

# Revista del Ministerio Fiscal

nº 9, 2020



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid  
[www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)

## **La Fiscalía Europea y el proceso penal español**

Revista del Ministerio Fiscal, año 2020, número 9

Directora de este número: Myriam Segura Rodrigo

Fiscal de la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada

### **Consejo de Redacción de la Revista del Ministerio Fiscal**

Dolores Delgado García, Fiscal General del Estado

Luis Navajas Ramos, Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

Álvaro García Ortiz, Fiscal de Sala de la Secretaría Técnica

Fausto Cartagena Pastor, Fiscal de Sala de la Inspección

Francisco Moreno Carrasco, Fiscal de Sala de la Unidad de Apoyo

Pilar Fernández Valcarce, Fiscal de Sala de Sala del Tribunal Supremo

Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Pilar Martín Nájera, Fiscal de Sala Delegada contra la Violencia sobre la Mujer

Pedro Crespo Barquero, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Rosa Ana Morán Martínez, Fiscal de Sala de la Unidad de Cooperación Internacional

NIPO: 056160021

ISSN: 2530-0113

### **Edita**

Fiscalía General del Estado

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid

[www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)

### **Maquetación**

Servicios Gráficos Kenaf, S. L.

# Índice

INTRODUCCIÓN .....	5
MYRIAM SEGURA RODRIGO	
1. EL PROCESO PENAL ESPAÑOL EN EL QUE INTERVIENE LA FISCALÍA EUROPEA .....	6
MYRIAM SEGURA RODRIGO	
1. Normativa básica y necesidad de una reforma procesal .....	6
2. Delitos incluidos en el ámbito de actuación de la Fiscalía Europea .....	7
3. Exclusión del procedimiento de jurado respecto de los delitos de malversación de caudales públicos y de cohecho cuando asuma su competencia la Fiscalía Europea .....	8
4. La <i>notitia criminis</i> como origen de la investigación de la Fiscalía Europea en España .....	9
4.1. Notificaciones a la Fiscalía Europea. Canales de comunicación .....	9
4.2. Designación de autoridad nacional competente a efectos del art. 25.6 del RFE .....	10
4.3. Protección del denunciante .....	12
4.3.1. La denuncia anónima .....	12
4.3.2. La Directiva europea de protección del denunciante .....	12
5. La dirección de la investigación en el proceso español en el que intervenga el Fiscal Europeo ...	14
5.1. Una reforma limitada a los supuestos de efectiva intervención de la Fiscalía Europea .....	15
5.2. Colocar nuestro sistema procesal en condiciones materiales similares a las de otros estados miembros .....	16
5.3. Las reglas para decidir el estado en el que la Fiscalía Europea desarrolla su actuación .....	16
5.4. La importancia del criterio de la eficacia .....	17
5.4.1. Llamadas del Reglamento de la Fiscalía Europea a la eficacia y el interés de la justicia .....	17
5.4.2. Un supuesto habitual .....	18
5.5. Dirigir la investigación supone conservar la dirección pese a la necesidad de obtener autorización judicial para determinados pasos procesales .....	18
5.6. La dirección de la investigación y el ejercicio de la acusación como partes diferenciadas de un todo .....	19
6. Investigación por delitos conexos cuya competencia corresponda a la Fiscalía Europea y a la Fiscalía española .....	20
7. Medidas de investigación que precisan el auxilio de Estados, agentes o instituciones .....	21
8. Autonomía y revisión judicial de las actuaciones del fiscal .....	23
8.1. La autonomía ya existente .....	23
8.2. Revisión judicial de las decisiones del fiscal .....	25
9. Fase intermedia y juicio oral .....	27
10. Ejecución de la sentencia .....	28
2. INVESTIGACIONES TRANFRONTERIZAS Y COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA FISCALÍA EUROPEA .....	30
ROSA ANA MORÁN MARTÍNEZ	
1. Introducción .....	30
2. Investigaciones transnacionales dentro de los países participantes en la Fiscalía Europea. El final de la idea de la “Single legal area” .....	33
2.1. Sistema de asignación, coordinación y denegación .....	34
2.2. Tipos de medidas .....	37
2.3. Procedimiento de ejecución y autorizaciones judiciales .....	39
2.3.1. Normas aplicables para la ejecución de las medidas transnacionales .....	39
2.3.2. Suficiencia de una sola autorización judicial para las medidas transnacionales .....	40
2.4. Validez de la prueba obtenida de forma transnacional .....	41
3. Cooperación transfronteriza del Fiscal Europeo Delegado español .....	43
4. Ordenes Europeas de Detención y Entrega y Extradiciones .....	46
5. Cooperación judicial con terceros estados y organismos internacionales .....	47
6. Cooperación judicial con los Estados europeos no miembros de la EPPO .....	51
7. Cooperación de la Fiscalía Europea con las solicitudes autoridades judiciales europeas o de terceros Estados .....	53
8. Relaciones operativas de la Fiscalía Europea y Eurojust .....	54

3. EL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL Y LA FISCALÍA EUROPEA. SU CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL. LA AUTONOMÍA Y LA INDEPENDENCIA EN SU ESTATUTO JURÍDICO. CONFLICTOS DE COMPETENCIA Y MECANISMOS DE RESOLUCIÓN. LA FISCALÍA EUROPEA Y LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN. ....	58
JAVIER-ALBERTO ZARAGOZA AGUADO	
I. Apuntes introductorios: la génesis de la Fiscalía Europea .....	58
II. La transposición del Reglamento 2017/1939 a la legislación nacional: reformas imprescindibles .....	60
III. Configuración, competencias y principios de actuación de la Fiscalía Europea .....	67
IV. Configuración y principios básicos de actuación del Ministerio Fiscal Español .....	72
V. Conflictos de competencia entre la Fiscalía Europea y los órganos de investigación nacionales .....	76
VI. La emisión de órdenes europeas de detención y la Fiscalía Europea .....	79
4. DIRECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POR EL FISCAL EUROPEO: LIMITACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SECRETO DE LAS ACTUACIONES. ....	83
ANTONIO NARVÁEZ RODRÍGUEZ	
1. Introducción .....	83
2. El problema del estándar de protección .....	85
2.1. Planteamiento .....	85
2.2. Estándar de protección. Modelo a seguir. ....	86
2.2.1. La CDFUE y su aplicación por el TJUE. ....	87
2.2.2. La posición de los Estados miembros en relación con el estándar de protección ....	88
2.2.3. El TJUE. Análisis de casos. ....	90
2.2.3.1. Caso Melloni .....	90
2.2.3.2. Caso Akerberg .....	93
2.2.3.3. Conclusión .....	94
3. La Fiscalía Europea y el proceso penal español. ....	95
3.1. El principio de primacía y la realidad procesal en España. ....	95
3.1.1. Consideraciones previas .....	95
3.1.2. Las diligencias de investigación del hecho delictivo, medidas limitativas de derechos fundamentales. ....	96
3.1.2.1. Medidas limitativas de derechos fundamentales .....	96
3.1.2.2. Garantías .....	99
3.1.2.2.1. Garantías institucionales .....	99
3.1.2.2.2. Garantías procesales. ....	100
4. El secreto de las actuaciones .....	105
4.1. Consideraciones generales .....	105
4.2. El secreto en el RFE. ....	106
5. MEDIDAS CAUTELARES REALES DECIDIDAS O PROPUESTAS POR EL FISCAL EUROPEO EN EL PROCESO PENAL TRAMITADO EN ESPAÑA .....	108
LUIS RODRÍGUEZ SOL	
1. Introducción .....	108
2. Una cuestión preliminar: el modelo de investigación del Reglamento .....	108
2.1. La solución continuista .....	109
2.2. Una propuesta innovadora .....	110
2.3. Para concluir, una dosis de realismo .....	112
3. Las medidas cautelares reales en el Reglamento. ....	114
3.1. Las medidas expresamente previstas. ....	114
3.2. Otras medidas posibles .....	116
4. Otras cuestiones interesantes .....	117
4.1. Decomiso y responsabilidad civil: diferencia y similitudes .....	118
4.2. Posición de otras partes procesales .....	119
5. Procedimiento de adopción de las medidas cautelares reales .....	121
6. Responsabilidad derivada de la adopción de medidas cautelares reales .....	122
7. Conclusiones .....	123

# Introducción

## **La trascendencia de la Fiscalía Europea a nivel nacional: la etapa que comienza el 20 de noviembre de 2020**

El próximo 20 de noviembre comienza el plazo establecido para la entrada en funcionamiento de la Fiscalía Europea, a tenor de lo que señala el Reglamento que la regula y la agenda de la Comisión Europea. Esto implica un cambio procesal muy relevante, tras el ya operado en materia sustantiva con la trasposición de la Directiva sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal.

Para dar cumplimiento a las exigencias derivadas de la normativa europea, es preciso abordar el marco procesal de actuación de la Fiscalía Europea en España y su engranaje con la Fiscalía nacional.

A partir de la citada fecha será posible que la Fiscalía Europea asuma en España, como una Fiscalía más, el ejercicio de acciones penales. Sin embargo, no se trata de una Fiscalía más porque no es nacional sino supranacional, no se integra en la Fiscalía española y tiene su propia estructura, órganos y medios de funcionamiento y toma de decisiones. Por ello, en el breve periodo que nos queda, es importante reflexionar sobre cómo resolver los retos que en la práctica pueden surgir de este nuevo escenario procesal penal.

La Fiscalía española tiene mucho que ofrecer en esa reflexión porque es quien compartirá con la Fiscalía Europea el ejercicio de la acción penal pública y puede aportar su conocimiento cualificado para que la actividad de esta en España pueda ser una verdadera respuesta a los delitos que erosionan los intereses de la Unión Europea, al mismo nivel que en otros Estados.

Con este fin se incluyen en esta revista monográfica capítulos que abordan temas como cuáles habrían de ser los presupuestos mínimos de la regulación del proceso penal español en el que intervenga la Fiscalía Europea, las investigaciones transfronterizas, la cooperación internacional de la Fiscalía Europea en España, la configuración institucional del Ministerio Fiscal y la Fiscalía Europea, sus posibles conflictos de competencia, las limitaciones de derechos fundamentales y el secreto de las actuaciones en la investigación dirigida por la Fiscalía Europea y las medidas cautelares reales propuestas o decididas por la Fiscalía Europea en el proceso penal tramitado en España.

# El proceso penal español en el que interviene la Fiscalía Europea

Myriam Segura Rodrigo

Fiscal de la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada

## 1. Normativa básica y necesidad de una reforma procesal

Los textos legales básicos de origen *européo* en esta materia son el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo TFUE<sup>1</sup>), el Reglamento de la Fiscalía Europea 2017/1939 (en lo sucesivo RFE<sup>2</sup>) y la Directiva contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión 2017/1371 (en lo sucesivo Directiva PIF<sup>3</sup>). El TFUE regula en sus arts. 82 a 86, 280 y, en particular, el 325 la armonización normativa y la cooperación institucional para la protección de los intereses financieros de la Unión contra el fraude. Toda la normativa europea sobre esta materia tiene efecto directo, bien por el tipo de norma (caso del RFE), bien por haber transcurrido el plazo de transposición (caso de la Directiva PIF).

La regulación *nacional* de esta materia contenida en el Código Penal (LO 10/1995) fue objeto de reforma para incorporar, desde el punto de vista del derecho penal sustantivo, la Directiva PIF por LO 1/2019, de 20 de febrero.

También se encuentra regulado el proceso de acceso a los puestos de trabajo de la FE de origen español mediante RD 32/2019<sup>4</sup> y Orden JUS/97/2019<sup>5</sup>.

La acción pública respecto de los delitos contra los intereses financieros de la Unión, en tanto no decida la FE asumir un caso, corresponde al Ministerio Fiscal. La competencia respecto de estos delitos se encuentra atribuida a la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, conforme al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF)<sup>6</sup> y la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 4/2006<sup>7</sup> que considera *de especial trascendencia* los delitos contra la Hacienda Pública *cuando el fraude se cause a los intereses financieros de la Unión Europea*.

---

<sup>1</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 26.10.2012, C 326/47.

Art. 86.1. *Para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, el Consejo podrá crear, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, una Fiscalía Europea a partir de Eurojust. (...).*

Art. 325: *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 (...).*

Art. 310.6: *La Unión y los Estados miembros, de conformidad con el artículo 325, combatirán el fraude y cualquier otra actividad ilegal que perjudique a los intereses financieros de la Unión.*

<sup>2</sup> Reglamento 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la FE.

<sup>3</sup> 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.

PIF: Protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

<sup>4</sup> Real Decreto 37/2019 de 1 de febrero, por el que se crea la Comisión de selección y se regula el procedimiento para la designación de la terna de candidatas a Fiscal Europeo y candidatos a FED en España, a los que se refieren los artículos 16 y 17 del 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.

<sup>5</sup> Orden JUS/97/2019, de 5 de febrero, por la que se convoca proceso selectivo para la designación de la terna de candidatos a Fiscal Europeo.

<sup>6</sup> Art. 19.4 Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE núm. 11, de 13/01/1982). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-837>

<sup>7</sup> Instrucción 4/2006, de 12 de julio, de la Fiscalía General del Estado, sobre atribuciones y organización de la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los Fiscales especialistas en delincuencia organizada. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-I-2006-00004&tn=2>

Apdo: II.4.1.d): *La especial trascendencia en los delitos contra la Hacienda Pública. Sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de los demás criterios de determinación de la especial trascendencia incluidos en esta Instrucción, en relación con los delitos contra la Hacienda Pública, concurrirá dicha situación cuando: (...) d) Hubieran sido defraudados los intereses financieros de la Unión Europea.*

Desde el punto de vista procesal la regulación en la que se insertaría la actuación de la FE, tanto de investigación como de acusación, se encuentra en la LECrim. El RFE tiene previsiones procesales, pero ha de ser complementado con la legislación interna. El RFE establece con carácter general la aplicación supletoria de la legislación nacional (art. 5.3) y tiene, además, específicas previsiones como la contenida en el art. 30.5: “*La legislación nacional aplicable regirá los procedimientos y las modalidades para adoptar las medidas (de investigación)*”. Sin embargo, el modelo de investigación que establece el RFE encuentra dificultades de encaje en el sistema procesal español. Por eso en España es más necesaria que en otros Estados una reforma, siquiera sea de mínimos, para regular el proceso penal cuando la FE decida asumir su competencia. Al fin y al cabo, la FE es un proyecto en el que unos Estados de la UE decidieron participar, pero no todos. El haber gozado de esta alternativa hace aún más razonable que cada país trate de colocarse en el mejor escenario posible, material y procesal, para esta vía de represión del fraude contra los intereses de la UE.

Este trabajo no pretende proponer los términos concretos de la futura reforma de la LECrim y sus obligadas concordancias, sino reflexionar sobre algunas exigencias básicas de esa reforma atendidos los compromisos asumidos por España, los tiempos establecidos para el comienzo de la FE, la normativa y jurisprudencia aplicables, y la experiencia del Ministerio Fiscal en procesos por delitos contra los intereses financieros de la UE y en cooperación internacional. En el curso de esa reflexión resulta inevitable abordar tangencialmente algunas cuestiones que son objeto de tratamiento específico y pormenorizado en otros capítulos de esta revista monográfica.

## 2. Delitos incluidos en el ámbito de actuación de la Fiscalía Europea

La competencia material<sup>8</sup> viene atribuida a la FE respecto de:

- *Delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión* contemplados en la Directiva PIF y tal y como esta se haya transpuesto por la legislación nacional, con independencia de que el mismo comportamiento pueda clasificarse como constitutivo de otro tipo de delito con arreglo al Derecho nacional. En el caso del fraude del IVA solo será competente la FE cuando los hechos tengan relación con el territorio de dos o más Estados miembros y supongan un perjuicio total de, al menos, 10.000.000 €.
- Delitos relativos a la participación en una *organización delictiva* si la actividad de dicha organización se centra en cometer alguno de los delitos anteriores.
- Delitos *conexos* con los anteriores.

La aplicación de estos criterios determina, a efectos internos, la competencia respecto de delitos del título XIV del Libro II del CP, que abarca diversos tipos de fraude contra los presupuestos de la Unión Europea:

- La elusión del pago de cualquier cantidad que deba ingresarse o el disfrute de manera indebida de un beneficio obtenido legalmente, cuando los hechos se cometan contra la Hacienda de la Unión Europea y la cuantía defraudada exceda de 10.000 € (art. 305 CP, con distintas penas dependiendo de que el importe de la defraudación supere, o no, 100.000 €).
- La elusión del pago de cantidades que se deban ingresar, dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados u obteniendo indebidamente fondos falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, en cuantía superior a 50.000 € (art. 306 CP, aquí el fraude puede ser a los presupuestos generales de la Unión Europea o a otros administrados por ésta).
- La aplicación, en el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas, incluida la Unión Europea, a fines distintos de aquéllos para los

<sup>8</sup> El ámbito de atribuciones de la FE, sus reglas de competencia material, territorial y funcional se encuentran en los arts. 22, 23 y 26 RFE.

que la subvención o ayuda fue concedida, en una cantidad superior a 10.000 € (art. 308 CP, con distintas penas dependiendo de que el importe de la defraudación supere, o no, 100.000 €).

A este núcleo esencial de tipos delictivos, que abarcan los fraudes en materia de ingresos (procedentes o no de los recursos propios del IVA) y de gastos (relacionados o no con contratos públicos) deben añadirse<sup>9</sup>, al menos, los delitos de blanqueo de capitales que afecten a bienes procedentes de delito PIF (art. 301 CP), el cohecho cuando perjudique o pueda perjudicar los intereses financieros de la Unión (art. 319 CP), la malversación cuando perjudique de cualquier manera a los intereses financieros de la Unión (art. 432 CP) y la comisión de dichos delitos en el seno de organizaciones criminales (art. 570 bis CP).

Igualmente establece el RFE que, para evitar un *ne bis in idem* y permitir la investigación eficiente de delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, la FE podrá asumir los delitos indisociablemente vinculados a un delito PIF<sup>10</sup> cuando este delito sea preponderante o, aun no siéndolo, el delito conexo se considere de carácter accesorio por ser meramente instrumental para el delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión. Esta circunstancia puede apreciarse, conforme al RFE, cuando un delito se dirija *estrictamente a asegurar los medios materiales o legales* para cometer el delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión o para asegurarse el beneficio o producto de dicho delito.

La FE podrá ejercer su competencia no solo respecto de delitos cometidos en el territorio de los Estados miembros sino, también, de los cometidos fuera del mismo. Sin embargo, no será competente respecto de delitos referentes a los impuestos directos nacionales, incluidos los delitos conexos con ellos.

### 3. Exclusión del procedimiento de jurado respecto de los delitos de malversación de caudales públicos y de cohecho cuando asuma su competencia la Fiscalía Europea

Los delitos de malversación de caudales públicos y de cohecho se investigan y enjuician por los trámites del procedimiento del jurado (arts. 1.2. f y h Ley del Jurado<sup>11</sup>). Al mismo tiempo son delitos incluidos en el ámbito de competencia de la FE (arts. 4. 2 y 3 de la Directiva PIF).

La tramitación del proceso asumido por la FE conforme a las normas del jurado puede resultar complicada. Por una parte, hay que pensar en la complejidad técnica de algunos supuestos de hecho o medios de prueba, como en la eventualidad de tener que practicar investigaciones transfronterizas en varios Estados. Por otra parte, la regulación vigente del proceso con jurado podría entenderse poco conciliable con el RFE, dada la existencia de preceptos como el art. 36.4 del RFE para el momento de finalizar la fase de investigación: *antes de tomar la decisión de solicitar apertura de juicio*, la Sala Permanente competente (...) podrá decidir la *acumulación de varios casos, cuando varios Fiscales Europeos Delegados hayan dirigido investigaciones contra la misma persona o personas*, con vistas a la acusación con respecto a estos casos ante los órganos jurisdiccionales de un solo Estado miembro que, con arreglo a su legislación nacional, tenga jurisdicción para cada uno de estos casos.

Finalmente, subyace en el RFE la asunción de que el juicio se decidirá por un tribunal profesional (art. 37.2 RE): *“El presente Reglamento no afectará a la facultad de que goza el órgano jurisdiccional ante el que se celebra el juicio de valorar libremente las pruebas presentadas (...)”*.

Por todo ello, y salvo en el caso de que se atribuya la competencia del proceso en el que intervenga la FE a la Audiencia Nacional, podría añadirse en la LO 1/05 (art. 1.3) una nueva excepción a la competencia del jurado:

<sup>9</sup> Arts. 4 y 8 Directiva PIF.

<sup>10</sup> Considerandos 43, 55 y 56 del RFE.

<sup>11</sup> Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (BOE núm. 122, de 23/05/1995).



“El juicio del jurado se celebrará sólo en el ámbito de la audiencia provincial y, en su caso, de los tribunales que correspondan por razón del aforamiento del acusado. En todo caso quedan excluidos de la competencia del Jurado los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional y *los delitos cuya competencia haya sido asumida por la FE*”.

### 4. La *notitia criminis* como origen de la investigación de la Fiscalía Europea en España

En el caso de los delitos PIF la *notitia criminis* vendrá, en buena parte, de la propia Administración Pública, a través de la IGAE (en el caso de los delitos de fraude de subvenciones, por ejemplo) o de la AEAT (en el caso del fraude de IVA transfronterizo a gran escala).

La Resolución de 30-7-2015 de la IGAE<sup>12</sup> dedica su Sección Sexta a regular las actuaciones a realizar cuando en el ejercicio del control financiero permanente se conozcan hechos que puedan dar lugar a responsabilidades penales. El interventor delegado remitirá sus actuaciones, junto con una copia de los documentos en los que conste la evidencia obtenida, a la Oficina Nacional de Auditoría. Si la detección la hacen los interventores regionales o territoriales, remitirán las actuaciones al interventor delegado que será quien, a su vez, las remita a la Oficina Nacional de Auditoría. La norma contiene como anexo II el modelo para hacer esta remisión.

El Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, integrado en la IGAE, está llamado a establecer los cauces de coordinación e información sobre irregularidades y sospechas de fraude entre las diferentes instituciones nacionales y la OLAF, como parte de su función de coordinar las acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión Europea contra el fraude<sup>13</sup>.

Por su parte la AEAT, cuando aprecie la posible existencia de un delito PIF, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal<sup>14</sup>.

#### 4.1. Notificaciones a la Fiscalía Europea. Canales de comunicación

Para que en la FE se inicie el proceso interno que puede terminar con su decisión de su asumir un caso, el RFE impone a las *autoridades nacionales el deber de informar a la FE* de toda conducta que pueda constituir un delito incluido en su ámbito de competencia<sup>15</sup>. Esta previsión, contenida en los considerandos, se traslada al articulado del RFE mencionando específicamente las autoridades obligadas: instituciones, órganos u organismos de la Unión y autoridades de los Estados miembros que sean competentes con arreglo al Derecho nacional.

La obligación de transmitir la denuncia a la FE en supuestos que entran en el ámbito de su competencia, por ser impuesta por una norma de aplicación directa, no parece precisar *per se* de una regulación interna. Está ya claramente prevista la obligación de denunciar a nivel nacional y, ahora también, la de remitir la denuncia a la FE en determinados casos. Pero sí podría asegurarse un canal de comunicación centralizado, del mismo modo que en el ámbito administrativo se creó un departamento que centraliza en la IGAE las actuaciones en materia de fraude a los intereses de la Unión, al que ya se ha hecho referencia<sup>16</sup>. Si se optara por establecer una comunicación preceptiva a nivel nacional de cualquier denuncia que haya sido remitida –o debiera serlo– a la FE en cumplimiento del precepto antes citado, dicha autoridad habría de ser el Ministerio Fiscal porque tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal pública y dis-

---

<sup>12</sup> Resolución de 30 de julio de 2015 de la IGAE por la que se dictan instrucciones para el ejercicio del control financiero permanente (BOE Núm. 190 de 10 de agosto de 2015).

<sup>13</sup> Disposición Adicional 25ª de la Ley 38/2003 y Comunicación 1/2017, de 6 de abril del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, integrado en la IGAE.

<http://www.igae.pap.minhafp.gob.es/sitios/igae/es-ES/snca/Paginas/inicio.aspx>

<sup>14</sup> Artículo 251 Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria. BOE núm. 302, de 18/12/2003.

<sup>15</sup> Considerando 48 y art. 24.1 RFE.

<sup>16</sup> *Vid.* Nota 13.

pone de una estructura de ámbito nacional que le permitirá ejercer esa función. Pensemos en que nos encontramos ya ante un posible delito y que los órganos judiciales son los llamados a, eventualmente, juzgar los hechos –no a investigar, en el caso de los procesos de la FE–; por ello, si se hiciera descansar esa centralización de la denuncia en los órganos judiciales, se acabaría generando un nuevo traslado al Ministerio Fiscal, que es la institución que ejercerá la acción pública por dicho delito o no hará si la FE ha asumido la competencia en el caso.<sup>17</sup>

En consecuencia, no es preciso incorporar a la nueva normativa la obligación de denunciar porque ya está regulada, si bien habría que canalizar la comunicación a la FE para que se puedan adoptar decisiones sobre la asunción de la competencia asegurando su conocimiento por parte del Ministerio Fiscal, llamado a ejercer su propia competencia de modo residual con unidad de criterio. Establecer esa obligación de comunicación al Ministerio Fiscal facilitaría la coordinación y ofrecería hacia el exterior, además, un interlocutor unitario a estos efectos<sup>18</sup>. Es posible centralizar la comunicación a la FE *a través de la Fiscalía General del Estado* o simplemente optar por mantener la posibilidad de denuncia directa por parte de las diferentes autoridades nacionales que entren en contacto con el posible delito, *con copia al Ministerio Fiscal*. En este segundo caso la centralización de la información podría asegurarse estableciendo simplemente que *cualquier comunicación a la Fiscalía Europea de hechos respecto de los que la misma pudiera ejercer su competencia se notifique a la Fiscalía General del Estado*.

#### 4.2. Designación de autoridad nacional competente a efectos del art. 25.6 del RFE

Conforme al art. 25.6 RFE, en caso de discrepancia entre la FE y las autoridades nacionales que ejercen la acción penal sobre si el comportamiento constitutivo de delito está comprendido en el ámbito de competencia de aquella, *las autoridades nacionales competentes en materia de atribución de competencia para el ejercicio de la acción penal a escala nacional decidirán quién será competente para la investigación del caso. Los Estados miembros designarán a la autoridad nacional que decidirá en materia de atribución de competencia*.

Teniendo en cuenta el ámbito (el ejercicio de la acción penal) en el que se enmarca la norma y la propia institución (autoridad que decidirá en materia de atribución de competencia), parece que la llamada se hace a la autoridad nacional con capacidad de decidir si se va a ejercer o no, en ese caso, la acción penal por delito contra los intereses financieros europeos. El presupuesto de hecho de ese precepto y el contenido de la decisión que se atribuye dan la pista sobre qué autoridad nacional está llamada a hacerlo y cuál no debería poder hacerlo.

El presupuesto de hecho para que esa autoridad a designar haya de intervenir es que haya *discrepancia entre la FE y las autoridades nacionales que ejercen la acción penal*, es decir, discrepancia entre la FE y la Fiscalía nacional, sobre la valoración de los hechos a efectos de decidir si se incluyen en el ámbito de competencia de aquella.

<sup>17</sup> Las ventajas del Ministerio Fiscal como institución son, a estos efectos, las mismas que fueron valoradas al trasponerse la Directiva en materia de orden europea de investigación que motivaron la reforma de la Ley de reconocimiento mutuo 23/14: El informe del Consejo fiscal al Anteproyecto indicaba que la nueva organización competencial establecía un sistema mucho más “razonable, organizado y eficaz”. Tras constatar que el panorama de órganos competentes en España para la ejecución de una diligencia de investigación solicitada por una autoridad extranjera “es causa de absoluto estupor y sorpresa en todos los países de la UE donde la competencia para ejecutar las solicitudes de auxilio suele estar concentrada en fiscalías regionales” remarcaba que “La organización de la Fiscalía española en torno al principio de especialización y coordinación centralizada nos sitúa ante un panorama muy completo y ordenado de fiscales delegados y especialistas”.

Por su parte, Memoria del análisis de impacto normativo al Anteproyecto de Ley 23/14 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia de 11-7-2017 identificaba las ventajas del nuevo modelo:

- a) Centraliza la recepción en España de las órdenes europeas de investigación. Ello facilita enormemente a la autoridad extranjera el diálogo con las autoridades españolas, (...).
- b) Es más eficaz, al permitir una mejor gestión de los recursos humanos y materiales.
- c) (...)

<sup>18</sup> Debemos recordar que esta herramienta de coordinación ya existe en el ámbito administrativo, por lo que disponer de ello en el ámbito penal parece un complemento irrenunciable para cumplir con el compromiso, como Estado miembro, de abordar de modo eficaz la lucha contra el fraude a los intereses europeos.

La designación no parece que pueda recaer en el Congreso de los Diputados ni en el Ministerio de Justicia porque no participan de la Administración de Justicia, pese a ser ambos una *autoridad nacional con competencia a escala nacional*. También son *autoridad nacional con competencia a escala nacional* el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, pero los órganos jurisdiccionales no atribuyen competencia para el ejercicio de la acción penal sino –en nuestro ordenamiento– para investigar un posible delito. Además, la previsión del conflicto se anticipa a un momento en el que puede no haber todavía proceso judicial alguno. Por lo tanto, no se trata de un conflicto entre una autoridad (la FE) capacitada para investigar y otra (el Ministerio Fiscal) que no lo está, dado que el Ministerio Fiscal puede iniciar diligencias de investigación y judicializar el caso más adelante.

En cuanto al contenido de la decisión, se trata de designar a una autoridad que va a decidir sobre la atribución de competencia para el ejercicio de la acción penal, lo cual finalmente se traduce en decidir si la Fiscalía española presenta una denuncia o inicia una investigación preprocesal. El objeto de la designación es atribuir la *competencia para ejercer la acción penal*, que corresponde al Ministerio Fiscal.

Por ello, si en el momento de iniciarse el caso se produce una discrepancia sobre la posible competencia de la FE, la decisión debería corresponder a la Fiscalía General del Estado, autoridad nacional que reúne los presupuestos del art. 25.6.

Cuando la discrepancia surge después de que en España un juzgado haya iniciado una investigación, hacer esa designación de autoridad del art. 25.6 RFE cumpliendo con todos sus requisitos se antoja difícil, por no decir imposible, y ello es una consecuencia más de nuestro peculiar sistema procesal penal. Veamos por qué. La decisión de la discrepancia, conforme al precepto citado:

- Se ha de encomendar a *la autoridad nacional competente en materia de atribución de competencia para el ejercicio de la acción penal*.
- Y esa autoridad decidirá quién será competente *para la investigación* del caso.

La primera autoridad solo podría ser fiscal porque el ejercicio de la acción penal corresponde *ex lege* al Ministerio Fiscal (art. 4.3 EOMF) y no puede dicho ejercicio venir impuesto por una autoridad jurisdiccional. Piénsese que el juez de instrucción sobreesee las actuaciones si lo solicita el fiscal y el margen de actuación que le otorga la LECrim es solo el de ponerlo en conocimiento de posibles interesados en el ejercicio de la acción penal o consultar a los superiores del fiscal del caso (art. 642, 644, 782 LECrim.). Los arts. 644 y 782 LECrim. identifican a la *autoridad nacional competente en materia de atribución de competencia para el ejercicio de la acción penal*. Por ello, atribuir competencia para ejercer la acción penal en un caso concreto solo corresponde, en el ámbito de la acusación pública, al Ministerio Fiscal.

La segunda autoridad en nuestro actual sistema procesal es el juez de instrucción porque será *la autoridad que investigue el caso* (recordemos que estamos en el escenario en el que ya hay una investigación judicial).

Esta compleja situación posiblemente deriva de que la redacción de aquel precepto del RFE no toma en consideración la existencia de dos autoridades nacionales distintas (una que ejerce la acción penal y otra que investiga el caso) porque esa dualidad no existe en la mayoría de los sistemas procesales europeos ni en las previsiones del RFE para la FE. En nuestro caso, en trance de llegar a una interpretación integradora, la decisión habrá de residenciarse en la Fiscalía General del Estado, porque es posible llegar a entender que juez y fiscal investigan (por más que será el juez quien dirija plenamente la investigación y el fiscal participe en la misma), pero no es posible entender que juez y fiscal atribuyen competencia para el ejercicio de la acción penal, sino solo el fiscal.

A estos efectos es muy importante no olvidar que la resolución de las cuestiones de competencia en nuestro ordenamiento procesal está pensada para resolver conflictos entre órganos

judiciales y la decisión del conflicto se atribuye a órganos judiciales, no porque a estos se les atribuya la competencia para ejercer la acción penal, sino porque se les atribuye la competencia para investigar. En el caso que estamos analizando, el conflicto se produce entre una autoridad competente para investigar el caso (el juez de instrucción) y una autoridad competente para ejercer la acción penal (la FE). Aquel nunca va a tener la competencia para ejercer la acción penal, pero la FE sí tiene competencia para investigar el caso y, además, la Fiscalía española va a mantener la competencia para ejercer la acción penal –art. 4.3 EOMF– en el caso de continuar las diligencias el juez de instrucción.

En consecuencia, también en este caso de *discrepancia entre la FE y las autoridades nacionales que ejercen la acción penal* considero que la decisión debería corresponder a la Fiscalía General del Estado.

Si el conflicto no se plantea respecto de la *subsunción de los hechos concretos en los preceptos* que establecen la competencia de la FE (arts. 22.2,3 y 25.2,3 RFE), sino respecto de la *interpretación de los preceptos* del RFE sobre la competencia (arts. 22 y 25 RFE), la cuestión no será decidida por esta autoridad designada por los Estados, sino por el TJUE mediante cuestión prejudicial que se tramitará conforme al art. 267 TFUE y, por tanto, será planteada por los órganos jurisdiccionales españoles.

### 4.3. Protección de denunciante

Para contrarrestar las naturales prevenciones a denunciar por parte de quienes conocen hechos constitutivos de delito, la normativa establece presupuestos y cauces de protección del denunciante. Como veremos, en el ámbito del fraude a los intereses financieros de la UE aún se ha dado un paso más.

#### 4.3.1. La denuncia anónima

Con carácter general la denuncia anónima está avalada por la jurisprudencia como origen de la investigación, si bien carente de entidad probatoria *per se*.

En el ámbito europeo el TEDH admite la validez de la utilización de fuentes anónimas de conocimiento con esta condición, así, en el caso Kostovski<sup>19</sup>.

En el ámbito nacional la jurisprudencia del TS viene resolviendo en igual sentido, al considerar que las informaciones o confidencias tienen la única virtualidad de iniciar una investigación policial sobre tales hechos de apariencia delictiva y será en el curso de ella cuando se consigan los datos objetivos –verificables por el juez y por terceros– acerca de la probabilidad de la existencia del delito investigado y de la implicación de una persona en dicho delito. Entre las más recientes se encuentra la STS 333/2019<sup>20</sup>.

Para los delitos que se cometen en el seno de organizaciones, un adecuado sistema de investigación interna resulta esencial y un programa de cumplimiento normativo ayuda internamente a evitar y prevenir los delitos cometidos por directivos y empleados. A ello contribuye la doble circunstancia de potenciar el control interno y de que todos sepan que gracias al mismo las irregularidades (y su autoría) pueden ser detectadas y combatidas. El detonante de esa labor de control interno puede ser una denuncia anónima.

#### 4.3.2. La Directiva europea de protección del denunciante

La UE ha experimentado la necesidad de reforzar la aplicación del Derecho de la Unión dirigido a proteger los intereses financieros relacionados con la lucha contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal que afecte a los gastos, la recaudación de ingresos y los fondos

<sup>19</sup> STEDH 20-11-1989, caso Kostovski: “siempre que se utilicen exclusivamente como medio de investigación sin que tengan el carácter de medio de prueba”.

<sup>20</sup> STS 333/2019 de 27-6-2019 (Pte. Magro Servet), con cita de la STS 1100/2015, de 18-3-2015.

o activos de la Unión. Las consecuencias de no hacerlo son un descenso de los ingresos de la Unión y un uso indebido de sus fondos que puede falsear las inversiones públicas, dificultar el crecimiento y socavar la confianza de los ciudadanos en la acción de la Unión. Para evitar estas dificultades se adoptó la Directiva 2019/1937<sup>21</sup> relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Esta norma (la llamada *Directiva whistleblower*) contiene reglas mínimas comunes para proporcionar un elevado nivel de protección a las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Establece canales de denuncia, internos y externos, de estas infracciones y abarca los delitos contra los intereses de la Unión, *asuma o no el caso la FE*, dado que la regulación lo es por causa de circunstancias personales (denunciante a proteger) y materiales (tipo de infracción a denunciar).<sup>22</sup>

En cuanto a las circunstancias personales, la Directiva se aplica a denunciantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral. Esto incluye a:

- Cualquier tipo de empleado independientemente de la naturaleza de su relación con la empresa o entidad (funcionarial, laboral, mercantil, directa o a través de otros como subcontratistas...), de su estatus en la misma y de la existencia de esa relación con la empresa en el momento mismo de la denuncia. La vinculación jurídica puede no haberse iniciado todavía o haber finalizado ya.
- Terceros relacionados con el denunciante que puedan sufrir represalias, bien por su relación personal (familiares), bien por su relación profesional (compañeros de trabajo, entidades jurídicas propiedad del denunciante o con las que mantenga cualquier relación profesional).

En cuanto a las circunstancias materiales, entre las infracciones del Derecho de la Unión expresamente contempladas en la Directiva (art. 2.1) se encuentran:

- a) Infracciones que entren dentro del ámbito de aplicación de los actos de la Unión enumerados en el anexo relativas a los ámbitos siguientes: (...) *contratación pública* (...)
- b) *Infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión* tal como se contemplan en el artículo 325 del TFUE y tal como se concretan en las correspondientes medidas de la Unión.

En un caso en el que se planteó la legitimidad de la denuncia anónima como origen de la investigación, la STS 35/2020<sup>23</sup> confirma la validez de *implantar canales de denuncia que faciliten* la existencia de una *notitia criminis* e invoca la *Directiva whistleblower*: “*los informantes, o denunciantes son el cauce más importante para descubrir delitos de fraude cometidos en el seno de organizaciones; y la principal razón por la que personas que tienen conocimiento de prácticas delictivas en su empresa, o entidad pública, no proceden a denunciar, es fundamentalmente porque no se sienten suficientemente protegidos contra posibles represalias provenientes del ente cuyas infracciones denuncia*”. En definitiva, se busca reforzar la protección del denunciante y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocidos en los arts. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas. Debe destacarse que la implantación de un canal de denuncias forma parte integrante de las necesidades del *programa de cumplimiento normativo, ya que con el canal de denuncias quien*

<sup>21</sup> Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (DOCE L 305/17 de 26-11-2019).

<sup>22</sup> Las medidas dirigidas a combatir el fraude y toda actividad ilegal que afecte a *los intereses financieros de la Unión* para la plena efectividad del art. 325 TFUE incluyen el Reglamento (CE, Euratom) n.º 2988/95 del Consejo (20) y el Reglamento (UE, Euratom) n.º 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (21). El Reglamento 2988/95 fue completado por la Directiva PIF de 2017 y por el Convenio PIF de 1995 (23), incluidos sus protocolos de 27 de septiembre de 1996 (24), de 29 de noviembre de 1996 (25) y de 19 de junio de 1997 (26). *Este Convenio y sus protocolos permanecen en vigor para los Estados miembros no vinculados por la Directiva PIF de 2017* (Considerando 15 de la Directiva PIF).

<sup>23</sup> STS 35/2020 de 6-2-2020 (Pte. Magro Servet).

*pretenda, o planea, llevar a cabo irregularidades* conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación.

## 5. La dirección de la investigación en el proceso español en el que intervenga el Fiscal Europeo

Como ya se ha dicho, dado el efecto directo del RFE la aplicación de sus disposiciones no en todo caso precisará de una reforma interna<sup>24</sup>. El RFE dispone (art. 4) que *“La Fiscalía Europea será responsable de investigar los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión”*. La atribución de competencia en esta materia viene a sumarse a la ya vigente capacidad del fiscal –en este caso el español– para tramitar diligencias de investigación penal (arts. 5 EOMF y 773.2 LECrim)<sup>25</sup>, dirigir la investigación en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores (art. 16 LRPM)<sup>26</sup>, realizar investigaciones en ejecución de sentencias de decomiso autónomo (art. 803 ter q LECrim)<sup>27</sup> y tramitar expedientes de cooperación internacional emitiendo y ejecutando órdenes europeas de investigación (art. 187 LRM)<sup>28</sup>.

Sin embargo, el proceso penal nacional tiene algunas disposiciones difícilmente encajables con las previsiones normativas de la FE. Por ello es precisa una específica *regulación del proceso cuando la FE asuma su competencia*, para adecuar la normativa interna a las previsiones de aquella normativa específica.

El RFE establece los criterios de atribución de competencia material, territorial y funcional a la FE. Esto genera una seguridad jurídica básica respecto a la ausencia de arbitrariedad alguna en la FE al tomar la decisión de asumir una investigación en un Estado u otro. Sin embargo es inevitable, como veremos, que la FE haya de adoptar una decisión, caso por caso, basada en las circunstancias y no siempre será un solo Estado el escenario idóneo para desarrollar el caso.

<sup>24</sup> Tampoco la Directiva PIF en lo que pudiera haberse traspuesto de modo defectuoso, puesto que la norma española debe aplicarse y se puede invocar directamente en sus disposiciones incondicionales y suficientemente precisas (STC 13/2017 de 13-1-2017. BOE núm. 59 de 10-3-2017).

<sup>25</sup> Art. 773. LECrim. 2. *Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente; efectuará la evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente y practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. (...)*

*El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal.*

<sup>26</sup> Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 11, de 13-01-2000). Art. 16: 1. *Corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el artículo 1 de esta Ley. 2. Quienes tuvieren noticia de algún hecho de los indicados en el apartado anterior, presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual admitirá o no a trámite la denuncia, según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito; custodiará las piezas, documentos y efectos que le hayan sido remitidos, y practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido.*

<sup>27</sup> Artículo 803 ter q LECrim.

1. *El Ministerio Fiscal podrá llevar a cabo, por sí mismo, a través de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos o por medio de otras autoridades o de los funcionarios de la Policía Judicial, las diligencias de investigación que resulten necesarias para localizar los bienes o derechos titularidad de la persona con relación a la cual se hubiera acordado el decomiso. Las autoridades y funcionarios de quienes el Ministerio Fiscal recabase su colaboración vendrán obligadas a prestarla (...).*

2. *Cuando el fiscal considere necesario llevar a cabo alguna diligencia de investigación que deba ser autorizada judicialmente, presentará la solicitud al juez o tribunal que hubiera conocido el procedimiento de decomiso.*

3. *Asimismo, el Ministerio Fiscal podrá dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas o jurídicas para que faciliten, en el marco de su normativa específica, la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia.*

<sup>28</sup> Artículo 187 Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE núm. 282, de 21-11-2014).

1. *Son autoridades de emisión de una orden europea de investigación los jueces o tribunales (...).*

*Son también autoridades de emisión los Fiscales en los procedimientos que dirijan, siempre que la medida que contenga la orden europea de investigación no sea limitativa de derechos fundamentales. (...).*

2. *El Ministerio Fiscal es la autoridad competente en España para recibir las órdenes europeas de investigación emitidas por las autoridades competentes de otros Estados miembros.*

Esto determina que la FE habrá de valorar y decidir si asume la investigación o no y, en caso de asumirla, dónde la va a desarrollar, ya sea desde el inicio de la investigación o a lo largo de la misma. El propio RFE le encomienda esta valoración, en cuyo horizonte habrán de estar criterios objetivos (así, el lugar de comisión de los hechos) y en última instancia también subjetivos como la eficacia y el interés de la justicia.

### 5.1. Una reforma limitada a los supuestos de efectiva intervención de la Fiscalía Europea

La cuestión podría permanecer al margen del debate sobre la conveniencia de una reforma profunda para atribuir al fiscal, con carácter general, la dirección de la fase de investigación. Los defensores del actual sistema de juez de instrucción no consideran que el fiscal vaya a ser suficientemente independiente. Los defensores de atribuir la investigación al fiscal consideran que sí lo es y que, en todo caso, su autonomía puede reforzarse. Los partidarios del mantenimiento del juez de instrucción consideran que el fiscal no puede garantizar los derechos de los ciudadanos frente a limitaciones de derechos fundamentales. Los partidarios de atribuir al fiscal la investigación consideran que la autoridad jurisdiccional (juez o tribunal de garantías) siempre va a ejercer la tutela en caso de limitación de derechos fundamentales, aunque no por eso el fiscal que solicita la autorización debe perder, en lo sucesivo, el control de la investigación.

Ahora nos encontramos en otro debate en el que, lo creamos o no, todos tenemos el mismo interés: jueces, fiscales, abogados, legisladores, gestores y, por supuesto, el colectivo social. Porque lo que está en juego es la capacidad de España para abordar complejas investigaciones de alcance supranacional con las mismas herramientas que el resto de los socios europeos que decidieron participar en la cooperación reforzada del art. 86 TFUE para el establecimiento de la FE.

Los procesos en los que la FE asuma la competencia serán procesos supranacionales (por más que se tramiten en España conforme a la normativa española) si se tiene en cuenta el superior interés institucional y material implicado en ellos. Los delitos competencia de la FE son muy concretos y los casos en los que se va a aplicar la nueva regulación serán relevantes<sup>29</sup>.

Por lo tanto, nos encontramos ante una necesidad limitada, material y temporalmente, que son los delitos cuya investigación y enjuiciamiento asuma la FE y con una fecha de comienzo real: a partir del 20-11-2020. A mi modo de ver no se trata de los *delitos que entren en el ámbito de la FE* y respecto de los cuales, por tanto, pueda la FE asumir la competencia; se trata solo de los delitos respecto de los que la FE decida asumir su competencia. El RFE determina los supuestos en los que la FE podrá intervenir, circunstancia a partir de la cual se producirá una *decisión de ejercer o no su competencia* (así, arts. 25 y 27). En los casos en los que, pese a poder intervenir, decida no hacerlo, el proceso penal en España puede tramitarse conforme a las reglas ordinarias. Para los supuestos en los que, una vez iniciado el proceso, surge el dato que permite a la FE ejercer su competencia o si durante la investigación ejerce su derecho de avocación, bastaría con establecer una adecuación del procedimiento a partir de entonces, como prevén la Ley del Jurado<sup>30</sup> y la LECrim<sup>31</sup> en supuestos análogos.

<sup>29</sup> Casos de la Fiscalía contra la Corrupción, a la que corresponde el ejercicio de la acción penal respecto de los procesos incluidos en el RFE conforme al art. 19.4 apdos. a,d,e,g,i,p del EOMF; apdos. II.3.7 a,d,e,g,i,p,q y apdo. II.4.1.d de la Instrucción 4/2006 de la FGE. *Vid.* Nota 7.

<sup>30</sup> Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (BOE núm. 122, de 23/05/1995):

Art. 28: *Si de las diligencias practicadas resultaren indicios racionales de delito distinto del que es objeto de procedimiento o la participación de personas distintas de las inicialmente imputadas, se actuará en la forma establecida en el artículo 25 de esta Ley o, en su caso, se incoará el procedimiento que corresponda si el delito no fuese de los atribuidos al Tribunal del Jurado.*

Art. 32.4: *En su caso, podrá el Juez ordenar la acomodación al procedimiento que corresponda cuando no fuese aplicable al regulado en esta Ley. Si considera que el que corresponde es el regulado en el Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acordará la apertura del juicio oral, si la estima procedente, y remitirá la causa a la Audiencia Provincial o al Juez de lo Penal competente para que prosigan el conocimiento de la causa en los términos de los artículos 785 y siguientes de dicha Ley.*

<sup>31</sup> LECrim, art. 760: *Iniciado un proceso de acuerdo con las normas de este Título, en cuanto aparezca que el hecho no se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo 757, se continuará conforme a las disposiciones generales de esta Ley, sin*

## 5.2. Colocar nuestro sistema procesal en condiciones materiales similares a las de otros Estados miembros

Conforme al RFE (Considerando 70) en aras de la eficacia de la investigación y de la acción penal correspondiente, *es fundamental que la FE pueda recabar pruebas utilizando al menos un conjunto mínimo de medidas de investigación al tiempo que respeta el principio de proporcionalidad.*

De la lectura integrada de la Directiva PIF y del RFE resulta un Fiscal Europeo Delegado (en lo sucesivo, FED) que:

- Puede adoptar medidas investigativas y medidas cautelares reales con carácter general.
- Para adoptar algunas de tales medidas puede precisar autorización judicial, la cual no determinará que pierda el control de la investigación.
- Protagoniza las tres fases procesales de investigar, acusar y ejercer la acusación en juicio.

Por supuesto que hallamos en el RFE algunas excepciones a lo anterior (supuestos en los que el fiscal no decide, sino que *solicita*), en las que podríamos ampararnos para mantener nuestro actual sistema procesal con mínimas reformas. Pero aquella previsión normativa solo obedece, precisamente, a que hay un grupo minoritario de sistemas procesales en los que el fiscal que precisa adoptar una medida como un registro domiciliario pierde, al solicitarla, la dirección de la investigación. Es obvio que al redactar el RFE había que admitir todas las hipótesis posibles derivadas de la existencia de distintos sistemas procesales, de modo que ello no necesariamente fuera un impedimento para participar en el proceso de la FE. Es razonable, por ello, que los redactores, al regular –por ejemplo– el bloqueo de cuentas bancarias, junto a la mención de que el fiscal lo acuerde, añadieran que *lo solicite*. Esta amplitud de escenarios confirma que fueron tomados en consideración todos los sistemas procesales existentes en el momento en que se adoptó el RFE. Pero la adaptación de nuestra normativa a la nueva institución y regulación no debe realizarse conformándonos con mantener un sistema extraño en Europa si con ello nos colocamos en una clara situación de debilidad en comparación con el resto de las fiscalías en el ámbito material y procesal en el que se desenvolverá la FE.

## 5.3. Las reglas para decidir el Estado en el que la Fiscalía Europea desarrolla su actuación

Recordemos que la competencia material viene atribuida a la FE respecto de *delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión*, incluida la participación en una organización delictiva dedicada a la comisión de tales delitos y los conexos con ellos.

La regla general de atribución de competencia territorial a la FE se basa en que los delitos hayan sido *cometidos total o parcialmente en el territorio* de uno o varios de los Estados miembros o hayan sido cometidos *por un nacional* de un Estado miembro concurriendo determinadas circunstancias.

Los casos serán, en principio, iniciados y conocidos por un FED del Estado miembro en el que se sitúe el centro de la actividad delictiva o, si se han cometido varios delitos conexos que sean competencia de la FE, por un FED del Estado miembro en el que se haya cometido la mayor parte de los delitos.

La regla general admite excepciones cuando esté *debidamente justificado desviarse de la norma* teniendo en cuenta los siguientes criterios, por orden de prioridad: lugar de residencia

---

*retroceder en el procedimiento más que en el caso de que resulte necesario practicar diligencias o realizar actuaciones con arreglo a dichos preceptos legales. Por el contrario, iniciado un proceso conforme a las normas comunes de esta Ley, continuará su sustanciación de acuerdo con las del presente Título en cuanto conste que el hecho enjuiciado se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo 757. En ambos casos el cambio de procedimiento no implicará el de instructor.*

*Iniciado un proceso conforme a las normas de esta Ley, en cuanto aparezca que el hecho podría constituir un delito cuyo enjuiciamiento sea competencia del Tribunal del Jurado, se estará a lo dispuesto en el artículo 309 bis.*



habitual del sospechoso o acusado; nacionalidad del sospechoso o acusado; y lugar donde se haya producido el principal perjuicio financiero.

#### 5.4. La importancia del criterio de la eficacia

Como ya hemos visto, la competencia para ejercer las funciones de la FE se encuentra descrita en términos objetivos en el RFE y, por tanto, podrá ejercerse por el FED en España en términos de absoluta paridad con los restantes FED. Pero también debemos ser conscientes de que la asunción de competencia y la atribución a un concreto FED dependerá de las circunstancias de cada caso y la FE puede reasignar el caso a otro FED, acumular o escindir casos. Esto no es en modo alguno reprochable porque la FE debe tener en cuenta el *beneficio general de la justicia* (art. 26.5. RE).

Sin perjuicio de un escrupuloso respeto a la legalidad y a los derechos procesales, también toman decisiones similares las autoridades judiciales españolas; por ejemplo, si se dan las circunstancias para incoar piezas separadas valorando su conveniencia “*para simplificar y activar el procedimiento*” (art. 762.6º LECrim).

