice a través de la utilización de los cauces establecidos–.

3.2. Aspectos procesales.

Quizá sea procesalmente donde, al menos en la teoría, más se acerque el modelo español al que pretenden establecer los instrumentos internacionales –y particularmente la ONU a través de la Convención sobre corrupción–, consistente en el favorecimiento “procesal” de las conductas de colaboración y en la protección de los testigos.

3.2.1. Medidas de protección a testigos, peritos, allegados e inculpados.

La colaboración de los ciudadanos con la Justicia se ha convertido en un pilar fundamental para la lucha contra determinados tipos de delincuencia – como el terrorismo, el narcotráfico o la delincuencia organizada–. Pero precisamente son las particularidades de estas formas de criminalidad, entre las que se puede enunciar su carácter asociado, sus peculiaridades organizativas, la clandestinidad, la existencia de reglas internas de funcionamiento y su capacidad de neutralizar la acción de la policía y los jueces⁵⁵, las que

⁵⁵ ZARAGOZA AGUADO, J.A.: «La protección de los acusados, testigos y peritos en causas criminales en el Ordenamiento jurídico español. Ámbito de aplicación de la L.O. 19/1994. Las declaraciones de los coimputados. El problema de los testigos ocultos y anónimos. Incidencia de estas cuestiones en el derecho a un proceso con todas las garantías». *Revista de Derecho y proceso penal*, nº 7, 2002-1, pág. 67. Recoge este autor los numerosos instrumentos jurídicos de carácter internacional elaborados tanto en el seno de Naciones Unidas como de la Unión Europea que recomiendan la adopción de normas sobre protección de testigos y peritos en los procesos penales. Junto a los instrumentos señalados anteriormente, referidos de manera específica a la corrupción, son destacables la Resolución del Consejo de la UE de 23 de noviembre de 1995, que propone como medidas para proteger a los testigos en la lucha contra la delincuencia organizada internacional la formulación de un concepto amplio de testigo, la necesidad de extender la protección a familiares y allegados y el establecimiento de medidas como la reserva de identificación y domicilio, la declaración del testigo fuera de la presencia del acusado o el cambio de identidad; y la Resolución del Consejo de Europa de 20 de diciembre de 1996 que también desde la perspectiva de la delincuencia organizada, sugiere la adopción de medidas para alentar la colaboración con las personas que participen en este tipo de organizaciones delictivas. También se ha señalado la necesidad de reforzar el papel de los testigos y colaboradores con la Justicia en el Plan de Acción para la lucha contra la delincuencia

determinan la especial necesidad de la adopción de las medidas de protección de los testigos, peritos y, también, acusados.

La legislación, en principio, recoge una protección diferenciada de los testigos y peritos frente a los inculpados debido a las diferentes posiciones que ambas partes tienen en el proceso. En efecto, mientras que los primeros están obligados a colaborar con la Administración de Justicia, tanto compareciendo ante el tribunal como rindiendo una declaración de conocimiento sobre los hechos enjuiciados, al inculpado le ampara su derecho a una defensa, una de cuyas manifestaciones es el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable. En cualquier caso, como se verá más tarde, también existirán casos en los que sea necesaria la protección de la integridad y bienes del inculpado, en particular cuando éste se decida a colaborar con la justicia, por mucho que su posición ante el proceso, y con ello su fragilidad, nunca pueda equipararse con la de testigos y peritos.

Tras un largo período en el que se hizo primar la obligación de testificar de testigos y peritos, y con ello la protección de la investigación frente a la seguridad de aquéllos, la L.O. 4/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, viene a suplir el déficit existente en materia de protección a estos sujetos esenciales en el curso de la investigación y proceso penal⁵⁶.

organizada, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997 –y adoptado en junio del mismo año– y en la Estrategia de la UE para el comienzo del nuevo milenio sobre prevención y control de la delincuencia organizada (tras las recomendaciones del Plan de Acción aprobado por el Consejo europeo de Viena en el 98 y por el Consejo europeo de Tampere en el 99). Véase sobre los precedentes legislativos y jurisprudenciales, PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J.R.: «Ley de Protección a testigos y peritos», *Revista de la Universidad de Deusto*, 43/1, 1995, págs. 168 y ss y VELAYOS MARTÍNEZ, M.I.: «Protección de los testigos de cargo en el sistema del “Common Law”», *Revista de Derecho procesal* nº 1, 1996, págs. 95 y ss.

⁵⁶ Un comentario a esta Ley en MORENO CATENA, V: «La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español». *Revista penal* nº 4, 1999, págs. 58 y ss. También establecen mecanismos de protección de testigos la L.O. 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la LECrim sobre perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico de drogas y otras actividades ilícitas graves y la L.O. 14/1999, de 9 de junio, de modificación del CP y de la LECrim en materia de protección penal y procesal frente a los malos tratos familiares. Pese a

Esta ley pretende evitar que testigos y peritos se inhiban de colaborar con la Administración de Justicia por fundados temores sobre las consecuencias que su declaración puede reportarles a ellos o a sus allegados. En conclusión, a través de la articulación de estas medidas de protección se pretende facilitar y proteger el deber de colaboración con la Justicia y, con ello, la seguridad del proceso penal⁵⁷.

En cuanto a su ámbito subjetivo, a partir de su diferente situación procesal, cabe distinguir entre:

- a) Los testigos.
- b) Los peritos.
- c) Los allegados.

Mención aparte requiere la figura del acusado, en tanto su colaboración con la justicia requiera su protección, lo que se tratará más adelante.

A) *Testigos.*

El testigo, que adquiere su cualidad como tal tras la citación judicial, es aquella persona física, ajena al proceso, citada por el órgano jurisdiccional para que preste declaración de ciencia sobre hechos pasados, relevantes para el proceso penal, en orden a la prueba y constancia de la perpetración de los delitos⁵⁸. Como deberes testificales, la LECrim establece tanto el deber de

algún autor que se pronuncia a favor de la restricción del ámbito de aplicación de esta Ley a determinadas formas de criminalidad, como el terrorismo y el tráfico de drogas –es el caso de FUENTES SORIANO, O.: «La L.O. 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales», *Revista de Derecho procesal* nº 1, 1996, pág. 137 y ss–, esta Ley es de aplicación a todo tipo de causas criminales.

⁵⁷ Tal y como establece la misma Exposición de Motivos de la Ley: “De no hacerlo así, podrían encontrarse motivos que comportasen retraimientos e inhibiciones por parte de posibles testigos y peritos no deseables en un Estado de Derecho, con el añadido de verse perjudicada la recta aplicación del ordenamiento jurídico-penal y facilitada, en su caso, la impunidad de los presuntos culpables”.

⁵⁸ GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, 2003, págs. 384 y 385.

comparecer como el deber de prestar declaración. Estos deberes encuentran su referente constitucional en el artículo 118: “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”.

En cuanto al primero de los deberes, el art. 410 LECrim establece que “todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley”⁵⁹.

