

INICIACIÓN A LA INVESTIGACIÓN EN LOS DELITOS RELACIONADOS CON LA CORRUPCIÓN

Fernando Soto Patiño
Fiscal delegado Anticorrupción y contra la Criminalidad Organizada
Fiscalía Provincial de Sevilla.

Actividad: “ASOCIACIÓN PROFESIONAL INDEPENDIENTE DE FISCALES.
Investigaciones en los delitos complejos

Fecha: 15 al 16 de marzo de 2018



Centro de
Estudios
Jurídicos

1.- INTRODUCCIÓN. EL OBJETO DEL PROCESO. 2.- AREAS DE RIESGO 2.1. Los reconocimientos extrajudiciales de crédito 2.2. La contratación directa indebida y el fraccionamiento ilícito del objeto del contrato 2.3. La huida del Derecho Administrativo y del control previo de legalidad a través de las empresas públicas 2.4. La utilización indebida de las transferencias de financiación a los entes del sector público instrumental 2.5. La utilización indebida de la figura del convenio de colaboración 2.6. La ejecución de los contratos y el abuso de los modificados

3.- EL CUERPO DEL DELITO. EL EXPEDIENTE ADVO. 4.- UN UNICO PROCESO O PIEZAS SEPARADAS. 4.1 Introducción 4.2 La condición procesal en cada pieza. 4.3 La reunificación de piezas 4.4 El enjuiciamiento de las piezas por distintos órganos 4.5 La influencia de lo resuelto en el resto de piezas. 4.6 Cumplimiento de penas. 5.- LAS FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN 5.1 El delator 5.2 Los canales de denuncia de los incumplimientos internos 5.3 La denuncia anónima 5.4 Los medios de comunicación 6.- LA COOPERACION INSTITUCIONAL 6.1 La Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). 6.2.- Cámara de cuentas/ Tribunal de Cuentas 6.3.- IGAE. La intervención del Estado y Comunidades Autónomas 6.4 Policía y Guardia Civil 7.- LA PERICIAL 7.1 AEAT e Inspección de Trabajo 7.2 Empresas adjudicatarias de las consejerías de las comunidades autónomas de los servicios de periciales 7.3 IGAE e interventores de las comunidades autónomas. 7.4 la ratificación en fase de instrucción 7.5 periciales de parte 8.- LA INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL. LAS DILIGENCIAS EN FISCALÍA 8.1 La declaración del investigado 8.2 Investigaciones patrimoniales 8.3 Acceso a la información de los registros oficiales 9.- LA INVESTIGACIÓN EN EL SENO DE ORGANIZACIONES Y CORPORACIONES 9.1 El requerimiento bajo sanción a las corporaciones 9.2 El respeto a los derechos fundamentales y laborales.

RESUMEN

La investigación judicial, y por ende la del Ministerio Fiscal, en materia relacionada con la investigación en delitos económicos y la corrupción es una de las cuestiones más complejas a la hora de encajar en la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal, tarea tan solo atenuada por las soluciones jurisprudenciales y cristalizada en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal LO 1/15 pero de modo parcial.

El objetivo de este trabajo y esta ponencia es tan solo ofrecer una relación de problemas habituales y sus posibles soluciones a aquellos fiscales que bien sea en diligencias de investigación o en un procedimiento judicial, han de enfrentarse a la instrucción y posterior enjuiciamiento de un delito de compleja naturaleza relacionado con la corrupción y la delincuencia económica o financiera.

1.- INTRODUCCIÓN. EL OBJETO DEL PROCESO.

La versatilidad del proceso penal español a la hora de delimitar su objeto en fase de instrucción hace que se pueda caer en un riesgo inherente en estos tipos de delitos, la investigación prospectiva.

Un Estado moderno debe proscribir la investigación generalizada a una persona e incluso entidades con la finalidad de encontrar pruebas de comisión de delitos sin que se halle amparada en una base legitimadora de tal acción invasiva.

El último ejemplo en esta materia lo recoge el ATS de 9 de septiembre de 2015, al resolver sobre la competencia de la Sala 2.^a para el conocimiento de una de las piezas del caso Gurtel sobre el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, de manera sumamente descriptiva, concluye cómo una "poco leal" interpretación de la regla de conexidad anteriormente consagrada en el apartado 5.º del artículo 17 LECrim vino dando lugar a una "voracidad oficiosa" de algunas instrucciones, que, en palabras del TS, venían a recordar "la implicación arrastrante de los ramos de cerezas", y no sólo eso, sino "que podría poner incluso en cuestión la compatibilidad de tal oficiosidad con la percepción de imparcialidad de los órganos judiciales que así actúan".

El riesgo de Investigación prospectiva o inquisitiva ha sido ya analizada por la doctrina del alto tribunal y del constitucional. Es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (STC núm. 31/1996, de 27 de febrero, que se hace eco de las SSTC núm. 111/1995, de 4 de julio; 157/1990, de 18 de octubre; 148/1987, de 28 de septiembre; y 108/1983, de 29 de noviembre).

2.- AREAS DE RIESGO

En primer lugar hay que subrayar que cualquier actividad de la administración pública en la que de alguna manera se disponga de caudales o del patrimonio público, es una actividad en la que el riesgo de corrupción es siempre inherente. Como en cualquier obra humana, o en cualquier relación entre varias personas, aquel riesgo siempre está latente, ahora bien, la experiencia ha venido a demostrarnos que existen determinadas áreas donde ese riesgo es más intenso que en otros.

La experiencia de los programas de cumplimiento, actualmente estudiados en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha venido a demostrar que la elaboración de un mapa de riesgos es una actividad deseable, de tal manera que la cultura del cumplimiento y cultura normativa se extienda también al sector público.

En no pocas ocasiones hemos podido detectar cómo se crea el caldo de cultivo propicio para la corrupción y el aprovechamiento por parte de terceros en situaciones donde el personal al servicio de las administraciones pública estaba escasamente formada y

donde la cultura del cumplimiento normativo brillaba por su ausencia.

Pero en cualquier caso siguiendo la opinión de Teresa Moreo Marroig y nuestra propia experiencia podemos destacar las siguientes áreas de riesgo.

2.1. Los reconocimientos extrajudiciales de crédito

Alguien con apariencia de autoridad encarga verbalmente a una empresa la entrega de bienes, prestación de servicios o ejecución de una obra, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y la empresa, actuando de buena fe, o sin poder demostrar la mala fe, lo ejecuta. Así se produce un enriquecimiento injusto por parte de la Administración que deberá restituir la cosa o abonar a dicha empresa los costes en que haya incurrido. Esto por ejemplo se ha convertido en un mal sistémico en el área sanitaria de algunas comunidades autónomas, donde una parte muy importante del presupuesto de gasto sanitario se contrata de forma irregular.

2.2. La contratación directa indebida y el fraccionamiento ilícito del objeto del contrato

En el ámbito de la contratación, los contratos menores -que permite adjudicar directamente a un empresario de libre elección sin justificar los motivos de dicha decisión, sin publicidad ni concurrencia- y los adjudicados por procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, significan un porcentaje desproporcionado a la finalidad para la cual fueron regulados.

Los umbrales económicos (18.000,50.000, 60.000, 200.000), hace que en ocasiones el objeto del contrato se fracciona vulnerando la prohibición de establecida en el artículo 86.2 del TRLCSP.

Entendemos por fraccionamiento ilegal la contratación independiente de diversos elementos de una sola unidad operativa o funcional (se deberá estar a la causa del contrato para ver si hay fraccionamiento), en un espacio temporal limitado, superando los importes permitidos en la ley (contratos menores/negociados sin publicidad).

En principio, la identidad de partes resulta irrelevante para apreciar la existencia de un fraccionamiento abusivo, así existe fraccionamiento ilícito si se divide un proyecto de obras que no contempla fases en tres partes y se adjudican a diferentes empresas, vinculadas o no. No hay identidad de partes pero sí hay fraccionamiento.

2.3. La huida del Derecho Administrativo y del control previo de legalidad a través de las empresas públicas

LA STS 421/14, de 16 de mayo, caso Mercasevilla ,decía que “ *La huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una "huida del Derecho Penal"...* ”

La mayoría de casos de corrupción han sido a través de la utilización de entes instrumentales que no están sujetos a control previo de legalidad.

El control interno que ejercen las respectivas Intervenciones en dichos entes, generalmente se trata de un control posterior financiero o de auditorías. Por otro lado, el

régimen jurídico a aplicar en las contrataciones es el TRLCSP pero en un nivel menor de rigor que si el poder adjudicador tuviera la condición de Administración Pública.

2.4. La utilización indebida de las transferencias de financiación a los entes del sector público instrumental

Las transferencias de financiación son aquellas aportaciones dinerarias entre las administraciones matrices y sus entes instrumentales (institutos, agencias, sociedades, fundaciones, consorcios,...) destinadas a financiar la actividad del ente receptor de la transferencia.

En la fiscalización previa de los expedientes de transferencia se comprueba la correcta calificación del negocio (que no se trate de una subvención), la competencia de órgano, la existencia de crédito adecuado y suficiente y poco más. No se lleva a cabo una fiscalización de la utilización de estos fondos y por ello constituyen una zona crítica.