**5.4.1.** Son numerosas las **llamadas del RFE a la eficacia y el interés de la justicia**. Veamos algunas.

- Considerando 14: Atendiendo al principio de cooperación leal, tanto la FE como las autoridades nacionales competentes deben apoyarse e informarse mutuamente con el fin de *luchar con eficacia* contra las infracciones incluidas en el ámbito de competencia de la FE.
- Considerando 70: En aras de la *eficacia de la investigación* de los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión y de la acción penal correspondiente, es fundamental que la FE pueda recabar pruebas utilizando al menos un conjunto mínimo de medidas de investigación al tiempo que respeta el principio de proporcionalidad. Dichas medidas deben poder aplicarse para la investigación y el ejercicio de la acción penal por la FE (...).
- Art. 10.5 RFE. La Sala Permanente competente, (...) podrá dar instrucciones al FED encargado, respetando la legislación nacional aplicable, cuando sea necesario para la *gestión eficiente de la investigación* o el ejercicio de la acción penal, en *interés de la justicia o para garantizar el funcionamiento coherente* de la FE.
- Art. 25.4 RFE. La FE podrá (...) ejercer su competencia respecto de los delitos a que se refiere el artículo 22, en los casos que de otro modo quedarían excluidos (...) si resulta que la FE está en *mejores condiciones* para investigar o ejercer la acción penal.<sup>32</sup>
- Art. 26.5. Hasta que se adopte la decisión de formular escrito de acusación, la Sala Permanente competente podrá, en los casos relativos a la competencia de más de un Estado miembro (...), reasignar, acumular o escindir casos y, respecto de cada uno de ambos supuestos, elegir al FED encargado, *si dichas decisiones redundan en beneficio general de la justicia y se ajustan a los criterios para la elección del FED* encargado de conformidad con el apartado 4 del presente artículo.
- Art. 28.4 RFE. En casos excepcionales (...) el Fiscal Europeo supervisor podrá tomar la decisión motivada de dirigir personalmente la investigación, (...) si ello parece ser indispensable en *interés de la eficiencia* de la investigación o del ejercicio de la acción penal.
- Art. 34.3 RFE. Cuando, con relación a delitos que causen o puedan causar un perjuicio para los intereses financieros de la Unión de cuantía inferior a 100.000 €, el Colegio considere que, (...) no resulta necesario investigar un caso o ejercer la acción penal al respecto a nivel de la Unión y que la remisión del caso a las autoridades nacionales competentes redundaría

<sup>32</sup> Los casos del art. 25.3.b son aquellos en los que hay motivo para suponer que el perjuicio causado o que puede causar a los intereses financieros de la Unión no es mayor que el perjuicio causado o que puede causarse a otra víctima.

en beneficio de la eficiencia de la investigación o del ejercicio de la acción penal, emitirá (...) orientaciones generales [para] remitir el caso a las autoridades nacionales competentes.

La trascendencia del criterio eficacia es tal que, incluso, *la eficacia y eficiencia* de la FE será objeto de evaluación por parte de la Comisión Europea cinco años después de su inicio real de actividad y, a partir de entonces, cada cinco años.

#### **5.4.2. Un supuesto habitual**

Pensemos en una investigación en el curso de la cual surge la necesidad de acordar alguna de las medidas previstas en el art. 30 RFE. Este precepto recoge unas medidas que la FE podrá acordar o solicitar en los procesos penales de los distintos Estados, en todo caso, si el delito que se investiga tiene señalada una pena máxima de, al menos, cuatro años de prisión. El art. 30 RFE incluye medidas de investigación (registros, recogida de efectos, requerimiento de documentos e información en cualquier soporte, localización o seguimiento con dispositivos técnicos, entregas controladas...) y también medidas cautelares, dirigidas a asegurar los medios de prueba o la recuperación de activos.

Cuando la FE haya asumido el caso y, para asegurar el buen fin de la investigación, precise registrar la sede de una empresa, ha de contar con la seguridad de que se ejecute –una vez obtenida la preceptiva autorización del juez de garantías– bajo su dirección. Con posterioridad a esta medida, la FE examinará la información y documentación que se recogió en el registro y, con ella y el resto de las diligencias hasta entonces practicadas, tomará decisiones respecto de los objetos intervenidos y acordará, en su caso, nuevas medidas de investigación.

Así será en la mayoría de los Estados miembros.

En España, en caso de mantenerse la actual regulación, el FED planteará a la FE en su nivel central que va a efectuar la solicitud de entrada y registro a un órgano judicial, pero en ningún caso será la FE la que dirija la práctica de esa medida de investigación ni puede garantizar siquiera que se practique la medida en determinado momento (pensemos que, en las investigaciones transfronterizas, algunas de estas medidas se practican el mismo día en varios países a la vez). Además, a partir de dicho momento la FE perderá la dirección de la investigación. Al judicializar el caso, la dirección de la investigación pasará a ser asumida por una autoridad nacional ajena a la FE, situación que comprenderá cualesquiera nuevas medidas y que se mantendrá hasta la conclusión de la fase de investigación.

Debemos reflexionar sobre si España quiere ser excepción a la regla y sobre cómo encaja nuestra realidad en el criterio de eficacia reiterado en el RFE.

#### **5.5. Dirigir la investigación supone conservarla pese a la necesidad de obtener autorización judicial para determinados pasos procesales**

La FE tiene vocación de actuación en el conjunto del procedimiento, como un todo: La FE será responsable de *investigar los delitos* que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión (...) así como de *ejercer la acción penal y solicitar la apertura de juicio (...)* y *ejercerá las funciones de acusación ante los órganos jurisdiccionales* competentes de los Estados miembros, hasta que concluya definitivamente el caso de que se trate. En la fase de investigación dispone el RFE que *es fundamental que la FE pueda recabar pruebas utilizando al menos un conjunto mínimo de medidas de investigación.*

Para que pueda ejercer sus funciones en paridad con los restantes sistemas procesales europeos, la FE debe poder conservar *la dirección de su investigación* cuando decida solicitar autorización judicial para llevar a cabo una medida limitativa de derechos fundamentales. La alternativa es atribuir a una autoridad (el juez de instrucción) la dirección de la investigación que otra autoridad (el fiscal) utiliza y defiende en la siguiente fase procesal. No parece que pueda sostenerse que solo unos pocos Estados (entre ellos España) garantizan los derechos de

los afectados por el proceso. Los Estados que atribuyen al fiscal la dirección de la investigación no son, por este hecho, menos democráticos y respetuosos con los derechos procesales.

Conservar la dirección de la investigación en manos de la FE no supone merma alguna de los derechos procesales y ya está legalmente previsto en otros supuestos que son próximos a estos efectos. Pensemos en la actuación de la AEAT durante el proceso de inspección tributaria. Dispone de la capacidad de llevar a cabo examen de documentación en soporte papel o electrónico y registro de locales<sup>33</sup>. Cuando se trata de un registro domiciliario es preciso que se haya obtenido autorización judicial. Conforme al art. 113 Ley General Tributaria, cuando en los procedimientos de aplicación de los tributos sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido de un obligado tributario o efectuar registros en el mismo, la Administración tributaria *deberá obtener el consentimiento de aquél o la oportuna autorización judicial.*"

Lo relevante, a los efectos que nos ocupan, es que cuando la autorización judicial es indispensable, ello no determina pérdida alguna de la capacidad de la AEAT para continuar el procedimiento tributario una vez obtenida aquella.

### 5.6. La dirección de la investigación y el ejercicio de la acusación como partes de un todo

Una de las formas en las que se ha propuesto resolver el difícil encaje de la normativa de la FE en el sistema procesal español vigente es entender que la etapa de la investigación puede ser asumida por *un FED que actúe como juez de instrucción* y, de este modo, ya tendrá (sin necesidad de reforma alguna) todas las competencias precisas para desarrollarla, incluyendo medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales y cautelares.

Sin embargo, no es casual que en la mayoría de los sistemas procesales de nuestros socios europeos sea el fiscal quien lidera tanto *la investigación como la decisión subsiguiente a la investigación: acusar o sobreseer*. Como ya se ha dicho en referencia a la capacidad de dirigir la investigación en su totalidad, la fase de instrucción del proceso penal debe recorrerse incluyendo una sucesiva valoración de lo que será necesario, procedente y utilizable, y lo que no, en caso de ejercer la acusación. La fase de investigación es una parte del camino, absolutamente trascendental pero una fase, una parte de un todo.

El RFE no atribuye a la FE solo el ejercicio de la acción penal. Le atribuye el tándem *investigación/ejercicio de la acción penal*, como resulta de los siguientes preceptos:

- La FE *será responsable de investigar* los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión (...), así como de ejercer la *acción penal* y *solicitar la apertura de juicio* contra sus autores y los cómplices de estos (art. 4).
- Los FED serán *responsables de aquellas investigaciones y acciones penales* que hayan emprendido, que se les hayan asignado o que hayan asumido haciendo uso de su derecho de avocación (art. 13).
- El FED encargado de un caso *podrá*, de conformidad con el Reglamento y con el Derecho nacional, bien *emprender medidas de investigación u otras medidas por iniciativa propia*,

<sup>33</sup> La AEAT puede llevar a efecto medidas cautelares ex art. 146 Ley General Tributaria y acordar medidas de inspección como registros.

Artículo 142 Ley General Tributaria: *1. Las actuaciones inspectoras se realizarán mediante el examen de documentos, libros, contabilidad principal y auxiliar, ficheros, facturas, justificantes, correspondencia con transcendencia tributaria, bases de datos informatizadas, programas, registros y archivos informáticos relativos a actividades económicas, así como mediante la inspección de bienes, elementos, explotaciones y cualquier otro antecedente o información que deba de facilitarse a la Administración o que sea necesario para la exigencia de las obligaciones tributarias.*

*2. Cuando las actuaciones inspectoras lo requieran, los funcionarios que desarrollen funciones de inspección de los tributos podrán entrar, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, en las fincas, locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que se desarrollen actividades o explotaciones sometidas a gravamen, existan bienes sujetos a tributación, se produzcan hechos imposables o supuestos de hecho de las obligaciones tributarias o exista alguna prueba de los mismos. (...) Cuando en el ejercicio de las actuaciones inspectoras sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido del obligado tributario, se aplicará lo dispuesto en el artículo 113 de esta ley.*

bien encomendárselas a las autoridades competentes de su Estado miembro. Dichas autoridades *garantizarán*, de conformidad con el Derecho nacional, *que se sigan todas las instrucciones y se emprendan las medidas que se les asignen*” (art. 28.1).

- Cuando una medida haya de llevarse a efecto en un Estado miembro distinto del Estado miembro del FED encargado del caso, este FED *decidirá sobre la adopción de la medida necesaria* y la asignará a un FED ubicado en el Estado miembro en el que haya de ejecutarse la medida” (art. 31.1).
- Los FED *también* serán responsables de la apertura de juicio, en particular les corresponde presentar alegaciones en el juicio, participar en la práctica de pruebas y ejercer las vías de recurso (art. 13.1).

En consecuencia, la misma autoridad que dirige la fase de investigación decidirá sobre su terminación y la hará valer –o no– en un juicio oral. Ello es perfectamente compatible con que determinadas decisiones queden sujetas al filtro y decisión del órgano judicial. Al margen de opiniones, todas útiles, lo cierto es que el RFE atribuye la dirección de la investigación a la fiscalía y ello se compadece mal con regular la actuación de la FE en la fase de investigación identificándola con un juez de instrucción.

En conclusión, para los procesos por delitos contra los intereses financieros de la Unión Europea que asuma la FE, podría regularse un proceso especial en un título propio del Libro IV de la LECrim. Esta regulación habría de ser aplicable a partir de que la FE asuma su competencia en el supuesto de que ya hubiese unas Diligencias Previas en trámite.

## 6. Investigación por delitos conexos cuya competencia corresponda a la Fiscalía Europea y a la Fiscalía Española

La asunción de un caso por la FE no supone, sin más, la desaparición del Ministerio Fiscal en sus funciones institucionales respecto del caso. Tampoco supone necesariamente su desaparición en el proceso penal.

Es posible que exista un fraude de subvenciones europeo y uno nacional estrechamente vinculados, de modo que el proceso deba seguirse conjuntamente por ambos. No es infrecuente el fraude de IVA intracomunitario coetáneo a un fraude nacional del Impuesto sobre Sociedades. En el fraude carrusel no es infrecuente que las empresas creen artificialmente una cuota de IVA a deducir que, igualmente, reflejan en los gastos deducibles de su declaración del Impuesto sobre Sociedades. Al ser éste un impuesto directo, la FE no asumirá competencia sobre el mismo ni sus conexos (art. 22.4 RFE). También podría producirse concurrencia en alguno de los casos previstos en el art. 25.3 si la FE asumiera la competencia respecto de unos delitos y no respecto de otros, conforme a los criterios expuestos en dicho precepto<sup>34</sup>.

Por otra parte, puede no estar claro desde el principio si estamos ante un fraude nacional o europeo. Es el caso de las subvenciones con cargo a fondos de la UE de gestión compartida, como los Fondos Estructurales y el Fondo de Cohesión. La UE confía la gestión de estos últimos a los Estados miembros, pero el origen de los fondos es tanto europeo como nacional. La dificultad de discernir el origen de los fondos puede ser aún mayor teniendo en cuenta la eventualidad de que, por alguna irregularidad, se produzca la descertificación de los fondos europeos, lo que implicará, en su caso, que el gasto se atienda con fondos nacionales.

<sup>34</sup> Art. 25.3 RFE: La FE se abstendrá de ejercer su competencia respecto de todo delito comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 22 y, previa consulta con las autoridades nacionales competentes remitirá el caso sin dilación indebida a estas últimas, de conformidad con el artículo 34, si:

- a) la *sanción máxima* establecida (...) es igual a o menos severa que la sanción máxima establecida para un delito indisolublemente vinculado a que se refiere el artículo 22.3, *salvo que este último delito haya sido un instrumental para cometer el delito* incluido en el ámbito de aplicación del artículo 22.1; o
- b) (...) el *perjuicio causado* o que puede causar a los intereses financieros de la Unión un delito de los mencionados en el artículo 22 no es mayor que el perjuicio causado o que puede causarse a otra víctima.

En estos casos una opción es seguir procedimientos separados (uno por la FE y otro por el juzgado de instrucción), lo que plantea los problemas habituales en casos de delitos vinculados que se investigan y enjuician separadamente: reiteración de diligencias y documentación con el coste correspondiente, riesgo de resoluciones judiciales contradictorias y necesaria coordinación de procedimientos, que en este caso conllevaría el reto añadido de que implicaría a una autoridad nacional y otra supranacional. Otra opción es tramitar un solo procedimiento, en el que la dirección de la investigación corresponda a la FE sin perjuicio de la actuación del fiscal español. Ambas opciones plantean dificultades procesales que habrán de ser resueltas.

La hipótesis de delitos competencia de la FE vinculados con otros que no lo son y la eventualidad de que en un proceso penal pudieran intervenir la FE y el Ministerio Fiscal evidencia la necesidad de establecer un *modelo de Fiscal Europeo Delegado* con competencias compartidas. Esto determina que algunos presupuestos procesales de actuación del fiscal (europeo y español) como titulares de la acción pública deban darse en ambos, en particular la autonomía y la revisión judicial de sus decisiones, que se tratarán en un epígrafe posterior.

La fórmula auspiciada por el RFE es un FED que siga siendo juez o fiscal en el Estado al que pertenezca y ejerza con competencias compartidas como Fiscal europeo y Fiscal nacional, no un FED apartado del Ministerio Fiscal para ejercer solo como tal FED. Esto resulta de los siguientes Considerandos:

(33) (...) los FED también deben ser durante su mandato miembros de los servicios de investigación penal de sus respectivos Estados miembros, es decir, “*un fiscal o miembro de la judicatura...*”.

(43) El procedimiento de nombramiento de los FED debe garantizar que estos formen parte integrante de la FE *sin dejar de estar integrados operativamente* en sus sistemas jurídicos y estructuras judiciales y *de ejercicio de la acción penal nacionales*.

(44) El Fiscal General Europeo debe aprobar el número de FED por Estado miembro (...) en consulta con cada Estado miembro. En dichas consultas, *debe tenerse debidamente en cuenta la organización de los sistemas nacionales de investigación penal*.

(46) ... *Dado que los FED siguen siendo miembros activos de las fiscalías o de la judicatura de sus respectivos Estados miembros y pueden ejercer también funciones de fiscales nacionales, las disposiciones disciplinarias nacionales pueden aplicarse (...)*.

España se encuentra, desde el punto de vista del FED, en una situación ventajosa por nuestra experiencia en que los fiscales trabajen bajo la dependencia de dos fiscalías diferentes pues, por ejemplo, es la fórmula de trabajo que tiene la Fiscalía contra la Corrupción. Sus delegados operan como fiscales territoriales y al mismo tiempo como fiscales anticorrupción. La distribución entre estas dos funciones a tiempo parcial se realiza de modo flexible y en ocasiones es la antesala de una atribución exclusiva de las funciones de la Fiscalía contra la Corrupción. La dependencia de dos fiscalías distintas, con dos fiscales jefes, la integración personal del fiscal delegado en una fiscalía a la que solo dedica parcialmente su tiempo de trabajo, las características del despacho de secretaría para dichos fiscales (práctica de declaraciones en fiscalía, recepción y registro de resoluciones y documentos, envío de escritos, tramitación de viajes...), determinan una problemática que no existe en el trabajo ordinario del fiscal plenamente integrado en una sola fiscalía. Las dificultades, posibilidades y soluciones surgidas de la experiencia de muchos años podrían servir de ayuda al organizar este sistema dual.

## 7. Medidas de investigación que precisan el auxilio de Estados, agentes o instituciones

El RFE invoca el principio de cooperación leal cuando establece que las autoridades nacionales y los órganos de la Unión, incluidos Eurojust, Europol y OLAF, deben respaldar activamente las investigaciones y los procesos penales de la FE y cooperar con ella.

La cooperación entre la FE y *Eurojust* puede referirse a todas las investigaciones en las que se considere necesario o adecuado el intercambio de información o la coordinación de medidas de investigación respecto de asuntos que sean competencia de Eurojust. Cuando la FE solicite su cooperación Eurojust debe ponerse en contacto con el miembro nacional del Estado miembro del FED encargado del caso. En la cooperación también pueden participar terceros países que tengan suscrito un acuerdo con Eurojust.

Conforme a lo previsto en el TFUE y el RFE la labor de Eurojust habrá de seguir siendo similar a la hasta ahora desarrollada en la práctica<sup>35</sup> y su papel será relevante. De un lado, porque seguirá teniendo competencia respecto de delitos PIF en los casos que impliquen a Estados miembros que participan en la cooperación reforzada, pero respecto de los cuales la FE no tiene competencia o decide no ejercerla. De otro lado, a petición de la propia FE podrá intervenir en el ámbito de las investigaciones transfronterizas en el que ya no serán precisos los instrumentos de reconocimiento mutuo, pero que no estará exento de cuestiones procesales y operativas novedosas que Eurojust tiene costumbre y capacidad para resolver. Finalmente, seguirán existiendo relaciones de auxilio con terceros Estados no partícipes en la cooperación reforzada o fuera del ámbito de la Unión.<sup>36</sup>

La OLAF seguirá interesada en la detección de fraudes, en la recuperación de activos y en impedir a los defraudadores participar en procesos que impliquen fondos de la Unión. Su labor en relación con la FE será complementaria de la misma: puede aportar su experiencia, información y análisis, así como facilitar la coordinación. El RFE dispone que la OLAF debe abstenerse de iniciar investigaciones administrativas paralelas a una investigación iniciada por la FE en relación con los mismos hechos.<sup>37</sup> Esto no impide que pueda poner en marcha una investigación administrativa por iniciativa propia, en estrecha consulta con la FE, cuando ésta no haya iniciado actuaciones.

La estrategia antifraude de la Comisión Europea, publicada el 29-4-2019<sup>38</sup>, menciona los dos pilares normativos de la lucha antifraude a partir de 2017 -la Directiva PIF y la FE-, además de la reforma del Reglamento de OLAF, que le permitirá colaborar estrechamente con la FE y abordar sus propias investigaciones de modo más efectivo. El documento de la Comisión Europea prevé la entrada en funcionamiento de la FE en 2021 y trata de aglutinar todos los esfuerzos de las distintas instituciones y agencias llamadas a hacer sinergias en esta materia (OLAF, Eurojust, Europol<sup>39</sup>...), además de los Estados miembros.

En los casos que se desarrollen en España la relación de la FE *con los Estados miembros que decidieron no participar en el sistema de cooperación reforzada y con terceros Estados* habrá de hacerse mediante los sistemas habituales de cooperación judicial internacional: instrumentos de reconocimiento mutuo europeos y comisiones rogatorias.

La regulación existente respecto de la cooperación con las agencias y organismos antes mencionados hace innecesaria la introducción de nuevos preceptos. En cuanto a las autoridades,

<sup>35</sup> Así resulta también del Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento y del Consejo de 14-11-2018 sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) y por la que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo (DOUE 21-11-2018).

<sup>36</sup> Un detallado estudio puede verse en el Capítulo "La relación entre Eurojust y la Oficina de la Fiscalía Europea", de Jorge A. Espina Ramos en el Libro sobre *La Fiscalía Europea* coordinado por Lorena Bachmaier Winter. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2018. ISBN 978-84-9123-526-2.

<sup>37</sup> Art. 101.2 RFE: Sin perjuicio de las medidas establecidas en el apartado 3, cuando la FE lleve a cabo una investigación penal (...) la OLAF no abrirá ninguna investigación administrativa paralela por los mismos hechos.

Se evitan, así, dificultades como la que recoge el Informe Especial 1/2019 sobre la lucha contra el fraude en el gasto de la UE: "El enfoque actual, en el que la investigación administrativa de la OLAF sobre presunto fraude va seguida de una investigación criminal de carácter nacional, se prolonga demasiado en muchos casos, con la consiguiente reducción de las posibilidades de lograr el enjuiciamiento." <https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/fraud-1-2019/es/#chapter0>

<sup>38</sup> [https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/2019\\_commission\\_anti\\_fraud\\_strategy\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/2019_commission_anti_fraud_strategy_en.pdf)

<sup>39</sup> El art. 102 RFE dispone que la FE entablará y mantendrá una *estrecha relación* con Europol y para ello ambas suscribirán un *acuerdo de colaboración*. La FE deberá poder obtener, previa solicitud, cualquier dato pertinente que posea Europol sobre un delito perteneciente a su ámbito de competencia. Asimismo, podrá solicitar a Europol que proporcione asistencia analítica a una investigación específica llevada a cabo por la Fiscalía Europea.

funcionarios, organismos y particulares en el ámbito netamente nacional, habrán de atender los requerimientos de la FE en el ejercicio de sus funciones investigadoras, sea por aplicación de disposiciones expresas o por reenvío a las potestades de las autoridades nacionales (arts. 30.1.b, 30.4 y 43 RFE, 4.5 EOMF, 17 LOPJ).

La relación de la FE con los Estados miembros que decidieron no participar en el sistema de cooperación reforzada sí podría generar una modificación del art. 277 LOPJ, si pensamos en la posibilidad de que la FE solicite, en un proceso que tramite fuera de España, una medida de investigación que haya de practicarse en España<sup>40</sup>. En primer lugar, la FE es una *autoridad judicial*, pero no puede considerarse *extranjera*; en segundo lugar, la asistencia no se le presta *para el desempeño de la función jurisdiccional*, ni en el caso de la FE ni en el de las fiscalías de numerosos Estados que diariamente solicitan y obtienen auxilio de las autoridades españolas. Finalmente, será también necesario establecer el deber de colaboración del Ministerio Fiscal.

Respecto a la consideración de la FE como autoridad judicial en todos estos requerimientos, desde el punto de vista normativo contamos con el ejemplo de la Directiva 41/2014 relativa a la orden europea de investigación penal<sup>41</sup>, que establece un concepto de autoridad judicial (art. 2): *Juez, órgano jurisdiccional, juez de instrucción competente o fiscal competente en el asunto de que se trate*. Esta referencia incluye a la FE. Desde el punto de vista jurisprudencial contamos con la doctrina emanada del TJUE<sup>42</sup>. Como destaca García Moreno<sup>43</sup> en su análisis de la jurisprudencia relativa a la orden europea de detención, *el término «autoridad judicial» no se limita a designar a los jueces o tribunales de un Estado miembro, sino que debe entenderse en el sentido de designar, más ampliamente, a las autoridades que participan en la administración de la justicia penal en ese Estado miembro, a diferencia, en particular, de los ministerios o de los servicios de policía, que forman parte del poder ejecutivo*.

## 8. Autonomía y revisión judicial de actuaciones del fiscal

La definición del concepto de autoridad judicial, la eventual concurrencia de delitos vinculados que sean competencia de la FE y del Ministerio Fiscal, o la posibilidad de que en el curso de una investigación en España la FE solicite cooperación de terceros Estados, nos lleva a detenernos en dos presupuestos de actuación: autonomía y revisión judicial, que deben aplicarse tanto a la FE como a la española, partícipes ambas en la administración de justicia sin ejercer la función jurisdiccional.

Como veremos, puede considerarse innecesaria una reforma relativa a la autonomía, pero debe abordarse la revisión judicial de las decisiones de la Fiscalía.

---

<sup>40</sup> *Los Juzgados y Tribunales españoles prestarán a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, las normas de la Unión Europea y las leyes españolas sobre esta materia* (art. 277 LOPJ).

<sup>41</sup> Directiva 41/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DOUE L114-2014).

<sup>42</sup> La Memoria de actividades del miembro nacional de España en Eurojust 2019, al abordar la función de Eurojust en la facilitación de instrumentos de reconocimiento mutuo también se refiere a *“la rica jurisprudencia TJUE en la interpretación uniforme de conceptos autónomos del Derecho de la Unión, en aspectos tan variados como los relativos a (...) el concepto de autoridad judicial de emisión, que está mejorando sensiblemente la calidad técnico-jurídica del vigente marco legal”*. Añade que desde Eurojust se viene facilitando el intercambio de información y la respuesta a las cuestiones legales y prácticas planteadas ante el desafío que supone el cumplimiento de los requisitos que se derivan de dicha jurisprudencia.

<sup>43</sup> *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la OEDE -Orden Europea de detención y entrega-; el concepto de autoridad judicial*. José Miguel García Moreno. Tribuna 30-1-2020 <https://elderecho.com/jurisprudencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-relativa-a-la-oede-orden-europea-de-detencion-y-entrega-el-concepto-de-autoridad-judicial>

## 8.1. La autonomía ya existente

La cuestión ha sido analizada en numerosas decisiones del TJUE. De sus sentencias de 27-5-2019 resulta que el núcleo de la cuestión se encuentra en que las fiscalías estén sujetas, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo. El TJUE refiere que, en el caso alemán, el Ministro de Justicia puede dictar instrucciones individuales a las fiscalías, instrucciones que pueden ser escritas, pero también orales y no están especificadas las condiciones en que puede ejercerse esa potestad. Por ello el TJUE establece, en relación con las fiscalías alemanas, que concurre en ellas uno de los dos elementos necesarios para la consideración como *autoridad judicial emisora* (el relativo a su participación en el sistema de justicia penal) pero no el relativo a la independencia, dado el riesgo de estar sujetas, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo.

A estos efectos el TJUE hace hincapié en la posibilidad de dirigir instrucciones del poder político a la fiscalía. Como recuerda la Nota informativa de la FGE respecto a dicha sentencia<sup>44</sup> *“Señala el TJUE que la «autoridad judicial emisora», en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584, debe estar en condiciones de ejercer esta función con objetividad, teniendo en cuenta todas las pruebas de cargo y de descargo, y sin estar expuesta al riesgo de que su potestad decisoria sea objeto de órdenes o instrucciones externas, en particular del poder ejecutivo, de modo que no exista ninguna duda de que la decisión de emitir la orden de detención europea corresponde a esa autoridad y no, en definitiva, a dicho poder (...). En concreto, respecto de las Fiscalías alemanas, se dice que si bien es cierto que están sometidas a la obligación de objetividad y que debe investigar no solo para probar la culpabilidad, sino también la inocencia, no es menos cierto que el ministro de Justicia de un Land dispone de una potestad de instrucción externa con respecto a dichas Fiscalías, lo que le confiere la posibilidad de influir directamente en la decisión de emitir o no emitir una OEDE.”*

La doctrina del TJUE establece criterios objetivos para analizar la normativa de cada Estado miembro, en nuestro caso el español, respecto a la autonomía.

Conforme al art. 8 EOMF, el Gobierno no puede dictar órdenes o instrucciones, verbales ni escritas, sino solo *interesar del Fiscal General del Estado (...)*; esa comunicación se formula en términos generales (*que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público*), no individuales<sup>45</sup>. Finalmente, el Ministerio Fiscal decide sobre la *viabilidad o procedencia* de las actuaciones interesadas y expone motivadamente su resolución. En esto último radica la diferencia más relevante con el caso antes mencionado: el Ministerio Fiscal no valora solo si es viable sino, también, si es procedente, adopta una decisión y la comunica. También el art. 9 supedita la entrega de información solicitada por el Gobierno a que el Ministerio Fiscal considere que *no existe obstáculo legal*. En términos similares se refieren los arts. 9 y 10 del EOMF a la relación entre el Ministerio Fiscal y las Cortes Generales o los órganos de Gobierno autonómicos: *elevación de una memoria general* sobre su actividad, evolución de la criminalidad, prevención del delito y reformas convenientes para una mayor eficacia de la Justicia; *información y colaboración*.

Todo ello se enmarca en el terreno de la solicitud<sup>46</sup>, distinta de la instrucción u orden, y es semejante a otras vías de interacción entre órganos públicos. Así, la OLAF es parte de la Comisión Europea y participa en un intercambio de opiniones anual a nivel político con el Parlamento Eu-

<sup>44</sup> Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de mayo de 2019 en los Casos acumulados OG (C-508/18) y PI (C-82/19 PPU). Unidad de Cooperación Internacional (UCIF) de la Fiscalía General del Estado.

<sup>45</sup> El TJUE refiere, respecto de determinadas garantías alegadas por el Gobierno alemán que, aunque estuvieran acreditadas, tales garantías no permiten, en cualquier caso, descartar plenamente que la decisión de una fiscalía pueda estar sujeta *en un caso individual* a instrucción del ministro de Justicia.

<sup>46</sup> Conforme a la rae interesar es: Suscitar [una cosa o persona] interés por ella/ Despertar en alguien el interés por una cosa.



ropeo o el Consejo<sup>47</sup> pero, al mismo tiempo y por su propia configuración, es independiente<sup>48</sup>. El Defensor del Pueblo, órgano designado por las Cortes Generales, formula recomendaciones a numerosos órganos, incluyendo el Ministerio Fiscal<sup>49</sup>, sin que ello afecte en modo alguno a su independencia en el ejercicio de sus funciones. El Miembro nacional en Eurojust tiene el origen de su nombramiento en el Consejo de Ministros y, a efectos de aumentar el control democrático sobre el Eurojust, se prevé la evaluación conjunta de sus actividades por parte del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales. Pero al mismo tiempo nadie debe dudar de su *dimensión judicial*<sup>50</sup>, recientemente consolidada por el Reglamento de Eurojust de 2018<sup>51</sup>, que proclama su independencia.

En el caso del fiscal, el RFE establece que la FE será independiente y el Documento del Consejo Europeo de 6-4-2020<sup>52</sup> recoge la contestación de España al cuestionario sobre las fiscalías nacionales en el contexto de la orden europea de detención, con expresa mención de los términos del art. 124 de la Constitución y del art. 2.1 del EOMF<sup>53</sup>: “*La Fiscalía española es un órgano de relevancia constitucional (...) integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial*”.

### 8.2. La revisión judicial de las decisiones del fiscal

Continuación de la doctrina establecida en las STJUE de 27-5-2019 se encuentra, entre otras, en la STJUE (Sala Primera) de 12-12-2019 en el asunto C627/19 PPU<sup>54</sup>. Esta sentencia distingue

<sup>47</sup> “While it has an individual independent status in its investigative function, OLAF is also part of the European Commission” [https://ec.europa.eu/anti-fraud/about-us/organisation\\_es](https://ec.europa.eu/anti-fraud/about-us/organisation_es)

“El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión se reunirán una vez al año con el Director General para proceder a un intercambio de opiniones a nivel político y tratar la política de la Oficina relativa a los métodos de prevenir y combatir el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses financieros de la Unión.” Art. 16 del Reglamento 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de septiembre de 2013.

<sup>48</sup> Considerando 3 del Reglamento (UE, EURATOM) No 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11-9-2013 relativo a las investigaciones efectuadas por la OLAF: *La Comisión (...) ha establecido entre sus propios servicios la OLAF con responsabilidad para realizar investigaciones administrativas contra el fraude. La Comisión ha dotado a la Oficina de total independencia (...)* Considerando 104 RFE: “*En todas sus actividades de apoyo a la Fiscalía Europea, la OLAF actuará con independencia de la Comisión*”.

<sup>49</sup> Recomendación de 13-9-2018: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/dictar-una-instruccion-para-recordar-a-los-fiscales-la-necesidad-de-dictar-decreto-de-mayoria-de-edad-y-notificarlo-a-los-interesados-con-anterioridad-a-la-materializacion-de-su-devolucion/>

<sup>50</sup> Memoria de actividades del miembro nacional de España 2019 (*Vid.* nota 42).

<sup>51</sup> Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) y por la que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo (DOUE 21-11-2018).

<sup>52</sup> <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejnupload/DynamicPages/st07182-re01.en20.pdf>

Nota del Consejo Europeo de 6-4-2020 (7182/1/20 REV 1 JAI 280 COPEN 95 EUROJUST 58 EJM 44) en relación con la independencia de la autoridad judicial emisora y condiciones de protección judicial efectiva.

<sup>53</sup> Sobre los principios que rigen la actuación del Ministerio Fiscal resulta de interés la STS 277/18 de 8-6-2018 (Pte. Del Moral García): “*el principio de legalidad que inspira toda la actuación del Ministerio Fiscal (art. 124 CE) dota de importantes especialidades a su posición procesal que no es equiparable sic et simpliciter a las de las demás partes. No está atado el Fiscal por el principio de sujeción a los propios actos (art. 94 del Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal de 1969). (...) no es infrecuente y resulta totalmente armónico con su posición institucional que en casación muchas veces enarbole, apoyando recursos de las partes, posiciones que no se identifican con las que mantuvo en la instancia (...). Nada de anómalo hay en ello; antes bien es buena muestra del encadenamiento a los principios de legalidad e imparcialidad del Ministerio Fiscal.*”

<sup>54</sup> Un resumen de las decisiones del TJUE sobre esta cuestión, respecto a Alemania, Lituania, Austria, Francia, Suecia y Bélgica, se puede encontrar en la Decisión del Consejo Europeo de 6-4-2020 ya mencionada (*Vid.* nota 52):

- Judgment of 27 May 2019 in Joined Cases C-508/18 OG and C-82/19 PPU PI. In relation to an EAW for the purpose of prosecution, issued by a German public prosecutor's office, the CJEU ruled that the concept of 'issuing judicial authority' of Article 6(1) EAW FD must be interpreted as *not including public prosecutors' offices of a Member State which are exposed to the risk of being subject, directly or indirectly, to directions or instructions in a specific case from the executive, such as a Minister for Justice, in connection with the adoption of a decision to issue an EAW.*
- Judgment of 27 May 2019 in Case C-509/18 PF. In relation to an EAW for the purpose of prosecution, issued by a Lithuanian Prosecutor General's Office, the CJEU ruled that the concept of 'issuing judicial authority' of Article 6(1) EAW FD must be interpreted as *including the Prosecutor General of a Member State who, whilst institutionally independent from the judiciary, is responsible for the conduct of criminal prosecutions and whose legal position, in that Member State, affords him a guarantee of independence from the executive in connection with the issuing of an EAW.*
- Judgment of 9 October 2019 in Case C-489/19 NJ. In relation to an EAW for the purpose of prosecution, issued by an Austrian public prosecutor's office and endorsed by an Austrian court, the CJEU ruled that the concept of 'EAW' referred to in Article 1(1) EAW FD, must be interpreted as meaning that EAWs issued by the public prosecutor's offices of a Member State fall

entre la emisión de órdenes de detención europeas para el ejercicio de acciones penales y la emisión para la ejecución de una pena.

Tratándose de una medida que, como la emisión de una orden de detención europea, puede afectar al derecho a la libertad de la persona, es preciso que se adopte una resolución conforme con las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva, al menos, en uno de los dos niveles de protección. El primero es la tutela judicial prevista a la hora de adoptar la resolución nacional (la orden de detención nacional). El segundo nivel de protección de los derechos de la persona reclamada es la tutela judicial al emitir la orden de detención europea, e implica que la autoridad judicial emisora controle el cumplimiento de los requisitos necesarios para dicha emisión y examine si tiene carácter proporcionado, de manera objetiva, teniendo en cuenta todas las pruebas de cargo y de descargo y sin estar expuesta al riesgo de recibir órdenes o instrucciones externas –en particular del poder ejecutivo–.

En el caso de la orden de detención europea *emitida para el ejercicio de acciones penales*, el TJUE considera que, cuando el Estado miembro emisor atribuye la competencia a una autoridad que participa en la administración de la justicia pero no es un tribunal, la proporcionalidad de la orden de detención debe poder ser objeto de un recurso judicial en dicho Estado miembro que satisfaga plenamente las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva.

En el caso de la orden de detención europea *emitida para la ejecución de una pena*, el TJUE considera que la existencia de un procedimiento judicial anterior que resuelve sobre la culpabilidad de la persona buscada permite a la autoridad judicial de ejecución presumir que la decisión de emitir la orden de detención europea es el resultado de un procedimiento nacional en el que la persona objeto de una sentencia ejecutiva ha gozado de todas las garantías propias de la adopción de este tipo de resolución.

El RFE prevé dos vías de control jurisdiccional de la actuación de la FE, dependiendo de la norma (europea o nacional) involucrada en dicha actuación. Por una parte, *las decisiones de archivo de un caso* que adopte la FE, en la medida en que sean impugnadas directamente con arreglo al Derecho de la Unión, serán objeto de control jurisdiccional ante el TJUE. Por otra parte, los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden plantear al TJUE cuestiones prejudiciales referentes a la validez de los actos procesales de la FE en relación con el Derecho procesal

---

within that concept, *despite the fact that those public prosecutor's offices are exposed to the risk of being subject, directly or indirectly, to directions or instructions in a specific case from the executive, such as a Minister for Justice, in the context of the issue of those arrest warrants, provided that those arrest warrants are subject, in order to be transmitted by those public prosecutor's offices, to endorsement by a court which reviews independently and objectively, having access to the entire criminal file to which any specific directions or instructions from the executive are added, the conditions of issue and the proportionality of those arrest warrants, thus adopting an autonomous decision which gives them their final form.* 7182/1/20 REV 1 SC/np 6 ANNEX JAI.2 EN

- Judgment of 12 December 2019 in Joined Cases C-566/19 PPU JR and C-629/19 PPU YC. In relation to an EAW for the purpose of prosecution, issued by a French public prosecutors' office the CJEU held that: o Article 6 (1) EAW FD must be interpreted as meaning that the magistrates of a public prosecution office of a Member State, who are responsible for criminal proceedings and act under the direction and supervision of their superiors, are covered by the concept of 'issuing judicial authority' within the meaning of this provision if their status guarantees their independence, in particular vis-à-vis the executive, in the context of the issuance of an EAW; o The EAW FD must be interpreted as meaning that *the requirements inherent in effective judicial protection* which must accrue to a person against whom a EAW has been issued for the purpose of prosecution, *are satisfied when, under the legislation of the issuing Member State, the conditions for the issue of that warrant, and in particular its proportionality, are subject to judicial review in that Member State.*
- Judgment of 12 December 2019 in Case C-625/19 PPU XD. In relation to an EAW for the purpose of prosecution issued by a Swedish public prosecutor's office, the CJEU held that the EAW FD should be interpreted as meaning that *the requirements inherent in effective judicial protection* vis-à-vis a person against whom a EAW has been issued for the purposes of prosecution *are met when, under the legislation of the issuing Member State, the conditions for issuing that warrant and in particular its proportionality, are subject to judicial review in that Member State.*
- Judgment of 12 December 2019 in Case C-627/19 PPU ZB. In relation to an EAW for the purpose of the execution of a custodial sentence, issued by a Belgian public prosecutor's office, the CJEU held that the EAW FD must be interpreted as meaning that *it does not preclude legislation of a Member State that confers the power to issue an EAW for the purpose of executing a custodial sentence on an authority which, while participating in the administration of justice in that Member State, is not itself a judicial authority, and that does not provide for a separate legal remedy* against that authority's decision to issue such a EAW. In the abovementioned judgments, the CJEU clarified the concept of issuing judicial authority and the requirements of effective judicial protection. The CJEU underlined that the requirement of effective judicial protection is not a condition for classification of an authority as an issuing judicial authority in the meaning of Article 6 (1) EAW FD.

nacional o las medidas nacionales de transposición de Directivas, pero la legalidad de los *actos procesales de la FE destinados a producir efectos jurídicos ante terceros* debe estar sujeta al control jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales nacionales.

En consecuencia, se deben establecer vías de revisión jurisdiccional efectivas, que el RFE prevé con remisión a los procedimientos nacionales<sup>55</sup>. El Documento del Consejo Europeo de 6-4-2020 antes citado dispone, en relación con la cuestión de la revisión judicial de las decisiones de las fiscalías nacionales –que no coincide exactamente con la facultad de recurso–, que corresponde a los Estados miembros asegurar la efectiva salvaguarda del nivel de protección requerido a través de las reglas procesales que se apliquen.

### 9. Fase intermedia y juicio oral

Finalizada la investigación, la FE podrá archivar el caso en términos similares a los que permiten al juez de instrucción hacerlo. La decisión, conforme al RFE, puede obedecer a causas que en nuestro actual ordenamiento lo son de extinción de la responsabilidad criminal (como el fallecimiento) o de sobreseimiento (como la ausencia de pruebas pertinentes). En ese momento de finalización de su investigación, la FE puede acordar la remisión de actuaciones a un Estado ajeno a la FE si considera que el delito se ha cometido fuera de su ámbito de competencia territorial y funcional; o remitir actuaciones a la OLAF en los casos en que, no existiendo motivos razonables para creer que se ha cometido un delito comprendido en su ámbito de competencia, ello pueda resultar adecuado a efectos de seguimiento administrativo o recuperación.

El archivo será provisional porque no impide reabrir el caso, lo notifica la propia FE y puede tener consecuencias sobre el Ministerio Fiscal en aquellos supuestos que no solo –o no inequívocamente– son competencia de aquella. Esta posibilidad nos conduce nuevamente a valorar la conveniencia de una adecuada coordinación entre ambas Fiscalías.

El ejercicio de la acción penal por la FE incluye:

- Las decisiones relativas a la *acusación* del sospechoso o acusado. El RFE se refiere en este punto a la aplicación de una “*estrategia común para el ejercicio de la acción penal*”, una nueva muestra del carácter supranacional de este procedimiento.
- La elección del Estado miembro cuyos *órganos jurisdiccionales* sean competentes para conocer del asunto.

Aun en una fase tan avanzada del proceso, el RFE atribuye a la FE la capacidad de apartarse de la regla general de llevar el caso a juicio en el Estado miembro del FED encargado, en los supuestos en los que, conforme a las reglas generales, pudieran ser varios los Estados que tengan jurisdicción sobre el caso. También podrá acumular varios casos cuando varios FED hayan dirigido investigaciones contra la misma persona o personas. Será la propia FE la que adopte la decisión de formular la acusación, en qué Estado y contra quién y no será posible la aplicación de matizaciones como la prevista en el art. 782.2 LECrim<sup>56</sup>.

- Cuando sea necesario a efectos de *recuperación, seguimiento administrativo o vigilancia*, será la propia FE la que notifique a las autoridades nacionales competentes, a los interesados y a las instituciones, órganos y organismos pertinentes de la Unión su decisión de ejercitar la acción penal.

<sup>55</sup> Considerando 88 y art. 42 RFE. Art. 19.1.2 TUE.

<sup>56</sup> Art. 782.2 LECrim: *Si el Ministerio Fiscal solicitare el sobreseimiento de la causa (...) antes de acordar el sobreseimiento el Juez de Instrucción:*

a) *Podrá acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados (...).*

b) *Podrá remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal para que resuelva si procede o no sostener la acusación (...).*

- La capacidad de alcanzar *conformidades* (en el RFE identificadas como procedimientos simplificados de ejercicio de la acción penal), supuesto en el cual es la propia FE la que concluye el procedimiento simplificado una vez cumplidas las condiciones convenidas con el sospechoso.

Para la celebración del juicio oral no hay en el RFE reglas que generen dificultades de encaje en nuestro actual sistema procesal penal, teniendo en cuenta que el juicio oral se desarrolla conforme al principio acusatorio.

A efectos de la prueba el RFE consagra dos reglas perfectamente compatibles con la actual normativa procesal y que han dado lugar a una jurisprudencia consolidada. Por un lado, las pruebas practicadas en otro Estado miembro o de conformidad con el derecho de otro Estado miembro no pueden, por ese solo hecho, inadmitirse<sup>57</sup>. Por otro lado, se consagra el principio de libre valoración de la prueba por parte del órgano sentenciador.

## 10. Ejecución de la sentencia

Conforme a los preceptos del Código Penal que describen y sancionan los delitos incluidos en el ámbito de competencia de la FE, la sentencia condenatoria puede imponer pena de prisión, multa, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, inhabilitación especial o inhabilitación absoluta.

Con carácter general la ejecución de la sentencia en los casos en los que la FE asuma la competencia no va a tener distinción, en cuanto al órgano judicial y contenido procesal, respecto a los casos en los que la acción se ejerce por el Ministerio Fiscal.

El RFE parece partir del presupuesto de que la actuación de la FE concluye con la sentencia firme. Establece que el ejercicio de sus funciones continúa *hasta la conclusión del proceso*, momento que, por la definición que contiene<sup>58</sup>, coincide con la sentencia firme<sup>59</sup>. Por ello las notificaciones, informes y recursos derivados de la ejecución de sentencias dictadas en procesos en los que haya intervenido la FE habrían de ser realizados por el Ministerio Fiscal conforme a la aplicación supletoria prevista con carácter general en el RFE. El órgano judicial podrá remitir las actuaciones a la fiscalía competente territorial o funcionalmente.

En relación con el contenido patrimonial de la sentencia conviene tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- La conclusión del procedimiento, con o sin sentencia condenatoria, puede conllevar un pronunciamiento dirigido a la recuperación de activos que, igualmente, habrá de ejecutarse. El RFE establece que cuando se acuerde, en *resolución definitiva, decomisar cualquier propie-*

<sup>57</sup> Entre otras, STS 1142/05 de 20-9-2005 (Pte. Giménez García): una vez verificado que el auxilio judicial internacional, singularmente dentro del espacio judicial de la Unión Europea, se ha verificado de acuerdo con los tratados en vigor, no procede que el juez español someta al contraste de la legislación española las actuaciones llevadas a cabo vía comisión rogatoria en otro país. El TS invoca la STS 974/96 de 9-12, que declaró que en el ámbito judicial europeo no cabe hacer distinciones de los actos ante ellos practicados en forma ni sobre garantías de imparcialidad de unos u otros jueces ni del respectivo valor.

Obviamente ello no impide invocaciones de puntuales irregularidades que se examinan y resuelven como si de pruebas obtenidas en territorio nacional se tratase.

<sup>58</sup> Art. 4 RFE: *hasta que concluya definitivamente el caso de que se trate.*

Considerando 31 RFE: El ejercicio de las funciones del fiscal ante los órganos jurisdiccionales competentes continúa hasta la conclusión del proceso, es decir, hasta la decisión definitiva que determina si el sospechoso o acusado ha cometido o no el delito, con inclusión, cuando proceda, de la sentencia y la resolución de cualquier acción legal o recurso que quepa interponer hasta que dicha decisión sea definitiva.

<sup>59</sup> Cfr. García Moreno (Vid. nota 43) para quien, en el contexto de la DM sobre OEDE, este instrumento de cooperación judicial versa sobre el reconocimiento mutuo no solo de las resoluciones definitivas dictadas por los tribunales de lo penal, sino más ampliamente de las resoluciones adoptadas por las autoridades judiciales de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal, incluida la fase relativa al ejercicio de la acción penal. Y añade: *Conforme al planteamiento del TJUE la expresión «procedimiento penal» ha de entenderse en sentido amplio y «puede abarcar el procedimiento penal en su conjunto, esto es, la fase de instrucción, la fase de enjuiciamiento propiamente dicha y la fase de ejecución de la resolución definitiva dictada por un tribunal de lo penal contra una persona declarada culpable de un delito».*

*dad relacionada con, o producto derivado de, un delito perteneciente al ámbito de competencia de la FE, se dispondrá de tales activos o productos de conformidad con la legislación nacional aplicable, sin perjuicio de los derechos de la Unión o de otras víctimas a ser indemnizadas por los daños que hayan sufrido. Esto nos conduce a la regulación nacional en materia de recuperación de activos y a la posible intervención de la ORGA.*

- El pronunciamiento de responsabilidad civil derivada del delito podría dictarse por el tribunal penal incluso en los casos en que exista una eventual responsabilidad contable, en los términos establecidos, entre otras, en las STS 149/2015, 277/2015 y 625/2015<sup>60</sup>. Para ello debe analizarse, conforme a la doctrina jurisprudencial, si la responsabilidad civil derivada del delito coincide íntegramente con la contable y si existe ya una decisión al respecto del órgano encargado de establecer la responsabilidad contable<sup>61</sup>. Entre las sentencias más recientes que confirman esta necesidad de individualizar en el caso concreto para decidir en torno a la remisión al Tribunal de Cuentas se encuentran las STS 163/2019 y 459/2019<sup>62</sup>.
- A efectos de la responsabilidad patrimonial a ejecutar debe recordarse la encomienda legal a la AEAT que contienen la DA 10ª y 19ª de la Ley General Tributaria, en los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública. Conforme a la primera, la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria y sus intereses, junto a la pena de multa, se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio. Este sería el caso, por ejemplo, del fraude carrusel transfronterizo que, cuando alcanza los 10.000.000 €, entra en el ámbito de competencia de la FE. También la AEAT podría recibir la encomienda de ejecución en otros supuestos, como los de decisiones de recuperación de ayudas de Estado a las que se refieren los arts. 260 y 261 de la misma Ley.

---

<sup>60</sup> STS 149/2015 de 11-3-2015 (Pte: Conde-Pumpido Tourón), STS 277/2015 de 3-6-2015 (Pte: Moral García) y STS 625/2015 de 22-12-2015 (Pte. Giménez García). Esta última afirma, con cita de la STS 149/2015: *“La jurisdicción penal es preferente sobre cualquier otra, quedando excluido el conocimiento prejudicial de aspectos penales por cualquier otra jurisdicción; por ello la declaración de responsabilidad penal no puede declinarse a favor del Tribunal de Cuentas al objeto de que este declare previamente a la actuación de la jurisdicción penal la existencia de un hecho punible o de alguno de sus elementos –como lo es la legalidad o ilegalidad de los fondos públicos y la cuantificación de la malversación–, pues ello compete de manera exclusiva y excluyente a los órganos judiciales del orden penal”*.

<sup>61</sup> Segura Rodrigo, Myriam. Capítulo *“Los delitos de fraude de subvenciones”* del Libro sobre Derecho de las subvenciones y ayudas públicas. ISBN: 978-84-9177-635-2. Aranzadi 2ª ed., de 22/01/2018 (Epígrafe sobre las *“Consecuencias extrapenales del proceso penal por delito de fraude de subvenciones”*).

<sup>62</sup> La STS 163/2019 de 26-03-2019 (Pte.: Magro Servet) recuerda la necesidad de distinguir *entre aquellos casos en los que “la responsabilidad civil ex delicto es separable o diferenciable de la contable, porque no conste aún que el responsable penal tenga la cualidad de responsable contable, porque concurren una pluralidad de responsables del delito, alguno de los cuales no sea necesariamente responsable contable, o no concurren contablemente la misma solidaridad que en el ámbito penal, porque concurren partícipes a título lucrativo, porque puedan existir responsabilidades prescritas en el ámbito contable que no lo estén en el ámbito de la responsabilidad civil ex delicto, o bien porque existan otros perjudicados por el delito distintos de las entidades del Sector público, etc., de aquellos otros casos (...) en los que no concurren dichas circunstancias y no quepa dudar de la condición de responsable contable del condenado, porque esta responsabilidad ya se ha declarado por el propio Tribunal de Cuentas”*.

