

LA OFICINA EUROPEA DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE: UN ÓRGANO ADMINISTRATIVO EN LA INVESTIGACIÓN PENAL

Por

M.^a ÁNGELES PÉREZ MARÍN
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

mapmarin@us.es

Revista General de Derecho Procesal 50 (2020)

RESUMEN: En el contexto de los intereses financieros de la Unión Europea confluyen dos ámbitos directamente conectados: la economía y el derecho penal. La necesidad de proteger el presupuesto de la Unión frente a determinados comportamientos irregulares que desestabilizan la economía y el propio funcionamiento de la Unión, han llevado al legislador a complementar la tradicional protección administrativa de los mismos, representada por la OLAF, con el derecho penal, pues este se ha mostrado como el elemento más disuasorio frente al delito. Asimismo, en este ámbito específico, se está construyendo una estructura supranacional propia encabezada por la Fiscalía Europea, cuya competencia se centra, precisamente, en la protección de los intereses financieros, facilitándose la entrada de la OLAF -como órgano administrativo- en la investigación penal.

PALABRAS CLAVE: Espacio de libertad, seguridad y justicia; Oficina europea de lucha contra el fraude -OLAF-; Fiscalía Europea -FE-; prueba pericial; derechos procesales; garantías procesales.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INVESTIGACIÓN DESARROLLADA POR LA OLAF. III. EL REGLAMENTO (UE, EURATOM) 883/2013: LAS COMPETENCIAS DE LA OLAF EN LA INVESTIGACIÓN CONTRA EL FRAUDE Y LOS DERECHOS DEL SUJETO PASIVO. IV. INFLUENCIA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OLAF EN LA EFICACIA PROBATORIA DE LAS INVESTIGACIONES. V. EFECTOS PROBATORIOS DE LAS INVESTIGACIONES DE LA OLAF EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL. 1. Contexto general. 2. Los informes de la OLAF como prueba pericial. 2.1. Incardinación de la actividad investigadora de los agentes de la OLAF en la definición de prueba pericial. 2.2. Independencia y objetividad de los funcionarios de la OLAF. 3. Los informes de la OLAF como denuncia. VI. LA ACTIVIDAD DE LA OLAF EN LA INVESTIGACIÓN DE LA FISCALÍA EUROPEA. 1. La Directiva PIF como nexo entre el Reglamento (UE, Euratom) 883/2013 y el Reglamento (UE) 2017/1939. 2. La interrelación de la función investigadora de ambos órganos. VII. COMENTARIO FINAL

EUROPEAN ANTI-FRAUD OFFICE: AN ADMINISTRATIVE BODY IN THE CRIMINAL INVESTIGATION

ABSTRACT: In the context of the financial interests of the European Union, two areas are directly connected: the economy and criminal law. The need to protect the Union's budget in the

face of certain irregular behaviours, that destabilize the economy and the Union's own functioning, has forced the legislator to complement the traditional administrative protection -represented by OLAF- with criminal law -as the most deterrent element against crime-. Also, in this specific area, a supranational structure, headed by European Public Prosecutor's Office, is being built. Its competences are focused, precisely, on the protection of financial interests, facilitating the entry of OLAF -as an administrative body- into de criminal investigation.

KEYWORDS: Area of freedom, security and justice; European Anti-Fraud Office -OLAF-; European Public Prosecutor's Office -EPPO-; expert evidence; procedural rights; procedural guarantees

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. LEGAL NATURE OF INVESTIGATION CONDUCTED BY OLAF. III. REGULATION (EU, EURATOM) 883/2013: THE POWERS OF OLAF IN THE INVESTIGATION AGAINST FRAUD AND THE RIGHTS OF THE SUSPECT PERSONS. IV. INFLUENCE OF THE LEGAL NATURE OF OLAF ON THE PROBATIONAL VALUE OF INVESTIGATIONS. V. PROBATION VALUE OF THE OLAF INVESTIGATIONS IN THE SPANISH CRIMINAL PROCEDURE. 1. General framework. 2. OLAF reports as expert evidence. 2.1. The investigation of OLAF agents and the definition of expert evidence. 2.2. Independence and objectivity of OLAF agents. 3. OLAF reports as a criminal complaint. VI. THE ACTIVITY OF OLAF AND THE INVESTIGATION OF EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE. 1. The PIF Directive as a link between Regulation (EU, Euratom) 883/2013 and Regulation (EU) 1939/2017. 2. The interrelations of the investigative role of both bodies. VII. FINAL CONCLUSION.

I. INTRODUCCIÓN

La lucha contra el fraude, en general, y, contra el fraude y la corrupción que afectan a los intereses financieros de la Unión Europea (UE), en particular, sostiene su eje principal en las actuaciones de órganos especializados de carácter supranacional que desarrollan su actividad en el ámbito territorial y judicial de toda la Unión. Además, la cooperación y la asistencia mutua entre autoridades administrativas ha sido intensamente promovida desde las instituciones europeas con objeto de sortear las dificultades que se derivan de las incompatibilidades entre ordenamientos, pues las divergencias entre estos evidencian, de forma clara, que las normas aplicables se encuentran extraordinariamente fragmentadas y que esta circunstancia dificulta, como bien se ha podido comprobar, la cooperación.

En este contexto, la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) surgió como un órgano especializado en la investigación del fraude que afecta a la Unión, y se incardinó en la Comisión con categoría de Dirección General¹. En la actualidad, la OLAF

¹ La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude -OLAF- fue creada mediante la *Decisión 1999/352/CE, CECA, Euratom de la Comisión, de 28 de abril de 1999 por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude* (DOCE de 31 de mayo de 1999, nº L 136, pp. 20-22). Las modalidades de funcionamiento se establecieron para cada una de las Comunidades y, así, fueron definidas en dos reglamentos -*Reglamento CE nº 1073/1999, del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)* (DOCE de 31 de mayo de 1999, nº L 136, pp. 1-7) y *Reglamento (Euratom) nº 1074/1999, del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)* (DOCE de 31 de mayo de 1999, nº L 136, pp. 8-14)- y en un acuerdo interinstitucional -*Acuerdo interinstitucional, de 25 de mayo de 1999, entre*

realiza investigaciones administrativas -internas y externas²- sobre el fraude contra el presupuesto UE, aunque merecería un detenido análisis su colaboración en el diseño y la aplicación de la política de la Comisión contra el fraude³. De igual manera, en la coordinación de las investigaciones abiertas en vía administrativa por diferentes autoridades nacionales sobre un mismo asunto, o asuntos conexos -ya sea por considerarse estas competentes para la investigación de un caso concreto o porque la causa exija, en algunos aspectos, la intervención de más de un ordenamiento-, su responsabilidad va mucho más allá de la protección de los intereses financieros y se extiende al conjunto de actividades vinculadas, en general, a los intereses de la Unión afectados por comportamientos irregulares que puedan dar lugar a actuaciones administrativas o penales⁴, tanto de carácter supranacional como nacional.

Efectivamente, la cooperación entre autoridades administrativas aduaneras ha sido esencial para avanzar hacia la optimización del combate frente al fraude y, en este sentido, se han implantado diferentes sistemas de control que facilitan la colaboración y el intercambio de información entre las autoridades nacionales y la OLAF. Así, por ejemplo, se ha potenciado el sistema de información antifraude (AFIS)⁵ y se ha reforzado

el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas, relativo a las investigaciones internas efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) (DOCE de 31 de mayo de 1999, nº L 136, pp. 15-19)- celebrados todos en la misma fecha, lo cual garantizaba que el órgano entrara en funcionamiento para las tres Comunidades al mismo tiempo.

² Sobre las investigaciones externas e internas véanse los considerandos 3 y 4 y los arts. 3 y 4 del Reglamento (UE, Euratom) nº. 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de septiembre de 2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº1073/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (Euratom) nº. 1074/1999 del Consejo (DOUE de 18 de septiembre de 2012, nº L 248, pp. 1-22).

Las investigaciones externas son las desarrolladas en los Estados miembros y en terceros Estados. Véase, así, ORDÓÑEZ SOLÍS, D, “La corrupción en el seno de las instituciones de la Unión Europea: responsabilidades, investigación administrativa y control judicial”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. extra 104-II, enero-abril 2016, esp. p. 250.

Además, la OLAF también ha asumido las facultades de la Comisión relativas a la investigación interna de aquellos actos y comportamientos graves detectados en el personal de la Unión Europea y los miembros de las instituciones y órganos de la Unión, que pudiesen ser constitutivos de fraude contra los intereses financieros de la Unión Europea. Véase SANTOS VARA, J.A., “La independencia del Banco Central Europeo y del Banco Europeo de Inversiones frente a la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) (Comentarios a las Sentencias del TJCE de 10 de julio de 2003, Comisión c. BCE y Comisión c. BEI)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, núm. 17, enero-abril 2004, pp. 239 y 240.

³ *Informe Especial 1/2019 del Tribunal de Cuentas Europeo - Lucha contra el fraude en el gasto de la UE: es necesario adoptar medidas*, <https://www.eca.europa.eu/es/Pages/DocItem.aspx?did=48858>, esp. p. 5 (fecha de consulta: 15 de junio de 2019).

⁴ Véase Considerando 6 del Reglamento (UE, Euratom) nº 883/2013.

⁵ *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo - 29º Informe anual sobre la protección de los intereses financieros de la Unión Europea y la lucha contra el fraude (2017)*,

la base de datos de información del tránsito de partidas comerciales(ATIS)⁶, incorporándose el sistema de análisis de incidencias aduaneras (IMS)⁷.

Por su parte, el Reglamento Financiero de 2015⁸ acentuó la tutela de los intereses financieros mediante la implementación del sistema de exclusión y detección precoz (EDES), a través del cual es posible relegar a los operadores económicos poco fiables y, para los asuntos más graves -y siempre con fines disuasorios-, publicar en el sitio web de la Comisión la información relativa a la exclusión y a la sanción pecuniaria impuesta⁹. Asimismo, se ha propuesto el uso de herramientas informáticas, inicialmente ajenas al ámbito penal, que, como ARACHNE¹⁰, facilitan la obtención de datos que pueden ayudar a identificar los proyectos y los beneficiarios de mayor riesgo¹¹.

Bruselas, 3 de septiembre de 2018, COM(2018) 553 final, p. 20: “[a] finales de 2017, el AFIS contaba con 8.600 usuarios finales registrados en nombre de los más de 1800 servicios competentes de los Estados miembros, países socios no pertenecientes a la UE, organizaciones internacionales, servicios de la Comisión y otros órganos de la UE. En 2017, un total de 16.324 casos estaban disponibles en los módulos y las bases de datos de asistencia mutua de AFIS”.

⁶ ATIS es la base de datos de información del tránsito de partidas comerciales cuya utilidad residen ser un instrumento de control de las mismas durante el trayecto que recorren entre el país de origen y el de destino. “El Sistema de Información del Tránsito (ATIS) recibió información sobre 22,5 millones de nuevas partidas en tránsito. Estos documentos también están disponibles en la base de datos de importación, exportación y tránsito” (*Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo- 29º Informe anual sobre la protección de los intereses financieros de la Unión Europea y la lucha contra el fraude (2017)*, cit., p. 21).

⁷ Con las siglas IMS se conoce al sistema de gestión de irregularidades que permite analizar las incidencias de las actuaciones aduaneras y aquellos otros incidentes que hubieran surgido durante el recorrido de los bienes a lo largo del territorio de la Unión.

Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la protección de los intereses financieros de la Unión Europea — Informe anual sobre la lucha contra el fraude (2014), Bruselas, 31 de julio de 2015, COM(2015) 386 final, esp. p. 26: “[e]l objetivo principal de AFIS es reforzar la cooperación con los socios para ayudarles a aplicar correctamente la legislación aduanera de la UE. Los Estados utilizan AFIS para comunicar los casos de fraude e irregularidades. A finales de 2013, AFIS contaba con 8.642 usuarios registrados de 1670 servicios de los Estados, terceros países, organizaciones internacionales, la Comisión y otras instituciones UE. En 2013 los usuarios de AFIS intercambiaron 10978 mensajes de correo MAB (correo seguro de AFIS) y un total de 5598 casos se publicaron en las bases de datos de asistencia mutua de AFIS”.

Véase también el *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo - 29º Informe anual sobre la protección de los intereses financieros de la Unión Europea y la lucha contra el fraude*, cit., p. 20: “[e]l sistema de gestión de irregularidades (IMS), que utiliza la plataforma AFIS, recibió 88.347 nuevas comunicaciones de los Estados miembros y los países candidatos sobre irregularidades”.

⁸ *Reglamento (UE, Euratom) 2015/1929 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de octubre de 2015, por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) nº 966/2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión* (DOUE de 30 de octubre de 2015, nº L 286, pp. 1-29).

⁹ *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo - Protección de los intereses financieros de la Unión Europea. Lucha contra el fraude (informe anual 2016)*, Bruselas, 20 de julio de 2017, COM(2017) 383 final, p. 30.

¹⁰ ARACHNE es una herramienta informática desarrollada por la Comisión desde el año 2009 que incorpora una base de datos de proyectos y que se encuadra en el marco de los Fondos Estructurales de la Unión Europea. Su finalidad es detectar y clasificar el riesgo de fraude, actuando en cuatro planos distintos: operaciones, beneficiarios, contratos y contratistas, disponible

Ha de tenerse presente que estas competencias de investigación y de coordinación atribuidas a la OLAF se esbozan a nivel administrativo, quedando excluida, formalmente, la posibilidad de que este órgano pueda acordar y ejecutar actos coercitivos de naturaleza penal. Pero, sin duda, el motivo que dificulta la plasmación de líneas comunes de actuación que resulten plenamente eficaces reside, entre otras causas, en la fragmentación de ordenamientos que hemos referido, cuyas diferencias no solo lastran la utilidad de las medidas preventivas, y de las investigaciones transnacionales, sino que impiden, en multitud de ocasiones, la adopción de disposiciones comunes que tengan una validez idéntica en todos los ordenamientos interesados. Por ello, resultaba tan importante crear redes específicas de cooperación que permitieran establecer estrategias de prevención frente a concretos tipos de fraude del IVA e investigar de forma armonizada las actividades sospechosas relacionadas con este¹². De hecho, la lucha contra el fraude del sistema común de IVA se ha convertido en uno de los epicentros de las políticas de la Comisión, sin olvidar que la falsificación del euro y de otros medios de pago distintos del efectivo es una cuestión extraordinariamente sensible y tiene una respuesta específica por parte del legislador¹³ que potencia la investigación

en <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=325&intPagId=3587&langId=es>, (fecha de consulta: 12 de junio de 2019).

¹¹ *Informe Especial 1/2019 del Tribunal de Cuentas Europeo - Lucha contra el fraude en el gasto de la UE: es necesario adoptar medidas*, cit., esp. p. 35.

¹² Una de estas redes sería Eurofics, creado por el *Reglamento (UE) nº 904/2010, de 7 de octubre de 2010, relativo a la cooperación administrativa y la lucha contra el fraude en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido* (DOUE de 12 de octubre de 2010, nº L 286, pp. 1-18). Mediante este sistema se facilita un rápido intercambio de información entre las administraciones tributarias nacionales sobre operaciones que pudieran ser fraudulentas; es un mecanismo multilateral de alerta temprana para combatir el fraude de IVA. Asimismo, permite coordinar el intercambio rápido de información y el trabajo de los funcionarios de enlace Eurofics de los Estados miembros. Recientemente, este instrumento normativo ha sido reformado por el *Reglamento (UE) 2018/1541 del Consejo, de 2 de octubre de 2018, por el que se modifican los Reglamentos (UE) nº 904/2010 y (UE) 2017/2454 en lo relativo a las medidas de refuerzo de la cooperación administrativa en el ámbito del IVA* (DOUE de 16 de octubre de 2018, nº L 259, pp. 1-11).