2.5. La utilización indebida de la figura del convenio de colaboración

Suele acudir a esta figura cuando de proyectos emblemáticos se trata y nuevamente nos encontramos con que para eludir requisitos y controles, cuando en realidad se trata de un contrato o de una subvención (solo será contrato si existen competencias de ejecución del órgano de contratación), con independencia del nomen iurus que se le dé al negocio.

Las elusiones de la legalidad que pueden darse son:

.-Elección del adjudicatario directamente eliminando la competencia.

.-La justificación de las necesidades a satisfacer con dinero público se "suaviza", los previos estudios económicos necesarios para cuantificar la actividad y determinar que el precio que se paga por ella es adecuado al mercado no existen

.-La ejecución y actuaciones encaminadas a comprobación de resultados y comprobación de los fondos entregados es inexistente.

Si a esto unimos que el convenio lo suscribe un ente del sector público no sujeto al control previo de legalidad, la combinación es explosiva.

2.6. La ejecución de los contratos y el abuso de los modificados

El control de la ejecución de los contratos, tanto por los poderes adjudicadores como por la Intervención, es la asignatura pendiente en la práctica de la contratación pública.

Si bien en la fase de adjudicación todo aparece controlado en muchos casos por los Servicios Jurídicos, por la Intervención y por los tribunales administrativos de recursos contractuales, la ejecución es objeto de control de menor entidad.

La modificación de los contratos es un área especialmente proclive a la producción de actos de corrupción. En los contratos, el interés general perseguido por la Administración se encuentra concretado en el objeto contractual, descrito en el proyecto de obra o en el pliego de prescripciones técnicas, donde se establece la forma que la Administración considera idónea para su realización. En consecuencia, en este ámbito, la configuración de un acto de corrupción está determinada por la presencia de intereses que sean contrarios al adecuado cumplimiento del objeto contractual, en los términos en que fue contratado, y la consecuente producción de beneficios particulares indebidos. En muchas ocasiones una obra se adjudica con una baja considerable que

posteriormente se compensa con un modificado y una certificación final con saldo positivo.

3.- EL CUERPO DEL DELITO. EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

El expediente administrativo ha de ser examinado como el objeto donde se encuentra la formación de la voluntad del ente y que constituye un acto administrativo o conducta susceptible de realizar sobre el mismo los juicios de reproches objetivos y subjetivos que el derecho penal comporta.

La única definición la vamos a encontrar en el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. Los dos primeros apartados de su artículo 164 son de siguiente tenor literal:

Constituye expediente el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.

Los expedientes se formarán mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, y sus hojas útiles serán rubricadas y foliadas por los funcionarios encargados de su tramitación.

Es habitual que la intervención del expediente se realice precisamente por la policía judicial con ocasión de haberse acordado judicialmente un registro en las dependencias. En principio lo procedente es incautarse del expediente para posteriormente realizar copia testimoniada y devolver el original, salvo que sea necesario realizar pericia sobre alguno de los documentos.

En otro caso es perturbadora la praxis de incautación de ingente material administrativo original para su análisis posterior en dependencias policiales sin dejar fotocopia o copia autorizada en el archivo administrativo, es de recordar que siendo posible que los expedientes o documentos originales puedan salir de las oficinas administrativas si lo ordena un juez, existe igualmente obligación legal de dejar aquella fotocopia o copia autorizada. Artículo 171 RD 2568/1986.

Del estudio una primera posibilidad que pudiera darse sería que la decisión administrativa fuera, en sí misma, negadora del contenido del propio expediente administrativo

Otra segunda podría ser que nos encontráramos ante una eventual vía de hecho, esto es, ante una actuación material de la Administración Pública sin haber adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva de fundamento jurídico

Finalmente, una tercera posibilidad -cuyo terreno abonado sería el de la actividad discrecional de la Administración- estaría integrada por la desviación de poder, en cuyo caso nos encontraremos ante el ejercicio de potestades

administrativas para fines distintos a los fijados por el ordenamiento jurídico, de forma tal que el expediente no sería sino un ropaje con el que dotar de apariencia de legalidad a una actuación administrativa que no persigue un fin recto.

Como con el resto de acervo documental de la causa en mi opinión procede.

1.- En primer lugar traslado a la fuerza actuante a fin de proceder a un análisis de los mismos.

Aunque pueda parecer que solo nosotros podemos examinar convenientemente un expediente administrativo, lo cierto es que el hallazgo de otras pruebas unido a al examen del expediente, es decir lo que sería una prueba de inteligencia en toda regla, da lugar a hallazgos más que sorprendente.

2.- El examen paralelo del Fiscal del expediente. Como toda valoración de la prueba, el agente realiza una observación y constatación directa de unos hechos, que hacen prueba como posteriormente veremos conforme a las reglas generales, y posteriormente un juicio de inferencia sobre el examen de esos hechos.

Comprobar si ese juicio de inferencia es correcto es misión del fiscal, que no debe dejar llevarse por todo tipo de conclusión sino someterlas crítica antes de llevarla a juicio oral.

4.- UN UNICO PROCESO O PIEZAS SEPARADAS.

4.1 Introducción

Me atrevería a decir que esta ha sido la gran cuestión sobre la que ha girado toda la problemática en estos tipos delictivos.

Buen resumen y ejemplo es la STS del Caso Cooperación o Blasco, esta sentencia resume el estado de la cuestión cuando aún no se había modificado la Lecrim, STS 3-6-2015 nº 277/2015, rec. 10546/2014, Pte: del Moral García

La actual regulación de la conexidad en la Lecrim es la que sigue.

1. Cada delito dará lugar a la formación de una única causa.

No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

Para el procedimiento penal abreviado el Art. 762

6.ª Para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este Título, cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los encausados, cuando sean varios, podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento.

2.- Los supuestos de no conexidad son tratados en los siguientes párrafos

3. Los delitos que no sean conexos pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso..

La regulación de la conexidad ha sido objeto de una importante reforma por Ley 41/201513. Esta Ley, conforme a su Preámbulo, incorporaba disposiciones eficaces para agilizar la justicia con el fin de evitar dilaciones indebidas.

La regla general consagrada en el art. 17 LECrim es la de que cada delito sea objeto de un solo proceso. La pluralidad objetiva o subjetiva puede originar la acumulación en un solo proceso si la investigación y prueba conjuntas es conveniente para el esclarecimiento y determinación de las responsabilidades penales, ahora bien, con una importante salvedad a la hora de acumular, que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

Esta regulación legal es la cristalización normativa de la doctrina jurisprudencial que ha venido constatando la ruptura de aquel equilibrio antes mencionado cuando, en aras de la visión global de los hechos, evitación de decisiones contradictorias y otros argumentos, se produce un resultado no menos pernicioso -de demora o ineficacia- que el que se quería evitar.

Existe por tanto una acusada doctrina jurisprudencial y solución legal tendente a la división de una causa en piezas.

La experiencia además nos indica que los beneficios de la división en aras de una justicia ágil y eficaz son superiores a los perjuicios que puedan causarse.

Cómo se forman materialmente las piezas es otra cuestión a decidir en los procesos complejos. Por una parte hay una parte que constituye un acervo común y que ha de ser común a todas las partes. En la documentación de las Piezas separadas puede ubicarse aquello que es inequívocamente de la pieza separada. Todo lo que no sea clara y exclusivamente de una pieza debe ir al común, que podemos llamar Previa matriz o ramo principal, sea en soporte papel o electrónico. Al término de la investigación de una pieza pueden concretarse los particulares la matriz, que deben formar parte material de la pieza que sea elevada a enjuiciamiento además de la documentación específica de esa pieza separada.

Esta labor de despiece es algo que habrá de estudiarse caso a caso, pero podemos hacer un bosquejo de como puede quedar un procedimiento ya dividido.

PIEZAS PROCESALES

1.- Las piezas reconocidas legalmente.

Pieza de situación personal, de responsabilidad civil, de terceros.

2.- Las piezas no reconocidas legalmente

Pieza de notificaciones.

Pieza de recursos.

PIEZAS SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO.

I.-El ramo principal o pieza principal, donde constaran las primeras actuaciones y todas aquellas actuaciones comunes.

II.- Piezas documentales.

- .- Comunes a todas las piezas y anexadas al ramo principal
- .- Específicas de cada pieza. Desglosadas a cada pieza de enjuiciamiento

III.- Piezas para eventuales enjuiciamiento.

- .- Criterios subjetivos, materiales, cuantía etc..

Igualmente el Fiscal, cuando tramite sus propias diligencias, debe decidir si remite la investigación completa a un solo Juzgado o a varios; y en caso de remitirlo a un solo Juzgado si lo remite solicitando desde el principio la formación de piezas separadas o su tramitación conjunta.

Por su parte, la STS de 3-6-2015 STS de 3-6-2015 nº 277/2015, rec. 10546/2014, Pte: del Moral García. (caso de la Cooperación) recuerda que la formación de piezas separadas se utiliza con frecuencia en las causas seguidas contra miembros de bandas armadas fruto de una interpretación abierta y flexible del art. 17.5 LECrim.

El primer problema a plantearse es desde cuando y hasta que término puede tomarse la decisión de la división. La LECrim se refiere a “enjuiciar los delitos conexos” y a “juzgar a cada uno de los encausados”, sin mencionar la fase de Diligencias Previas. Pero no especifica el momento procesal en el que eso se decida y por tanto puede acordarse al término de la fase de investigación o a lo largo de la misma.