La STS 459/2019 de 14-10-2019 (Causa Especial núm.: 20907/2017. Pte: Marchena Gómez), en proceso en el que las acusaciones pública y particular habían pedido la deducción de testimonio al Tribunal de Cuentas, invoca los art. 18.2 de la LO 2/1982 del Tribunal de Cuentas y 16, 17, 20 y 49.3 de la Ley 7/1988 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y acuerda remitir dicho testimonio *“a los efectos de reclamación de la responsabilidad civil a aquellos acusados que han resultado condenados por un delito de malversación de caudales públicos”*.

# Investigaciones transfronterizas y cooperación judicial internacional en la Fiscalía Europea

Rosa Ana Morán Martínez

Fiscal de Sala de Cooperación Penal Internacional

## 1. Introducción

La Fiscalía Europea es un nuevo órgano de la Unión, tal como se define en el art 3.1 del Reglamento 2017/1939<sup>1</sup>, que será responsable de investigar los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en la Directiva (UE) 2017/1371 (Directiva PIF), de ejercer la acción penal y solicitar la apertura del juicio oral contra los autores y cómplices de estos delitos. Le corresponde también el ejercicio de la acusación ante los órganos jurisdiccionales competentes del Estado miembro participante que corresponda.

Desde el momento del nacimiento de la idea de un Fiscal Europeo, hace más de 30 años en el Corpus Iuris, hasta la creación definitiva de una Fiscalía Europea colegiada y en dos niveles –central y nacional–, la figura ha generado grandes esperanzas y ha dado lugar a la publicación de cientos de opiniones, artículos, críticas e informes. Muchos de estos análisis e informes se han ido pronunciado sobre versiones hoy obsoletas y superadas por el texto adoptado en el Reglamento de 12 de octubre de 2017, –en adelante RFE–. Efectivamente, nada tienen que ver las iniciales proposiciones, ni siquiera la Propuesta de la Comisión de Julio de 2013<sup>2</sup>, que dio lugar a los debates en el Consejo que llevaron a la aprobación del Reglamento, con el texto finalmente publicado. Por más que los antecedentes históricos sean importantes para interpretar sus preceptos, y que las soluciones podrían haber sido otras, completamente distintas o incluso mejores, lo que nos ocupa e interesa en este momento es examinar la norma adoptada y analizarla especialmente a la luz, en nuestro caso, del ordenamiento español ante el reto de la inminente puesta en funcionamiento de la Fiscalía Europea.<sup>3</sup>

Mencionar la Fiscalía Europea, especialmente en España, es casi hablar de un mito<sup>4</sup>, una institución sobre la que en nuestra Fiscalía se comenzó a tomar interés y posición desde sus inicios, especialmente con las respuestas que la Fiscalía remitió a la Comisión para opinar sobre las cuestiones planteadas en el Libro Verde *sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo*. Muchas de estas expectativas en nuestro país han estado en gran parte enfocadas en la posible influencia que este nuevo órgano pudiera generar en relación con el Estatuto y las competencias de los Fiscales españoles y en la esperanza de que sirviera como antecedente y precursor de un Fiscalía investigadora que, tras años de debate, pudiera ver la luz definitivamente también en nuestro país. Acostumbrar a la Administración de Justicia española a la figura de un Fiscal investigador fue y es visto como

<sup>1</sup> Reglamento 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 31.10.17.

<sup>2</sup> Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea de la Comisión 17.7.2013.COM (2013) 534final.

<sup>3</sup> De acuerdo a lo dispuesto en el art 120 RFE que establece que la fecha será determinada por la Comisión a propuesta de la Fiscal General Europea, pasados al menos tres años de la entrada en vigor del Reglamento –en Noviembre de 2017–, la inicial previsión fijaba Noviembre de 2020 como fecha de puesta en funcionamiento de la Fiscalía asumiendo las funciones de investigación. Sin embargo, varios retrasos y problemas en la selección de los fiscales europeos, a lo que se ha sumado la crisis del coronavirus, hacen prever retrasos sin que en el momento en que se redactan estas líneas pueda hacerse una previsión de la fecha en la que la Comisión decidirá su puesta en marcha.

<sup>4</sup> Vid. Vervaele, Jhon en “The European Public Prosecutor’s Office (EPPO) Introductory Remarks”, en Geelhoed, W. Leendert H, E, Arjen WHM (Eds). *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor’s Office*. Springer (2018), hace un recopilatorio de los expresiones en las que se reflejan estas expectativas “The European Public Prosecutor Office (EPPO) is a conundrum, it is an enigma, it is a mysterious, it is a Trojan horse, it is a white elephant, it is a two headed dragon...” pp 12.

una oportunidad de convencer de las ventajas de este sistema, lo que para algunos es el *caballo de Troya* en la carrera por un cambio de sistema procesal.

Pero, más allá de los efectos colaterales tanto en la Justicia europea como en el futuro de nuestro sistema procesal, la puesta en marcha de la Fiscalía Europea supone un reto enorme tanto en lo que requiere de encaje de este nuevo órgano con los diferentes sistemas jurídicos de los Estados de la UE como en las dificultades que implica la necesaria convivencia de las normas establecidas en el RFE, que son Derecho europeo, con los ordenamientos jurídicos nacionales, penales y procesales que van a ser aplicables en todas las cuestiones organizativas y procedimentales que el RFE no prevé.

Si el encuadre de este nuevo órgano es un reto en todos los Estados miembros, lo es especialmente en aquellos, cada vez más escasos sistemas jurídicos, como el español que no solo mantiene la figura del Juez de instrucción, sino que carece de una regulación mínimamente adecuada de las funciones investigadoras del Fiscal.<sup>5</sup> La actividad preprocesal del Fiscal español está prevista en el art 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal –EOMF– y en un solo artículo, el 773.2, de la LECrim que pretende esencialmente poner límite y fin a la investigación del Fiscal cuando comienza una investigación judicial. Aunque la actividad investigadora real realizada en la actualidad por el Ministerio Público es enormemente relevante, especialmente en asuntos complejos que dan lugar a la incoación de diligencias de investigación en las Fiscalías especiales, se mantiene una inexplicable insuficiencia en la regulación que sitúan estas diligencias en una especie de limbo jurídico, con una naturaleza *sui generis* y con interpretaciones que les privan de cualquier valor probatorio, al menos conforme a la controvertida STS 980/16 de 11 de enero de 2017.

Naturalmente, pese al déficit normativo y la ignorancia inexcusable de la relevancia de las diligencias de investigación, se suele acudir a la Fiscalía Especial Anticorrupción y Contra la Delincuencia Organizada como referente de la Fiscalía Europea en España. Los Fiscales europeos delegados españoles serían fiscales anticorrupción que con el principio de “*doble sombrero*”, previsto el art 13.4 del RFE, podrían seguir compatibilizando su función en la Fiscalía Europea con la de fiscal de la Fiscalía anticorrupción. Lo que resulta evidente es que las escasas competencias de los fiscales españoles en las diligencias de investigación, y la falta de suficiente reconocimiento del valor procesal de su investigaciones son incompatibles con un desarrollo mínimamente eficaz de las funciones de la Fiscalía Europea y este es uno de los urgentes temas a abordar para adaptar nuestro ordenamiento al RFE.

Es importante tener en cuenta que la falta de regulación afecta también a las competencias del Fiscal español en materia de cooperación internacional, que solo están debidamente reguladas para los instrumentos de reconocimiento mutuo en el art. 187 de la Ley de Reconocimiento Mutuo de resoluciones penales de la UE –en adelante LRM–<sup>6</sup>. En todo caso, las competencias del Fiscal en este ámbito son muy amplias y conviene recordar que los expedientes de coope-

<sup>5</sup> Sobre los retos de la implementación del RFE en España Vid. Vilas Álvarez. “*The EPPO implementation. A perspective from Spain*”. Eucrim. 2018/2. pp. 124-129. El autor, que fue el Consejero español responsable en la REPER del expediente de la Fiscalía Europea adelanta algunas líneas de trabajo del Ministerio de Justicia en la tarea de implementación:

- *Possible amendments to the statutory law concerning prosecutors, in particular to facilitate the transition from their previous status to the new one as members of a European body and to facilitate their return;*
- *In-depth study on the implication of the EPPO for the Spanish criminal law system, mandating a general commission of codification as an advisory body of the Ministry of Justice;*
- *Preparation of a text for a new Criminal Procedure Code or, alternatively, a tailor-made solution along the lines described above.*

<sup>6</sup> Art. 187 Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, modificada por la Ley 3/2018 de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación:

1. *Son autoridades de emisión de una orden europea de investigación los jueces o tribunales (...). Son también autoridades de emisión los Fiscales en los procedimientos que dirijan, siempre que la medida que contenga la orden europea de investigación no sea limitativa de derechos fundamentales. (...).*

2. *El Ministerio Fiscal es la autoridad competente en España para recibir las órdenes europeas de investigación emitidas por las autoridades competentes de otros Estados miembros.*

ración internacional de la Fiscalía –y no solo en ejecución de OEI sino de comisiones rogatorias basadas en cualquier convenio de cooperación judicial internacional bilateral o multilateral aplicable– no son diligencias de investigación y no les es aplicable, por ejemplo, el cese de la actividad exigido en el art 773 de la LECrim, ni el resto de sus principios tal y como recuerda la Circular 3/21014 sobre las diligencias de investigación.<sup>7</sup>

Ante el gran reto que supondrá, especialmente en nuestro ordenamiento, la adaptación al RFE cuya previsión temporal de entrada en funcionamiento es ahora incierta pero inminente, la respuesta del legislador español es aún desconocida. El Ministerio de Justicia encargó a la Comisión de Codificación la redacción de una propuesta, pero, en la primavera de 2020 en que se redactan estas líneas, se desconoce aún la existencia de algún texto para adaptar el ordenamiento español al RFE. Aunque el Reglamento sea directamente aplicable, su articulado remite y se completa con el ordenamiento procesal español y el encaje de estos dos ordenamientos, europeo y nacional, sin la adopción de las modificaciones necesarias en nuestras normas impedirá el debido funcionamiento de la Fiscalía Europea en nuestro país.

Uno de los temas más interesantes a abordar en relación con las actividades de la Fiscalía Europea es el tema de las investigaciones transfronterizas. Efectivamente, una de las cuestiones que ha generado debates jurídicos de interés es el procedimiento por el que los fiscales europeos actuarían en el territorio de otro Estado miembro participante en la cooperación reforzada y distinto del suyo. El legislador europeo tuvo que optar entre un sistema en el que cualquier Fiscal Delegado Europeo, actuando en nombre de la órgano europeo, podría practicar por sí mismo diligencias en cualquier parte del territorio de los países que lo integran, actuando en lo que sería un territorio único, una “single legal area” o conformarse con un sistema en el que el Fiscal Delegado Encargado de la investigación tendría sus competencias de actuación limitadas a las medidas a practicar en el territorio de su propio Estado y tendría que acudir a solicitar la práctica de diligencias en otro Estado miembros participante a través de los diversos instrumentos de cooperación judicial internacional.

La solución adoptada en el RFE es una opción intermedia que establece que la práctica de las diligencias en otro país deberá realizarse a través de la cercana colaboración entre los Fiscales Delegados. De esta forma, el Fiscal Europeo Delegado encargado de realizar las diligencias en otro Estado será el Fiscal Europeo Delegado del Estado miembro donde esas diligencias tengan que practicarse. Se trata de un novedoso sistema basado en la “asignación”, que resulta práctico, pero no está exento de deficiencias, y sobre todo es profundamente decepcionante desde la consideración de Europa como un solo territorio, al menos para la Fiscalía Europea. Aunque, como se ha dicho, no se trata aquí de analizar precedentes ni lamentarse por lo que puede ser, no se puede dejar de mencionar la solución que el art 25 de la Propuesta de Reglamento presentada por la Comisión proponía para la práctica de diligencias transfronterizas. La Comisión partía de la consideración del territorio de los Estados Miembros como “single legal area” y permitía, en el art 18 de la Propuesta, que el Fiscal delegado encargado de la investigación actuara directamente, en consultas con el Fiscal Delegado del país donde se iba a ejecutar la medida, sin necesidad de acudir a ningún instrumento de cooperación. El método era, sin duda, más coherente con la idea de una única e indivisible Fiscalía investigadora.

A la hora de examinar la investigación transfronteriza del Fiscal Europeo procede analizar este nuevo sistema de asignación, sus ventajas e inconvenientes tanto desde el punto de vista europeo como desde la perspectiva de su adaptación al procedimiento español. La comparación con el sistema reconocimiento mutuo y la OEI surge de forma natural al examinar la nueva fórmula.

---

<sup>7</sup> Circular 4/2013 de la FGE sobre las diligencias de investigación: “debe recordarse que el Fiscal como autoridad judicial en el ámbito internacional ejecuta comisiones rogatorias y otras diligencias de auxilio que son de naturaleza penal pero no se consideran diligencias de investigación conforme a lo dispuesto en la Instrucción 2/2003, de 11 de julio sobre actuación y organización de las Fiscalías en materia de cooperación jurídica internacional. Estos expedientes de cooperación internacional tienen, desde 2012, un registro separado y automatizado”.



Por otro lado, la realización de diligencias y la obtención de pruebas fuera del territorio del Estado miembro de origen del Fiscal Europeo Delegado no se agota con las solicitudes a practicar en el resto de los Estados participantes en la Fiscalía Europea, sino que es necesario también articular un sistema que permita a la Fiscalía Europea obtener auxilio judicial internacional tanto de Estados miembros no participantes en la Fiscalía Europea como de terceros Estados. A estas dos cuestiones dan respuesta los artículos 103 y 104 del RFE que examinaremos más adelante y que tienen la particularidad de plantear soluciones desde el punto de vista unilateral, sin tener suficientemente en cuenta la posible visión y la respuesta de esos terceros Estados a los que la Fiscalía Europea deba solicitar auxilio judicial y el grado de reconocimiento que obtendrá la Fiscalía Europea como órgano competente para emitir solicitudes de auxilio judicial por estos otros Estados soberanos

Por otro lado, hay que pensar también en la Fiscalía Europea como órgano requerido para prestar asistencia judicial cuando se trate de medidas que le correspondan por estar los datos o las pruebas en sus propias investigaciones. Esta condición de autoridad competente para la cooperación desde el punto de vista pasivo la aborda el RFE de forma conjunta con los actos de cooperación activa que la Fiscalía Europea dirija a terceros Estados pero que hay que tener en cuenta que el régimen de la colaboración que la Fiscalía Europea puede prestar tiene también particularidades, en gran parte derivadas del estricto régimen de protección de datos establecido en el RFE.

Las relaciones de la Fiscalía Europea con Eurojust, como agencia europea competente para la coordinación de la cooperación judicial internacional, interesan también desde el punto de vista desde el que nos proponemos analizar la cuestión de la cooperación judicial internacional de la Fiscalía Europea.

## 2. Investigaciones transnacionales dentro de los países participantes en la Fiscalía Europea. El final de la idea de la “single área”

Una de las principales razones para la creación de una Fiscalía Europea es precisamente el carácter transnacional de los delitos sobre los que tiene competencia y la necesidad de superar las investigaciones nacionales parciales, descoordinadas y fragmentadas<sup>8</sup> y sustituirlas por una investigación europea coordinada y completa. La idea de transnacionalidad está en el origen y la esencia de la Fiscalía Europea y la búsqueda de respuestas para la práctica de diligencias fuera del territorio del Fiscal Europeo encargado de las investigaciones es una de las primeras cuestiones que se plantean respecto a la actuación de este nuevo órgano. Esto no significa que todos sus casos sean transnacionales, ya que la Fiscalía Europea va a tener competencia también para casos puramente nacionales, pero sí parece que la mayoría de las investigaciones tendrán una mayor o menor dimensión internacional que obligará a actuar fuera del territorio del Estado del Fiscal Europeo Delegado encargado y a usar mecanismos de cooperación judicial internacional.

La idea que surge naturalmente para realizar estas investigaciones por una la Fiscalía Europea conceptualizada como un único órgano, actuando desde una única oficina y una sola dirección –o al menos con coordinación centralizada–, es la de trabajo en un único territorio europeo; la idea de una “*European single legal area*” es la propuesta que se planteó por quienes imaginaron inicialmente un Fiscal europeo en el Corpus Iuris y la solución que se había incorporado a la Propuesta de la Comisión de 2013.

---

<sup>8</sup> Vid. Exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea de la Comisión 2013.COM(2013): “los casos de fraude transfronterizo requeriría investigaciones y procedimientos penales estrechamente coordinados y eficaces a escala europea, pero los niveles actuales de intercambio de información y coordinación no son suficientes para lograrlo, pese a que órganos de la Unión como Eurojust, Europol y la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) han intensificado sus esfuerzos al respecto. La coordinación, la cooperación y el intercambio de información se enfrentan a numerosos problemas y limitaciones debido al reparto de responsabilidades entre las autoridades pertenecientes a las distintas jurisdicciones territoriales y funcionales”.

Sin embargo, la solución del RFE para la obtención transfronteriza de pruebas y evita la idea de “single legal area” y parte del mantenimiento del principio de soberanía y territorialidad, buscando la solución a través del sistema de “asignación”, que se desarrolla en el art 31. 1 del RFE. Se trata de un sistema que descansa en el principio tradicional de la cooperación, por más que se esta se califique de cercana o estrecha, y consiste en un procedimiento basado en la asistencia mutua entre Fiscales europeos delegados, cada uno de los cuales mantienen por tanto la competencia exclusiva para llevar a cabo diligencias de investigación en su propio territorio. El Fiscal responsable de la investigación, el *Fiscal Europeo Delegado encargado*, pedirá, “asignará” a un Fiscal Europeo Delegado del Estado donde deba llevarse a cabo la medida que se ocupe de practicar la diligencia en el territorio de su país conforme a su derecho nacional, denominándose a estos efectos como *Fiscal Europeo Delegado asistente*.<sup>9</sup>

Las reglas concretas de asignación a uno u otro delegado no están definidas en el RFE, las orientaciones para la asignación deberán ser adoptadas en el Reglamento interno de la Fiscalía, previsto en el art 9, y que debe ser aprobado en el propio Colegio.

## 2.1. Sistema de asignación, coordinación y denegación

El sistema de asignación no difiere tanto del sistema de cooperación y reconocimiento mutuo,<sup>10</sup> con la particularidad de contar con un número más reducido y concreto de autoridades competentes para la ejecución ya que solo serán competentes los Fiscales Europeos Delegados del país donde las medidas van a ser ejecutadas y también quizá con la ventaja de una mayor facilidad de coordinación en los casos de solicitud de distintas medidas a varios Fiscales delegados de distintos Estados miembros; una coordinación realizada desde el nivel central, como prevé el art 31.2 del Reglamento,.

El reconocimiento mutuo para la práctica de diligencias de investigación y obtención de pruebas en otro país europeo se realiza actualmente<sup>11</sup> a través de la Orden Europea de Investigación -OEI en adelante-, que se creó en la Directiva 41/2014 de 3 de abril *sobre la Orden Europea de Investigación*<sup>12</sup> y que se toma como referente para analizar las diferencias entre el reconocimiento mutuo y el sistema de asignación.

Lo primera diferencia que se puede observar es que los motivos de no reconocimiento recogidos en la Directiva 41/2014 no aparecen como tales en la regulación de la Fiscalía Europea que, a través de la asignación, parece querer dar un paso más en la creación de una verdadera y estricta obligación de ejecución de diligencias en uno de los Estados parte de la Fiscalía Europea. Sin embargo, esta apariencia inicial podría no ser tan real en la práctica.

Por ejemplo, el art 31. 5 permite que se mantengan razones que justifiquen la no ejecución -aunque se evite llamarlas motivos de no reconocimiento- pero que no son muy diferentes de los motivos de no reconocimiento que contiene la Directiva de la OEI. Si es cierto que razones del art 31.5 no pueden dar lugar al rechazo directo por el Fiscal asistente sino que corresponde a la Sala Permanente tomar la decisión y se crea un sistema *sui generis*<sup>13</sup> para abordar estos supuestos de no ejecución, bastante similares a algunos de los previstos en el art 11 de la Directiva 41/2014, y que son los siguientes:

<sup>9</sup> Art 31.1 RFE: “*Los Fiscales Europeos Delegados actuarán en estrecha cooperación, asistiéndose y consultándose mutuamente con regularidad en los casos transfronterizos. Cuando una medida haya de llevarse a efecto en un Estado miembro distinto del Estado miembro del Fiscal Europeo Delegado encargado, este Fiscal Europeo Delegado decidirá sobre la adopción de la medida necesaria y la asignará a un Fiscal Europeo Delegado ubicado en el Estado miembro en el que haya de ejecutarse la medida*”.

<sup>10</sup> Aunque el RFE huye del lenguaje propio del reconocimiento mutuo y evita hablar de reconocimiento y de motivos de no reconocimiento. Vid. Bachmaier Winter, Lorena en “*Las investigaciones transfronterizas en el marco del proceso de la Fiscalía Europea*” en La Fiscalía Europea. Bachmaier Winter, L, (coord.) Marcial Pons 2018. pp 152.

<sup>11</sup> Con la excepción de Irlanda y Dinamarca

<sup>12</sup> DOUE L.5.2014

<sup>13</sup> Vid. Mitsilegas, V. and Giuffrida, F. “The European Public Prosecutor’s Office and Human Rights. Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor’s Office. Geelhoed, W. Leendert H, E, Arjen WH,M Editors (Eds) Springer. 2018 pp 89-92

- a) *la asignación está incompleta o contiene algún error manifiesto importante;*
- b) *no cabe llevar a efecto la medida dentro del plazo establecido en la asignación por razones justificadas y objetivas;*
- c) *una medida alternativa y menos intrusiva alcanzaría los mismos resultados que la medida asignada, o*
- d) *la medida asignada no existe o no cabría recurrir a ella en un caso nacional similar en virtud de la legislación de su Estado miembro.*

Los dos primeros son de carácter formal. En el primer caso claramente subsanables. En el segundo, la ejecución fuera de plazo podría ser también recuperables.

Los otros dos motivos que el Fiscal Europeo Delegado asistente puede alegar presentan claramente características del sistema de reconocimiento mutuo adoptado en la Directiva 41/2014. Sin embargo, el RFE presenta desventajas al no contemplar excepciones para medidas no intrusivas, como las que describe el art 10 de la Directiva 41/2014, que siempre tienen que existir en el Estado de ejecución y sobre las que no cabe posibilidad de denegación, ni siquiera cuando la medida no esté prevista en un caso similar en el país de ejecución, medidas no intrusivas que se pueden denominar “privilegiadas”<sup>14</sup>.

El art 30 del RFE contempla una serie de medidas que todos los Estados deben asegurar que estén a disposición del Fiscal Europeo Delegado nacional, bien para que las ejecute directamente o para que las solicite a la autoridad competente de su país, pero solo se exige la existencia y disposición de esas medidas de investigación para delitos castigados con una pena máxima de 4 años de prisión. De esta forma es fácil concluir que la OEI podría resultar en algunos aspectos notoriamente más favorable y particularmente lo es para la ejecución de las medidas “privilegiadas” comprendidas en el citado art 10 de la Directiva.

Quizá sea esta la razón de la previsión del art 31.6 del RFE que permite, con la conformidad del Fiscal Europeo supervisor, remitir instrumentos de cooperación o reconocimiento mutuo. Efectivamente este artículo establece que cuando la medida asignada no sea posible en una investigación nacional pero si pueda ser utilizada en una situación transfronteriza cubierta por instrumentos jurídicos de reconocimiento mutuo o cooperación transfronteriza los Fiscales europeos podrán recurrir a estos instrumentos. Podría por tanto el Fiscal Europeo delegado emitir de una OEI para la ejecución de ese tipo de medidas de ejecución obligatoria previstas en el art 10 de la Directiva de la OEI cualquiera que fuera la pena prevista para el delito investigado. Lo que no aclara el RFE es la competencia y el régimen de ejecución de estos instrumentos de reconocimiento mutuo, si deben ser ejecutados necesariamente por el Fiscal Europeo delegado del país de ejecución o si se emiten y tramitan como cualquier otra medida de reconocimiento mutuo.

No es tampoco favorable que se haya fijado un umbral de pena en el art 30 del Reglamento para todas las medidas mencionadas expresamente y no se hayan establecido diferencias entre medidas intrusivas y no intrusivas de forma similar a lo que garantiza la Directiva de la OEI en el art 10 mencionado. La asistencia entre Fiscales Europeos delegados podría llegar a tener un ámbito más restringido que el que se contemplaba en la Directiva 41/2014, de forma que se podría acudir a utilizar instrumentos de reconocimiento mutuo mas frecuentemente de lo razonable.

El RFE prevé por tanto dos supuestos de negativa por parte del Fiscal Europeo Delegado asistente a ejecutar la medida asignada, cualquiera que sea esta. El primero es en realidad una propuesta de sustitución, se trata del reemplazo de la medida que se la ha asignado ejecutar por una menos intrusiva que consiga el mismo resultado. Es la misma previsión que se contempla en el art 10.3 de la Directiva de la OEI y es cierto que esta posibilidad de sustitución, en la

<sup>14</sup> Vid. Hoyos Sancho, Montserrat. La Orden Europea de Investigación: reflexiones sobre su potencial efectividad a la vista de los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución en España.

práctica, ha dado resultados que permiten combinar las particularidades de cada ordenamiento con las necesidades de obtención de pruebas y datos por parte de las autoridades de otros Estados que pueden en ocasiones solicitar medidas intrusivas innecesarias para la obtención de un determinado resultado.

El segundo supuesto de denegación es el previsto en el apartado d) del art 31.5, se plantea cuando *la medida asignada no existe o no cabría recurrir a ella en un caso nacional similar en virtud de la legislación de su Estado miembro*. Se entiende lógicamente que este supuesto se dará solo cuando la medida solicitada no sea sustituible por otra que consiga el mismo resultado y contiene en realidad dos motivos de rechazo distintos.

Esta razón de denegación de la ejecución se corresponde con la disposición del art 10.5 de la Directiva de la OEI que, aunque no se encuentra dentro del art 11 de la Directiva dedicado a los motivos de denegación, reconoce la posibilidad de no ejecutar cuando la medida no exista en el derecho del Estado de ejecución o no este prevista para un caso interno similar y obviamente siempre que no sea posible sustituir por otra que produzca igual resultado. El problema es, como decía anteriormente, que curiosamente el RFE permite que medidas de investigación que deberían existir en todos los Estados, tal como lo entiende la OEI, pueden ser no ejecutadas por el Fiscal asistente si el delito no llega al umbral de pena máxima de al menos cuatro años de prisión y la diligencia asignada no existe en el Estado de ejecución.

Por otro lado, la asignación al Fiscal Europeo Delegado del Estado de ejecución y la practica obligatoriedad de ejecución, salvo estos supuestos expresamente indicados, no parece que puedan evitar que algunas medidas no sean ejecutadas por otras razones por mucho que no se mencionen en el Reglamento. Es obvio que si al ir a ejecutar la medida se observara la posibilidad de incurrir en *ne bis in ídem* lo razonable será no ejecutarla.

La existencia de inmunidades o privilegios tampoco va a desaparecer y se aborda en el art 29 del RFE que establece que sea el propio Fiscal General Europeo el encargado de presentar en los Estados la solicitud escrita y justificada de la suspensión de esa inmunidad conforme a lo previsto en el derecho nacional aplicable. Si se trata de una inmunidad prevista en el Protocolo sobre privilegios e inmunidades de la Unión la solicitud debe dirigirla también el mismo Fiscal General Europeo conforme a los procedimientos establecidos en el Derecho de la Unión.

La conclusión como se adelantó es que el sistema no parece que vaya a resultar mucho más favorable para la investigación transfronteriza y la práctica de diligencias en otros territorios de los Estados miembros participantes que el consolidado sistema de reconocimiento mutuo.

En cuanto a la coordinación para la ejecución de estas medidas de investigación transfronteriza el RFE hace una llamada a la intervención directa de la oficina central de la Fiscalía Europea en caso de problemas o discrepancias entre los fiscales europeos delegados que actúen como encargado y asistente.

Así, en caso de problemas en la ejecución el Fiscal asistente deberá informar a través del *Fiscal Europeo supervisor y consultará con el Fiscal Europeo Delegado encargado para resolver la cuestión bilateralmente*. Sin embargo, si entre los dos Fiscales delegados afectados, encargado y asistente, no llegaran a solucionar el problema en el plazo de 7 días deberán remitir el tema a la Sala Permanente competente. Entre las funciones de las Salas Permanentes que se describen en el art 10 del RFE no se hace referencia a esta intervención de la Sala Permanente, más allá de lo que es la referencia genérica que el art 10.2 hace a la misión de coordinación de las investigaciones penales y acciones penales en los asuntos transfronterizos.

Es el art 31. 8 del RFE el que describe la función de la Sala Permanente en relación con las posibles discrepancias entre los Fiscales Delegados encargado y asistente. Se dice que *la Sala Permanente escuchará a ambos y decidirá a continuación de conformidad con el Derecho nacional aplicable, si el Fiscal Europeo Delegado asistente ha de llevar a efecto la medida asignada o de una medida sustitutoria, y en qué plazo*. Es importante tener en cuenta que en las reuniones de las Salas Permanentes siempre va a participar el Fiscal supervisor de la investigación, aunque

en estos casos de conflictos en ejecución de medidas transfronterizas se le priva del derecho de voto, y así lo establece el art 10. 9 RFE, lo que parece razonable para no generar posibles “ventajas” a la posición del Fiscal encargado. Sin embargo, el Fiscal supervisor del Fiscal Europeo Delegado asistente, que ha tenido que ser informado conforme dispone el art 31. 7, salvo que fuera por azar parte de esa Sala Permanente, -en cuyo caso probablemente tendría también que ser privado de voto- no tiene derecho a estar presente en la Sala Permanente. Conveniría probablemente que el Reglamento interno pudiera prever la necesidad de que en estos casos el Fiscal Supervisor del Fiscal asistente fuera también convocado, lo que permite el art 10.9 a propuesta del Fiscal delegado asistente o de la propia Sala también sin derecho a voto. Si la Sala va a resolver conforme al derecho del Estado del Fiscal asistente, la participación del Fiscal supervisor cobra especial relevancia y debería estar garantizada su asistencia haya, o no, petición del Fiscal delegado o de la propia Sala.

## 2.2. Tipos de medidas

Las medidas que pueden practicarse en otro Estado participante y que puedan ser asignadas al Fiscal Europeo Delegado del país donde deban ejecutarse según el RFE son las mismas medidas de investigación a las que pueda recurrir el Fiscal Europeo Delegado encargado en su propio Estado, de conformidad con lo dispuesto en el art 30 RFE.

El art 30 del RFE recopila las medidas de investigación de las que puede servirse la Fiscalía Europea a través del Fiscal Europeo Delegado en sus investigaciones. Parte de estas medidas son de alguna forma objeto de armonización, es decir, todos los Fiscales delegados deben poder ejecutarlas directamente o bien solicitarlas a la autoridad competente de su Estado, al menos para los delitos castigados con penas de prisión de duración de al menos cuatro años. Son 6 tipos de medidas, la mayoría de las cuales podríamos calificarlas como “intrusivas”, y se describen de una forma genérica y amplia. Es importante tener en cuenta que muchas de esas medidas no son medidas de investigación sino medidas cautelares, como la preservación del producto del delito que se describe en el apartado d) del art 30.

Pese a que el RFE realiza un ejercicio de mínima armonización de medidas de investigación, admite excepciones y condiciones. Concretamente el art 30 permite a los Estados que algunas de estas medidas sean objeto de restricciones respecto a determinada categoría de personas o profesionales sometidas a una obligación jurídicamente vinculante de confidencialidad.

Las medidas más “intrusivas”, que son las mencionadas en los apartados c), e) y f) del art 30 RFE y que se refieren a la obtención de datos informáticos almacenados, interceptación de comunicaciones y medidas de localización de objetos por medios técnicos incluidas las entregas controladas, pueden estar sometidas a ciertas condiciones y las dos últimas pueden estar restringidas a determinado tipo de delitos graves específicos. Es decir, además de poder estar previstas solo para delitos graves, castigados con penas superiores a los 4 años, podrían estar limitadas solo para determinado tipo de delitos<sup>15</sup>.

Estas limitaciones o restricciones a las medidas de investigación previstas en el art 30 pueden servir también para fundamentar una denegación de ejecución por parte del Fiscal asistente conforme a lo que establece el art 31.5 d), incluso en caso de estas medidas “armonizadas” del art 30.

Es importante tener en cuenta que además de estas medidas especialmente descritas y de alguna forma “armonizadas”, el apartado 4 del art 30 del RFE permite a los Fiscales Europeos Delegados solicitar y ordenar cualesquiera otras medidas a las que puedan recurrir los Fiscales en su respectivo Estado miembro en casos similares en virtud del Derecho nacional. Por tanto, pese a las limitaciones descritas, los Fiscales Europeos Delegados encargados pueden asignar al Fiscal Europeo Delegado de otro Estado participante cualquier tipo de medida necesaria y que exista y sea adecuada de conformidad con el ordenamiento de su propio Estado.

---

<sup>15</sup> Los Estados que vayan a imponer estas restricciones deben comunicarlo a la Fiscalía Europea.

Las intervenciones telefónica son un tipo de medida muy relevante en las investigaciones y de complicada organización y que técnicamente permite varias modalidades de ejecución transfronteriza.<sup>16</sup> El RFE no las menciona expresamente ni establece ninguna particularidad para su ejecución. Sin embargo, esta medida de investigación fue objeto de una regulación muy minuciosa en el art 18 del el Convenio de Asistencia Judicial entre los países miembros de la UE de 20 de Mayo de 2000 –en adelante Convenio 2000– y lo es también en la regulación de la OEI que le dedica los arts. 30 y 31 de la Directiva 41/2014. El RFE al no regularla no ofrece, como si hacia el Convenio y la Directiva, distintas posibilidades para su práctica, sino que la forma de ejecución es la que corresponda conforme al Estado del Fiscal Delegado Encargado. La autorización, la grabación, el control se realizaría directamente por las autoridades del Estado del asistente aunque también parecería posible que se pactase entre los dos Fiscales Europeos delegados implicados –y previa autorización del Juez del Estado de ejecución– la ejecución en alguna de las modalidades que permite el art 30.6 de la Directiva 41/2014, bien la transmisión inmediata al Estado de Fiscal encargado o bien que se realice el registro y la grabación directamente en el Estado del Fiscal Delegado Asistente y que se transmita posteriormente al Fiscal Europeo Delegado encargado. La primera modalidad ofrece algunas dificultades derivadas de la innecesidad de una autorización judicial en el Estado del Fiscal encargado que establece el art 32 del RFE y veremos a continuación, por lo que debe quedar muy clara la forma en que se realiza el control judicial de las grabaciones en el Estado del Fiscal Delegado asistente.

Plantea más dudas la posibilidad de la realización de intervenciones telefónicas en otro Estado miembro participante sin necesidad de asistencia técnica y la posterior notificación al Estado afectado, que es una medida prevista en la regulación de la OEI, art 31<sup>17</sup> de la Directiva 41/2014 presenta más dificultades.

En primer lugar, por la falta de su mención y regulación expresa de una medida como esta en el RFE –la cercanía y la posibilidad de consultas entre Fiscales delegados y la intervención de la oficina central debería resolver el posible uso de esta modalidad si está prevista en las legislaciones internas–. En segundo lugar porque el RFE da clara preferencia a las autorizaciones judiciales en destino, es decir en el lugar donde se encuentra la persona afectada por la intervención telefónica (art 32), y al contrario esta forma de realizar las grabaciones se basa en la única autorización previa en el Estado del Fiscal Europeo Delegado encargado. El RFE no determina siquiera quien debería notificar y autorizar o no el uso de estas grabaciones y el efecto que tendría la denegación. Por último, las grandes diferencias en la regulación de esta medida tan intrusiva en los distintos Estados no parece que aconsejen acudir a esta forma de intervención en la que la intervención del Estado “de ejecución” sería a posteriori.

Probablemente habría que acudir a la obtención de autorización, a través del Fiscal Delegado asistente, cuando la ubicación de la persona sobre la que se ha hecho la intervención aparezca posteriormente, como prevé el art 31.2 de la Directiva 41/2014 y por tanto no hubiera habido posibilidad de asignar la medida al Fiscal delegado del Estado donde se encuentre el sospechoso al que se le ha intervenido las comunicaciones.

<sup>16</sup> Un análisis muy completo de las posibles formas de ejecución de esta medida lo realiza Bachmaier Winter, Lorena en “*Las investigaciones transfronterizas en el marco del proceso de la Fiscalía Europea*” La Fiscalía Europea. Bachmaier Winter, L., (coord.) Marcial Pons 2018.

<sup>17</sup> *Artículo 31 Directiva 41/2014. Notificación al Estado miembro en el que se encuentre la persona que sea objeto de los procedimientos penales y cuya asistencia técnica no sea necesaria* 1. Cuando, a efectos de llevar a cabo una medida de investigación, la autoridad competente de un Estado miembro («el Estado que realiza la intervención») autorice la intervención de telecomunicaciones, y se utilice la dirección de comunicaciones de la persona que sea objeto de los procedimientos penales que figura en la orden de intervención en el territorio de otro Estado miembro («el Estado notificado») cuya asistencia técnica no se necesite para llevar a cabo dicha intervención, el Estado que realiza la intervención deberá notificar a la autoridad competente del Estado notificado de dicha intervención: a) antes de la intervención, en aquellos casos en los que la autoridad competente del Estado miembro que realiza la intervención ya esté informada, al ordenar la intervención, de que la persona que sea objeto de los procedimientos penales de la misma se encuentra o se encontrará en el territorio del Estado notificado; b) durante la intervención o después de ésta, inmediatamente después de tener conocimiento de que la persona objeto de los procedimientos penales de intervención se encuentra, o se ha encontrado durante la intervención, en el territorio del Estado miembro notificado.

## 2.3. Procedimiento de ejecución y autorizaciones judiciales

### 2.3.1. Normas aplicables para la ejecución de las medidas transnacionales

El procedimiento de ejecución de esas medidas de investigación transnacionales objeto de asignación corresponde al Fiscal Europeo Delegado asistente y este deberá ejecutarlas, en principio, conforme a su propio derecho nacional, pero observando también procedimientos del Estado de la investigación.

El principio *fórum regit actum* se consolidó para la cooperación en la UE en el Convenio 2000. En el art 4.1 de este Convenio se establece la posibilidad de que la autoridad de emisión indique expresamente a la autoridad de ejecución la necesidad de respeto de algunas formalidades o garantías necesarias para la ejecución de una determinada medida en el país de emisión. La autoridad de ejecución debe observar esos procedimientos expresamente indicados siempre que no sean contrarios a los principios generales del derecho de su propio Estado. Esa norma que prioriza por tanto el respeto al derecho del Estado de la investigación se extendió a los instrumentos de reconocimiento mutuo y es actualmente la regla generalizada, también para la ejecución de las OEI, conforme al art 9. 2 de la Directiva 41/2014.

El art 32 del RFE retoma esta misma fórmula al establecer que. *“Las medidas asignadas se llevarán a cabo de conformidad con el presente Reglamento y la legislación del Estado miembro del Fiscal Europeo delegado asistente. Las formalidades y procedimientos expresamente indicados por el Fiscal Europeo Delegado encargado se cumplirán a menos que tales formalidades y procedimientos sean contrarios a los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro del Fiscal Europeo delegado asistente”*.

Lo cierto es que esta disposición debe entenderse combinada con lo que dispone el art 31. 2 donde se alude también a las normas del Estado de emisión cuando se afirma que *“...la motivación y la adopción de tales medidas estarán regidas por la legislación del Estado miembro del Fiscal Europeo delegado encargado”*. Lo que quiere decir que la motivación de la medida, su necesidad, adecuación y proporcionalidad debe ser valorada en un primer momento por el Fiscal delegado encargado de acuerdo con la regulación de las normas del procedimiento penal de su propio Estado.

De la comprensión conjunta de ambas normas resulta que la regla general para la ejecución de las medidas transfronterizas es la misma que la que actualmente rige para la cooperación y el reconocimiento mutuo en la Unión Europea. La regla básica es la ejecución conforme a los procedimientos del Estado donde se ejecuta, con la salvedad de que haya una petición expresa de cumplimiento y adopción de determinados procedimientos o garantías necesarios en el Estado del Fiscal encargado, siempre que sean expresamente indicados y no sean contrarios a los principios general del Estado de ejecución. Se regresa a un sistema muy similar al vigente que no permite vislumbrar cambios ni avances derivados de la existencia de una sola Fiscalía Europea.

El RFE es parco en normas que regulen la ejecución transfronteriza de las medidas asignadas, ni siquiera prevé de la participación directa del Fiscal encargado en la ejecución de esa diligencia como expresamente se contempla en el texto de la mayoría de los Convenios de Cooperación Internacional. Entendemos que esta participación, igual que la de los agentes que estén apoyando al Fiscal encargado en sus investigaciones, será seguramente posible y quizá convendría que el Reglamento interno de funcionamiento de la Fiscalía pudiera ampliar la regulación de estas cuestiones muy relevantes para el éxito de las investigaciones.

En realidad, este sistema ni siquiera supera las ventajas de los Equipos Conjuntos de Investigación y la forma en que estos equipos trabajan de forma coordinada para la obtención de pruebas en los diferentes Estados que forman parte del mismo, actuando en equipo y estando, muy frecuentemente, presentes los investigadores en las diligencias practicadas en uno y otro Estado. Las pruebas obtenidas en uno y otro territorio se comparten entre los miembros del equipo sin necesidad de demandas de auxilio judicial o instrumentos de reconocimiento mutuo

ni de una concreta asignación porque los planes de actuación se aprueban de manera conjunta y se ejecutan de forma coordinada.

### **2.3.2. Suficiencia de una sola autorización judicial para las medidas transnacionales**

El Reglamento si contiene un cambio de paradigma muy relevante en relación con la regulación de la obtención de autorización judicial y la huida de la necesidad de una doble autorización judicial.

La necesidad de autorización judicial para la práctica de determinadas medidas de investigación es una garantía esencial para el respeto de los derechos fundamentales de forma que las diligencias que suponen intromisión o restricción de esos derechos requerirán una autorización de un Juez independiente, a quien corresponde valorar la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la medida.

En un terreno transnacional en el que la obligatoriedad de contar con autorización judicial no es uniforme para las distintas medidas de investigación, la ausencia de autorización judicial en el Estado de emisión dio lugar a importantes problemas, a nulidades de pruebas obtenidas sin una autorización judicial cuando ésta era necesaria en el Estado de emisión, aunque hubiera habido autorización judicial en el de ejecución.

En las investigaciones transfronterizas necesariamente se van a combinar dos ordenamientos distintos y, aunque hay distintas respuestas, la obtención de doble autorización ha venido siendo la regla general en la cooperación internacional<sup>18</sup> y en el reconocimiento mutuo cuando ambos Estados exigen que la medida cuente con autorización judicial.

Es cierto que el tema ha sido y sigue objeto de discusión en muchos países<sup>19</sup> y es objeto de distintas interpretaciones y solo algunas disposiciones concretas de Convenios Internacionales lo exigen con claridad. Así, en relación con las intervenciones telefónicas exige esa doble autorización, el art 18 del Convenio 2000 que, establece en su punto 3 b) la necesidad de hacer constar la *“confirmación de que existe un mandamiento o una orden de intervención legal en relación con una investigación penal”*.

En España la necesidad de contar con la autorización del Juez español competente para solicitar a una autoridad extranjera la practica de una diligencia que en España requiere autorización judicial está perfectamente fundamentada en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de Abril de 2009 en el caso de la conocida como *“Operación Tigris”*<sup>20</sup> en la que se afirma que: *La facultad de control de la procedencia de la injerencia del derecho fundamental que se está produciendo en España, aunque se requiera el concurso de una autoridad extranjera, es indelegable en aquella, sin perjuicio de que esta pueda establecer también sus medios de control de acuerdo con su ordenamiento jurídico. En otras palabras, en un caso como el presente, la circunstancia de que la información que se quiera obtener se encuentre ocasionalmente*

<sup>18</sup> Moran Martínez Rosa Ana. “Obtención y utilización de la prueba transnacional”. Revista de Derecho Penal n 30. Lex Nova. Mayo 2010. *“el auxilio judicial tradicional conlleva la exigencia de doble intervención en el país de emisión y en el país de ejecución. Y en lo que se refiere a la intervención de comunicaciones así lo dispone también el artículo 18 del Convenio de 2000 que cuando establece los requisitos que debe reunir la comisión rogatoria para solicitar una intervención de comunicaciones establece en su punto 3 b) la necesidad de hacer constar la “confirmación de que existe un mandamiento o una orden de intervención legal en relación con una investigación penal”*

<sup>19</sup> Como ejemplo curioso mencionar la distinta valoración incluso en referencia a la misma prueba de las Sentencias de la Corte Suprema de Costa Rica en los casos: CCSS-Fishel sentencia 11 de mayo de dos mil once y en el en el caso ICE-Alcatel, Sentencia de 21 de noviembre de dos mil catorce. Se trataba de la obtención de información bancaria en Panamá, de acuerdo con el Tratado de Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales entre las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá (TALM). La cuestión debatida era la posibilidad o no del Fiscal costarricense de solicitar esa información bancaria por si mismo a través de la autoridad central, sin la previa autorización del Juez de garantías en Costa Rica, sin perjuicio e que la información se obtuviera o no con esa autorización en el estado de ejecución en Panamá. La primera sentencia inadmitió la prueba porque –aunque se siguió el procedimiento establecido en el tratado–, esto no basta, en virtud de que debía existir tal aval o autorización jurisdiccional, atendiendo a la naturaleza de la probanza que se requería. La segunda sentencia si considero la prueba lícita, en tanto fue obtenida conforme a lo establecido en el Tratado. Entiende esta segunda sentencia que no era necesario un aval o autorización por parte de una autoridad jurisdiccional costarricense, porque la ley internacional no lo dispone, y afirma que incluso ello hubiese atentado contra la soberanía del Estado requerido y el principio de buena fe.

<sup>20</sup> Sentencia de la AN de 30 de Abril de 2009, “Operación Tigris”, (STS de 21/12/2009) Fundamento Jurídico Tercero: “



*almacenada o ubicada en el extranjero no debe exonerar al juez español de sus obligaciones jurisdiccionales en relación con la restricción de los derechos fundamentales de personas que se encuentran bajo su jurisdicción en España, y cuyos derechos fundamentales se encuentran protegidos, precisamente por la jurisdiccionalidad, como uno de los requisitos esenciales para su posible restricción. La Comisión rogatoria es un mero instrumento de ejecución del acuerdo previo de restricción de derechos fundamentales, adecuadamente motivado, que en el presente caso debió haber sido adoptado... “.*

Para despejar cualquier duda, la LRM en su art 202, en relación con las intervenciones telefónicas, consagró esa Jurisprudencia y exige expresamente que el Juez dicte un auto conforme a la LECrim antes de remitir una OEI.

De esta forma, en general si la práctica de una medida de investigación requiere autorización en el país de emisión de la solicitud, ésta debe obtenerse antes de remitirse al Estado de ejecución como un requisito para la validez posterior de esa diligencia. No se trata de que la autoridad de ejecución vaya a hacer la comprobación de si esa autorización es o no necesaria en el país de emisión, pero desde el punto de vista del enjuiciamiento, en España al menos, es un requisito imprescindible para la utilización válida de la información o la prueba obtenida. En todo caso, sea o no necesaria la autorización judicial en el país de emisión, la autoridad de ejecución deberá obtener también la autorización judicial del Juez competente de su propio Estado si esa autorización es necesaria para la ejecución de esa medida en ese Estado. De forma que en el sistema tradicional tanto de cooperación judicial como de reconocimiento mutuo la practica general es la necesidad de doble autorización cuando, como decíamos, ambos países requieran esa garantía.

El RFE irrumpe para modificar completamente esta interpretación, al menos en cuanto a su actuación transfronteriza en los Estados miembros participantes. Se trata de evitar esta doble autorización, para exigir únicamente una autorización judicial, normalmente la del Estado de ejecución. De esta forma, conforme al art 31.3, el Fiscal Delegado Encargado no tendrá que solicitar autorización judicial para asignar una medida que en su Estado de emisión requeriría autorización judicial, siempre y cuando el Fiscal Delegado asistente tenga que solicitar autorización judicial para ejecutarla de conformidad con el ordenamiento de su Estado. Solo en el caso de que en el Estado del Fiscal asistente no sea necesaria la autorización judicial para la ejecución de esa medida deberá entonces obtenerla el Fiscal Europeo Delegado encargado en su propio Estado cuando en éste si sea imprescindible esa autorización judicial.

Esta regla es probablemente la única huella en la que podemos observar resquicios de la original idea de la “*single legal area*”, de forma que se evita la autorización judicial de origen cuando el control judicial se vaya a obtener por parte del Fiscal delegado asistente. Habida cuenta de que hay medidas como las intervenciones telefónicas que requieren autorización judicial en la práctica totalidad de los ordenamientos de los Estados participantes, el nuevo sistema va a facilitar la tarea del Fiscal delegado español que no va a tener que solicitar autorización del Juez “de garantías” sino que podrá solicitarla motivadamente directamente al Fiscal asistente que tendrá que obtener la debida autorización para la ejecución de las intervenciones telefónicas en su país.

Dispone el Reglamento que “*en caso de que la autorización judicial para la medida asignada sea denegada, el Fiscal Europeo Delegado encargado retirará la asignación*”. Es evidente que si la autoridad judicial deniega la practica de la medida esta no podrá ejecutarse. En todo caso, esa situación tendrá que producirse tras agotar, en su caso, los recursos o remedios de los que pueda servir al Fiscal Delegado asistente para conseguir la necesaria autorización.

#### **2.4. Validez de la prueba obtenida de forma transnacional**

Este sistema de obtención de prueba trasnacional se completa en el art 37 del Reglamento con una norma de reconocimiento de la validez en la que se establece que “*No se inadmitirán las*

*pruebas presentadas a un órgano jurisdiccional por los fiscales de la Fiscalía Europea o por el acusado por el mero hecho de que las pruebas hayan sido obtenidas en otro Estado miembro o de conformidad con el Derecho de otro Estado miembro”.*

Esta declaración de libre circulación de la prueba no supone una declaración de validez sino simplemente una cláusula de no discriminación<sup>21</sup> de la prueba por su origen, pero sometida obviamente a la revisión del Tribunal. El considerando 80 del RFE lo explica en este mismo sentido, la prueba no puede ser inadmitida por el solo hecho de haberse obtenido en otro Estado miembro o conforme a la legislación de otro Estado miembro. Recuerda el considerando que el RFE respeta la Carta de Derechos Fundamentales y nada de lo dispuesto en el mismo puede interpretarse en el sentido de que impide al Tribunal que conozca de un caso aplique los principios fundamentales del Derecho nacional en materia de imparcialidad del procedimiento que son de aplicación en sus sistemas nacionales.

Sin duda, la diversidad de regímenes jurídicos y de procedimientos de investigación en los diferentes países participantes en la Fiscalía Europea pueden dificultar su funcionamiento. El art 41 RFE garantiza la actuación de la Fiscalía Europea de conformidad con los derechos de los sospechosos o acusados consagrados en la Carta, incluidos los derechos a un proceso imparcial y a los derechos de defensa. Y a continuación reconoce a todos los sospechosos o acusados en procesos a cargo de la Fiscalía Europea los derechos que han sido objeto de “armonización” a través de las distintas Directivas, particularmente las aprobadas en desarrollo de la Hoja de Ruta de 2009 *sobre de garantías procesales de sospechosos y acusados en el proceso penal*<sup>22</sup> un conjunto de estándares mínimos que pueden contribuir a una mayor seguridad en el respecto de los derechos procesales. Aunque el art 41 del RFE se refiere a la legislación nacional que haya transpuesto estas directivas, como recuerda Díaz Abad,<sup>23</sup> en tanto estas Directivas<sup>24</sup> han sido aprobadas sobre la base del art 82 TFUE suponen una armonización en todos los procedimientos y especialmente cuando aparece un elemento “europeo” transnacional, por lo que serán un referente prioritario particularmente en relación con la Fiscalía Europea.

