

ESCRITO DE ALEGACIONES EN EL TRÁMITE DE AUDIENCIA E INFORMACIÓN PÚBLICA DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, QUE EFECTÚA LA AGENCIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN DE LA COMUNITAT VALENCIANA (AVAF).

- **Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana**, creada por Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat.
- **Datos de contacto:**
juridico@antifraucv.es
Calle Navellos, núm. 14, pta. 3 (C.P.46003) València, tel. +34 962 787 450
- **Correo electrónico de destino:** proyectolecrim@mjusticia.es

ÍNDICE

1. Introducción.....	2
2. Enfoque integral y global: la Directiva 2019/1937 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción como ejes vertebradores de la norma procesal penal.....	3
3. De la regulación de la denuncia en el Anteproyecto. La necesaria denuncia anónima.	4
4. De la inclusión del canal externo en el ámbito de protección del denunciante del apartado 6 del artículo 528 del Anteproyecto.	5
5. De la regulación del testigo protegido en el artículo 471 del Anteproyecto.	6
6. De la regulación de la colaboración activa con la justicia. La necesaria extensión de la institución del arrepentido en los delitos de corrupción y fraude.	7
7. Del Estatuto de Protección del Alertador de Corrupción. De la ocultación de los datos de la persona denunciante/testigo.....	8

1. Introducció.

La Agencia Valenciana Antifraude (AVAF) fue creada mediante [Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat](#), en cumplimiento de la Resolución 58/4 de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se aprueba la [Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción](#), hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, que establece, en su artículo seis, la necesidad de crear órganos encargados de prevenir la corrupción en los distintos Estados Parte.

Esta Convención de Naciones Unidas establece las siguientes exigencias dirigidas a los Estados Parte:

- Crear órganos independientes encargados de prevenir la corrupción, dotados de los recursos materiales que sean necesarios y de personal especializado y capacitados para el desempeño de sus funciones (artículos 6 y 36).
- Establecer medidas y sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de ello en el ejercicio de sus funciones (artículo 8.4).
- Facilitar el acceso a los órganos de lucha contra la corrupción para que el público denuncie, incluso de manera anónima, incidentes de corrupción (artículo 13.2).
- Adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él (artículo 20).
- Adoptar medidas apropiadas para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos, peritos y víctimas que presten declaración sobre delitos de corrupción, así como cuando proceda a sus familiares y demás personas cercanas (artículo 32).
- Proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos de corrupción (artículo 33).
- Alentar a las personas que participen o hayan participado en actos de corrupción a que proporcionen información con fines de mitigación de la pena o concesión de inmunidad judicial, así como proteger a los delincuentes que cooperen (artículo 37, apartados 2, 3 y 4).
- Fomentar la cooperación entre los organismos públicos, los funcionarios públicos y los organismos encargados de investigar y enjuiciar los delitos (artículo 38).

La Convención entró en vigor en España mediante instrumento de ratificación de 19 de julio de 2006 ([BOE núm. 171, de 19 de julio de 2006](#)); fecha en la que, conforme a lo dispuesto el artículo

96 de la Constitución Española, dicho Tratado Internacional se integra en nuestro ordenamiento jurídico, produce efectos y obliga a todos los poderes públicos.

La AVAF es una entidad pública adscrita a las Corts Valencianes, con personalidad jurídica propia y dotada de independencia de las administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones, con capacidad para actuar en la recepción de denuncias que afectan al sector público como canal externo, y facultad para su investigación, así como para la prevención del fraude, la corrupción y las irregularidades, el fomento de la integridad y la ética pública y la protección de las personas denunciantes, con carácter de autoridad y potestad sancionadora.

Su ley reguladora, antes citada, ha venido a ser desarrollada mediante el [Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la AVAF de 27 de junio de 2019 \(DOGV núm. 8582, de 2.07.2019\)](#).

