

6.7 La actuación de la Fiscalía Especial: propuestas de reforma

En la Memoria correspondiente a 2017 alertábamos sobre los problemas que plantea la gestión de las llamadas macro-causas, prestando especial atención al art. 324 LECrim y las piezas separadas. Valga lo dicho entonces en evitación de innecesarias repeticiones pues subsisten los problemas ya apuntados y en definitiva el art. 324 continúa vigente pese a la prácticamente unánime posición en favor de su derogación expresado por las Asociaciones Fiscales y la propia Fiscalía General. Sí merece la pena repetir lo que ya se dijo en la pasada Memoria: las dificultades que genera la vigente regulación no puede ser nunca una excusa a la diligente actuación de la Fiscalía, que está comprometida en acortar la duración de los procedimientos introduciendo criterios de flexibilidad y de racionalización en la selección y dibujo del objeto procesal. Se trata –como decíamos en la Memoria de 2017– «de lograr un mejor seguimiento y control del proceso, evitando agotar la instrucción con diligencias que se puedan practicar, en su caso, en el juicio oral y renunciando a líneas de investigación colaterales a los hechos investigados que demoran la conclusión del procedimiento y no aportan un valor añadido a la acusación. No se está en modo alguno abogando por la no persecución de los hechos complejos y la dedicación exclusiva a aquellos acreditados, pero sí se defiende la posibilidad de que el objeto procesal ya acabado no tenga que esperar a que concluya una instrucción por muchos más hechos. El compromiso de los fiscales con el verdadero objetivo y finalidad del proceso penal impone la solicitud de la conclusión de la fase de instrucción tan pronto exista un material incriminatorio suficiente que permita un, por otra parte, siempre incierto, juicio de prosperabilidad positivo de la acusación.»

6.7.1 LA PROTECCIÓN DEL ALERTADOR DE INCUMPLIMIENTOS INTERNOS

La Memoria de 2017 prestaba atención a la necesaria mejora de los cauces de detección de la corrupción, mejora que, ligada al necesario establecimiento de un nuevo marco procesal en el que el Fiscal asuma la investigación de las causas penales desde presupuestos notablemente diferentes, no se ha producido en modo alguno, por lo que debemos dar por reproducido lo entonces dicho. Entre estos cauces de detección se abordaba la imprescindible protección del denunciante, mediante la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de medidas apropiadas para amparar contra todo trato injustificado a las per-

sonas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, delitos relacionados con la corrupción. Así lo recomienda la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 33, la OCDE en su Informe de 8-1-2013 sobre cumplimiento en España del Convenio OCDE de corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, que expresamente fomenta la utilización de la figura del *whistle-blower* o empleado que denuncia una actividad ilícita de la empresa en la que trabaja y organizaciones no gubernamentales como Transparencia Internacional.

El pasado mes de abril de 2018 se presentó la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. La futura Directiva garantizaría una protección en toda la UE para los informantes que notifiquen infracciones de la legislación de la UE entre otras, en materia de contratación pública, servicios financieros y blanqueo de capitales. También se aplica a las infracciones de las normas de competencia de la UE, las vulneraciones y el abuso de las normas relativas al impuesto sobre sociedades y el daño a los intereses financieros de la UE. La Comisión alienta a los Estados miembros a superar estas normas mínimas y a establecer normativas exhaustivas basadas en los mismos principios en materia de protección de los informantes de irregularidades. La Directiva se aplicará a todas las empresas de más de 50 empleados o con un volumen de negocios anual de más de 10 millones de euros, las cuales deberán crear un procedimiento interno para gestionar los informes de los denunciantes de irregularidades. La nueva ley también se extenderá a todas las administraciones nacionales y regionales, así como a los municipios que tengan más de 10.000 habitantes. La propuesta protege la denuncia de irregularidades responsable y claramente dirigida a salvaguardar el interés público. Por lo tanto, contempla salvaguardias para disuadir e impedir los informes abusivos o malévolos y prevenir daños injustificados a la reputación.