En todo caso, hay que advertir que esta tarea de acercamiento o armonización no alcanza a todo tipo de garantías ni ha llegado a crear procedimientos mínimamente uniformes por lo que, aunque estas Directivas son una base sólida y serán de ayuda para dirigir la actuación de la Fiscalía, su observancia no aleja posibles discrepancias en las valoraciones que de las pruebas obtenidas de forma transfronteriza por la Fiscalía Europea hagan los distintos Tribunales nacionales.

En España, el TS ha establecido reiteradamente el principio de “no indagación” como principio en relación con la valoración de la prueba obtenida en el extranjero, especialmente la procedente de países de la UE, una postura abierta que no ha estado exenta de críticas pero que tampoco evita que, alegada y probada la ilicitud, la prueba sea declarada ilícita por nuestro

<sup>21</sup> Vid Allegrezza, S and Mosna. A. “Cross border Criminal Evidence and the future European Public Prosecutor. One step back on mutual recognition? En “The European Public Prosecutor’s Office” Lorena Bachmaier ( coord.). Springer 2018.

<sup>22</sup> Resolución del Consejo sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales de 30 de noviembre de 2009. (DO C295.1 4.12.2009)

<sup>23</sup> Díaz Abad. Nuria “El marco legal de la protección de derechos fundamentales de sospechosos y acusados en los procedimientos transfronterizos en la Fiscalía Europea”. La Fiscalía Europea. Lorena Bachmaier (coord.). pp 255-275.

<sup>24</sup> Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, *relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales* (DO L 280 de 26.10.2010). Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, *relativa al derecho a la información en los procesos penales* (DO L 142 de 1.6.2012). Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, *sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad* (DO L 294 de 6.11.2013). Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, *por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio* (DO L 65 de 11.3.2016). Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales* (DO L 132 de 21.5.2016). Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, *relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención* (DO L 297 de 4.11.2016).

TS<sup>25</sup>. Conviene tener en cuenta a estos efectos que el derecho extranjero debe probarse y como recuerda el auto 395/03 de 11 de diciembre del Tribunal Constitucional, la ausencia de garantías en relación con los actos practicados en el extranjero debe ser probado por quien lo alega. En realidad, lo que el Tribunal Supremo mantiene es la posibilidad de hacer esa valoración de la posible licitud de la prueba cuando se invoque pero que no realiza cuando nadie ha alegado.<sup>26</sup>

Esta es de alguna forma el mismo principio de “no discriminación” que deriva del RFE, no se evita el análisis de la licitud de la prueba, pero no se debe rechazar la alegación de ilicitud simplemente por provenir del extranjero y haber sido obtenida con procedimientos ajenos y diferentes al del Estado miembro donde se realiza el enjuiciamiento.

### 3. Actuación transfronteriza del Fiscal Europeo Delegado español

Como se adelantó en la introducción, el reto de la aplicación del RFE se plantea especialmente complejo en España donde el fiscal carece de las competencias mínimas para la realización de investigaciones por sí mismo.

Es cierto que si hay una materia donde los fiscales en España han ido adquiriendo competencias es justamente en el campo de la ejecución de las diligencias de cooperación judicial internacional. La especialización de los fiscales en esta materia y la capacidad de coordinación de la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General del Estado (UCIF) han ido incrementando el número de comisiones rogatorias remitidas a las Fiscalías, particularmente en la Unión Europea a través de la remisión directa entre autoridades competentes impuesta por el Convenio de 2000. Esta situación se ha visto consolidada legalmente con la atribución de la competencia para la recepción de todas las OEI y para la ejecución de todas las que no suponen afectación de derechos fundamentales que ha realizado la *Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación*. Esta experiencia adquirida en los últimos años coloca al Fiscal Europeo Delegado español en una situación de mayor experiencia y campo de actuación para la ejecución de las medidas de investigación que le sean asignadas por el fiscal delegado de otro Estado, no solo por la ventaja de contar de unos conocimientos especializados sino porque durante estos años los fiscales especialistas en cooperación internacional llevamos realizando directamente todas las ejecuciones de medidas solicitadas en comisiones rogatorias por sí mismos o con la colaboración de la Policía judicial y hemos ampliado nuestra capacidad de investigación con el acceso directo o a través del punto neutro judicial a todos los registros y ficheros automatizados, lo que aportará seguramente una

---

<sup>25</sup> Por todas, STS 4777/2013 de 8 de Octubre “*Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1281/2006, de 27 de diciembre, que en el marco de la Unión Europea, definido como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que la acción común entre los Estados miembros en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal es pieza esencial, según el art. 29 del Tratado de la Unión en la versión consolidada de Maastricht, no cabe efectuar controles sobre el valor de los realizados ante las autoridades judiciales de los diversos países de la Unión, ni menos de su adecuación a la legislación española cuando aquellos se hayan efectuado en el marco de una Comisión Rogatoria y por tanto de acuerdo con el art. 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal de 20 de Abril de 1959 -BOE 17 de Septiembre de 1982-. En tal sentido se pueden citar las Sentencias de esta Sala 13/95 de 19 de Enero en relación a Comisión Rogatoria cumplimentada por Alemania; Sentencia no 974/96 de 9 de Diciembre donde expresamente se proclama que “...en el ámbito del espacio judicial europeo no cabe hacer distinciones sobre garantías de imparcialidad de unos u otros Jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en forma...”, en relación a Comisión Rogatoria ante las autoridades suecas; la STS no 340/2000 de 3 de Marzo que en sintonía con las anteriores confirma la doctrina de que la incorporación a causa penal tramitada en España de pruebas practicadas en el extranjero en el marco del Convenio Europeo de Asistencia Judicial citado no implica que dichas pruebas deban ser sometidas al tamiz de su conformidad con las normas españolas; la STS no 1450/99 de 18 de Noviembre en relación a Comisión Rogatoria cumplimentado por las autoridades francesas, y en fin, la Sentencia no 947/2001 de 18 de Mayo para la que “...no le corresponde a la autoridad judicial española verificar la cadena de legalidad por los funcionarios de los países indicados, y en concreto el cumplimiento por las autoridades holandesas de la legalidad de aquel país ni menos sometidos al contraste de la legislación española...”.*”

<sup>26</sup> *STS 974/96 de 9 de diciembre declaró que “...en el ámbito judicial europeo no cabe hacer distinciones sobre garantías de imparcialidad de unos u otros Jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en forma...”. La existencia de un Espacio Judicial Europeo en el marco de la Unión, no consentiría otra situación, y en todo caso no se ha cuestionado la legalidad de la comisión rogatoria desde la perspectiva de la propia legalidad portuguesa”.*

base sólida de ayuda a los fiscales delegados, hayan sido estos o no fiscales especialistas en cooperación internacional.

Sin embargo, aunque el Reglamento es directamente aplicable y el art 30 del RFE no exige que los fiscales practiquen directamente las medidas de investigación, sino que bastaría con que las puedan solicitar, pensar en una modificación de mínimos que otorgara al Fiscal Delegado Europeo las mismas competencias que corresponden a un fiscal nacional no sería suficiente para una Fiscalía investigadora. La Fiscalía Europea se define como una Fiscalía investigadora por lo que el mantenimiento del actual sistema de competencias, y que el Fiscal Delegado español tuviera que solicitar la mayor parte de las diligencias al juez instructor, convertiría en un absoluto fracaso la Fiscalía Europea en España.

Dado el escaso tiempo que resta para la puesta en marcha de la Fiscalía la imposibilidad de cambio de modelo procesal en España es evidente y la situación conduce a tener que conformarse con la adopción de unos cambios normativos suficientes para permitir al Fiscal Delegado dirigir las investigaciones dotándolo de las competencias básicas para realizarlas. Unos cambios que no pueden ser solo los mínimos necesarios para la estricta aplicación del Reglamento sino los necesarios para conseguir un funcionamiento mínimamente eficaz y razonable. El Fiscal Europeo Delegado español no debería tener menos competencias que el Fiscal Delegado del Estado Miembro que tenga menos competencias investigadoras.

La idea sería que el Fiscal Europeo Delegado español se encargara de toda la investigación y tuviera que recurrir al órgano judicial competente, que actuaría a modo de juez de garantías, para solicitar la autorización judicial para la práctica de aquellas medidas que requieren esa autorización por afectar a derechos fundamentales y la requieren por disposición de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así, en relación con las medidas transfronterizas que le sean asignadas, el Fiscal Delegado español actuando como asistente podría practicar por si mismo, o con la colaboración de la Policía Judicial, todas las medidas y diligencias previstas en el art 30 del RFE que le sean “asignadas” por el Fiscal Delegado encargado de otro Estado, solicitando autorización judicial para su ejecución cuando esta sea necesaria conforme a nuestra Ley Procesal. De esta forma se diferenciaría de la actual competencia de los Fiscales para la ejecución de OEI que obliga a remitir al Juzgado la OEI completa cuando al menos una de las diligencias solicitadas afecte a derechos fundamentales ante la imposibilidad de dividir la ejecución.

Desde el punto de vista activo, en relación con sus propias investigaciones el Fiscal Europeo Delegado español podrá asignar directamente al Fiscal Europeo Delegado asistente del Estado donde deban ser ejecutadas todas las medidas previstas en el art 30 y éste solo requerirá solicitar autorización judicial previa para adjuntarla a la asignación cuando el Estado de ejecución no exija autorización judicial para su ejecución y esta si fuera necesaria en España para la concreta medida adjudicada.

Es uno de los cambios esenciales en las competencias de un Fiscal actualmente en sus diligencias de investigación y es un cambio de paradigma en relación con el principio vigente ya comentado de la necesidad de doble autorización y la imposibilidad del Fiscal español de emitir por si mismo una OEI para la ejecución de medidas que requieran autorización judicial por afectar a derechos fundamentales.

Efectivamente, como veíamos anteriormente, la actual situación procesal no permite que un Fiscal español en sus diligencias de investigación pueda solicitar por ejemplo una entrada y registro para que sea ejecutada en un Estado extranjero, porque correspondería al Juez Instructor la valoración de la necesidad y proporcionalidad de la medida para ser ejecutada en el extranjero y por mor del art 773 de la LECrim solo el Juez Instructor puede emitir una comisión rogatoria o una OEI para la práctica de diligencias “invasivas”.

De la misma forma, el Fiscal Europeo Delegado español cuando actúe como asistente presentará al Juez competente –probablemente la Audiencia Nacional– la solicitud de autorización de una medida como la entrega y registro que haya sido solicitada directamente por el Fiscal encargado de otro Estado, sin necesidad de que se aporte la autorización de un Juez o Tribunal del Estado del Fiscal Europeo Delegado encargado. Corresponderá exclusivamente al Juez español competente hacer la completa valoración de la necesidad, adecuación y proporcionalidad para la autorización de la medida.

En este punto es importante mencionar el problema de la competencia para la adopción de medidas cautelares reales. La adopción de medidas cautelares reales no es en general una medida que requiera autorización judicial por el motivo de que afecte a derechos fundamentales y parece inimaginable que precisamente por ser medidas urgentes y provisionales un fiscal investigador no pueda incautar objetos o bloquear una cuenta corriente directamente.

Pues bien, parte de las medidas que todos los fiscales delegados deben tener a su disposición, conforme al art 30 del Reglamento 1939/17, no son medidas de investigación sino medidas cautelares especialmente medidas de embargo dirigidas a un ulterior decomiso. El art 30.1 d) se refiere por ejemplo a *inmovilizar los instrumentos o los productos del delito, incluidos los activos, si se prevé que el órgano jurisdiccional los decomisará y si existen motivos para pensar que el propietario, poseedor o gestor de dichos instrumentos o productos intentará frustrar la sentencia que ordene el decomiso.*

El Ministerio Público en España carece de competencia para la adopción de medidas cautelares, no porque se establezca expresamente que requieran de autorización judicial sino porque simplemente no está prevista su adopción por el fiscal. Es una deficiencia que no puede entenderse sino como una anomalía proveniente de un viejo procedimiento superado que, como ya mencionamos, ignora las diligencias de investigación del Fiscal. No hay obstáculo constitucional alguno para la ampliación de las competencias del Fiscal para la adopción de medidas cautelares reales y es bueno recordar que, en España, autoridades administrativas de todo tipo, nacionales, autonómicas o locales tienen la competencia de adopción de medidas cautelares reales en relación con sus propios expedientes sancionadores.

Obviamente, el problema deriva de un sistema procesal, que vive en un estado de evolución incompleto avanzando a través de reformas parciales sin rumbo claro y sin coherencia, y que pese a que las denuncias de temas más complejos se presentan ordinariamente ante la Fiscalía no considera al fiscal en su esencia como un órgano investigador. La deficiente regulación de las diligencias de investigación no prevé recursos en el ámbito jurisdiccional penal contras las decisiones del Fiscal, recursos que obviamente deberían contemplarse en caso de que se le otorgara competencia para la adopción de medidas cautelares reales.

Habida cuenta de que la Fiscalía Europea es una Fiscalía investigadora, el Fiscal Delegado Europeo debería poder adoptar por sí mismo esas medidas cautelares definidas en el art 30, a la vez que se podría configurar un sistema bien de ratificación en un determinado plazo o bien un sistema de recursos como el que tendrá que crearse en general para las investigaciones realizadas por esta Fiscalía.

Las mínimas reformas necesarias para la adaptación de nuestro sistema al Reglamento de la Fiscalía Europea deberían por tanto otorgar al Fiscal Europeo Delegado, y al Fiscal Europeo cuando le sustituya, la posibilidad de adoptar medidas cautelares en sus propias investigaciones y también por tanto para la ejecución de las medidas que le hayan sido asignadas por otro Fiscal Delegado Europeo.

El resto de medidas que les puedan ser asignadas a los fiscales delegados europeos españoles podrán ejecutarlas directamente de la misma forma que ejecutan las medidas de investigación en sus propios asuntos y solicitando la autorización judicial para la práctica de aquellas diligencias que así lo requieran pero que, una vez obtenida, deberán ejecutar y practicar por si mismos.

## 4. Órdenes Europeas de Detención y Entrega y Extradiciones

El art 33.2 del RFE aborda, de forma separada al resto de las medidas transfronterizas, la posibilidad de emisión en las investigaciones de la Fiscalía Europea de las necesarias Ordenes Europeas de Detención y Entrega -OEDE- de conformidad con la Decisión Marco 2002/584/JAI<sup>27</sup>.

Se dispone que el Fiscal Europeo Delegado encargado pueda *dictar por si mismo, o bien solicitar a la autoridad competente de dicho Estado miembro, que dicte una orden de detención europea de conformidad con el derecho interno del Estado concernido*.

Se trata de otra oportunidad perdida para armonizar el procedimiento y dotar a la Fiscalía Europea de instrumentos suficientes para llevar a cabo sus investigaciones. Tratándose la Fiscalía Europea de un órgano dotado de todas las garantías de independencia que exige la reciente Jurisprudencia del TJUE para considerar a los Fiscales como autoridades judiciales con autonomía para emitir una OEDE, podría perfectamente haberse otorgado esta atribución a cualquier Fiscal Delegado Europeo, una vez se haya obtenido el auto de prisión provisional dictado por el órgano judicial competente conforme al ordenamiento interno. El legislador europeo ha privado al Fiscal Europeo de una competencia que podría ejercer con todas garantías, dejando la cuestión al ordenamiento interno de cada Estado de forma que nuevamente aparecen diferencias nacionales poco comprensibles en un órgano como este.

En este punto es importante recordar que el TJUE ha establecido que el concepto de autoridad judicial es un concepto autónomo del derecho europeo que comprende no solo a Jueces y Tribunales sino a otros órganos, como el Ministerio Fiscal, que participan con un grado suficiente de independencia en las tareas de la Administración de Justicia<sup>28</sup>. Así lo afirma en las Sentencias de los Asuntos Poltorak C-452/16 y Kovalkovas C-453, de 10 de noviembre de 2016. En estas sentencias el Tribunal aclara que para que una autoridad entre dentro del concepto europeo de autoridad judicial no es suficiente con que se trate de un órgano que participe en la Administración de Justicia sino que además tiene que tener un grado suficiente de autonomía que lo vincule de alguna forma al poder judicial que, conforme al principio de separación de poderes, que determinan el Estado de Derecho, se distingue del poder ejecutivo, en el que están incluidos otras autoridades administrativas o los servicios de policía. Por ello se deniega, en el caso Poltorak, que la Dirección General de la policía sueca pudiera ser considerada autoridad judicial a la hora de emitir una OEDE, pero en el caso Kovalkovas, admite que sea considerada autoridad judicial con capacidad de emitir estas OEDEs el Fiscal que ratifica una orden previamente emitida por la Policía

En todo caso, para la adopción de decisiones de mayor incidencia en los derechos como es la emisión de un OEDE no basta con esa condición de participación *autónoma* en la Administración de Justicia, sino que se requiere condiciones concretas de independencia del ejecutivo. Se trata de que la autoridad judicial emisora de una OEDE esté en condiciones de aportar a la autoridad judicial de ejecución la garantía de que actúa con independencia al ejercer sus funciones inherentes a la emisión de esas órdenes de detención. A estos efectos el TJUE excluye aquellos Fiscales que son susceptibles de recibir instrucciones particulares del poder ejecutivo y por eso el TJUE en la sentencias de los casos C508/18 y 82/19 de 27 de Mayo de 2019, caso "Fiscalías de Lübeck y de Zwickau" considera que el Ministerio Público alemán no puede considerarse «autoridad judicial» en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco ya que no cabe "*descartar plenamente que la decisión de la Fiscalía de emitir una OEDE pueda estar sujeta en un caso individual a una instrucción del Ministro de Justicia*".

<sup>27</sup> 2002/584/JAI: Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Declaraciones realizadas por algunos Estados miembros con ocasión de la adopción de la Decisión marco. DOUE L190 18.7.202

<sup>28</sup> Vid. Requejo Pagés, Juan Luis. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre cooperación penal: Orden de Detención Europea (ode) y concepto de autoridad judicial. Ponencia impartida en las Jornadas de Fiscales especialistas de Cooperación Internacional en Oviedo 3 y 4 de Marzo 2019l. Pendiente de Publicación en versión on line el Centro de Estudios Jurídicos (CEJ) .

Se trata por tanto de una consideración de independencia *ad extra*, que excluye la posibilidad de instrucciones individuales proveniente de órganos ajenos al poder judicial y en particular del poder ejecutivo. Sin embargo, no mina ese concepto de independencia la posibilidad de recibir instrucciones internas que provengan de los superiores jerárquicos en el seno del propio Ministerio Público. Por ello se admite la posibilidad de emitir OEDE por parte de los fiscales franceses en la STJE en los casos C-566/19 y 626/19 de 12 de diciembre de 2019, Caso Gran Ducado de Luxemburgo y Fiscalías de Lyon Tours<sup>29</sup> ya que en Francia el Ministro de Justicia sólo puede impartirles instrucciones generales sobre política penal, y no puede emitir ordenes o instrucciones particulares. Igualmente, el Tribunal considera suficiente el régimen estatutario de la Fiscalía de Lituania para cumplir con esos requisitos de independencia *ad extra*.<sup>30</sup>

El Fiscal Europeo Delegado, es parte de una Fiscalía con todas las garantías de independencia de las que ha dotada a este órgano la UE con un RFE que insiste en la independencia en diferentes disposiciones y que no puede recibir órdenes de ninguna autoridad ajena a la propia Fiscalía. Por ello, el Reglamento podría haber otorgado esta competencia de forma general sin dejar margen a los Estados para decidir si el Fiscal delegado puede emitir por sí mismo o debe solicitarlo a otra autoridad.

El Fiscal en España no tiene competencia para la emisión de una OEDE. El art 35 de la LRM reconoce únicamente como autoridades de emisión de OEDE al Juez o Tribunal que conozca de la causa, por lo que el Fiscal Delegado Europeo deberá solicitar la emisión de la OEDE al Juez “de garantías” que corresponda. Sin embargo, con este concepto de autoridad judicial establecido por el TJUE podría hacerlo puesto que reúne las condiciones exigidas y los Fiscales no pueden recibir órdenes particulares externas a la propia Fiscalía. Atendiendo a estas consideraciones, la adaptación de nuestro ordenamiento podría ampliar el concepto de autoridad judicial del art 35 designando a los Fiscales delegados europeos como competentes para la emisión de OEDE.

En cuanto a las extradiciones el Reglamento no hace ninguna referencia a la posibilidad de emisión de órdenes de busca y captura internacionales para la posterior solicitud de extradición, una medida que sin duda será necesaria en las investigaciones de la Fiscalía Europea y que deberán ser emitidas de conformidad con el ordenamiento interno y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art 104 del RFE en relación con las solicitudes de cooperación internacional con terceros países.

## 5. Cooperación judicial con terceros Estados y organismos internacionales

El considerando 103 del RFE recuerda que, en la medida que sea necesario para el desempeño de sus funciones, la Fiscalía Europea debe estar facultada para establecer y mantener relaciones de cooperación con las autoridades de terceros países y con organizaciones internacionales entre las que menciona especialmente a Interpol.

Que las investigaciones de la Fiscalía Europea no se pueden circunscribir a las fronteras de los Estados participantes es una obviedad para cualquiera que conozca la dimensión transnacional de las infracciones contra los intereses financieros de la Unión Europea; la necesidad de obtener auxilio judicial internacional de otros Estados y la colaboración con organismos internacionales se plantea como imprescindible para llevar a cabo sus investigaciones. Lo que no se comprende bien es porque el RFE ha decidido dar un tratamiento único a la cooperación con Estados y con las Organizaciones internacionales porque ni tienen igual naturaleza ni idéntica base jurídica.

<sup>29</sup> STJU Casos C-566/19 y 626/19 de 12 de Diciembre de 2019, Caso Gran Ducado de Luxemburgo y Fiscalías de Lyon y Tours “el concepto de «autoridad judicial emisora», con arreglo a dicha disposición, comprende a los fiscales de un Estado miembro, encargados del ejercicio de la acción pública y situados bajo la dirección y el control de sus superiores jerárquicos, cuando su estatuto les confiere una garantía de independencia, en particular con respecto al poder ejecutivo, en el marco de la emisión de la orden de detención europea”.

<sup>30</sup> STJUE caso C509/18 Fiscalía de Lituania de 27 de mayo de 2019

La obtención de asistencia judicial con terceros Estados soberanos presenta complicaciones derivadas esencialmente de la soberanía de estos Estados y de la tradicional consideración del auxilio judicial como una relación entre Estados, muy distintas de la posibilidad de colaboración con organizaciones como puede Interpol.

El art 99 del RFE establece un presupuesto general para la cooperación de la Fiscalía Europea con cualquier tercero y menciona los siguientes: órganos, organismos de la UE, autoridades de los países participantes en la Fiscalía Europea, otros países de la UE o terceros u organismos internacionales. Se plantea la posibilidad de actividades de colaboración que puedan basarse en acuerdos concretos con esos terceros a los que pueda llegar la Fiscalía Europea. Esos “acuerdos de colaboración”<sup>31</sup> no son Tratados internacionales de acuerdo con la Convención de Viena de 1969<sup>32</sup> sino que son otro tipo de acuerdos que, siguiendo los términos de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de *Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, podríamos denominar acuerdos internacionales administrativos o bien acuerdos no normativos, frecuentemente denominados Memorandos de Entendimiento o identificados mediante las siglas MOU derivadas de la denominación inglesa *Memoranda of Understanding* no normativos y son por tanto insuficientes para la cobertura legal de una cooperación internacional para la obtención de asistencia legal en materia penal y el traslado de datos personales.

Igualmente, el art 104 RFE vuelve a hablar de estos *acuerdos de colaboración* con autoridades de terceros países y organizaciones internacionales para referirse a intercambio de información estratégica o al envío de funcionarios de enlace en comisión de servicios a la Fiscalía Europea, se trataría de acuerdos similares a los que tiene por ejemplo Eurojust donde países como Suiza o EEUU mantienen funcionarios de enlace ubicados en la propia sede de la agencia. También este mismo artículo plantea la posibilidad de “designar” puntos de contacto en terceros países con el objeto de facilitar la cooperación en consonancia con las necesidades operativas de la Fiscalía Europea. Además de tener en cuenta las necesidades de la Fiscalía Europea, es obvio que la designación de esos enlaces deberá corresponder al tercer país si es que se pretende, como es lógico, que sean funcionarios de esos países quienes puedan ejercer como enlaces útiles para la Fiscalía Europea, por más que estos contactos sean aceptados por parte de ésta, la propuesta y la designación de esos contactos corresponde al tercer país una vez acordado entre ambos la designación de estos enlaces o puntos de contacto.

En todo caso, estos acuerdos de colaboración y contactos se refieren a compromisos que no contienen normas referidas al auxilio judicial formal para la práctica de diligencias de investigación, obtención de información o pruebas en un tercer Estado. Esta actividad de auxilio judicial internacional de carácter formal y procesal requiere una base legal diferente y debe permitir actividades como el intercambio datos personales, actividades que van mucho más allá de esos acuerdos de colaboración a los que se refiere el art 99.

El problema para lograr el auxilio judicial necesario para las investigaciones de la Fiscalía Europea está en su propia naturaleza y en la necesidad de su reconocimiento externo como órgano con competencias de investigación de carácter penal y como autoridad competente para remitir solicitudes de cooperación internacional. Es decir que no basta con la voluntad de la UE y las disposiciones del RFE porque es imprescindible la concurrencia de la aceptación del tercer Estado para trasladar datos e informaciones que también tienen su sistema de protección.

La base legal para la cooperación judicial internacional de la Fiscalía Europea, teniendo en cuenta que la cooperación se fundamenta en Tratados Internacionales firmados por Estados soberanos conforme a la Convención de Viena de 1969 y que crea obligaciones legales para los Gobiernos de los Estados firmantes, requiere soluciones adoptadas desde distinta perspectiva.

---

<sup>31</sup> “*Working arrangements*” en la versión inglesa

<sup>32</sup> La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales, de 21 de marzo de 1986, aún no ha entrado en vigor.



El considerando 109 del RFE apela en primer lugar a la firma de nuevos Convenios o *acuerdos internacionales firmados de conformidad con lo dispuesto en el art 218 del TFUE*<sup>33</sup>, de forma que, a indicación del Colegio, la Comisión pueda iniciar negociaciones para la firma de un acuerdo internacional con algún país concreto. Parece por tanto que la firma de Convenios internacionales es la vía preferente establecida en el RFE y seguramente es la más idónea, pero la firma de Tratados internacionales es compleja y requiere tiempo y grandes esfuerzos de negociación. No es el objeto de estas líneas realizar un completo análisis de las dificultades que a la vista del derecho internacional público supone la firma de estos Tratados por la UE, algunas provenientes, como recuerda Franssen<sup>34</sup>, de que la Fiscalía se haya creado por cooperación reforzada y que sin embargo la firma de Tratados exige unanimidad, pero es importante ser conscientes de la enorme tarea y el tiempo que sería necesario para abordar la firma de estos Tratados específicamente destinados a permitir la cooperación judicial de la Fiscalía Europea.

Por otro lado, no se trata solo de los esfuerzos necesarios para conseguir la firma de esos Convenios, sino que se pueden vislumbrar dificultades prácticas en su aplicación por ejemplo en la identificación por parte del tercer Estado de la autoridad competente en cada caso, teniendo en cuenta las propias complicaciones para la determinación de la competencia de la Fiscalía Europea. Por otro lado, el intercambio de solicitudes fuera de la UE o de las posibilidades que ofrece el Segundo Protocolo al Convenio de Cooperación Penal del Consejo de Europa de 1959<sup>35</sup>, se produce a través de una autoridad central y ello exigiría situar a la Fiscalía Europea no solo como autoridad competente sino también como autoridad central o bien permitir que se mantenga la autoridad central del Estado del Fiscal Europeo Delegado designándole también como autoridad judicial competente para remitir a través de “su autoridad central” la solicitud de asistencia de que se trate, lo que parece altamente improbable e incompatible con la actuación independiente y con la confidencialidad de las actuaciones de la Fiscalía

En caso de que no se de esta primera opción y por tanto no se pudiera contar con un Convenio oficialmente contraído con el tercer Estado o un Convenio multilateral aplicable al que se haya adherido la UE, el considerando 109 del RFE recomienda a los Estados que designen a la Fiscalía Europea como autoridad competente a los efectos de la aplicación de los acuerdos tanto multilaterales o como bilaterales en los que sea parte. Pero, para ello, se recuerda la necesidad de aceptación de los terceros afectados.

En caso de que esa condición de autoridad competente no sea aceptada por el tercer Estado se prevé que los Fiscales delegados puedan ejercer sus competencias como Fiscal nacional –para eso será necesario el sistema de “doble sombrero” previsto en el art 13. 4 RFE– y siempre informando a la autoridad requerida del tercer estado respecto a la finalidad y el destino de la información o la prueba solicitada y procurando obtener el consentimiento de dichas autoridades.

Finalmente, como última opción se deberá acudir a la reciprocidad y a la cortesía internacional, sin duda una reciprocidad complicada de asegurar por parte de la Fiscalía Europea, sin que se hayan siquiera fijado formulas en el RFE para la adopción de ese compromiso de reciprocidad.

Por tanto, las opciones para que la Fiscalía Europea pueda solicitar y obtener auxilio judicial de Estados no europeos, el Reglamento plantea tres propuestas que el art 104 del Reglamento enumera de forma sucesiva, dejando la reciprocidad como propuesta residual y por tanto como cuarta opción. Las propuestas son las siguientes:

---

<sup>33</sup> “*International agreements*” en la version inglesa

<sup>34</sup> Franssen, Nicholas. *The future judicial cooperation between the EPPO and third countries*. New Journal of European Criminal Law. NJECL. 1-18, pp 13

<sup>35</sup> Art 4.3 Segundo Protocolo Adicional al Convenio de Cooperación Penal del Consejo de Europa de 1959, de 8 de noviembre de 2001 “*Las solicitudes de asistencia judicial relativas a los procedimientos a que se refiere el párrafo 3 del artículo 1 del presente Convenio podrán ser cursadas asimismo directamente por la autoridad administrativa o judicial de la Parte requirente a la autoridad administrativa o judicial de la Parte requerida, según el caso, y devueltas por la misma vía.*”

**a) Convenios celebrados o en los que la UE sea parte directamente**

Se trata, como decíamos, de que la UE firme o se adhiera, como tal Unión, a aquellos Convenios internacionales relacionados con la cooperación en materia penal de acuerdo con el artículo 218 del TFUE en ámbitos que sean competencia de la Fiscalía Europea. En los casos de aquellos Convenios en los que la UE ya se ha obligado se propone que sus disposiciones sean aplicables a la Fiscalía Europea.

Hasta ahora la UE ha celebrado Convenios en materia de cooperación penal con EEUU y con Japón. Se trata de Convenios internacionales de naturaleza normativa, pero ambos son de diferente naturaleza. El primero exige posterior firma y ratificación de cada uno de los Estados parte y supone una actualización y forma de complementar los anteriores Convenios bilaterales de cada Estado Miembro con EEUU<sup>36</sup>. Sin embargo, en relación con Japón, el Acuerdo de asistencia judicial en materia penal entre la Unión Europea y Japón, firmado en Bruselas el 30 de noviembre de 2009 y en Tokio el 15 de diciembre de 2009<sup>37</sup>, es aplicable directamente en todos los Estados Miembros. En ambos casos, ya que se trata de Convenios celebrados directamente por la UE, que serían aplicables para la cooperación con la Fiscalía Europea, si bien sería necesario obtener la autorización expresa de ambos Estados para poder considerar aplicable sus disposiciones para la cooperación con la Fiscalía Europea.

El Convenio con Japón se basa en el intercambio de autoridades centrales y en todo caso se habla de cooperación entre Estados y entre autoridades de esos Estados por lo que su aplicación por la Fiscalía Europea requeriría probablemente un protocolo de adaptación con expresa aceptación en este caso de Japón para incluir a la Fiscalía Europea como autoridad competente.

La UE es parte también en dos grandes Convenios multilaterales que contienen también normas sobre cooperación judicial internacional, el Convenio de NNUU sobre Delincuencia Organizada (UNTOC)<sup>38</sup>, conocido como Convenio de Palermo y el Convenio de NNUU sobre corrupción (UNCAC). Como ejemplo de la necesaria reacción de otros firmantes basta echar un vistazo al número de declaraciones realizadas en el momento de la ratificación de estos Convenios por la UE. Por más que la UE sea parte, el uso de las disposiciones de los mismos por la Fiscalía Europea para la obtención de asistencia judicial debe suponer necesariamente también en relación con estos Convenios la aceptación expresa o tácita del Estado parte requerido y eso no se vislumbra fácil.

También la UE tendrá que tener una especial relación con el Consejo de Europa que en el ámbito de la cooperación internacional tiene instrumentos de enorme trascendencia. Hay que recordar por ejemplo el interés de la Comisión para participar en el futuro Segundo protocolo al Convenio de Budapest sobre la ciberdelincuencia que será esencial para la regulación del auxilio judicial en relación con los delitos incluidos en su ámbito de aplicación,

**b) Designar al Fiscal Europeo Delegado como autoridad competente a los efectos de Tratados multilaterales o bilaterales de cada Estado**

En ausencia de un Convenio como los mencionados, el RFE propone que los Estados miembros participante en la Fiscalía Europea, si así lo permite el acuerdo multilateral internacional pertinente, y a condición de que lo acepte el tercer país, reconozcan y notifiquen a la Fiscalía Europea –sería más concretamente a su Fiscal Europeo Delegado y a su Fiscal Europeo– como autoridad competente a los efectos de la aplicación de esos Convenios multilaterales internacionales relativos a la asistencia judicial en materia penal en los que sean parte, inclusive, cuando sea necesario y posible, mediante la modificación de esos acuerdos.

<sup>36</sup> Decisión del Consejo de 6 de junio de 2003 relativa a la firma de los Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal DOUE de 19.7.2003. L181/25

<sup>37</sup> Decisión 2010/88/PESC/JAI del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de asistencia judicial en materia penal entre la Unión Europea y Japón. DOUE de 12.2.10 L39/9

<sup>38</sup> Declaraciones de los Estados Parte a la ratificación del Tratado por la UE [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdtsg\\_no=XVIII-12&chapter=18&clang=\\_en#EndDec](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdtsg_no=XVIII-12&chapter=18&clang=_en#EndDec)

Los Estados miembros podrían asimismo notificar a la Fiscalía Europea como autoridad competente a los efectos de la aplicación de otros Convenios internacionales bilaterales relativos a la asistencia judicial en materia penal en que ellos sean parte, inclusive mediante la modificación de los mismos.

Habida cuenta que los procedimientos tendrán lugar en la jurisdicción de un concreto Estado, el que la investigación se lleva a cabo por el Fiscal Europeo y no por el Fiscal nacional no tendría que provocar especial rechazo por los Terceros Estados requeridos, en realidad se trata de una sustitución en el momento de la investigación para la medida y el destino de la prueba sigue siendo el mismo, el ejercicio de una acción penal que se determinará en un procedimiento oral celebrado en la jurisdicción del Estado que solicita la cooperación y no debería plantear excesivos problemas.

En todo caso, como recuerda Frassen<sup>39</sup>, “*hacen falta dos para bailar un tango*” y esta solución requeriría la aceptación expresa o tácita del tercer Estado a colaborar con la Fiscalía Europea en la aplicación de esos Tratados en lugar de hacerlo con las autoridades nacionales competentes para estas actividades de cooperación del Estado firmante del Tratado de que se trate. Parece que si hay algunos Estados, como Suiza, que prevén dificultades jurídicas para el reconocimiento de las solicitudes provenientes de la Fiscalía Europea.<sup>40</sup>

### **c) Doble sombrero. Acudir a las potestades como fiscal nacional del Estado miembro**

En el caso de que ninguna de las dos anteriores opciones pudiera ser utilizada para obtener el auxilio judicial necesario, el art 114 RFE propone que el Fiscal Europeo Delegado encargado, de conformidad con el artículo 13.1 RFE, pueda recurrir a las potestades que tiene como fiscal nacional de su Estado miembro, para solicitar asistencia judicial en materia penal a las autoridades de terceros países, sobre la base de los acuerdos internacionales celebrados por ese Estado miembro o del Derecho nacional aplicable y, cuando así se requiera, por conducto de las autoridades nacionales competentes.

En tal caso, el Fiscal Europeo Delegado informará a las autoridades de los terceros países a los que se haya dirigido de que la Fiscalía Europea utilizará las pruebas recogidas sobre esa base en sus investigaciones y a los efectos del RFE, y dice que, cuando proceda, procurará obtener su autorización. En cualquier caso, el tercer país de que se trate debe ser debidamente informado de que el destinatario final de la respuesta a la solicitud es la Fiscalía Europea.

Esta tercera opción parece especialmente desafortunada. En primer lugar, porque solo podrá ser utilizada por aquellos Fiscales delegados que estén trabajando en régimen de “doble sombrero” y habrá muchos Estados miembros que opten por la opción de la exclusividad. En segundo lugar, porque parece incoherente que puedan utilizarse competencias nacionales, que solo le corresponden al Fiscal delegado en relación con los asuntos o procedimientos de los que se encargue como tal fiscal nacional, en un procedimiento en el que actúa exclusivamente como Fiscal europeo. Si, como se propone por ejemplo para España, los Fiscales Delegados Europeos van a tener diferentes competencias cuando actúen en nombre de una u otra Fiscalía, la combinación de ambas competencias no parece encajar en el propio diseño de la Fiscalía Europea y en la completa separación de tareas y dirección que se pretende.

## **6. Cooperación judicial con los Estados europeos no miembros de la EPPO**

Los Estados miembros de la UE que han decidido quedar fuera de la cooperación reforzada que ha dado lugar a la creación de la Fiscalía Europea pueden ser también objeto de solicitudes

<sup>39</sup> Frassen, Nicholas. *The future judicial cooperation between the EPPO and third countries*. New Journal of European Criminal Law. NJECL. 1-18, pp 7.

<sup>40</sup> Suiza se encuentra en un periodo de modificación de sus normas de cooperación penal para permitir su cooperación con Tribunales Internacionales, la exigencia que deben reunir esos Tribunales es dudoso que puedan entenderse cumplidos por la Fiscalía Europea. Vid. La información sobre la mencionada reforma en la web de la autoridad central Suiza. <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2018/2018-09-28.html>

de cooperación judicial en las investigaciones de la Fiscalía Europea y el RFE establece también la base jurídica para esa colaboración.

Hay que recordar que los Estados miembros participantes, que inicialmente fueron 20, en la cooperación reforzada por la que se crea la Fiscalía Europea<sup>41</sup> son 22 en este momento, una vez que Holanda y Malta decidieron unirse en 2018 a la cooperación reforzada. Por tanto, quedan fuera de esta iniciativa: Hungría, Polonia y Suecia, además de Irlanda y Dinamarca que, como es sabido desde el Tratado de Lisboa, no participan en las iniciativas del Área de Libertad, Seguridad y Justicia.

El art 105 del RFE, igual que para la cooperación con terceros Estados, remite a los acuerdos de colaboración y a la posibilidad de enviar funcionarios en comisión de servicio a la Fiscalía Europea por parte de esos Estados miembros no participantes. También anima a la designación de puntos de contacto para la Fiscalía Europea por parte de esos Estados con el objeto de facilitar la cooperación. Puntos de contacto que deben ser nombrados por el Estado no participante y que sería un contacto especializado para la prestación de auxilio judicial en relación con las investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía Europea.

En todo caso, esos acuerdos de colaboración referidos en el art 105 y a los que se refiere el art 99 tienen, como se decía, un ámbito muy limitado reducido al intercambio de información estratégica. Por ello no pueden servir de base para el intercambio de datos, y no son suficiente base legal para la obtención de un auxilio judicial formal, transferencia de datos personales y pruebas.

Tiene que haber otra base legal y a ella se refiere el art 105 RFE cuando dice que “*a falta de un instrumento jurídico relativo a la cooperación en materia penal y a los procedimientos de entrega entre la Fiscalía Europea y los Estados miembros de la UE que no participen en la cooperación reforzada...*”. La opción óptima y preferente por tanto sería la elaboración de un instrumento jurídico específico para regular esta cooperación, un instrumento que el Reglamento reconoce que no existe. No parece que sea fácil lograr un acuerdo de este tipo en un futuro próximo, puesto que aunque no especialmente difícil encontrar un acuerdo dentro de la propia UE, dado el número escaso de Estados que se encuentran en esa situación y la decidida voluntad de la Comisión de que todos ellos –excepto Irlanda y Dinamarca– sean en un futuro próximo parte de la Fiscalía Europea, la tarea de emprender la redacción de un acuerdo como este parece menos urgente, incluso podría ser visto por la Comisión como contraproducente de cara a la ampliación de los países participantes.

En el momento actual y en el muy probable caso que no exista tampoco en el futuro ese instrumento, el art 105 RFE exige directamente a los Estados miembros participantes que designen a la Fiscalía Europea como autoridad competente a efectos de la cooperación judicial en materia penal en sus relaciones con los Estados miembros de la Unión Europea que no participen en la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Nuevamente olvida el RFE la necesidad de la aceptación de esos otros Estados miembros para aceptar esa designación. Sin embargo, las dificultades existen incluso pensando que cada Estado designe a su Fiscal Europeo Delegado como autoridad competente cuanto menos para emitir solicitudes de auxilio o instrumentos de reconocimiento mutuo.

De entre los distintos complicados escenarios ante los que la colaboración con Estados europeos no participantes nos puede situar plantea Franssen<sup>42</sup> la posibilidad de que surjan conflictos de jurisdicción entre la Fiscalía Europea y esos Estados. Se podría dar frecuentemente la situación de que esos otros Estados pueden estar investigando conductas convergentes con las investigadas por la Fiscalía Europea y se mantuvieran entre estos y la Fiscalía Europea investigaciones paralelas de forma descoordinada, para cuya evitación nace la Fiscalía Europea.

<sup>41</sup> Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Portugal y Rumania

<sup>42</sup> Franssen, Nicholas. “The future judicial cooperation between the EPPA and non-participating Member States” NJECL 1-9 (2018)

La idea de que la Fiscalía Europea haya sido designada como autoridad judicial competente a los efectos de los instrumentos de cooperación de la UE permitiría la aplicación de la Decisión 1009/948<sup>43</sup> y que la Fiscalía Europea fuera una de las partes de las consultas que deben mantenerse para llegar a acuerdos de concentración de la investigación en el Estado que se encuentre en mejores condiciones para conocer de un asunto. Los criterios que el RFE establece en el art 26.4 para la determinación del Fiscal delegado encargado de la investigación y por tanto el Estado donde se van a llevar las diligencias deberían también servir de guía para llegar a posibles acuerdos con Estados miembros no participantes en la cooperación reforzada. Sin embargo, el acuerdo para que la Fiscalía Europea fuera, en su caso, la que continuara las investigaciones no parece una solución fácilmente aceptable para países que precisamente han rechazado participar en ella. Eurojust podría jugar un papel decisivo en relación con estos conflictos de jurisdicción, pero curiosamente el nuevo Reglamento de Eurojust no hace referencia expresa a este tema como veremos posteriormente.

## 7. Cooperación de la Fiscalía Europea con las solicitudes autoridades judiciales europeas o de terceros Estados

La cooperación pasiva de la Fiscalía Europea, a diferencia de la activa, tiene un campo de actuación muy limitada. Su ámbito de actuación asistencia se limitaría a facilitar información o documentación sobre sus procedimientos en curso, es decir los datos que obran ya en su poder. No tiene, por su propia entidad, facultades ejecutivas.

El Reglamento no se ha planteado separadamente como debe responder la Fiscalía Europea cuando se le solicite cooperación o asistencia por parte de alguna autoridad extranjera que requiera alguna información, datos, documentos en relación con investigaciones que esté llevando a cabo la Fiscalía Europea. El art 99 RFE, aborda el tema de una forma general, sin distinguir en solicitudes activas o pasiva, aunque lo hace siempre desde el interés de la Fiscalía Europea por lo que parece referirse preferentemente a la cooperación activa, es decir a las solicitudes que la Fiscalía Europea pueda dirigir.

Pero no se puede obviar que la Fiscalía puede ser objeto de solicitudes de auxilio judicial internacional y éstas puede provenir de las propias autoridades del país del Fiscal Europeo Delegado o de otro Estado parte en la Fiscalía Europea, un tercer país, o de un Estado miembro no participante en la Fiscalía Europea.

El art 99 RFE en su apartado 2 establece que *en la medida en que sea necesario para el desempeño de sus funciones, la Fiscalía Europea, de acuerdo al art 111, podrá intercambiar de forma directa toda clase de información* con las entidades mencionadas en el apartado 1, excepto cuando el presente Reglamento disponga lo contrario. Por tanto existe un reconocimiento expreso del Reglamento a la consideración de la Fiscalía como actor competente para la prestación de auxilio judicial internacional.

El art 111 del RFE permite a la Fiscalía Europea compartir información, sin establecer cuando y en qué condiciones, partiendo de una distinción entre información clasificada y no clasificada. Se dice que se establecerán normas internas de protección de la información sensible no clasificada, y también de protección de la información clasificada de la UE que deberán ser acordes con la Decisión 2013/488/UE del Consejo, a fin de garantizar un nivel equivalente de protección para tal información.

Esta disposición no aclara bien cómo la Fiscalía Europea, como órgano independiente y autónomo de la UE, puede y debe cooperar con informaciones y documentos en las investigaciones de otras autoridades judiciales europeas o de terceros países que para reclamarla tendrán que

<sup>43</sup> Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales. DOUE 15.12.2009. L 328/42

basarse en Convenios Internacionales que no mencionan tampoco a la Fiscalía Europea como autoridad competente.

El art 99. 3 RFE se refiere a la firma de Acuerdos de colaboración<sup>44</sup> pero a continuación aclara que “*Los acuerdos de colaboración no podrán servir de base para autorizar el intercambio de datos personales ni producir efectos jurídicamente vinculantes para la Unión o sus Estados miembros*”.

Es evidente que la mayoría de la colaboración que se solicita en las investigaciones penales contiene datos personales que no se pueden obviar y que son absolutamente necesarios para la investigación. Si estos acuerdos no pueden ser la base para ese intercambio, la base legal de la cooperación por parte de la Fiscalía Europea tiene que estar en otra fuente, la misma que aborda el art 104 RFE junto a la regulación de la cooperación pasiva, es decir la obtención de la asistencia de terceros Estados solicitada por la Fiscalía Europea.

El art 104. 6 RFE se refiere precisamente a estos aspectos de cooperación pasiva de la Fiscalía Europea como requerida de colaboración por parte de terceros y permite que la Fiscalía pueda facilitar informaciones o pruebas que tenga en su poder a las autoridades competentes de terceros países u organizaciones internacionales que lo soliciten a los efectos de sus investigaciones o para su utilización como prueba. Es el Fiscal Europeo Delegado quien debe responder a esa solicitud, previa consulta a la Sala Permanente.

El art 106. 4 RFE remite al propio Reglamento y a la legislación del Estado miembro como norma aplicable para tomar la decisión. Por tanto, la regulación de la cooperación judicial penal estatal será aplicable para la respuesta y para la determinación de la forma de remisión de esa información o prueba con las limitaciones que se establezcan en el reglamento interno y con pleno respeto a las normas de protección de datos.

Lamentablemente en España seguimos sin norma que regule la cooperación penal más allá de lo previsto en artículos 276, 277 y 278 de la vigente LOPJ que además se refiere exclusivamente a la actividad de Jueces y Tribunales por lo que las competencias del Fiscal Europeo Delegado para responder a estas posibles demandas de auxilio deberían ser abordada en la tarea de implementación del RFE.

## 8. Relaciones operativas de la Fiscalía Europea y Eurojust

Si hay un tema sobre el que se ha debatido y escrito sobre la Fiscalía Europea es precisamente sobre su relación de Eurojust, como agencia europea dedicada a la coordinación de la cooperación internacional. La relación viene marcada desde el mismo art 86 del Tratado de Lisboa que establece que la Fiscalía Europea podrá crearse “*a partir de Eurojust*”, expresión que realmente nunca ha podido ser desentrañada y que finalmente no ha significado nada o casi nada<sup>45</sup> en el final diseño de la Fiscalía Europea.

Sería inabarcable abordar todas las cuestiones que pueden surgir en relación a la colaboración de la Fiscalía Europea y Eurojust.<sup>46</sup> El propio origen de Eurojust como solución. o distracción del Consejo a la propuesta del libro verde de la Comisión a la creación de un Fiscal Europeo<sup>47</sup>, y el temor a un recorte de recursos de Eurojust para dedicarlos a la Fiscalía Europea ha ido transmitiendo un negativo sentido de competencia de ambas instituciones, algo que se debe

<sup>44</sup> Vid. Epígrafe 5 de este art.

<sup>45</sup> Quizá la opción por el modelo de organización colegial se haya adoptado mirando a Eurojust.

<sup>46</sup> Entre otros análisis de esta relación: Espina Ramos, J. “*La relación entre Eurojust y la Oficina de la Fiscalía Europea*” La Fiscalía Europea. Bachmaier Winter. L, (coord.) Marcial Pons 2018 pp125-142.

Weyemberdh A abd Cloé Brière, Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor’s Office. Geelhoed, W. Leendert H, E, Arjen WH,M (Eds) Springer. 2018 pp 171 a 186.

<sup>47</sup> Conde-Pumpido Touron. C “*El fiscal en la Constitución Europea*”. Actualizad Jurídica Aranzada. Año XIV. Nº 650 , 23 de Diciembre de 2004. 75 Aniversario de Thomson-Aranzadi.

ver claramente superado por los Reglamentos que las regulan que permiten separar sus distintas funciones e igualmente prever las muchas posibilidades de una colaboración que se dará, conforme al art 100 del RFE y al art 50 del Reglamento de Eurojust en tres órdenes: operativo, administrativo y de gestión.

Precisamente, el nuevo Reglamento 2018/1727 de 14 de noviembre de 2018 *sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) y por la que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo -en adelante RE-*, responde, en gran medida al objetivo de coordinar mejor ambas instituciones y por ello su redacción se emprendió a la vez que la del RFE, como un reflejo más de la estrecha relación de ambos.

Sin duda, los años de trabajo y experiencia de Eurojust puede aportar el *know how* necesario para no partir de cero y quizá la expresión de su construcción “a partir de Eurojust” pueda cobrar todo su sentido en lo que supone aprovechar toda esa experiencia adquirida por Eurojust en el trabajo de forma colegiada y con miembros y delegaciones nacionales con un sentido ampliamente colaborativo, en el manejo y gestión de la de información y sobre todo en la coordinación de investigaciones transnacionales.<sup>48</sup>

Siendo el objeto de este análisis la realización de investigaciones transfronterizas por la Fiscalía Europea, interesa centrar el enfoque en las posibilidades que Eurojust puede ofrecer para ayudar y apoyar a la Fiscalía Europea, especialmente cuando ésta esté solicitando auxilio judicial internacional de otro Estado miembro no participante o de un tercero, pero también cuando alguna de las tareas de coordinación que realiza Eurojust puedan incluir a la Fiscalía Europea.

El considerando 102 del RFE establece que la Fiscalía Europea y Eurojust deben asociarse y cooperar en cuestiones operativas. Esta cooperación puede darse en cualquier asunto en que la Fiscalía Europea pueda necesitar coordinación y que entre dentro de la competencia de Eurojust. También se refiere el considerando a la posible participación en estas actividades de coordinación de terceros países<sup>49</sup> que tengan acuerdos de cooperación con Eurojust. Sin duda, la asistencia de Eurojust para la cooperación de la Fiscalía Europea con esos terceros Estados puede ser de gran utilidad

Por otro lado, es necesario definir y coordinar claramente la división de competencias entre la Fiscalía Europea y Eurojust La intervención de Eurojust cobra especial relevancia para coordinar los casos que se refieren a delitos atribuidos a la Fiscalía Europea cuando afectan también a Estados miembros no participantes. En estos casos Eurojust puede actuar tanto a petición de los Estados miembros que no participen en dicha cooperación reforzada, o a petición de la Fiscalía Europea.