En tal sentido debe indicarse que la Agencia Valenciana se acerca ya a los cuatro años de experiencia en la lucha contra el fraude y la corrupción, con especial atención a la protección de los denunciantes y alertadores de fraude, corrupción e irregularidades que pueden dar lugar a responsabilidades legales, habiéndose anticipado notablemente el legislador valenciano a la Directiva (UE) 2019/1937.

La experiencia acumulada por esta Agencia aconseja que se realicen las siguientes aportaciones en este trámite público de alegaciones, y ello sin perjuicio de quedar a la entera disposición tanto del Ministerio de Justicia, como de los grupos parlamentarios y de la Comisión de Codificación para efectuar todas las aportaciones que fueran precisas y que conduzcan a la creación de una norma procesal penal vanguardista e integrada en el derecho de la Unión a la par que totalmente adecuada a los estándares internacionales de lucha contra la corrupción y el fraude.

2. Enfoque integral y global: la Directiva 2019/1937 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción como ejes vertebradores de la norma procesal penal.

La regulación de la norma procesal penal deberá tener en consideración que en la actualidad se está tramitando la transposición de la [Directiva \(UE\) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión](#), conocida comúnmente como la Directiva de protección de los *whistleblowers*.

La correlación e interdependencia entre la transposición de la Directiva y la Ley de Enjuiciamiento Criminal es una realidad que no puede ser desconocida, y por lo tanto el presente Anteproyecto deberá cuidar singularmente de la protección del denunciante o alertador (términos equivalentes a estos efectos). En tal sentido resultan de notable interés las [Alegaciones de la AVAF de fecha 27 de enero de 2021](#) efectuadas en el trámite de consulta pública sobre la transposición de la Directiva

2019/1937, cuya lectura detenida recomendamos.

En idéntico sentido integrador y vertebrador no puede dejar de señalarse que el presente momento, de creación de una ley moderna del proceso penal que abandone las estructuras decimonónicas, abre una ventana de oportunidad para adecuar, de una vez por todas, nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, y que fue ratificada y publicada en el BOE de 19 de julio de 2006.

El instrumento ratificado por el Estado para la lucha contra la corrupción determina todo un sistema de medidas sustantivas contra el fraude y la corrupción, y a nivel procesal, materia que hoy nos ocupa, recuerda la necesidad de efectuar una protección integral a los testigos, peritos y víctimas (artículo 32), del mismo modo que muy singularmente dedica todo un artículo independiente a la protección de los denunciadores (artículo 33) y por último no puede desconocerse la valoración que del arrepentido se realiza en la Convención (artículo 37). Este enfoque integral contra la corrupción no ha sido históricamente atendido en nuestro ordenamiento y tampoco parece ser abordado de forma integral y ambiciosa en el presente Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, razón por la que se formulan las presentes alegaciones en este trámite de información pública.

3. De la regulación de la denuncia en el Anteproyecto. La necesaria denuncia anónima.

Si bien es necesario efectuar una regulación integral en los términos señalados en apartados precedentes, resulta igualmente oportuno dejar anotadas las siguientes consideraciones en relación con la concreta regulación propuesta por el Anteproyecto, que a nuestro juicio, deberá ser objeto de la oportuna modificación.

La regulación de la denuncia efectuada en el Anteproyecto legislativo, con todo de resultar avanzada, no alcanza a colmar una regulación integral, moderna y conforme a la actual jurisprudencia y sentir social.

Así, se observa, en primer lugar, que la regulación general de la denuncia sigue partiendo de la premisa de proscripción de la denuncia anónima, lo que no resulta conforme a una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico ni a la consolidada y constante jurisprudencia que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido estableciendo, y de la que se concluye que la denuncia anónima es conforme a nuestro sistema procesal, a las garantías constitucionales y elemento idóneo para la iniciación de la instrucción penal.