Vid., también, MIRANDA FUERTES, N.; DE NAVASCUÉS AYBAR, S., "El fraude de IVA en las operaciones intracomunitarias. Medidas y propuestas para combatirlo", *Cuadernos de Formación IEF* Volumen 15, 2012, disponible en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/2012_15_10.pdf, (fecha de consulta: 25.05.2018).

¹³ *Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, y por la que se sustituye la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo* (DOUE de 21 de mayo de 2014, nº L 151, pp. 1-8,) y *Directiva (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo 2018/713, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo* (DOUE de 10 de mayo de 2019, nº L 123, pp. 8-12).

Tras la reestructuración organizativa de la Comisión Juncker en el año 2015, la Dirección General de Asuntos Económicos y Financieros (DG ECFIN) asumió la responsabilidad de la protección del euro, anteriormente en manos de la OLAF.

penal de los actos de falsificación y fija penas comunes para los tipos delictivos más graves.

En definitiva, la cooperación entre órganos penales y administrativos es básica para alcanzar los objetivos que se ha propuesto la Comisión, que siempre ha pretendido la instauración de un régimen global y coherente en la lucha contra el fraude, tanto a nivel nacional como transnacional o supranacional, para atajar tales prácticas. Además, la concreción de una fórmula en la que la conjunción de medidas de naturaleza administrativa y de carácter jurisdiccional permita consolidar la estructura jurídico penal construida, afianza las diferentes actuaciones frente a este tipo de comportamientos.

En esta evolución hemos asistido a una exponencial puesta en valor de la OLAF, que ha ido incrementando paulatinamente su presencia en la persecución y la prevención del fraude. Aun estando vinculada a la Comisión, la imagen que actualmente proyecta, así como la consolidación de las competencias que desde sus inicios le fueron encomendadas, han favorecido una nueva percepción que se aleja de aquellas primeras apreciaciones de excesiva dependencia de la Comisión y que, como consecuencia, hacían dudar de la imparcialidad de su actuación, imprescindible para gestionar sus atribuciones competenciales con garantías¹⁴.

El contexto actual, zarandeado por sucesos que están dando un vuelco a la concepción tradicional de la cooperación judicial, basada ahora en el reconocimiento mutuo, requiere la revisión de la configuración orgánica del espacio judicial europeo, pues la OLAF se encuentra cada vez más vinculada al derecho penal sin tener formalmente competencias penales. Lógicamente, ello obliga a ponderar la entidad de sus atribuciones, siendo aconsejable reflexionar sobre el lugar que realmente deberá ocupar en la nueva dimensión penal supranacional que ya comienza a ser realidad, pues sus actos inciden en el proceso que se tramita a partir de su investigación.

En cualquier caso, la finalidad última que en su día inspiró al legislador, y que dio sentido a la OLAF, se ha mantenido intacta hasta hoy, de forma que las facultades recogidas en el Reglamento (CE) 1073/1999¹⁵, y que se justificaban en la necesidad de abordar de forma común algunos aspectos de la protección de los intereses financieros, fueron traspasadas al actual Reglamento, cuya redacción permite que la OLAF pueda proponer la incoación de diligencias administrativas o penales a los órganos nacionales.

¹⁴ “La OLAF es un órgano independiente, a pesar de estar integrado en la Comisión Europea, que, a su vez, tiene competencias de supervisión sobre otras instituciones y organismos de la Unión Europea” (Vid. ORDÓÑEZ SOLIS, D., “La corrupción en el seno de las instituciones de la Unión Europea: responsabilidades, investigación administrativa y control judicial”, op. cit., esp. pp. 236 y 237).

¹⁵ *Reglamento (CE) n° 1073/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)* (DOCE de 31 de mayo de 1999, n° L 136, pp. 1-7).

Precisamente el Reglamento (UE, Euratom) 883/2013 vino a complementar y perfeccionar las competencias de naturaleza administrativa e intentó aclarar el valor que debía otorgarse a los resultados obtenidos durante las investigaciones desarrolladas, de cara a concretar su eficacia en los procesos jurisdiccionales internos.

Hoy, que estamos entrando en una nueva etapa en la protección de los intereses financieros UE a través del derecho penal, debido a la aprobación del Reglamento (UE) 2017/1939, para la creación de la Fiscalía Europea¹⁶, y de la Directiva PIF¹⁷, relativa a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea desde el derecho penal, adquieren un nuevo sentido las facultades investigadoras de la OLAF en materia de fraude¹⁸.

Con todo, no existe la necesaria armonía entre los diferentes instrumentos jurídicos que vienen a componer la construcción jurídica contra el fraude. Por ejemplo, las previsiones del Reglamento (UE) 2017/1939 no se compaginan exactamente con las del Reglamento (UE, Euratom) 883/2013 y ello hace surgir dudas en torno a las posibilidades de actuación de la OLAF en el proceso que en su día instruirá la Fiscalía Europea¹⁹. A fin de evitar que los subterfugios normativos favorezcan interpretaciones diferentes que socaven la eficacia del régimen instaurado, la Comisión ha acometido una reforma de la OLAF y de su Reglamento para complementar las actividades de la Fiscalía y fomentar la eficiencia en la recuperación de las cantidades defraudadas.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INVESTIGACIÓN DESARROLLADA POR LA OLAF

Hemos de partir de la premisa de que, como hemos adelantado, la OLAF fue concebida como un órgano de naturaleza administrativa, nota característica que se ha mantenido intacta hasta la actualidad. Dicho cariz administrativo se convirtió en el elemento que definió el perímetro competencial de su actuación y, por lo tanto, también en cierta manera determinó la naturaleza de las facultades y funciones que fueron

¹⁶ *Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea*, DOUE de 31 de octubre de 2017, L 283, pp. 1-71.

¹⁷ *Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal* (DOUE de 28 de julio de 2017, nº L 198, pp. 29-41).

¹⁸ Vid. PÉREZ MARÍN, M.A., “La futura Fiscalía Europea”, en M. Jimeno Bulnes (Dir.) *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2016, pp. 265-310, esp. pp.286-292.

¹⁹ Vid. PÉREZ MARÍN, M.A., “Instrumentos orgánicos de cooperación judicial: en especial, la Fiscalía Europea” en M. Jimeno Bulnes (Dir.) R. Miguel Barrio (Coord.) *Espacio judicial europeo y proceso penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2018, esp. pp. 38-52.

esbozadas en sus orígenes normativos. Además, y aunque no podemos negar que su actividad transita en la órbita de la Comisión, las sucesivas reformas han ido demostrando que la objetividad rige su función, siendo la imparcialidad la característica que garantiza la validez de las investigaciones. No obstante, parece que ello no es suficiente, siendo necesario dotar a la OLAF de personalidad jurídica propia para favorecer el control jurisdiccional externo de sus actuaciones²⁰ y asegurar la protección de las garantías procedimentales en un sistema en el que será imprescindible ajustar al milímetro las condiciones y requisitos de la actuación de un órgano penal -la Fiscalía- con la de un órgano administrativo -la OLAF-, pues ambos van a converger en una necesaria colaboración frente al fraude.

Es posible que aquella incertidumbre inicial acerca de la vinculación entre la Comisión y la OLAF -o sobre la influencia de la Comisión en la actuación de esta- oscureciera la imagen de la Oficina y podría haber sido uno de los motivos que justificaron la activación de unos límites extraordinariamente rígidos que impidieron que de los resultados de sus investigaciones se derivara algún tipo de obligación para los Estados afectados, principalmente en orden a reponer la situación fraudulenta constatada.

Así, no tenemos normas positivas que otorguen fuerza vinculante a las recomendaciones que el Director de la OLAF remite a los Estados interesados una vez finalizada la investigación, si bien, en algunas ocasiones, se ha alegado ante el Tribunal de Justicia (TJUE) que las autoridades nacionales se han visto obligadas a adoptar medidas a partir de las pautas propuestas por aquél, instándose por los afectados el reconocimiento del daño causado y cuestionándose la consiguiente interposición de un recurso de anulación frente a las mismas.

Ante el planteamiento de tales pretensiones, la jurisprudencia europea ha entendido que la interpretación de las directrices del Reglamento (UE, Euratom) 883/2013 debe ser amplia²¹, pues el tiempo verbal imperativo utilizado en algunas versiones lingüísticas no determina obligación alguna para las autoridades actuantes, toda vez que la versión auténtica en inglés, y otras traducciones de la misma, como la italiana, la portuguesa o la búlgara, claramente refieren la simple facultad de actuar de los Estados y no una obligación como tal. En consonancia con lo anterior, el Tribunal viene admitiendo que justamente la falta de obligatoriedad de las medidas no permite atribuirles la facultad de alterar la situación de los afectados por la investigación -aunque como consecuencia de la efectiva adopción de medidas y de la apertura de un proceso jurisdiccional provoquen

²⁰ KLEMENT, P., "OLAF at the Gates of Criminal Law", *Eucrim: The European Criminal Law associations forum*, núm. 4, 2017, esp. p. 199.

²¹ Vid. FJ 43 STG de 20 de septiembre de 2012, As. T-89/10, Hungría/Comisión (ECLI:EU:T:2012:451). Véase, igualmente, FJ 26º ATG (Sala Séptima) de 21 de junio de 2017, As. T-289/16, Inox Mare Srl (ECLI:EU:T:2017:414).

dicho cambio-, lo cual impide la impugnación de las mismas²². Si corresponde a los Estados, como afirma el Tribunal General (TGUE), decidir sobre el curso posterior de las propuestas del Director de la OLAF²³, la imposición de medidas concretas ha de atribuirse a las autoridades nacionales y su impugnación, naturalmente, debe tramitarse a través de los procedimientos previstos en cada ordenamiento.

La vertebración de este orden compartido -si podemos denominarlo de este modo- entre la OLAF y los Estados, y el mantenimiento por estos de tales atribuciones, casi intergubernamentales, que les permite archivar el asunto o decidir sobre una posible sanción administrativa o judicial, determina, lógicamente, que no puedan alcanzarse en su totalidad los fines comunes perseguidos para la prevención y la sanción del fraude, ya que los principios inspiradores de cada ordenamiento pueden justificar soluciones diferentes ante supuestos similares. De esta misma opinión es el Tribunal de Cuentas (TCUE) que en su último Dictamen sobre la Reforma del Reglamento (UE, Euratom) 883/2013 advierte de la necesidad de abordar, al hilo de la reforma, un mayor control externo de las garantías procedimentales de la investigación de la OLAF por parte del TJUE. Así, propone introducir un recurso de anulación frente a los actos de investigación, incluidos los informes finales, para propiciar la revisión judicial, deduciéndose de ello que deberá admitirse que los informes de la OLAF constituyen actos que pueden perjudicar a las personas afectadas por la investigación y vulnerar los derechos que les deben ser reconocidos²⁴.

Pero, en cualquier caso, estas aparentes amplias facultades nacionales frente a la ausencia de fuerza vinculante de las recomendaciones de la OLAF, no implican, particularmente en el caso de las investigaciones externas, que los Estados puedan excusarse del deber de colaborar con las autoridades centrales UE. Ambas premisas no son, ni mucho menos, contrapuestas. El TJUE²⁵, al recordar que las medidas

²²As. T-289/16, *Inox Mare Srl*, FF.JJ. 10º y 13º. En el FJ 14 se indica expresamente que “[e]n lo que se refiere a los actos de la OLAF, de la jurisprudencia del Tribunal [...] se desprende que un informe elaborado por la Olaf al término de sus investigaciones internas y externas no modifican de forma sustancial la situación jurídica de las personas que son mencionadas en él [...]. De la misma jurisprudencia se desprende que el carácter final de un informe de la OLAF [...] no le confiere tampoco la naturaleza de un acto que produce efectos jurídicos obligatorios”, por lo que, en conclusión, y en relación con el FJ 13º de la misma resolución, las decisiones adoptadas por los Estados en función de aquellos no pueden ser objeto de recurso de anulación.

²³As. T-289/16, *Inox Mare Srl*, FF.JJ. 16º, 18º y 19º.

²⁴*Dictamen nº 8/2018 del Tribunal de Cuentas sobre la propuesta de la Comisión de 23 de mayo de 2018, por la que se modifica el Reglamento (UE, EURATOM) nº 883/2013 relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) en lo referente a la cooperación con la Fiscalía Europea y la eficacia de las investigaciones de la OLAF* (DOUE de 1 de febrero de 2019, nº C 42, pp. 1-12),. apdos. 15 y 45, pp. 5 y 9, respectivamente.

²⁵Auto del Presidente del Tribunal de Justicia, de 19 de abril de 2005, As. C-521/04 P(R), *Hans-Martin Tillack/Comisión* (ECLI.EU:C:2005.240).

propuestas por la OLAF no devienen en ningún tipo de actuación concreta, aclaró que ello no excusa del compromiso de cooperación leal de los Estados, tal y como se encuentra estipulado en el art. 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)²⁶. Esta intimación legal fuerza a los Estados a facilitar la actuación de los agentes de investigación, pasando a ocupar un lugar preferente para garantizar la eficacia del sistema. Muestra de la importancia de la cooperación impuesta es la implantación de los AFCOS en los distintos Estados, con el fin de establecer una cooperación estructurada entre el nivel nacional y el nivel supranacional en la prevención y persecución del fraude contra los intereses financieros²⁷.

De igual forma, y probablemente por los mismos motivos -esencialmente la falta de efecto vinculante de las recomendaciones de la OLAF-, el legislador dejó a la interpretación de los Estados el valor probatorio que internamente debiera reconocerse a

²⁶ Art. 325 TFUE. “1. La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros.

3. Sin perjuicio de otras disposiciones de los Tratados, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes.

4. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptarán las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

5. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para la aplicación del presente artículo”.

²⁷ Véase, al respecto, JANDA, M., PANAIT, R., “The OLAF Regulation: Evaluation and future steps”, *Eucrim: The European Criminal Law associations forum*, núm. 4, 2017, pp. 184 y ss., pues ponen de manifiesto la diversidad de los AFCOS, puesto que cada Estado puede, a tenor del Reglamento, fijar las competencias que se les otorga, advirtiéndose claros matices diferenciadores en las funciones y el perfil de los AFCOS.

Igualmente, vid. Bovend'Eerd, K., “Reflecting on regulation 883/2013 through comparative analysis”, *Eucrim: The European Criminal Law associations forum*, núm. 4, 2017, pp. 189 y 190: “As OLAF relies heavily on Member States when carrying out its investigations, the creation of Anti-Fraud Coordination Services hereinafter AFCOS has proven to be a clear improvement with regard to the exchange of information and the strengthening of ties between OLAF and the Member States. However, while Member States are obliged by Regulation 883/2013 to establish an AFCOS, the regulation is silent on the structure, powers, and functioning of these AFCOS. The diversity of the services across Member States results in an uneven level of support, which can, in turn, inhibit cooperation and the exchange of information between OLAF and AFCOS”.

los informes y documentos generados durante la investigación de un caso de fraude²⁸. Como consecuencia, la validez de tales documentos -en el más amplio sentido procesal del término- dependerá de la regulación nacional, y no es difícil suponer que existen diferencias suficientes entre legislaciones como para redundar en una distinta concepción del valor probatorio de aquellos documentos y, por consiguiente, en una desigual eficacia de la actividad del órgano. Tampoco podemos olvidar que los límites administrativos impuestos por su propia naturaleza constriñen su función, delimitando la extensión de los efectos de una investigación que no puede traspasar, en principio, aquellos márgenes administrativos.