El art 100 del RFE atiende particularmente a las relaciones de naturaleza operativa y permite a la Fiscalía Europea asociar a Eurojust a sus investigaciones para las siguientes actividades:

- a) Intercambio de información, incluidos datos personales. Además de este intercambio puntual de datos, el mismo art 100.3 del RFE y el art 50 del RE permiten que se establezcan sistemas indirectos de acceso mutuo a sus respectivos sistemas de gestión de casos, para hacer una comprobación en un sistema de respuestas positiva o negativa sobre la existencia de una coincidencia. Una vez comprobada la coincidencia ambos deben comunicárselo mutuamente al igual que al Estado Miembro que introdujo los datos en el sistema de Eurojust.
- b) Invitar a Eurojust o a sus Miembros Nacionales competentes a facilitar el apoyo tanto para la transmisión de sus decisiones o solicitudes de asistencia judicial mutua a los Estados de la

---

<sup>48</sup> *Vid.* Ruggieri, F. Eurojust and the European Public Prosecutor’s Office. Introduction to a Historic Reform. EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor’s Office. Rafaraci T and Belfiore, T. Editors Springer. 2019 pp 187

<sup>49</sup> Eurojust tiene acuerdos de colaboración con Dinamarca y 11 Estados Europeos no miembros de la UE, además de con EEUU. Además de con varias organizaciones internacionales, que se pueden encontrar en esta dirección: <http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Pages/agreements-concluded-by-eurojust.aspx>

UE no participantes, o a terceros países como para la ejecución de las mismas. Es evidente que la existencia de Estados miembros no participantes en la cooperación reforzada sitúa a Eurojust en un lugar adecuado para la transmisión de estas solicitudes. El Reglamento de Eurojust permite entender que entre las funciones de los Miembros Nacionales se mantiene la de transmitir una solicitud de auxilio o de reconocimiento mutuo, una tarea que no es una función esencial de Eurojust y que no debería ser sustituir a la comunicación directa entre autoridades judiciales pero que, en caso de necesidad puede ser útil. El Miembro Nacional podría apoyar al Fiscal Europeo Delegado de su Estado de origen para hacer llegar con celeridad una solicitud a un Estado miembro no participante en la Fiscalía Europea.

No parece sin embargo que Eurojust pueda ser una vía válida para la transmisión de solicitudes a terceros Estados, cuya vía ordinaria de transmisión son las autoridades centrales, pero puede ser de ayuda tanto para apoyar una inicial comunicación informal y la facilitación de contactos particularmente en relación con aquellos Estados con los que tienen un acuerdo de colaboración. La existencia de esos Acuerdos de Eurojust con terceros estados una de las condiciones que se tienen en cuenta para la autorización de transmisión de datos personales a autoridades de terceros Estados conforme al art 56.2 a y b) del RE. Es importante recordar que en esta tarea también puede ser útil el apoyo de la RJE, especialmente cuando se trate de casos que no entren dentro de la competencia de Eurojust.

Aunque no se mencione expresamente en los Reglamentos, la colaboración de Eurojust en la solución de los posibles conflictos o “conurrencia de jurisdicciones” entre la Fiscalía Europea y esos otros Estados no participantes puede ser de gran utilidad. Las recomendaciones realizadas por Eurojust, sea por los Miembros Nacionales o por el Colegio, vienen siendo una de las funciones en las que Eurojust se ha desvelado más necesaria y acertada. .

En una UE sin fronteras, la completa ausencia de criterios uniformes y coordinados que determinen la preferencia para la atribución de jurisdicción solo ha encontrado la solución por la vía de la negociación que prevé la Decisión marco 2009/948/JAI *sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción* o a través de las recomendaciones de Eurojust conforme a los arts. 8. 2 b) y 8. 4 RE. Aun cuando estas recomendaciones sobre la determinación del Estado que se encuentra en mejores condiciones para conocer de un caso no son vinculantes su grado de seguimiento de es muy alto.

Los criterios que Eurojust utiliza para la identificación del Estado en mejores condiciones que se han plasmado en un guía de orientaciones actualizada en 2016<sup>50</sup> aunque son orientativos han sido ampliamente testados y son generalmente seguidos y reconocidos. La Fiscalía Europea puede concurrir en una de sus investigaciones con otro Estado miembro no participante y la continuidad de investigaciones descoordinadas puede llevar a un resultado negativo por lo que para no llegar a resolver la cuestión a través del principio del *ne bis in ídem* que supone darle prioridad a quien llegue primero a enjuiciar el caso es importante resolver el tema en el momento en que se detecte la investigación paralela o los puntos de coincidencia entre casos.

La Decisión Marco sobre Conflictos de Jurisdicción parte de la realización de negociaciones entre autoridades competentes de Estados miembros y no contempla expresamente a la Fiscalía Europea, sin embargo, el reconocimiento de los Fiscales Europeos Delegados como autoridades competentes, como recomienda el art 105 RFE, podría permitir al Fiscal delegado ser considerado como autoridad idónea para establecer y comenzar estas comunicaciones. Pero la experiencia positiva de Eurojust en esta materia, o incluso la sensación de mayor igualdad en la negociación que puede encontrar el Estado Miembro no participante al contar con Eurojust, podría aconsejar acudir a su intermediación para conseguir la coordinación de las investigaciones y obtener una posible recomendación sobre quien está en mejores condiciones para conocer el caso.

<sup>50</sup> [http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Casework/Guidelines%20for%20deciding%20which%20jurisdiction%20should%20prosecute%20\(2016\)/2016\\_Jurisdiction-Guidelines\\_ES.pdf](http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Casework/Guidelines%20for%20deciding%20which%20jurisdiction%20should%20prosecute%20(2016)/2016_Jurisdiction-Guidelines_ES.pdf)



Los acuerdos de colaboración entre la Fiscalía Europea y Eurojust son la vía más idónea para ir preparando el terreno de unas relaciones de colaboración imprescindibles especialmente para la Fiscalía Europea que puede encontrar en la experiencia adquirida por Eurojust el mejor punto de partida y el más sólido sostén para la preparación y realización de su actividad de investigación transfronteriza.

# El Ministerio Fiscal Español y la Fiscalía Europea. Su configuración institucional. La autonomía y la independencia en su estatuto jurídico. Conflictos de competencia y mecanismos de resolución. La Fiscalía Europea y la orden europea de detención

Javier-Alberto Zaragoza Aguado

Fiscal de Sala del Tribunal Supremo. Sección Penal

## I. Apuntes introductorios: la génesis de la Fiscalía Europea

La entrada en funcionamiento de la Fiscalía Europea y su intervención en determinados procedimientos penales seguidos ante las jurisdicciones nacionales, cuando estén afectados los intereses financieros de la Unión, plantea una problemática extraordinariamente variada y compleja en el ámbito jurisdiccional, cuya solución obligará a modificar el marco normativo regulador de los aspectos orgánicos y procesales vinculados con los órganos encargados de la investigación penal y las especialidades procedimentales que su actuación requiere.

La idea de crear una Fiscalía Europea se remonta al Corpus Iuris de 1997<sup>1</sup>, y en base a este proyecto la Comisión Europea propuso en el Consejo de Niza (2001) la creación de la figura del Fiscal Europeo para la defensa de los intereses financieros de la Unión. No obstante, el espaldarazo definitivo a su creación se produjo con la aprobación el 13 de diciembre de 2007 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), más conocido como Tratado de Lisboa, el cual institucionaliza la figura en el art. 86 del referido Tratado.<sup>2</sup>

Tras un intenso proceso de debate, que se inicia ya antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1-12-2009), en el que se llevan a cabo trabajos preparatorios de indudable interés sobre

---

<sup>1</sup> El Corpus Iuris fue un estudio académico encargado por la Comisión Europea que tenía como finalidad elaborar un conjunto uniforme de normas de derecho penal y procesal penal para garantizar la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea, a través de un sistema que superase las diferencias de sistemas jurídicos de los Estados miembros.

<sup>2</sup> El art. 86 del TFUE establece literalmente:

“1. Para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, el Consejo podrá crear, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, una Fiscalía Europea a partir de Eurojust. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

En caso de falta de unanimidad, un grupo de al menos nueve Estados miembros podrá solicitar que el proyecto de Reglamento se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento en el Consejo. Previa deliberación, y en caso de alcanzarse un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo para su adopción.

Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de reglamento de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refiere el apartado del art. 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del art. 329 del mismo Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada.

2. La Fiscalía Europea, en su caso en colaboración con Europol, será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en el reglamento contemplado en el apartado 1, y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos. Ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones.

3. Los reglamentos contemplados en el apartado 1 fijarán el Estatuto de la Fiscalía Europea, las condiciones para el desempeño de sus funciones, las normas de procedimiento aplicables a sus actividades y aquellas que rijan la admisibilidad de las pruebas, así como las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos procesales realizados en el desempeño de sus funciones.

4. Simultáneamente o con posterioridad, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que modifique el apartado 1 con el fin de ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza, y que modifique en consecuencia el apartado 2 en lo referente a los autores y cómplices de delitos graves que afectan a varios Estados miembros. El Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo y previa consulta a la Comisión”.

la estructura, funciones y competencias que debería asumir la Fiscalía Europea para garantizar su eficacia en la protección de los intereses financieros de la Unión Europea<sup>3</sup>, el 27 de Julio de 2013 la Comisión Europea presentó su propuesta de Reglamento. La dificultad de conseguir la unanimidad de todos los países miembros de la Unión, provocó que el 3 de abril de 2017 un grupo de países miembros –entre los que se encontraba España– hicieran uso de la disposición prevista en el art. 86.1, párrafo 3º del TFUE para establecer una cooperación reforzada mediante la creación de la Fiscalía Europea<sup>4</sup>.

De esta manera se ha llegado a la aprobación del Reglamento 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 31-10-2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, cuya entrada en vigor se produjo el 20-11-2017 (a los veinte días de su publicación). Sin embargo, la asunción por la Fiscalía Europea de las funciones de investigación y ejercicio de la acción penal que le otorga el Reglamento queda aplazada a la fecha que se determine mediante una Decisión de la Comisión sobre una propuesta del Fiscal General Europeo. Esa fecha, de acuerdo con el art. 120 del Reglamento, no será anterior a tres años desde la entrada en vigor<sup>5</sup>.

Las relaciones de la Fiscalía Europea con otros órganos e instituciones de la Unión Europea, Estados miembros de la misma que no han suscrito el mecanismo de la cooperación reforzada, otros Estados y organizaciones internacionales están reguladas en el capítulo X del Reglamento 2017/1939: con Eurojust (art. 100), con la OLAF (art. 101), con Europol (art. 102), con otras instituciones, órganos y organismos de la Unión (art.103), con terceros países y organizaciones internacionales (art. 104), y con otros Estados miembros de la Unión que no participen en la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (art. 105).

En particular, en lo que concierne a su relación con Eurojust debe tenerse en cuenta igualmente el Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust), que sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo. Más específicamente, debe indicarse que en su art. 50 se incorporan algunas disposiciones más detalladas que las previstas en el art. 100 del Reglamento 2017/1939, basadas en el principio de cooperación mutua, sobre intercambio de información entre ambas instituciones, solicitudes de asistencia de la Fiscalía Europea, reuniones periódicas entre el presidente de Eurojust y el Fiscal General Europeo, etc.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> En estos trabajos preparatorios tuvo un protagonismo relevante la Fiscalía General del Estado, la cual poco tiempo después de la aprobación del Tratado de Lisboa organizó un encuentro en Madrid (24 y 25 de enero de 2008) que contó con la presencia de representantes y expertos procedentes del Parlamento Europeo, de la Comisión Europea –particularmente de la OLAF–, del Comité de Vigilancia de la OLAF, de Eurojust, y de Fiscalías de diversos Estados miembros de la Unión. Las ponencias, debates y conclusiones fueron recogidos en el libro “La futura Fiscalía Europea”, que ha servido de guía para las propuestas y trabajos posteriores que se han utilizado para la puesta en marcha de esta institución.

En el año 2010, durante la presidencia española de la Unión Europea, se llegó a elaborar un proyecto de creación de la Fiscalía Europea, que incluso llegó a ser presentado oficialmente en Bruselas, pero la iniciativa quedó finalmente en suspenso hasta que en el 2013 –tras el anuncio realizado en septiembre de 2012 por el Presidente de la Comisión Europea, Sr. Durao Barroso, de la presentación de una nueva propuesta– la Comisión presentó su proyecto de Reglamento, que finalmente se ha consolidado mediante la iniciativa de cooperación reforzada adoptada el 3-4-2017 por 16 países de la Unión, a los que se sumaron en las semanas posteriores otros 4 países más.

<sup>4</sup> Efectivamente el 3 de abril de 2017, Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, República Checa y Rumania, comunicaron al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión que deseaban establecer una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Por consiguiente, en virtud del art. 86, apartado 1, párrafo 3º, del TFUE, se consideró concedida la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el art. 20, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y el art. 329, apartado 1, del TFUE. Además, mediante sendas cartas de 19-4-2017, 1-6-2017, 9-6-2017 y 22-6-2017, Letonia, Estonia, Austria e Italia, respectivamente, indicaron su deseo de participar en el establecimiento de la cooperación reforzada.

En el 2018 se han incorporado a la vía de la cooperación reforzada otros dos nuevos países de la Unión: Países Bajos el 1 de agosto de 2018, y Malta el 7 de agosto de 2018.

<sup>5</sup> Tras la publicación de la vacante de Fiscal General Europeo en el Diario Oficial de la Unión Europea de 19-11-2018, el nombramiento de este cargo se ha producido por Decisión 2019/1798 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, habiendo recaído la designación –superado el proceso de selección– en LAURA CODRUTA KÖVESI, hasta ese momento Fiscal del Tribunal Supremo de Rumanía.

<sup>6</sup> El art. 50 del referido Reglamento dice literalmente:

1. Eurojust establecerá y mantendrá una estrecha relación con la Fiscalía Europea basada en una cooperación mutua en el marco de sus respectivos mandatos y competencias y en el desarrollo de vínculos operativos, administrativos y de gestión entre

## II. La transposición del Reglamento 2017/1939 a la legislación nacional: reformas imprescindibles

Aunque en esta ponencia haremos referencia fundamentalmente a los estatutos funcionales de las Fiscalías Europea y Española, para constatar sus similitudes y sus diferencias, así como a los problemas que puede originar la relación entre el Fiscal Europeo y el Fiscal español, o incluso las autoridades judiciales nacionales encargadas de la investigación, respecto a la llevanza y dirección de los procedimientos por delitos que sean de competencia de la Fiscalía Europea por resultar afectados los intereses financieros de la Unión Europea, lo cierto es que las reformas legales que permitirán la transposición del Reglamento a la legislación nacional alcanzarán necesariamente a la Ley Orgánica del Poder Judicial, al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a otras disposiciones legales (Código penal, ley 23/2014 de 20 de noviembre sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, ley orgánica 19/94 de 23 de diciembre de protección a testigos y peritos en causas criminales, y Real Decreto 948/2015 de 23 de octubre por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos).

Sobre algunas de estas modificaciones legales existe ya un informe de la Sección Quinta de Derecho Procesal de la Comisión General de Codificación, en el que se desgranar las distintas propuestas de modificación de las normas anteriormente citadas en orden a la adaptación del ordenamiento jurídico español al Reglamento 2017/1939 de 12 de octubre del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. El informe elaborado por la citada Sección de la Comisión General de Codificación contiene algunas interesantes propuestas, pero resulta insuficiente a estos efectos. De ahí que en este trabajo se incluyan algunas propuestas nuevas formuladas con el exclusivo propósito de contribuir de manera constructiva a una eficaz adaptación de la normativa nacional a la reglamentación comunitaria.

Lo que sí es indudable es que esas reformas legales deberían ser tramitadas e incorporadas a la legislación nacional antes de la efectiva puesta en funcionamiento de la Fiscalía Europea, que está prevista para el 20 de noviembre de 2020 (tres años después de la entrada en vigor del Reglamento), salvo que la Comisión determine otra fecha posterior (así lo dispone el art. 120 del Reglamento 2017/1939).

### A. Las modificaciones que deben abordarse en la Ley Orgánica del Poder Judicial afectarían a las siguientes cuestiones

**A.1. Aforamientos de los miembros de la Fiscalía Europea.** En cuanto a los aforamientos de todos los Fiscales que integran la Fiscalía Europea, resulta obvio que, como regla general, la

---

ellos, tal como se define en el presente artículo. A tal fin, el presidente de Eurojust y el fiscal general europeo se reunirán con regularidad para tratar temas de interés común. Se reunirán a petición del presidente de Eurojust o del fiscal general europeo.

2. Eurojust cursará sin demora injustificada las solicitudes de ayuda que realice la Fiscalía Europea y, asimismo, las gestionará, cuando proceda, como si las hubiera realizado una autoridad nacional competente en materia de cooperación judicial.
3. Cuando sea necesario a fin de reforzar la cooperación establecida en virtud del apartado 1 del presente artículo, Eurojust utilizará sus propios sistemas nacionales de coordinación establecidos de conformidad con el artículo 20, además de recurrir a las relaciones entabladas con terceros países, incluidos sus magistrados de enlace.
4. En asuntos operativos pertinentes para las competencias de la Fiscalía Europea, Eurojust informará y, si procede, asociará a la Fiscalía Europea a sus actividades relativas a asuntos transfronterizos, por ejemplo, de las siguientes maneras:
  - a) intercambiando información, incluidos datos personales, acerca de sus investigaciones, de conformidad con las disposiciones pertinentes del presente Reglamento;
  - b) solicitando el apoyo de la Fiscalía Europea.
5. Eurojust tendrá acceso indirecto, sobre la base de un sistema de respuesta positiva o negativa, a la información contenida en el sistema de gestión de casos de la Fiscalía Europea. Cuando se encuentre una coincidencia entre los datos introducidos en el sistema de gestión de casos por la Fiscalía Europea y los datos en poder de Eurojust, este hecho se comunicará tanto a la Fiscalía Europea como a Eurojust, así como al Estado miembro que haya facilitado los datos a Eurojust. Eurojust adoptará las medidas apropiadas para permitir a la Fiscalía Europea el acceso indirecto a la información contenida en su sistema de gestión de casos sobre la base de un sistema de respuesta positiva o negativa.
6. La Fiscalía Europea podrá contar con la asistencia y los recursos de la administración de Eurojust. A estos efectos, Eurojust podrá prestar servicios de interés común a la Fiscalía Europea. Los detalles se regularán en un acuerdo.

exigencia de responsabilidades civiles y penales de los mismos debe ser atribuida a las Salas de lo Civil y Penal del Tribunal Supremo (arts. 56 y 57). La duda que surge es si este aforamiento debe alcanzar también a los Fiscales que la integran como parte del nivel descentralizado (los Fiscales Europeos Delegados).

Respecto al Fiscal General Europeo, a los Fiscales adjuntos a éste y a los Fiscales Europeos (todos ellos incardinados en la estructura central de la Fiscalía Europea), es razonable que el aforamiento resida en el Tribunal Supremo (por equiparación al Fiscal General del Estado y a los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo), con las singularidades que se regulen en su condición de altos funcionarios de la Unión en la normativa comunitaria<sup>7</sup>; pero la cuestión genera más dificultades respecto a los Fiscales Europeos Delegados, que ya tienen su propio aforamiento en su condición de Fiscales o Magistrados nacionales<sup>8</sup>. Solo en el supuesto de que el ejercicio de la función gozara de exclusividad, sin compatibilizarla con la función de Fiscal o Magistrado nacional, podría establecerse el aforamiento ante el Tribunal Supremo.

**A.2.** La asignación a la Audiencia Nacional de la competencia para el conocimiento de los delitos cuya investigación esté atribuida a la Fiscalía Europea en los arts. 22 y 25 del Reglamento 2017/1919 (mediante la adición de un nuevo apartado al art. 65). De este modo, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y el Juzgado Central de lo Penal, en función de sus respectivas competencias (distribuidas según las penas a imponer), se convertirían así en los tribunales encargados del enjuiciamiento de las personas acusadas por la Fiscalía Europea como consecuencia de sus investigaciones.

Se trata de una regla de atribución competencial por razón de la materia, en favor de una jurisdicción central y especializada cual es la Audiencia Nacional, más preparada para la asunción de investigaciones complejas y de dimensiones internacionales, y que desplaza los tradicionales criterios de la territorialidad regulados en la legislación procesal penal para la fijación de las competencias de los órganos judiciales encargados de las investigaciones penales.

**A.3.** La atribución a los Juzgados Centrales de Instrucción de la función de jueces de garantías, en relación con las peticiones de la Fiscalía Europea relativas a la adopción de medidas cautelares personales, resoluciones de decomiso o de actos que supongan limitación de derechos fundamentales en los casos que la ley determine, y con los recursos que se establezcan contra los decretos de la Fiscalía Europea (mediante una revisión del art. 88 LOPJ).

Esta previsión modifica sustancialmente nuestro sistema procesal: las investigaciones que siendo competencia de este órgano se desarrollen en territorio nacional serán dirigidas exclusivamente por la Fiscalía Europea, desapareciendo la figura del Juez de Instrucción y convirtiendo a los Juzgados Centrales de Instrucción en jueces de garantías.

La intervención del Juez Central de Instrucción como Juez de garantías deberá limitarse –a instancia de la Fiscalía Europea– a las siguientes actuaciones:

---

<sup>7</sup> Debe tenerse en cuenta a estos efectos lo dispuesto en el Protocolo nº 7 sobre privilegios e inmunidades de la Unión Europea, en cuyo art. 11 se establece una inmunidad de jurisdicción –incluso después de haber cesado en sus funciones– para los funcionarios y otros agentes de la Unión respecto de los actos por ellos realizados con carácter oficial, incluidas sus manifestaciones orales o escritas, sin perjuicio de las disposiciones de los Tratados relativas, por una parte, a las normas sobre la responsabilidad de los funcionarios y agentes ante la Unión y, por otra, a la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para conocer de los litigios entre la Unión y sus funcionarios y otros agentes. Pero inmunidad no equivale a impunidad.

A diferencia de lo que sucede con los europarlamentarios, que gozan de una amplia inmunidad, ya que en cualquier caso su responsabilidad penal solo puede exigirse previa suspensión de la inmunidad por el Parlamento Europeo, salvo que la inculpación formal o el procesamiento fueren anteriores a su elección como tales (en cuanto les resultan aplicables, conforme al art. 9, apartado a), del Protocolo, las mismas prerrogativas e inmunidades que los parlamentarios nacionales), en el caso de los Fiscales que integran la Fiscalía Europea la exigencia de responsabilidad penal por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones no se condiciona a ninguna autorización para proceder, por lo que su inmunidad es mucho más restringida, limitándose al establecimiento de un fuero especial en atención al cargo y a la responsabilidad que desempeñan.

<sup>8</sup> El art. 571.2º y 3º de la LOPJ asigna a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo la investigación y enjuiciamiento de las causas contra Magistrados del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia (aforamiento que también incluye por equiparación orgánica a los Fiscales destinados en la Audiencia Nacional y en el Tribunal Supremo); mientras que el art. 73.3.b) atribuye a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia que corresponda la instrucción y fallo de las causas por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo en ese territorio por jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal.

- Adopción de medidas cautelares reservadas constitucionalmente a un órgano judicial (prisión preventiva, registros domiciliarios, intervención de comunicaciones, etc.).
- Declaración de prórroga del plazo inicial de instrucción.
- Declaración de secreto de las actuaciones.
- Práctica de pruebas preconstituídas.
- Apertura del juicio oral.
- Resolución de recursos contra las decisiones de la Fiscalía Europea en los supuestos que legalmente se establezcan.

Incluso cuando las investigaciones estén tramitándose ante los órganos judiciales instructores, si la Fiscalía Europea considera que el caso en cuestión encaja en sus competencias, podrá ejercer –al amparo del art. 27 del Reglamento 2017/1939– el derecho de avocación del expediente, que inmediatamente le será remitido cesando en sus funciones el órgano judicial instructor encargado de tales actuaciones.

La situación se complica cuando los delitos cuya investigación se atribuya a la Fiscalía Europea sean cometidos por personas aforadas ante el Tribunal Supremo o ante los Tribunales Superiores de Justicia. En este supuesto, no ofrece ninguna duda que la competencia derivada del fuero personal prima sobre la competencia por razón de la materia (que es el criterio de atribución de las investigaciones a la Fiscalía Europea conforme al art. 22 del Reglamento y a la Audiencia Nacional de conformidad con el art. 65.1 LOPJ), lo que desplazaría la competencia de la Audiencia Nacional.

Pero esta competencia por razón del fuero personal se limita exclusivamente al enjuiciamiento de los aforados y al control jurisdiccional de las garantías de la investigación. De la aplicación de las previsiones normativas incluidas en el Reglamento 2017/1939 se deriva que la investigación por delitos que son competencia de la Fiscalía Europea pertenece exclusivamente a este órgano, si no ha renunciado a ejercer el derecho de avocación, incluso aunque el enjuiciamiento esté atribuido al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior de Justicia que corresponda, de manera que su intervención ante estos Tribunales desplazaría a los Magistrados instructores (que actuarían como jueces de garantías) y a las Fiscalías de los referidos órganos jurisdiccionales.

No cabe extraer otra conclusión a tenor de lo dispuesto en el art. 29 del Reglamento 2017/1939, precepto en el que bajo el título “Suspensión de privilegios e inmunidades”, se faculta al Fiscal General Europeo para solicitar directamente la suspensión de los privilegios o inmunidades de las personas investigadas, tanto si son consecuencia de la aplicación del derecho nacional, como si se trata de los reconocidos por el Derecho de la Unión. De manera que, si los investigados tienen la condición de diputados o senadores, o en su caso la de eurodiputados, será el Fiscal General Europeo la autoridad encargada de solicitar el suplicatorio para proceder contra ellos, bien ante el Congreso de los Diputados o el Senado, bien ante el Parlamento Europeo, a los efectos de suspender su inmunidad, y en los términos establecidos legalmente (salvo que los parlamentarios afectados, tanto nacionales como europeos, se encontrasen ya con una inculpación formal o un procesamiento antes de haber sido elegidos).<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> La autorización para proceder contra ellos solo es exigible en los términos que proclama el art. 71.2 de la Constitución: “No podrán ser inculcados ni procesados sin la autorización de la Cámara respectiva”. Lo mismo sucede con los diputados del Parlamento Europeo, ya que conforme a lo dispuesto por el art. 9, apartado a) del Protocolo nº 7 sobre privilegios e inmunidades de la Unión Europea, gozarán en el territorio nacional de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país.

Sin embargo, el art. 9, párrafo 2º, del citado Protocolo establece una inmunidad de desplazamiento para dirigirse al Parlamento Europeo y regresar de él, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al resolver la cuestión prejudicial C-502/19 (caso Junqueras Vies) planteada por el Tribunal del juicio del procés, ha reconocido a los europarlamentarios desde el momento en que son proclamados electos por las autoridades nacionales. La sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2019 ha considerado aplicable la inmunidad de desplazamiento en el caso del Sr. Junqueras Vies, aun tratándose de un europarlamentario proclamado electo una vez finalizado el juicio oral, pero también ha avalado el mantenimiento de la situación de prisión provisional por el Tribunal nacional a pesar de haber adquirido la condición de diputado del Parlamento Europeo (lo que no habría sido posible si en la causa

La cuestión que queda por resolver es quién desempeñaría en estos excepcionales casos la función de juez de garantías. No parece apropiado que sea el Juez Central de Instrucción, pues su competencia está limitada a aquellos casos en que el enjuiciamiento de los hechos corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. La solución más coherente y lógica es que esa función debería recaer en un Magistrado del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia, en función de que el enjuiciamiento tuviera lugar ante uno u otro órgano judicial, lo que obligaría a incorporar una previsión normativa de este tenor a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Igualmente sería necesario habilitar legalmente a la Fiscalía Europea para intervenir ante estos Tribunales cuando las investigaciones y las acusaciones contra aforados fueran por delitos de su competencia, ya que la exclusividad que proclama el Reglamento en cuanto a la dirección de las investigaciones y al ejercicio de acciones penales no contempla ninguna excepción por razón del órgano jurisdiccional. Todo ello sin perjuicio de que, planteada la discrepancia en cuanto a la competencia por las Fiscalías del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia que corresponda, o por los instructores de estos Tribunales, se adopte la decisión que resuelva el conflicto por la autoridad nacional designada a tales efectos.

**A.4.** La declaración de la situación de servicios especiales para los jueces y magistrados que desempeñen cualquier puesto de Fiscal de la Fiscalía Europea (arts. 349 y 351)), incluido el cargo de Fiscal Europeo Delegado, salvo cuando sean designados para este último cargo sin carácter de exclusividad compatibilizando el ejercicio del mismo con el servicio activo en la Magistratura.

En el caso de los Magistrados del Tribunal Supremo, en atención a su estricto estatuto personal, la situación de servicios especiales solo tendría efectos cuando fueran designados Fiscal General Europeo, Fiscales adjuntos a este o Fiscales Europeos (art. 352), cargos que sólo pueden ser desempeñados en exclusividad, de manera que el ejercicio de la función como Fiscal Delegado Europeo llevaría consigo automáticamente la pérdida de la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo.

**A.5.** La incorporación al libro VII de la mención a la Fiscalía Europea, junto al Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia (mediante la adición de un art. 541 bis).

Para cumplir satisfactoriamente con las disposiciones contenidas en el Reglamento 2017/1939 de 12 de octubre del Consejo por el que se crea la Fiscalía Europea y la Directiva (UE) 2017/1371 de 5 de julio del Parlamento Europeo y del Consejo sobre lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal, esta reforma debería definir las competencias de la Fiscalía Europea para investigar y ejercer la acusación en relación con los siguientes delitos:

1º. De los delitos contra la Hacienda de la Unión no referidos a impuestos directos nacionales tipificados en los arts. 305.3, 305 bis y 306 CP. En el supuesto de defraudaciones del IVA, sólo será competente cuando los hechos guarden relación con dos o más Estados miembros y supongan como mínimo un perjuicio total de 10 millones de euros.

2º. De la defraudación de subvenciones europeas prevista en el art. 308 CP.

---

criminal no hubiera recaído inculpación o procesamiento, ya que en este caso es obligado solicitar autorización para proceder de la Cámara que corresponda y dejar sin efecto todas las medidas cautelares hasta que aquella autorización se conceda).

En el caso en cuestión, al producirse la condena del Sr. Junqueras Vies mediante sentencia de 14 de octubre de 2019, dictada por el Tribunal Supremo, sin recurso alguno contra la misma a excepción del amparo ante el Tribunal Constitucional, adquiriría firmeza de forma inmediata, por lo que resultaba obligado proceder a su ejecución, lo cual modificaba sustancialmente la situación de hecho que amparaba la presentación de la cuestión prejudicial.

En consecuencia, la firmeza y ejecución del fallo judicial, que había impuesto la pena de 13 años de inhabilitación absoluta (cuya ejecución quedó inexplicablemente suspendida a expensas de la resolución que adoptase el TJUE en la cuestión judicial planteada), además de la pena de 13 años de prisión, privando así definitivamente al condenado Junqueras Vies del cargo público para el que había sido elegido conforme al art. 41 CP, fue comunicado al Parlamento Europeo, que de manera inmediata le retiró la condición de miembro del mismo.

- 3º. De los delitos de blanqueo de capitales, de cohecho activo y pasivo, de malversación de caudales públicos, y de contrabando, cuando afecten a los intereses financieros de la Unión.
- 4º. De los delitos conexos con los anteriores siempre que, tratándose de un delito instrumental, la pena prevista para este no sea superior a la establecida para el delito principal y que, en el caso de delitos relacionados con el IVA, pueda inferirse que el perjuicio para la Hacienda nacional no será superior al ocasionado a los intereses de la Unión.

## **B. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal necesitará igualmente algunas modificaciones básicas en los aspectos relacionados con el contenido funcional, la responsabilidad disciplinaria y las incompatibilidades**

En primer lugar, sería imprescindible incluir en el art. 3.4 del Estatuto el reconocimiento de la Fiscalía Europea como órgano encargado del ejercicio de la acción penal, de la investigación, de la acusación e intervención en juicio en relación con los delitos contra los intereses financieros de la Unión; así como el deber de colaboración con la Fiscalía Europea en las investigaciones que asuma y cuando lo haya requerido.

En segundo lugar, sería necesario incorporar la previsión de que el ejercicio de cargos fiscales es compatible con el de Fiscal Europeo Delegado, en los términos que legalmente se determinen. El desempeño por miembros de la Carrera Fiscal de los cargos de Fiscal General Europeo, Fiscal adjunto y Fiscal Europeo se regirá por lo establecido para Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en aplicación de la cláusula de remisión prevista en el art. 28, párrafo 1º, del EOMF.

En tercer lugar, en lo que atañe a la materia disciplinaria, no parece desacertado entender que la exigencia de responsabilidad disciplinaria conforme a la legislación nacional deberá limitarse a los Fiscales Europeos Delegados, y exclusivamente a los casos en que el cargo de Fiscal Europeo Delegado no se ejerce con exclusividad<sup>10</sup>. En lo que concierne a los Fiscales que compatibilicen la condición de Fiscal nacional con la de Fiscal Europeo Delegado, deberían distinguirse dos situaciones, ambas previstas por el art. 17.4 del Reglamento:

- Que la corrección disciplinaria sea ajena a sus funciones como Fiscal Delegado Europeo: en este caso la resolución que se dicte debería ser comunicada al Fiscal General Europeo antes de proceder a su ejecución, para su conocimiento y a los efectos que estime procedentes respecto a su continuación como miembro de la Fiscalía Europea.
- Que la corrección disciplinaria esté relacionada con el ejercicio de su función como Fiscal Delegado Europeo: en este supuesto, las sanciones serían impuestas por las Autoridades nacionales competentes conforme al EOMF o, en su caso, conforme a la LOPJ (si fuere juez o magistrado), pero dando traslado del expediente, una vez concluso éste, al Fiscal General Europeo para que emita informe previo y condicionando su imposición en todo caso a la emisión de un informe favorable del Fiscal General Europeo; si este informe fuera desfavorable, debería establecerse la posibilidad de que el Fiscal General del Estado (o el Consejo General del Poder Judicial si se trata de un juez o magistrado) se dirigiera, si lo estima oportuno, al Colegio de la Fiscalía Europea para que examine el expediente a los efectos de imponer, en el marco de su competencia, la corrección disciplinaria correspondiente.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> La previsión de que el ejercicio de las funciones como fiscal nacional (o como miembro de la judicatura) le impida cumplir con las obligaciones establecidas en el Reglamento está expresamente contemplada por el art. 13.3 del mismo, supuesto en el que el Fiscal Europeo supervisor formulará consulta a las autoridades competentes de la Fiscalía nacional para determinar si se debe dar prioridad o no a las funciones contempladas en el Reglamento. Si el cargo se ejerce con exclusividad, lo que obligaría al fiscal, juez o magistrado a pasar a la situación de servicios especiales, la responsabilidad disciplinaria se regulará y se exigirá conforme a lo que se disponga en el Reglamento interno de la Fiscalía Europea, al que se refiere el art. 21 del Reglamento 2017/1939, actualmente pendiente de elaboración por parte del Fiscal General Europeo y que para su aprobación requiere mayoría de dos tercios del Colegio.

<sup>11</sup> En estos aspectos específicos juega un papel esencial el Colegio de la Fiscalía Europea (art. 9 del Reglamento), integrado por el Fiscal General Europeo, que lo presidirá, y un Fiscal Europeo por cada Estado miembro. Sin funciones operativas en casos



En el informe de la Sección Quinta de la CGC se prevé la introducción de un precepto que atribuya al Fiscal General del Estado la resolución de las discrepancias que se produzcan entre la Fiscalía Europea y la Fiscalía española sobre las atribuciones a las que se refiere el art. 25.6 del Reglamento 2017/1939 (mediante la adición de un art. 21 bis).

Es cierto que el Reglamento permite a la Fiscalía Europea ejercer el derecho de avocación de aquellas investigaciones judiciales que se sigan respecto a delitos que sean de su competencia, lo que le coloca en una situación de preeminencia institucional frente a las autoridades nacionales encargadas de la investigación penal, pero también lo es que el art. 25.6 del Reglamento establece que en caso de discrepancia entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales que ejercen la acción penal (término en el que se incluye no solo la Fiscalía española, sino también los Jueces de Instrucción como responsables de la investigación penal) a la hora de determinar si el comportamiento constitutivo de delito está comprendido en el ámbito de aplicación del art. 22, apartados 2 o 3, o del art. 25, apartados 2 o 3, serán las autoridades nacionales las que decidan quien será competente para la investigación, siendo el Estado miembro el que debe designar la autoridad competente a escala nacional en materia de atribución de competencias.

Pero es evidente que las controversias o disputas competenciales se pueden producir no solo con las Fiscalías del Estado miembro, sino sobre todo con los Juzgados de Instrucción encargados de las investigaciones en las que aparezcan delitos que sean de competencia de la Fiscalía Europea, bien sean territoriales o centrales, ya que la asunción de las investigaciones por la Fiscalía Europea les desplaza –al amparo del Reglamento– de la dirección de los procedimientos penales en curso.

En consecuencia, aun manteniendo que el Fiscal General del Estado puede ser reconocido como la autoridad nacional encargada de resolver la asignación de la investigación en caso de conflicto, cuando sean las Fiscalías las que estén encargadas de la investigación penal (es decir, si no se ha producido la incoación de procedimiento judicial), no puede aplicarse la misma solución cuando las autoridades nacionales encargadas de la investigación sean los jueces de instrucción competentes.

La razón es muy simple. El art. 42.2.c) del Reglamento 2017/1939 atribuye al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la función de resolver con carácter prejudicial, al amparo del art. 267 del TFUE, entre otras las cuestiones relativas a la interpretación de los arts. 22 y 25 del Reglamento en relación con cualquier conflicto de competencia entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales competentes. La cuestión prejudicial tiene que ser planteada lógicamente por la autoridad nacional designada para resolver el conflicto, y únicamente los órganos jurisdiccionales están legitimados para proponer una cuestión prejudicial (arts. 267 del TFUE y 4 bis de la LOPJ). De ahí que, en estos casos, la autoridad nacional no puede ser otra que, teniendo en cuenta los intervinientes en el conflicto (la Fiscalía Europea es una alta institución de la Unión Europea), y siguiendo los mismos criterios establecidos para la resolución de las cuestiones de competencia entre órganos judiciales nacionales, el órgano jurisdiccional penal situado en la cúspide de la jurisdicción española: la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

## **C. También la Ley de Enjuiciamiento Criminal tendrá que ser adaptada en diferentes aspectos**

**C.1.** Los relacionados con las normas competenciales. Lo cual obliga a incorporar al art. 14.2º la referencia a la Fiscalía Europea en cuanto a la investigación de los delitos de su competencia, y a incluir un art. 14 ter donde se reconozca la atribución a los Juzgados Centrales de Instruc-

---

particulares, pues el Reglamento las asigna a las Salas permanentes y a los Fiscales Europeos, el Colegio es el órgano que debe aprobar el Reglamento interno, es el encargado de diseñar la estrategia general de la Fiscalía Europea, es el responsable de la gestión y seguimiento general de sus actividades, así como de determinar las responsabilidades en cuanto al ejercicio de las funciones de los miembros del Colegio y del personal de la Fiscalía Europea.

El art. 17.3 del Reglamento señala que el Colegio destituirá a un Fiscal Europeo Delegado si estima que ha dejado de cumplir los requisitos previstos en el apartado 2, no está en condiciones de desempeñar sus funciones o ha incurrido en una falta grave.

ción, salvo que la ley lo atribuya a Jueces o Tribunales determinados, de la función de jueces de garantías respecto a la adopción de medidas cautelares personales, resoluciones de decomiso o de actos que supongan limitación derechos fundamentales sujetos a reserva jurisdiccional.

**C.2.** Los concernientes a las especialidades procedimentales de las investigaciones que asuma ante la jurisdicción nacional. No se pretende en esta ponencia analizar al detalle todas y cada una de las especificidades procesales que habrá que implementar, mediante la introducción de un título II bis en el Libro IV, pero sí es obligado reseñar los principios básicos en los que se va a fundamentar el procedimiento de investigación dirigido por la Fiscalía Europea:

- Su actuación incluirá tanto el ejercicio de la acción penal como el de la acción civil, salvo que el perjudicado renuncie expresamente a ello.
- En los procedimientos de su competencia no se podrá ejercitar la acción popular.
- En sus investigaciones los derechos de los investigados serán los mismos que el ordenamiento jurídico les confiere en los procedimientos dirigidos por el Juez de Instrucción.
- Cualquiera que sea la pena fijada en abstracto en la legislación penal para los delitos de su competencia, sus actuaciones se sustanciarán siempre con arreglo a las normas del procedimiento abreviado.
- La tramitación de las diligencias previas corresponderá a la Fiscalía Europea y la querrela del ofendido o perjudicado se presentará ante la misma.
- La Fiscalía Europea no podrá dar instrucciones a los miembros del Ministerio Fiscal, ni a las autoridades judiciales del Estado miembro, sin perjuicio del deber de colaboración ante los requerimientos que aquella formule dentro de los límites legalmente establecidos.
- La Fiscalía Europea podrá dar a la Policía Judicial cuantas órdenes e instrucciones sean procedentes a los fines de la investigación o de sus actuaciones relacionadas con el ejercicio de la acción penal.
- La Fiscalía Europea será la responsable de la dirección de la investigación, y a tales efectos tendrá las atribuciones que la legislación procesal confiere al Juez de Instrucción, a excepción de aquellas medidas cautelares y limitativas de derechos que constitucionalmente requieran autorización judicial o que expresamente se condicionen por disposición legal a la autorización del Juez de Garantías.
- La Fiscalía Europea, de oficio o a instancia de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, y previa audiencia del interesado, podrá autorizar la utilización provisional de los efectos judiciales, con arreglo al art. 367 septies de esa ley.

#### **D. Otras modificaciones legales que deberán realizarse para completar la adaptación de la normativa nacional al Reglamento 2017/1939**

**D.1.** En el Código Penal serán necesarios algunos cambios puntuales:

- La inclusión de los Fiscales de la Fiscalía Europea en el concepto de autoridad que contempla el art. 24.
- Normas de interrupción de la prescripción cuando se interponga denuncia ante la Fiscalía Europea, en los términos señalados por el apartado 2 del art. 132, o se dicte Decreto motivado por esta dirigiendo la investigación contra una persona determinada y suficientemente identificada.
- Mención de la Fiscalía Europea en los arts. 305.4 y 308.5, a los efectos de validar la regularización de la situación tributaria y la realización del reintegro respectivamente, siempre que se hagan antes de que realice actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de las diligencias.

- En los delitos de revelación de secretos, es preciso incorporar como sujetos activos al personal al servicio de la Fiscalía Europea en el art. 417, apartado 1; y a los Fiscales de la Fiscalía Europea en el art. 466, apartado 2, cuando las actuaciones hubieren sido declaradas secretas.

**D.2.** Respecto a la ley 19/94 de 23 de diciembre sobre protección de testigos y peritos en causas criminales debe añadirse la mención a la Fiscalía Europea, la cual tendrá las mismas facultades que la citada norma atribuye al Juez instructor en cuanto a la apreciación del peligro grave para la persona, libertad o bienes del afectado o sus familiares (art. 1.2), al dictado de medidas para preservar la identidad de los testigos y peritos (art.2), y al uso de las medidas de protección de la imagen, de su identidad y de su seguridad, incluida protección policial, que se contemplan en el art. 3.1 y 2 de la referida ley orgánica.

**D.3.** En la Ley 23/2014 de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, se debería incluir una referencia expresa a la Fiscalía Europea respecto a todas las funciones que le atribuye el Reglamento 2017/1939.

**D.4.** Por último, el Decreto 948/2015 de 23 de octubre por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA) debe adaptarse para incluir a la Fiscalía Europea como institución que puede solicitarle en sus investigaciones la localización, la conservación y la administración de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias del delito.

### III. Configuración, competencias y principios de actuación de la Fiscalía Europea

En la definición final de la configuración de la Fiscalía Europea se han contrastado dos posiciones diferentes: una que apostaba por un modelo con doble estructura pero altamente jerarquizado, con una sede central donde al Fiscal Jefe se le asignaba el poder de decisión con carácter general, muy conectado con la Comisión Europea y con capacidad para elegir el territorio nacional en el que celebrar el juicio, y unos Fiscales Delegados en cada Estado miembro, encargados de llevar a cabo el trabajo de investigación sobre el terreno, utilizando para ello los medios del propio Estado miembro; y un segundo modelo, derivado de la Posición Común adoptada por Francia y Alemania el 4 de marzo de 2013, en el que limitaban la competencia a los delitos contra los intereses financieros de la Unión, dejando de lado los crímenes graves transfronterizos, y en el que manteniendo la doble estructura se creaba un órgano central de carácter colegial, menos vertical, en el que el Presidente del Colegio (el Fiscal General Europeo) sería exclusivamente un “primus inter pares” sin facultades jerárquicas, siguiendo el modelo de Eurojust, pero manteniendo miembros nacionales delegados en cada territorio.

Finalmente, el Reglamento vigente ha optado por este segundo modelo, menos jerarquizado y más horizontal, en el que los poderes de gestión y organización de la Fiscalía Europea se concentran en el Colegio (art.9)<sup>12</sup>, y los poderes de dirección y supervisión de las investigaciones que realicen los Fiscales Europeos Delegados en cada territorio nacional se atribuyen a las Salas Permanentes (art. 10) y, en menor medida, a los Fiscales Europeos (art. 12)<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> El art. 9 del Reglamento regula la composición y funciones del Colegio, órgano integrado por todos los Fiscales Europeos (uno por cada Estado miembro) y el Fiscal General Europeo, que lo presidirá. Entre sus responsabilidades se incluyen el seguimiento general de las actividades de la Fiscalía; la adopción de decisiones sobre asuntos estratégicos y cuestiones generales que surjan de casos particulares con el fin de garantizar la coherencia, eficiencia y sistematicidad de la estrategia de acción penal de la Fiscalía en los Estados miembros; creación de las Salas Permanentes; adopción del Reglamento interno de la Fiscalía y establecimiento de las responsabilidades relativas al ejercicio de las funciones de los miembros del Colegio y del personal de la Fiscalía.

<sup>13</sup> El art. 10 regula la composición y funciones de las Salas Permanentes, las cuales se configuran como el auténtico superior jerárquico de los Fiscales Europeos Delegados en todo lo concerniente a las investigaciones que se desarrollen y acusaciones que se formulen por delitos cuya competencia venga atribuida a la Fiscalía Europea.

Las Salas permanentes son órganos colegiados, compuestos por tres miembros, y estarán presididas por el Fiscal General Europeo, o por uno de sus Fiscales adjuntos o por un Fiscal Europeo nombrado presidente de conformidad con el Reglamento interno de la Fiscalía Europea. Los dos miembros restantes deben ser Fiscales Europeos.

Conforme al apartado 2 del mencionado art. 10, tienen asignadas las funciones de supervisión y dirección de las investigaciones y acusaciones realizadas por los Fiscales Europeos Delegados, así como la coordinación de las investigaciones y acciones

El Fiscal General Europeo está al frente de la Fiscalía Europea, pero carece de facultades de dirección de las investigaciones específicas que se lleven en el referido órgano; ostenta la representación de la Fiscalía Europea ante las instituciones de la Unión, de los Estados miembros y ante terceros; organiza los trabajos y dirige las actividades de la misma; y adoptará las decisiones que le autorice el presente Reglamento o el Reglamento interno (art. 11); sin embargo, las decisiones que adopte el Colegio –el cual preside– se adoptarán por mayoría simple gozando de voto de calidad en caso de empate (art. 9.5).

Como podemos comprobar el modelo estructural de la Fiscalía Europea es ciertamente diferente del modelo de Ministerio Fiscal Español, en el que el vértice de la pirámide –el Fiscal General del Estado– concentra no solo los poderes de gestión, dirección y organización del funcionamiento de la institución, sino también las facultades de impartir órdenes e instrucciones en los asuntos específicos que lleven los Fiscales (art. 25 del Estatuto), sin que los órganos colegiados –Consejo Fiscal y Junta de Fiscales de Sala– desempeñen otras funciones que las meramente consultivas salvo en algunos supuestos excepcionales.

Esta diferencia estructural entre ambos modelos de Ministerio Fiscal, y la pervivencia de un sistema procesal penal en el que aún permanece enquistada la figura del Juez de Instrucción, de profundas raíces napoleónicas, dificultará sin duda el encaje de esta nueva estructura.

A pesar de ello, creo que es absolutamente necesario reconocer que uno y otro modelo, al margen de las diferencias organizativas, comparten los principios básicos que inspiran la actuación del Fiscal como magistratura de amparo y como órgano de justicia. La defensa de la legalidad, la independencia en el ejercicio de su función, el principio de imparcialidad, la autonomía funcional y el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos son valores y principios que presiden la actuación del Ministerio Público en ambos casos. La unidad de actuación y la dependencia jerárquica, que son principios instrumentales básicos en el funcionamiento del Ministerio Fiscal español, también lo son –aunque de forma más matizada– en el funcionamiento de la Fiscalía Europea<sup>14</sup>.

A. En cuanto a los principios básicos que inspiran su actuación y su funcionamiento, debe destacarse que la Fiscalía Europea se configura como un órgano de la Unión con personalidad jurídica propia (art. 3 del Reglamento).

Su actuación se regirá con sujeción a los siguientes principios:

1. Estatuto de independencia (art. 6 del Reglamento): se consagra este principio para todos sus miembros, de manera que deben actuar siempre en interés de la Unión, y no aceptarán ni solicitarán instrucciones de ninguna persona ajena a la Fiscalía Europea, de ningún Estado miembro de la Unión Europea, ni de ninguna institución, órgano u organismo de la Unión en el desempeño de sus obligaciones.
2. Su actuación se regirá siempre por los principios de legalidad y proporcionalidad en todas sus actividades (art. 5.2 del Reglamento).

---

penales en los asuntos transfronterizos. Sus poderes de dirección y supervisión son muy amplios, siendo desarrolladas en los apartados 3, 4 y 5 del art. 10 del Reglamento.

Las facultades de los Fiscales Europeos son, sin embargo, mucho más limitadas, y actúan generalmente en nombre y por delegación de las Salas permanentes, supervisando las investigaciones y procurando el cumplimiento de las órdenes e instrucciones que dicten las Salas Permanentes.

Así, el art. 12 atribuye a los Fiscales Europeos las funciones de supervisión de las investigaciones y acciones penales de las que sean responsables los Fiscales Europeos Delegados encargados del caso en su Estado miembro de origen, procurando que se cumplan las instrucciones dictadas por las Salas Permanentes; servir de enlace y de canal de información entre las Salas Permanentes y los Fiscales Europeos Delegados en sus respectivos Estados miembros de origen; e incluso impartir instrucciones al Fiscal Europeo Delegado encargado, de conformidad con las órdenes dictadas por la Sala Permanente competente, siempre que sea necesario para la gestión eficiente de la investigación, el ejercicio de la acción penal, el interés de la justicia, o para garantizar el funcionamiento coherente de la Fiscalía Europea.

<sup>14</sup> La potestad decisoria sobre el funcionamiento de la Fiscalía Europea se distribuye básicamente, como ya hemos indicado con anterioridad, entre el Colegio (integrado por todos los Fiscales Europeos –uno por cada Estado miembro– y presidido por el Fiscal General Europeo) en los aspectos relativos a la gestión y organización de la Fiscalía Europea, y las Salas Permanentes (compuestas cada una por tres Fiscales Europeos) en todas las cuestiones concernientes a la dirección y supervisión de las investigaciones desarrolladas por los Fiscales Europeos Delegados respecto a los delitos que sean competencia de esta institución.

3. Principio de imparcialidad (art. 5.4 del Reglamento): llevará a cabo sus investigaciones de forma imparcial incorporando a las mismas todas las pruebas pertinentes, tanto inculpatorias como exculpatorias.
  4. Su actuación se basará en el respeto a los derechos consagrados en la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión en el desarrollo de sus actividades (art. 5.1 del Reglamento).
  5. Principio de cooperación leal (art. 5.6 del Reglamento), de modo que todas las autoridades nacionales competentes asistirán y respaldarán activamente las investigaciones y acusaciones de la Fiscalía Europea.
  6. Rendición de cuentas. En tanto que órgano de la Unión rendirá cuentas ante el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión conforme a lo establecido por el art. 7 del Reglamento. Esta rendición de cuentas se diversifica en dos aspectos: a) mediante la presentación y remisión de un informe anual de actividades al Parlamento Europeo, Parlamentos nacionales, Consejo y Comisión; b) mediante la comparecencia anual ante el Parlamento Europeo y el Consejo, y ante los Parlamentos nacionales cuando lo soliciten para dar cuenta de sus actividades respetando la obligación de secreto y confidencialidad en cuanto a casos concretos y datos personales.
  7. Legislación aplicable a sus actividades. Conforme al art. 5.3 del Reglamento las investigaciones y acusaciones se regirán por lo dispuesto en el Reglamento, y en su caso aplicando la legislación nacional del Estado miembro al que pertenezca el Fiscal Europeo Delegado encargado del expediente en lo que no esté regulado por aquél, aunque reconociendo la prevalencia del Reglamento en caso de conflicto con la ley interna.
- B. La determinación de las competencias de la Fiscalía Europea es otra de las cuestiones fundamentales que conviene analizar, en particular a los efectos de resolver adecuadamente las cuestiones competenciales que se planteen como consecuencia de la intervención de los órganos judiciales y fiscales nacionales en investigaciones que puedan tener relación con aquellos delitos que, según la normativa comunitaria, deben ser atribuidos a la Fiscalía Europea.