Así, por todas se puede citar la [Sentencia del Tribunal Supremo núm. 318/2013, de 11 de abril](#), en la que se abordada un estudio completo de la cuestión, con la finalidad de determinar si el inicio

del proceso a partir de una denuncia anónima puede adolecer de nulidad por favorecer o a dar lugar a indagaciones prospectivas e injustificadas, y en la que el alto tribunal concluyó en la conformidad a la Constitución y al ordenamiento de la denuncia anónima como iniciadora de la instrucción penal. En esta sentencia el Tribunal Supremo resumió la cuestión en las siguientes palabras, que condensan con absoluta precisión la idoneidad y la necesidad de la denuncia anónima:

“Sin embargo, al no proscribirla expresamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede decretarse a limine su rechazo por principio, máxime teniendo en cuenta la multitud de hechos delictivos de que las autoridades policiales y judiciales son informadas de esta forma **por quiénes a causa de un temor razonable de represalias en ocasiones notoriamente feroces y crueles, prefieren preservar su identidad**, de lo cual la experiencia cotidiana nos ofrece abundantes muestras.”

Todavía con posterioridad la [Sentencia del Tribunal Supremo núm. 958/2016, de 19 de diciembre](#), señalaría de forma más tajante que:

"El origen de la información inicial es irrelevante, en la medida en que no conste ninguna vulneración constitucional que pudiera viciar la obtención de la prueba".

Así, en definitiva, la conclusión es que la denuncia anónima es conforme a nuestro derecho, cuestión en la que el Tribunal Supremo ha venido insistiendo, siendo exponentes recientes de esta doctrina pacífica y consolidada, tanto la [Sentencia del Tribunal Supremo núm. 676/2019 de 23 de enero de 2020](#), como la [Sentencia del Tribunal Supremo núm 35/2020 de 6 de febrero de 2020](#).

Así las cosas, y una vez establecida la conformidad de la denuncia anónima, debe recordarse que esta figura resulta de una singular utilidad especialmente en la lucha contra el fraude y la corrupción, ilícitos en los que se involucran poderes económicos y sociales contra los que alzar la voz se vuelve una tarea singularmente compleja para el denunciante individual. Es por ello que el legislador debería siempre y en todo caso prever un sistema de denuncias anónimas para este tipo de actuaciones fraudulentas y corruptas, máxime cuando el estado actual de la tecnología lo permite con facilidad, pudiendo citarse como ejemplo el Buzón de Denuncias de la AVAF, creado por la [Resolución de 25 de abril de 2018, del director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la que se crea el Buzón de Denuncias de la Agencia y se ordena su funcionamiento](#).

De acuerdo con la experiencia de esta Agencia, la denuncia anónima es la mejor herramienta de lucha contra la corrupción en el sector público.

4. De la inclusión del canal externo en el ámbito de protección del denunciante del apartado 6 del artículo 528 del Anteproyecto.

Además de lo expuesto hasta el momento, que exige una reformulación integral de la denuncia,

debe indicarse, en relación con el caso muy particular del Anteproyecto, que el mismo ha incluido la posibilidad de que la denuncia de un denunciante o alertador por medio de un canal interno pueda ser directamente presentada ante la autoridad penal competente, no revelándose la identidad de la persona que dio la alerta interna salvo que se realice un requerimiento expreso al efecto.

El apartado, con todo de ser avanzado respecto a la regulación actual decimonónica, es insuficiente, y ello porque debe recordarse que la citada Directiva (UE) 2019/1937 establece una protección a la identidad del denunciante de forma global, y no limitada exclusivamente a las personas que denuncien a través de canales internos.

Así, el artículo 6 de la Directiva recoge el derecho a la protección de los denunciantes de **forma indistinta**, hayan denunciado por canales internos conforme al artículo 7 o por **canales externos** conforme al artículo 10.

Es por ello por lo que la previsión del artículo 528.6, cuando limita el alcance de la protección del apartado a la noticia dada por un canal “interno” deberá ampliarse en todo caso también a los canales externos y, en general, al ámbito de protección de la Directiva.