Como conclusión, la naturaleza “informativa” del contenido de los informes remitidos por la OLAF a las autoridades nacionales, unida a la falta de competencias que le impiden acordar medidas coercitivas, dificulta que se pueda pretender la incoación inmediata de un proceso penal cuando los agentes entiendan que los actos investigados son constitutivos de delito, acercándose más los efectos de estos informes a los de una denuncia, en tanto que acto que pone en conocimiento de las autoridades penales competentes la posible comisión de un ilícito que debería ser investigado²⁹.

Con respecto al régimen probatorio español, el valor de los informes como prueba no encuentra un ajuste sencillo. De hecho, no existe una opinión jurisprudencial pacífica en torno a si los informes y las actas elaboradas durante la actuación de la OLAF deben tener la consideración de prueba o, en su caso, del tipo de prueba de que pudiera tratarse, sin olvidar que a nivel nacional la investigación puede devenir, dependiendo de las características, tanto en una investigación administrativa como en una judicial, o en ambas.

A este contexto hemos de añadir las consecuencias que se derivarán de la entrada en funcionamiento de la Fiscalía Europea y de las alteraciones que, debido a ello, podrán constatarse con respecto a la consideración probatoria de las actas e informes. Como indicamos al principio, las previsiones del legislador europeo han determinado que un órgano administrativo desarrolle una parte importante de su investigación en el proceso penal, siendo imprescindible adoptar las medidas necesarias para que las pruebas obtenidas en el ámbito administrativo sean válidas en otro que, como el penal, se encuentra sujeto a un conjunto de garantías mucho más estricto y más protector del sujeto pasivo.

No obstante, y a pesar de las dificultades procesales que pueden intuirse, no cabe duda de que nos encontramos ante un órgano -el único, podemos decir- especializado

²⁸ Vid. Art. 11.2 Reglamento (UE, Euratom) 883/2013.

²⁹ Vid. Art. 11.1 Reglamento (UE, Euratom) 883/2013.

en la investigación del fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal que implique un menoscabo en los intereses financieros de la Unión, centrándose su función en aspectos tan relevantes como las actuaciones irregulares vinculadas con los ingresos y gastos del presupuesto UE.

III. EL REGLAMENTO (UE, EURATOM) 883/2013: LAS COMPETENCIAS DE LA OLAF EN LA INVESTIGACIÓN CONTRA EL FRAUDE Y LOS DERECHOS DEL SUJETO PASIVO

A través del Reglamento (UE, Euratom) 883/2013 , el legislador se posicionó claramente a favor de promocionar la vía administrativa en la protección de los intereses financieros de la Unión Europea y de su presupuesto³⁰. La OLAF se configuró como un órgano independiente en su actuación, especializado en la investigación del fraude, y asumió una labor de coordinación entre la Comisión y los Estados con objeto de fijar líneas de cooperación más estrechas y regulares que hicieran efectivas las políticas antifraude diseñadas por la propia Comisión. En estas funciones, la OLAF colabora en la creación de protocolos de prevención y coordina, también, las actuaciones entre Estados para fomentar mejores prácticas en la protección financiera³¹.

Sin embargo, el punto de partida de cualquier análisis debe ser la naturaleza administrativa de la investigación desarrollada, aunque, a instancias de la Comisión y del resto de las instituciones, la OLAF pueda extender su actuación a cualquiera de los ámbitos materiales para los que resulte competente, esto es, el fraude y la corrupción detectados en los Estados y a las comprobaciones en las instituciones, órganos y organismos de la Unión, o sus funcionarios, y tanto en relación con los ingresos como con los gastos estrechamente vinculados a los intereses financieros UE.

Especialmente reseñable es la dificultad que tiene la OLAF para acceder a las cuentas bancarias y a la titularidad real de las mismas. Efectivamente, para el control y el seguimiento del fraude y del blanqueo de capitales, es fundamental que los agentes puedan seguir el flujo del dinero, si bien la regulación actual no permite el acceso a dicha información. De hecho, los Estados no suelen facilitar estos datos y ello complica considerablemente la investigación³², siendo preciso establecer la base jurídica que, en

³⁰ Tengamos en cuenta que en aquel momento se plantearía la primera Propuesta de Reglamento para la creación de la Fiscalía Europea. Aunque la Comisión había tomado la decisión de que el derecho penal era la vía más efectiva para perseguir el fraude, era consciente de que aún quedaba mucho por hacer y que el camino no iba a ser fácil. Mientras tanto, era necesario fortalecer las competencias del órgano que en ese momento constituía la línea medular de la estructura antifraude en la Unión Europea.

³¹ Vid. Art. 1 Reglamento (UE, Euratom) 883/2013.

³² *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo - Evaluación de la aplicación del*

su caso, mediante la intervención de los órganos jurisdiccionales nacionales, obligue a las autoridades financieras y de crédito a intercambiar detalles sobre cuentas y entidades bancarias y transferencias financieras en sus diferentes modalidades³³. Téngase en cuenta, que la información sobre cuentas bancarias depende extraordinariamente de la asistencia que la legislación nacional permita prestar, por lo que la OLAF tendrá un acceso muy limitado en los Estados cuyo ordenamiento restrinja la divulgación de estos datos³⁴.

De la misma forma, la instauración de medios que intensifiquen la cooperación entre la OLAF y las autoridades nacionales para garantizar una mayor eficacia del seguimiento del fraude, requiere de un intercambio de información fluido y un procedimiento más flexible basado en la fijación de prioridades estratégicas. Para ello es preciso acordar una mayor vinculación entre la OLAF, las autoridades nacionales y la Unión y un grado más elevado de cooperación con terceros Estados del que existe en la actualidad³⁵.

Pero en el ejercicio de estas funciones la OLAF debe contar con las infraestructuras suficientes que le permitan ejecutar sus competencias de forma adecuada, es decir, con total independencia. Así, el Director no debe aceptar ningún tipo de recomendación de los órganos de la Unión o de los Estados³⁶; del mismo modo, tampoco se admitirá injerencia externa alguna sobre los agentes que tramitan la investigación, dejando a salvo que las autoridades nacionales o de la Unión deben prestar la ayuda necesaria para asegurar el eficaz devenir de la misma y que esta se desarrolle de acuerdo con el ordenamiento nacional. Precisamente en la medida fijada por el art. 325 TFUE, la investigación del fraude y la corrupción corresponde tanto a los Estados como a la Comisión en un equilibrio deliberadamente impuesto por el legislador³⁷.

Reglamento (UE, EURATOM) nº 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº. 1073/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (Euratom) nº 1074/1999 del Consejo, Bruselas 2 de octubre de 2017, COM(2017) 589 final, esp. p. 4.

³³ Véase el *Dictamen nº 2/2017 que acompaña al Informe de evaluación de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento UE nº. 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (art. 19) 2018 (art. 19)* (DOUE de 9 de noviembre de 2018, nº C 404, pp. 1-24), esp. p. 6, par. 2).

³⁴ *Dictamen nº. 8/2018 del Tribunal de Cuentas*, cit., apdos. 33 y 34, esp. p. 8.

³⁵ *La lucha de la Unión Europea contra el fraude y la corrupción. La labor de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)*, ed. Comisión Europea, Bruselas, 2014, esp. p. 7, disponible en http://bookshop.europa.eu/en/fight-against-fraud-pbNA0415192/downloads/NA-04-15-192-ES-C/NA0415192ESC_002.pdf?FileName=NA0415192ESC_002.pdf&SKU=NA0415192ESC_PDF&CatalogueNumber=NA-04-15-192-ES-C (fecha de consulta: 26 de abril de 2019).

³⁶ Vid. Art. 17.3 Reglamento (UE, Euratom) 883/2013.

³⁷ Véase *Dictamen nº 2/2017 que acompaña al Informe de evaluación de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento UE nº. 883/2013*, cit., esp. p. 8, par. 30.

En esta composición ocupa un lugar central los derechos del sujeto pasivo³⁸, destacando el refuerzo de las garantías procedimentales de los investigados que se produjo con el Reglamento de 2013³⁹. Por su parte, los derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se comportan como un límite infranqueable que el Comité de Vigilancia de la OLAF debe respetar, si fuera preciso, a través de la potenciación del correspondiente control judicial externo de las medidas acordadas⁴⁰. Asimismo, el art. 17.7 del Reglamento (UE, Euratom) 883/2013 impone un control de legalidad interno que se concibe como contrapeso frente a una posible arbitrariedad en las actuaciones.

Sin embargo, el armazón en el que se sostiene el conjunto de derechos del sujeto pasivo debe avanzar hacia una salvaguarda más eficiente de los derechos básicos del administrado y, ello, no solo porque carezcamos de una regulación positiva que reconozca que los informes de la OLAF pueden alterar las situaciones de los afectados, impidiendo la interposición del recurso de anulación o del recurso de revisión frente a las actuaciones desarrolladas por la OLAF, sino porque en el ámbito administrativo supranacional ni siquiera existe una adecuada regulación del derecho de acceso al expediente⁴¹, medida básica para asegurar la defensa del administrado frente a la administración.

³⁸ En el mismo Dictamen, el Comité de Vigilancia de la OLAF aclara que no es posible limitar o diferencias los derechos y garantías de las personas interesadas y de los testigos en las investigaciones internas y que, en las externas, los agentes deberán someterse a las previsiones de los ordenamientos nacionales, si bien, en la medida de lo posible, las normas sobre derechos fundamentales y garantías procesales deben ser lo más parecida posible en ambos tipos de investigaciones, esp. p. 9, párr. 37.

Vid. art. 9. Reglamento (UE, Euratom) 883/2013.

³⁹ Véase Considerando 23 y art. 9 del Reglamento (UE, Euratom) 883/2013. Recordemos, además, que los derechos fundamentales reconocidos en el Reglamento 2185/1996 resultan aplicables a los controles y verificaciones *in situ* (*Reglamento Euratom, CE*) nº 2185/96 del Consejo de 11 de noviembre de 1996, relativo a los controles y verificaciones *in situ* que realiza la Comisión para la protección de los intereses financieros de la Comunidades Europeas contra los fraudes e irregularidades, (DOCE de 15 de noviembre de 1996, nº L 292, pp. 2-5).

Asimismo, INGHELRAM, J.F.H., *Legal and institutional aspects of the European Anti-fraud Office (OLAF). An analysis with a look forward to a European Public Prosecutor's Office*, Europa Law Publishing, Groningen/Amsterdam, 2001, esp. pp. 137 y ss., sobre la protección de los derechos recogidos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

⁴⁰ Vid. arts. 15 y ss. del Reglamento (UE, Euratom) 883/2013. Vid., igualmente, Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) - *Reglamento interno del Comité de Vigilancia de la OLAF* (DOUE de 15 de febrero de 2000, nº L 41, pp. 12-19).

Véase *Proteger el dinero de los contribuyentes contra el fraude: la Comisión propone una Fiscalía Europea y refuerza las garantías procesales de la OLAF*, Comunicado de prensa de la Comisión, de 17 de julio de 2013, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-709_es.htm (fecha de consulta: 14 de mayo de 2019).

⁴¹ LIGETI, K., "The protection of the procedural rights of persons concerned by OLAF administrative investigations and the admissibility of OLAF final reports as criminal evidence",

Es imprescindible, también, contemplar la protección de los derechos del sujeto pasivo⁴² cuando durante las investigaciones externas deban adoptarse medidas invasivas, como ocurre en el caso de la retención de documentos o en los registros de locales⁴³, pues los agentes de la OLAF no están facultados para acceder sin previo aviso y ejercer controles *in situ*. A diferencia de lo anterior, en las investigaciones internas se les reconoce el libre acceso a los locales de las instituciones y órganos de la Unión⁴⁴.

IV. INFLUENCIA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OLAF EN LA EFICACIA PROBATORIA DE LAS INVESTIGACIONES

La importancia de la cuestión relativa a la naturaleza de la OLAF reside en que aquella determina el valor que pueda o deba otorgarse a los resultados de su investigación y, consecuentemente, si estos pudieran tener efectos probatorios en el procedimiento administrativo o en el proceso judicial que se sigan a partir del informe remitido a los Estados.

A la luz del Reglamento (CE) 1073/1999, la jurisprudencia fue contundente al afirmar que de los informes elaborados por la OLAF no puede desprenderse ningún efecto obligatorio ni para las partes perjudicadas ni para el Estado en el que se hubiera constatado la actividad ilícita. De este modo, y a pesar de la transmisión de los resultados a los órganos nacionales, no cabe la posibilidad de afirmar que aquella investigación pudiera dar lugar, de forma automática y obligatoria, a un proceso judicial o a un procedimiento administrativo disciplinario, pues son las autoridades internas las que deciden sobre dicha cuestión.

El Reglamento (UE, Euratom) 883/2013, incide en la misma apreciación, de modo que el art. 11.3 pone de manifiesto la ausencia de efectos vinculantes y obligatorios de los informes en los que detallan las medidas que los agentes de la investigación aconsejaran adoptar. En este sentido, los Estados solo asumirán aquellas medidas que consideren oportunas, debiendo, en tal caso, informar a la OLAF. En este orden de cosas, si los Estados no tienen la obligación de informar a la OLAF cuando ninguna de

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/603790/IPOL_IDA\(2017\)603790_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/603790/IPOL_IDA(2017)603790_EN.pdf),

esp. pp. 20 y 22 (fecha de consulta: 16 de mayo de 2019).

⁴² Debiéndose tener en cuenta que es necesario atender a los derechos de las personas jurídicas, escasamente regulados hasta hoy en cuanto a su necesaria armonización en la Unión Europea. Véase DE HOYOS SANCHO, M., “Sobre la necesidad de armonizar las garantías procesales en los enjuiciamientos de personas jurídicas en el ámbito de la Unión Europea. Valoración de la situación actual y algunas propuestas”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 47, 2017.

⁴³ Art. 30 del Reglamento (UE) 1939/2017.

⁴⁴ Dictamen nº 8/2018 del Tribunal de Cuentas, cit. pár. 31.

sus recomendaciones resulta atendida, por el contrario, quedan vinculados a poner en su conocimiento las medidas acordadas, pues ello facilita extraordinariamente el seguimiento de las mismas por las autoridades de la Unión y el control de los trámites para la recuperación, en su caso, de las cantidades defraudadas. Siguiendo esta lógica la no adopción por parte del Estado de ninguna de las pautas propuestas, tampoco genera la imposición de sanción alguna por incumplimiento. No en vano, y conforme a esta previsión del art. 11.6 del Reglamento (UE, Euratom) 883/2013, el Tribunal General considera en el Auto de 21 de junio de 2017 que los Estados solo deben informar sobre las medidas aprobadas “si las hubiera”⁴⁵.