En principio entendemos que la fecha límite será el Auto de Procedimiento Abreviado porque es ese el momento en el que se delimita lo que será enjuiciado, aunque rara vez habrá de esperarse hasta ese momento.

Las circunstancias aconsejan realizarlo tan pronto como se pueda. No hay obstáculo legal a su formación desde el inicio de proceso y si la previsión legal es para el enjuiciamiento ello abarca ese momento y también el camino hacia el mismo. Son numerosos los casos en los que se formaron piezas casi desde el inicio de la investigación penal.

4.2 La condición procesal en cada pieza.

Una de las cuestiones que se plantean es la posición procesal que ha de tener cada parte en cada pieza, si una vez investigado en una ha de mantener esa condición procesal, o si no se va a investigar, puede mantener posición de testigo.

Si estuviéramos en presencia de diferentes Diligencias Previas la cuestión es más clara, porque el hecho de que uno sea investigado en un proceso no le impide ser testigo en otro y viceversa. Pero en el proceso con Piezas separadas hay un solo proceso cuyo contenido se organiza de una determinada manera, sin embargo cada pieza funciona como un procedimiento autónomo, de tal manera que aparece de manera nítida con un objeto procesal diferenciado. Así en la sentencia de instancia del caso cooperación se habla de estas piezas como englobadas en un único procedimiento solo desde el punto de vista formal, materialmente se las considera procesos autónomos.

Las soluciones son diversas y no unánimes.

En Sevilla solemos llamarlos a declarar bajo la figura del “testigo asistido”. De ese modo cada pieza permite una correcta identificación del objeto de la misma, desde el punto de vista subjetivo, pero el testigo asiste con su letrado y no estaría obligado a declarar sobre las preguntas que consideren que pueda perjudicarle en otras piezas, pudiendo hacer uso del derecho previsto en el art. 520.

La sentencia del TSJCV 27-5-14 dice “Como tampoco vemos qué inconveniente puede existir en el hecho de que ciertas personas imputadas en la otra pieza puedan haber sido citadas aquí como testigos, dado que desde el momento que se ha separado la causa en piezas, hemos de entender que estas actúan como procedimientos totalmente independientes, por lo que en nada nos afectará la condición procesal que puedan tener en esa otra causa, y no solo por la decisión formal de separarlos, sino porque materialmente, por su objeto, se refieren a hechos completamente independientes.

Siendo significativo en este sentido, que si nuestro Tribunal Supremo en su acuerdo plenario de fecha 16 de diciembre de 2008 ha decidido que en los casos en que por ausencia de uno de los acusados, estos se juzguen en diferentes fechas de forma independiente en una misma causa, aquellos acusados que ya hayan sido sentenciados declaren en calidad de testigos en esas segundas o ulteriores vistas, con mayor motivo deberá ser así en un caso, como el presente, en que estamos valorando procesos independientes. Sin perjuicio de lo cual y en aras a garantizar al máximo el derecho de estas personas, de manera cautelar el Tribunal les ha advertido que podrían comparecer asistidos de Letrado, bien entendido que ello en modo alguno supondrá una alteración de su estatuto personal como testigo, ni implicará personación alguna en la presente causa, sino sencillamente un mecanismo que permita eludir cualquier susceptibilidad sobre su situación personal”.

4.3 La reunificación de piezas

Es el fenómeno contrario a la división, la conclusión conjunta de piezas separadas que hayan sido tramitadas separadamente.

En general esta ha sido una posibilidad aceptada por las salas de instancia y la doctrina del alto tribunal.

Esta solución de cerrar en un mismo Procedimiento Abreviado varias piezas separadas ha terminado por resultar la más eficaz en un supuesto en el que se acordó la inhibición y el órgano judicial que recibió la causa (el TSJCV) aceptó solo parcialmente la inhibición, incoando piezas separadas para investigar la parte admitida. Ante la inadmisión parcial de la competencia la Fiscalía planteó recurso de casación que el TS estimó atribuyendo la totalidad de la investigación al TSJCV.

4.4 El enjuiciamiento de las piezas por distintos órganos

Una vez en fase intermedia puede corresponder para enjuiciamiento a distintos órganos, por cualquiera de los criterios de atribución de la competencia.

El problema es especialmente acusado en los aforados. Como sabemos la perpetuatio iurisdictionis se producen según la STS de 10-12-2014 con el auto de apertura del juicio oral, este es el momento en el que definitivamente queda perpetuada la jurisdicción y por tanto en lo sucesivo cualquier circunstancia que pudiera motivar un cambio competencial no entraría en juego.

La STS de 25-11-2015 dice que la ley es particularmente flexible en su regulación y habla de "piezas separadas" que puedan ser objeto, no solo de instrucción, sino también

de un “enjuiciamiento diferenciado”, que es donde el TS encuentra el elemento diferencial, porque la ley no dice que ese enjuiciamiento diferenciado necesariamente tenga que serlo por el mismo tribunal.

Esta interpretación vendría avalada por la referencia legal al enjuiciamiento separado como una forma de activar el procedimiento, en singular. En definitiva “este carácter flexible de la previsión normativa impide que pueda absolutizarse en cualquiera de sus vertientes; y todo lo que exige es que las decisiones que se adopten en este marco se orienten realmente a agilizar la dinámica del proceso sin forzar ni alterar los elementos constitutivos de su objeto ni la disciplina constitucional y legal en tema de garantías

La consecuencia de esta decisión es que el enjuiciamiento de distintas piezas de unas mismas Diligencias Previas puede llevarse a cabo por diferentes órganos judiciales.

Este criterio ya ha sido aplicado en otras ocasiones y sirve para resolver cuestiones relativas, no ya al aforamiento, sino a la penalidad solicitada por las acusaciones. Al remitir cada pieza a enjuiciamiento, será posible que unas se remitan al Juzgado de lo Penal y otras a la Sala, atendiendo para ello al criterio penológico que establece el art. 783 de la LECrim sin consideración alguna a la conexidad o a las piezas.

4.5 La influencia de lo resuelto en el resto de piezas.

De la influencia que las distintas sentencias tengan unas sobre otras también trata la STS de 3-6-2015 (Caso de la Cooperación). Confirma la legitimidad de recurrir a las piezas sin más requisitos que un resultado positivo -simplificación y agilización del procedimiento- y uno negativo -la no ruptura de la continencia de la causa-.

Hay otros supuestos en los que se dictan dos o más sentencias por juicios celebrados en distintos momentos como consecuencia de factores ajenos a la complejidad y el aforamiento, reincidencia, rebeldía y otros, en el que un acusado es juzgado después y al margen de otros coacusados sin que por ello se considere inviable o inconstitucional que sea el mismo órgano el que asuma ese nuevo juicio sobre hechos ya conocidos. Podría decirse que hay un riesgo de que la sentencia anterior predisponga sobre el sentido de la siguiente, pero hay que confiar en la capacidad de los tribunales de sustraerse a esos sutiles mecanismos psicológicos, y para determinados casos está prevista y regulada la abstención.

Igualmente habla de un problema material, las dificultades que puede ocasionar el estar repitiendo la práctica de la prueba tantas veces como piezas tengamos, dice la sentencia que sea más o menos laborioso duplicar la actividad probatoria no convierte el proceso en inescindible.

4.6 Cumplimiento de penas.

Una de esas ventajas del enjuiciamiento conjunto es la aplicación del límite máximo de cumplimiento de penas. Es cierto que los beneficios de la acumulación no parecen siempre de obligada renuncia en caso de tramitación autónoma del procedimiento. En el caso de los beneficios penológicos para el reo esto se traduce en la aplicación del art 988 de la LECrim.

Son varias las STS que al profundizar sobre la decisión de acumular o no procesos complejos, sus ventajas e inconvenientes, invocan el citado art. 988 LECrim. La STS 277/201537 lo califica de paliativo y correctivo, en fase de ejecución, del enjuiciamiento separado, como también lo son las limitaciones penológicas previstas

por el TS cuando distintas figuras susceptibles de ser incardinadas en un único delito continuado se han juzgado separadamente. La aplicación de los preceptos invocados plantea un problema interpretativo, relativo a la identificación en cada caso de los “hechos que pudieron haber sido objeto de uno solo por causa de conexidad” y a la fijación del momento a partir del cual la determinación de la pena queda definitivamente hecha al margen de ulteriores sentencias que puedan dictarse.

Así Art. 76

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar

5.- LAS FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Llamo por fuentes de la investigación el origen de la transmisión de la noticia criminis.

Naturalmente, el modo de llegar la noticia del delito al Fiscal no tiene por qué presentar peculiaridades respecto a los supuestos en que directamente llega a conocimiento del Juez. Sucede que en materia de delincuencia económica y anticorrupción, quizás más que en ninguna otra parcela del Derecho Penal, la presentación de denuncias ante el Fiscal especializado, o la mera puesta en conocimiento de hechos de posible relevancia delictiva, es regla general en muchas provincias y la tendencia aumenta en todas ellas.

El modo más habitual de provocar la investigación preprocesal del Fiscal, debería ser por denuncia de órganos de la **Administración Pública**, aunque se acusan todavía omisiones injustificables del deber de denunciar previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la legislación administrativa sectorial.