Junto al deber de comparecencia, el deber fundamental del testigo es el de prestar declaración sobre aquello que se les pregunte en torno al conocimiento sobre datos o hechos relativos al objeto del proceso. Se recogen sin embargo como exenciones del deber de declarar:

- a) la incapacidad física o moral (art. 417.3);
- b) cuando se trata de evitar la propia inculpación; Lo que no es sino una manifestación del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo recogido en el art. 24.2 CE.
- c) El parentesco; Se dispensa de la obligación de declarar a los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, cónyuge, hermanos consanguíneos o uterinos y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado (art. 416) y los hijos naturales respecto de la

⁵⁹ Del que quedan exceptuados el Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe Heredero, los Regentes del Reino, los Agentes Diplomáticos acreditados en España, en todo caso, y el personal administrativo, técnico o de servicio de las misiones diplomáticas, así como sus familiares, de concurrir en ellos los requisitos establecidos en los tratados (art. 411 LECrim). Igualmente quedan exceptuados de concurrir al llamamiento, pero no de declarar, el resto de las personas de la familia real, el Presidente y los demás miembros del Gobierno, los Presidentes del Congreso y Senado, el Presidente del TC, el presidente del CGPJ, el Fiscal General del Estado y los Presidentes de las CCAA (art. 412 LECrim). En el mismo sentido, los cargos recogidos en el art. 412.5.

madre en todo caso y respecto del padre cuando estuvieran reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos (art. 261)⁶⁰.

- d) El secreto profesional; Así, en primer lugar, se dispensa de la obligación de declarar al abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiera confiado en su calidad de defensor (art. 416.2). En segundo lugar, los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio (art. 417.1). En tercer lugar, los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida (art. 417.2)⁶¹.

A través de la regulación de estos secretos –familiar y profesional (del abogado defensor, el religioso y el de los funcionarios públicos)– se pretende tutelar determinadas relaciones y la confianza sobre la que éstas se construyen.

Para el caso de incumplimiento de ambos deberes, el art. 420 LECrim prevé la sanción de multa de 200 a 5000 euros. De persistir en su resistencia, continúa este precepto, en el caso de resistencia a comparecer será conducido a presencia del Juez instructor por los agentes de la autoridad y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia (art. 463.1 CP) y, en el supuesto de resistencia a declarar, se le perseguirá por desobediencia grave a la autoridad.

⁶⁰ A su vez el art. 418 establece que ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el art. 416, con la excepción de que se trate de un delito que atente contra la seguridad del Estado, la tranquilidad pública o la persona del Rey o de su sucesor.

⁶¹ El mismo art. 24 CE se refiere a la figura del secreto señalando que la ley regulará los casos en los que por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Véase a este respecto supra, lo establecido respecto a los arts. 417 y 442 CP.

B) *Peritos.*

Pese a su carácter instrumental e imparcial y, en cierto modo, fungible, no son pocas las ocasiones en las que los peritos puedan igualmente encontrarse en una situación real de peligro que requiera su protección y de ahí que la L.O. 19/1994 haya extendido su ámbito de protección también a ellos. Y ello porque están obligados a acudir y a realizar el informe pericial requerido.

Por perito hay que entender a aquella persona con conocimientos científicos o artísticos de los que el juez carece que es llamado al procedimiento para apreciar a través de su preparación, algún hecho o circunstancia que han sido adquiridas con anterioridad por otros medios de averiguación y sean de interés o necesidad para la investigación⁶², sean titulados –aquellos que “tienen un título oficial de una ciencia o arte cuyo ejercicio está reglamentado por la Administración” (art. 547 LECrim)– o no –aquellos que “careciendo de título oficial tienen, sin embargo, conocimientos o prácticas esenciales en alguna ciencia o arte”–⁶³.

Los peritos, al igual que ocurría con los testigos, están obligados tanto a comparecer, como a practicar el reconocimiento emitiendo el informe sobre el objeto de la pericia, no pudiéndose negar a ello a no ser que exista un impedimento legítimo que deberá ser puesto en conocimiento del Juez (art. 462). En el caso de no acudir al llamamiento del Juez o si se niega a emitir el informe incurrirá en las mismas responsabilidades que se señalan para los testigos (art. 463).

⁶² GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pág. 395.

⁶³ Debiendo quedar aquí también incluidos bajo la cobertura de la LO los intérpretes. MORENO CATENA, V.: «La protección de los testigos y peritos e el proceso penal español», ob. cit., pág. 64. Vid. STS 28 de julio de 2001.

C) *Allegados.*

El artículo 1.1 parece limitar las medidas de protección establecidas por esta Ley a los testigos o peritos que intervengan en el proceso penal. Sin embargo a renglón seguido, el siguiente párrafo alude a los cónyuges, persona a quienes se hallen ligados por análoga relación de afectividad, ascendientes, descendientes o hermanos de aquéllos. Esta referencia se hace para medir la existencia de riesgo o peligro para estas personas como criterio para establecer la necesidad de la adopción de alguna de las medidas de protección que regula la Ley.

Por ello la doctrina no es unánime a la hora de interpretar si el ámbito subjetivo de la Ley alcanza a los familiares⁶⁴. Sí se regula expresamente la protección de familiares y otras personas a través de la L.O. 14/1999, que modifica el art. 13 LECrim, y que determina la posibilidad de la adopción por el Juez Instructor de las medidas cautelares previstas en el art. 544 bis –el alejamiento físico y la prohibición de comunicación entre inculcado y aquéllos–.

Es necesario señalar, por último, que la doctrina se pregunta sobre la extensión de las medidas de protección contempladas en esta Ley a las partes acusadoras, puesto que tanto la parte acusadora como las víctimas pueden prestar declaración en el proceso (en muchos casos habrán sido testigos de los hechos) y pese a diferenciarse de los testigos y peritos en que no son ajenos al proceso, es común con éstos tanto el deber de comparecer como el de declarar y decir la verdad –siendo acusados, de no decir la verdad, por el delito de acusación o denuncia falsa y no del de falso testimonio–. Y, al igual que estos

⁶⁴ Sí entiende que de la redacción del artículo primero de la Ley se puede interpretar la protección de los allegados, MORENO CATENA, V., *ibidem.*, pág. 64. Eso sí, debiendo requerirse, junto a la relación de parentesco o análoga afectividad, la existencia cierta de un grave peligro sobre ellos así como que ésta sea consecuencia de la actividad procesal del testigo o perito. No lo interpreta del mismo modo ZARAGOZA AGUADO, J.A., quien considerando que la ley sólo protege a testigos y peritos, manifiesta críticamente que no se ha tenido en cuenta las recomendaciones formuladas a este respecto por el Consejo de la UE. «La protección de los acusados, testigos y peritos...», *ob. cit.*, págs. 70 y 72.

últimos, pueden ser objeto de represalias. Por estas razones, y aunque la L.O. 19/1994 no lo establezca expresamente en su ámbito subjetivo, la doctrina entiende que debe asimilarse el ofendido a la protección de testigos y peritos, pues las razones que llevaron a promulgar la Ley son también predicables respecto a éstos y sus declaraciones pueden ser determinantes para el éxito de la investigación⁶⁵.