Sin perjuicio de algunos aspectos mejorables (garantizar, más allá de la confidencialidad, el anonimato de la fuente, una mayor libertad para elegir el canal de denuncia más adecuado en el caso concreto –denuncias externas– o la protección de intermediarios y facilitadores, entre otros), la Directiva representa un claro avance en la dirección correcta, especialmente novedosa en España, huérfana de regulación.

6.7.2 EL AFORAMIENTO DE LOS FISCALES DE LA FISCALÍA ANTICORRUPCIÓN

En materia de aforamientos, resulta llamativo que los Fiscales de la Fiscalía Anticorrupción estén aforados ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y no ante el Tribunal Supremo, incluso cuando actúan ante los órganos de la Audiencia Nacional. Una disparidad difícilmente explicable con los Fiscales de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, cuyo aforamiento ante el Tribunal Supremo ha sido reiteradamente admitido por el Alto Tribunal.

Ciertamente esta cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en autos de 30-7-2015 y 13-12-2017, rechazando la pretensión en tal sentido de la Fiscalía del Tribunal Supremo, que apoyó la competencia de la Sala Segunda, también sostenida por el TSJ de Madrid en sendas exposiciones razonadas elevadas a dicha Sala en relación con las correspondientes Diligencias Previas incoadas por querrela contra un Fiscal de la Fiscalía Anticorrupción. Entiende la Sala Segunda en los citados autos que si bien el art. 34 y, sobre todo, el art. 60 de la Ley 50/1981, proporcionan apoyo para extender el aforamiento ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo de todos los Fiscales de Sala – sean o no del Tribunal Supremo– o para estimar que los delitos cometidos por los Fiscales del Tribunal Supremo o de la Audiencia Nacional han de ser también conocidos por esta Sala, en cambio, «tratándose de Fiscales anticorrupción, ninguno de esos elementos es suficiente para dejar sin efecto la regla expresa que proclama el art. 73.3.b) de la LOPJ, del que se deriva su aforamiento a favor de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 73.3.b).» Rechaza expresamente el Tribunal Supremo que la delimitación de los cargos del Ministerio Público sujetos al aforamiento a favor de su Sala Segunda pueda obtenerse a partir de un criterio basado en el ámbito territorial en el que aquellos desarrollan su labor profesional.

En realidad, el ámbito territorial tiene una importancia indiscutible como criterio lógico y legalmente predeterminado que vincula al fiscal a la demarcación del Tribunal ante el que actúa. Piénsese que, en puridad, los Magistrados a cargo de los Juzgados Centrales de Instrucción no son en sentido estricto «Magistrados de la Audiencia Nacional». Sin embargo, la Sala Segunda admite su aforamiento precisamente en atención al ámbito territorial en que desempeñan su función. Por eso, la extensión del aforamiento ante el Tribunal Supremo de los fiscales anticorrupción dista mucho de suponer una «inadmisible interpretación extensiva» del art. 57.1 3.º LOPJ, en expresión empleada por la Sala Segunda. Antes al contrario, entendemos que el

tenor literal del art. 57.1. 3.º ha de ser interpretado por el contexto, de forma que su dicción no aboque a resultados absurdos como el que comporta que Fiscales de distintas Fiscalías actuando ante el mismo órgano tengan un aforamiento distinto. Y en ese contexto es determinante la redacción del art. 73.3.b) LOPJ –que completa el marco regulatorio del de Jueces, Magistrados y Fiscales–, cuando atribuye competencia a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para la instrucción y fallo de las causas penales contra Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos «en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma.» La demarcación –como noción en este caso vinculada al ejercicio del cargo–, y no solo la planta, es, pues, un criterio inexcusable de interpretación del art. 73.3.b). Este argumento explica que la Sala Segunda haya considerado aforados ante el propio Tribunal Supremo, a los Fiscales que, sin ser Fiscales de Sala, están destinados ante el propio Tribunal Supremo, órgano con Jurisdicción en todo el territorio del Estado. Semejante criterio en absoluto entraña una interpretación extensiva de una norma privilegiada de competencia, sino que es el resultado natural de una interpretación lógica de la Ley, de una exégesis que no considera aisladamente el art. 57.1.3.º LOPJ, sino que, más allá de su mera literalidad, lo interpreta sistemáticamente en relación con el art. 73.1.b) LOPJ, cuyo tenor es muy clarificador pues, en su literalidad, excluye a los Fiscales que actúan ante la Audiencia Nacional, Tribunal que no pertenece a la Comunidad Autónoma de Madrid.