La corrupción y la delincuencia económica en general se descubren de ordinario por los organismos competentes para la persecución del delito, del fraude fiscal o la prevención del blanqueo, esto es, las correspondientes unidades especializadas de la Policía y de la Guardia Civil, la Agencia Tributaria y el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC).

En otras ocasiones, otros organismos no directamente relacionados con la investigación de la delincuencia descubren posibles delitos y, en cumplimiento de la obligación genérica del artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o de las específicas que le impone su normativa propia, lo ponen en conocimiento del Ministerio Fiscal. Entre estos, destaca el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), el Tribunal de Cuentas o la IGAE, así como los organismos paralelos de las comunidades autónomas.

Respecto a estos nada vamos a desarrollar puesto que no podemos sino remitirnos a las normas generales de la denuncia y la colaboración con la administración de justicia.

Nos detendremos sin embargo en el desarrollo de algunos supuestos específicos de esta materia.

5.1 El delator

En lo que se refiere al tratamiento penal del delincuente arrepentido -siendo éste uno de los casos que más asiduamente caracteriza a la figura del delator-, la aplicación de beneficios penológicos al mismo se encuentra admitida con carácter general, a través de la jurisprudencia desarrollada en interpretación de la atenuante analógica relacionada con la confesión y la reparación del daño (arts. 21.7, 21.4 y 21.5 CP),

Un aspecto que suele recurrirse en los juicios de este tipo para atacar poner en cuestión el testimonio de estos delatores es el dato de declarar con la finalidad de obtener determinados beneficios .Nos recuerda DEL MORAL que ello no es por sí solo suficiente para negar virtualidad probatoria a las declaraciones del coimputado. Así el TC ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización del testimonio que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno (Autos 1/1989, de 13 de enero o 899/1985, de 13 de diciembre), mientras que la Sala Segunda del TS ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (sentencias de 14 de febrero de 1995, 29 de octubre de 1990, 28 de mayo de 1991, 11 de septiembre de 1992, 25 de marzo de 1994, 23 de junio de 1998 o 279/2000, de 3 de marzo).

Sin embargo el tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico de esta manera es ineficiente, debe recordarse cómo la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción establece en su artículo 33 que cada Estado Parte "considerará la posibilidad de incorporar a su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para 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 tipificados con arreglo a la presente Convención".

Igualmente la Comisión Europea, en su Informe de 3 de febrero de 2014, en el que reclama a España la adopción de una serie de medidas para combatir la corrupción, destaca que "España no dispone de normas específicas que protejan a los denunciantes, y las reformas legislativas previstas no llegan aún a establecer mecanismos de protección eficaces".

La OCDE, por su parte, en su Informe de 8 de enero de 2013 sobre cumplimiento en España del Convenio OCDE de corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, recomienda el fomento de la figura del whistleblower o empleado que denuncia una actividad ilícita de la empresa o Administración en la que desempeña su actividad profesional.

5.2 Los canales de denuncia de los incumplimientos internos

Quienes no han participado en el delito de corrupción pero han tenido conocimiento de su preparación o comisión por su proximidad al delincuente tampoco suelen denunciar en España.

Esta vía es a día de hoy especialmente significativa de instaurarse la cultura de cumplimiento derivada de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

5.3 La denuncia anónima

La denuncia anónima no es en sentido jurídico formal una denuncia pues incumple las exigencias del artículo 266 LECrim, de tal modo que, cuando la denuncia constituya un requisito de perseguibilidad impuesto por determinados tipos delictivos, no podrá considerarse que el anónimo en que se contiene la denuncia cumple dicho requisito.

El valor de la denuncia anónima como notitia criminis ha sido reconocido por la Fiscalía General del Estado en la Instrucción 3/1993 y por la jurisprudencia

La STS 1825/2013, de 11 de abril, exige un "juicio de ponderación reforzado, en el que su destinatario valore su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación del proceso penal". La STS 1881/2000, de 7 de diciembre, reconoce que la denuncia anónima "carece de virtualidad absoluta como prueba de cargo".

5.4 Los medios de comunicación

Históricamente, los medios de comunicación han jugado un papel relevante en la denuncia de la corrupción y algunos sonoros casos de delincuencia económica o de corrupción vividos en nuestro país se iniciaron tras informaciones periodísticas (Roldán, Alierta, BBV Privanza...). Corresponde al órgano judicial o al Ministerio Fiscal valorar la credibilidad de una determinada información periodística pues tanto uno como el otro pueden incoar de oficio un procedimiento o abrir unas diligencias de investigación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 303 y 773.3 LECrim, respectivamente

6.- LA COOPERACION INSTITUCIONAL

La labor de investigación en esta materia ha de ser fruto de una labor coordinada desde distintas instancias del Estado. Solo la actuación conjunta de estos organismos, con una correcta delimitación competencial puede dar frutos en la persecución del delito.

Nos referiremos brevemente a aquellos supuestos de mayor importancia y singulares en esta materia.

Otros organismos como el Banco de España, el SEPBLAC, la CNMV, la IGAE o el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), entre otros Tribunal de Cuentas, el Consejo General del Notariado y su Organismo Centralizado de Prevención (OCP) o la Tesorería General de la Seguridad Social son relevantes en el suministro de información al proceso en la investigación de delitos relacionados con la corrupción.

6.1 La Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT).

La AEAT presenta como particularidad el ser el único organismo que presenta y regula un especial deber de colaboración con la administración de justicia.

Esta se extiende a la remisión de expedientes a la jurisdicción competente o al Ministerio Fiscal, a la cesión de datos contenidos en las bases de datos tributarias, a la investigación patrimonial por encomienda de la autoridad judicial, a la intervención en las diligencias de entrada y registro, al auxilio judicial y la elaboración de periciales económicas.

La elaboración de informes periciales es la forma en la que los organismos públicos, generalmente la AEAT, prestan una colaboración más intensa, y probablemente más

relevante, a los juzgados y tribunales, resultando indiscutible que tales informes, tras ser sometidos a contradicción en el juicio oral, van a constituir uno de los elementos de prueba más decisivos en los delitos económicos.

6.2 .- CAMARA DE CUENTAS AUTONÓMICAS Y TRIBUNAL DE CUENTAS

El Tribunal de Cuentas es órgano de fiscalización de la gestión económica financiera del sector público y en el ejercicio de sus funciones publica una serie de informes y documentos interesantes para la investigación de este tipo de delitos.

La Cámaras de cuentas autonómicas como órganos de fiscalización externo a estas administraciones ejerce su fiscalización con arreglo a la legalidad y a los planes estratégicos de planificación que las mismas determinan y suelen contenerse en informes específicos sobre la administración de la que nace, las corporaciones locales, organismos y empresas públicas así como las memorias anuales de la actividad fiscalizadora .

6.3.- IGAE. La intervención del estado y comunidades autónomas

A los efectos que nos interesan la intervención del Estado y de las comunidades autónomas realizan su función en un procedimiento administrativo de dos modos.

El primero de ellos es un control previo o de fiscalización previa, que se sitúa antes de la disponibilidad del gasto, es lo que se conoce como la fiscalización crítica o previa antes de librar los documentos de OP u ordenes de pago.

El segundo de ellos es mediante una fiscalización a posteriori que se planifica en los controles de fiscalización según el organismo de referencia y que tienen los nombres de auditoría pública o de control financiero permanente u otros semejante según la administración pública.

Una labor importante en el Fiscal que conoce de este tipo de asuntos es conocer a qué tipo de fiscalización, si es que lo está, se encuentra sujeto el órgano, administración, sociedad o entidad de la que emana el acto y conducta que estamos investigando.

Una vez detectado esto, sería conveniente en segundo lugar y si el órgano está sometida a control financiero permanente recabar de la administración pública todos aquellos informes de auditoría y de control financiero que se han realizado a este órgano, no solamente en la fecha en la que está encuadrada el acto o disposición que se investiga, sino también aquellos anteriores y posteriores. La finalidad es conocer cuál ha sido ha sido el tratamiento del procedimiento y acto jurídico que se investiga con anterioridad por parte de la intervención.

Fruto de este requerimiento tendremos un documento llamado informe de control financiero o informe de auditoría que en sí mismo es un documento extraordinariamente valioso por su naturaleza, no solamente testifical sino pericial por las máximas de experiencias que suelen contener. Con tal carácter por tanto, ha de ser llamado a juicio aquel interventor o aquellos interventores que han tenido participación en la elaboración de este informe.

Más complejo es el del control fiscalización previo. En estos casos, no se suelen plasmar en un informe sino en un acto de la intervención normalmente naturaleza informática a virtud del cual el interventor libera el pago correspondiente.

Ocurre que la actividad administrativa es de tal magnitud que para facilitar la labor en muchas comunidades autónomas se han publicado las llamadas *guías de fiscalización*. Estas guías fiscalización contienen un tratamiento sistematizado de todos aquellos requisitos de legalidad que el interventor ha de comprobar en el procedimiento previo a la liberalización del gasto.

Las guías de fiscalización son publicadas a través de la web de las consejerías y es un instrumento muy útil para el fiscal que investiga delitos económicos relacionados con la corrupción en administraciones públicas sometidos este tipo de control. De la misma podemos conocer las exigencias en cada caso concreto, los requisitos que exigía para un trámite y su caso como han sido burlados por parte de los funcionarios o autoridades u otros sujetos activos de los posibles.