Pero además de que el art. 11.1.I del Reglamento advierte que el Director General de la OLAF redactará un informe indicando la calificación jurídica preliminar de los hechos y la incidencia financiera que se hubiere estimado y de que el párrafo II indique expresamente que “el informe irá acompañado de recomendaciones” sobre las medidas que se debieran aprobar, el apartado 2 del mismo precepto establece que esos informes son “elementos de prueba admisibles en los procedimientos administrativos o judiciales”, debiéndoseles reconocer la misma eficacia que a los elaborados por los inspectores de la administración nacional. Siguiendo, así, un criterio de equivalencia, la condición para ser admitidos como prueba en el proceso penal es que tales informes reúnan los requisitos que el ordenamiento jurídico haya establecido para el tipo de prueba en el que aquel informe pueda circunscribirse⁴⁶. Así, son los propios ordenamientos internos los que determinarán el tipo de prueba en el que se incardinarlos y la forma de valorar los informes de la OLAF se corresponderá con la prevista para los informes emitidos por los funcionarios de las administraciones internas⁴⁷.

Ha de determinarse, pues, tanto el medio de prueba en el que deben encuadrarse estos informes en el proceso penal, ya sea prueba documental, prueba testifical o prueba pericial. Al respecto, no es difícil suponer que, en cada ordenamiento, esto es, en cada Estado miembro, encontraremos especialidades probatorias que dificultarán un tratamiento homogéneo de la prueba, y ello supone un evidente escollo si lo que se pretende es una protección armonizada de los intereses financieros en todo el territorio

⁴⁵ FF.JJ. 14º, 15º y 21º As. T-289/16 Inox Mare Srl / Comisión Europea.

⁴⁶ El legislador mantiene el principio de equivalencia con respecto a los informes administrativos de los inspectores de las Administraciones nacionales en el contexto del proceso penal e introduce el principio de admisibilidad para los informes en los procesos no penales de ámbito nacional y en los procedimientos administrativos y judiciales a nivel de la Unión. Véase, así, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) nº 883/2013 relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) en lo referente a la cooperación con la Fiscalía Europea y la eficacia de las investigaciones de la OLAF*, Bruselas 23 de mayo de 2018, COM(2018) 338 final, esp. p. 12.

⁴⁷ Véase FJ 19º As. T-289/16 Inox Mare Srl / Comisión Europea.

de la Unión. Habrá, pues, de abordarse la supresión de incompatibilidades que puedan facilitar ámbitos de impunidad dentro del propio espacio judicial europeo.

Vistas las previsiones del art. 11 del Reglamento (UE, Euratom) 883/2013, podemos llegar a una primera conclusión y es que parece que necesariamente ha de reconocerse valor probatorio a los informes remitidos por la OLAF, que deberán apreciarse en función de los criterios fijados en cada Estado para los informes de los funcionarios nacionales. Nuevamente nos encontramos, pues, ante matices normativos que introducen la posibilidad de una interpretación dispersa y de una diferente valoración de la prueba. En los asuntos Aqua Pro y Veloserviss, el TJUE recuerda que los informes de la OLAF constituyen elementos de prueba admisibles en el procedimiento administrativo o judicial del Estado afectado “en los mismos términos y condiciones que los informes administrativos redactados por los inspectores de las administraciones nacionales”⁴⁸, si bien el legislador debe ser plenamente consciente de que una redacción tan vaga, necesaria para que puedan acomodarse las diferentes regulaciones nacionales, constituye una dificultad añadida para alcanzar uniformidad en la valoración de la prueba. A ello también contribuye el hecho de que en el Reglamento (UE) 2017/1939 se proclame que la actuación de los Fiscales Europeos Delegados deba desarrollarse en función de las normas de cada ordenamiento⁴⁹, circunstancia que no asegura ni un procedimiento común ni, probablemente, una interpretación suficientemente uniforme de las normas.

Pero parece tener claro el alto Tribunal en qué casos los informes de la OLAF no pueden ser medio de prueba suficiente y es que “en la medida en que dicho informe solo contenga una descripción general de la situación controvertida, lo que incumbe comprobar al tribunal remitente, ese informe no podrá bastar por si solo para acreditar el cumplimiento de estos requisitos en todos sus aspectos [...]”, siendo necesario aportar elementos de prueba adicionales⁵⁰. En otras palabras, corresponde al tribunal nacional determinar la suficiencia probatoria de las mismas. Queda claro para el TJUE, por otro lado, que dado que el art. 9.2 del Reglamento (UE) 883/2013 establece una equiparación entre los informes de la OLAF y los elaborados por los inspectores de las

⁴⁸ SSTJUE (Sala Sexta), de 26 de octubre de 2017, As. C-407/16, Aqua Pro (ECLI:EU:C:2017:817) y de 16 de marzo de 2017, As. C-47/16, Veloserviss SIA, FJ 48º (ECLI:EU:C:2017:220).

Véase también CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Dogmática y realidad en la admisión y práctica de la prueba pericial. De la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 al Borrador del Código Procesal Penal de 2012”, *Revista General de Derecho Procesal*, 2014, nº 32.

⁴⁹ Art. 28.1 del Reglamento (UE) 1939/2017.

⁵⁰ STJUE (Sala Sexta) de 16 de marzo de 2017, As. C-47/16, Veloserviss SIA, FF.JJ. 49º y 50º (ECLI:EU:C:2017:20).

administraciones nacionales, cualquier dato arrojado con ocasión de un control posterior de los hechos no puede prevalecer sobre el informe original de la OLAF.

Puesto de manifiesto el escaso grado de armonización que asegura la regulación relativa a la admisibilidad en los procesos judiciales de las pruebas recogidas por la OLAF, la reforma de su Reglamento tiene otro de sus ejes principales en alcanzar una mayor flexibilización en la consideración del valor probatorio de los informes, al tiempo que cierra ciertas posibilidades de interpretación a los ordenamientos nacionales, sustancialmente en lo relativo a la opción de fijar criterios de admisibilidad cuando aquellos no han sido establecidos por el legislador europeo. Podemos decir, pues, que sin imponer criterios de valoración probatoria -propios de cada Estado- la reforma tiende a establecer, de forma específica, los requisitos de admisión de los informes como prueba, aunque no se aprecia un cambio sustancial en las condiciones relativas al proceso penal.

Así, para los procesos penales se mantiene el principio de equivalencia, de forma que la admisión de los informes de la OLAF permanece condicionada por la concurrencia de los requisitos exigidos en las legislaciones internas para los informes redactados por los inspectores nacionales. En los procesos judiciales no penales, y en los procedimientos administrativos nacionales, la admisibilidad como elemento de prueba dependerá de una simple verificación de autenticidad y en los procesos judiciales que se desarrollen ante los Tribunales de la Unión Europea, y en los procedimientos administrativos tramitados también a nivel de la Unión, la reforma determina que los informes de la OLAF constituirán por sí mismos elementos de prueba, eliminando aquí el requisito de verificación de su autenticidad que, sin embargo, se mantiene para los procedimientos nacionales⁵¹.

Por último, no queremos dejar de referir la relevancia de las nuevas tecnologías que, igual que en otros ámbitos sociales, administrativos y jurídicos, también han supuesto una revolución en el ámbito procesal, hasta el punto de exigir en nuestro ordenamiento una reforma de la LECrim y requerir de la doctrina científica y jurisprudencial una revisión de los criterios clásicos de la prueba para delimitar la nueva prueba tecnológica (*e-evidence*) en el proceso penal. En esta misma senda, los medios tecnológicos han alterado los tradicionales métodos de investigación, siendo que la OLAF obtiene una gran parte de la información a través del acceso al contenido de instrumentos de almacenamiento masivo. Ha de tenerse presente que, en este punto, también se introducen nuevos criterios de obtención y valoración de prueba que deben respetar de

⁵¹ Art. 11.2 del Reglamento (UE, Euratom) 883/2013 y art. 11 de la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) nº 883/2013*, cit.

forma escrupulosa el paradigma de la protección de los derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la intimidad en toda su extensión constitucional y al derecho de defensa, que pueden verse claramente vulnerados por la extracción irregular de la información almacenada en este tipo de instrumentos.

De este modo, la actuación de los inspectores de la OLAF que recuperan información a través de medios tecnológicos debe adaptarse a las circunstancias propias de esta prueba y seguir un código de actuación determinado para garantizar su validez en el proceso nacional y evitar la contaminación de la prueba y la vulneración de derechos fundamentales del sujeto pasivo, circunstancias que podrían inutilizar para el proceso la información obtenida. La Propuesta de modificación del art. 3.9 del Reglamento 883/2013 indica que, durante las investigaciones externas, los agentes de la OLAF deben tener acceso a la información y datos imprescindibles, con independencia del soporte en el que estén almacenados, pudiendo realizar las copias correspondientes e, incluso, custodiar los instrumentos de almacenamiento, en el sentido expuesto en el art. 4.2 , para evitar el riesgo de desaparición⁵². Sin embargo, volvemos al punto de partida: no todos los Estados han regulado la prueba tecnológica de la misma forma y ello dificultará la consideración uniforme de los resultados obtenidos⁵³.

V. EFECTOS PROBATORIOS DE LAS INVESTIGACIONES DE LA OLAF EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

1. Contexto general

⁵² En este sentido, véase las *Guidelines on Digital Forensic Procedures for OLAF Staff*, de 15 de febrero de 2016, disponible en https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/guidelines_en.pdf (fecha de consulta 14 de junio de 2019) , que regula el procedimiento para obtener con garantías la copia del contenido de los medios informáticos en los que se encuentre información relevante para a investigación. Así, la operación la realizará un especialista en prueba digital de la OLAF, que actuará bajo el control de la unidad de investigación. La copia deberá ser designada con un código hash para garantizar la integridad de la copia. Así, el objetivo de la guía es establecer reglas de actuación en las operaciones forenses digitales para garantizar la integridad de las pruebas y de la cadena de custodia de cara a la eficacia y admisibilidad de la prueba en los procedimientos administrativos y disciplinarios y en el proceso penal. La guía, además, está diseñada para asegurar la protección de los datos personales que pudieran verse afectados como consecuencia de la actuación.

⁵³ Véase MARTÍN RÍOS, P., “La colaboración del investigado/encausado en el Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información: ¿un supuesto de autoincriminación? En *FODERTICS 6.0. Los nuevos retos del derecho ante la era digital*, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 161-171.

Idem, “La indemnidad del domicilio informático como posible límite a la digital forensics” en *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI Secolo*, Bonomo Editore, Bolonia, 2017, pp. 1279-1284.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, V., “Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital”, *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI (Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García)*, Ed. Colex, Granada, 2006, pp. 887-916

Teniendo en cuenta que la Unión Europea carece de un ordenamiento procesal común -dejando a salvo algunos aspectos definidos ahora en el Reglamento (UE) 2017/1939 -, la opción viable no era sino remitir a los Estados la decisión relativa al valor probatorio que deba darse en el proceso penal a los resultados de aquellas investigaciones. De esta forma, se respetaban también las normas y principios procesales y constitucionales de cada ordenamiento, evitándose fricciones, aunque el sistema compartido por los Estados y la Comisión para controlar el fraude resulte claramente debilitado.

Con relación a nuestro ordenamiento, es necesario realizar una interpretación normativa para aclarar algunas imprecisiones. Efectivamente, no existe ninguna norma en el proceso penal de la que se pueda deducir si estos informes constituyen prueba o el tipo de prueba de que se trata, de la misma forma que no encontramos ninguna referencia explícita relativa al valor probatorio de los informes de la administración. Ha sido una ardua labor jurisprudencial la que ha ido definiendo sus efectos en el proceso penal, aunque no se infiere una opinión pacífica de nuestros tribunales en torno a la naturaleza probatoria de los informes y actas de la OLAF, de la misma manera que no existe una línea jurisprudencial unánime sobre el valor que deban darse en el ámbito penal a los informes elaborados, por ejemplo, por los funcionarios de la Administración Tributaria, que serían, por su actividad, nuestro equivalente a los funcionarios de la OLAF.

Así, encontramos resoluciones que reconocen claramente el valor probatorio de las inspecciones de la Agencia Tributaria, considerándolos informes periciales⁵⁴, aunque también encontramos otros pronunciamientos en torno a la naturaleza testifical -y no de ratificación de los informes- de las declaraciones de los agentes e inspectores que intervinieron en la investigación administrativa que dio paso al proceso penal⁵⁵. Todo

⁵⁴ En este sentido, vid. SAN 24/2006, de 9 de junio de 2006, Sala de lo Penal, Ponente Juan Francisco Martel Rivero (ECLI:ES:AN:2006:6503), que, en el FJ 3º, afirma que los funcionarios de la Agencia Tributaria actúan como peritos “[...] no pudiendo concedérseles la categoría de meros denunciadores, puesto que como personas que suplen la ausencia de conocimientos técnicos del órgano judicial sobre la materia objeto de investigación y posterior enjuiciamiento, realmente no testifican sobre los hechos que conocen sino que expresan fundadas opiniones sobre la trama urdida [...], nombrándose a los tres peritos mencionados (se refiere a los mismos tres peritos que intervinieron en la investigación administrativa), sobre los cuales no existe protesta o reserva por interés directo o indirecto en las actuaciones [...]. Por otro lado, el hecho de que la firmante de los diversos informes [...] pasara a formar parte de la plantilla laboral del organismo europeo de lucha contra el fraude (OLAF), para nada afecta a la impecable tarea desplegada en el procedimiento [...]”.

⁵⁵ Véase SAP de Madrid 124/2017, de 24 de febrero, sec. 6ª, núm. rec. 572/2015, Ponente María de la Almodena Álvarez Tejero (ECLI:ES:APM:2017:2228), en la que un agente de la OLAF interviene en el proceso como testigo para declarar sobre algunos aspectos de la investigación en la que había participado.

ello provoca una dispersión interpretativa que no permite hacer, en principio, afirmaciones universales.

Pero, en cualquier caso, teniendo en cuenta la regulación de la prueba en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), no es fácil encontrar acomodo en nuestro régimen probatorio penal a los informes de la OLAF. Pensemos que estamos ante la incorporación directa al proceso, y con valor de prueba, de informes que proceden del ámbito de la administración. Probablemente, entender sin matices que estos informes tienen por sí mismos valor de prueba, debido a la formación de los profesionales actuantes y a los principios que rigen su función, no deja de ser una afirmación excesivamente simple frente a una cuestión de innegable calado procesal y que necesita de un análisis sereno y una ponderada revisión por parte del legislador y de los tribunales.

2. Los informes de la OLAF como prueba pericial

Dados los conocimientos especializados de los funcionarios de la OLAF en materia tributaria, sobre conductas fraudulentas contra el sistema impositivo o con respecto a las formas que el fraude pueda adoptar, casi de forma natural cabría pensar que la documentación elaborada durante la investigación, y una vez finalizada esta, se asemejan considerablemente a los informes periciales que se elaboran en el proceso penal.