Este criterio, mantenido por el TSJ Madrid en autos 70/2017, de 18-7 y 73/2017, de 5-9, ha de ser postulado en apoyo del aforamiento ante el Tribunal Supremo de aquellos miembros del Ministerio Fiscal a los que se impute la comisión de delitos en el ejercicio de su cargo cuando este se desempeña en el seno de actuaciones judiciales y ante tribunales cuya demarcación trasciende el ámbito de una Comunidad Autónoma para abarcar todo el territorio del Estado, como sucede con la Audiencia Nacional.

De otro lado, no puede obviarse que los Fiscales de la Fiscalía Anticorrupción, además de aparecer expresa y legalmente vinculados a los órganos penales de la Audiencia Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el art. diecinueve 1, 2 y 4 de la Ley 50/1981, tienen competencia para actuar ante cualquier órgano judicial de todo el territorio nacional, sin necesidad de asignación o atribución expresa del Fiscal General del Estado. Así, la razón para el aforamiento de los fiscales anticorrupción ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo es doble: su directa vinculación con un órgano con jurisdicción en toda España y la propia condición de órgano de adscripción nacional del

Ministerio Fiscal. Podría así incluso plantearse que los Fiscales anticorrupción tuvieran siempre y en todo caso su fuero ante el Tribunal Supremo y no dependiera este de que su actuación se hubiera llevado a cabo en Valencia, Barcelona o León. En todo caso, no existe impedimento alguno para mantener un doble aforamiento de los Fiscales Anticorrupción: ante la Sala Segunda cuando actúen en la Audiencia Nacional y, en los demás casos, ante las correspondientes Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. Ningún obstáculo constitucional o legal se sigue de tal circunstancia cuando media predeterminación legal, como es el caso, del foro de competencia.

6.7.3 ASUNCIÓN DE NUEVAS FUNCIONES EN MATERIA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL: LAS EXTRADICIONES Y LAS ÓRDENES EUROPEAS DE DETENCIÓN Y ENTREGA

Las funciones de promoción y prestación del auxilio judicial internacional que el art. 3.15 del EOMF atribuye al Fiscal cobran una singular importancia en el ámbito de los delitos que son competencia de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada (artículo 19.4 EOMF). Es una evidencia que la criminalidad económica organizada, relacionada o no con la corrupción, es hoy una delincuencia transnacional.

Como ya se destacaba en la Memoria de 2017 la investigación autónoma de la Fiscalía Anticorrupción la sitúa como la Fiscalía que más peticiones de asistencia judicial internacional emite, a las que hay que sumar las numerosas comisiones rogatorias y, más recientemente, órdenes europeas de investigación, que se acuerdan en los diferentes procedimientos judiciales en los que sus Fiscales intervienen. Desde el punto de vista de la cooperación internacional pasiva, también la Fiscalía Anticorrupción cumple un importante cometido, propiciado por el hecho de que desempeña sus competencias en todo el territorio nacional, lo que facilita la posibilidad de coordinar aquellas investigaciones que no se limitan al ámbito territorial de una sola Fiscalía.