Ejemplo. Los certificados de finalidad del Art. 41 del reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía.

6.4 POLICÍA Y GUARDIA CIVIL

Son los grandes protagonistas en sus unidades especializadas en esta materia. UCO y UDEF proporcionan sin duda alguna el material más interesante para la investigación y enjuiciamiento en estos delitos.

Destacaremos por su utilidad consideraciones sobre el atestado policial y la prueba de inteligencia policial y financiera.

Aunque el atestado equivale, en principio, a una denuncia (art. 297 LECrim), también tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables, que expuestos por los agentes con su firma y rúbrica y con las demás formalidades exigidas por los arts. 292 y 293 LECrim han de ser calificados como declaraciones testificales (STC 22/1988).

Sin embargo es doctrina consolidada que hay partes del atestado, como pueden ser los croquis sobre el terreno y las fotografías en él obtenidas por ejemplo en un accidente de tráfico, entre otras, que sin encajar exactamente en el perímetro de la prueba preconstituida o anticipada pueden ser aprovechables como elementos de juicio coadyuvantes.

Estos datos y circunstancias obtenidas en una investigación no son practicables directamente en el juicio por ser imposible su reproducción en idénticas circunstancias (SSTC 107/1993 y 201/1989 y ATC 637/1987). Así ocurre, con las huellas de frenado y con la localización de los desperfectos en los vehículos implicados en los accidentes de tráfico, por citar un ejemplo en materia de accidentes de tráfico.

Han de ser introducidos en el juicio oral como pruebas documental a fin de posibilitarse su efectiva contradicción entre las partes (SSTC 107/93, 201/89, 303/93 y 157/95).

Asimismo cuando los atestados contiene determinadas pericias técnicas realizada por los agentes policiales, como pueden ser por ejemplo un test alcoholímetro y que no

pueda ser reproducidas en el acto del juicio oral, es posible considerar dichas pericias como actividad probatoria (...) siempre y cuando el atestado se incorpore al proceso y sea debidamente ratificado (SSTC 100/85, 145/85 y 5/89).

Por otra parte nuestro alto tribunal, en sentencia de 23 de enero de 1987, tratándose de diligencias objetivas y de resultado incontestable, como la aprehensión “in situ” de los delincuentes, los de flagrancia, la ocupación y recuperación de efectos e instrumentos del delito, de armas, drogas o sustancias estupefacientes, efectos estancados o prohibidos, entrada y registros en lugar cerrado y lo que se hallara en el transcurso de los mismos, siempre que mediara mandamiento judicial o consentimiento del morador, el valor que debe atribuírsele es el de verdaderas pruebas, sometidas como las demás a la libre valoración de las mismas.

Esta doctrina está muy relacionada con el valor atribuibles a las actas de inspección de determinados servicios del Estado, por su semejanza con la prueba pericial lo trataremos a continuación.

7.- PERICIAL

La pericial en esta materia es esencial a la hora de determinar las conductas de los hechos delictivos.

Lo primero y esencial es saber sobre que se quiere la pericia. Aunque la cuestión pueda resultar obvio o de perogrullo, no es difícil observar procedimientos donde la audiencia provincial ha revocado la ordenación de la prueba pericial por ser su objeto amplio e indeterminado.

Efectivamente dice la Lecrim.

Artículo 475.

El Juez manifestará clara y determinadamente a los peritos el objeto de su informe.

Artículo 478.

El informe pericial comprenderá, si fuere posible:

1.º Descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo en el estado o del modo en que se halle.

El Secretario extenderá esta descripción, dictándola los peritos y suscribiéndola todos los concurrentes.

2.º Relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado, extendida y autorizada en la misma forma que la anterior.

3.º Las conclusiones que en vista de tales datos formulen los peritos conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte.

Para ello habrá que haberse formado con probabilidad verosimilitud una idea de lo que va a ser el objeto de la acusación.

Obviamente en este caso, si albergamos dudas ha de aplicarse el principio favorable a la ampliación del objeto de la pericia, siempre ponderando la eficiencia y economía de medios y esfuerzos.

7.1 AEAT E INSPECCIÓN DE TRABAJO

Ya es tradicional en todo trabajo que se precie sobre esta materia analizar dos cuestiones, de un lado la naturaleza pericial o testifical de estos funcionarios, y de otro su consideración como peritos imparciales o de parte.

Analizaremos esta cuestión brevemente, conviene a ir a juicio con una especie de prontuario, como en cualquier otra cuestión que pueda surgir.

Por clarificadora, la STS 520/2008 de 15 de julio de 2008 (y en esa línea la 891/2009 de 18 de septiembre de 2009) aplicó la posición tradicional afirmando:

“Tiene declarado esta Sala, respecto al valor que tienen los dictámenes periciales emitidos por los Inspectores de la Agencia Tributaria, como es exponente la Sentencia 192/2006, de 1 de febrero, que dichos informes, en causas en las que la referida Agencia inicia mediante denuncia el procedimiento penal, que la vinculación laboral de estos Inspectores, que tienen la condición de funcionarios públicos, con el Estado, titular del ius

puniendi, no genera ni interés personal que les inhabilite, por lo que ni constituye causa de recusación ni determina pérdidas de imparcialidad, con cita de las SSTS 1688/2000 de 6 de Noviembre, 643/1999, 20/2001 de 28 de Marzo, 472/03 de 28 de Marzo, 3 de Enero de 2003 y 2069/2002 de 5 de Diciembre de 2002.

Según esta última sentencia» ...la admisión como Perito de un Inspector de Finanzas del Estado en un delito Fiscal, no vulnera los derechos fundamentales del acusado, atendiendo, precisamente a que el funcionario público debe servir con objetividad a los intereses generales, sin perjuicio, obviamente, del derecho a la parte a proponer una prueba pericial alternativa a la ofrecida por el Ministerio Fiscal...».

Así pues, cabe concluir, que pese a algunas vacilaciones, la línea mayoritaria es que no resulta procedente cuestionar la imparcialidad de los funcionarios de la AEAT o de la IGAE que comparecen como peritos o integrantes del auxilio judicial, ni su imparcialidad a la hora de emitir los correspondientes informes atendiendo a las funciones encomendadas por el instructor. Así se desprende de la doctrina pacífica del TS, al venir determinada la imparcialidad de los peritos por su condición de funcionarios públicos que sirven con objetividad a los intereses generales.

Los informes periciales emitidos por funcionarios públicos u organismos oficiales gozan de garantía de imparcialidad, solvencia técnica y objetividad de su contenido (si no, lo mismo podría decirse de los peritos dependientes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado).

En este sentido, entre otras: STS de 6/11/2000, 8/05/2001, 5/12/2002, 21/11/2005, 20/06/2006, 20/03/2007, 29/05/2009 y 29/09/2009, concluyendo la jurisprudencia que la vinculación laboral de los funcionarios públicos con el Estado que ejercita el ius puniendi o con un sector concreto de la Administración pública que gestiona los intereses generales afectados por la acción delictiva concreta que se enjuicie (sea la protección de la naturaleza en un delito ambiental, la sanitaria en un delito contra la salud pública o la fiscal en un delito contra la Hacienda Pública) no genera, en absoluto, interés personal en la causa ni inhabilita a los funcionarios técnicos especializados para actuar como peritos objetivos e imparciales a propuesta del Ministerio Fiscal, que promueve el interés público tutelado por la ley.

Esta doctrina tradicional ha venido a ser definitivamente consolidada en pronunciamientos más recientes, como el contenido en la STS 586/2014 de 23 de julio, recurso de casación n.º 263/2014 (caso Fabra), que al valorar la eficacia probatoria del informe pericial emitido por perito perteneciente a la Unidad de Apoyo de la Agencia

Tributaria a la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, reitera la habilidad del funcionario de la AEAT para intervenir en las causas por delitos fiscales.

En relación a lo que exponíamos en el punto anterior, es necesario precisar que un testigo y un perito, como terceros ajenos al proceso aportan máximas de experiencia que ayudan al tribunal a la fijación de los hechos.

Pues bien, los funcionarios de estos servicios con frecuencia aportan varios tipos de máximas de experiencia.

- 1.- Pericial, si aportan conocimientos económicos y contables que a veces suelen tener este tipo de funcionarios.
- 2.- Testifical, respecto de hechos, que con ocasión del ejercicio de sus funciones presencian y de los que tienen conocimientos.
- 3.- Un tercer supuesto nos llevaría a aquellos supuestos en los que la jurisprudencia ha otorgado un valor de cuasi preconstitución respecto de aquellos hechos que apreciados directamente por los mismos en el ejercicio de sus funciones y que consignan en las actas que emiten.