En efecto, la formación de estos funcionarios es altamente especializada y no cabe poner en duda su preparación, ni la objetividad e imparcialidad con la que actúan. Por lo tanto, si se considerase necesaria su intervención para concretar alguna circunstancia de técnica insalvable para el tribunal, surgida durante la investigación procesal, no cabría hacer objeciones a su participación en el proceso como peritos, siempre que su actuación se refiera a aspectos o circunstancias concretos que exijan un conocimiento cualificado -no jurídico- y que la designación como perito se produzca conforme a las previsiones legales de la LECrim⁵⁶. Pero si lo que se pretende es un análisis jurídico que abarque el objeto completo del proceso para determinar, entre otros aspectos, las circunstancias del delito o su calificación jurídica, no podríamos admitir dicho informe como pericial ya que esta función corresponde al juez en virtud del principio *iura novit curia*. No cabe, por consiguiente, pretender sustituir la función del juez por el informe o la opinión jurídica de un funcionario que ejerce su labor fuera del ámbito jurisdiccional y que, en todo caso, queda sujeto a la interpretación judicial que se rige por la libre

⁵⁶ Vid. arts. 460 y 461 LECrim.

valoración de la prueba y la sana crítica⁵⁷. Es más, el Tribunal Constitucional (TC) ha afirmado que el valor probatorio de las actas y diligencias de la inspección tributaria “solo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas”⁵⁸.

En el caso de los informes que la OLAF remite a la Fiscalía no nos encontramos propiamente ante el informe pericial ni ante la prueba pericial regulada en la LECrim en los arts. 456 ss. y cc. Entre otros aspectos, no son elaborados dentro del proceso sino en un momento anterior, sus resultados constituyen el origen del proceso penal y los hechos en ellos descritos conforman el objeto del proceso. Como consecuencia, el objeto de la investigación administrativa coincide con el objeto del proceso.

Si vemos la regulación que contiene nuestra norma procesal sobre la prueba pericial, podríamos concluir que estos informes no necesariamente coinciden con lo establecido en aquella, hasta el punto de que incluso la jurisprudencia es cambiante en su consideración. Así, estamos ante unos documentos remitidos “de oficio” por el propio órgano administrativo antes de la incoación del proceso, pues es ciertamente el conocimiento que asume la Fiscalía a través de los mismos lo que determina la incoación de las actuaciones procesales. Su origen demuestra que no es una medida acordada por el Juez de Instrucción ni una prueba de parte, toda vez que ni la acusación, ni la defensa, ni el Ministerio Fiscal suelen solicitar la práctica de esta pericia, pues asumen los resultados de los informes remitidos a la Fiscalía, proponiendo la acusación o el representante de la Fiscalía, como mucho, la declaración en el acto del juicio oral de los agentes que dirigieron la investigación pre-procesal para respetar la contradicción de la pretendida prueba. Si estos informes no pueden ser considerados periciales, la declaración de los agentes tampoco puede entenderse como una ratificación de los mismos, por lo que se trataría de una declaración testifical sobre hechos conocidos durante la actuación administrativa y que posteriormente han sido investigados en el proceso penal.

De este modo, los actos administrativos relativos a la recogida de vestigios del delito deben ser incorporados al juicio mediante la comparecencia y la declaración de los

⁵⁷ De la STC 76/1990, de 26 de abril -Pleno- (ECLI:ES:TC:1990:76) se deduce que el valor probatorio que el actual art. 144.1 LGT otorga a las actas extendidas por la inspección de tributos sólo puede referirse a los hechos comprobados por el funcionario que ha intervenido en la investigación, pero quedan fuera las calificaciones jurídicas y las opiniones vertidas por los inspectores en las actas y diligencias.

Sobre la libre valoración de la prueba véase GONZÁLEZ CANO, M.I., FIDALGO GALLARDO, C., “Valoración de la prueba, presunción de inocencia y principio in dubio pro reo” en M.I. González Cano (Dir.), M.I. Romero Pradas (Coord.), *La prueba. Tomo II. La prueba en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 440-536.

⁵⁸ FJ 8º B) STC 76/1990, de 26 de abril -Pleno- (ECLI:ES:TC:1990:76).

agentes que la practicaron, siendo imprescindible garantizar los principios de contradicción, publicidad e inmediación. No en vano, el Tribunal Constitucional ha establecido como requisito constitucional de validez de las pruebas que pretenden desvirtuar la presunción de inocencia, que aquellas se practiquen en el acto del juicio oral⁵⁹. La STS 3991/2008, con respecto a la valoración de los informes de los inspectores de la Agencia Tributaria admitidos en la primera instancia como prueba pericial, indica que la prueba fue efectivamente valorada, si bien sus contenidos se rechazaron no sólo por la desnaturalización que como prueba pericial el tribunal sostuvo que sufría el informe, sino porque de manera razonada se justificó que aquél resultaba desvirtuado por pruebas practicadas con la debida contradicción⁶⁰.

2.1. Incardinación de la actividad investigadora de los agentes de la OLAF en la definición de prueba pericial

El contenido del informe de la OLAF, igual que el de las actas de la Agencia Tributaria o de los informes de la Inspección de Trabajo, relatan un conjunto de hechos de los que ha tenido conocimiento un funcionario, experto en un ámbito material determinado, durante la investigación desarrollada dentro de su esfera competencial. Estos hechos, que constituyen el objeto del informe, coinciden, además, con el objeto mismo del proceso penal.

Dicho de otro modo, si la finalidad de la instrucción penal es investigar los hechos que se describen en el informe que ha sido remitido por la OLAF y que ha dado lugar a la causa penal, no estamos, en puridad, ante un informe pericial, pues lo impide la plena identidad fáctica que se aprecia entre el informe derivado del procedimiento administrativo, tramitado en este caso a nivel supranacional, y el proceso penal interno.

El art. 456 LECrim establece que mediante el informe pericial un experto en determinada materia aporta información al órgano jurisdiccional por carecer este de los conocimientos “científicos o artísticos” necesarios para apreciar algún hecho o

⁵⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M.L., “El valor probatorio de las actas de inspección ante los tribunales”, en *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI (Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García)*, Ed. Colex, Granada, 2006, pp. 867-886, esp. p. 882. Vid. también STC 31/1981, de 28 de julio, rec. de amparo núm. 113/1980, ECLI:ES:TC:1981:3 que en el FJ 3º aclara que para que el Tribunal pueda ponderar libremente la prueba que pueda desvirtuar la presunción de inocencia “es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado [...]”, siendo estas “las pruebas practicadas en el juicio”.

⁶⁰ STS 463/2008, de 23 de junio, Sala de lo Penal, núm. rec. 1701/2007, Ponente José Manuel Maza Martín, FJ 1º (ECLI:ES:TS:2008:3991).

circunstancia relevante para el sumario⁶¹, sede natural de la pericial. La finalidad del informe, pues, es complementar la falta de unos conocimientos técnicos pero no jurídicos, dato que no es menor y que se justifica en dos circunstancias: una, que el órgano jurisdiccional es un experto en derecho -un “perito” o un técnico en derecho- que no necesita de ningún “coadyuvante” para apreciar las circunstancias o elementos fácticos que constituyen el objeto del proceso, pues esa es, concretamente, su función; otra, que el principio *iura novit curia* atribuye con exclusividad a los órganos jurisdiccionales la interpretación normativa. Como consecuencia, si el valor que debe darse a los informes de la OLAF es el mismo que el que nuestro ordenamiento interno debe reconocer a los informes procedentes de funcionarios nacionales, podemos asumir, como establece el Tribunal Supremo que “[...] los funcionarios de la Agencia Tributaria no pueden ser considerados peritos y sus declaraciones, en todo caso, sólo pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de ratificar y ampliar, si corresponde, los hechos constatados en las actas de la inspección”. Continúa diciendo el Tribunal que “[...] la constatación de los hechos basados en una comprobación de circunstancias fácticas, inclusive las contablemente documentadas, no requieren, en principio, especiales conocimientos científicos o artísticos en el sentido del art. 456 LECrim y por tal razón es erróneo considerar a los funcionarios de la Agencia Tributaria como peritos”⁶².

Además, si tenemos en cuenta que los informes redactados tras finalizar las investigaciones de la OLAF detallan una serie de hechos e, incluso, refieren una valoración jurídico-penal de los mismos -que es el motivo por el que se remiten las actuaciones a la Fiscalía-, no podemos sino llegar a algunas conclusiones que nos parecen evidentes. Así, estos hechos, supuestamente constitutivos de delitos, son los que deben ser investigados y probados en el proceso penal, esto es, los hechos que contiene el informe son objeto de prueba y no prueba en sí mismos; por otro lado, la valoración jurídico-penal que se haya realizado, no es sino una valoración inicial de la OLAF que podía justificar la apertura del proceso penal, determinándose en este la calificación jurídica de unos hechos que sería concretada en virtud de la investigación

⁶¹ Véase ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., “Prueba pericial”, en M.I. Romero Pradas (Coord) *La prueba. Tomo II. La prueba en el proceso penal*, op. cit., pp. 655-715; ESCOBAR JIMÉNEZ, R., “La prueba de peritos”, en A.P. Rives Sevá (Dir.) *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo* Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2016, pp. 905-989. FONT SERRA, E., “Los informes periciales en el proceso penal”, *Revista General de Derecho*, núm. 669, 2000, pp. 1-13; MARTÍN OSTOS, J., *Manual de Derecho Procesal Penal*, 3º edición, Astigi Editorial, Sevilla, 2017, esp. pp. 165-173; RICHARD GONZÁLEZ, M., “Problemas de la prueba pericial en el proceso penal”, J. Picó i Junoy (Dir.), C. de Miranda Vázquez (coord.) *Peritaje y prueba pericial*, J.M. Bosch, Barcelona 2017, pp. 249-273.

⁶² Vid. STS 13/2006, de 20 de enero, Sala de lo Penal, núm. rec. 1907/2003, Ponente Enrique Bacigalupo Zapater (ECLI:ES:TS:2006:63), SAN 24/2006, FJ 3º (ECLI:ES:AN:2006:6503), y voto particular de la STS 463/2008 (ECLI:ES:TS:2008:3991).

judicial desarrollada y del resultado de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral. Realmente, en el proceso contencioso-administrativo los actos administrativos no son admitidos como fuente de prueba, por lo que tampoco deberán ser considerados tal en el proceso penal dada la equivalencia sobre la presunción de inocencia en aquel proceso y en el penal.

Como se indica en el voto particular de la STC 212/1990, de 20 de diciembre, los hechos del expediente administrativo no deben disfrutar de un carácter privilegiado a efectos probatorios porque dicho expediente no puede considerarse como un medio de prueba ya que la prueba requiere de una contradicción que no se respeta con la misma intensidad en la vía administrativa. El motivo del rechazo a la consideración de prueba de los actos de investigación desarrollados por la administración es, pues, que los tribunales no son simples autómatas que asumen de forma incontrovertida los hechos fijados por aquella⁶³. La prueba exige la imparcialidad de las autoridades que han de intervenir en el proceso y, es cierto, que la Administración actúa bajo el principio de legalidad, pero cuando sus actos son impugnados en un proceso, aquella ocupa la posición de parte, condición incompatible con la imparcialidad. “Dicho en otras palabras, repugna al principio de igualdad de armas y a la naturaleza jurisdiccional del proceso que una de las partes pueda generar actos de prueba hasta el extremo de determinar la premisa menor de la sentencia”⁶⁴. Lógicamente, otorgar valor probatorio al expediente administrativo no implica sino desconocimiento de los principios esenciales de la prueba⁶⁵.

Por tanto, un tribunal puede admitir el informe técnico de quienes se encuentran próximos a los hechos investigados y tienen un alto nivel de conocimientos especializados, si bien con la condición de que tales informes se realicen durante el proceso penal. De este modo, el Tribunal Supremo (TS), en su sentencia de 18 de junio de 2014 afirma que no hay nada extraño en que un análisis financiero o contable se realice primero en la fase de investigación para fijar la cuantía defraudada y luego, en el plenario, para proclamar los hechos. Sin embargo, resulta inaceptable que la llamada de los expertos al proceso se produzca con objeto de desarrollar un asesoramiento jurídico porque ello adultera el sentido del informe pericial, toda vez que “[e]l verdadero perito valora, con arreglo a las máximas de experiencia manejadas por un determinado saber

⁶³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M.L., “El valor probatorio de las actas de inspección ante los tribunales”, op. cit., esp. pp. 880 y 881, así como las sentencias que cita.

⁶⁴ Vid voto particular de la STC 212/1990, de 20 de diciembre, Sala Primera, rec. de amparo 654/1988 (ECLI:ES:TC:1990:212).

⁶⁵ NOYA FERREIRO, M.L., “La valoración de la prueba”, en M.I. González Cano (Dir.), M.I. Romero Pradas (Coord.), *La prueba. Tomo II. La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 214.

especializado, algún hecho o circunstancia que han sido adquiridos con anterioridad por otros medios de investigación y sean de interés o necesidad para la investigación. El perito no informa sobre conocimientos jurídicos, ni completa el conocimiento jurídico del titular del órgano jurisdiccional. Y por más que las implicaciones jurídico-penales del hecho investigado exijan el empleo de conceptos normativos singularmente especializados, éstas han de ser traídas al proceso -sin excepciones- por el juez. La intromisión de un tercero en la fijación del derecho aplicable supondría una injustificada invasión del ámbito funcional que nuestro sistema reserva a quienes asumen el ejercicio de funciones jurisdiccionales⁶⁶.

Otra cuestión es el valor que deba darse a la prueba documental pública contenida en el expediente y a los documentos administrativos, que no gocen del carácter de público, no impugnados y no desvirtuados por los medios de prueba⁶⁷.

Por lo anterior, entendemos que nos encontramos ante unos informes que se corresponden con una denuncia, siendo función del órgano jurisdiccional valorar si los hechos recogidos en ellos acaecieron, la forma en la que ocurrieron, las circunstancias que rodearon su comisión y cuál es la calificación jurídica de los mismos, que podrá coincidir o no con la inicial calificación que pudiera haber realizado la OLAF en su momento.

2.2. Independencia y objetividad de los funcionarios de la OLAF

No es posible poner en duda la independencia y la objetividad con la que los agentes de la OLAF desarrollan su actividad, y que están acreditadas por su formación y profesionalidad. Los funcionarios actúan cumpliendo la legalidad vigente, por lo que ha de presuponerse que en su actividad los inspectores se conducen bajo las anteriores premisas⁶⁸. Esa objetividad que caracteriza al desarrollo de sus competencias materiales puede encontrar, sin embargo, una discutida traducción en la imparcialidad que requiere la LECrim al perito judicial, pues el agente se encuentra atado a una investigación previa que desarrolló personalmente para la Unión Europea, cuyas normas obligan a perseguir de forma efectiva el fraude que afecte a sus intereses financieros.

⁶⁶ FJ 2º STS 494/2014, de 18 de junio, Sala de lo Penal, sec. 1, núm. rec. 54/2014, Ponente Manuel Marchena Gómez (ECLI:ES:TS:2014:3078).

⁶⁷ NOYA FERREIRO, M.L., "La valoración de la prueba", op. cit., p. 213.

⁶⁸ La STS 20/2001, de 28 de marzo, Sala de lo Penal, nº rec. 4234/1998, Ponente Candido Conde-Pumpido Touron (ECLI:ES:2001:2582) indica en su FJ 12º que "La imparcialidad de los peritos judiciales informantes viene determinada por su condición de funcionarios públicos cuya actuación debe estar dirigida a *servir con objetividad los intereses generales*". En el mismo sentido véase FJ 3º SAP Alicante, 12/2015, de 14 de enero, sec. 2, nº rec.175/2014, Ponente José María Merlos Fernández (ECLI:ES:APA:2015:1).