¿Y cuáles son *las medidas de protección* que comprende la L.O. 19/1994⁶⁶?

La doctrina procesalista diferencia entre aquellas medidas que no afectan al desarrollo del proceso y aquellas otras cuya aplicación puede entrar en conflicto con el derecho de defensa del acusado.

Entre las primeras, el artículo 3.2 enuncia las siguientes:

- utilización de vehículos oficiales para el transporte de los afectados;
- la permanencia en dependencias judiciales o al lugar donde deba practicarse una diligencias en un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado;
- prestación de protección policial;

⁶⁵ MORENO CATENA, V., *Ibidem.*, pág. 62.

⁶⁶ No debemos olvidar tampoco las medidas de protección articuladas por el CP a través de los artículos 264.1.1º y 464. El art. 264 castiga los daños superiores a 400 euros realizados para impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones, ya se cometa el delito contra funcionarios públicos, ya contra particulares que, como testigos o de otra manera, hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las leyes o disposiciones generales. La pena prevista será de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses. El segundo castiga con pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses a quien, con violencia o intimidación, intente influir directa o indirectamente en el denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal. Si alcanzare su objetivo, la pena se impondrá en su mitad superior. También se castigará a quien, como represalia contra las personas anteriormente citadas por su actuación en un procedimiento judicial, atentare contra su vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, al margen de la pena correspondiente por estas infracciones.

- provisión de fondos para cambiar la residencia y lugar de trabajo (casos excepcionales);
- la proporción al protegido de una nueva identidad (casos excepcionales).

Estas medidas se adoptarán, a instancia del Ministerio Fiscal para todo el proceso o incluso finalizado éste cuando se mantenga la situación de peligro grave para la persona protegida (art. 3.1). El órgano competente para el establecimiento de estas medidas es el órgano judicial, cuando éste aprecie la existencia de un peligro racial y 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 (art. 1.2)⁶⁷.

Mayores problemas puede causar la adopción del otro grupo de medidas de protección, aquellas que sí afectan al desarrollo del proceso en tanto pueden suponer una correlativa restricción del derecho fundamental a la defensa del acusado, limitando sus instrumentos de reacción frente a la acusación⁶⁸. De ahí la necesidad de la ponderación entre los valores convergentes, las medidas de protección necesarias para garantizar la integridad del testigo, perito o allegados frente al derecho de defensa del acusado, garantizando, en todo caso, que la adopción de aquéllas no impide ejercitar este último. O lo que es lo mismo, que la adopción de las medidas de protección que a continuación se

⁶⁷ Competencia que ha sido cuestionada por la doctrina en tanto la adopción de estas medidas que no afectan al desarrollo del proceso, no así las que sí lo hagan, podían ser adoptadas por los responsables de la seguridad pública, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Fiscal. MORENO CATENA, V: «La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español», ob. cit., pág. 65.

⁶⁸ Y ello puesto que la manifestación del derecho del sujeto a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, recogido en el art. 24.2 CE, comprende no sólo la propuesta y práctica de la prueba dirigida a probar su inocencia, sino también la posibilidad de intervenir en la prueba de la acusación, desacreditando la fiabilidad o las consecuencias de la prueba presentada contra él por la acusación. MORENO CATENA, V., *ibidem.*, pág. 65.

señalan no impida al acusado interrogar al testigo y requerir al perito las aclaraciones oportunas o incluso recusar a este último⁶⁹.

Es el artículo 2 el que recoge las medidas de protección que afectan al desarrollo del proceso. Todas ellas se dirigen a preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo. Las medidas aplicables son:

- que no conste en las diligencias su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión ni cualquier otro dato que pueda servir para su identificación⁷⁰.
- la comparecencia para la práctica de cualquier diligencia utilizando algún procedimiento que imposibilite su identificación visual normal; Esta medida se puede aplicar tanto en la investigación como en el juicio oral, utilizándose para la declaración los métodos que se consideren más idóneos (declaración desde la puerta de acceso a la Sala, fuera de la misma o detrás de algún tipo de mobiliario – biombo–, utilizando una vestimenta –como un pasamontañas– que impida su identificación, o incluso distorsionando la voz o mediante videoconferencia (art. 230.1 LOPJ).
- la fijación como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, de la sede del órgano judicial interviniente.

⁶⁹ Ibidem., pág. 66.

⁷⁰ Esta medida está prevista, en principio, para la fase de investigación. Ahora bien, el artículo 4.3, cuando señala que al inicio del juicio oral las partes pueden solicitar en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, se señala que deben solicitarlo de manera motivada. De esta manera, si no es así, se entiende que tal solicitud puede verse denegada. Por otro lado, sólo permitiendo la identidad, se podrá recusar a los peritos (tal y como establece el art. 662 LECrim).

Al igual que ocurría con el anterior grupo de medidas, la competencia para su adopción recae en el órgano judicial cuando detecte la existencia de un peligro grave⁷¹.

3.2.2. Medidas de favorecimiento de la colaboración con la justicia: el coimputado.

En cuando a la figura del imputado debemos referirnos a dos cuestiones diferentes: a la posibilidad de que, en la medida en la que colabore con la justicia –ya sea incriminando a otros partícipes, ya facilitando la obtención de pruebas– y por tal colaboración exista la posibilidad de convertirse en objeto de represalias, pueda ser objeto de protección por la L.O. 19/1994 y, en segundo lugar, a las medidas contempladas por nuestra legislación penal-procesal para motivar y premiar tal colaboración.

Respecto a la primera de las cuestiones, la posición procesal de los imputados difiere esencialmente de la de testigos y peritos. Junto a su posición de parte, aquéllos no están obligados ni a declarar ni a decir la verdad. En un principio, la Ley está prevista para proteger a quienes declaran contra los imputados y no a estos últimos. Ahora bien, un supuesto distinto puede producirse en el caso de los coimputados que deciden colaborar con la Justicia⁷².

⁷¹ En el caso en el que la medida haya sido adoptada por el órgano judicial instructor, el órgano judicial encargado del enjuiciamiento, una vez recibidas las actuaciones, deberá pronunciarse motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar, suprimir todas o alguna de las medidas de protección de testigos o peritos o incluso si procede adoptar alguna nueva (art. 4.1).

⁷² La doctrina del TC de manera repetida ha dotado de validez las declaraciones inculpatorias de un coimputado, eso sí, sometiénolas a ciertos requisitos. De esta manera, y en tanto el TC califica de “sospechosa” la posición del coimputado en el proceso al no estar obligado a decir la verdad –pudiendo callar e incluso mentir–, requiere la concurrencia de un criterio negativo, cual es la inexistencia de un móvil espurio que impida la valoración de su declaración, con uno de naturaleza positiva: la exigencia de corroboración de la declaración del coimputado (STC 68/2001, de 17 de marzo –caso Marey–). Así, es doctrina del TC que “a la vista de los condicionantes que afectan al coimputado de sometimiento a un proceso penal y de ausencia de un deber de veracidad, el umbral mínimo que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de este mínimo no puede hablarse de base probatoria o de inferencia suficientemente sólida o

A pesar de que su posición procesal sigue siendo diferente de la de testigos y peritos y de la ausencia de la obligación de declarar o de decir la verdad, lo cierto es que en muchas ocasiones su colaboración en el proceso puede reportarle un peligro grave a su vida, bienes o los de sus allegados, incluso de mayor entidad que el de los peritos y testigos llamados a declarar en el proceso. De ahí que la doctrina procesalista se haya manifestado a favor de la aplicación de algunas de las medidas previstas en la Ley 19/1994 como, por ejemplo, la separación física del reo; no en cambio la de la ocultación de la identidad –y ello para garantizar el derecho de defensa y de contradicción de la persona a la que imputa–⁷³.