Decía el antiguo art. 173.3 de la derogada LAPAC

*Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán **valor probatorio** sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.*

El art. 144 de la LGT dice

*Las actas extendidas por la inspección de los tributos tienen naturaleza de documentos públicos y **hacen prueba de los hechos** que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario.*

Y por último el art. 77.5 de la actual LPA 39/15 dice

*Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes **recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba** de éstos salvo que se acredite lo contrario.*

Pues bien la jurisprudencia, tanto del supremo como del constitucional, a propósito de estos preceptos ha mantenido que para la correcta interpretación de estos preceptos conviene tener en cuenta los siguientes principios

- 1.- Que en nuestro ordenamiento rige el principio de la libre valoración de la prueba por los Jueces Art. 741
- 2.- Que la expresión hace prueba u otras semejantes es relativa “exclusivamente” **a los hechos comprobados directamente por el inspector o funcionario y no a simples opiniones que consigne en las actas o diligencias.**
- 3.- Que ello no pueda suponer trasladar la carga de la prueba de la inocencia al sujeto pasivo (STC 76/90, 14/97, 169/98)

Esto se encuentra en línea con la jurisprudencia relativa a el atestado respecto que aquellos hechos y datos consignados en el atestado que son de imposible apreciación en el juicio oral “Los datos objetivos e incontestables de imposible reproducción en el acto del juicio oral (p. ej. la aprehensión del presunto delincuente, la ocupación material de efectos o instrumentos del delito, los croquis o fotografías, etc.), pueden merecer la condición de prueba preconstituida si concurren en su obtención las formalidades legales y garantías constitucionales”

7.2 EMPRESAS ADJUDICATARIAS DE LAS CONSEJERÍAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE LOS SERVICIOS DE PERICIALES.

Con carácter general estos peritos no suelen tener ni los conocimientos ni la entidad suficiente como para formular y elaborar dictámenes periciales en este tipo de procedimiento penal con ocasión nos hemos encontrado con sorpresas.

Así la cualificación profesional la probidad y el cumplimiento del deber estos peritos ha hecho que terminen elaborando informes extraordinariamente valiosos para los procedimientos en los que intervenimos

7.3 IGAE E INTERVENTORES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

Ya hemos realizado algunas reflexiones de la intervención de las administraciones públicas como colaboradores del proceso, conviene ahora tener presente la naturaleza de sus intervenciones en el mismo.

La Intervención tiene entre sus funciones el control interno del gasto público. La Ley 47/2003, General Presupuestaria, el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, así como las diferentes leyes autonómicas el título VI de la Ley 47/2003, General Presupuestaria contiene una regulación sistemática y global de la función de control, sobre la base de la configuración independiente de tres modalidades diferentes de su ejercicio, la función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública.

Como exponíamos *ut supra*, la función interventora, en sus modalidades de intervención formal o fiscalización previa y de intervención material, será ejercida ex ante, mientras que el control financiero permanente y la auditoría pública, siempre se realizará con posterioridad al compromiso de gasto y al pago a terceros.

De otro lado es necesario destacar que la función interventora en sus distintas modalidades no siempre se extiende a todo el sector público, ni desde el punto de vista subjetivo, entes exentos del examen, ni desde el objetivo por actividad, contratos menores.

Así respecto al gasto derivado de la contratación pública, el ámbito de fiscalización previa queda limitado a un porcentaje inferior al cincuenta por ciento. En el sector público existen muchas entidades no sujetas a control previo, en los demás casos en los que el órgano de contratación sí está sujeto a control previo, muchos actos se encuentran exentos de fiscalización -bien por su cuantía, bien por su naturaleza y respecto a los gastos que se encuentran sujetos a fiscalización previa, ésta puede llevarse a cabo a través de la modalidad de fiscalización limitada.

En cualquier caso la experiencia nos indica que la función de estos profesionales es sumamente valiosa.

En primer lugar es necesario cuando hemos de investigar un delito en una relación jurídica administrativa, indagar si es la relación jurídica está sometida a fiscalización y de que tipo y en su caso interesar la remisiones de informes de auditoría, fiscalización permanente o intervención fiscalizadora previa.

En segundo lugar estos funcionarios, imparciales en el ejercicio de sus funciones, son valiosos a la hora de elaborar informes periciales ad hoc.

En nuestro caso han sido especialmente útiles a la hora de emitir dictamen sobre la elegibilidad del gasto y los sistemas empleados por beneficiados en subvenciones, a veces acordados con la administración pública a la hora de burlar la aplicación de la Ley.

Conviene advertir la doctrina arriba expuesta sobre las diversas máximas de experiencias que se introducen en una pericia cuando de una pericial de la intervención se trata.

Es evidente que un informe sobre la elegibilidad del gasto en sentido estricto es de naturaleza jurídica, pero junto a este, se suele realizar un estudio de facturas y otros elementos de modo sistematizado que el juez no hace. Recordemos como a pesar de la doctrina consolidada de que la cuota tributaria defraudada en el delito del art. 305 es un elemento penal que al tribunal corresponde determinar, aun no hemos visto un tribunal que así lo haga, sino que en la práctica se limitan a aceptar la realizada por algunas de las pericias que se le presentan.

De singular importancia es la intervención previa. En este caso y en mi opinión la misma ha devenido, al menos en las administraciones de nuestra jurisdicción, en un instrumento inútil a la hora de la prevención de la corrupción.

La ingente actividad administrativa de fomento, el interés en no paralizarla, unido a la secular falta de medios de la administración interventora, ha llevado a sustituir la auténtica labor de control por un examen automático en función de las guías de fiscalización aprobados por decretos en las diversas administraciones.

Una degradación ulterior son los certificados de finalidad, que determinadas normas exigen para que el interventor se de por satisfecho a la hora de intervenir un gasto y posibilitar una orden de pago OP.

Esta cuestión tiene una doble trascendencia

En primer lugar ha llevado a la Fiscalía Anticorrupción de Sevilla a considerar el dictado de este certificado acto administrativo a los efectos de prevaricación.

En segundo lugar es necesario llamar al interventor a declarar sobre estas cuestiones, a veces da la impresión que un acto sometido a intervención ha contado con las bendiciones legales y no es así.

Sea como sea el interventor debe comparecer siempre en el procedimiento con la finalidad de aclarar esta cuestión.

7.4 LA RATIFICACIÓN EN FASE DE INSTRUCCIÓN

El Auto 77/2014, de 22 de abril, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, invitan a explorar ese camino: "La decisión judicial impugnada consistente en denegar judicialmente la ratificación del informe y su sometimiento al principio de contradicción, no implica, per se, merma de los derechos de defensa del imputado a quien la Ley le permite aportar, en esta dilatada fase de instrucción o en otro

momento posterior, como es el del juicio oral, no sólo cualquier otro informe que rebata aquellas conclusiones que le perjudican sino todo aquello que le favorezca

7.5 PERICIALES DE PARTE

En este sentido es importante evitar a toda costa la introducción de afirmaciones por peritos o terceros sin ratificar en el juicio oral.

En buena doctrina, el dictamen pericial, como tal, sea cual sea su origen, con independencia de su plasmación en un verdadero documento oficial o público, si incorpora opiniones de tipo pericial, algunas emitidas finalísticamente para su aportación al proceso, no puede someterse al régimen reservado a documentos públicos y oficiales en sentido estricto y, por tanto, no puede acceder al acervo probatorio de forma directa, sin contradicción que permita su depuración. La siguiente consecuencia habría de ser que, si tal sumisión a contradicción no es instada por la parte a quien interesa la prueba, no podrá ser objeto de valoración. Y ello habría de ser así en todo caso, aunque la Defensa se aquietase y no interesase la ratificación del dictamen.

No se admitiría, pues, el argumento de la “aceptación tácita” a que se refieren los Acuerdos de Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21.5.99, 23.2.01 y 25.5.05.

8.- LA INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL. LAS DILIGENCIAS EN FISCALÍA

No pretendo analizar en este último apartado todas las implicaciones que puede tener la instrucción en el trámite de diligencias de investigación por parte del Ministerio Fiscal en delitos relacionados con la corrupción. Lo extenso de la materia abarcaría mucho más de lo que esta ponencia pueda presentar. Por otro lado, buena parte de los problemas analizados anteriormente son extensibles a la instrucción por parte del fiscal en sus diligencias de investigación.

Por ello es siempre el propósito de este apartado resaltar algunas cuestiones y recomendaciones que conviene tener presente y que han sido extraídas tanto de la circular del Ministerio Fiscal sobre la instrucción, como de la naturaleza y el valor que este tipo de diligencias tienen a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por último y lejos de agotar una posible enumeración ciega de una serie de diligencias, que están en la cabeza de todos, y que deberán acomodarse a cada tipo de delito y hecho concreto, me referiré a algunas de especial complejidad o de dudosa práctica.

Como dice nuestra circular, debe hacerse hincapié en que las diligencias de investigación deben tramitarse conforme el principio de impulso de oficio, para ello es necesario instaurar un sistema de control periódico como el objeto de verificar si las diligencias se han practicado o bien procede su reiteración. Igualmente aun cuando es necesario que este impulso fuera deseable que se realizara de una sola vez acordando diligencias en el decreto de incoación, en otras ocasiones habrá de analizarse sea consecuencia de las diligencias practicadas es necesario practicar otras que traigan causa de las anteriores.

Como hemos dicho, a la hora de la identificación del objeto del proceso las diligencias de investigación deben tener por objeto unos hechos determinados.

Dice la circular que debe en todo caso partirse de que quedan prohibidas las investigaciones generales sobre la conducta o actividades de una persona y las investigaciones prospectivas. *“No deben iniciarse unas diligencias de investigación sino en virtud de la noticia de la comisión de un hecho concreto que revista los caracteres de infracción penal”*.