Si nos atenemos a la definición y las características del perito establecidas en nuestra norma procesal deberemos partir de su absoluta objetividad y el art. 468.2 LECrim indica que es motivo de recusación que este tenga interés directo o indirecto en la causa⁶⁹. De esta forma no podríamos afirmar la absoluta objetividad en el proceso penal de los agentes que elaboraron un informe, que se pretende pericial, en tanto que se encuentran vinculados por la actividad previa que han realizado para un órgano distinto del jurisdiccional. Como consecuencia, el funcionario está atado por los resultados que él mismo ha definido previamente, quedando contaminada su opinión e impidiéndole actuar como perito en el proceso.

Pero en esta argumentación sobresale un elemento que debemos tener en cuenta y es que los agentes de la OLAF, en sus países de origen, son funcionarios especializados en la investigación de asuntos complejos de fraude y corrupción que ahora ejercen sus funciones en un órgano de la administración supranacional, y parece que, precisamente la condición de funcionario, impide que pueda aplicarse los conceptos de imparcialidad o de interés -directo o indirecto- en la causa penal, ni ningún otro supuesto previsto en el art. 468. Como afirma la STS 586/2014⁷⁰, pese a esta adscripción a la Administración, el funcionario “[...] no tiene ningún interés subjetivo en la suerte de la causa y está vinculado a la objetividad impuesta por el art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. También las SSTs de 5 de diciembre de 2002⁷¹ o de 28 de marzo de 2001⁷², sostienen la idea de la actuación imparcial de los peritos cuando estos son funcionarios públicos, cuestión sobre la que ya se pronunció en su día la STS de 6 de noviembre de 2000⁷³.

A pesar de ello, y aunque cabe afirmar que la pericia no ha sido realizada para el proceso sino para investigar en la vía administrativa unos hechos que, debido a su relevancia, derivan en un proceso penal, no es posible hacer una asimilación exacta entre la prueba pericial regulada en la LECrim con la actividad realizada por unos funcionarios antes del proceso y que terminarán por participar en el mismo. Pero hemos de presumir, en todo caso, que los agentes y funcionarios de la administración no actúan

⁶⁹ FJ 2º SAP Valencia 239/2013, de 15 de abril de 2013, sec. 3ª, núm. rec. 385/2012, Ponente María del Carmen Melero Villacañas-Lagranja (ECLI:ES:APV:2012:2642) y la jurisprudencia citada, en orden a considerar que la intervención del agente de la OLAF en la investigación previa no es motivo de recusación como perito, ni pérdida de imparcialidad como perito o testigo.

⁷⁰ FJ 3º STS 586/2014, de 23 de julio, Sala de lo Penal, núm. rec. 263/2014, Ponente Luciano Varela Castro (ECLI:ES:TS:2014:3085).

⁷¹ STS 2069/2002, de 5 de diciembre, Sala de lo Penal, núm. rec. 594/2001, Ponente Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar, (ECLI:ES:TS:2002:8146),

⁷² FJ 13º STS 20/2001, de 28 de marzo, Sala de lo Penal, Ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón (ECLI:ES:2001:2582).

⁷³ Vid. FJ 2º SAP Valencia 239/2013, de 15 de abril de 2013, sec. 3ª, núm. rec. 385/2012, Ponente María del Carmen Melero Villacañas-Lagranja (ECLI:ES:APV:2012:2642).

con un interés particular en los asuntos que gestionan y, por lo tanto, salvo prueba en contrario, no cabría hablar de contaminación de la prueba,. Tampoco les puede ser exigida una imparcialidad objetiva, como se les presume a los órganos jurisdiccionales, por lo que, según la jurisprudencia, un posible interés en el asunto únicamente trasciende respecto de la credibilidad del informe, no pudiendo la tacha atacar la validez del medio probatorio en sí⁷⁴.

Tales criterios, sin embargo, encuentran alguna matización en la jurisprudencia. La STS 13/2006, por ejemplo, pone en duda la consideración de peritos de los agentes de la Agencia Tributaria, pues su actividad no requiere de especiales conocimientos técnicos o artísticos -art. 456 LECrim- sino de conocimientos jurídicos que también posee el juzgador, y en mayor grado. No obstante, aclara en el FJ 1º que si en ocasiones fuera necesario “ir más allá de la mera constatación, la designación de peritos contables deberá recaer en personas que no estén afectadas por las causas de recusación recogidas en el art. 468 LECrim”.

De la misma forma, en el voto particular de la STS 3991/2008 se afirma que no resulta adecuado que la prueba pericial se efectúe por los mismos funcionarios que formaron parte del equipo investigador de la infracción delictiva. “No se trata de cuestionar, ni mucho menos, la profesionalidad, honestidad e, incluso, subjetiva imparcialidad de los funcionarios, sino del respeto obligado a los aspectos objetivos de esa imparcialidad, toda vez que estamos hablando de quienes cooperaron directa y esencialmente a la confección del material que, con posterioridad, integró la versión del denunciante, y que forman parte, además, de un cuerpo de funcionarios dependientes no tanto de la Administración Pública de forma genérica, sino en concreto de aquella que se presenta como perjudicada en la causa”.

Rechaza, además, que pueda equipararse la situación entre estos peritos y la de los funcionarios de los gabinetes científicos policiales o del Cuerpo de Médicos Forenses ya que “[...] en primer lugar tales funcionarios no forman parte del equipo o grupo de personas que construyeron la tesis en que se basó la denuncia y, más aún, no presentan vinculación alguna con el posible perjudicado por la infracción investigada, como sí que ocurre con los inspectores de la AEAT, lo que sitúa a éstos dentro del carácter de personas con un posible interés en el procedimiento, al que se refiere el artículo 468 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como una de las causas de recusación del perito”.

El problema no reside tanto en cuestionar la imparcialidad de la actuación de los inspectores sino en admitir que los mismos funcionarios que investigaron los hechos que dieron origen al proceso penal puedan actuar como peritos de la acusación no se adecúa

⁷⁴ FJ 92º STS 990/2013, de 30 de diciembre, Sala de lo Penal, núm. rec. 434/2012, Ponente Luciano Varela Castro (ECLI:ES:2013:6695).

a la regulación legal, siendo más acertado que, si en la causa penal se necesitase de la opinión de algún inspector de la Agencia Tributaria o de la OLAF, este sea distinto de aquel que tramitó la investigación administrativa⁷⁵. Efectivamente, el perito no puede desempeñar dos funciones en el proceso y, si un funcionario del Servicio de Inspección de la Agencia Tributaria hubiera intervenido en un expediente administrativo, no será imparcial para intervenir más tarde en el correspondiente proceso penal porque no puede denunciar un hecho y participar en la investigación del mismo⁷⁶. Exactamente las mismas afirmaciones serían extrapolables, *mutatis mutandi*, a los funcionarios de la OLAF. De este modo, y con relación a los agentes de la Agencia Tributaria, se ha pronunciado sobre una cuestión similar la Audiencia Nacional (AN) que afirma que “[...] el perito como medio de prueba en el orden penal presupone que ha de ser ajeno a la aportación del hecho denunciado ya que la condición de perito y de denunciante no puede concurrir en la misma persona, como tampoco en los propuestos por el Ministerio Fiscal, es decir, los funcionarios de la inspección que intervinieron como actuarios en el expediente administrativo no merecen la consideración de peritos [...]”⁷⁷.

Si los informes de la OLAF no son informes periciales *stricto sensu*, la posible declaración de los agentes durante el proceso, especialmente en el juicio oral, no puede ser considerada como la ratificación del informe pericial. Con todo, encontramos de forma habitual que los agentes son llamados a declarar en el acto del juicio, debiéndose deducir que, si no lo hacen como peritos, su declaración deberá considerarse como testifical o como una declaración del testigo-perito.

En este sentido, el voto particular de la STS 463/2008 advierte que los funcionarios de la Agencia Tributaria que intervinieron en la investigación deben tener acceso a las actuaciones procesales, pero no en calidad de prueba pericial sino como “meros testigos que relatan al tribunal los datos contables o de otro tipo, con trascendencia para el enjuiciamiento de los que hubieren tenido conocimiento a lo largo de su actividad investigadora”⁷⁸. En la misma dirección, la STS 13/2006 considera que los funcionarios de la Agencia Tributaria no pueden ser considerados peritos, pero que su declaración puede ser necesaria a efectos de ratificar o ampliar los hechos constatados en las actas de inspección.

⁷⁵ FJ 1º STS 13/2006, de 20 de enero, Sala de lo Penal, núm. rec. 1907/2003, Ponente Enrique Bacigalupo Zapater (ECLI:ES:TS:2006:63).

⁷⁶ MARTÍN OSTOS, J., “La prueba en el proceso acusatorio”, *Curso de especialización en sistema penal acusatorio*, Consejo de la Judicatura Federal, México, 2012, esp. p. 157.

⁷⁷ SAN 28/2007, de 19 de abril, Sala de lo Penal, sec. 1ª, núm. rec. 15/2005, Ponente Eustasio de la Fuente González (ECLI:ES:AN:2007:1998).

⁷⁸ FJ 1º STS 463/2008, de 23 de junio, Sala de lo Penal, núm. rec. 1701/2007, Ponente José Manuel Maza Martín, (ECLI:ES:TS:2008:3991).

En tal caso, habría de distinguirse entre aquellos hechos recogidos en el acta o en los informes, y que han sido directamente conocidos por los inspectores de la OLAF, y aquellos otros que hubieran podido ser referidos por testigos presenciales de los hechos, los mismos sospechosos o por otros funcionarios que pudieran haber estado realizando una investigación anterior. Asimismo, ha de entenderse que algunas circunstancias no habrán sido presenciadas sino deducidas de los documentos que hayan podido ser recopilados a lo largo de la investigación o de la información recuperada.

En nuestra opinión, dichas distinciones se apartan del concepto de prueba pericial para abrirse al ámbito de la prueba testifical, pues los agentes de la OLAF declararían como testigos con respecto de los hechos presenciados por ellos o como testigos de referencia en el caso de que los hechos hayan sido conocidos a través de terceros.

3. Los informes de la OLAF como denuncia

La actuación de la OLAF se inicia de oficio -por el propio órgano- o a instancia de otras autoridades, por considerar que determinados hechos tienen una trascendencia que excede del ámbito de atribuciones de los órganos nacionales y que se circunscribe dentro de los límites competenciales de la OLAF⁷⁹. Una vez completada la investigación, el Director General remitirá a los órganos penales competentes del Estado afectado, un informe detallado sobre los hechos, su calificación jurídica y las medidas que deberían ser adoptadas, siempre que hayan llegado a la conclusión de que las actuaciones investigadas pudieran ser constitutivas de delito. Normalmente, el órgano al que se dirigen las actas y los informes suele ser la Fiscalía que, en el caso español, podría incoar diligencias preliminares para decidir sobre la interposición de la correspondiente denuncia o querrela, las cuales, a su vez, incorporarán el informe de la OLAF, judicializando, así, unas actuaciones que tienen un origen “extrapocesal” o “preprocesal” en la vía administrativa. Por lo tanto, podríamos decir que la remisión de tales informes a la Fiscalía será el germen de las actuaciones procesales.

Las opciones de actuación del Ministerio Fiscal son exactamente las mismas que se le reconocen cuando la denuncia procede de un nacional, pudiendo incoar diligencias preliminares, que en su día remitirá al Juez de Instrucción competente, o bien archivarla una vez tramitadas las comprobaciones pertinentes.

Igual que sucede con nuestra denuncia, los hechos relatados en el informe elaborado fuera del contexto procesal deben ser objeto de comprobación en el proceso, por lo que no sería *a priori* muy acertado entender que tales informes, incorporados por la Fiscalía a

⁷⁹ En la modificación del Reglamento OLAF se admite la denuncia anónima como causa para iniciar la investigación. Véase, así, art. 5 (a) de la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) n° 883/2013*, cit.

la denuncia, tienen, por sí mismos, valor probatorio. Más bien, y dado que la denuncia o la querrela de la Fiscalía coincidirán en gran parte con los hechos detallados en el informe del Director General de la OLAF, podríamos entender que el informe -o los hechos descritos en él- son objeto de prueba y que los hechos definidos en el mismo coincide con el objeto del proceso penal. Podría ocurrir que algunos datos objetivos queden fijados *iuris tantum* para el proceso penal, por no poder reproducirse ni obtenerse con posterioridad, siendo imprescindible, en cualquier caso, la declaración, en el juicio oral, de los inspectores que en su día tuvieron acceso a la información de la que se dedujeron tales datos o la aportación documental correspondiente para garantizar la contradicción, sin olvidar, dada la naturaleza de la presunción, que dicha prueba puede ser enervada mediante prueba en contrario. El TC ha ratificado en varias resoluciones la doctrina del TS que afirma que las actas extendidas por la inspección de los tributos tienen naturaleza de documentos públicos, si bien sólo hacen prueba de los hechos contenidos en ella y siempre que no se haya practicado prueba en contrario suficiente⁸⁰. Asimismo, estos hechos no necesariamente determinarán la relevancia jurídica de los mismos, cuestión que corresponde determinar al órgano jurisdiccional.

Parece, pues, que los informes y actas de la OLAF, y de su Director, se enmarcan con más facilidad en la naturaleza de nuestra denuncia que en la estructura probatoria recogida en la LECrim. Por ello, cuando los inspectores de la OLAF sean llamados a declarar, su intervención encontrará un mejor acomodo en la declaración testifical -sobre aquellos hechos que conocieron de forma directa o que presenciaron-, y no en la ratificación de un informe pericial, pues este no se ha generado en un contexto jurisdiccional, sino que, por el contrario, ha sido el origen del propio proceso penal. No se cumplen, pues, los requisitos legales establecidos en la LECrim para la designación del perito y, por ejemplo, con relación a la introducción en los autos del informe pericial, no sigue los criterios de aportación al proceso, no pudiéndose afirmar, tampoco, que la finalidad de este informe coincida con la prevista por el legislador para el informe pericial *stricto sensu*.

VI. LA ACTIVIDAD DE LA OLAF EN LA INVESTIGACIÓN DE LA FISCALÍA EUROPEA

1. La Directiva PIF como nexo entre el Reglamento (UE, EURATOM 883/2013 y el Reglamento (UE) 2017/1939

⁸⁰ FJ 2º STC 76/1990, de 26 de abril (ECLI:ES:TC:1990:76).

La “estrategia global” que persigue el legislador europeo para proteger los intereses financieros UE contra el fraude ha exigido un importante esfuerzo. Ciertamente, la labor de la OLAF es esencial, pero desde hace algunos años la Unión Europea entiende que el derecho penal constituye la barrera más eficaz por mostrarse como el elemento más disuasorio frente al delito. En el objetivo de salvaguardar los intereses financieros de la Unión, es obligatorio compaginar los dos extremos de la ecuación -la actuación administrativa y la actuación penal-, así como habilitar los medios para insertar la OLAF como órgano administrativo en el nuevo contexto penal creado para la prevención y la sanción de las conductas delictivas específicamente relacionadas con el fraude.