La primera disposición que delimita su contenido funcional es el art. 4 del Reglamento, a cuyo tenor la Fiscalía Europea será responsable de investigar los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión previstos en la Directiva (UE) 2017/1371 y determinados por el presente Reglamento, a sí como ejercer la acción penal y solicitar la apertura de juicio contra sus autores y cómplices.

La norma básica de la atribución competencial se contempla en el art. 22 del Reglamento, y se trata de una disposición que atribuye la competencia por razón de la materia. El precepto dice literalmente;

- “1. La Fiscalía Europea será competente respecto de los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión contemplados en la Directiva (UE) 2017/1371 y tal y como esta se haya transpuesto por la legislación nacional, con independencia de que el mismo comportamiento constitutivo de delito pueda clasificarse como constitutivo de otro tipo de delito con arreglo al derecho nacional. En lo que respecta a los delitos mencionados en el art. 3, apartado 2, letra d), de la Directiva (UE) 2017/1371, tal como se haya transpuesto por la legislación nacional, la Fiscalía Europea solo será competente cuando las acciones u omisiones intencionadas definidas en dicha disposición tengan relación con el territorio de dos o más Estados miembros y supongan un perjuicio total de al menos 10 millones de euros<sup>15</sup>.
2. La Fiscalía Europea también será competente respecto de delitos relativos a la participación en una organización delictiva definida en la Decisión Marco 2008/841/JAI, tal y como esta se

<sup>15</sup> La excepción al ejercicio de la competencia la constituyen los delitos de fraude a los intereses financieros de la Unión en relación a los ingresos procedentes de los recursos propios del IVA, limitándola a aquellos casos en que afecte a dos o más Estados miembros y el perjuicio causado sea superior a la cantidad de 10 millones de euros.

haya transpuesto por la legislación nacional, si la actividad delictiva de dicha organización se centra en cometer alguno de los delitos a que hace referencia el apartado 1.

3. La Fiscalía Europea también será competente respecto de cualquier otro delito que esté indisolublemente vinculado con un comportamiento constitutivo de delito incluido en el ámbito de aplicación del apartado 1 del presente artículo. La competencia respecto de dichos delitos solo podrá ejercerse de conformidad con el art. 25, apartado 3.
4. En cualquier caso, la Fiscalía Europea no será competente respecto de delitos referentes a los impuestos directos nacionales, incluidos los indisolublemente vinculados a ellos...”

Pero el ejercicio de la competencia por el citado órgano tiene también sus excepciones y/o condiciones. A las ya incluidas en el art. 22.1, inciso 2º, y 4, deben añadirse las previstas por el art. 25 del Reglamento. Así, cuando el perjuicio para los intereses financieros de la Unión de los delitos incluidos en el ámbito de aplicación del art. 22 sea inferior a 10.000 euros, la Fiscalía Europea solo podrá ejercer su competencia si el asunto (apartado 2 del art. 25):

- a) tiene repercusiones a escala de la Unión, o
- b) los sospechosos son funcionarios u otros agentes de la Unión, o miembros de las instituciones de la Unión.

Además, se abstendrá de ejercer su competencia respecto de los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 22, previa consulta con las autoridades nacionales competentes, en los siguientes casos (apartado 3 del art. 25):

- a) cuando la sanción máxima establecida por la legislación nacional para el delito previsto en el apartado 1 del art. 22 es igual o menos severa que la sanción máxima establecida para un delito indisolublemente vinculado, salvo que éste último delito haya sido instrumental para cometer aquel
- b) cuando exista algún motivo para suponer que el perjuicio causado o que se puede causar a los intereses financieros de la Unión por un delito de los comprendidos en el art. 22 no es mayor que el causado o que puede causarse a la víctima (con excepción de los delitos definidos en el art. 3, apartado 2, letras a), b) y d) de la Directiva 2017/1371); no obstante, podrá ejercer la competencia también en estos casos respecto a delitos previstos en el art. 22 si la Fiscalía Europea estuviera en mejores condiciones de ejercer la acción penal y con el consentimiento de las autoridades nacionales competentes (apartado 4 del art. 25).

Esta atribución competencial hay que ponerla en relación con la Directiva (UE) 2017/1371 de 5 de julio de 2017, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal. En definitiva, es esta Directiva la que establece las normas mínimas que deben definir la tipicidad de las conductas delictivas que afectan a los intereses financieros de la Unión y de sus sanciones, a los efectos de su persecución penal y por ello es obligado profundizar en los aspectos jurídico-penales que contiene. Básicamente son cuatro los tipos penales que se incluyen en la mencionada Directiva: el fraude, el blanqueo de capitales, la corrupción (activa y pasiva) y la malversación cuando afecten a los intereses financieros de la Unión.

La primera y principal infracción penal que contempla –en su art. 3– es el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión especificando cuales son las acciones y omisiones punibles en relación con los gastos, estén relacionados o no con los contratos públicos, y en relación con los ingresos, procedan o no de los recursos propios del IVA. Las acciones y omisiones punibles son las enumeradas en las letras a), b), c) y d) del apartado 2 del mencionado artículo, y que consisten en:

- el uso o la presentación de declaraciones o documentos falsos, inexactos o incompletos que tenga por efecto la malversación o la retención infundada de fondos o activos, o la disminución ilegal de los recursos (si los ingresos no proceden de los recursos propios del IVA), en ambos casos relacionados con el presupuesto de la Unión o los presupuestos administrados

por la Unión o en su nombre, o la disminución de los recursos (si los ingresos proceden de los recursos propios del IVA) del presupuesto de la Unión.

- El incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información que tenga el mismo efecto en todos los casos.
- El uso indebido de esos fondos o activos para fines distintos de los que motivaron su concesión inicial, en relación con los gastos no relacionados con los contratos públicos.
- El uso indebido de esos fondos o activos para fines distintos de los que motivaron su concesión inicial y que perjudiquen los intereses financieros de la Unión, en relación con los gastos relacionados con los contratos públicos.
- El uso indebido de un beneficio obtenido legalmente en relación con los ingresos distintos de los que proceden de los recursos propios del IVA.
- La presentación de declaraciones del IVA correctas con el fin de disimular de forma fraudulenta el incumplimiento de pago o la creación ilícita de un derecho a la devolución del IVA.

A continuación, el art. 4 de la Directiva incluye como infracciones penales que afectan a los intereses financieros de la Unión el delito de blanqueo de capitales<sup>16</sup>, la corrupción pasiva y activa (equivalentes al cohecho pasivo y cohecho activo de nuestra legislación penal), y la malversación.<sup>17</sup>

La regla de la conexidad como criterio de atribución competencial toma cuerpo en el apartado 3 del art. 22. El concepto de conexidad parece, en principio, mucho más limitado que el que establece la legislación procesal nacional. No se hace referencia a criterios subjetivos o temporales, sino únicamente a criterios materiales: el delito conexo debe estar indisociablemente vinculado con el delito que sea competencia de la Fiscalía Europea, con las limitaciones que se establecen en el apartado 3 del art. 25 (en las que el “quantum” de la pena a imponer resulta determinante).

La indisociable vinculación del delito conexo con el principal es evidente, y no admite excepciones, cuando aquel sea instrumental para la ejecución de éste como expresamente señala el art. 25.3.a) incluso si la pena por el delito principal es igual o inferior a la del delito conexo, pero también puede abarcar otras situaciones diferentes: por ejemplo, que ambos delitos (principal y conexo) obedezcan a un mismo plan criminal; o que sea necesaria su investigación y enjuiciamiento conjunto por razones de eficacia; o que la investigación separada de ambos delitos genere perjuicios irreparables para la administración de justicia.

---

<sup>16</sup> En lo que se refiere al blanqueo de capitales, el art. 4 se remite a la Directiva 2015/849, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (que deroga la Directiva de 2005), que ha sido modificada por la 5ª Directiva 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018. A las que debe añadirse la Directiva 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal. La persecución penal del blanqueo de capitales en este ámbito tiene una importancia vital, pues las cantidades defraudadas en perjuicio de los intereses financieros de la Unión, en cualquiera de las modalidades previstas por el art. 3 de la Directiva 2017/1371, se convierten por la ilicitud en su obtención en bienes de origen ilícito a los efectos previstos por el art. 301 del Código Penal y la ley 10/2010 de 28 de abril sobre prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

<sup>17</sup> El art. 4, en sus apartados 2 y 3, define las conductas de corrupción pasiva, corrupción activa y malversación que deben ser consideradas infracciones penales.

Se entiende por corrupción pasiva la acción de un funcionario que, directamente o a través de intermediario, pida o reciba ventajas de cualquier tipo, para él o para terceros, o acepte la promesa de una ventaja, a fin de que actúe, o se abstenga de actuar, de acuerdo con su deber o en el ejercicio de sus funciones de modo que perjudique o pueda perjudicar los intereses financieros de la Unión.

Se entiende por corrupción activa la acción de toda persona que prometa, ofrezca o conceda, directamente o a través de intermediario, una ventaja de cualquier tipo a un funcionario, para él o para un tercero, a fin de que actúe, o se abstenga de actuar, de acuerdo con su deber o en el ejercicio de sus funciones de modo que perjudique o pueda perjudicar los intereses financieros de la Unión.

Se entiende por malversación el acto intencionado realizado por cualquier funcionario a quien se haya encomendado directa o indirectamente la gestión de fondos o activos, de comprometer o desembolsar fondos, o apropiarse o utilizar activos de forma contraria a los fines para los que estaban previstos y que perjudique de cualquier manera a los intereses financieros de la Unión.

## IV. Configuración y principios básicos de actuación del Ministerio Fiscal Español

En el sistema jurídico continental, una de las funciones más relevantes que históricamente ha desempeñado el Ministerio Público –y que tiene su reflejo en el propio art. 124 CE y en los arts. 1 y 3.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal– ha sido la defensa de la legalidad, así como velar por la independencia de los Tribunales y por el eficaz ejercicio de la función jurisdiccional, una misión que difícilmente se puede cumplir si la institución encargada de procurarla y garantizarla depende, a su vez, del poder del Estado cuyo control está encomendado a los Tribunales de Justicia.

Como ya señalara el insigne jurista italiano, Enrico Ferri, a comienzos del siglo XX, la evolución hacia la independencia del Ministerio Público forma parte inseparable de la historia de la independencia de la magistratura. No se entiende la una sin la otra. La defensa de la legalidad y de la independencia de los tribunales solo es posible desde un estatuto jurídico que garantice la independencia del Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones.

La actualidad informativa ha querido que, a raíz de recientes declaraciones de algunos responsables públicos, se haya suscitado de nuevo el debate sobre la configuración legal y la ubicación constitucional del ministerio fiscal, un debate tan antiguo como la existencia de la propia institución, cuyo origen se puede situar históricamente en la designación en 1713 de Melchor Rafael de Macanaz como fiscal general del Consejo de Castilla, quien por cierto en los últimos años de su vida estuvo exiliado y fue encarcelado por resistirse a las presiones del Rey.

Este es un debate alimentado, directa o indirectamente, por los diferentes gobiernos de uno u otro signo, que con mayor o menor transparencia siempre han sucumbido a la tentación de situar al fiscal a su lado y a su servicio. Durante muchos años el Fiscal General del Estado era un cargo que podía ser nombrado en un Consejo de Ministros, y podía ser cesado discrecionalmente en el siguiente, si en ese reducido lapso temporal de una semana había perdido la confianza gubernamental. Los ceses de algunos fiscales generales son una buena muestra de ello.

La extinta ley orgánica del poder judicial de 1870, cuya provisionalidad se alargó más de 100 años, diseñó al Fiscal como el representante del Gobierno ante los Tribunales. Hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978, el ministro de Justicia era el jefe de la institución, y estaba habilitado legalmente para dar órdenes e instrucciones directas al fiscal del Tribunal Supremo, y a los fiscales territoriales y provinciales. La dependencia jerárquica del Gobierno era, pues, incuestionable.

Sin embargo, la Constitución acuñó un modelo diferente, incluyendo al Fiscal en el título del Poder Judicial (art. 124), eliminando la dependencia jerárquica del Gobierno, pero manteniendo un sistema de designación del Fiscal General del Estado en el que el gobierno se reservaba la propuesta del candidato, aunque el nombramiento fuera realizado por el Rey. El problema radicaba en que el cargo carecía de un status jurídico que le blindara frente a las injerencias del gobierno, el cual no le podía dar instrucciones pero podía cesarlo sin más explicaciones. Era el único cargo constitucional que carecía de plazo legalmente establecido en su mandato y de causas tasadas de cese, y esta inseguridad jurídica se solía traducir en iniciativas legales y actuaciones procesales de la Fiscalía en la línea del Gobierno que lo había nombrado.

Ese nuevo modelo constitucional del Ministerio Público fue desarrollado por el Estatuto Orgánico aprobado por ley 50/1981 de 30 de diciembre, que en su art. 2 lo define como un órgano de relevancia constitucional integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, que se rige en su actuación por los principios de legalidad e imparcialidad. También se le reconoce personalidad jurídica propia, pero a diferencia de la Fiscalía Europea carece de presupuesto propio, lo cual condiciona incuestionablemente la disposición de los recursos técnicos, materiales y humanos necesarios para el eficaz desarrollo de sus funciones.

La reforma del Estatuto Orgánico aprobada por la ley 24/2007 de 9 de octubre modificó el inexistente status del Fiscal General del Estado para introducir dos importantes matices: el



primero, el establecimiento de un plazo de 4 años para su mandato y de unas causas tasadas de cese (art. 31), lo que venía a reforzar considerablemente la independencia en el ejercicio del cargo; y el segundo, la intervención en su nombramiento del Congreso de los Diputados para informar, cierto que de modo no vinculante, sobre los méritos y la idoneidad de la persona propuesta para el cargo, trámite incorporado al art. 29, apartado 2, en virtud de la reforma llevada a cabo por la ley 24/2007.<sup>18</sup>

Con estos mimbres ya estamos en condiciones de responder a la pregunta de rigor: ¿de quién depende la Fiscalía?. Es obvio que no depende del poder legislativo, que solo participa en la designación del FGE emitiendo un informe no vinculante; también lo es que no depende del órgano de gobierno del poder judicial, el cual se limita a evacuar un trámite de audiencia; pero tampoco puede afirmarse que depende del poder ejecutivo, a pesar de ser nombrado a propuesta del gobierno (una forma de designación, por cierto, similar a la de países como Alemania o Portugal).

La Constitución y el Estatuto garantizan la independencia de la institución en el desarrollo de sus funciones. La independencia en el ejercicio de la función no es patrimonio exclusivo de los jueces y tribunales, como se acostumbra a afirmar al amparo del art. 117 de la Constitución. Son varias las razones que avalan esta posición:

1ª. No existe dependencia orgánica y funcional del FGE o de la institución respecto del Gobierno, el cual, a diferencia de épocas pasadas, no puede impartir órdenes o instrucciones. Únicamente puede interesar, conforme al art. 8 del Estatuto, que promueva ante los tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público, las cuales serán o no asumidas por el máximo responsable del Ministerio Público con arreglo a criterios estrictamente técnicos, previa consulta a la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas. Esta fórmula no es más que un canal de comunicación y/o relación entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal, sin que pueda interpretarse, en ningún caso, que esa iniciativa gubernamental equivale a la imposición de un criterio de actuación determinado coincidente con los intereses del Gobierno.

La normativa estatutaria prevé idéntico mecanismo de relación entre los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y las Fiscalías Superiores de las mismas (art. 11).

El art. 25, párrafo 1º “in fine”, del Estatuto establece que cuando las órdenes e instrucciones que imparta el Fiscal General del Estado se refieran a asuntos que afectan directamente a cualquier miembro del Gobierno, deberá oír con carácter previo a la Junta de Fiscales de Sala (previsión incorporada por la ley 24/2007 de 9 de octubre).

Por último, cuando el Fiscal General del Estado –sujeto al mismo estatuto personal que magistrados y fiscales en cuanto a incompatibilidades, prohibiciones y deberes de abstención– incurra en alguna de las causas de abstención que le sean aplicables conforme al art. 219 y, en su caso en la situación prevista por el art. 351 LOPJ, bien por iniciativa propia o a instancia de las partes intervinientes en el proceso, deberá abstenerse de intervenir en el asunto de que se trate. Con una particularidad importante: la negativa a apartarse del expediente en cuestión, lejos de ser ejecutiva, deberá ser revisada por la Junta de Fiscales de Sala presidida por el

---

<sup>18</sup> El informe de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, que se produce tras la comparecencia del candidato a Fiscal General del Estado, no es un mero trámite de audiencia para examinar los requisitos reglados que se exigen para su nombramiento (ser jurista de reconocido prestigio con más de 15 años de ejercicio efectivo de su profesión), sino que debe valorar los méritos y la idoneidad del candidato propuesto. La idoneidad no se deduce, por lo tanto, del cumplimiento de las condiciones regladas exigibles para la designación, sino de la concurrencia de garantías de independencia y de un ejercicio de la función conforme a los criterios de legalidad y de imparcialidad (v.g. véase las condiciones que se requieren para el nombramiento de Fiscal General Europeo al amparo del art. 14 del Reglamento, entre las que se considera imprescindible “ofrecer absolutas garantías de independencia”).

En esta tesitura, la imagen de independencia y de imparcialidad para el desempeño de la función –que constituye el presupuesto imprescindible de la idoneidad en atención a la naturaleza y características del cargo– puede no resultar apropiada cuando el candidato ha ostentado un cargo político de entidad en el Poder ejecutivo, sin mediar período temporal alguno entre uno y otro, particularmente si lo ha sido en las áreas relacionadas con la Administración de Justicia y ha intervenido, incluso indirectamente, en asuntos judiciales.

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, cuya decisión es de obligado cumplimiento (art. 28 del Estatuto). Este es el único supuesto en que la decisión que adopta este órgano consultivo es vinculante y ejecutiva sin que contra la misma quepa recurso alguno. Obviamente la decisión, al no existir en la norma estatutaria más precisiones al respecto, podrá ser acordada por mayoría simple de votos.<sup>19</sup>

2ª. El cumplimiento de las funciones de defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, así como velar por la independencia de los tribunales solo es factible desde el reconocimiento de la autonomía funcional, y no desde la subordinación al poder ejecutivo, en tanto que poder del estado sujeto al control de los tribunales.

Quiero decir con ello que actuar como garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos exige, en no pocas ocasiones, tomar decisiones e iniciativas frente a posibles excesos, extralimitaciones o abusos del poder ejecutivo, y esta tarea solo se puede ejercer adecuadamente desde la plena autonomía funcional como indica el art. 2 del Estatuto Orgánico. Esta es, sin duda, la piedra de toque para calibrar la independencia del Ministerio Fiscal y de su máximo responsable. No se concibe una actuación autónoma si no se goza de independencia en el ejercicio de las funciones.<sup>20</sup>

3ª. Los principios rectores en los que se fundamenta su desarrollo funcional son los principios de legalidad y de imparcialidad (art. 124 CE). El primero le obliga, al amparo del art. 6 del Estatuto, a actuar siempre con sujeción a la Constitución, a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico vigente<sup>21</sup>; y el segundo, reconocido en el art. 7 del Estatuto, le garantiza que pueda actuar con **plena objetividad e independencia** en la defensa de los intereses que legalmente tiene encomendados. El precepto es meridianamente claro: sólo se puede ser imparcial desde el presupuesto de la independencia.

Pudiera decirse, por ello, a modo de síntesis de estos preceptos, que el Fiscal tiene asignada como misión esencial ejercer las acciones y llevar a cabo las actuaciones que considere precisas para promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social, con criterios de objetividad e independencia.

<sup>19</sup> Esta es una cuestión de una enorme relevancia en aquellos casos en que, sin solución de continuidad, se han ocupado previamente cargos públicos antes del nombramiento como Fiscal General del Estado o del reingreso al servicio activo en la Carrera Fiscal. El art. 219. 13º de la LOPJ establece como causa de recusación y/o abstención "*haber ocupado cargo público...con ocasión del cual haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo*"; y el ordinal 16º añade otra causal "*haber ocupado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad*".

En el mismo sentido el art. 351, párrafo último, de la LOPJ establece el deber de abstención para intervenir en cualesquiera asuntos en los que sean parte partidos o agrupaciones políticas, o aquellos de sus integrantes que ostenten o hayan ostentado cargo público.

Es obvio que el deber de abstención debe analizarse caso por caso, pues no es admisible una causa general de abstención, pero también lo es que la concurrencia de esas situaciones no puede ser examinada desde criterios extremadamente restrictivos, porque lo que está en juego es la imparcialidad en la aproximación al asunto de que se trate como principio básico de la actuación del Ministerio Público, cuya ausencia queda suficientemente objetivada y seriamente en entredicho cuando en el ejercicio del cargo público previamente desempeñado se ha intervenido en el asunto de forma efectiva (v.g. impartiendo instrucciones en orden a la intervención de la representación legal y defensa jurídica de la Administración del Estado en el procedimiento en cuestión).

<sup>20</sup> El art. 2.1 del Estatuto define el Ministerio Fiscal como un órgano de relevancia constitucional, con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

<sup>21</sup> Este principio es la obligada consecuencia del reconocimiento en el art. 9 de nuestra Constitución de la sujeción a la ley como eje central del funcionamiento del sistema democrático al proclamar que "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"

En otras palabras, el principio democrático no significa otra cosa que la primacía incondicional de la Constitución y de las leyes en un régimen democrático, porque es imposible concebir la democracia sin respeto a la ley. El principio democrático no debe ser, por ello, identificado con la idea de que la voluntad popular prime sobre la ley, sino que la ley -como recuerda el preámbulo de nuestra Constitución- es la expresión más genuina y democrática de la voluntad popular, la norma que garantiza los derechos de todos y regula el marco jurídico básico de la convivencia entre todos. La ley es el mecanismo de solución de los conflictos, y su cumplimiento es imprescindible para garantizar la convivencia.

No es de extrañar por ello que la imposición de la voluntad popular por encima de la ley o al margen de la ley esté en el origen de funestas experiencias históricas bien conocidas, porque la historia nos ha enseñado que sin rule of law, sin el imperio de la ley, la voluntad popular es el camino que conduce a la tiranía que se instala con el advenimiento de los populismos y de los nacionalismos.

Hasta aquí, como podemos observar, las diferencias entre el Ministerio Fiscal español y la Fiscalía Europea son mínimas, por no decir inexistentes. Ambas instituciones deben actuar con independencia, con sujeción a los principios de legalidad y de imparcialidad, respetando y defendiendo los derechos de los ciudadanos. El nombramiento del Fiscal General Europeo y del Fiscal General del Estado evidencia ya algunas notables diferencias: mientras el Fiscal General Europeo es designado conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo (art. 14 del Reglamento), éste último por mayoría simple, el Fiscal General del Estado es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno. También en el mandato de duración del cargo: 7 años no renovables en el caso del Fiscal General Europeo, 4 años en el caso del Fiscal General del Estado.

La sujeción a otros principios, sin duda extraordinariamente importantes para su funcionamiento interno, cuales son la unidad de actuación y la dependencia jerárquica, no es incompatible con el respeto y la sujeción a las reglas de la legalidad y la imparcialidad. Al contrario, son principios instrumentales cuyo objetivo es asegurar una interpretación uniforme en la aplicación de las leyes por parte de los órganos jurisdiccionales. Por lo tanto, son principios que están diseñados para garantizar la uniformidad y la igualdad en la aplicación de la ley, y no para imponer decisiones influenciadas por instituciones u órganos ajenos al Ministerio Público.

Es cierto que la dependencia jerárquica se manifiesta en la prevalencia del criterio del superior jerárquico, pero la propia normativa estatutaria establece mecanismos de discrepancia –art. 27 del Estatuto– para aquellos casos en que se considere que una orden o instrucción es improcedente o contraria a las leyes. El problema es que el criterio final que prevalece es siempre el del superior jerárquico, con independencia de la calidad y rigor jurídico del criterio en cuestión, una solución esta que quizás necesitaría ser matizada en algunos supuestos o materias en beneficio de los órganos colectivos de la institución o en función del grado de consenso que una u otra solución consigan en el órgano colectivo consultivo.<sup>22</sup>

Esta es la clave para entender el funcionamiento de una institución que ha sido definida por el Tribunal Constitucional como “pieza fundamental de la arquitectura constitucional del Estado de Derecho”. Es obvio, pues, que la independencia funcional del Ministerio Público forma parte del ADN de su configuración constitucional, y que el cambio del actual modelo procesal penal, con la asunción por el Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación, sólo es aceptable desde la consolidación de este paradigma.

La definitiva implantación del sistema acusatorio pasa, sin duda, por encomendar la instrucción y/o investigación al Ministerio Público. Ese es el modelo que rige la justicia de menores, y el que se implanta en las investigaciones que son competencia de la Fiscalía Europea. A pesar de los recelos y desconfianzas que despierta en amplios sectores de la Carrera Judicial, que con frecuencia acuden a razones “técnicas” vinculadas con la supuesta dependencia del Fiscal respecto del Poder ejecutivo y con la insuficiencia de los medios de que dispone el Ministerio Público, no se puede negar que es una reforma muy necesaria para la modernización del sistema procesal penal y para la agilización de las investigaciones.

Pero es evidente que un cambio estructural de esta naturaleza solo es posible reforzando su plantilla, incrementando sus recursos técnicos y materiales, y lo que es más importante, abordando algunos cambios normativos que fortalezcan la independencia en su actuación y

---

<sup>22</sup> Lo cierto es que el art. 27 del Estatuto Orgánico, único mecanismo que habilita formalmente el planteamiento de una discrepancia con las órdenes o instrucciones del responsable de la Fiscalía, soluciona los conflictos entre los Fiscales encargados de los asuntos y el Fiscal Jefe respectivo reconociendo la prevalencia de la orden o instrucción del superior jerárquico, sin más trámite que la audiencia consultiva de la Junta de Fiscalía, cualquiera que sea la opinión que esta emita, incluso aunque sea abrumadoramente mayoritaria en favor de la posición jurídica del Fiscal de asunto.

Lo mismo sucede cuando la orden o instrucción procede del Fiscal General del Estado, hecho inusual al menos hasta ahora, con la diferencia de que en este caso el órgano consultivo no es la Junta de la Fiscalía del Tribunal Supremo sino la Junta de Fiscales de Sala, órgano que aglutina a todos los miembros de la categoría primera de la Carrera Fiscal y que habitualmente es convocado para dictaminar –en tanto que órgano técnico especialmente cualificado– sobre la formación de criterios unitarios de interpretación y actuación legal, resolución de consultas, elaboración de circulares y de informes que deban ser elevados al Gobierno (art. 15 del Estatuto).

que alejen de una vez por todas las permanentes sospechas de intromisión y dependencia del poder ejecutivo<sup>23</sup>.

## V. Conflictos de competencia entre la Fiscalía Europea y los órganos de investigación nacionales

Los conflictos entre estos órganos únicamente se pueden producir en relación con las investigaciones y procedimientos que sean de competencia de la Fiscalía Europea, cuyas reglas específicas hemos reseñado ya en el epígrafe II de este trabajo.

La preeminencia de las disposiciones del Reglamento 2017/1939 sobre la legislación nacional es incuestionable, y así se reconoce en las diferentes previsiones que se establecen en aquel.

Así lo proclama, como principio general, el art. 5.3 al indicar que las investigaciones y acusaciones de la Fiscalía Europea se regirán por el Reglamento, y sólo en aquellas cuestiones que no estén reguladas se aplicará la legislación nacional, indicando “in fine” que cuando la cuestión esté regulada en la legislación nacional y en el Reglamento prevalecerá este último.<sup>24</sup>

El brazo ejecutor de las investigaciones de la Fiscalía Europea es el Fiscal Europeo Delegado de cada Estado miembro, el cual –conforme a los considerandos 32 a 34 del Reglamento– ostenta una doble condición: por una parte, es miembro de la Fiscalía Europea cuando investigue y acuse por delitos de competencia de esta para lo que goza de un estatuto de independencia jurídica y funcional, diferente de cualquier estatuto que les asigne el derecho nacional, en cuyo ejercicio está sujeto a las instrucciones que reciba de la Salas Permanentes y de los Fiscales Europeos en su función de supervisión; y por otra, su posición como miembros de los servicios de investigación penal de los Estados miembros (fiscal o miembro de la judicatura), por lo que tendrá como mínimo los mismos poderes que se reconozcan a los fiscales nacionales<sup>25</sup>.

En el Reglamento se prevé (art. 13.2) que cada Estado miembro dispondrá al menos de dos Fiscales Delegados Europeos. Tanto el número de Fiscales Delegados Europeos como el reparto territorial y funcional de competencias entre ellos dentro de cada Estado miembro se acordará conjuntamente entre el Fiscal General Europeo y las autoridades competentes de los Estados miembros.

<sup>23</sup> Entre estas imprescindibles reformas sería necesario limitar los poderes absolutos que tanto el Fiscal General del Estado como los Fiscales Jefes de cada órgano mantienen tanto a la hora de imponer sus órdenes e instrucciones en asuntos específicos, como de resolver los conflictos con los Fiscales del caso cuando estos consideran que la instrucción es improcedente o contraria a la ley, o incluso en relación con la organización, gestión y funcionamiento de la institución y de sus órganos.

A estos efectos podría resultar extremadamente útil como ejemplo el modelo de funcionamiento de la Fiscalía Europea, que atribuye a órganos colegiados la resolución de todas estas cuestiones, matizando notablemente los efectos perturbadores que puede producir la dependencia jerárquica cuando las decisiones del jefe de la Fiscalía se imponen frente al criterio ampliamente mayoritario de los órganos colectivos de la institución. Así, el Colegio toma sus decisiones por mayoría simple de sus integrantes, salvo disposición en contrario del Reglamento; y las Salas Permanentes, compuestas por tres miembros, adoptan sus decisiones también por mayoría simple.

<sup>24</sup> En desarrollo de este principio general el Considerando 30 del Reglamento recuerda que “por regla general, las investigaciones de la Fiscalía Europea deben ser efectuadas por los Fiscales Europeos Delegados de los Estados miembros. Deben hacerlo de conformidad con el presente Reglamento y, para las cuestiones no reguladas por el presente Reglamento, de conformidad con el Derecho nacional. Los Fiscales Europeos Delegados deben desempeñar sus funciones bajo la supervisión del Fiscal Europeo supervisor, y bajo la dirección y siguiendo las instrucciones de la Sala Permanente competente.

Cuando el Derecho nacional de un Estado miembro establezca el control jurisdiccional interno de determinados actos dentro de la estructura de la fiscalía nacional, el control jurisdiccional de dichas decisiones adoptadas por el Fiscal Europeo Delegado debe entrar dentro de la potestad supervisora del Fiscal Europeo supervisor de conformidad con el reglamento interno de la Fiscalía Europea. En tales casos, los Estados miembros no deben estar obligados a disponer el control jurisdiccional por los tribunales nacionales, sin perjuicio del art. 19 del TUE y del art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

<sup>25</sup> Como miembros de la Fiscalía Europea, poseen el estatuto de independencia funcional y jurídica que a todos sus integrantes les garantiza el presente Reglamento, diferente de cualquier estatuto que les asigne el derecho nacional, y sus respectivos Estados miembros les deben conceder como mínimo los mismos poderes que a los fiscales nacionales (considerandos 32 y 33 “in fine” del Reglamento).

El art. 13.1 proclama que los Fiscales Europeos Delegados actuarán en nombre de la Fiscalía en sus respectivos Estados miembros y tendrán las mismas potestades que los fiscales nacionales en materia de investigación, ejercicio de la acción penal y apertura de juicios...con sujeción a los poderes y al estatuto específico que les confiere el presente Reglamento y en las condiciones que en él se establecen.

El nombramiento de los mismos –conforme establece el art. 17– es responsabilidad del Colegio, a propuesta del Fiscal General Europeo, previa designación de los candidatos por los Estados miembros, y por un mandato renovable de 5 años. Para ser nombrado Fiscal Europeo Delegado se requiere: a) ser miembro activo del Ministerio Fiscal o de la judicatura del Estado miembro, b) ofrecer garantías de independencia y poseer las cualificaciones necesarias, y c) disponer de experiencia práctica en el marco de su sistema jurídico nacional.

También la destitución es competencia del Colegio cuando considere que ha dejado de cumplir los requisitos exigidos para su nombramiento, no esté en condiciones de desempeñar sus funciones o haya incurrido en una falta grave.

Sin este nivel descentralizado, que ejerce las funciones de investigación y acusación sobre el terreno al estar ubicado en cada Estado miembro, el funcionamiento de la Fiscalía Europea no sería operativamente eficaz. El desempeño simultáneo de funciones como fiscal o miembro de la judicatura encargado de tareas de investigación en el Estado miembro, lejos de suponer un obstáculo, supone en la práctica una ventaja al estar integrado dentro del sistema judicial, hasta el punto de que la exclusividad en el ejercicio de las funciones de como Fiscal Europeo Delegado es la excepción, y la compatibilidad de estas con las de fiscal nacional (o miembro de la judicatura) la regla general.<sup>26</sup>

Para garantizar el cumplimiento de sus funciones de investigación y acusación, el Reglamento articula algunos mecanismos que destinados a garantizar la plena efectividad en su funcionamiento operativo:

- a) Transmisión de información por las autoridades nacionales a la Fiscalía Europea. A tenor de lo dispuesto en el art. 24. 1 y 2 cuando una autoridad judicial o policial de un Estado miembro inicie la investigación de un delito respecto del cual la Fiscalía Europea podría ejercer su competencia de conformidad con el art. 22 y el art. 25, apartados 2 y 3, o estando ya iniciada considere que la investigación se refiere a un delito de este tipo, dicha autoridad informará sin dilaciones a la Fiscalía Europea para que pueda decidir si ejerce o no el derecho de avocación.
- b) Que la investigación se inicie de oficio por la propia Fiscalía Europea. Conforme a lo dispuesto en el art. 26.1, cuando de conformidad con el derecho nacional aplicable, existan motivos razonables para creer que se está cometiendo o se ha cometido un delito para el que es competente la Fiscalía Europea, el Fiscal Europeo Delegado de un Estado miembro que, con arreglo a la legislación nacional, tenga competencia respecto del delito iniciará una investigación que será anotada en el sistema de gestión de casos, informando a las autoridades nacionales competentes de la decisión de iniciarla.
- c) El derecho de avocación previsto por el art. 27 del Reglamento. Este mecanismo legal permite a la Fiscalía Europea, una vez que haya recibido la información pertinente de conformidad con el art. 24.2, ejercer o no el derecho de avocación en el plazo de 5 días desde la fecha en que reciba la información procedente de las autoridades nacionales, plazo que podrá ser prorrogado en casos específicos por el Fiscal General Europeo por otros 5 días. En uno y otro caso se informará a las autoridades nacionales de la decisión que se adopte.

El órgano competente de la Fiscalía Europea para decidir sobre la aplicación del derecho de avocación según lo dispuesto por el art. 27.6 es el Fiscal Europeo Delegado. Si éste considera que no debe ejercer el derecho de avocación, informará a la Sala Permanente, a través del Fis-

---

<sup>26</sup> Como indica el considerando 33 del Reglamento, los Fiscales Europeos Delegados, sin perjuicio del estatuto especial que les otorga el presente Reglamento, también deben ser durante su mandato miembros de los servicios de investigación penal de sus respectivos Estados miembros, es decir, un fiscal o miembro de la judicatura, y sus respectivos Estados miembros deben concederles como mínimo los mismos poderes que a los fiscales nacionales.

cal Europeo de su Estado miembro, la cual conforme a lo dispuesto en el art. 10.4.b) del Reglamento podrá ordenar al Fiscal Europeo Delegado que lo ejerza y se avoque el caso<sup>27</sup>.

Dos previsiones normativas más deben ser mencionadas:

- 1ª. Cuando se ejerza el derecho de avocación, las autoridades competentes de los Estados miembros le transferirán el expediente y se abstendrán de realizar nuevos actos de investigación en relación con el mismo delito (art. 27.5).
- 2ª. El derecho de avocación sólo podrá ejercerse si la investigación nacional no ha finalizado y no se ha presentado acusación ante el tribunal.

Como ya hemos reseñado con anterioridad, puede suceder que la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales que ejercen la acción penal (concepto que incluye tanto al Ministerio Fiscal como a las autoridades judiciales encargadas de la investigación) tengan una discrepancia sobre la cuestión de determinar si el comportamiento constitutivo de delito está comprendido en el ámbito de aplicación del art. 22, apartados 2 o 3, o del art. 25, apartados 2 o 3 del Reglamento.

La solución la ofrece el art. 25.6 del Reglamento al prescribir que *“...las autoridades nacionales competentes en materia de atribución de competencia para el ejercicio de la acción penal a escala nacional decidirán quién será competente para la investigación del caso. Los estados miembros designarán a la autoridad nacional que decidirá en materia de atribución de competencia”*.

Parece obvio que la autoridad nacional de mayor rango responsable del ejercicio de las acciones penales no es otra que el Fiscal General del Estado, en su condición de máximo responsable del Ministerio Fiscal, cuando el conflicto se produzca con la Fiscalía que dirija la investigación preprocesal en cuestión.

Ahora bien, como ya hemos indicado con anterioridad, si el conflicto se produce entre la Fiscalía Europea y el órgano judicial que dirija la investigación penal (sea Juez de instrucción, o Magistrado instructor del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia), la autoridad nacional competente para resolverlo no puede ser otra que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La previsión legal de que se pueda plantear cuestión prejudicial sobre esta cuestión ante el TJUE (art. 42.2.c) del Reglamento) no permite otra alternativa normativa viable.

El control de las investigaciones y acusaciones que desarrolle el Fiscal Europeo Delegado en el territorio nacional se articula a través de un doble filtro: a) dentro de la propia Fiscalía Europea, como consecuencia de las funciones de dirección, supervisión y coordinación de las investigaciones o acusaciones que el propio Reglamento atribuye a las Salas Permanentes, y en menor medida a los Fiscales Europeos; y b) en el propio sistema judicial nacional, mediante la intervención del Juez de garantías que legalmente se designe, para resolver sobre aquellas solicitudes o actos procesales que deban someterse al control jurisdiccional conforme al derecho nacional aplicable al caso, particularmente cuanto estén en juego derechos fundamentales cuya restricción solo es posible con autorización judicial.

En otro orden de cosas, es evidente que la intervención de la Fiscalía Europea en aquellas investigaciones o acusaciones que se formulen en relación con delitos que resulten de su competencia, bien desde el inicio, bien desde que ejerza el derecho de avocación, acarrea como consecuencia la abstención de la Fiscalía y/o del órgano judicial nacional que haya venido actuando hasta entonces. El Reglamento 2017/1939 deja escaso margen a la duda al establecer en diferentes preceptos ese deber de abstención. Así, el art. 25.1 “in fine”, recuerda que cuando la Fiscalía Europea decida ejercer su competencia, las autoridades nacionales competentes

<sup>27</sup> Esta disposición general tiene algunas excepciones en relación con aquellos delitos que, siendo la Fiscalía Europea competente para su investigación o acusación, causen o puedan causar un perjuicio para los intereses financieros de la Unión en cuantía inferior a los 100.000 euros, en cuyo caso el Colegio, en atención a la gravedad del delito o la complejidad del procedimiento, podrá dictar unas orientaciones generales que permitan a los Fiscales Europeos Delegados decidir de manera independiente y sin dilaciones no avocar el caso (art. 27.8 del Reglamento).

no ejercerán la suya respecto del mismo comportamiento constitutivo de delito; y el art. 27.5 dispone que, cuando la Fiscalía ejerza el derecho de avocación, las autoridades competentes de los Estados miembros le transferirán el expediente y se abstendrán de realizar nuevos actos de investigación en relación con el mismo delito.

Ello no es obstáculo para que, en aplicación del principio de cooperación leal, tanto los órganos del Ministerio Fiscal español como las autoridades judiciales que hayan estado encargadas de la investigación finalmente avocada en beneficio de la Fiscalía Europea le presten toda la asistencia y cooperación que esta demande para un eficaz ejercicio de sus funciones<sup>28</sup>. A las obligaciones de información que tienen las autoridades nacionales cuando se encuentren ante un caso que pueda ser competencia de la Fiscalía Europea, minuciosamente detalladas en el art. 24 del Reglamento, se unen la facultad de adoptar las medidas urgentes que sean necesarias –con arreglo a la legislación nacional– para garantizar que la investigación y el ejercicio de la acción penal sean efectivos, prevista en los arts. 27.2, párrafo 2º, y 28.2, aunque no hayan recibido instrucciones del Fiscal Europeo Delegado encargado de la investigación; e incluso la ejecución –por encargo del Fiscal Europeo Delegado– de todas las instrucciones y medidas de investigación que aquél encomiende a las autoridades competentes de los Estados miembros conforme al art. 28.1 del Reglamento y con sujeción al derecho nacional.

## VI. La emisión de órdenes europeas de detención y la Fiscalía Europea<sup>29</sup>

El art. 33, apartado 1, del Reglamento establece que el Fiscal Europeo Delegado encargado podrá solicitar u ordenar la detención o prisión preventiva del sospechoso o acusado, con arreglo a la legislación nacional aplicable en casos nacionales similares.

Conforme al apartado 2, cuando se necesario para la detención y entrega de una persona que no está presente en el Estado miembro en el que se ubique el Fiscal Europeo Delegado encargado, éste dictará o solicitará a la autoridad competente de dicho Estado miembro que dicte una orden de detención europea de conformidad con la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo.

La legislación española es taxativa a este respecto. La ley 23/2014 de 20 de noviembre reconoce únicamente como autoridades competentes para la emisión de órdenes europeas de detención a los jueces y tribunales encargados del procedimiento penal, relegando el papel del Ministerio Fiscal a la solicitud de su emisión. Aunque es justo reconocer que esta fórmula es muy poco habitual en el derecho comparado de la Unión Europea.<sup>30</sup>

Así pues, el Fiscal Europeo Delegado debe sujetarse al derecho nacional en cuanto a esta materia, y por ello tiene las mismas facultades que los fiscales nacionales en este procedimiento de entrega: puede solicitar la emisión de la OEDE, pero no puede emitirla porque el derecho nacional atribuye en exclusiva la emisión al juez o tribunal competente. Lo que plantea otra cuestión derivada: si la OEDE se emite para cumplir una pena impuesta es obvio que el compe-

<sup>28</sup> Los considerandos 14 y 69 del Reglamento son muy expresivos a este respecto. El considerando 14 establece que, atendiendo al principio de cooperación leal, tanto la Fiscalía Europea como las autoridades nacionales competentes deben apoyarse e informarse mutuamente con el fin de luchar con eficacia contra las infracciones incluida en el ámbito de aplicación de la Fiscalía Europea.

Por su parte, el considerando 69 añade que la Fiscalía Europea debe recurrir a las autoridades nacionales, incluidas las autoridades policiales, en particular para la ejecución de medidas coercitivas. En virtud del principio de cooperación leal, todas las autoridades nacionales y todos los órganos pertinentes de la Unión, incluidos Eurojust, Europol y la OLAF, deben respaldar activamente las investigaciones y los procesos penales de la Fiscalía Europea, y cooperar con ella.

<sup>29</sup> Algunas de las reflexiones que aquí se incluyen se basan en un interesante trabajo elaborado bajo el título “La orden europea de detención y el Ministerio Fiscal español. Unas reflexiones tras la jurisprudencia del TJUE en 2019”, por Javier-Ignacio Zaragoza Tejada (Fiscal y Letrado del Tribunal Constitucional), pendiente de publicación.

<sup>30</sup> Así, si hacemos un estudio comparativo del sistema seguido en los diferentes países de la Unión, podemos comprobar que se adoptan sistemas muy diversos en materia de emisión de la OEDE. Existen, por un lado, países que optan por atribuir dicha facultad únicamente al Juez (Croacia, Chipre, España), o por un sistema mixto en el que la OEDE puede ser dictada tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez dependiendo de la fase procedimental en la que nos encontremos o, incluso, del delito del que se trate (Bélgica, Bulgaria, República Checa, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Holanda, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia, Reino Unido).

tente será el juez o tribunal sentenciador; si se emite, una vez finalizada la investigación, para la celebración del juicio oral, será competente el juez o tribunal encargado del enjuiciamiento; pero si se emite en fase de investigación para asegurar el ejercicio de la acción penal, deberá ser adoptada por el juez de garantías (el juez central de instrucción si los procedimientos se siguen en la Audiencia Nacional, o el magistrado que legalmente se designe si se trata del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia), el cual será igualmente competente para acordar la prisión provisional que debe preceder a la emisión de la OEDE.

Es cierto que la emisión de una euroorden debe ir precedida de una orden de detención o de prisión dictada por un órgano jurisdiccional del Estado miembro que la emite, bien para el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad impuesta en sentencia, bien para hacer efectivo el ejercicio de la acción penal, pero esta circunstancia no representa obstáculo alguno para asignar la emisión de la orden en el plano internacional a una autoridad judicial diferente como el Ministerio Público y reconocerle la condición de autoridad judicial emisora de conformidad con el art. 6 de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002.

Sobre esta materia, precisamente, ya se ha pronunciado el TJUE al señalar que el término “autoridad judicial” al que se refiere el artículo 6 de la DM 2002 no se limita a designar a los jueces o tribunales de un Estado miembro, sino que deben entenderse en el sentido de que se refiere, más ampliamente, a las autoridades que participan en la administración de justicia penal en ese Estado miembro, a diferencia, en particular, de los ministerios o servicios de policía, que forman parte del poder ejecutivo (STJUE del 10 de noviembre del 2016).

La cuestión se ha planteado recientemente, a través del mecanismo de la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE), ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con órdenes de detención europeas emitidas por las Fiscalías de Alemania y de Francia.

a) En relación con las órdenes europeas de detención dictadas por las Fiscalías de Lubeck y Zwickau (Alemania), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 27 mayo de 2019, asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 –tras realizar un exhaustivo estudio del estatuto orgánico de las fiscalías requirentes a fin de concretar si se garantizaba, o no, suficientemente la independencia de las mismas respecto al poder ejecutivo y, consecuentemente, si reunían, o no, la condición de “autoridad judicial” que el artículo 6 de la DM 2002/584 establece– considera que el sistema de orden de detención europea conlleva una protección a dos niveles: por un lado, en un primer nivel, en el dictado de una orden nacional de detención, y por otro lado, en un segundo nivel, al emitir la orden europea de detención entrega; de modo que, tratándose de una medida que supone una restricción importante de derechos fundamentales es necesario requerir un control judicial en alguna de dichas fases.

En base a esas consideraciones, inicialmente el TJUE parece señalar que el sistema alemán cumpliría suficientemente dichas garantías, toda vez que el dictado de la OEDE, por parte de la Fiscalía, se produce como consecuencia necesaria de una previa orden de detención nacional emitida por el órgano judicial propiamente dicho. Sin embargo, a continuación de esta primera afirmación, el TJUE acaba señalando que el segundo nivel debe gozar de una protección autónoma toda vez que el órgano de la emisión (“autoridad judicial” según los términos del art 6 de la DM 2002/584) debe estar en condiciones de ejercer la labor de controlar el cumplimiento de los requisitos (a los que se refiere la DM 2002/584) con plena objetividad e independencia y sin estar sometido, claro está, a las presiones del ejecutivo.

En el caso planteado, resulta que las propias reglas organizativas de las fiscalías alemanas no permitían descartar plenamente que las decisiones de las mismas no pudieran estar sujetas a instrucciones u órdenes del Ministro de Justicia del Land correspondiente, lo que conllevaba un riesgo para su independencia que no les permite tener la consideración de “autoridad judicial” según los términos establecidos en la DM 2002/584<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Efectivamente, según los artículos 146 y 147 de la Ley Orgánica de la Justicia el Ministro de Justicia dispone de una potestad



b) En relación con las órdenes europeas de detención dictadas por las Fiscalías de Lyon y Tours (Francia), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 12 de diciembre de 2019, asuntos acumulados C-566/19 y C-626/19, tras examinar detenidamente la legislación francesa, llegó, en este caso, a una conclusión bien diferente a la obtenida en la STJUE del 27 de mayo del 2019: que la fiscalía francesa si reunía condiciones objetivas que garantizaban su independencia frente al poder ejecutivo.

Por un lado, señala que dicha independencia viene remarcada directamente en el texto constitucional, en el que se establece que “El Presidente de la República es garante de la independencia de la autoridad judicial”. Aunque, efectivamente, el artículo 5 de la Ley Orgánica sobre el estatuto de la magistratura (*Loi organique relative au statut de la Magistrature*) señala que los fiscales se hallan bajo la dirección y control de sus superiores jerárquicos y bajo autoridad del Ministerio de Justicia, dicho poder de dirección respecto al ejecutivo se limita, únicamente, a efectos organizativos y a los efectos de la dirección de la política criminal general, y ello porque, según el Código procesal penal (*Code de procedure pénale*), está totalmente vedada la posibilidad de que el Ministerio de Justicia pueda dictar instrucciones particulares.

A juicio del TJUE, estas disposiciones garantizan suficientemente la independencia del Ministerio Fiscal respecto al poder ejecutivo lo que le permite, consecuentemente, tener la condición de autoridad judicial según los términos establecidos en el art 6 de la DM 2002/584.

Por otro lado, señala que el hecho de que el Ministerio Fiscal ejerza la acción penal no quiebra, en modo alguno, la garantía de independencia que el artículo 6 de la DM 2002/584 exige para poder dictar una OEDE. Sobre la necesidad de recurso sostiene que, aunque efectivamente el Ministerio Fiscal reúne la condición de autoridad judicial a los efectos del art 6 de la DM 2002/584, las exigencias de la tutela judicial efectiva requieren que dicha decisión sea susceptible de un recurso ante un órgano jurisdiccional. En el caso de la legislación francesa, el Código Procesal Penal prevé que la OEDE sea dictada por el fiscal como consecuencia necesaria del dictado de una orden de detención interna por el órgano jurisdiccional. Una vez dictada dicha OEDE, aunque formalmente no cabe recurso contra dicha decisión, es posible instar una modalidad de incidente de nulidad de actuaciones (art 170 *Code de procedure pénale*) por lo que, consecuentemente, se garantiza suficientemente su revisión por un órgano jurisdiccional.

En base a estas normas procesales, el TJUE concluye que, en el caso de la legislación francesa, existe un control jurisdiccional previo, coetáneo, e incluso posterior, al dictado de una OEDE lo que permite inferir que se cumplen suficientemente las exigencias derivadas de la DM 2002/584.

En síntesis, las conclusiones que cabe extraer de las sentencias del TJUE anteriormente analizadas son las siguientes:

- 1) No existe, a priori, ningún impedimento para que las legislaciones internas atribuyan al Ministerio Fiscal la posibilidad de dictar la OEDE, toda vez que al participar el mismo en la administración de justicia es susceptible de ser considerado “autoridad judicial” dentro de los términos establecido en el art 6 de la DM 2002/584.
- 2) La emisión en el plano internacional de la orden de detención estaría fundamentada, en cualquier caso, en la previa existencia de un mandato de arresto, orden de detención o auto de prisión dictado por un juez o tribunal nacional competente.

---

de instrucción externa respecto a las fiscalías de cada *Land* correspondiente, lo que confiere al mismo la posibilidad de influir directamente en la decisión de emitir, o no, una orden de detención europea.

Que aunque es cierto –como el gobierno alemán señaló en sus indicaciones presentadas ante el TJUE– que las fiscalías actúan conforme al principio de legalidad (lo que implica que las órdenes dadas por el Ministro de Justicia del *Land* no pueden sobrepasar nunca los límites de la Ley y el derecho), que los miembros de las fiscalías del *Land* de *Schleswig-Holstein* y del *Land* de *Sajonia* no pueden ser removidos de su cargo por la mera inobservancia de una instrucción, y que, además, la fiscalía del *Land* de *Schleswing-Holstein* solo puede recibir órdenes por escrito si han sido comunicadas previamente al parlamento regional, dichas garantías no son suficientes para garantizar que no pueda emitirse una orden particular por parte del ejecutivo, lo que supone, consecuentemente, hablar de una falta de independencia de dichas fiscalías.

- 3) No obstante, dicha atribución únicamente es posible cuando el Ministerio Fiscal reúne garantías suficientes de independencia frente al poder ejecutivo; y
- 4) En cualquier caso, el derecho a la tutela judicial efectiva exige siempre que la decisión del fiscal sea susceptible de recurso ante el órgano jurisdiccional competente.