Resulta en este aspecto la regulación del Anteproyecto insuficiente y anómala, pues permitiría salvaguardar la denuncia anónima efectuada por un denunciante o alertador en el seno de una empresa privada, pero excluiría de esta salvaguarda al denunciante o alertador que hace uso de instituciones públicas como es esta Agencia Valenciana Antifraude (u otras agencias u oficinas ya creadas a nivel autonómico en ejercicio de potestades de autogobierno y en funcionamiento). La cuestión deberá ser corregida en orden a adecuar el proceso penal a la Directiva de la Unión Europea de protección a los denunciantes de corrupción.

5. De la regulación del testigo protegido en el artículo 471 del Anteproyecto.

La regulación plasmada en el Anteproyecto al que hoy formulamos alegaciones no resulta adecuada ni a la actual legislación nacional ni a los objetivos de una norma moderna y vanguardista.

Así, a la hora de regular al testigo protegido se observa que el Anteproyecto opta por una regulación más limitada y rigurosa incluso que la que se contempla en la [Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales](#). Téngase en cuenta, además, que la aplicación de esta ley, aunque actualmente vigente, ha venido a ser deficiente e ineficaz, como reconoce un amplio sector de nuestra judicatura y Ministerio Fiscal.

La actual normativa de protección a testigos, en su redacción vigente de 1994, exige para acordar que se despliegue el mecanismo de protección a los testigos protegidos, de conformidad con el artículo 1, una apreciación de peligro grave para “la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad

o sus ascendientes, descendientes o hermanos”.

Frente a la señalada regulación, el proyectado artículo 471 viene a efectuar una limitación a la protección, y así prevé que la protección a testigos lo será exclusivamente en aquellos supuestos en los que exista un riesgo para “la vida, integridad o libertad”. La redacción planteada viene a excluir aquellos supuestos en los que la posible represalia consista en un ataque, por ejemplo, a los derechos profesionales o laborales, o a los bienes, económicos o de cualquier otro tipo, del testigo protegido.

La nueva regulación no solamente debería ser más extensa y ambiciosa que la regulación actual, sino que debería contemplar expresamente la posibilidad de otorgar la condición de testigo protegido en aquellos supuestos de dependencia o vulnerabilidad dentro del contexto laboral, en los que frecuentemente se producen las represalias, como consecuencia de la denuncia interpuesta, por aquellos que van a ser o están siendo investigados o por personas de su entorno.

En este aspecto debemos indicar que esta Agencia no desconoce que la Disposición final cuarta del Anteproyecto establece que deberá presentarse un Proyecto de ley sobre colaboradores con la Administración de Justicia en el plazo de un año a partir de la publicación de la ley de enjuiciamiento criminal. No obstante, no puede, *ab initio*, dejarse acotada la protección a los testigos en tan exiguos términos en la norma procesal, pues la misma habrá de vincular a la redacción de la nueva norma de protección de testigos y colaboradores con la administración de justicia en causas criminales, así como a futuras interpretaciones jurisprudenciales.

6. De la regulación de la colaboración activa con la justicia. La necesaria extensión de la institución del arrepentido en los delitos de corrupción y fraude.

Los delitos de corrupción y fraude se caracterizan por una marcada bilateralidad, e incluso en las formas más complejas por su naturaleza plurisubjetiva. Esta característica es determinante para entender la figura del arrepentido como herramienta de persecución, al servicio especialmente de la investigación penal, con el objetivo de conseguir que afloren los ilícitos mediante la ruptura de los entramados internos y opacos que se forman en la corrupción y el fraude.

Este marco es precisamente el que prevé la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 37 apartados 2 y 3, en el que se señala lo siguiente:

“Artículo 37.2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en casos apropiados, la mitigación de la pena de toda persona acusada que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.

“Artículo 37.3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a

toda persona que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.

El Anteproyecto al que hoy formulamos alegaciones establece la figura del arrepentido en su artículo 179, pero lo hace de una forma incompleta y limitada, y ello porque condiciona la figura exclusivamente a los supuestos de organización criminal.