De esta forma, la Directiva PIF⁸¹ propone una definición del fraude que puede servir como punto de partida para concretar la actuación de la OLAF, pues abarca el espectro que se dibuja desde las conductas defraudadoras relacionadas con los ingresos hasta las relativas a los gastos que pudieran afectar al presupuesto de la Unión. Igualmente, en dicho instrumento el legislador hace hincapié en que las operaciones financieras de solicitud y concesión de préstamos pueden estar vinculadas con una finalidad fraudulenta⁸² o de blanqueo y atiende, precisamente, a la tipificación del blanqueo derivado de los actos de corrupción -activa y pasiva-, y de malversación, cometidos de forma intencional, pues implican una afectación de los intereses financieros comunes en el sentido determinado por el art. 4 de la Directiva (UE) 2015/849⁸³. Se entiende que la

⁸¹ *Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal* (DOUE de 28 de julio de 2017, nº L 198, pp. 29-41).

⁸² En concreto, la Directiva tipifica los comportamientos constitutivos de fraude que afectan a los intereses financieros en materia de gastos no relacionados con los contratos públicos-art. 3.2.a)-, de gastos relacionados con los contratos públicos -art. 3.2.b)-, de ingresos distintos de los procedentes de los recursos propios del IVA -art. 3.2.c)- y en materia de ingresos procedentes del IVA -art. 3.2.d)-.

⁸³ Recientemente reformada por la *Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la situación del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE*, (DOUE de 19 de junio de 2018, núm. L 156, pp. 43-74) que no afecta a las previsiones del art. 4 de la Directiva 2015/849.

El art. 4 indica “1. Los Estados miembros, conforme a un planteamiento basado en el riesgo, velarán por hacer extensiva, total o parcialmente, la aplicación de la presente Directiva a aquellas profesiones y categorías de empresas distintas de las entidades obligadas a que se refiere el artículo 2, apartado 1, que ejerzan actividades particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. 2. En caso de que un Estado miembro haga extensiva la aplicación de la presente Directiva a profesiones y categorías de empresas distintas de las que se mencionan en el artículo 2, apartado 1, informará de ello a la Comisión”.

constatación de estas conductas en el ámbito de una organización reconocida, además, por la Decisión Marco 2008/841/JAI constituye una circunstancia agravante⁸⁴.

Con respecto al fraude contra el sistema común de IVA, la Directiva PIF remite a la Directiva 2006/112/CE⁸⁵, pues es el instrumento jurídico que define los actos subsumibles en las conductas típicas más graves, como el fraude carrusel, el fraude a través de operadores que desaparecen o el fraude cometido dentro de una organización delictiva. Estas amenazas contra el sistema impositivo común implican, de suyo, un evidente atentado contra el presupuesto de la Unión y, por ende, contra los intereses financieros.

Por su parte, la naturaleza transnacional de la infracción supone una agravación del tipo básico cuando en el entramado fraudulento se haya obtenido una ventaja mínima de 10 millones de euros sobre el sistema de IVA⁸⁶, concibiéndose ambos requisitos - carácter transnacional de la actividad fraudulenta y cuantía mínima del fraude- como presupuestos necesariamente acumulativos para apreciar el tipo agravado. Recientemente, además, el Tribunal de Justicia ha reconocido que el fraude en materia de IVA también se incardina en el ámbito de aplicación del art. 325 TFUE, por lo que dicho comportamiento se vincula a la afectación de los intereses financieros de la Unión y se integra, por tanto, en las competencias de la OLAF⁸⁷.

Pues bien, prácticamente las mismas premisas han sido trasladadas al Reglamento (UE) 2017/1939 que, en el apartado 2 del art. 22⁸⁸, concreta la competencia de la Fiscalía en función de que los delitos hayan sido cometidos por una organización delictiva de las relacionadas en la Decisión Marco 2008/841, con la condición de que su actividad se centre en la comisión de alguno de los ilícitos fijados en el apartado 1 del mismo precepto, es decir, delitos que afecten a los intereses financieros de la Unión y delitos en materia de ingresos procedentes de los recursos propios del IVA. En este último caso el legislador impone las mismas dos condiciones que en la Directiva PIF: que

⁸⁴ A tenor del art. 8 de la Directiva PIF podrá imponerse una pena máxima de, al menos, 4 años, cuando los daños y perjuicios causados, o las ventajas obtenidas, supongan más de 100.000 euros -art. 7-. Por su parte los arts. 6 y 9 de la Directiva PIF regulan los criterios para tipificar la actuación de las personas jurídica y las sanciones que deberán ser impuestas en este supuesto.

Véase Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (DOUE de 11 de noviembre de 2008, nº L 300, pp. 42-45).

⁸⁵ Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DOUE de 11 de diciembre de 2006, L 347, pp. 1-118).

⁸⁶ El concepto de perjuicio total se refiere al perjuicio estimado que cause la totalidad de la trama fraudulenta, tanto a los intereses financieros de los Estados miembros afectados como a los de la Unión, excluidos intereses y sanciones.

⁸⁷ STJUE (Gran Sala), de 8 de septiembre de 2015, As. C-105/14, Taricco y otros, (ECLI:EU:C:2015:555).

⁸⁸ Véase art. 22.4 del Reglamento (UE) 2017/1939.

el acto tenga naturaleza transnacional y que suponga un perjuicio mínimo de 10 millones de euros. Queda explícitamente excluida la competencia de la Fiscalía respecto de los delitos que afecten a los sistemas impositivos nacionales -impuestos directos- y los delitos conexos.

En cualquier caso, esta conjunción de competencias, susceptible de duplicidades, y sin perjuicio de las previsiones actuales del Reglamento (UE, Euratom) 883/2013, requiere que el legislador establezca una cooperación certera entre los Estados y la Comisión, pues la eficacia en la lucha contra el fraude pasa necesariamente por el intercambio rápido de información y por una asistencia técnica eficaz entre la OLAF y Eurojust para coordinar las investigaciones transfronterizas. Además, se debería transmitir a la OLAF cualquier hecho que pudiera ser constitutivo de una infracción, incluso penal, puesto que ello podría alterar la investigación al ser necesario determinar si tales circunstancias aconsejan remitir el asunto a los órganos penales de los Estados interesados, en el entendimiento de que estos deciden el curso que daba darse a los resultados obtenidos⁸⁹.

Como la OLAF carece de competencias penales, las reglas establecidas en su Reglamento y en los demás instrumentos jurídicos sectoriales que regulan su actividad, no le permiten adoptar en la actualidad medidas procesales⁹⁰. Sin embargo, la Directiva PIF acerca las competencias de la OLAF hasta la investigación penal, y parece establecer vasos comunicantes entre ambos contextos para frenar el fraude de IVA, situándonos ante la tesitura de que este órgano será imprescindible para la Fiscalía. Estamos, podemos decir, ante un socio privilegiado⁹¹ porque, dada su especialización, deberá ocupar de forma obligatoria un lugar de relevancia en la investigación penal del

⁸⁹ Auto del Presidente del Tribunal de Justicia, de 19 de abril de 2005, As. C-521/04 P(R), Tillack vs. Comisión, (ECLI:EU:C:2005:240).

⁹⁰ Téngase en cuenta que la OLAF carece de facultades coercitivas. Así, el art. 11.1 indica que el Director General, una vez finalizada la investigación, remitirá las recomendaciones oportunas a fin de que sean los Estados quienes la adopten. Por otro lado, con respecto a las medidas cautelares que debieran ser acordadas durante la investigación, el Reglamento 883/2013 únicamente prevé aquellas relativas a las investigaciones internas, de modo que se impone a la OLAF la obligación de informar a las instituciones, órganos y organismos de la Unión para que sean estos quienes decidan si es necesario adoptar tales medidas. En cuanto a las relaciones externas, no hay referencia alguna a las medidas cautelares puesto que son los Estados los que durante la investigación adoptarán estas medidas en su deber de colaboración con la OLAF en sus investigaciones.

⁹¹ KLEMENT, P., "OLAF at the Gates of Criminal Law", *Eu crim: The European Criminal Law associations forum*, núm. 4, 2017, esp. p. 197; Véase también, ORDÓÑEZ SOLIS, D., "La corrupción en el seno de las instituciones de la Unión Europea: responsabilidades, investigación administrativa y control judicial", op. cit., esp. p. 249, que refiere la competencia de la OLAF, otorgada por el Acuerdo Interinstitucional de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones internas efectuadas por la Oficina, para investigar comportamientos irregulares que pudieran dar lugar a diligencias administrativas o penales. Es evidente, pues, que la Comisión era consciente desde el principio que la función de la OLAF se situaba en la línea, a veces sinuosa, que separa el ilícito administrativo del penal.

fraude⁹². Pero lo afirmando no significa que la OLAF ostente la función de principal órgano colaborador de la Fiscalía Europea, pues el Reglamento (UE) 2017/1939 atribuye de forma preferente a las autoridades nacionales la tarea de apoyar a la Fiscalía en la investigación. En palabras del Tribunal de Cuentas de la Unión Europea “la Comisión debería proponer al Parlamento Europeo y al Consejo medidas para atribuir a la OLAF una función estratégica y supervisora en la actuación de lucha contra el fraude en la UE”⁹³..

Precisamente, de la propia Directiva PIF se deduce la necesidad de fijar medidas que permitan detectar de forma precoz cualquier caso de fraude y activar todos los medios con tres objetos: sancionar la conducta, recuperar las cantidades defraudadas y definir líneas de prevención que resulten suficientemente disuasorias. Pero para encontrar la fórmula que mejore los resultados de las actuaciones coordinadas de la OLAF y los Estados es imprescindible evitar duplicidades y reiteraciones que pudieran incidir en los derechos de los afectados.

Por ello, el propio Reglamento (UE) 2017/1939, en su art. 101.2 , impide las investigaciones paralelas de la OLAF y la Fiscalía -que, sin duda, podrían coincidir en fases muy tempranas -, si bien en casos excepcionales se permitirá que la OLAF inicie investigaciones complementarias para acordar medidas cautelares de naturaleza financiera o disciplinaria, toda vez que el procedimiento administrativo de recuperación de los fondos defraudados puede ser más rápido que el penal⁹⁴. Téngase en cuenta que el principio *non bis in idem* no se aplica en su plenitud a los procesos y resoluciones penales y administrativos cuando el objetivo sea proteger los intereses financieros de la Unión frente al fraude, especialmente del IVA. En estas ocasiones el imperativo que excluiría la imposición de una sanción penal y una sanción administrativa disciplinaria - de naturaleza penal- por los mismos hechos queda diluido a favor de la sanción y la recuperación de las cantidades defraudadas⁹⁵.

⁹² Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2014, sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea, COM(2013)0534 - 2013/0255(APP), disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0234+0+DOC+XML+V0//ES> (fecha de consulta: 25 abril 2019).

⁹³ Informe Especial 1/2019 del Tribunal de Cuentas Europeo - Lucha contra el fraude en el gasto de la UE: es necesario adoptar medidas, cit., esp. p. 7.

⁹⁴ Dictamen nº 8/2018 del Tribunal de Cuentas, cit. esp. p. 9.

⁹⁵ Véanse SSTJUE (Gran Sala) de 20 de marzo de 2018, As. C-524/15, Luca Menci, (ECLI:EU:C:2018:197); Ass. acc, C-596/16, Enzo Di Puma/Consob, , C-597/16 (ECLI:EU:C:2018:192), , Consob/Antonio Zecca, y C-537/16, As. Garlsson Real State, (ECLI:EU:C:193). Asimismo, véase el Comunicado de prensa nº 34/18, de 20 de marzo de 2018, del TJUE *El principio ne bis in idem puede limitarse con el fin de proteger los intereses financieros de la Unión y los mercados financieros.*, disponible en <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-03/cp180034es.pdf> (fecha de consulta: 15 de junio de 2019).

En este sentido, la Propuesta para modificar el Reglamento (UE, Euratom) 883/2013 fija en su art. 12 *sexies* las normas procedimentales por las que la Fiscalía podrá solicitar de la OLAF que apoye o complemente su actividad conforme a lo prevenido en el art. 101.3 del Reglamento (UE) 2017/1939.

2. La interrelación de la función investigadora de ambos órganos

El mismo problema de falta de uniformidad que puede detectarse en la actualidad entre las regulaciones de los Estados miembros, tanto en lo que se refiere a la admisibilidad como prueba de los informes como en lo relativo a la valoración de los mismos, se mantendrá cuando entre en funcionamiento la Fiscalía Europea, pues el hecho de que exista un órgano instructor común no implica, en modo alguno, que los trámites procesales sean también comunes. Las actuaciones de la investigación deberán someterse a las normas del ordenamiento en el que aquella tenga lugar y, así, el art. 28.1 del Reglamento (UE) 2017/1939 indica expresamente que el Fiscal Europeo Delegado podrá emprender medidas de investigación “de conformidad con el presente Reglamento y con el derecho nacional”. Es más, no existe en el Reglamento casi ninguna mención sobre el régimen probatorio de este proceso⁹⁶ y que, lógicamente, queda remitido a las especialidades propias de cada uno de los ordenamientos, puesto que la fase de juicio oral -y en concreto la fase de la prueba, y la valoración de la misma- rigen, también, por el derecho nacional.

Si añadimos que, en su momento, la OLAF deberá denunciar ante la Fiscalía aquellos comportamientos detectados que pudieran ser constitutivos de un delito de su

Por su parte, la Propuesta de modificación del Reglamento (UE, Euratom) 883/2013, profundiza en dicha circunstancia pues uno de sus objetivos es coordinar el contenido de este con las previsiones del Reglamento (UE) 2017/1939 que indica que deberán usarse todos los medios disponibles para proteger los intereses financieros de la Unión y que el principio de no repetición no debe impedir a la OLAF poner en marcha una investigación administrativa, previa consulta con la Fiscalía, para facilitar la recuperación de las cantidades defraudadas o para imponer las sanción administrativa o disciplinaria correspondiente (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica *Reglamento (UE, Euratom) n.º 883/2013*, cit., esp. pp. 10 y 11). En nuestro ordenamiento véase arts. 621 y ss. LECrim.

⁹⁶ En los arts. 30 y 31 del Reglamento (UE) 1939/2017 se regulan de una forma muy parca algunos aspectos relativos a las medidas de investigación y a las medidas de investigación y las investigaciones transfronterizas, pudiéndose dar la circunstancia de que algunas de tales medidas pudieran derivar en prueba preconstituída. Desde nuestro punto de vista, las divergencias entre las regulaciones nacionales no facilitarían el reconocimiento de tales pruebas. Habrá de acudir, pues, a otros instrumentos jurídicos que pudieran ofrecer soluciones adaptables al proceso instruido por la Fiscalía Europea si bien resulta dudosa la aplicación de la Orden Europea de Investigación (la *Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal* -DOUE de 1 de mayo de 2014, n.º L 30, pp. 1-36-), toda vez que no puede admitirse una equiparación entre ambos sistemas porque la Fiscalía representa un modelo *sui generis*. Véase ALLEGREZA, S., MOSNA, A., “Admisibilidad de la prueba transnacional en los procedimientos de la Fiscalía Europea”, en L. Bachmaier Winter (Coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 173-193.

competencia y que, en virtud de una estrecha cooperación en el intercambio de información el art. 101 del Reglamento (UE) 2017/1939 impone una colaboración mutua entre ambos órganos, lo natural, de cara a lograr una mayor eficacia, es que tales previsiones encuentren su reflejo en el instrumento jurídico que regula el funcionamiento de la OLAF, siendo este otro de los motivos por los que la Comisión ha propuesto la reforma del Reglamento de 2013. Pretende con ello avanzar hacia la necesaria correlación entre sus normas de funcionamiento y las de la Fiscalía.