Además, una interpretación amplia del concepto de testigo –por el carácter testimonial de sus manifestaciones debidas al conocimiento extraprocesal de los hechos–, tal y como se propone desde los instrumentos internacionales, conduciría a la extensión a aquellos de tal protección⁷⁴.

consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia”.(STC115/1998, de 1 de junio). Vista su legitimidad y su compatibilidad con el respeto al principio de presunción de inocencia y de un proceso con todas las garantías, en la determinación de su idoneidad como prueba –y, por ello, en su credibilidad y verosimilitud–deberán operar las siguientes circunstancias tenidas en cuenta por la doctrina: a) la personalidad del delincuente y las relaciones precedentes con otros partícipes; b) la posible existencia de móviles turbios o inconfesables –como la venganza o el soborno–, que permitan considerar el testimonio falso–; c) que la declaración inculpatoria no se haya prestado con ánimo de autoexculpación. ZARAGOZA AGUADO, J.A.: «La protección de los acusados, testigos y peritos en causas criminales...», págs. 75 y 76.

⁷³ MORENO CATENA, V.: «La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español», ob. cit., pág. 63. Igualmente ZARAGOZA AGUADO, J.A. quien fundamenta que aunque se excluya la aplicación de las medidas consistentes en el mantenimiento de anonimato o de la reserva de identidad, incluso en la fase sumarial, no hay problemas en aplicar a los coimputados o coprocesados el resto de medidas de protección previstas por la Ley. La existencia de móviles turbios, la posible finalidad autoexculpatoria de las declaraciones o las relaciones con el resto de partícipes conducen a no poder aplicar todos los instrumentos de protección que contempla la Ley. «La protección de los acusados, testigos y peritos en causas criminales...», ob. cit., págs. 72 y 73.

⁷⁴ Pero a pesar de la extensión de la protección, tal y como pone de manifiesto ZARAGOZA AGUADO, J.A., queda todavía pendiente en nuestro país la regulación de la figura del arrepentido en materias como el establecimiento de programas específicos de protección, identidad, situación de los familiares, derechos y los deberes y obligaciones del afectado y de la Administración. *Ibidem.*, pág. 73.

En cuanto a la segunda cuestión, hay que recordar que el fomento de la colaboración de los acusados con la Justicia para el descubrimiento y la prevención de los delitos de corrupción a través de figuras como la inmunidad es una de las medidas propuestas y utilizadas en el derecho internacional y comparado en materia de persecución de este tipo de delincuencia. Se trata de evaluar aquí cuáles son las cláusulas premiales que recoge nuestra legislación para los comportamientos de delación y que han visto ampliada su operatividad y número en el Código del 95. En concreto, nuestro Código vigente recoge estas cláusulas en el tráfico de drogas (art. 376), terrorismo (art. 579), delitos contra la Hacienda pública y seguridad social (arts. 305, 307) y el cohecho (art. 427). Mientras el efecto de las dos primeras es la atenuación de la responsabilidad criminal, las tres últimas contemplan la exclusión de la pena del sujeto arrepentido.

En primer lugar, nuestro Ordenamiento ha regulado la atenuación – importante– de la condena en supuestos de colaboración concretos: en los delitos de tráfico de drogas y en los delitos de terrorismo⁷⁵. Para estos delitos contempla la figura de los “arrepentidos”⁷⁶. Concretamente es el Código penal el que regula la figura de “colaboración con las autoridades” en los artículos 376

⁷⁵ Ya como antecedente a esta medida se encontraba en el art. 204 del CP de 1848 la exención de la pena de prisión a los miembros de una sociedad secreta que de manera espontánea declararan a la Autoridad lo que supieran del objeto y planes de aquella y el art. 143, que eximía de pena al traidor que diera parte de la conspiración o proposición en los delitos contra la Seguridad interior del Estado. También se previó la delación en las Leyes de 1 de marzo de 1940, sobre masonería y comunismo, de 29 de marzo de 1940 y el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947 sobre bandidaje y terrorismo y el Decreto de 21 de septiembre de 1960 y el Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975. FERNÁNDEZ PALMA, R.: «El terrorista arrepentido en los proyectos de Código penal de 1992 y 1994». *CPCrim* nº 57, 1995, págs. 916 y 917.

⁷⁶ Figura que no es desconocida en los países de nuestro entorno. Al contrario, diferentes países han incorporado en sus legislaciones este tipo de privilegios en la persecución de los delitos de terrorismo y criminalidad organizada. Es el caso de Italia con su “*Legislazione dell’emergenza*” –para delitos de tráfico de drogas y criminalidad mafiosa y cohecho–, los países de la Common Law donde se contemplan medidas de colaboración del imputado o en Portugal –para el cohecho–. Más detenidamente, CUERDA ARNAU, M.L.: *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, págs. 130 y ss.

–tráfico de drogas– y 579 –terrorismo–. En ambos se prevé una importante rebaja de la pena –la pena inferior en uno o dos grados– en los casos en los que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y además colabore activamente en el descubrimiento, persecución o impedimento de estos tipos delictivos⁷⁷.

Esta medida, prevista en nuestro Ordenamiento ya en el CP de 1973 –en el art. 57 bis b)⁷⁸– para los supuestos de terrorismo, es sometida a importantes cambios con la llegada del CP de 1995. En primer lugar, se suprime la posibilidad de remisión total de la pena, hasta entonces sí prevista en el mencionado artículo, limitándose esta medida premial a una rebaja en uno o dos grados. En segundo lugar, se instaura un régimen similar en los delitos de tráfico de drogas (art. 376). Junto a ello, aparece con el nuevo Código un régimen más exigente en cuanto a los requisitos necesarios para aplicar esta figura premial a los arrepentidos⁷⁹.

De esta manera comienza un camino que particularmente en el caso de los delitos de droga –no así en el del terrorismo– parece concluir en un alejamiento de una fundamentación subjetiva de estas medidas premiales, basada en el arrepentimiento –como se observa con la reforma operada por la

⁷⁷ Concretamente, el artículo 376 requiere que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones en las que haya pertenecido o con las que haya colaborado. Por su parte, el artículo 579 exige junto al abandono voluntario de las actividades delictivas, que el sujeto se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado. Junto a ello, también será necesario que colabore activamente con ellas para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas en los que haya participado o con los que haya colaborado.