El concepto de organización criminal, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, se entiende de forma rigurosa y limitada. Esta limitación provoca que en raras ocasiones pueda aplicarse el concepto de organización criminal, y conlleva que la figura del actual artículo 179 del Anteproyecto no tenga virtualidad para alcanzar a los supuestos habituales de corrupción y fraude, en los que resulta difícil que se pueda llegar a declarar la existencia de organización criminal.

Así las cosas, razones de eficacia de política criminal en la persecución de la corrupción y el fraude, en el sector privado y especialmente en el público, imponen que en este tipo de delitos se permita la figura del arrepentido que colabora eficazmente en estos casos y sin cuyo testimonio difícilmente la investigación podría llegar a buen fin.

En nuestra opinión no existiría dificultad técnica alguna en la inclusión del arrepentido en los delitos de corrupción y fraude en nuestro ordenamiento jurídico, aprovechando la regulación establecida en el artículo 179 del Anteproyecto aunque no se reúnan todos los requisitos para su consideración como organización criminal. Con esta precisión, se permitiría adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la previsión contemplada en la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la Corrupción, respondiendo al propio tiempo a una demanda social.

7. Del Estatuto de Protección del Alertador de Corrupción. De la ocultación de los datos de la persona denunciante/testigo.

El corolario de lo hasta el momento expuesto resulta ser la necesidad de crear un estatuto de protección del denunciante o alertador de corrupción, que debería incluir, *mutas mutandis*, una suerte de equiparación con el estatuto de la víctima.

El estatuto debería comprender, además de todas las medidas de protección que se otorgan a la víctima aplicadas con las correspondientes particularidades, la automática ocultación de los datos de la persona denunciante o testigo cuando el proceso verse sobre presuntos hechos o conductas relacionados con la corrupción o el fraude. La confidencialidad y protección de la identidad deberá extremarse especialmente en la fase de instrucción penal.

La experiencia acredita que en los ilícitos, penales o administrativos, ligados al fraude y corrupción que son cometidos en el seno de la administración pública o de las grandes empresas participan, frecuentemente, directa o indirectamente, los responsables de las instituciones y autoridades con poder de decisión en las mismas.

Del mismo modo, la complejidad y opacidad de las astucias defraudatorias dan lugar a que la persecución y descubrimiento de los ilícitos, en muchos casos, escapen de la percepción de quienes deben ejercer los controles, o bien cuando esto es percibido el miedo, la amenaza o la intimidación ejercida sobre quien tiene la intención de denunciar sea más fuerte que la voluntad de dar un paso hacia adelante.

Obviamente la dependencia jerárquica y económica del denunciante respecto al denunciado da lugar a situaciones no deseadas por el ordenamiento jurídico, como son el retraimiento en la denuncia por las personas conocedoras de la infracción. Lo cómodo y lo habitual es no denunciar: la denuncia ocasiona al denunciante problemas en el ámbito laboral, con incidencia en su desarrollo vital, patrimonio y relaciones personales y familiares. Igualmente, las personas denunciadas sufren persecuciones y son represaliadas, tanto para provocar que las mismas desistan de su denuncia, como en forma de aviso y amenaza a futuros posibles denunciados.

En definitiva, este Estatuto de Protección a la persona denunciante deberá prever una tutela integral, a la que se refiere con detalle la mencionada Directiva (UE) 2019/1037, articulándose como una medida de persecución criminal que permita favorecer que trabajadores, empresas y ciudadanos en general se involucren en mayor medida en la lucha contra la corrupción y el fraude, en beneficio del interés general y con garantías en caso de hacerlos de activación de sistemas públicos de protección. Ello permitirá que el ordenamiento jurídico se dote de más y mejores instrumentos para la real y efectiva persecución de este tipo de ilícitos penales que merecen el máximo reproche social del que el Estado debe hacerse eco.

València, en la fecha de la firma

**El director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y
la Corrupción de la Comunitat Valenciana**