Al analizar el caso español, en primer lugar, es necesario recordar que, a diferencia de lo que ocurre en Alemania y Francia, en nuestro país el legislador optó, desde el primer momento, por atribuir la función de dictar la OEDE a los órganos jurisdiccionales siendo el papel del fiscal ciertamente secundario (únicamente tiene la opción de instar el dictado de la OEDE). En consecuencia, cualquier opción de que el Ministerio Fiscal pudiera dictar o emitir una OEDE pasaría por una necesaria reforma de la Ley 23/2014.

Ante una hipotética reforma de la Ley 23/2014, cabría preguntarse si el Ministerio Fiscal español reúne las condiciones de independencia que el TJUE ha establecido en las SSTJUE del 27 de mayo y 12 de diciembre del 2019. Siguiendo la metodología de un análisis jerarquizado de las disposiciones legales aplicables, podemos comenzar señalando que, ya desde nuestra Carta Magna, se garantiza suficientemente la independencia del Ministerio Fiscal al amparo del artículo 124CE: *“El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación, y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.”*

Esta garantía de independencia viene, a su vez, reforzada por otras disposiciones legales de naturaleza estatutaria y de menor rango jerárquico. Como ya hemos señalado en el apartado IV de este trabajo, las normas que regulan el estatuto jurídico del Ministerio Fiscal español reconocen clara y meridianamente su independencia del poder ejecutivo en el ejercicio de sus funciones. No existe dependencia jerárquica alguna, ni funcional ni orgánica, del Gobierno ni del Ministro de Justicia, y ni uno ni otro pueden darle órdenes e instrucciones de ningún tipo.

Los arts. 2, 6 y 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a los que hemos hecho ya cumplida referencia en el apartado IV de este trabajo, ofrecen garantías suficientes de que el Ministerio Público actúa con independencia en el ejercicio de sus funciones y que el Poder ejecutivo no está habilitado legalmente para impartir órdenes o instrucciones que afecten a su funcionamiento.<sup>32</sup>

A mayor abundamiento, conviene señalar que su condición de autoridad judicial está plenamente reconocida en los tratados y convenios internacionales suscritos por España en el marco de la cooperación jurídica entre Estados.

En resumen, no se puede desconocer que tanto el Ministerio Fiscal español como la Fiscalía Europea reúnen las condiciones estatutarias necesarias para ser considerados como autoridad judicial a los efectos previstos por el art. 6 de la Decisión Marco 2002/584, y que por ello sería aconsejable, como sucede en la mayor parte de los Estados miembros de la Unión, que se fortaleciera su intervención en la emisión y en la ejecución de las órdenes europeas de detención, con la garantía adicional de someter su decisión a recurso ante los órganos jurisdiccionales.

<sup>32</sup> El art. 2.1 del Estatuto dice que: *“El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional, con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”*.

El art. 6 de la citada norma señala que *“Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes establezcan.*

*Si el Fiscal estimare improcedente el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado, usará de las facultades previstas en el art. 27 de este Estatuto”*.

El art. 7 de la referida norma proclama que *“Por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados”*.

# Dirección de la investigación por el Fiscal Europeo: limitaciones de derechos fundamentales y secreto de las actuaciones

Antonio Narváez Rodríguez

Magistrado del Tribunal Constitucional. (Fiscal de Sala del Tribunal Supremo en servicios especiales)

## 1. Introducción

El tercero de los pilares que conformaban el sistema de la UE, esto es el pilar de la cooperación en materia de Justicia y de Interior o de Asuntos Nacionales<sup>1</sup>, sustituido a partir del Tratado de Lisboa por el denominado “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” (ELSJ), ha estado demandando, desde mucho tiempo atrás, la creación de un órgano supranacional que contribuyera a dar cumplimiento a uno de los objetivos esenciales<sup>2</sup> de las instituciones europeas, como es el de la obligación de proteger los propios intereses financieros de la Unión, al tiempo que los de sus Estados miembros. En este sentido, el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) vino ya a prever, en su art. 86.1, la posibilidad de que el Consejo pudiera crear, a través del correspondiente Reglamento, una Fiscalía Europea, a partir de Eurojust, *“para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión”*.

Pues bien, después de complicados trabajos preparatorios y largas negociaciones, la Fiscalía Europea ha visto finalmente la luz con la aprobación del Reglamento (UE) 2017/1939, del Consejo, de 12 de octubre<sup>3</sup> (en adelante, el RFE) *“por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea”*<sup>4</sup>, erigiéndose en una pieza fundamental en el diseño de una estrategia de cooperación más estrecha que, en el ámbito del proceso penal, pueda llevar a efecto, según está previsto que lo sea a partir del próximo día 20 de noviembre de 2020<sup>5</sup>, la persecución de las conductas delictivas de fraude a aquellos intereses financieros<sup>6</sup>, mediante la investigación y el ejercicio de la acción penal en los procesos que se sigan en los Estados miembros adheridos a dicho mecanismo de cooperación reforzada<sup>7</sup>.

La visión y el estudio de la Fiscalía Europea que se ofrece en este trabajo no se va a referir, ni a su estructura organizativa, ni tampoco a la relación que deba existir entre esta institución de la UE y las Fiscalías nacionales de los Estados miembros que se han adherido a este sistema de cooperación reforzada, sino a una cuestión, a mi juicio de mayor calado, como es la de la

<sup>1</sup> *Cooperation in Justice and Home Affairs (CJHA)*.

<sup>2</sup> El art. 310.6. TFUE dispone que. *“La Unión y los Estados miembros, de conformidad con el artículo 325, combatirán el fraude y cualquier otra actividad ilegal que perjudique a los intereses financieros de la Unión”*.

<sup>3</sup> Diario Oficial de la Unión Europea (DUE), núm. 283, del 31 de octubre de 2017.

<sup>4</sup> El art. 1 de este Reglamento dispone que *“por el presente Reglamento se crea la Fiscalía Europea y se establecen normas en cuanto a su funcionamiento”*.

<sup>5</sup> El art. 120. 2 párrafos segundo y tercero RFE establece que: *“La Fiscalía Europea asumirá las funciones de investigación y ejercicio de la acción penal que le otorga el presente Reglamento a partir de una fecha que se determinará mediante una decisión de la Comisión sobre una propuesta del Fiscal General Europeo una vez que se cree la Fiscalía Europea. La Decisión de la Comisión se publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea.*

*La fecha que deberá fijar la Comisión no será anterior a tres años después de la entrada en vigor del presente Reglamento”*. El RFE entró en vigor el día 20 de noviembre de 2017. El 14 de octubre de 2019, el Consejo designó como primera Fiscal General Europea a la Fiscal del TS de Rumanía doña Laura Codruta Kővesi.

<sup>6</sup> La tipificación de las conductas delictivas viene determinada en la 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”* (DUE núm. 198, de 28 de julio de 2017).

<sup>7</sup> Actualmente, 22 Estados Miembros, que son: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta (adherida en 2018), Países Bajos, Portugal, República Checa y Rumanía.

incidencia que el desempeño de las funciones propias de la Fiscalía Europea<sup>8</sup> pueda tener en los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos europeos. Dicho de otro modo, se trata de analizar, con la extensión que permite este artículo, el problema que pueda plantear la actuación de esta Fiscalía de ámbito supranacional en relación con el catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas que reconocen nuestra Constitución y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), así como la particular afectación que hayan de tener las doctrinas del TC español y el TJUE sobre el alcance, contenido y límites de aquellos derechos y libertades que guardan mayor vínculo de conexión con el proceso penal.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que tuvo lugar el día 1 de diciembre de 2009, y el consiguiente inicio de la vigencia de la CDFUE, que no sólo dio estatuto de derecho originario a la Carta, sino que amplió la competencia de la UE y del TJUE sobre el ELSJ, tal circunstancia ha supuesto un reto para la protección de los derechos, tanto por la capacidad de injerencia en los mismos que confiere a la normativa europea, como por los mecanismos jurídicos empleados para su desarrollo.

A partir de dicho momento, hasta un total de tres catálogos de derechos fundamentales y libertades públicas han de ser tenidos en cuenta en su aplicación por los operadores jurídicos que intervengan en un proceso penal: El propio de nuestro derecho interno, recogido en la Constitución de 1978; el del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Protocolos anexos de 1950 (CEDH); y, por último, el recogido en la CDFUE que, proclamada en el Tratado de Niza de 2000, adquirió fuerza vinculante a partir de la vigencia del Tratado de Lisboa de 2007<sup>9</sup>.

A la existencia de estos instrumentos normativos de derechos fundamentales, uno nacional y los otros dos supranacionales, se une el que cada uno de ellos cuente con su propio intérprete supremo y que la doctrina emanada de los mismos deba ser de aplicación en cualesquiera procesos penales que se sigan en España para depurar las responsabilidades penales que se enjuicien en aquellos. No hay que olvidar que el art. 10.2 CE impone una cláusula de interpretación de tales derechos y libertades, de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España.

Como iremos viendo a lo largo de esta exposición, no siempre los denominados “estándares de protección”, esto es el alcance, contenido y efectos, así como la limitación de los derechos fundamentales y de las libertades públicas reconocidos en cada uno de aquellos textos normativos, son objeto de una interpretación y aplicación uniformes por los Tribunales nacionales y Europeos, lo que en un plano teórico y dogmático, debería ser un objetivo a alcanzar. Sin embargo, la realidad de sus pronunciamientos pone de manifiesto que, en la práctica, la doctrina emanada de sus sentencias y decisiones puede ser de diferente intensidad e incluso llegar a abarcar determinados derechos que no tienen reflejo explícito en nuestro derecho interno<sup>10</sup> o que, aun teniéndolo, no son reconocidos con la misma intensidad<sup>11</sup>. El distinto ámbito territorial y la cultura jurídica tan dispar, que es propia de cada Estado miembro de ambas entidades supranacionales, influye sobremanera en los pronunciamientos de aquellos Tribunales europeos,

<sup>8</sup> Incluyo en esta denominación genérica, no sólo a los Fiscales Europeos propiamente dichos, sino también a los Fiscales españoles que actúen como delegados del Fiscal Europeo, según la terminología que utiliza el art. 8 RFE.

<sup>9</sup> Además, como señala el art. 10.2 CE, estos derechos fundamentales deben ser interpretados “de conformidad con la declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

<sup>10</sup> Por ejemplo, el derecho a la vida privada personal y familiar del art. 8 CEDH no se identifica en su totalidad con los derechos de la personalidad (honor, intimidad personal y familiar y propia imagen) recogidos en el art. 18.1 CE [en la STC 11/2016, de 7 de marzo, los recurrentes invocaron la vulneración de su derecho a la vida privada personal y familiar, con apoyo en el art. 18.1 CE (derecho a la intimidad personal y familiar), por no haberseles dejado incinerar los restos de su hijo, que había fallecido antes de nacer. El Tribunal estima el recurso, pero lo hace apreciando la vulneración del derecho a la intimidad, aunque, apoyando su decisión en la doctrina del TEDH sobre el art. 8 CEDH. Esta sentencia cuenta, no obstante, con dos votos particulares discrepantes y uno concurrente, que revela el debate suscitado en el seno del Tribunal].

<sup>11</sup> En este sentido, por ejemplo, el reconocimiento que hace el CEDH, respecto del derecho de propiedad en el art. 1 del Protocolo Adicional 1º, permite invocar su vulneración ante el TEDH; sin embargo, este derecho no está incluido, aun reconocido como derecho constitucional (art. 33.1 CE), en el catálogo de derechos fundamentales que puede ser invocado en el recurso de amparo (art. 53.2 CE).

lo que hace que el denominado principio del “margen de apreciación nacional”<sup>12</sup> contribuya a que las doctrinas de las Cortes de Luxemburgo y de Estrasburgo no siempre sean coincidentes con la del Tribunal Constitucional español.

Cierto es que hay un sustrato común compartido por todos los Estados miembros de la UE o suscriptores del Convenio de Roma, de modo particular entre los primeros, en los que hay una vocación integradora, que tiende a desplazar las disparidades normativas y aplicativas de los Estados miembros a favor de la uniformidad, a través de diferentes instrumentos jurídicos entre los que hay que destacar el del principio de primacía del derecho de la UE.

Este problema alcanza una particular y, sin duda, más acusada significación en los supuestos en que la persecución de las conductas delictivas por fraude a los intereses financieros de la UE tenga un alcance supranacional, bien sea porque los delitos hayan sido cometidos en diferentes Estados miembros y sus consecuencias jurídicas negativas afectar a aquellos o a otros terceros Estados, bien porque sus partícipes integren organizaciones o grupos criminales que desarrollen sus actividades delictivas en distintos territorios de la UE o fuera de sus fronteras. Todo ello, unido a que la nueva Fiscalía Europea, si bien está concebida con una vocación integradora, su estructura, organización y funciones tiene, sin embargo, un ámbito y alcance transnacional, que hace que el problema presente unas connotaciones singulares, que, en la medida de lo posible y desde la perspectiva de la salvaguarda de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos afectados, bien lo sea como inculpados, bien como víctimas directas o indirectas de aquellos delitos, deban ser analizadas con cierto detenimiento.

Al estudio de esta tarea me voy a dedicar en los siguientes apartados, no sin antes puntualizar que sólo lo podré hacer desde una perspectiva muy general y sin llegar a la profundidad que, en algunos temas, la cuestión así lo requeriría. Además, por razón de la problemática que se dilucida, que es la de la figura del Fiscal Europeo y cómo su actuación pueda verse afectada por la jurisprudencia constitucional y europea en materia de protección de derechos fundamentales, limitaré el análisis a la delimitación entre la doctrina del TJUE y la del TC español, sin poder extenderme a las cuestiones de alcance general que plantea la interrelación entre aquellas Cortes y la Corte de Estrasburgo, particularmente entre la doctrina del TJUE y el TEDH<sup>13</sup> en materia de derechos fundamentales.

## 2. El problema del estándar de protección

### 2.1. Planteamiento

Ya he apuntado en las notas introductorias de este trabajo que el denominado “estándar de protección” de los derechos fundamentales y libertades públicas puede alcanzar distinto nivel,

<sup>12</sup> Doctrina introducida por el TEDH que consiste en que la Corte de Estrasburgo no aprecia, bajo determinadas circunstancias y condiciones, una posible violación de un derecho reconocido por el Convenio, argumentando que el Estado denunciado ha actuado dentro de un margen que no excede lo dispuesto en el CEDH. El margen de libre apreciación de los Estados varía en su amplitud según las circunstancias y los derechos implicados, así como según la sensibilidad política, social o moral, y la existencia o no de consenso dentro de cada Estado miembro en cuanto a la solución que se deba dar a cada cuestión que surja. Facilita respetar el arraigo social de cada práctica y evita que dicte el Tribunal sentencias demasiado teóricas y abstractas. En definitiva, se toma en consideración cuando no hay un consenso entre los Estados miembros acerca del alcance y consecuencias de la aplicación de un determinado derecho. [Ej. STEDH (Gran Sala) de 18 de marzo del 2011, asunto *Soile Lautsi y otros contra Italia* (recurso nº 30814/06). Esta sentencia revocó una anterior de 3 de noviembre de 2009, dictada por la Sección Segunda del Tribunal. El caso alude a la reclamación que había efectuado la señora Soile Lautsi contra el Estado Italiano, porque, a su juicio, lesionaba sus derechos a la libertad religiosa, de conciencia, a la igualdad, y al derecho de los padres a la educación de sus hijos de acuerdo con sus convicciones. Todo ello derivaba de que sus hijos asistían a una escuela pública en cuyas aulas había crucifijos y reclamaba su retirada en base a los derechos indicados. El TEDH, con fundamento en el principio de libre apreciación, entendió que la presencia del crucifijo en los colegios públicos italianos no era un factor de adoctrinamiento, sino una tradición secular y cultural arraigada en Italia y, por ello, desestimó todas las violaciones alegadas].

<sup>13</sup> Ni siquiera existe una estrecha conexión entre la doctrina de las Cortes de Estrasburgo y de Luxemburgo. Buena prueba de ello es que la UE, como institución europea con personalidad jurídica propia, no ha suscrito aún el Tratado de Roma. A este respecto, entre otros muchos, son muy interesantes los trabajos de Clara GONZÁLEZ PUENTE, sobre “*El problema de la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el Derecho Comunitario: La doctrina del asunto Bosporus*”. Foro, Nueva época, vol. 18, núm. 2 (2015): págs 405-427; también, el de Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, sobre “*¿Puede aplicarse la doctrina Bosporus a los mecanismos de cooperación judicial del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia?*”. En el mismo sentido, la STEDH (Gran Sala) *Avontis contra Letonia* de 23 de mayo de 2016 y el comentario que se hace en la Revista Española de Derecho Europeo núm. 61/2017. Comentarios de Jurisprudencia. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2017

según se trate de la doctrina constitucional interna o de la dictada por el TJUE o el TEDH en la interpretación y aplicación de los derechos contenidos en la CDFUE o en el CEDH.

Esta cuestión tiene especial relevancia en aspectos como el que ahora estudiamos, en que se contempla la figura y actuación de una institución que va a tener posibilidad de intervenir en procesos penales que pueden tener un ámbito territorial que rebase las fronteras de un Estado, lo cual plantea *ab initio* la dificultad de que la persecución, más allá de las fronteras estatales, de los delitos específicos para los que tiene competencia la Fiscalía Europea supone la dificultad de tener que hacer frente a ordenamientos jurídicos internos que puedan tener diferentes concepciones sobre el ámbito de actuación del Fiscal nacional en las diligencias de investigación o en diferentes fases del proceso penal.

Además, en lo que respecta a nuestro país, el problema se agudiza por dos razones:

- a) En primer lugar, porque la doctrina del Tribunal Constitucional, en la salvaguarda de algunos de los derechos fundamentales de índole procesal, ha establecido un estándar de protección superior<sup>14</sup> o distinto<sup>15</sup> al que han reconocido los Tribunales Europeos en aplicación de la CDFUE o del CEDH.
- b) Y, en segundo término, porque el diseño del proceso penal español, en lo que se refiere a la fase de instrucción, mantiene aún la figura del Juez de Instrucción, que tiene a su cargo, no sólo la investigación de los hechos delictivos, sino también la potestad para acordar medidas cautelares limitativas de derechos fundamentales, actuando a la par como juez de garantías de esos mismos derechos, lo cual no se coherente hoy con ninguno de los sistemas procesales de los Estados de la UE que nos son más próximos<sup>16</sup>.

A estos dos problemas voy a hacer referencia a lo largo de este trabajo, si bien en este apartado me centraré en el primero de ellos, el del estándar de protección.

## 2.2. Estándar de protección: Modelo a seguir

En la medida en que la Fiscalía Europea va a funcionar como institución propia de la UE, interesa, primeramente, poner en relación los estándares de protección que, de una parte, el Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) ha establecido en relación con los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en nuestro texto constitucional y, de otro lado, los determinados por el TJUE respecto de los derechos recogidos en la CDFUE, para después identificar un ámbito propio de protección que pueda servir de utilidad para el desempeño de

<sup>14</sup> El supuesto más significativo es el del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE (proceso justo y equitativo, en la terminología que utiliza el art. 6.1 CEDH), en lo que se refiere a los juicios penales celebrados en ausencia del acusado. Como es de público conocimiento entre los operadores jurídicos, esta modalidad de juicio en ausencia únicamente se permite en nuestro proceso penal interno cuando, en el ámbito del procedimiento abreviado, se den las condiciones establecidas en el art. 786 LECrim, en particular la del requisito del máximo de la pena solicitada, siendo posible acudir después al proceso de nulidad previsto en el art. 793 LECrim. En cambio, en la doctrina del TEDH es posible la celebración del juicio en ausencia, por lo que el Convenio reconoce un amplio margen de apreciación y regulación de esta modalidad de enjuiciamiento. Ahora bien, el requisito esencial es que el acusado tenga posibilidad de un recurso efectivo que le permita instar y obtener la revisión del celebrado en ausencia. Además, es posible también la renuncia voluntaria a estar presente en el juicio, pero, en tal caso, la renuncia debe constar de manera explícita e inequívoca. (Por todas, la STEDH de 10 de noviembre de 2004. *Caso Sejdivic contra Italia*. & 29 a 31; Entre las más recientes, STEDH de 25 de septiembre de 2018, *Caso K contra Albania*. & 30 y 31). Por su parte, en el ámbito de la UE, la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, “por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio”, claramente destaca que puede “celebrarse un juicio que pueda dar lugar a una resolución de condena o absolución de un sospechoso o acusado en su ausencia, cuando este haya sido informado del juicio y haya encomendado a un letrado, designado o bien por el sospechoso o acusado o bien por el Estado, su defensa en el juicio, y dicho letrado haya defendido en el juicio los intereses del sospechoso o acusado” (Considerando 37) (art. 8.2 y 4; art. 9).

<sup>15</sup> Caso, por ejemplo, de la protección del derecho de propiedad, que en nuestro texto constitucional, es un derecho constitucional, pero no fundamental susceptible del recurso de amparo y, sin embargo, sí que es susceptible de ser invocado ante el TEDH.

<sup>16</sup> Ni siquiera con el de Francia, que fue el creador de la figura del Juez de Instrucción. Y si bien es cierto que el *Code de Procédure Pénale* todavía conserva esta figura, sus atribuciones, en lo que se refiere a la investigación de hechos delictivos, tiene un ámbito de competencias mucho más reducido que en España; la instrucción de los procesos por delitos graves viene condicionada por el *dossier* preliminar que realiza el Fiscal (magistrat du parquet).

las funciones propias de la Fiscalía Europea, a la hora de afrontar la persecución penal de los hechos delictivos para los que tiene competencia.

### **2.2.1. La CDFUE y su aplicación por el TJUE**

El vigente art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) dispone que “[l]a Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Así pues, la CDFUE tiene reconocido un valor jurídico semejante a los Tratados constitutivos de la UE y, por consiguiente, fuerza vinculante y, además, rango constitucional, por cuanto el fenómeno de la integración europea se ha instrumentado a través del art. 93 CE<sup>17</sup>.

El carácter vinculante de los derechos enunciados en la Carta, cuando los Estados miembros apliquen el Derecho de la Unión<sup>18</sup>, unido al principio de primacía de este Derecho sobre el de los Estados miembros, hizo suscitar una serie de inquietudes e incertidumbres acerca del verdadero alcance de aquellos derechos, particularmente en lo que se refiere al papel que los Tribunales Constitucionales nacionales u otros órganos de semejante naturaleza de los Estados miembros estuvieran llamados a desempeñar en relación con esta proclamación convencional, toda vez que el eventual otorgamiento de primacía a los derechos enunciados en la CDFUE podría suponer una rebaja en el cometido de los órganos constitucionales nacionales, que vendría a sumarse al control desconcentrado de la adecuación de la normativa interna a la de la UE, a través del planteamiento de las cuestiones de prejudicialidad (art. 267 TFUE) por cualesquiera jueces o tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Pues bien, el TJUE (Gran Sala), por vía de cuestión prejudicial, trató de dar respuesta a esta problemática con dos sentencias de la misma fecha, 26 de febrero de 2013, la primera de ellas atinente a España y la segunda, procedente de Suecia. Me estoy refiriendo, en concreto y respectivamente, a los asuntos C-399/11, caso Stéfano Melloni (España) y C-617/10, caso Hans Akerberg Fransson (Suecia).

La primera de las sentencias tiene especial importancia para la cuestión que estamos estudiando, no tanto ya porque se refiera a España, cuanto más porque es el resultado de la única cuestión prejudicial que, hasta el momento, ha planteado el TC y que se refiere a una problemática relevante para el proceso penal, como es la de la aplicación de la orden europea de detención y entrega de personas a otros Estados miembros de la UE, para la ejecución de penas privativas de libertad acordadas por sentencia dictada en juicio celebrado en ausencia del acusado.

Por su parte, la segunda de las resoluciones alude a una problemática de eventual concurrencia y aplicación del principio *ne bis in idem* (art. 50 CDFUE), en un supuesto en que al recurrente se le habían impuesto unos recargos fiscales como consecuencia de haber facilitado datos fiscales falsos a la Hacienda sueca para determinadas declaraciones del IRPF y liquidaciones del IVA. Como consecuencia de ello, también se le abrió un proceso penal por presunto delito fiscal.

Para nuestro estudio, más que lo que el TJUE determinara en cada caso concreto, lo ahora relevante es la doctrina que este Tribunal establece en relación con el estándar de protección de la UE respecto de los derechos recogidos en la CDFUE y, sobre todo, su incidencia en el Ordenamiento español en materia de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas. La doctrina, en ambos casos, atiende a la misma cuestión, la delimitación del estándar de protección europeo de los derechos fundamentales recogidos en la CDFU y su incidencia

<sup>17</sup> SSTC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3 a); 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 4 y 22/2018, de 5 de marzo, FJ 3, entre otras.

<sup>18</sup> El art. 51.1 CDFUE, que lleva por rúbrica “*ámbito de aplicación*”, dispone: “*Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.*”.

en los Estados miembros, si bien establece una diferenciación, que matizaremos en el apartado siguiente.

Hay que decir, no obstante, que el eje central de nuestro estudio se va a referir a la sentencia del caso Melloni de la Corte de Luxemburgo y a la respuesta del TC, que se materializó en la STC 26/2014, de 13 de febrero, teniendo en cuenta las soluciones aportadas por el TJUE sobre las preguntas formuladas en la cuestión prejudicial planteada.

### **2.2.2. La posición de los Estados miembros en relación con el estándar de protección**

Dos grandes etapas se pueden apreciar en la cronología de los vínculos de relación entre los Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas con competencia en materia de protección de derechos fundamentales de los Estados miembros, y la posición del TJUE, en esta materia<sup>19</sup>. Cronológicamente, la línea divisoria entre ambos períodos se sitúa en el momento en que entró en vigor la CDFUE y, con ello, la posibilidad de que la Corte de Luxemburgo pudiera hacer pronunciamientos en materia de derechos fundamentales; en particular y en lo que ahora es de interés, sobre la protección y eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 47, párrafo primero CDFU<sup>20</sup>.

(i) En la etapa anterior a la vigencia de la CDFUE predominó la llamada doctrina de los “contra-límites”<sup>21</sup>, propugnada por los Tribunales, Constitucional de Italia, y Federal de Alemania, que asumieron la iniciativa de hacer prevalecer la doctrina interna propia de protección de los derechos fundamentales, sobre los planteamientos generales que, en aquel momento, pudiera hacer el TJUE, por vía de resolución de cuestiones prejudiciales.

Para el primero de estos órganos constitucionales, la limitación de soberanía que, para un Estado miembro, supone su integración europea no puede en ningún caso acarrear que se conceda a las instituciones comunitarias *“un poder inadmisibles de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana”*<sup>22</sup>.

Por su parte, la Corte de Karlsruhe entendió que cualquier juez nacional que planteara una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, respecto de la compatibilidad entre la norma comunitaria europea cuestionada, en términos de validez y a la luz del derecho comunitario, con los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, si la respuesta ofrecida por la Corte Europea no le convenía y le suscitaba dudas sobre su constitucionalidad, podía acudir después al Tribunal Federal Alemán para que pudiera declarar inconstitucional toda actuación del Estado alemán que aplicara la norma comunitaria europea, si ésta se reputaba como contraria a la doctrina del Tribunal Federal sobre un derecho fundamental reconocido en la Ley Fundamental. Es decir, el Tribunal Federal no se pronunciaba directamente sobre la validez de la norma europea, pues esta cuestión quedaba fuera de sus atribuciones, sino de modo indirecto, juzgando la constitucionalidad de aquella actuación que hubieren realizado los poderes públicos y autoridades alemanas en aplicación de la norma comunitaria<sup>23</sup>.

De esta doctrina se puede extraer la conclusión de que, con anterioridad a la vigencia de la CDFUE, el estándar de protección que venía asumido por los Estados miembros era el de la doctrina emanada de los Tribunales y órganos judiciales nacionales competentes para la protección de los derechos fundamentales recogidos en sus textos constitucionales internos, de

<sup>19</sup> Notas extraídas del magnífico discurso de ingreso, como miembro de número, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, del Dr. D. Ricardo ALONSO GARCÍA, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

<sup>20</sup> Art. 47, párrafo primero CDFUE: *“Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo”*.

<sup>21</sup> ALONSO GARCÍA, Ricardo, en discurso referenciado.

<sup>22</sup> Sentencia 183/1973, de 27 de diciembre, asunto Frontini. En el mismo sentido, Sentencia 170/1984, de 8 de junio, asunto Granital; y Sentencia 232/1989, de 21 de abril, caso Fragd.

<sup>23</sup> ALONSO GARCÍA, Ricardo, en discurso anteriormente referenciado. Este autor cita, al respecto, el Auto del Tribunal Federal Alemán de 29 de mayo de 1974 (2 BvL 52/71).



tal manera que cuando aquellos tuvieran que juzgar la constitucionalidad de un acto de aplicación de una norma del Derecho Comunitario por un poder público interno y ello supusiera una posible contravención de la doctrina constitucional propia sobre un derecho fundamental recogido en su Carta Magna, el Tribunal interno anularía por inconstitucional aquel acto, eso sí, sin pronunciarse sobre la validez de la norma comunitaria aplicada al caso.

En esta etapa, la posición del TC español se alineaba con la doctrina de los “contra-límites” sostenida por los Tribunales italiano y alemán. A este respecto, partía de una consideración general, que aún sigue vigente en su doctrina<sup>24</sup>, la de que el Derecho de la UE “no es canon de constitucionalidad”, en referencia a que *“ni el fenómeno de la integración europea, ni el art. 93 CE a través del que ésta se instrumenta, ni el principio de primacía del Derecho de la Unión que rige las relaciones entre ambos ordenamientos, han dotado a las normas del Derecho de la Unión Europea, originario o derivado, ‘de rango y fuerza constitucionales’”*<sup>25</sup>. Si bien, añadía, a continuación, que *“[I]o anteriormente expuesto no inhabilita a este Tribunal, sin embargo, para revisar la valoración judicial de la posible contradicción entre el Derecho comunitario y el interno cuando la misma haya implicado la lesión de alguno ‘de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los arts. 14 a 30 CE [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y título III LOTC]’ [STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a)]”*<sup>26</sup>.

Tal planteamiento se materializaba en la tesis de que, sobre todo, en materia de cooperación judicial dentro de la UE, el TC aplicaba el estándar de máxima protección, de tal manera que, ante la tesitura de haber sido invocada la vulneración de un derecho fundamental, el Tribunal español únicamente consideraba su propia doctrina interna para resolver el recurso de amparo que le fuera planteado, máxime cuando se trataba de las garantías constitucionales reconocidas en el art. 24 CE. A este respecto, por ejemplo, la alegada vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, en supuestos de aplicación de la orden europea de detención y entrega a otros Estados miembros de la UE, el TC tenía en cuenta su propia doctrina, dejando a un lado los principios de confianza y reconocimiento mutuos, que deben caracterizar la relación, bilateral o multilateral, entre los Estados miembros de la UE.

Así, por ejemplo, el TC, en relación con la celebración de juicios en ausencia, vino a declarar que *“el derecho del acusado a estar presente en la vista oral no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones de hechos que, referidas a su propia conducta, conforman la pretensión acusatoria”*. El TC concedió el amparo porque *“la decisión de la Audiencia Nacional de acceder a la entrega del recurrente a las autoridades rumanas para el cumplimiento de la condena, sin someter dicha entrega a la condición de que la condena impuesta en ausencia pudiera ser sometida a revisión, vulneró el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)”*<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Por ejemplo, en las SSTC 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 4, y 22/2018, de 5 de marzo, FJ 3.

<sup>25</sup> STC 58/2004, de 19 de abril. FJ 11.

<sup>26</sup> El FJ 11 de la referida STC 58/2004 añadía, a continuación, para terminar el razonamiento: *“Ello porque en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución” [STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a)]”*.

<sup>27</sup> STC 199/2009, de 28 de septiembre, FJ 4, que viene a continuar la doctrina establecida por el Tribunal en anteriores resoluciones [por todas, las SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 13 y 177/2006, de 27 de junio, FJ 7 b)]. En el FJ de referencia, el Tribunal agregaba que *“[s]ólo mediante la presencia física en el acto del juicio puede prestarse o negarse la conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por éstos, y puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del Letrado”*. Esta sentencia tuvo voces muy críticas dentro del Tribunal, que se manifestaron en dos importantes votos particulares de los magistrados Rodríguez-Zapata Pérez y Pérez Tremps, que, en síntesis, discrepaban del criterio de la mayoría por entender que el mecanismo de cooperación judicial entre Estados miembros de la UE, consistente en la Orden de Detención y Entrega regulado por la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio, modificada por la posterior Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero, materializada en nuestro Ordenamiento por la Ley 3/2003, de 14 de marzo, se apoya en el principio de confianza recíproca entre los Estados miembros, que coinciden en un mínimo común denominador caracterizado por el reconocimiento de la efectividad de tales derechos en cada uno de ellos y para todos los ciudadanos, cualquiera que sea su país de procedencia.

- (ii) Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y el inicio de la vigencia de la CDFUE, se suscitó el problema, ya adelantado, de cuál habría de ser el papel a desempeñar por el nuevo catálogo de derechos fundamentales de la UE, que había adquirido carácter de norma jurídica vinculante para todos los Estados miembros. La pregunta que latía en el fondo era la de cómo cohesionar los sistemas de protección de derechos fundamentales de los Estados miembros y la doctrina emanada de sus Tribunales nacionales con la que pudiera pronunciar el TJUE en aplicación de la nueva CDFUE, por vía de cuestiones prejudiciales.

A esta cuestión trató de dar respuesta el TJUE, constituido en Gran Sala, por medio de las ya indicadas sentencias Melloni y Akerberg, ambas de 26 de febrero de 2013, que han venido a configurar un cuerpo de doctrina que no responde, precisamente, a las tesis que hasta entonces venían sosteniendo los Tribunales nacionales de los Estados miembros. En síntesis, la Corte de Luxemburgo ha establecido un criterio que es el del “estándar mínimo de protección, común a todos los Estados miembros”, de tal manera que, en aquellos asuntos en que estén afectados derechos fundamentales y proceda la aplicación de normas del Derecho de la UE, los Estados miembros deberán atenerse a ese modelo de estándar de protección y no al suyo propio, aunque sea de alcance superior al europeo.

De todos modos veremos, a continuación, que este criterio presenta un doble matiz en cuanto a su formulación definitiva y a su grado de intensidad, que es necesario desarrollar en el apartado siguiente.

### **2.2.3. El TJUE: Análisis de casos**

Como he indicado *supra*, las sentencias recaídas en los casos Melloni (C-399/11) y Akerberg (C-617/10), ambas de la Gran Sala, marcan un punto de inflexión en el diálogo entre los Tribunales nacionales y el TJUE en materia de protección de derechos fundamentales y aportan luz en la aplicación e incidencia que la CDFUE vaya a tener en cada uno de los Estados miembros, a la hora de enjuiciar las quejas por vulneración de estos derechos, cuando se vea comprometida la aplicación del Derecho de la UE.

#### **2.2.3.1. Caso Melloni**

De modo resumido, el caso de referencia tiene como protagonista al ciudadano italiano Stéfano Melloni, que fue condenado en rebeldía, mediante juicio celebrado en su ausencia aunque con letrado designado por aquél<sup>28</sup>, a la pena de diez años de prisión por un delito de quiebra fraudulenta. Las autoridades italianas (concretamente, el Fiscal General de la República) expidió una orden europea de detención y entrega del condenado, para ejecución de la pena privativa de libertad impuesta, que remitió a las autoridades españolas.

La Audiencia Nacional accedió a la entrega del señor Melloni, desestimando su oposición a la misma, y posteriormente el asunto llegó al TC, por vía de recurso de amparo, en el que el demandante alegó la vulneración indirecta<sup>29</sup> de su derecho a un proceso con todas las garantías, dado que los estándares de protección en nuestro Derecho, según la doctrina constitucional que he señalado anteriormente, exigía la necesidad de un recurso de revisión de la condena impuesta en ausencia, es decir, un instrumento procesal revisorio semejante o parecido al del juicio de nulidad que establece el art. 793 LECrim; a diferencia de la española, la norma procesal italiana no lo contemplaba.

<sup>28</sup> La condena la impuso un Tribunal de Ferrara, en primera instancia, y, posteriormente fueron desestimados sucesivos recursos de apelación (Corte de Apelación de Bolonia) y casación (Corte Suprema de Italia). En ambos recursos el acusado no compareció pero fue asistido por un letrado de su elección.

<sup>29</sup> Se entiende por “vulneración indirecta” de un derecho fundamental, la cometida por las autoridades españolas en supuestos de cooperación judicial internacional (extradición, orden europea de detención y entrega, etc...) cuando aquéllas no restablecen el derecho fundamental inicialmente infringido por las autoridades del País requirente de aquella cooperación. Es decir, estamos hablando del contenido vinculante de los derechos fundamentales recogidos en la CE con una eficacia *ad extra*. En el ATC 86/2011, de 9 de junio, FJ 2 b) se hace una detallada exposición de este concepto y del contenido esencial de los derechos fundamentales que se ven infringidos por una “vulneración indirecta”.

Llegado el momento de dictar sentencia, el Pleno del TC decidió suspender el curso del proceso para plantear cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la interpretación y validez<sup>30</sup> del art. 4 bis, apartado 1 de la Decisión Marco 2002/584/JAI<sup>31</sup>, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2 CDFUE.

En concreto, el ATC 86/2011, de 9 de junio<sup>32</sup>, centró el planteamiento de la cuestión prejudicial del precepto de referencia en torno a tres preguntas, que, resumidamente, son las siguientes:

- a) ¿Este precepto impide que la autoridad judicial encargada de ejecutar una orden europea de detención y entrega, para el cumplimiento de una pena impuesta en juicio celebrado en ausencia pero con designación voluntaria de su letrado defensor, pueda condicionar dicha entrega a que la condena pueda ser revisada, para así garantizar los derechos de defensa del reclamado?.
- b) Si fuera “sí” la respuesta a la anterior pregunta, es decir, si el precepto no permite que pueda establecerse aquella condición para la entrega del reclamado, ¿es compatible el precepto de la UE cuestionado “con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2” de la CDFU?.
- c) Si la respuesta a la segunda pregunta fuera “sí”, es decir, que se sostenga tal compatibilidad entre el precepto y los derechos fundamentales enunciados, “¿permite el art. 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?”.

El TC, pues, ponía como eje central de su planteamiento, la cuestión de determinar cuál debería ser el estándar de protección de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que se trataba de un recurso de amparo interpuesto a partir de un proceso judicial de ejecución de una orden europea de detención y entrega. En consecuencia, estaba en juego la aplicación de una norma de la UE, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 CDFUE. El problema afectaba al contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías, pues, conforme a su doctrina, debía ser estimada la alegada vulneración indirecta de este derecho en un supuesto de hecho en que, celebrado el juicio en ausencia del acusado, pese a haberlo sido con asistencia de un letrado de su elección (solución establecida en el art. 4 bis de la Decisión Marco de referencia), no se le iba a dar oportunidad al condenado de instar la revisión de su sentencia condenatoria en un nuevo juicio con su presencia, si era entregado a las autoridades italianas.

La sentencia de 26 de febrero de 2013 del TJUE (Gran Sala) respondió a las dos primeras cuestiones suscitadas en el sentido de que la norma europea cuestionada no dejaba margen alguno de maniobra respecto de la posibilidad de imponer, como condición a la ejecución de la entrega, la exigencia de una revisión de la condena por parte del Estado emisor (Italia), pues, en el caso de autos, el condenado había tenido conocimiento de la fecha de celebración del juicio y había dado “mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio”<sup>33</sup>, con lo que se había cumplido la exigencia establecida en el art. 4 bis 1 de la Decisión Marco 2002/584/JAI de referencia. La tercera de las respuestas, que analizaremos, a continuación, de modo más

<sup>30</sup> Dos cuestiones eran de interpretación y una de validez, según reconoció el TC en su STC 26/2014, FJ 2.

<sup>31</sup> Introducido, como se ha indicado, por la Decisión Marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero.

<sup>32</sup> Recurso de Amparo núm. 6922/2008.

<sup>33</sup> Apartados 11 y 23.

detallado, declaró expresamente que *“el artículo 53 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución”*<sup>34</sup>.

El TJUE centra en la respuesta a esta tercera cuestión la línea fundamental de su argumentación y, en referencia al art. 53 CDFUE<sup>35</sup>, que el TC había invocado en la tercera de sus preguntas para suscitar la duda de si debía optar por el estándar interno de protección de los derechos fundamentales, que, en el caso de autos, era mayor que el de la UE, o bien por este último, rechaza frontalmente<sup>36</sup> la posibilidad de que, cuando sea de aplicación, sin ningún margen de discrecionalidad para los Estados, lo dispuesto en una norma del derecho de la UE, deberá prevalecer el estándar de protección que establezca la normativa europea.

El razonamiento que la Corte de Luxemburgo ofrece para sostener esta conclusión es la aplicación del principio de primacía del Derecho de la UE, además de señalar que, de permitir por parte de cada Estado miembro la invocación del art. 53 CDFUE para evitar la lesión del derecho fundamental (proceso con todas las garantías, en el caso de autos), conforme al estándar nacional de protección de aquel derecho, *“conduciría, al poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión marco, a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que ésta pretende reforzar, y por consiguiente a comprometer la efectividad de la referida Decisión marco”*<sup>37</sup>.

El TJUE efectuó, por tanto, dos consideraciones de alcance general, que sirven para delimitar el estándar de protección de los derechos fundamentales cuando es de aplicación alguna norma de la UE<sup>38</sup> a un caso concreto:

- (i) Si, como en el caso de autos, la norma europea de aplicación establece reglamentamente los criterios para determinar el ámbito de protección de un derecho fundamental recogido en la CDFUE (en el caso de autos, los derechos a un proceso equitativo y de defensa), deberá regir el principio de primacía del Derecho de la UE y, por consiguiente, el estándar de protección será el que determine aquella norma europea.
- (ii) Que en el supuesto de que la doctrina del TC (en este caso, el español) establezca un estándar de protección superior al que proporcione la norma de la UE, prevalecerá el de la norma europea, que se apoya en los principios de reconocimiento y confianza mutuas entre los Estados miembros.

Cuando la sentencia del TJUE fue notificada al TC, este alzó la suspensión de las actuaciones y dictó después la STC 26/2014, de 13 de febrero, que, con modificación de su anterior doctrina, desestimó, no sin gran polémica en el seno del Pleno<sup>39</sup>, el recurso de amparo interpuesto, aceptando el estándar de protección de menor intensidad que había establecido la sentencia de la Corte de Luxemburgo.

<sup>34</sup> Apartado 64.

<sup>35</sup> Este precepto, que lleva como rúbrica la del *“nivel de protección”* de los derechos fundamentales, tiene el siguiente texto: *“Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta”*.

<sup>36</sup> El apartado 57 dice de modo textual: *“No puede acogerse esa interpretación del artículo 53 de la Carta”*.

<sup>37</sup> Apartado 63.

<sup>38</sup> Hay que tener en cuenta que por *“aplicación de la normativa de la UE”*, el TJUE entiende, no sólo la normativa específica de la UE (Reglamentos, Directivas, etc.) y la legislación nacional aprobada específicamente para trasponer una Directiva de la UE (norma de trasposición), sino también cualquier normativa interna utilizada para reprimir infracciones de una Directiva, haya sido aprobada o no aquella para trasponer la norma de la UE.

<sup>39</sup> La sentencia fue aprobada con tres votos concurrentes, los de los magistrados Doña Adela Asúa Batarrita, Doña Encarna Roca Trías (ponente de la sentencia) y Don Andrés Ollero Tassara, que coincidían en el fallo desestimatorio del recurso pero no en su argumentación.

En el caso de autos, después de recordar un pasaje de su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre<sup>40</sup>, que hacía referencia a que la cesión constitucional que se hacía por el cauce del art. 93 CE, tenía como límites *“el respeto a la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)”*<sup>41</sup>, asume la doctrina establecida por la sentencia del TJUE y, destacando de modo expreso que revisa su anterior tesis sobre el estándar de protección<sup>42</sup>, acoge el criterio de la Corte de Luxemburgo, del principio de primacía del Derecho de la UE y del estándar mínimo común y lo adapta a la doctrina sobre el contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías, en supuestos de denuncia de vulneración indirecta de este derecho, declarando que *“no vulnera el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado y sin la posibilidad ulterior de subsanar su falta de presencia en el proceso penal seguido, cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio conste que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por un acusado debidamente emplazado y éste ha sido efectivamente defendido por Letrado designado”*<sup>43</sup>.

### 2.2.3.2. Caso Akerberg

La sentencia del TJUE, en el caso Akerberg, dictada en el mismo día que la precedente del caso Melloni, completa el estándar de protección de los derechos fundamentales que estableció esta última.

No me voy a detener en el análisis detallado del caso, a diferencia del anterior, no sólo porque no afecta al proceso penal de nuestro País, sino también porque lo único que hace esta sentencia es complementar a la anterior en un punto concreto, que es el de la determinación del estándar de protección europeo de los derechos fundamentales cuando los Estados miembros, al aplicar su normativa interna que, de alguna manera, incida también en el ámbito de la normativa de la UE, tienen un cierto margen de maniobra para poder establecer una protección superior a la que pueda ofrecer el Derecho de la UE.

En el caso Akerberg el problema debatido se refería a la prohibición del *ne bis in ídem*, esto es al derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito, que viene recogido en el art. 50 CEDH<sup>44</sup>. En concreto, el Tribunal sueco, que planteó la cuestión prejudicial, había suscitado la duda de si el derecho fundamental de referencia se oponía a que una persona pudiera ser juzgada en la vía penal por unas declaraciones tributarias falsas por las que la Hacienda sueca le había impuesto ya unos determinados recargos fiscales<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Por medio de esta Declaración el TC contestó al requerimiento que le hizo el Gobierno para que se pronunciara sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la CE y los arts. 1-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, así como, a la vista de lo establecido en el art. 10.2 CE, sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la CE y los artículos 11-111 y 11-112 del referido Tratado, que forman parte de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. También, respondió a lo interesado por el Gobierno en orden a pronunciarse acerca de la suficiencia del art. 93 CE para dar cauce a la prestación del consentimiento del Estado al Tratado o, en su caso, acerca del procedimiento de reforma constitucional que hubiera de seguirse para adecuar el texto de la Constitución española al repetido Tratado internacional. Como es conocido, después de esta respuesta fue modificado el art. 13 CE, para garantizar el derecho de sufragio, activo y pasivo, a los ciudadanos de la UE residentes en España.

<sup>41</sup> DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2.

<sup>42</sup> En el supuesto de autos, la anterior doctrina había sido establecida en la STC 91/2000, de 30 de marzo.

<sup>43</sup> STC 26/2014, FJ 4.

<sup>44</sup> El art. 50 CEDH, bajo la rúbrica del *“[d]erecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción”*, dispone que *“[n]adie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley”*.

<sup>45</sup> En concreto, se le acusaba al señor Akerberg Fransson de haber proporcionado, en sus declaraciones tributarias de los ejercicios 2004 y 2005, información inexacta que había expuesto a la Hacienda Pública a perder ingresos en concepto del impuesto sobre la renta y del impuesto sobre el valor añadido. También, se le imputaba no haber declarado las cotizaciones empresariales correspondientes a los meses de octubre de 2004 y de 2005. En el escrito de denuncia las infracciones se calificaban de graves, debido, por una parte, a la magnitud de los importes a los que se referían, y, por otra parte, por inscribirse en el marco de una actividad delictiva sistemática y a gran escala. A este ciudadano se le habían aplicado previamente unos recargos fiscales con intereses por las declaraciones falsas realizadas y, además, por la diferencia entre lo declarado y lo que había resultado de las liquidaciones paralelas efectuadas por la Administración tributaria sueca, que no fueron recurridas por el señor Akerberg en la

El TJUE, en respuesta a las preguntas formuladas, después de señalar que el art. 50 CDFU “no se opone a que un Estado miembro imponga, por los mismos hechos de incumplimiento de obligaciones declarativas en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido, sucesivamente un recargo fiscal y una sanción penal si la primera sanción no tiene carácter penal, cuestión que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional nacional”, vino a complementar, en lo que ahora es de interés, la doctrina sobre el estándar de protección de los derechos fundamentales, destacando, en relación con el aspecto de la aplicación de la normativa de la UE, que “cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del art. 51,1 CDFUE, en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”<sup>46</sup>.

Con esta tesis, el TJUE, lo que quería indicar es que, si bien los recargos fiscales aplicados al señor Akergerg, por haber facilitado unos datos falsos por ingresos del IVA, estaban establecidos por la norma sueca para favorecer la correcta liquidación y aplicación de este tributo de la UE, no necesariamente habían sido “determinados” para la aplicación de dicho impuesto, sino que tenían como objeto salvaguardar el recto cumplimiento de la obligación tributaria (referida a este tributo y al resto de los recogidos en el ordenamiento tributario sueco) que este ciudadano tenía para su Administración Tributaria. Por eso, el TJUE concede en este caso al Estado sueco un margen de apreciación que no hubiera concedido si la aplicación de la normativa de la UE hubiera sido reglada, como había sucedido en el caso Melloni respecto de las autoridades españolas.

### 2.2.3.3. Conclusión

De la doctrina establecida en las dos sentencias indicadas y, a modo de conclusión de este apartado, puede decirse que, conforme a la argumentación expuesta, el TJUE, a la hora de afrontar, por vía de cuestión prejudicial, el análisis del estándar de protección de los derechos fundamentales recogidos en la CDFUE y su aplicación por los órganos judiciales de los Estados miembros, establece una regla general y un complemento a la misma que puede operar, en ocasiones, como excepción:

- (i) La regla general, recogida en la sentencia del caso Melloni, es que cuando la norma europea aplicable de la UE (reglamento, directiva, decisión marco, etc) a un caso concreto establezca un régimen reglado, de tal manera que no admita interpretación o matización de su enunciado, prevalece, de acuerdo con el principio de primacía del derecho de la UE, la aplicación de la norma europea de referencia, de tal manera que si dicha aplicación puede tener incidencia en alguno/os de los derechos fundamentales de la CEDFU (particularmente, los de índole procesal<sup>47</sup>), el estándar de protección que debe proporcionarse a aquellos derechos fundamentales deberá ser el de la UE, que prima sobre el de los Estados miembros, aunque el nivel de protección del Estado implicado sea superior al de la UE. En todo caso, de existir dudas en el órgano judicial nacional que deba resolver el supuesto de hecho, deberá siempre plantear una cuestión prejudicial (art. 267 TFUE).

---

vía administrativa, alcanzando, por tanto, firmeza. Paralelamente, le fue abierto, a instancia del Fiscal, un procedimiento penal por delito fiscal. La Cuestión Prejudicial planteada por el Tribunal sueco se refería al problema de si debía desestimarse la acción penal ejercitada contra el señor Akerberg debido a que ya había sido sancionado en otro procedimiento por los mismos hechos, lo que infringiría la prohibición de doble sanción establecida en el artículo 4 del Protocolo nº 7 del CEDH y en el artículo 50 de la Carta. Se trataba de un supuesto muy similar al que dio lugar a la vigente doctrina del TC sobre la concurrencia entre una sanción administrativa (circular conduciendo un vehículo de motor con un índice de alcohol superior al permitido) y el delito contra la seguridad vial del art. 379 CP, que fue resuelto en la STC 2/2003, de 16 de enero, en sentido desestimatorio.

<sup>46</sup> FJ 29.

<sup>47</sup> Arts. 47 a 50 CDFUE.

- (ii) La regla complementaria a la anterior, que puede operar como excepción, se halla recogida en la sentencia del caso Akerberg, que, como he indicado *supra*, concede un margen de apreciación en el estándar de protección de los derechos fundamentales a los Estados miembros, cuando “la acción” de dichos Estados “no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión”, en los términos que he indicado antes. En tal caso, el Estado miembro podrá aplicar su estándar de protección del derecho fundamental que sea superior al de la UE para ese derecho fundamental y en ese caso concreto.

### 3. La Fiscalía Europea y el proceso penal español

Ya adelantaba que la segunda de las grandes dificultades, tanto de índole dogmática como práctica, que ha de ser afrontada a la hora de “encajar” la figura y actuación de la Fiscalía Europea en nuestro proceso penal, es que el diseño de la investigación penal que sigue aplicándose en España es el de la añeja instrucción judicial de origen francés, con lo que podría darse *ab initio* la paradójica situación de que un miembro de la Fiscalía Europea que llevara a cabo una investigación sobre un presunto delito del ámbito propio de sus competencias (fraude a los intereses financieros de la UE), con un desarrollo territorial que tuviera alcance supranacional, por afectar a varios Estados miembros, a la hora de acometer dicha investigación en España se vaya a encontrar con la dificultad añadida de que, dejando a un lado el estrecho margen de actuación que le confiere el art. 773.2 LECrim, deberá ceder la investigación de aquellas diligencias, en lo que se refiere a nuestro País, al Juez de Instrucción, con los problemas de coordinación que, en la práctica se puedan generar, de cara a la correcta persecución de aquellos delitos.