Igualmente si durante la investigación se pone de relieve la posibilidad de comisión de hechos distintos a los inicialmente investigados, procederá acoadar la incoación de nuevas diligencias de investigación, de acuerdo con los principios de instrucción y enjuiciamiento por pieza separada expuestos más arriba, sin perjuicio que por su conexidad y facilidad de la investigación pudieran acumularse uno solo.

Si en unas diligencias de investigación se acuerda un desglose y la incoación de unas nuevas diligencias, hay que proceder a dar un nuevo número de registro que corresponda, para seguidamente dictar el decreto de incoación. Los plazos máximos de las diligencias originarias -inicial o prorrogados- no serán aplicables a las nuevas diligencias cuando se trate de comenzar una investigación por un delito cuya *notitia* ha aparecido *ex novo*.

Al analizar la *notitia criminis*, una de las cuestiones que han de tenerse muy en cuenta es la del transcurso del tiempo a los efectos del cómputo de los plazos de prescripción, valorando no solo el tiempo transcurrido hasta el momento de la incoación de las diligencias de investigación, sino el que razonablemente pueda preverse que deba invertirse en la investigación.

La Instrucción 5/2005, de 15 de junio, *sobre interrupción de la prescripción* que estableció que *los Sres. Fiscales cuidarán de presentar las denuncias y querellas con antelación suficiente para permitir que la resolución judicial sobre su admisión recaiga antes del cumplimiento del plazo de prescripción*.

En cuanto a su naturaleza, entre las sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado sobre la legitimidad o valoración de la investigación llevada a cabo por el Fiscal destaca la STS de 19-6-20062. Descarta que haya irregularidad alguna en la obtención por parte del Servicio de Vigilancia Aduanera de información bancaria precisa para elaborar un informe encargado por la Fiscalía en el curso de sus Diligencias de Investigación Penal. El Fiscal acompañó la documentación así recabada al Juzgado junto con la denuncia que presentó al término de su investigación. Aunque la defensa había planteado la necesidad de que la encomienda del Ministerio Fiscal fuera refrendada por la autoridad judicial, la sentencia concluye con una rotunda negativa, que sustenta en los artículos 4, 5 y 18 bis del EOMF. Igualmente descarta que la entrega de los datos requeridos por el Fiscal resulte invasiva de los derechos a la intimidad o a la protección de datos de carácter personal en la medida en que está legalmente prevista la comunicación de datos al mismo *“en el ejercicio de las funciones que éste tiene atribuidas”*.

Posteriormente la STS de 30/5/2007 en la misma dirección y con ocasión de un expediente administrativo sancionador y unas Diligencias de Investigación, se practicaron diversas inspecciones y recogidas de muestras que sirvieron de base a análisis que, a su vez, originaron dictámenes periciales. La sentencia condenatoria fue recurrida alegando infracción del artículo 24.2 CE por falta de garantías esenciales en la práctica de las pruebas al no haberse informado a los acusados de la toma de muestras.

La STS recuerda la capacidad del Ministerio Fiscal para incoar las Diligencias de investigación de carácter preprocesal al objeto de comprobar los hechos denunciados y la responsabilidad de los partícipes en los mismos. En relación con la concreta prueba practicada, el Tribunal Supremo declara “*fuera de dudas*” la capacidad del Seprona para practicar la recogida de muestras que sirvan para la detección de niveles de contaminación en las aguas vertidas por cualquier empresa denunciada. Así como la posibilidad de realizar, mediante personal facultativo debidamente especializado, un primer análisis químico de tales residuos. Cuestión distinta es el valor probatorio de esas diligencias iniciales.

Sobre este extremo la Circular FGE 4/2013 se pronunciaba en términos de la mayor amplitud reiterando al efecto las consideraciones expuestas en la Circular FGE 1/1989: el contenido de la investigación del Fiscal abarca cualquier clase de diligencia documental, personal, pericial o real que estime útil a los fines de la investigación.

Añadía la Circular 4/2013, sin ánimo de exhaustividad, una relación de posibles diligencias: ruedas y reconocimientos fotográficos, declaraciones testificales, inspecciones oculares, exhumación de cadáveres, investigaciones patrimoniales, entregas vigiladas, agentes encubiertos, acceso a información de registros oficiales, informes periciales, incorporación de efectos que le sean entregados, diligencias diversas solicitadas por el investigado....La Circular reiteraba la imposible adopción de medidas de entrada y registro domiciliario y de intervención de comunicaciones; y hacía mención aparte de la declaración del investigado, que resulta preceptiva desde el momento que haya un sospechoso perfilado con cierta claridad. La opción por las Diligencias de Investigación comprensivas de todo aquello no expresamente limitado al Fiscal, se consolida en textos recientes como la Ley 23/145, que parte de la posibilidad de que el Fiscal adopte decisiones relativas a los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales (art. 13).

Diligencias de posible práctica

8.1 La declaración del investigado

En principio y de conformidad con lo estipulado en el artículo quinto del estatuto orgánico del Ministerio Fiscal la práctica de la declaración del investigado es de obligado cumplimiento.

Lo que si procede es ponderar el momento en el que está ha de realizarse. No siempre habrá de practicarse inmediatamente a que se abran unas diligencias de investigación. Con respeto al principio de proporcionalidad y de defensa procederá posponerla cuando no existan todavía indicios de comisión del delito o los contornos de éste permanezcan difusos, o no se dispongan aún de elementos que incriminen al denunciado.

Cuando la práctica de la diligencia de toma de declaración del sospechoso pudiera frustrar la investigación, lo procedente será judicializar las actuaciones solicitando del Juzgado la declaración de secreto. No será admisible por tanto en estos casos continuar investigando de espaldas a un sospechoso claramente determinado.

8.2 Investigaciones patrimoniales

En relación con el delito de blanqueo, deben tenerse presentes los arts. 44 y 45 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. El art. 44.2 c) dispone que serán funciones de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones garantizar el más eficaz auxilio en estas materias...al Ministerio Fiscal.

El art. 45.4. a) establece que El Servicio Ejecutivo de la Comisión ejercerá la función de prestar el necesario auxilio...al Ministerio Fiscal.

También podrá el Fiscal en el seno de sus diligencias de investigación solicitar datos a entidades bancarias (STS nº 986/2006, de 19 de junio).

En la Circular 4/2010, de 30 de diciembre *sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal* respecto de las personas e instituciones de las que el Fiscal puede recabar datos en el seno de unas diligencias de investigación se establece que "...sin ánimo exhaustivo se puede señalar respecto a productos bancarios: la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA), la Asociación Española de la Banca (AEB); en relación con investigaciones sobre sociedades y empresas: la Tesorería General de la Seguridad Social o los Registros Mercantiles; para la investigación sobre bienes muebles: el Registro de automóviles de la Dirección General de Tráfico, el Registro de matrículas de embarcaciones de la Dirección General de la Marina Mercante, el Registro de matrículas de Aeronaves de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, así como el Registro de Bienes Muebles; respecto de la situación de bienes inmuebles: los Registros de la Propiedad o la Dirección General del Catastro.

Hay que destacar por su utilidad a estos efectos el Índice Único Informatizado Notarial, que recibe quincenalmente, de forma telemática, la comunicación al Consejo General del Notariado de todos los datos sobre los documentos autorizados en las diversas notarias.

8.3 Acceso a la información de los registros oficiales

El art. 4.1 EOMF tras la redacción dada por Ley 24/2007, de 9 de octubre dispone que *el Ministerio Fiscal, para el ejercicio de sus funciones...podrá acceder directamente a la información de los Registros oficiales, cuyo acceso no quede restringido a control judicial.*

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria* habilita expresamente al Fiscal para recabar los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada.

Debe recordarse, como resalta la Circular 4/2010, que "...el Fiscal, en virtud de los arts. 4, 5, y 18 bis EOMF, puede requerir a las Administraciones Públicas, Entidades, Sociedades y particulares las informaciones que estime precisas en el curso de sus investigaciones, y que el art. 11.2.d) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, exime de la exigencia del previo consentimiento del interesado los casos en que la comunicación de datos tenga por destinatario al Ministerio Fiscal, en el ejercicio de las funciones que éste tiene atribuidas..."

El art. 43.3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, *de prevención del blanqueo de*

capitales y de la financiación del terrorismo establece que con ocasión de la investigación de delitos relacionados con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo el Ministerio Fiscal podrá obtener los datos declarados en el Fichero de Titularidades Financieras.

9.- LA INVESTIGACIÓN EN EL SENO DE ORGANIZACIONES Y CORPORACIONES

En ocasiones, bien sea como consecuencia de una actividad espontánea y voluntaria por parte de la sociedad o corporación o bien sea como consecuencia de aplicar protocolos y procedimientos de cumplimiento normativo estas entidades suelen practicar investigaciones internas con la finalidad de detectar el culpable o bien simplemente de establecer aquellas debilidades en los procedimientos de actuación que suponga un riesgo en la comisión de futuros delitos.

Por ello y siempre que así se produzca es interesante a reclamar y solicitar los informes de conclusiones de este tipo de investigaciones así como si es necesario el trabajo de campo realizado.

Ocurre que no pocas ocasiones este tipo investigaciones tienen no sólo declaraciones testificales, identifica los procesos de formación de la voluntad de la persona jurídica y sus órganos así como periciales ordenadas por la propia entidad.