⁷⁸ Introducida en un primer momento en el art. 174 bis c) del Código por la L.O. 2/1981, de 4 de mayo, de Defensa de la Constitución, pasando a la legislación especial por la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución e incorporándose finalmente al art. 57 bis b) por la L.O. 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código penal.

⁷⁹ VALLE MUÑIZ, J.M. y FERNÁNDEZ PALMA, R.: *Comentarios al Nuevo Código penal*, ob. cit., pág. 1912.

L.O. 15/2003 en la que se suprime en el art. 376 la obligación de que el sujeto se presente a las autoridades y confiese los hechos en los que hubiere participado–, preponderando de esta manera los actos de colaboración “externos” y reforzándose, de este modo, el comportamiento de delación frente al de arrepentimiento⁸⁰.

La razón de ser de esta figura no es otra que la de intentar luchar contra determinados tipos de criminalidad, donde la estructura delictiva de carácter organizado y jerarquizado dificulta enormemente la sanción de las personas que se encuentran en un segundo plano, ordenando y dirigiendo la comisión de los hechos delictivos; aunque haya sido puesta en duda ya no sólo su legitimidad sino también su eficacia y operatividad real.

Esa misma dificultad en la lucha contra una criminalidad caracterizada por una estructura delictiva compleja, jerarquizada, con una distribución escalonada de funciones, es la que explica que algunos textos internacionales prevean como un mecanismo de lucha eficaz la atenuación de la pena o incluso la inmunidad de aquellos acusados que quieran colaborar con la justicia en la persecución de los delitos de corrupción. Su fundamentación es eminentemente práctica y utilitarista: como método de persecución eficaz en determinados tipos complejos de criminalidad⁸¹.

⁸⁰ Ibidem., págs. 1912 a 1914.

⁸¹ GARCÍA-PABLOS, A. niega que exista algún móvil ético ni la orientación hacia intereses de justicia en la formulación de esta medida premial. «Asociaciones ilícitas y terroristas». *Comentarios a la legislación penal II*, Edersa, Madrid, 1983, págs. 165 y ss. Por su parte CUERDA ARNAU, M.L. entiende que confluye la orientación utilitarista con motivaciones basadas en una menor necesidad de pena tanto por razones de prevención general como especial. *Atenuación y remisión de la pena...*, ob. cit., págs. 315 y ss.

En segundo lugar, los delitos contra la Hacienda Pública (art. 305.4)⁸², contra la Seguridad Social (art. 307.3)⁸³ y en el fraude de subvenciones (art. 308.4)⁸⁴ recogen cláusulas de exclusión de la pena para los “arrepentidos”. Mediante estas cláusulas absolutorias, el legislador del 95 permite la elusión del responsable de su responsabilidad penal cuando voluntaria y espontáneamente regularice su deuda con la Tesorería General. Se extiende además la operatividad de estas excusas absolutorias a las irregularidades contables o falsedades instrumentales que el sujeto pueda haber cometido en relación con la deuda objeto de regularización, siempre de manera previa a la regularización de su situación.

También son razones de política-criminal, concretamente, de favorecimiento de la reparación del daño causado a través del pago de las cantidades adeudadas, las que fundamentan la inclusión de estas cláusulas. La fundamentación de su inclusión en el Código se puede interpretar tanto desde la preponderancia de la función recaudatoria de la Administración a través de

⁸² Que declara exento de responsabilidad penal a quien regularice su situación tributaria en relación con las deudas del punto primero –superiores a 120.000 euros–, antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias o, si éstas no han comenzado, antes de que el Ministerio Fiscal, Abogado del Estado o representante procesal de la Administración correspondiente, interponga querrela o denuncia contra él, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de las diligencias.

⁸³ Exime de responsabilidad penal a quien regularice su situación ante la Seguridad Social en relación con las deudas contempladas en el punto primero del artículo, siempre que lo realice antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, si éstas no han comenzado, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interpongan querrela o denuncia contra él.

⁸⁴ Deja exento de responsabilidad penal a quien reintegre las cantidades recibidas mediante las subvenciones, desgravaciones o ayudas contempladas en el punto primero, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió. Deberá hacerlo siempre antes de la notificación de la iniciación de actuaciones de inspección o control en relación con dichas subvenciones, desgravaciones o ayudas o, de no haberse producido todavía éstas, antes de que interpongan querrela o denuncia contra él el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración correspondiente.

la utilización instrumental del Derecho penal⁸⁵, como desde una función ética del Derecho penal, a modo de prevención general de la comisión de este tipo de conductas y reparando el daño causado⁸⁶. También se ha apuntado la falta de razones de prevención general y especial para castigar al defraudador que realiza un comportamiento posterior ajustado a los fines perseguidos por el Derecho penal⁸⁷.

En tercer lugar, y ya para determinados casos de corrupción, prevé el Código penal español una cláusula de exención de responsabilidad. Concretamente, el art. 427 recoge una cláusula de exención de pena para el particular que comete el delito de cohecho⁸⁸. Este precepto señala que quedará

⁸⁵ Críticamente afirma MUÑOZ CONDE, F. que responden a un “afán recaudatorio” que se superpone a los principios básicos del Derecho penal. *Derecho penal, parte especial*, ob. cit., pág. 1018. Igualmente, señalan VALLE MUÑIZ, J.M. y MORALES PRATS, F. que lo que el legislador pretende con esta cláusula –refiriéndose a la contemplada en el art. 307– es la optimización de todos los mecanismos recaudatorios a su alcance. *Comentarios al Nuevo Código penal*, ob. cit., pág. 1571.

⁸⁶ En cualquier caso es reseñable que en estos tres tipos penales, estas excusas absolutorias requieren que la regulación tributaria se realice antes de que se hayan iniciado actuaciones de comprobación o se haya interpuesto querrela o denuncia, lo que supone requerir una regulación voluntaria, espontánea, no coaccionada. De esta manera, se pretende impedir el “compadreo” entre la Inspección y el contribuyente. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, parte especial*, ob. cit., pág. 1005. Como pone de manifiesto MORALES PRATS, F. de esta manera se trata de resguardar la “impronta ético-social” que subyace tanto a las reglas de atribución como a las de exoneración de la responsabilidad en el Derecho penal. *Comentarios al Nuevo Código penal*, ob. cit., pág. 1535.

⁸⁷ Calificándolo como “vuelta a la legalidad del autor”. MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C.: *Derecho penal económico*, ob. cit., pág. 404.