La Propuesta de reforma del Reglamento aborda la modificación de aquellos aspectos de la investigación de la OLAF que permitirán garantizar la solidez y la operatividad de la investigación para complementar la actuación penal de la Fiscalía, pero ello no se traduce en una ampliación explícita de las competencias de la OLAF ni transforma su naturaleza para convertirla en un órgano penal. Sin embargo, la coherencia normativa requiere un mayor grado de armonización de ambos reglamentos, pues colaborar con la Fiscalía no supone admitir una duplicidad de atribuciones competenciales ni la repetición de actuaciones, siendo especialmente preocupante que aspectos sustanciales sobre la prueba supongan un obstáculo por la divergencia de regulaciones y que ello redunde en un debilitamiento de la capacidad de investigación de la OLAF en los Estados miembros⁹⁷.

Pero no ha tenido en cuenta el legislador que el sistema de actuaciones complementarias en el que se basa la Fiscalía Europea, y cuyo cimiento es el intercambio de información y una estrecha cooperación para evitar la repetición de actuaciones, conlleva una serie de riesgos. Además, no se ha implantado mecanismo alguno que obligue a los Estados a asignar recursos para agilizar las gestiones relativas a la investigación del fraude, cuando el coste económico del nuevo proceso penal será considerablemente elevado. Igualmente, los trámites de traducción y consultas pueden dilatar las investigaciones de la Fiscalía y que el tiempo del proceso penal en los Estados es limitado, sin olvidar que una investigación administrativa de la OLAF, seguida de una investigación penal de la Fiscalía -que depende extraordinariamente de la regulación y los medios del Estado en el que se esté desarrollando- no augura una tramitación ágil del proceso y complica el descubrimiento y consiguiente condena de los autores del fraude. Con respecto a lo anterior, el Tribunal de Cuentas ha apreciado que la posibilidad prevista en la propuesta de modificación del Reglamento (UE, Euratom) 883/2013 , relativa a la evaluación preliminar que puede realizar la OLAF, y a la que se refiere el art. 24 del Reglamento 2017/1939, para concretar la información que las instituciones,

⁹⁷ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) nº 883/2013, pp. 4 y 5.

órganos y organismos UE deben comunicar a la Fiscalía, se convertiría en una etapa adicional que retrasaría los plazos de la investigación penal⁹⁸.

En este sistema mixto, la OLAF conservará la competencia para investigar aquellas irregularidades sospechosas de fraude o cualquier otra actividad ilícita que pudiera afectar a los intereses financieros, mantendrá en exclusividad la facultad para desarrollar investigaciones internas y coordinará a las autoridades de los Estados miembros cuando el asunto así lo requiera. Igualmente, continuará manteniendo en su totalidad las actuales competencias en los Estados que no se hubieran adherido a la Fiscalía⁹⁹, por lo que se deberá fijar las reglas de coordinación entre ambos órganos -Fiscalía y OLAF- cuando el fraude afecte a Estados adheridos y a Estados no adheridos, en tanto que ello puede determinar una doble competencia de actuación¹⁰⁰. Por otro lado, la OLAF se incorporará a las investigaciones administrativas nacionales abiertas a su instancia y participará en las investigaciones mixtas, permaneciendo dichas actuaciones, en general, en el ámbito administrativo, pues el porcentaje de investigaciones que concluye en un proceso penal es muy bajo¹⁰¹.

Por su parte, el art. 12 *sexies* de la Propuesta de modificación del Reglamento (UE, Euratom) 883/2013 establece que la Oficina apoyará y complementará la actividad de la Fiscalía Europea, proporcionando información, análisis y conocimiento experto, así como apoyo operativo. Igualmente, el art. 12 *septies* regula las investigaciones complementarias entre la Fiscalía y la Oficina, dejando abierta la posibilidad de que la investigación administrativa iniciada continúe con vistas a la adopción de medidas cautelares o de naturaleza financiera, disciplinaria o administrativa.

⁹⁸ Dictamen nº 8/2018 del Tribunal de Cuentas, par. 20 y 21, p. 6 y Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) nº 883/2013, p. 10

⁹⁹ Con relación a los Estados que no se hayan adherido a la Fiscalía y queden, por lo tanto, fuera de su ámbito competencial, la OLAF seguirá actuando como en la actualidad, esto es, poniendo en conocimiento de las autoridades penales nacionales que determinados actos investigados por sus agentes pueden ser constitutivos de una infracción penal para que incoen, siempre que lo estimen oportuno, el correspondiente proceso penal, puesto que la OLAF no puede exigir la adopción de medidas concretas en el ámbito nacional y sus propuestas carecen de fuerza vinculante.

¹⁰⁰ Véase al respecto, VENEGONI, A., "The new frontier of PFI investigations: the EPPO and its relationships with OLAF", *Eucrim: The European Criminal Law associations forum*, núm. 4, 2017, pp. 194 y ss.

¹⁰¹ KLEMENT, P., "OLAF at the Gates of Criminal Law", op. cit., p. 197.

Así, según el TCUE, entre 2009 y 2016 la OLAF emitió 541 recomendaciones judiciales. Hasta hoy, las autoridades nacionales han actuado sobre 308 de estas decisiones, han presentado 137 casos y, por lo tanto, no han tomado ninguna medida con respecto a 171 casos. O hay información disponible sobre las condenas, si bien se han presentado aproximadamente diecisiete escritos de acusación al año a partir de los casos iniciados (Informe Especial 1/2019 del Tribunal de Cuentas Europeo - Lucha contra el fraude en el gasto de la UE: es necesario adoptar medidas, p. 41, disponible en <https://www.eca.europa.eu/es/Pages/DocItem.aspx?did=48858> -fecha de consulta: 15 de junio de 2019-).

Sin embargo, y puesto que los países con sistemas judiciales y políticos inestables tienen una mayor dificultad para recuperar las cantidades defraudadas a través de un procedimiento jurisdiccional, la salida más viable sería la del procedimiento administrativo sin olvidar los inconvenientes que ello implica, ya que la OLAF requiere de la cooperación del Estado afectado.

3. Pruebas penales obtenidas por un órgano administrativo

Como vemos, a pesar de la condición de órgano administrativo, la especialización de sus agentes otorga a la OLAF una verdadera naturaleza bidimensional que, *per se*, lo ha destinado a convertirse en un órgano imprescindible para que la Fiscalía Europea pueda desarrollar con éxito su función. Como consecuencia, el legislador construye una sólida vinculación entre ambos órganos a través del establecimiento de un inevitable deber de colaboración que convierte a la OLAF en un pilar necesario para la actuación de la Fiscalía, al tiempo que mantiene sus funciones administrativas¹⁰² dotando a la lucha contra el fraude de un recorrido transversal. Es por ello que, si de los actos investigados se pudiese deducir cierta responsabilidad penal, la competencia para continuar la investigación pasaría a la Fiscalía y, *contrario sensu*, y dependiendo de las circunstancias, cuando no se apreciase vestigio alguno de responsabilidad penal, la investigación debería pasar a la OLAF. Digamos que el legislador ha creado una vía de doble transmisión que pretende abarcar todas las opciones supranacionales para combatir el fraude y que comprende desde medidas de prevención hasta medidas sancionadoras en los diferentes ámbitos, administrativo y penal.

Además, la OLAF está obligada a colaborar en las actuaciones preparatorias de la investigación de la Fiscalía y apoyar las investigaciones a petición de esta, en el sentido que se deduce del art. 101 RFE. Pero es que la solicitud de cooperación se deduce en el contexto de un proceso penal y tendrá como finalidad última obtener datos, información y pruebas en dicho proceso. Aunque la investigación de la OLAF tenga inicialmente un cariz administrativo, la petición de la Fiscalía tiene como propósito la obtención de pruebas para el proceso penal. Estaremos, pues, ante un órgano administrativo que actuará en el proceso penal, cuyos actos se pretenden eficaces en este, y recordemos que la protección de derechos es mucho más rígida en el penal que en el ámbito

¹⁰² Vid. arts. 12 *sexies* y 12 *septies* Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) nº 883/2013.

administrativo, volviendo a tomar sentido aquella revisión de los derechos de los afectados que propone el legislador en su reforma de la OLAF¹⁰³.

Este sistema mixto exige el cumplimiento de algunas condiciones. En su actuación, la OLAF no sólo deberá respetar los principios que rigen el ordenamiento nacional para evitar el riesgo de inutilizar las pruebas obtenidas, sino que es preciso dotar al procedimiento de recogida de pruebas de las garantías procedimentales previstas en el Reglamento (UE) 2017/1939, y que deberían verse explícitamente reflejadas en el Reglamento de la OLAF¹⁰⁴. Únicamente de este modo las pruebas de la OLAF tendrán la misma validez que las pruebas obtenidas directamente por la Fiscalía. Además, la fijación de unos criterios de control judicial operativos a nivel nacional y supranacional¹⁰⁵ constituirían el contrapunto que perfecciona el procedimiento, al permitir la revisión jurisdiccional de unos actos de investigación que, sin duda, surten efectos jurídicos frente a terceros. No obstante, no se aprecia en la propuesta ninguna medida de control administrativo de las actuaciones de la OLAF en el proceso penal y, no olvidemos, que, a pesar de esta colaboración necesaria, la naturaleza del órgano sigue siendo administrativa¹⁰⁶.

Pero, desde nuestro punto de vista, el peso de la OLAF con respecto a la Fiscalía Europea va mucho más allá de ese deber de colaboración o cooperación mutua, pues los agentes de la OLAF son, en la actualidad, los únicos expertos en la investigación y detección del fraude en el ámbito supranacional. Por ello, la interrelación de este órgano con la Fiscalía es estructural y excede del mero intercambio de información y asuntos, siendo muy probable que, de alguna manera, parte de su composición pueda ser asumida por la Fiscalía o que esta, en su organización interna, pueda replicar ciertas referencias de la OLAF, asumir algunos de sus métodos de investigación o reubicar una parte de sus agentes en la propia Fiscalía como órganos de colaboración internos de la misma.

¹⁰³ Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido manteniendo de forma unánime que la protección de los derechos en el proceso contencioso administrativo sancionador alcanza el mismo nivel que en el proceso penal. Véase, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M.L., "El valor probatorio de las actas de inspección ante los tribunales", op. cit., esp. p.880.

¹⁰⁴ El art. 9 del Reglamento (UE, Euratom) 883/2013 contiene las garantías procedimentales de las investigaciones de la OLAF, no obstante, y puesto que actuará como órgano en la investigación penal de la Fiscalía, es necesario reforzar aquellas garantías en el sentido propuesto por el Reglamento. La Propuesta de modificación del Reglamento aborda de forma muy parca esta situación y hemos de tener en cuenta que en la investigación penal los límites de las garantías procesales son más rígidos que en el ámbito administrativo, en el que habitualmente se desarrolla la actividad de la OLAF.

Asimismo, ILLUMINATI, G., "La protección de los derechos fundamentales de los sospechosos y acusados en los procedimientos transfronterizos de la Fiscalía Europea", op. cit., pp. 229-253.

¹⁰⁵ KLEMENT, P., "OLAF at the Gates of Criminal Law", op. cit., pp. 197-199.

¹⁰⁶ Vid también Dictamen nº 8/2018 del Tribunal de Cuentas, par. 22 a 24, p. 6.

En definitiva, hemos de preguntarnos si el resultado de las investigaciones desarrolladas por la OLAF debe continuar permaneciendo en un contexto indefinido, en su origen ajeno al proceso penal, pero que incide directamente en la protección penal de los intereses de la Unión Europea. Probablemente la respuesta será más evidente si atendemos a los distintos planos de actuación en los que se incardina, porque el legislador europeo ha puesto a la OLAF en la senda del derecho penal y su intención es la de incorporarla en la estructura penal de la lucha contra el fraude.

VII. COMENTARIO FINAL

La imprescindible protección de los intereses financieros ha llevado al legislador europeo a vincular el ámbito administrativo -en el que tradicionalmente se asentaba la lucha supranacional contra el fraude a través de la OLAF- con el derecho penal, sustentando la conexión entre ambos polos a través del art. 325 TFUE y los problemas que advertimos son considerablemente complejos. Entre ellos, especial relevancia alcanza la consideración probatoria en el proceso penal de los informes elaborados por la OLAF tras sus investigaciones, así como la valoración que deba otorgarse a los mismos. Para nosotros, estos informes poco o nada tienen que ver con la prueba pericial regulada en nuestra LECrim. De hecho, estamos asistiendo en nuestro ordenamiento al resquebrajamiento de una doctrina jurisprudencial sólida que venía considerando, casi de forma unánime, que los informes de la OLAF constituyen prueba pericial, pudiéndose encontrar hoy algunas sentencias que difieren claramente de esta postura.

Por otro lado, y dado que corresponde a cada ordenamiento la facultad de determinar el valor probatorio exacto de los informes, es fácil deducir que entre las legislaciones nacionales no existe la necesaria armonía para afirmar la existencia de una regulación común.

Pero el legislador europeo va más allá, y la creación de un sistema penal supranacional para combatir el fraude le ha llevado no solo a implantar la Fiscalía Europea, cuya exclusiva competencia es precisamente investigar aquellos actos presuntamente ilícitos o irregulares que pudieran afectar a los intereses financieros de la Unión, sino a proponer una reforma del Reglamento (UE, Euratom) 883/2013, que hará efectiva la previsión del Reglamento (UE) 2017/1939 y que eleva a la OLAF a la posición de órgano colaborador por excelencia de la Fiscalía.

En este devenir surgen nuevas situaciones que dejan un rastro de dudas. Así, la posibilidad de que la Fiscalía Europea solicite la colaboración de la OLAF para que obtenga pruebas en la investigación penal dirige la regulación de la lucha contra el fraude hacia un nivel hasta ahora inexplorado, pues permite que un órgano

administrativo pueda actuar en el proceso penal y que los resultados obtenidos por este tengan eficacia procesal.

No cabe duda, pues, de que el proceso penal se adentra en un nuevo terreno, toda vez que, en el afán de abarcar todos los aspectos relativos a la protección de los intereses financieros de la Unión, el legislador está levantando un puente de comunicación entre órganos penales y administrativos que parecen diluir la frontera que existe entre ambos contextos

¿Qué sucede con la protección de los derechos y garantías procesales del sujeto pasivo? ¿Cómo proteger el derecho de defensa de los afectados frente a un órgano que carece de competencias penales y que, por lo tanto, no se rige por los criterios impuestos para el proceso penal? ¿Es suficiente con la propuesta de reforma del Reglamento (UE, Euratom) 883/2013 ? ¿Es necesario abordar un fortalecimiento más profundo de los derechos procesales de los sospechosos frente a las nuevas facultades otorgadas a la OLAF? ¿Podemos equiparar las condiciones de la persona investigada en la vía administrativa con la de los de los procesos penales?

Sin duda, el éxito de esta nueva situación debe residir en una salvaguarda más solvente de los derechos procesales y en el establecimiento del control jurisdiccional de las actuaciones de la OLAF en el ámbito penal. Por lo tanto, la reforma del sistema debe ser global, no siendo suficientes las modificaciones parciales de normas, órganos e instrumentos jurídicos, pues un proceso penal con garantías no puede permitir vacíos legales y subterfugios que debiliten el sistema global de prevención y lucha contra el fraude.