Pero es evidente que la cooperación judicial internacional no se agota con las comisiones rogatorias o las órdenes europeas de investigación, sino que en la misma se incluyen también instrumentos tan importantes como la extradición o la orden europea de detención y entrega, que hasta el presente han sido asumidos, en todo caso, por la Fiscalía de la Audiencia Nacional, con independencia de que el procedimiento que motiva la puesta en marcha de estos mecanismos jurídicos estuviera atribuido a la Fiscalía Anticorrupción.

La potenciación orgánica y funcional de la Fiscalía Especial, en su condición de órgano central del Ministerio Fiscal, pasa por la atribución a esta Fiscalía de cuantas competencias ejerce el Ministerio Fiscal ante la Audiencia Nacional en todo lo relacionado con los delitos de su competencia. Aunque la Fiscalía Anticorrupción no se encuentra incardinada en dicho órgano judicial, se trata del Tribunal ante el que se tramitan el mayor número de procedimientos atribuidos a esta Fiscalía, debido a que comparten similares criterios de delimitación de la competencia en materia de delincuencia económica: la «grave repercusión» del art. 65.1 c) LOPJ para la Audiencia Nacional y la «especial trascendencia» del art. 19.4 EOMF para la Fiscalía Especial. Por otra parte, la Fiscalía Anticorrupción tiene atribuidas unas específicas competencias en materia de criminalidad organizada, que el artículo 19.4 q) del EOMF solo excluye «cuando *por su relación con delitos de tráfico de drogas o de terrorismo corresponda conocer de dichas conductas a la Fiscalía Antidroga o a la de la Audiencia Nacional*».

Parece, pues, razonable que la Fiscalía Anticorrupción, como órgano altamente especializado en la investigación y persecución de las organizaciones criminales y el blanqueo de capitales no vinculados al terrorismo o al narcotráfico, asuma todas las funciones relacionadas con estas concretas materias cuya competencia está asignada a los órganos judiciales de la Audiencia Nacional, relevando de esta tarea a la Fiscalía de la Audiencia Nacional, del mismo modo que se estableció para la Fiscalía Antidroga, en el ámbito de sus competencias, en virtud de la Instrucción 12/2005 FGE.

La razón es obvia: el despacho de tales asuntos por la Fiscalía especializada en la persecución de tales delitos contribuirá notablemente a mejorar la eficacia de la acción investigadora de los mismos, posibilitará el uso a tales fines de una información relevante (que en la actualidad se suple con la cooperación con la Fiscalía de la Audiencia Nacional –por otra parte, excelente– y permitirá una mayor coordinación de la acción policial y judicial en sus diferentes vertientes, garantizándose así que la información, la documentación y las piezas probatorias de tales expedientes puedan ser utilizadas en procesos judiciales en curso por los correspondientes delitos y, en su caso, para la iniciación de otros procedimientos o líneas de investigación.

En consecuencia, está en estudio la forma en que deba arbitrarse un sistema que atribuya el despacho o posibilite la intervención de los fiscales de la Fiscalía contra la Corrupción en los expedientes de extradición y órdenes europeas de detención y entrega, en aquellos procedimientos que la Fiscalía Especial tenga asumidos.

6.7.4 REFORMAS SUSTANTIVAS: EL NUEVO DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Como en la Memoria correspondiente a 2017 debemos reiterar la deseable tipificación del delito de enriquecimiento ilícito que sigue sin merecer la atención de nuestro legislador y que llenaría las pocas lagunas punitivas que quedan en materia de corrupción. Decíamos en la referida Memoria, y se sigue constatando año tras año, que los comportamientos relacionados con la corrupción han cambiado mucho en las últimas décadas pues tal y como están hoy tipificados los delitos de cohecho, su acreditación es extremadamente compleja. Relacionar un pago con un contrato es tarea cada vez más difícil. Las dádivas no aparecen necesariamente vinculadas con concretas adjudicaciones y sí con otras fases de la contratación con menor grado de control, como la fase de ejecución del contrato, que permite múltiples posibilidades de ocultación (modificación de las condiciones, facturación de trabajos ficticios o de inferior calidad a la especificada, etc.). En ocasiones, sencillamente, el pago se enmarca en un proceso de *engrase* de la Administración, sin vinculación temporal con una adjudicación. En cuanto al desembolso en sí, se oculta fácilmente con estructuras triangulares para el pago y para el cobro de las dádivas, con pagos en efectivo, facturas falsas por honorarios de consultoría, servicios falsos, informes inexistentes o sobrevalorados, pagos a empresas pantalla, utilización de servicios en territorios *off shore* o pagos en especie tales como trabajos gratuitos en domicilios del funcionario o de sus familiares, productos de lujo, viajes de recreo y un largo etcétera.