⁸⁸ Esta cláusula alcanzará igualmente a los que colaboraron con el particular, no así a los que lo hicieron con el funcionario corrupto. Ahora bien, aunque el principio de accesoriadad media llevaría a interpretar que para que pueda ser aplicable a los partícipes se debe requerir que éstos denunciaron junto al autor, o al margen de éste, los hechos delictivos, señalan MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. que, por razones de justicia material y en atención al principio de analogía *in bonam partem*, habría que entender que también se aplicará a aquellos partícipes que no denunciaron los hechos ante la autoridad competente bastando su colaboración indirecta en la denuncia del autor o de otros partícipes. *Comentarios al Nuevo Código penal*, ob. cit., pág. 2117. Igualmente, RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., quien considera que a pesar de que la regla general es que las excusas legales absolutorias sean circunstancias no comunicables, en el caso de la cláusula contenida en el art. 427 debe interpretarse la extensión de su eficacia a los partícipes por razones de política-criminal y de justicia, que requieren interpretar este precepto de acuerdo con las causas de exclusión de la responsabilidad criminal contenidas en los arts. 305, 307 y 308 CP –aunque la denuncia sólo pueda realizarla el particular,

exento de pena por este delito el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denuncie el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, siempre que tal denuncia se realice antes de la apertura del correspondiente procedimiento y siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos.

La inclusión de esta excusa legal absoluta⁸⁹ en el Código del 95 responde a una finalidad político-criminal, como es la de fomentar la denuncia de los delitos de esta naturaleza⁹⁰. Por ello, no bastará con que el sujeto confiese su participación en la comisión del delito sino que además debe facilitar la identidad del funcionario público⁹¹.

Pero para que esta figura pueda ser aplicable, el artículo 427 exige la concurrencia de tres requisitos:

- a) que el particular haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádivas⁹²;
- b) que la iniciativa corruptora haya procedido de funcionario y no del particular;

alcanzará a quienes lo denuncien conjuntamente con el autor o participen indirecta o directamente con la Administración de Justicia-. *El delito de cohecho...*, ob. cit., págs. 306 y 307. En el mismo sentido, pero respecto a los artículos 305 y 307, MORALES PRATS, F. y VALLE MUÑIZ, J.M. respectivamente en sus comentarios sobre los arts. 305 y 307. *Comentarios al Nuevo Código penal*, ob. cit., págs.1538 y ss; y págs. 1571 y 1572. Igualmente BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO, S.: *Derecho penal económico*. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pág. 262.

⁸⁹ Que actúa exonerando de pena ante un comportamiento posterior al delito consumado, consistente en la denuncia por el particular corruptor del delito cometido a las autoridades competentes. RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: *El delito de cohecho...*, ob. cit., pág. 306.

⁹⁰ MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: *Comentarios al Nuevo Código penal*, ob. cit., pág. 2115.

⁹¹ Y ello porque a través de la inclusión de los requisitos que establece el art. 427 se pretende superar una de las críticas que se formulan tradicionalmente en contra de este tipo de cláusulas premiales: que sirvan para favorecer la denuncia instrumental o calumniosa. RODRÍGUEZ PUERTA: *El delito de cohecho...*, ob. cit., pág. 305.

⁹² Debiéndose interpretar no que no exista cierta habitualidad en la conducta del particular sino como ausencia de un trato continuado o sucesivo con el funcionario. *Ibidem.*, pág. 308.

- c) que la denuncia se haga en el plazo de diez días desde el acuerdo entre funcionario público y el particular y que no se haya iniciado procedimiento judicial –entendiéndose por tal que no se haya llamado al particular formalmente a declarar–.

Estas limitaciones han sido vistas con buenos ojos por la doctrina que las ve como mecanismos necesarios para impedir la utilización oportunista de esta figura⁹³. Ello ocurriría en los casos en los que el particular recurre a la denuncia delatando al funcionario público ante el incumplimiento de éste, como forma de venganza o extorsión o como manera de eludir la responsabilidad cuando cree que va a ser descubierto. En definitiva, se trata de evitar que esta cláusula se convierta en un factor criminógeno, que “obligue” a que el funcionario público deba continuar un camino de “huida hacia delante” consumando el delito para evitar que el particular lleve a cabo la delación⁹⁴.

Estas tres limitaciones, además, se acumulan al ámbito objetivo del tipo penal: sólo se aplicará en los casos de cohecho recogido en los supuestos agravados de los artículos 419, 420 y 421 en relación con el 423 –donde la conducta del particular es típica–, y no así en los casos de los arts. 425 y 426.

De todas maneras, un sector importante de la doctrina se muestra recelosa ante esta figura premial, ya no sólo por lo que la naturaleza de ésta supone, sino por entender que no servirá para atrapar a los grandes empresarios corruptos que recurrirán a esta figura como forma de evadir su responsabilidad cuando vayan a ser descubiertos; y ello, junto a los problemas que puedan derivar del valor de las declaraciones de los coimputados⁹⁵.

⁹³ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 972. También MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: *Comentarios al Nuevo Código penal*, ob. cit., pág. 2116.

⁹⁴ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: *El delito de cohecho...*, ob. cit., pág. 308.

⁹⁵ MUÑOZ CONDE, F.: *ibidem.*, pág. 972.

Se ha señalado ya concretamente respecto a la cláusula comprendida en el delito de cohecho que es innecesaria y eficaz⁹⁶. Se afirma que es innecesaria en tanto ya se ha producido la despenalización de los casos menos graves de corrupción del particular (art. 425), lo que facilita igualmente la denuncia de estos hechos –al igual que la equiparación entre tentativa unilateral y consumación–⁹⁷. Ineficaz en cuanto en la práctica esta medida no va a favorecer la denuncia. Y ello, en primer lugar, porque con la denuncia el sujeto perdería la ventaja ilícita obtenida o que pretendía obtener. Pero, además, la conexión de solidaridad existente entre particular y funcionario repercute de manera negativa en la posibilidad de denuncia: por el mutuo temor a ser castigados y por el vínculo del acto contrario al deber. En tercer lugar, también evitará la denuncia que en este tipo penal no se contemple una exención de la pena, al contrario que en los artículos 305 y 307, al resto de delitos conexos y a las irregularidades administrativas a las que el delito de cohecho pueda haber dado lugar⁹⁸.

Sin embargo, no toda la doctrina está en contra de la inclusión de esta figura. Así, OLAIZOLA FUENTES afirma que carece de sentido castigar al particular que se limita a aceptar la solicitud del funcionario⁹⁹. Señala esta autora, en primer lugar, que la conducta del particular de aceptación de la solicitud de corrupción no pone en peligro el bien jurídico, el correcto servicio de la Administración –sí cuando es él el que corrompe o intenta corromper– puesto que ya ha sido puesto en peligro por la actitud del funcionario.

⁹⁶ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: *El delito de cohecho...*, ob. cit., págs. 304 y 305.

⁹⁷ Sí devendría necesaria, en cambio, de no ser impunes los comportamientos de los particulares cuando el acto objeto del cohecho fuera un acto conforme a derecho (art. 425). *Ibidem.*, pág. 301.

⁹⁸ Por ello propone esta autora como alternativas a la previsión de la delación: a) la atipicidad de la conducta del particular en el delito de cohecho cuando tiene por objeto un acto propio del cargo (art. 425); b) la específica tipificación si el funcionario público se aprovecha del error del particular y acepta una ventaja (arts. 426 y 437) y c): la inclusión en el Código la sanción de los actos de concusión: cuando el funcionario, abusando del cargo, induce o constriñe al particular a entregarle una ventaja, ostentando este último el status de víctima. RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: *El delito de cohecho...*, ob. cit., págs. 304 y 305.