9.1 El requerimiento bajo sanción a las corporaciones

La Constitución garantiza el derecho a no declarar contra sí y a no confesarse culpable.

De ello resultan importantes consecuencias:

- a. la facultad de abstenerse de declarar;
- b. la voluntariedad de la declaración;
- c. la libertad de decidir durante la declaración, incompatible con cualquier medio de coerción.

Así pues, la *voluntariedad* de la declaración se convierte en el principal requisito de validez (STC 7/2004).

Ahora bien, para el TC las nociones "declarar" o "confesarse culpable" no son equivalentes a cualquier diligencia investigadora para cuya realización sea necesario contar con la colaboración del sujeto investigado. De hecho, el TC limita la eficacia de esta garantía a la declaración *strictu sensu*, es decir, emitir una manifestación de conocimiento sobre unos hechos determinados.

De acuerdo con ello, el TC ha admitido la posibilidad de imponer deberes de colaboración al investigado en los tres supuestos siguientes:

- La realización de la prueba de alcoholemia.
- El deber del propietario del vehículo de identificar al conductor responsable de la infracción.
- El deber de colaboración que se impone al obligado tributario de proporcionar a la administración datos, informes, documentos que guarden relación con el hecho imponible.

Para el TC, la exhibición de estos documentos no equivale a realizar una declaración y, con ello, el contribuyente está haciendo una manifestación de voluntad admitiendo su culpabilidad (STC 76/1990).

Sin embargo, la obligación de colaborar que se impone al administrado en los procedimientos de comprobación tributaria es muy controvertida, especialmente si se tiene en cuenta que el TEDH ha establecido que tales prácticas pueden ser contrarias al art. 6.1 CEDH. En concreto:

- En el caso *Funke c. Francia* (STEDH 25 febrero 1993), el demandante, un representante de comercio de origen alemán residente en Francia, en una investigación relativa a la ley de control de cambios, tres agentes de aduanas registraron su domicilio. Sospechando que podía tener cuentas en el extranjero (en el registro se hallaron varios talonarios), el demandante fue compelido a facilitar el extracto de sus cuentas. Funke se negó y fue sancionado por ello, pero nunca se llegó a proceder contra él por el delito fiscal.

Para el TEDH en estas condiciones se ha producido la violación del art. 6.1 CEDH: la mera sospecha, sin necesidad de que exista una acusación formal, es determinante para que sea aplicable el derecho a no autoincriminarse y, por tanto, para que sea contrario a las garantías reconocidas en el Convenio imponer al contribuyente la obligación de entregar una documentación que puede ser utilizada para incriminarle bajo la amenaza de una sanción (en un sentido equivalente *Wech c. Austria*, STEDH 8 abril 2006).

- En *Saunders c. Reino Unido* (STEDH 29 noviembre 1996) el TEDH termina por perfilar su doctrina. El demandante fue condenado por un delito bursátil. En el proceso que se siguió contra él se utilizaron tanto los documentos que tuvo que aportar en el procedimiento administrativo como las declaraciones realizadas a los inspectores, a quienes también estaba obligado a contestar bajo la amenaza de ser sancionado por desacato.

El TEDH distingue entre la actuación administrativa y el procedimiento judicial. En la primera sí se pueden imponer ciertas obligaciones de colaboración, pues de otro modo se entorpecería la investigación de complejas actividades financieras. En cambio, lo que no se puede es obtener coactivamente información con el fin de utilizarla después en un proceso penal cuando ya existen sospechas de la comisión de un delito e incluso utilizar esas informaciones obtenidas bajo coacción administrativa en un proceso penal, aunque no hayan sido obtenidas con esa finalidad.

Teniendo en cuenta estos antecedentes llama la atención la solución dada en la *STC 18/2005* (en idéntico sentido la *STC 68/2006*).

Se deniega el amparo porque el destinatario de las medidas coactivas, es decir, el obligado a proporcionar información y quien finalmente fue sancionado no eran la misma persona, ya que el procedimiento se dirigió contra la entidad mercantil y quien finalmente resultó condenado fue su administrador como persona física.

No obstante a pesar de la solución dada en el caso concreto, cabe destacar que el TC incorpora el estándar del TEDH lo que hace presagiar que terminará aplicando su doctrina. Podría pensarse que ha optado por conceder un tiempo al legislador para que acomode sus prácticas al estándar constitucional.

Desde una perspectiva de futuro, *conciliar el derecho a no colaborar y a la vez preservar la eficacia de la inspección* pasaría por adoptar las siguientes medidas:

- a. Distinguir claramente, como si se tratase de dos compartimentos estancos que no pueden comunicarse, entre el procedimiento de comprobación (gestión y recaudación del impuesto) y el procedimiento sancionador.
- b. En el primero dirigido a gestionar la recaudación del impuesto pueden imponerse deberes de colaboración.
- c. Tales deberes, en cambio, no pueden imponerse en el procedimiento sancionador.
- d. Además, tan pronto exista la sospecha de la comisión de un delito el contribuyente deberá ser informado de sus derechos.
- e. Y por último, en ningún caso pueden utilizarse en el proceso penal los elementos obtenidos coactivamente en el procedimiento de comprobación tributaria.

Sin embargo el TJUE, a través de la doctrina emanada de la Sentencia Orkem, de 18 de octubre de 1989, se inclina a favor de los intereses pretendidos en el procedimiento administrativo sancionador, puesto que, entre otros motivos, en el momento en que fue dictada las personas jurídicas no gozaban del derecho a la no autoincriminación, habida cuenta de que tal derecho no se encontraba reconocido en la mayoría de ordenamientos de los Estados miembros ni en la CEDH³².

Ello no obstante, tal argumento no fue excusa en la Sentencia Mannesmannröhren, de 20 de octubre de 2001, tras haberse consagrado el citado derecho en el art. 6 CEDH, pues el Tribunal sostuvo que "...la Comisión tiene la potestad de obligar a la empresa a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que le presente, si fuera preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, aun cuando éstos puedan servir para probar contra ella o contra cualquier otra empresa la existencia de una conducta contraria a la competencia".

En cualquier caso siempre podemos recurrir a el expediente administrativo como fuente de prueba, puesto que esa documentación la habrá aportado el imputado como consecuencia de sus obligaciones derivadas de una relación especial de poder con la administración.

9.2 El respeto a los derechos fundamentales y laborales.

Otro aspecto importante a tratar en este tipo de investigaciones es observar las garantías constitucionales de los trabajadores, puede dar al traste el resultado de la investigación. Las investigaciones internas no equivalen, desde un punto de vista funcional, al proceso penal ordinario, el marco en el que operan es diferente, pues aquéllas se rigen por el Derecho laboral.

Desde luego habrá de examinarse si cumplen un estándar mínimo a la hora de la obtención de información y si se han respetado los principios y garantías no solamente ya constitucionales sino también incluso de naturaleza estrictamente de legalidad penal y laboral.

Por ejemplo, el nivel de sospecha para abrir una investigación interna es mucho menor que el requerido para una instrucción penal, en la que deben existir indicios sólidos y razonables.

Ello no obstante, algunas empresas, tratan de establecer ciertos paralelismos entre las garantías internas y las garantías legales. Así, la multinacional SIEMENS, dispone que la investigación habrá de respetar la presunción de inocencia del empleado y los derechos del Comité de Empresa. Asimismo, prohíbe las investigaciones realizadas a cualquier precio y establece reglas para asegurar el trato limpio y respetuoso de los empleados afectados por la investigación

De otro lado el derecho a no declarar en el seno de la empresa no existe, por lo que obviamente su declaración no tiene validez salvo ratificación judicial

En cuanto a la intervención de las telecomunicaciones, a la hora de intervenir las telecomunicaciones, correos electrónicos y demás medios telemáticos, la persona jurídica puede lesionar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y, en su caso, a la intimidad de los trabajadores.

Es obvio que tal y como dispone el art. 18.3 CE las telecomunicaciones sólo pueden ser intervenidas por orden judicial, pero, como excepción, ha de tenerse en cuenta que, si los medios de comunicación son propiedad de la sociedad, basta con que el convenio colectivo disponga que la titularidad de los medios pertenece a la empresa para que no se pueda invocar la protección constitucional.

Se trata de una medida que debe ser realizada cautelosamente, habida cuenta de que una intervención de telecomunicaciones que no respete las garantías exigidas puede constituir un delito tipificado en el art. 197.3 CP que, además, se encuentra en el listado de delitos *numerus clausus* susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas.

Sevilla, invierno de 2018.

BIBLIOGRAFIA

.- La investigación en delitos económicos y relacionados con la corrupción.
ISBN13 9788491195511

Carlos Alcaraz Lamana
2016 -Tirant Lo Blanch

.- Corrupción pública y privada en el estado de derecho

ISBN13 9788491435730

Joan Queralt Jiménez,Dulce M. Santana Vega
2017 -Tirant lo Blanch Monografías
435 páginas-1ª edición

.- Eficacia de los controles administrativos

Moreo Marroig, Teresa

Cuadernos Digitales de Formación CGPJ 37 - 2016 10

.- Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades.

Del Moral García, A.

Revista Vasca de Administración Pública, 2016, núm. 104-II, pp. 58-60

.-Proceso Penal y Delitos de corrupción
NIEVA FENOLL
Jen InDret penal 2/2013, marzo 2013.