La impropia solución sancionadora viene con frecuencia de la mano del delito fiscal, que permite castigar de manera residual conductas que poco tienen que ver con la evasión fiscal y sí con la imposibilidad de acreditar conductas de corrupción, de modo que el beneficio producto de tales delitos queda reducido a una ganancia de patrimonio no justificada sujeta a tributación. De esta forma, «los bienes o derechos cuya tenencia, declaración o adquisición no se corresponda con la renta o patrimonio declarados por el contribuyente», se integran en la base liquidable general (art. 39 de la 35/2006, de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas). Algunas de las sentencias dictadas en los últimos años por delito fiscal en causas que han tenido amplia repercusión mediática son buena muestra de una realidad en la que las condenas por delito fiscal quedan supeditadas a que no pueda acreditarse que la ganancia procediera de modo directo e inmediato del delito de corrupción, en aplicación de la doctrina emanada de

la STS 20/2001, de 8-3 (consolidada en SSTS 1113/2005, de 15-9; 202/2007, de 20-3 o 680/2008, de 30-10, entre otras).

Es en este marco que el delito de enriquecimiento ilícito, contemplado en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31-10-2003 y ratificada por España (BOE 19/6/2006) puede suponer una aportación relevante a nuestro vigente catálogo punitivo. Su artículo 20 establece que «cada Estado Parte considerará la posibilidad de 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.» Ya en términos imperativos, la Convención Interamericana contra la Corrupción establece en su art. IX que «... los Estados Partes que aún no lo hayan hecho, adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito el incremento del patrimonio de un funcionario público [...]» Países como Argentina, Perú o Colombia han incorporado a sus Códigos penales esta solución.

Por incremento de patrimonio ha de entenderse no solo un aumento del activo de cualquier naturaleza sino también la disminución del pasivo, representada por la condonación de deudas, supresión o cancelación de cargas o gravámenes, etc.

No se trata, como pudiera pensarse en una apresurada aproximación a esta figura penal, de una conducta que entrañe la inversión de la carga de la prueba. Corresponderá a la acusación probar el incremento patrimonial. Pero demostrado este, compete ya al acusado facilitar una explicación plausible exculpatoria acreditando una actividad económica o comercial que elimine el efecto incriminatorio del indicio que representa el incremento en el patrimonio de quien tiene la condición de funcionario público, con unos ingresos y un régimen de incompatibilidades legalmente establecidos. El estándar probatorio se asemejaría a la consolidada doctrina jurisprudencial sobre la prueba indiciaria, conforme a la cual no supone inversión de la carga de la prueba ni daña la presunción de inocencia exigir al acusado que facilite para lograr su exculpación aquellos datos que está en condiciones de proporcionar de manera única e insustituible (SSTEDH de 8 de febrero de 1996, Murray contra Reino Unido; de 1 de marzo de 2007, Geerings contra Holanda; de 23 de septiembre de 2008, Grayson y Barnahm contra Reino Unido; SSTC n.º 137/98 de 7 de julio y 202/2000 de 24 de julio; y SSTS n.º 1504/2003, de 25 de febrero, 578/2012, de 26 de junio y 487/2014, de 9 de junio).