⁹⁹ *El delito de cohecho*. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 444.

Encuentra además un doble fundamento a esta medida: la de facilitar al particular que accede presionado por el funcionario la posibilidad de librarse de la sanción penal y la de favorecer el descubrimiento de los elementos corruptos que actúan dentro de la Administración¹⁰⁰.

Pero a las críticas concretas referidas a la utilidad y a la eficacia de este instrumento en la lucha contra la corrupción, deben añadirse además las no pocas consideraciones críticas que la doctrina ha venido formulando en torno a todas estas figuras premiales de los “delatores”, “colaboradores” o “arrepentidos”.

Se ha señalado, en primer lugar, la existencia de diferencias entre las diferentes excusas absolutorias aquí expuestas, ya referidas a su finalidad, ya a sus efectos, que conducirían a afirmar que no es posible un análisis similar¹⁰¹. Así, identificándose la existencia de dos grupos, se ha afirmado que mientras que en las medidas premiales contempladas para el delito de tráfico de drogas y terrorismo la finalidad se distancia del utilitarismo y se acerca al abandono de la pena, pues su fundamento es más próximo al del desistimiento en tanto no consiste en la delación sino en el arrepentimiento y en la evitación de futuros delitos, no ocurre lo mismo en las figuras del arrepentido contempladas en los delitos contra la Hacienda pública y Seguridad Social cuyo fundamento, también utilitarista, se encuentra en la reparación del perjuicio causado por el sujeto. Diferente sería el caso del cohecho donde, como ahora se verá, la colaboración con la justicia requerida se hace a través de la delación, quedando en un segundo plano tanto el arrepentimiento y evitación de futuros delitos propios de los primeros delitos mencionados como la reparación del daño causado de los segundos. En cuanto a sus efectos, mientras que estas últimas –

¹⁰⁰ Encuentra además una justificación desde los fines de la pena. Desde la prevención general positiva, en tanto la sanción penal se aplica sobre los funcionarios, que son quienes tienen el dominio funcional del bien jurídico. Desde la prevención general negativa puesto que, al quedar únicamente eximido de pena el particular que no toma la iniciativa y además denuncia, no supone una disminución de la eficacia inhibitoria. *Ibidem.*, págs. 444 y 445.

¹⁰¹ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: *El delito de cohecho...*, ob. cit., págs. 297 y ss.

arts. 305, 307, 308 y 427– implican la exoneración de la pena, aquéllas, con la redacción del 95, no pueden producir más que una atenuación de la misma –lo que más que una diferencia es una consecuencia elemental de la mayor gravedad de estas últimas conductas–.

Sin embargo, y pese a que se han tratado de vincular las figuras premiales para el terrorismo y el tráfico de drogas con la idea subjetiva de arrepentimiento, haciendo girar la atenuación de la pena en el abandono voluntario de la actividad delictiva y en la confesión de los hechos –lo que acercaría esta figura con el desistimiento *ex post factum*– la exigencia de la delación como requisito para su aplicación sigue estando presente y no de manera secundaria. Al requerir tanto el art. 376 como el 579 como requisito ineludible –que se une en el primer caso al abandono voluntario de las actividades y en el segundo y junto a éste, a la confesión de los hechos– la colaboración activa impidiendo la producción del delito, obteniendo pruebas decisivas para la identificación y captura de otros responsables y para impedir la actuación y desarrollo de estas bandas, el legislador se aleja de la idea de arrepentimiento –y de la justificación, conforme a los fines de la pena, del desistimiento *ex post factum*– retomando nuevamente la idea de la delación. Distinto es el supuesto de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social donde se fundamenta en la reparación del daño causado; pero no así en el caso del cohecho, que requiere la denuncia del hecho por parte del particular corrupto y, por tanto, implica únicamente la delación y no la reparación del daño causado con su conducta. Por tanto, la fundamentación de unas y otras es fomentar la colaboración activa del delincuente con la justicia. Su finalidad es meramente pragmática o utilitarista.

De esta manera, serían trasladables también a la cláusula contemplada por el art. 427 para el cohecho las críticas que tradicionalmente se han formulado a estas figuras premiales en casos del terrorismo. En primer lugar se ha señalado que estas medidas suponen un premio a la delación y no al

arrepentimiento o a la reparación del daño causado¹⁰². En este sentido se ha afirmado que no es legítimo por parte del Estado fomentar un comportamiento tan poco ético como el de la delación¹⁰³. Se ha afirmado igualmente que tales medidas pueden implicar una vulneración del principio de igualdad –en tanto no se prevén circunstancias similares en otros delitos, muchos de ellos que protegen bienes jurídicos no tan relevantes– y del de seguridad jurídica, puesto que se hace depender la respuesta penal no del hecho cometido sino de una conducta posterior que puede alterar notablemente el rigor del castigo¹⁰⁴ -o al menos, dejan el sistema en manos de cierta arbitrariedad judicial–. A ello se han unido las críticas desde el punto de vista procesal: a) porque se rompe la estructura del proceso convirtiendo el interrogatorio en un método inquisitorial de obtención de pruebas¹⁰⁵; b) se prima un comportamiento contrario a las garantías constitucionales de la presunción de inocencia y del derecho a no declarar contra sí mismo¹⁰⁶; c) se lleva a cabo una desigualdad procesal y una ruptura del principio de proporcionalidad entre los que colaboran con la autoridad judicial y los que se acogen a su derecho de defensa¹⁰⁷; d) se favorece la confesión falsa contra inocentes¹⁰⁸; y e) puede suponer una inversión de la carga de la prueba para el delatado¹⁰⁹.

¹⁰² RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: *El delito de cohecho...*, ob. cit., pág. 299.

¹⁰³ GARCÍA RIVAS, N.: «Motivación a la delación en la legislación antiterrorista. Un instrumento de control sobre el disenso político», *Poder judicial* n° 10, marzo 1984, pág. 112. ARROYO ZAPATERO, L. Calificaba estas medidas premiales para el terrorismo de “premio a la delación”. «Terrorismo y sistema penal». *Reforma política y Derecho*, Ministerio de Justicia, 1985, pág. 143.

¹⁰⁴ LAMARCA PÉREZ, C.: *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pág. 349.

¹⁰⁵ *Ibidem.*, pág. 348.

¹⁰⁶ FERNÁNDEZ PALMA, R.: «El terrorista arrepentido en los proyectos de Código penal...», ob. cit., pág. 930.

¹⁰⁷ LÓPEZ GARRIDO, D.: *Terrorismo, política y derecho*. Madrid, 1987, pág. 138.

¹⁰⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», *CPC*, n° 30, 1985, pág. 583.

¹⁰⁹ LAMARCA PÉREZ, C.: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, ob. cit., pág. 348.

Por último, es necesario recordar que a los comportamientos de esta naturaleza podría serles aplicable, en todo caso, el régimen general de las atenuantes:

- a) “la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades” (art. 21.4);
- b) la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral (art. 21.5).

La eliminación de cualquier referencia al arrepentimiento –que sí se preveía en su precedente, el art. 9.9 consistente en realizar estos hechos “por impulsos de arrepentimiento espontáneo”– posibilitan la objetivización de estos comportamientos y su fundamentación a partir de razones político-criminales de favorecimiento de determinados comportamientos posteriores a la comisión del hecho delictivo¹¹⁰. A través de estas medidas no se hace sino facilitar al Estado la prueba del delito¹¹¹, en el primer supuesto, y el resarcimiento de la víctima, en el segundo¹¹². Por tanto, su fundamento no radica en una menor antijuricidad o culpabilidad sino en razones utilitarias para el Derecho penal ni

¹¹⁰ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M: *Derecho penal, parte general*. 14ª edición. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 507.

¹¹¹ Los requisitos para su aplicación exigidos por la jurisprudencia los sintetizan QUINTERO OLIVARES, G., y VALLE MUÑIZ, J.M.: a) que la infracción penal se confiese ante las autoridades competentes –la autoridad judicial o sus agentes encargados de la investigación–; b) que la confesión sea veraz, sin que se introduzcan datos falsos para fundamentar causas de exclusión o aminoración de su responsabilidad; c) que la confesión sea realizada por el sujeto responsable del delito; d) que el sujeto colabore antes de conocer que el procedimiento se dirige contra él. *Comentarios al Nuevo Código penal*. 3ª edición. Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 221.

¹¹² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., GARCÍA RIVAS, N., FERRÉ OLIVÉ, J.C., SERRANO PIEDECASAS, J.R.: *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 2ª edición, Praxis, Barcelona, 1999, pág. 317.

tampoco un menor reproche ético a estos sujetos sino, al igual que en las figuras del arrepentido, un criterio pragmático de eficacia en la persecución del delito.

No hay que olvidar tampoco que la apreciación acumulativa de ambas circunstancias o de alguna de ellas muy cualificada podría suponer la rebaja de la pena en uno o dos grados (art. 66.2 CP).

4. Bibliografía.

ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del trabajo*. 18^o edición, Civitas, Madrid, 2000.

ÁLVAREZ CUESTA, A./RODRÍGUEZ HIDALGO, G.: *La libertad de expresión e información en el ámbito laboral*. Universidad de León, 2004.

ANARTE BORRALLO, E.: «Los delitos de descubrimiento de secretos». *Jueces para la Democracia* n^o 43, 2002.

ARROYO ZAPATERO, L. Calificaba estas medidas premiales para el terrorismo de “premio a la delación”. «Terrorismo y sistema penal». *Reforma política y Derecho*, Ministerio de Justicia, 1985.

BADIOLA SÁNCHEZ, A.M.: «Libertad de expresión e información y despido nulo. Comentario a la STC 126/2003, de 30 de junio». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n^o 5, 2004.

BAJO, M. y BACIGALUPO, S.: *Derecho penal económico*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., GARCÍA RIVAS, N., FERRÉ OLIVÉ, J.C., SERRANO PIEDECASAS, J.R.: *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 2^o edición, Praxis, Barcelona, 1999.

BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑÓNEZ, J.I.: *El despido disciplinario y sus causas. Análisis de la jurisprudencia*. Comares, Granada, 2001.

CARRASCO ANDRINO, M.M.: *La protección penal del secreto de empresa*. Barcelona, 1998.

CUERDA ARNAU, M.L.: *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1995.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», *CPC*, nº 30, 1985.

DEL REY GUANTER: «La reciente doctrina del TC sobre la libertad de expresión e información en la relación laboral: extensión y límites». *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*. Lousada Arochena, J.F. y Movilla García, M. (coords). Editorial Comares, Granada, 1998.

ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J y CORBELLA HERREROS, T: «El principio de buena fe en el contrato de trabajo», *Relaciones laborales*, vol. 13, nº 19, 1997.

FABIÁN CAPARRÓS, E.: *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*. Ratio legis, Salamanca, 2000.

FERNÁNDEZ-DELGADO, O: «El secreto de empresa en el ámbito laboral». *RTSS* nº 205, 2000.

FERNÁNDEZ PALMA, R.: «El terrorista arrepentido en los proyectos de Código penal de 1992 y 1994». *CPCrim* nº 57, 1995.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.T.: *Protección penal del secreto de empresa*. Colex, Madrid, 2000.

FUENTES SORIANO, O.: «La L.O. 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales», *Revista de Derecho procesal* nº 1, 1996.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.: «Asociaciones ilícitas y terroristas». *Comentarios a la legislación penal II*, Edersa, Madrid, 1983

GARCÍA RIVAS, N.: «Motivación a la delación en la legislación antiterrorista. Un instrumento de control sobre el disenso político», *Poder judicial*, nº 10, marzo 1984.

GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Lecciones de Derecho procesal penal*. 2ª edición, Colex, Madrid, 2003.

HERZOG, F.: «Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo –Perspectivas más allá del Derecho Penal–». *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Arroyo Zapatero, L., Neumann, U., Nieto Martín, A. Coordinadores. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

LÓPEZ GARRIDO, D.: *Terrorismo, política y derecho*. Madrid, 1987.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico*. Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo*. 23ª edición. Tecnos, Madrid, 2002.

MORENO CATENA, V.: «La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español». *Revista penal* nº 4, 1999.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, Parte Especial*, 15ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal, parte general*. 6ª edición. Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

NIETO MARTÍN, A.: «El programa político-criminal del corporate government (Derecho penal de la empresa y gobierno corporativo)». *Revista de Derecho y Proceso Penal* nº 11, 2004.

OLAIZOLA FUENTES, I.: *El delito de cohecho*. Tirant monografías. Valencia, 1999.

OTERO GONZÁLEZ, M.P.: *Justicia y secreto profesional*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J.R.: «Ley de Protección a testigos y peritos», *Revista de la Universidad de Deusto*, 43/1, 1995.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C./ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del trabajo*, 8ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.

PERETZ GLAZER y MIGDAL GLAZER: *The whistleblowers. Exposing Corruption in Government and Industry*. New York, 1989.

PÉREZ DEL VALLE, C.: «La revelación de secretos de empresa por persona obligada a reserva». *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997.

QUINTERO OLIVARES, G. (Dir): *Comentarios al Nuevo Código Penal*. 3ª edición. Aranzadi, Pamplona, 2004.

RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: *El delito de cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999.

TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho penal de la empresa*. Trotta, Madrid, 1995, pág. 170.

VELAYOS MARTÍNEZ, M.I.: «Protección de los testigos de cargo en el sistema del “Common Law”», *Revista de Derecho procesal* nº 1, 1996.

ZARAGOZA AGUADO, J.A.: «La protección de los acusados, testigos y peritos en causas criminales en el Ordenamiento jurídico español. Ámbito de aplicación de la L.O. 19/1994. Las declaraciones de los coimputados. El problema de los testigos ocultos y anónimos. Incidencia de estas cuestiones en el derecho a un proceso con todas las garantías». *Revista de Derecho y proceso penal*, nº 7, 2002-1.