Al análisis de esta problemática le voy a dedicar el siguiente apartado, no sin antes decir que el objetivo del mismo únicamente atenderá a la incidencia que la nueva normativa sobre la Fiscalía Europea y su aplicación en España pueda tener en el catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas de los intervinientes en el proceso penal, en cualquiera de las posiciones procesales que asuman dentro del mismo.

#### 3.1. El principio de primacía y la realidad procesal en España

##### 3.1.1. Consideraciones previas

El Reglamento 2017/1939, que crea y regula la Fiscalía Europea (RFE), trata de ser muy cuidadoso con los sistemas procesales de los Estados miembros<sup>48</sup>, sabedor de que el ejercicio del *ius puniendi* forma parte del núcleo esencial de la soberanía nacional de cada uno de ellos, por lo que cuando lo que se pretende establecer es una regulación, a nivel de la UE, de una institución supranacional, dependiente de la propia Unión, que está llamada a desempeñar sus competencias en el territorio de los Estados miembros y que, además, puede tomar decisiones que vayan a afectar a ciudadanos nacionales o extranjeros residentes en los mismos, así como a personas jurídicas con actividades que pueden estar desplegadas en diferentes Estados, no ha quedado más remedio al Consejo Europeo que tener que tomar en consideración los sistemas de cada Estado. Por ello, el RFE introduce importantes cautelas para evitar conflictos con las normas internas de los Estados miembros y también con sus autoridades judiciales, fiscales e incluso policiales.

A este respecto, el RFE, ya en uno de sus considerandos previos a la regulación, pone de manifiesto que esta normativa europea “no afecta a los sistemas nacionales de los Estados miembros en lo que respecta al modo en que se organizan las investigaciones penales”<sup>49</sup>, de tal manera que se parte del respeto a los principios inspiradores de cada sistema. Este planteamiento inicial evita disfunciones con diseños del proceso penal que, como el español, todavía

<sup>48</sup> Así, el Considerando 12 *in fine* del RFE dispone que: “De conformidad con el principio de proporcionalidad establecido en el mismo artículo [art. 5 TUE], el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos y garantiza que su repercusión en los sistemas jurídicos y estructuras institucionales de los Estados miembros sea lo menos intrusiva posible”.

<sup>49</sup> Considerando 15. Además, el último párrafo del considerando 87 dispone, también, que “el presente Reglamento no afecta a las potestades de los órganos jurisdiccionales nacionales”.

conservan la figura del Juez de Instrucción como encargado de la investigación penal, con la particularidad de que, en un sistema mixto inquisitivo-acusatorio como el español, el proceso comienza desde el inicio de las investigaciones, mientras que en los de corte acusatorio, el proceso en sí mismo considerado únicamente se inicia cuando la acción penal que pretende ejercitar el Fiscal, luego de su investigación preprocesal, supera el filtro del Juez de Garantías y le otorga visos de prosperabilidad de cara al ulterior juicio oral.

De todos modos, he de advertir que, ya de entrada y desde una perspectiva estrictamente constitucional, la determinación de cuál sea la Autoridad o el órgano, que haya de asumir la fase de investigación criminal dentro de un sistema procesal penal, entra dentro de la libertad de configuración del legislador, de tal manera que la atribución al Juez o al Fiscal de aquella fase, no hallará, en principio y con carácter general, ningún obstáculo de inconstitucionalidad, siempre que, en el modelo de proceso penal que se adopte, queden preservadas las garantías constitucionales del art. 24 CE y que los derechos fundamentales, que puedan quedar limitados para preservar el interés general que conlleva la persecución de los hechos delictivos, sean objeto del control judicial que exige la CE y la legislación orgánica que desarrolle sus contenidos esenciales.

Sin embargo, pese a la anterior consideración inicial, también es cierto que el RFE antepone, “por regla general”, el principio de primacía del Derecho de la UE en relación con las investigaciones de la Fiscalía Europea, pues, igualmente, así lo destaca en sus consideraciones generales, señalando que, respecto de este tipo de investigaciones, los Fiscales Europeos Delegados de los Estados miembros deberán hacerlo *“de conformidad con el presente Reglamento y, para las cuestiones no reguladas por el presente Reglamento, de conformidad con el Derecho nacional”*<sup>50</sup>.

Se trata, pues, de preservar un doble equilibrio, (i) normativo entre el principio de primacía del Derecho de la UE, aplicable al nuevo Reglamento, y los ordenamientos procesales de los Estados miembros; y (ii) orgánico-institucional y de funcionamiento entre la nueva Fiscalía Europea y las instituciones y órganos judiciales, fiscales y policiales de los Estados miembros, de tal manera que, bajo el principio de coordinación, pueda existir armonía en las actuaciones de unos y de otros.

### **3.1.2. Las diligencias de investigación del hecho delictivo, medidas limitativas de derechos fundamentales**

El RFE desarrolla con detalle la regulación de las diligencias de investigación a cargo del Fiscal Europeo. El Capítulo V de esta norma europea regula tres aspectos importantes de la actuación del Fiscal Europeo en los procesos penales que se inicien en el ejercicio de sus competencias: (i) las medidas de investigación; (ii) el ejercicio de la acción penal; y (iii) las alternativas a su ejercicio, contemplando, por tanto, la posibilidad de iniciativas que no pasen por el proceso penal.

Desde la visión de los derechos fundamentales que he escogido para acercarme a esta nueva institución, sólo me voy a detener en aquellos aspectos de la regulación que guarden relación, de una parte, con la limitación de derechos fundamentales y libertades públicas que tienen un carácter sustantivo; y, de otro lado, con las garantías constitucionales del art. 24 CE, que deben regir en el proceso penal.

#### **3.1.2.1. Medidas limitativas de derechos fundamentales**

Se trata de ver ahora si el RFE presenta alguna particularidad respecto de la incidencia que la actuación de la Fiscalía Europea pueda tener en el sistema constitucional español de los de-

<sup>50</sup> Considerando 30. Este considerando añade que “[c]uando el Derecho nacional de un Estado miembro establezca el control jurisdiccional interno de determinados actos dentro de la estructura de la fiscalía nacional, el control jurisdiccional de dichas decisiones adoptadas por el Fiscal Europeo Delegado debe entrar dentro de la potestad supervisora del Fiscal Europeo supervisor de conformidad con el reglamento interno de la Fiscalía Europea. En tales casos, los Estados miembros no deben estar obligados a disponer el control jurisdiccional por los tribunales nacionales, sin perjuicio del artículo 19 del TUE y del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.



rechos fundamentales y libertades públicas y si la limitación de algunos de ellos, en aras de la preservación del interés general que conlleva la persecución de los hechos delictivos, ofrece, también, alguna peculiaridad.

El art. 30 RFE es el precepto que mayor conexión guarda con el apartado que estudiamos puesto que es el que regula el régimen de las medidas de investigación que puede tener a su disposición el fiscal para la persecución de los hechos delictivos de que tiene competencia la Fiscalía Europea.

El apartado 1º de dicho precepto recoge el catálogo de medidas que están a disposición del Fiscal Europeo para la realización de sus investigaciones. El precepto introduce una regla directamente relacionada con el principio de proporcionalidad, como es la de la gravedad del delito perseguido. A este respecto, se establece la exigencia de que dicho delito tenga asignada una pena máxima *“de al menos cuatro años de prisión”*. Igualmente, como manifestación del principio de primacía, se impone a los Estados miembros el aseguramiento de que tales medidas se pongan a disposición de los Fiscales Europeos Delegados<sup>51</sup>. El precepto dice, concretamente, que los Estados miembros *“garantizarán”* que aquellos fiscales *“estén facultados”* para ordenar o solicitar las medidas que, a continuación, se enuncian, aunque también esta lista puede quedar ampliada por las medidas que prevea el ordenamiento de cada Estado miembro para supuestos similares (art. 30.4 RFE).

A mi parecer, el art. 30.1 RFE es perfectamente compatible con los estándares de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas de naturaleza sustantiva que ha establecido la doctrina del TC en el derecho interno español y respecto de su proceso penal.

En efecto, el precepto de referencia contempla la posibilidad de que el Fiscal Europeo Delegado pueda *“ordenar”* o *“solicitar”* dichas medidas. Es decir, tal precepto no dispone un modo de actuación del fiscal a la hora de la aplicación de dichas medidas, de tal manera que, conforme a los estándares de protección nacionales de sus derechos y libertades fundamentales, el Fiscal, en unos casos podrá adoptar tales medidas y en otros deberá solicitarlas, cuando así lo exija el texto constitucional<sup>52</sup> o la normativa procesal. Además, el apartado 3º de este art. 30 permite que, cuando sean de aplicación las medidas contenidas en las letras c), e) y f)<sup>53</sup> del apartado 1º, estas *“podrán estar sujetas a otras condiciones, incluidas limitaciones, previstas por el Derecho nacional aplicable”*.

En lo que se refiere a la aplicación al caso concreto de las medidas de investigación a que se refiere el art. 30, su apartado 5º establece una doble disposición:

---

<sup>51</sup> Fiscales nacionales de cada Estado miembro que se integran funcionalmente en la estructura de la Fiscalía Europea. Su regulación viene establecida en el art. 13 RFE.

<sup>52</sup> Por ejemplo, en los supuestos de limitación de los derechos de los apartados 2º y 3º del art. 18 CE.

<sup>53</sup> Letra c): *“Conseguir la presentación de datos informáticos almacenados, ya sean encriptados o descifrados, en su formato original o en otro formato determinado, incluidos los datos relativos a cuentas bancarias y de tráfico, con la excepción de los datos específicamente conservados de conformidad con el Derecho nacional en aplicación del artículo 15, apartado 1, segunda frase, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo”*. En estos casos, en el ordenamiento interno español habrá que tener en cuenta lo que, de modo particular, dispone el art. 32 L.O. 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que permite al fiscal en sus investigaciones por hecho delictivo el acceso a los datos que sean necesarios para dicha investigación, constituyéndose como excepción a la regla general del bloqueo por parte del responsable del tratamiento.

Letra e): *“Interceptar las comunicaciones electrónicas enviadas y recibidas por el sospechoso o el acusado, a través de todo medio de telecomunicaciones electrónicas que utilice el sospechoso o el acusado”*. En estos casos, el art. 18.3 CE y las normas contenidas en el Libro II, Título VIII, Capítulo IV [arts. 588 bis a) a 588 bis k) LECrim] exigen la previa autorización judicial y, por tanto, hay un control judicial de la medida limitativa del derecho fundamental que opera, antes, durante y después de la adopción de la medida.

Letra f) *“seguir y localizar un objeto por medios técnicos, incluidas las entregas controladas de mercancías”*. En el ordenamiento interno español, en unos casos la medida estará sujeta al control judicial, como ocurre en los supuestos de afectación del derecho al secreto de la correspondencia postal del art. 18.3 CE y, en otros supuestos, el Fiscal podrá ordenar, conforme a la LECrim y a la jurisprudencia de los TS y TC actuaciones sobre envíos postales (por ejemplo, las entregas controladas reguladas en el art. 263 bis LECrim).

- a) En primer lugar, incluye el principio de proporcionalidad<sup>54</sup> y la exigencia de cumplimiento de las tres reglas que lo configuran. Así, la idoneidad o aptitud de la medida a adoptar debe atender a la satisfacción del objetivo para el que haya sido adoptada. Por ello, la norma de referencia prevé que el Fiscal Europeo Delegado pueda ordenar (en el supuesto de que, conforme a su Derecho interno, tenga atribuciones para ello) las medidas de investigación previstas en este precepto *“cuando existan motivos razonables para creer que la medida específica de que se trate podría facilitar información o aportar pruebas útiles para la investigación”*. En segundo término, contempla también el requisito de la necesidad de la medida, es decir, que no prevea el ordenamiento jurídico interno unas medidas menos incisivas o restrictivas de los derechos del investigado que la que se trate de adoptar. A este respecto, la norma dispone que podrá acordarse cualquiera de ellas *“cuando no quepa recurrir a medidas menos intrusivas que puedan lograr el mismo objetivo”*. Finalmente, el juicio de ponderación en sentido estricto, es decir que se trate de una solicitud o decisión razonada del Fiscal que pondere, de una parte, el derecho fundamental en conflicto que se trata de limitar y, de otro lado, el interés general que conlleva la persecución del hecho criminoso y la identificación de sus partícipes.
- b) En segundo término, que el RFE no impone un procedimiento-tipo para la adopción de las medidas de investigación, sino que deja amplio margen de libertad a los Estados miembros para que el acuerdo sobre las medidas se ajuste a *“los procedimientos y las modalidades”* que vengán establecidos en la *“legislación nacional aplicable”*.

Finalmente, en lo que atañe a la ejecución de las medidas de investigación adoptadas, también el RFE es plenamente respetuoso con los ordenamientos internos de los Estados miembros, pues introduce una norma, contenida en el art. 32 RFE, que supedita la realización de aquellas medidas a las formalidades y procedimientos, así como *“a los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro del Fiscal Europeo Delegado asistente”*. Es decir, que cualquier medida de las contempladas en el art. 30, una vez adoptada, también según el derecho interno, deberá, por último, ser practicada con las garantías procedimentales previstas por el ordenamiento interno correspondiente.

El RFE dedica, por último, el art. 33 a las medidas cautelares limitativas del derecho a la libertad personal y, en concreto, se refiere a la detención y prisión provisionales, así como a la adopción de dichas medidas para llevar a efecto la ejecución de una orden europea de detención y entrega. Este precepto contempla, pues, dos situaciones:

- a) En primer lugar, por lo que respecta a los presupuestos, fines legítimos, exigencias y garantías procesales para su adopción y tiempo de duración de estas medidas<sup>55</sup>, el art. 33.1 RFE no introduce particularidades en su tratamiento, por lo que el estándar de protección del derecho a la libertad será el que tenga establecido el Estado miembro en que se adopte la detención o la prisión provisional. Cualquiera de las dos medidas limitativas de la libertad expresadas en este apartado deberá ser adoptada *“con arreglo a la legislación nacional aplicable en casos nacionales similares”*.
- b) Sin embargo, cuando la detención o prisión provisional deba ser acordada para llevar a efecto una orden europea de detención y entrega, entonces deberá regir el estándar de

<sup>54</sup> De modo general, el Considerando 65, inciso inicial del RFE establece que *“[l]as investigaciones y el ejercicio de la acción penal de la Fiscalía Europea deben regirse por los principios de proporcionalidad, imparcialidad y equidad hacia el sospechoso o acusado”*. En el mismo sentido se expresa el Considerando 70 cuando afirma que *“es fundamental que la Fiscalía Europea pueda recabar pruebas utilizando al menos un conjunto mínimo de medidas de investigación al tiempo que respeta el principio de proporcionalidad”*. También, el Considerando 88 RFE destaca que *“el presente Reglamento no excluye la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales controlen la validez de los actos procesales de la Fiscalía Europea que están destinados a producir efectos jurídicos ante terceros, por lo que respecta al principio de proporcionalidad consagrado en el Derecho nacional”*. Todos estos considerandos vienen reflejados después en el texto articulado y, en concreto, en el art. 5.2 RFE, que es una norma de alcance general.

<sup>55</sup> Entre las resoluciones del TC más recientes, que tienen que ver con las situaciones de prisión provisional acordadas en el transcurso del proceso penal seguido contra las personas investigadas por los hechos acaecidos en Cataluña, pueden destacarse las SSTC 29/2019, de 28 de febrero; 50/2019, de 9 de abril, FJ 3, apartados b) y c); 62/2019, de 27 de mayo, FJ 5 y, fundamentalmente, 155/2019, de 28 de noviembre, FFJJ 11 a 13.

protección europeo, que es el que ya estableció el TJUE en el caso Melloni, anteriormente analizado. Rige, pues, en esta materia de cooperación judicial, el principio de primacía del Derecho de la UE y, en consecuencia, la ejecución de aquellas órdenes se tiene que disponer de conformidad con la Decisión Marco 2002/584, del Consejo, de 13 de junio de 2002.

### 3.1.2.2. Garantías

Dentro de este apartado debo referirme, de una parte, a las garantías institucionales que el RFE atribuye al órgano de justicia recién creado y, de otro lado, a las garantías procesales que tengan relevancia constitucional por afectar a derechos fundamentales conectados al proceso y que, en nuestro ordenamiento interno son las garantías del art. 24 CE.

#### 3.1.2.2.1. Garantías institucionales

El art. 6 RFE confiere a la Fiscalía Europea un doble estatus de protección que, además, en términos comparativos, es muy superior al que le reconocen muchos de los Estados miembros a sus fiscales nacionales, como es el caso de nuestro país:

a) Independencia orgánica y funcional. En efecto, el precepto comienza disponiendo que “[/] a Fiscalía Europea será independiente”, de tal manera que le reconoce el máximo grado de libertad para autodeterminarse orgánicamente, respetando la estructura que establece el RFE<sup>56</sup>, pero con potestad para elaborar y aprobar su propio reglamento interno<sup>57</sup>, y, también, máxima capacidad de decisión para adoptar iniciativas en su actuación dentro del proceso penal.

Comparando, pues, este nivel de protección con el de nuestra norma legal interna, que sólo reconoce a la Institución del Ministerio Fiscal “autonomía”<sup>58</sup> para el desempeño de sus funciones, la norma europea confiere un plus de protección al Fiscal Europeo que es superior al que el ordenamiento jurídico español reconoce al fiscal nacional.

De este planteamiento se derivan una serie de consecuencias jurídicas en relación, no sólo con la propia Institución de la Fiscalía Europea, sino también con el estatuto individual de los miembros que integran el Colegio y de los que vayan a actuar como Fiscales Europeos Delegados<sup>59</sup>, que contribuyen a reforzar su libertad para desarrollar sus funciones dentro del proceso penal.

No puedo extenderme en este trabajo sobre la incidencia que este nivel de protección y de garantías establece el RFE para la Fiscalía Europea en su conjunto y para cada uno de sus miembros individualmente considerados, puesto que es objeto de otro artículo dentro de este mismo número de la Revista. No obstante, sí quiero destacar que este mayor nivel de protección contribuye a dar, también, un superior grado de confianza de la ciudadanía europea en el funcionamiento y toma de decisiones que haya de adoptar esta Institución de la UE.

b) Íntimamente conectada a la anterior, está la no sujeción a órdenes o instrucciones. Así, el art. 6.1 RFE proscribire cualquier tipo de orden o instrucción que proceda de órganos o instituciones ajenas a la Fiscalía Europea, ya provengan de la UE o de los Estados miembros, pues todos ellos “respetarán la independencia de la Fiscalía Europea y no intentarán influir en ella en el ejercicio de sus funciones”.

También en este caso, el RFE depara un nivel de protección superior al que otorga nuestro ordenamiento interno al fiscal nacional, pues en el caso español, si bien el art. 8 del Estatuto Orgánico

<sup>56</sup> Capítulo III (arts. 8 a 21).

<sup>57</sup> El art. 21 RFE, dedicado al “Reglamento interno de la Fiscalía Europea”, dispone que este Reglamento regirá la “organización” de la labor de la Fiscalía Europea, que será aprobado por el “Colegio” de Fiscales Europeos por mayoría de 2/3 y a propuesta del Fiscal General Europeo, que será el encargado de elaborar la propuesta de reglamento. Además, cualquier Fiscal Europeo podrá proponer modificaciones al reglamento, que deberán ser aprobadas por el Colegio, también, por mayoría de 2/3 de sus miembros.

<sup>58</sup> Arts. 124.2 CE y 2.Uno del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

<sup>59</sup> Arts. 14 a 17 RFE.

del Ministerio Fiscal (EOMF) establece un marco legal de relaciones entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno, por virtud del cual este último puede “*interesar*” del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones que entienda pertinentes en orden a la defensa del interés público, sin que, en ningún caso, pueda llegar a impartir órdenes o instrucciones directamente a la Institución como conjunto o a los fiscales individualmente, también lo es que el funcionamiento interno y externo de la Institución presenta un nivel limitado de autonomía en su organización y funcionamiento<sup>60</sup>, que, por ser de común conocimiento, no voy a detallar, pero que no alcanza los niveles de independencia que el RFE asigna a la Fiscalía Europea.

Además, la Fiscalía Europea, según dispone el art. 6.2 RFE, únicamente rendirá cuenta “*de sus actividades generales*”, es decir del conjunto global de su actuación, pero no de cada uno de los asuntos a su cargo, ante las instituciones más relevantes de la UE, como son el Parlamento, el Consejo y la Comisión, además de elaborar la memoria o informe anual a que se refiere el art. 7 RFE.

El RFE ha cuidado y mucho la garantía de la independencia como valor fundamental para realzar el afán de impulsar, en el ámbito de las competencias que le son propias, los principios de imparcialidad y objetividad, que debe reunir una institución clave en el ELSJ como es la de la Fiscalía Europea.

El estándar de protección institucional e individual que reconoce este Reglamento es, por ello, muy superior al que proporcionan algunos de los Estados miembros, entre ellos el español, a sus órganos y fiscales nacionales.

#### 3.1.2.2.2. Garantías procesales

Para una mejor comprensión de cómo aborda el RFE diferentes aspectos de las garantías procesales que figuran incorporadas a su texto, es necesario destacar los siguientes apartados:

a) Consideraciones generales: A modo de aproximación al análisis del RFE, que he de hacer en relación con las garantías procesales que incorpora a las diligencias y actuaciones de la Fiscalía Europea en los procesos penales de los Estados miembros en que intervenga, hay que subrayar que, en líneas generales, el estándar de protección que establece es muy coincidente con el de nuestro ordenamiento jurídico, ya que, al menos para España, la doctrina del TC, en relación con los diferentes derechos fundamentales que integran el art. 24 CE, ha establecido un estándar de protección muy parecido al que dispone el articulado del Reglamento.

De entrada, el art. 82 TFUE, dedicado a la “*cooperación judicial en materia penal*”, después de partir del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales entre los Estados miembros, se refiere, en su apartado 2, a la necesidad de establecer unas normas mínimas relativas a los derechos de las personas durante el procedimiento penal, incluidas las víctimas, a través de las correspondientes Directivas, sin perjuicio de que los derechos internos de los Estados miembros establezcan niveles de protección superiores a aquellos estándares. Por ello, el RFE establece en sus Considerandos iniciales<sup>61</sup> la necesidad de que el Fiscal Europeo respete en sus actuaciones el derecho a un proceso judicial imparcial, los derechos de defensa, la presunción de inocencia y el principio *ne bis in idem*, que vienen recogidos en los arts. 47, 48 y 50 CDFUE.

Por otro lado, el principio de primacía del Derecho de la UE está presente en las disposiciones generales y “*principios básicos de las actividades*” de esta Institución europea, que configuran el umbral de su regulación.

En efecto, el art. 5.3 RFE dispone, con toda rotundidad, que las actividades de investigación y acusación de la Fiscalía Europea “*se regirán por el presente Reglamento*” y sólo la norma

<sup>60</sup> Corresponde al Gobierno, la propuesta de nombramiento del Fiscal General del Estado y duración del mandato de éste, que queda supeditada a lo que aquél perdure; propuestas de nombramiento de promoción a Fiscal de Sala del Tribunal Supremo y de nombramientos para cargos discrecionales; permisos y licencias; control último en la vía administrativa de la aplicación del régimen disciplinario; ausencia de autonomía presupuestaria y de potestad reglamentaria, entre otros aspectos.

<sup>61</sup> Considerandos 83 a 85 RFE.

nacional del Estado miembro en que tengan lugar aquellas actividades operará como norma supletoria aplicable *“a las cuestiones que no estén reguladas por el presente Reglamento”*. A mayor abundamiento, en el supuesto de que una cuestión esté prevista por ambas normativas, la del RFE y la de la legislación nacional, *“prevalecerá”* la normativa del RFE.

El RFE, después de consagrar en su art. 5.2 que el Fiscal Europeo se sujetará a los *“principios de legalidad y de proporcionalidad”* en el ejercicio de sus funciones, dedica el Capítulo VI a las *“garantías procesales”*<sup>62</sup>, aunque únicamente referidas a los sujetos pasivos de sus actuaciones, pero no hace alusión a las víctimas de los delitos, cuando las hubiere. En este sentido, el art. 41 reconoce un nivel estándar de protección de los derechos del justiciable, reflejado en las Directivas que se citan en el apartado 2º del precepto, si bien *“tal y como se hayan transpuesto por la legislación nacional”*. A este respecto, se alude a vertientes instrumentales del derecho de defensa (intérprete y traducción, asistencia letrada, a la información de los motivos de la imputación, a comunicarse con terceras personas e informarlas en caso de detención y a la asistencia jurídica gratuita, o a guardar silencio), así como al de alcance más general de la presunción de inocencia.

Sin embargo, la norma, en materia de garantías procesales, acepta que los Estados miembros, sin perjuicio de los derechos citados en el apartado anterior, puedan disponer en su legislación interna de estándares superiores de protección, a través del disfrute *“de todos los derechos procesales que les proporcione la legislación nacional aplicable”* y cita, al respecto y a título meramente ejemplificativo, la posibilidad de presentar pruebas, proponer peritos o testigos y de instar de la Fiscalía Europea la obtención de tales medidas en nombre de la defensa<sup>63</sup>.

b) Víctimas: Por lo que toca a las víctimas, individuales o colectivas que no sean propiamente las Instituciones de la UE o los Estados miembros, como ya he anticipado, el Capítulo de referencia no hace ninguna alusión a aquéllas.

El RFE reconoce a la víctima un estándar de protección bastante inferior al que le atribuye el Estatuto de la Víctima en nuestro Derecho<sup>64</sup>, que le otorga un margen de intervención en el proceso penal muy superior al que le confiere aquél. El RFE, teniendo en cuenta la diversidad de ordenamientos jurídicos nacionales y el diferente grado de intervención que se le da a la víctima en cuanto perjudicado de un delito<sup>65</sup>, circunscribe ese nivel de participación (i) a labores de información a ésta y, en su caso, al denunciante, de la existencia de las investigaciones<sup>66</sup>, o de la remisión de las actuaciones a las Autoridades Nacionales cuando entienda que los hechos reflejados en las investigaciones no son de la competencia propia de atribuciones<sup>67</sup>, así como del archivo de las diligencias practicadas<sup>68</sup>. Y (ii) a facilitarle toda la información necesaria para que pueda intervenir *“como parte civil en los procedimientos”*<sup>69</sup>.

<sup>62</sup> Arts. 41 y 42 RFE.

<sup>63</sup> Art. 41.3 RFE.

<sup>64</sup> Ley 4/2015, de 27 de abril. En el ámbito de la UE, la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección [la transposición de esta Directiva se introdujo en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE (arts. 130 a 132)]. Y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (transpuesta por la Ley 4/2015, citada).

<sup>65</sup> En unos casos, como mero querellante adhesivo a la posición acusadora que asuma el Fiscal; en otros supuestos, únicamente se le permite intervenir como parte civil; y, en otros ordenamientos nacionales, la víctima no tiene intervención en dicho proceso, sino que es el Fiscal el que asume la defensa de sus intereses personales y patrimoniales.

<sup>66</sup> El art. 24.7. párrafo segundo RFA dispone que *“[l]a Fiscalía Europea informará a la autoridad que haya comunicado el comportamiento constitutivo de delito de conformidad con los apartados 1 o 2, así como a las víctimas del delito y, si así lo establece la legislación nacional, a otras personas que hayan comunicado el comportamiento constitutivo de delito”*.

<sup>67</sup> El art. 34.8 RFA dispone que *“[c]uando se transfiera un expediente de conformidad con los apartados 1, 2 o 3 del presente artículo y con el artículo 25, apartado 3, la Fiscalía Europea informará de dicha transferencia a las instituciones, órganos y organismos de la Unión pertinentes, así como, cuando lo disponga el Derecho nacional, a los sospechosos o acusados y a las víctimas”*.

<sup>68</sup> El art. 39.4, párrafo primero RFE establece que *“[c]uando se haya archivado un caso, la Fiscalía Europea se lo comunicará oficialmente a las autoridades nacionales competentes e informará de dicho archivo a las instituciones, órganos y organismos de la Unión pertinentes, así como, cuando así proceda de conformidad con la legislación nacional, a los sospechosos o acusados y a las víctimas.”*

<sup>69</sup> Art. 103.2 b) RFE.

Tal circunstancia, sin embargo, no debe acarrear en nuestro país un tratamiento de la víctima que, en los supuestos de la competencia de la Fiscalía Europea, sea de peor condición que en el resto de procedimientos, de tal manera que la víctima, en cuanto persona física o jurídica perjudicada por el delito, que no sea la UE o los Estados miembros, podrá disponer de los mismos derechos y tener semejante intervención procesal que en los procesos penales internos que se sigan por otros hechos delictivos. Ya he destacado anteriormente que el art. 41.3 RFE permite a “*otras personas implicadas en los procesos de la Fiscalía Europea*” disfrutar “*de todos los derechos procesales que les proporcione la legislación nacional aplicable*”.

c) Pruebas: Por lo que atañe a la actividad probatoria, el art. 37 RFE, además del principio de libre valoración de la prueba por el tribunal de enjuiciamiento, que también viene proclamado en nuestro ordenamiento interno<sup>70</sup>, establece una regla de validación probatoria de los elementos de convicción practicados en otro Estado miembro, conforme a su legislación interna, de tal manera que, en todos los Estados miembros, tendrán plena validez y eficacia a los efectos de que pueda ser valorada por el órgano de enjuiciamiento, las pruebas presentadas por la Fiscalía Europea y por el acusado (art. 37.1 RFE).

Se trata de una regla que tiene por fundamento el principio de confianza mutua y, en consecuencia, se entiende que, en todos los Estados miembros, hay un mínimo común denominador en relación con la doctrina de la prueba ilícita, obtenida con violación de derechos fundamentales, que permite la homologación en el Estado miembro en que se desarrolle el proceso penal, de aquellas pruebas que hayan sido obtenidas en otro Estado miembro conforme a las garantías procesales establecidas en su ordenamiento interno.

Para nuestros tribunales no es una regla novedosa; tanto la jurisprudencia del TS como, de modo más reciente, la doctrina del TC<sup>71</sup>, han aceptado su aplicación en el proceso penal español, en relación con todo tipo de procedimientos.

d) Control judicial: Por lo que atañe al ámbito del proceso penal, los tres primeros apartados del art. 42 RFE regulan el control jurisdiccional de las actuaciones de la Fiscalía Europea en los procedimientos por hechos delictivos de su competencia.

A este respecto, el apartado 1 se refiere al control judicial por los órganos nacionales de los actos realizados por la Fiscalía Europea o de los que, debiendo ésta se haya abstenido de hacerlo, siempre que se trate de actos destinados a surtir efectos frente a terceros, es decir con eficacia *ad extra*. Esta norma no establece ninguna particularidad respecto del derecho nacional, toda vez que contempla una remisión en su totalidad al derecho interno del Estado miembro en que sustancien los procesos.

Mayor relevancia tienen los dos siguientes apartados, que se refieren a la intervención, por vía de cuestión prejudicial, del TJUE. En concreto, el apartado 2º prevé dos opciones, en función del tipo de cuestionamiento que se suscite: (i) Lo será de validez cuando se refiera a “*actos procesales de la Fiscalía Europea*”, si la duda<sup>72</sup> proviene de la aplicación directa de una norma de la UE. Es decir, cuando la Fiscalía Europea realice una actuación con validez y eficacia procesal y dicho acto constituya una aplicación directa de una norma de la UE. (ii) La segunda opción permite el planteamiento de cuestiones de validez o de interpretación, o de ambas a

<sup>70</sup> Art. 741 LECrim.

<sup>71</sup> Recientemente, la STC 97/2019, de 16 de julio (Pleno), por la que el TC desestimó el recurso de amparo interpuesto por un condenado por delito fiscal, en el que las pruebas inculpatorias habían sido obtenidas en Francia, a partir de un registro efectuado en el domicilio de un ciudadano suizo (el señor Falciani) en el que se halló una lista de cuentas bancarias abiertas en un banco suizo del que aquél era empleado y que, aprovechando dicha condición, había obtenido los datos de las cuentas, sus titulares y saldos, entre ellos, los del que luego fue acusado el recurrente. En la STC se aborda un problema de prueba ilícitamente obtenida, con eventual afectación del derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE).

<sup>72</sup> No es necesario el planteamiento de cuestión prejudicial cuando nos hallamos ante un “*acto claro*”, es decir cuando, de forma manifiesta, se aprecia la contradicción entre la norma del derecho interno y la europea aplicable al caso, debiendo aplicarse en este caso el principio de primacía del Derecho de la UE. Tampoco en los supuestos de “*acto aclarado*”, es decir cuando hay identidad material entre los casos ya resueltos por el Tribunal de Justicia y el que se enjuicia en la sentencia impugnada. (por todas, la STC 37/2019, de 26 de marzo, FFJJ 2 a 4).

la vez, cuando el objeto de la cuestión sea una disposición del Derecho de la UE, incluido el propio RFE.

La problemática, que guarda relación con la eventual vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, puede suscitarse en aquel caso en que, tratándose de un proceso en que intervenga la Fiscalía Europea, el órgano judicial actuante entienda que debe aplicar una norma de la UE que, a su vez, puede entender contraria a otra de nuestra Constitución ¿qué cuestión debe plantear primero, la prejudicial europea o la de inconstitucionalidad, o bien puede plantearlas simultáneamente?.

El TC ha dado respuesta a esta pregunta y ha entendido que si el órgano judicial tiene dudas acerca de que la norma legal interna pueda ser contraria a otra de la UE y, al mismo tiempo, que también pueda incurrir en contravención con la CE, no podrá simultanear el planteamiento de ambas cuestiones, la prejudicial ante el TJUE y la de inconstitucionalidad ante el TC, sino que deberá suscitar primero la cuestión prejudicial ante la Corte Europea y, en su caso, pero después de esta, la de inconstitucionalidad ante el TC. Señala, al respecto, el TC que “[c]iertamente no cabe negar que el juez ordinario se encuentra ante una tesitura difícil cuando considere en un proceso que una norma con rango de ley, aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución y, al propio tiempo, albergue dudas sobre su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea”<sup>73</sup>.

Según la jurisprudencia del TJUE<sup>74</sup>, “un órgano jurisdiccional nacional que albergue dudas acerca de la compatibilidad de una normativa nacional, tanto con el Derecho de la Unión Europea como con la Constitución del Estado miembro de que se trate, no está privado de la facultad ni, en su caso, exento de la obligación, de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestiones prejudiciales sobre la interpretación o la validez de ese Derecho por el hecho de que esté pendiente un procedimiento de control de la constitucionalidad de esa misma normativa ante el correspondiente Tribunal Constitucional. En suma, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pretende hacer valer la primacía del Derecho de la Unión vedando que los procesos constitucionales internos puedan impedir, dificultar o retrasar el planteamiento de una cuestión prejudicial ex art. 267 TFUE”<sup>75</sup>.

Pues bien, al disponer los arts. 163 CE y 35.1 LOTC que la cuestión de inconstitucionalidad debe referirse siempre a una norma legal “aplicable al caso”, “ha de entenderse que la prioridad en el planteamiento debe corresponder, por principio, a la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE; la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión Europea sería causa de su inaplicabilidad y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. Esta sólo sería admisible si se ha descartado la posibilidad de que la ley cuestionada sea incompatible con el Derecho de la Unión y, en consecuencia, inaplicable”<sup>76</sup>.

En definitiva, pues, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, el órgano judicial que duda de la constitucionalidad de una ley no podrá plantear cuestión sobre la misma ante el TC si, al mismo tiempo considera que esa ley es claramente incompatible con el Derecho de

<sup>73</sup> ATC 168/2016, de 4 de octubre. FJ 4. Esta fue la resolución que inicialmente estableció la precedencia en el orden de planteamientos. Le han seguido otros: AATC 183/2016 y 185/2016, ambos de 15 de noviembre.

<sup>74</sup> SSTJUE de 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdeli (asuntos acumulados C-188/10 y 189/10); de 11 de septiembre de 2014, asunto A contra B y otros (asunto C-112-13); y de 4 de junio de 2015, asunto Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Hauptzollamt Osnabrück (asunto C-5/14).

<sup>75</sup> ATC 168/2016, FJ 4, ya citado.

<sup>76</sup> ATC 168/2016, FJ 4, ya citado. Se destaca de modo textual que: “[U]na vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha emitido un juicio positivo en la cuestión prejudicial sometida a su consideración, declarando que la norma legal nacional es compatible con el Derecho de la Unión Europea, entonces ya no hay duda acerca de que la norma legal es “aplicable al caso” (arts. 163 CE y 35.1 LOTC). Desde esta perspectiva, ningún obstáculo existe para que el órgano judicial plantee la cuestión de inconstitucionalidad y, en definitiva, para que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de esa norma. Por el contrario, si el juicio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión prejudicial fuese negativo, declarando que la norma nacional es incompatible con el Derecho de la Unión, esa norma deviene, en consecuencia, inaplicable al caso, por lo que no cabría plantear cuestión de inconstitucionalidad”.

la UE, pues viene entonces obligado por este Derecho a inaplicarla. Si lo que sucede es que alberga dudas sobre la compatibilidad de esa ley con el Derecho de la Unión, lo que habrá de hacer es plantear primero la cuestión prejudicial ante el TJUE, de suerte que solo cuando este haya descartado la incompatibilidad de la norma nacional con el Derecho de la Unión cabrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

e) Tratamiento de la información: El art. 8 CDFUE reconoce el derecho a la protección de los datos de carácter personal y lo conceptúa como un derecho fundamental autónomo y distinto del derecho a la vida privada personal y familiar del art. 7 CDFUE, aunque los dos partan del mismo nexo común, en cuanto que son manifestaciones de la dignidad y condición humana.

Por ello, es de destacar, de modo especial, la atención que el RFE dedica al manejo y tratamiento de la información que pueda obtener la Fiscalía Europea de los datos recogidos en las bases informáticas nacionales, como soporte probatorio que puede resultar fundamental para el éxito de sus investigaciones penales y para la persecución de los delitos de que tiene competencia. Hay que tener en cuenta que el RFE dedica dos Capítulos (VII y VIII)<sup>77</sup> a regular, de una parte, el acceso de la Fiscalía Europea a las bases de datos de las autoridades nacionales para la obtención de información necesaria para sus actuaciones; y, de otra parte, a lo que es propiamente al tratamiento de los datos personales registrados en sus propias bases de datos.

Voy a limitar el estudio al primero de los capítulos pues el segundo de ellos requeriría de un análisis que rebasa los límites del objetivo preestablecido en la introducción<sup>78</sup>.

Pues bien, el derecho fundamental aquí concernido es el derecho a la libertad informática a que se refiere el art. 18.4 CE, concebido como derecho a controlar el destino o finalidad de los datos incluidos en un programa o base informática<sup>79</sup>. Este derecho permite imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos que impidan su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y los derechos del afectado. Además, garantiza al titular de los datos un poder de disposición sobre los mismos. Su regulación viene determinada por una doble normativa, de la UE, que se localiza, de modo primordial, en el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 y, de nuestro Derecho interno, que aparece regulado en la L.O. 3/2018, de 5 de diciembre, *“de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”* (LOPDGDD).

Por lo que atañe al acceso a aquellos datos recogidos en las bases, tanto el Reglamento europeo<sup>80</sup> como la normativa interna española<sup>81</sup> de referencia permiten al Fiscal la posibilidad de

<sup>77</sup> Nada menos que del art. 43 al 89. Capítulo VII (arts. 43 a 46) y Capítulo VIII (arts. 47 a 89).

<sup>78</sup> En todo caso, respecto de los Fiscales Delegados españoles, entiendo que, además de la normativa contenida en este Capítulo VIII RFE, también le será de aplicación lo resuelto en la Instrucción 2/2019, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, *“sobre la protección de datos en el ámbito del Ministerio Fiscal: el responsable y el Delegado de Protección de Datos”*.

<sup>79</sup> La STC 58/2018, de 4 de junio, FJ 5 destaca que *“[l]a llamada ‘libertad informática’ es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención”* (STC 292/2000, FJ 5, y jurisprudencia allí citada). Ya la STC 94/1998, de 4 de mayo, en relación con la L.O. 5/1992, de 29 de octubre, vino a abrir el camino que, ulteriormente, la STC 292/2000, extendió a conceptuar ya, por vez primera, el derecho fundamental del art. 18.4 CE como un derecho autónomo y distinto de los derechos reconocidos en el art. 18.1 CE.

<sup>80</sup> El art. 23.1, apartados d) y e) del Reglamento 2016/679 dispone que:

*“1. El Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable o el encargado del tratamiento podrá limitar, a través de medidas legislativas, el alcance de las obligaciones y de los derechos establecidos en los artículos 12 a 22 y el artículo 34, así como en el artículo 5 en la medida en que sus disposiciones se correspondan con los derechos y obligaciones contemplados en los artículos 12 a 22, cuando tal limitación respete en lo esencial los derechos y libertades fundamentales y sea una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática para salvaguardar:*

*d) la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención;*

*e) otros objetivos importantes de interés público general de la Unión o de un Estado miembro, en particular un interés económico o financiero importante de la Unión o de un Estado miembro, inclusive en los ámbitos fiscal, presupuestario y monetario, la sanidad pública y la seguridad social”.*

<sup>81</sup> Art. 32.2 LOPDGDD, que dispone: *“El bloqueo de los datos consiste en la identificación y reserva de los mismos, adoptando medidas técnicas y organizativas, para impedir su tratamiento, incluyendo su visualización, excepto para la puesta a disposición*



acceso a los mismos, a los estrictos fines de la investigación penal y de la persecución de los delitos, debiendo quedar sujeto el contenido de este acceso y el conocimiento de los datos al principio de proporcionalidad, esto es a los datos registrados que sean estrictamente necesarios para el fin concreto que, en el seno de un determinado procedimiento penal, facilite el desarrollo de las diligencias de investigación y la actuación de las autoridades públicas implicadas (jueces y fiscales) en la persecución de los hechos delictivos.

Por lo que se refiere al RFE, el art. 43, en su apartado 1º, dispone que los Fiscales Europeos Delegados podrán *“obtener cualquier información pertinente conservada en las bases de datos nacionales de investigaciones penales y de las autoridades policiales, así como en otros registros pertinentes de las autoridades públicas”*, estableciendo a este respecto una total homologación con la actuación interna de los Fiscales nacionales en los Estados miembros, puesto que continúa aquel apartado señalando que este acceso lo será *“en las mismas condiciones que las que se aplican en virtud del Derecho nacional en casos similares”*.

La norma europea se completa con la posibilidad equivalente de que se realice el acceso a las bases de datos de cualquier organismo de la UE, señalando el apartado 2º que la Fiscalía Europea podrá *“obtener cualquier información pertinente de su competencia que esté conservada en las bases de datos y registros de las instituciones, órganos u organismos de la Unión”*.

La norma europea de referencia no dice nada del derecho a obtener información de bases de datos privadas, es decir de registros que no sean de autoridades públicas. Entiendo que en estos casos habrá que estar a la normativa europea general y a la interna de cada Estado miembro<sup>82</sup> sobre comunicaciones de datos obrantes en registros informáticos. En el caso de la Fiscalía Europea, dispondrá ésta de las mismas atribuciones que los Fiscales nacionales, de tal manera que, en lo que respecta a nuestro Derecho interno, será de aplicación lo dispuesto en la normativa general de la UE<sup>83</sup> y en la L.O. 3/2018<sup>84</sup> que, de modo general, permite ese acceso cuando se trate de supuestos de investigación y persecución penales.

## 4. El secreto de las actuaciones

### 4.1. Consideraciones general

En el modelo de proceso penal español rige aún el sistema acusatorio mixto, en el que la fase de investigación inicial, a cargo del Juez de Instrucción y con unas facultades de investigación del Fiscal muy limitadas y de carácter preliminar a las diligencias judiciales, el denominado *“secreto del sumario”* viene regulado en dos de los primeros preceptos del Libro II, Título IV de la LECrim., que regula la fase de instrucción sumarial.

El TC<sup>85</sup> describió tempranamente y con rigor el objeto y delimitación del secreto sumarial al señalar que aquel *“tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las*

---

*de los datos a los jueces y tribunales, el Ministerio Fiscal o las Administraciones Públicas competentes, en particular de las autoridades de protección de datos, para la exigencia de posibles responsabilidades derivadas del tratamiento y solo por el plazo de prescripción de las mismas. Transcurrido ese plazo deberá procederse a la destrucción de los datos”*. En la L.O. 15/1999, el art. 11.2.d) primer inciso, establecía con claridad que no era necesario el consentimiento del titular de los datos *“[c]uando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas”*. Igualmente, puede consultarse al respecto la STS (Sala Segunda) 613/2018, de 28 de noviembre, FJ 44.

<sup>82</sup> El Considerando 8 del Reglamento 2016/679 destaca que *“[e]n los casos en que el presente Reglamento establece que sus normas sean especificadas o restringidas por el Derecho de los Estados miembros, estos, en la medida en que sea necesario por razones de coherencia y para que las disposiciones nacionales sean comprensibles para sus destinatarios, pueden incorporar a su Derecho nacional elementos del presente Reglamento”*.

<sup>83</sup> Básicamente, el Reglamento 2016/679.

<sup>84</sup> Sin perjuicio, evidentemente, de lo que disponen los Capítulos VIII [arts. 588 sexies a) a c)] y IX [arts. 588 septies a) a c)], Título VIII del Libro II de la LECrim, en relación con el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información o de registros remotos sobre equipos informáticos, en los supuestos específicos de interceptación de información que allí se contemplan, para los que se precisa autorización judicial.

<sup>85</sup> STC 7/1985, de 31 de enero, FJ 3, y, particularmente, la STC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 3.

*actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos y constituye una limitación del derecho de defensa, que no implica indefensión, en cuanto que no impide a la parte ejercerlo plenamente, cuando se deja sin efecto el secreto por haber satisfecho su finalidad”.*

Dentro del concepto genérico de “secreto del sumario”, se ha distinguido tradicionalmente entre el secreto “externo”, de primer grado o general, regulado en el art. 301.1 LECrim., que es el que se impone a los terceros que no sean parte personada en un procedimiento, y el secreto “interno”, de segundo grado o excepcional, contenido en el art. 302 párrafo segundo LECrim., que es el que afecta a todas las partes excepto al Ministerio Fiscal, dada la posición institucional que éste tiene en el proceso penal, sobre todo en la fase de instrucción, en donde cumple una doble función, más acentuada si cabe cuando la investigación se desarrolla a espaldas de todas las demás partes personadas. En este sentido, el Fiscal actúa en defensa de la legalidad y de la pureza del procedimiento, de tal manera que las diligencias de instrucción sean practicadas de acuerdo con las normas procesales correspondientes, lo que le obliga a efectuar un seguimiento minucioso de las actuaciones sumariales. De otro lado, deberá velar también por la efectividad de los derechos y garantías de todas las partes en el procedimiento, lo que, en ambos casos, debe llevarle a recurrir aquellas decisiones que entienda contrarias a derecho, sin perjuicio, lógicamente, de las iniciativas procesales que podrían adoptar los demás comparecidos en el procedimiento cuando se alce el secreto de las actuaciones<sup>86</sup> y tengan acceso a su contenido<sup>86</sup>.

#### 4.2. El secreto en el RFE

El RFE se está refiriendo en su regulación al denominado “*secreto externo*”, esto es, en sentido propio, al deber de secreto y confidencialidad que debe regir la actuación de los Fiscales Europeos en el desempeño de sus funciones, particularmente de las diligencias de investigación. En cambio, no alude al *secreto interno*, que es el que suscita mayores problemas, desde la perspectiva de un análisis de constitucionalidad de los preceptos de esta norma europea, en la medida en que esta modalidad de secreto entraña una particular afectación del derecho de defensa que, a su vez, se extiende también a otros derechos fundamentales que son instrumentales de aquel, tales como el derecho a un proceso público con todas las garantías, derecho a ser informado de la acusación, tutela judicial efectiva, etc.

Tanto en algunos de los Considerandos<sup>87</sup>, como, también, en determinados preceptos<sup>88</sup>, el RFE alude, esencialmente, al deber de confidencialidad con que el Fiscal Europeo debe desempeñarse en el ejercicio de sus funciones, pero no va más allá de este planteamiento. La omisión de toda referencia a lo que, en nuestro ordenamiento procesal se concibe como el verdadero secreto del sumario, debe llevar a la conclusión de que, en estos casos, los procesos penales que se sigan en nuestro País por delitos que afecten a los intereses financieros de la UE, en los que participe la Fiscalía Europea, no presentarán ninguna particularidad, de tal manera que el estándar de protección que deberá regir en tales supuestos será el que determine la legislación interna española, con sujeción a la preceptiva autorización judicial motivada, fines expresa-

<sup>86</sup> NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, en “*La revelación de secretos sumariales*”. Publicado en la Revista del Ministerio Fiscal. Núm. 7. Edición de 2019. Pág.72. Hay que tener en cuenta que el secreto del sumario, si bien responde a fines legítimos, los de asegurar bienes jurídicos personales o la eficaz finalización de las diligencias de instrucción, se trata de fines que justifican una aplicación del secreto que tiene un fundamento legal, el proporcionado por la LECrim. pero no constitucional, por cuanto esta modalidad de secreto simplemente constituye una excepción al principio general de publicidad de las actuaciones judiciales en la forma que venga configurada por el legislador (art. 120.1 CE).

<sup>87</sup> Los Considerandos 107 y 119 del Reglamento 2017/1939, aluden, respectivamente, al necesario equilibrio que debe existir entre el suministro de información para que puedan ser adoptadas medidas cautelares y el deber de confidencialidad de las investigaciones; y al necesario respeto al principio de transparencia pero en referencia a documentos distintos de los que se recojan en los expedientes que reflejen las actuaciones de la Fiscalía Europea, que debe guardar el necesario deber de confidencialidad.

<sup>88</sup> El art. 7.2 RFE se refiere al Informe anual que debe rendir el Fiscal General Europeo ante el Parlamento y el Consejo, respecto de su actividad, pero debiendo guardar el deber de confidencialidad respecto a casos concretos y datos personales. Igualmente, el art. 103.2 RFE, que desarrolla normativamente el Considerando 107 anterior, establece el deber de facilitar información a las instituciones u órganos de la UE y a las víctimas la información que precisen para adoptar las medidas que se recogen en las tres letras de dicho apartado, pero “*sin perjuicio del buen desarrollo y de la confidencialidad de sus investigaciones*”.

mente contenidos en la legislación procesal y límites temporales a los que quede sujeto, preservando, en todo caso, el ejercicio del derecho de defensa de los investigados, que deberán tener posibilidad de acceso al contenido de lo actuado antes de que finalice el período de instrucción del procedimiento y posibilidad de proponer elementos de convicción que contravengan los que hayan sido aportados durante el período de secreto<sup>89</sup>.

El deber de *“confidencialidad y secreto profesional”* viene desarrollado en el art. 108 RFE, que resulta extensible a todos los componentes de la Fiscalía Europea, esto es, no sólo a los miembros del Colegio, sino también al personal administrativo que desempeñe sus funciones en la Institución y a los Fiscales Europeos Delegados. Para todos ellos, la norma introduce como peculiaridad que *“estarán sujetos a la obligación de confidencialidad de conformidad con la legislación de la Unión en relación con la información que obre en poder de la Fiscalía Europea”*.

El principio de primacía del Derecho de la UE rige, pues, en materia de confidencialidad y secreto de las actuaciones que realicen las personas vinculadas de una u otra forma a la Fiscalía Europea. Igualmente, rige este principio en *“las investigaciones llevadas a cabo bajo la autoridad de la Fiscalía Europea”*<sup>90</sup>.

No obstante lo anterior, el deber de secreto y confidencialidad se ajustará a la normativa nacional del Estado miembro en el que se desarrollen las investigaciones de la Fiscalía Europea respecto de la actuación de cualquier persona, que no formando parte de esta institución o que lo sea como Fiscal Delegado, *“participe o presente asistencia en el desempeño de las funciones de la Fiscalía Europea”*.

---

<sup>89</sup> NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio. Artículo citado.

<sup>90</sup> Con carácter general, el art. 339 TFUE dispone que *“[l]os miembros de las instituciones de la Unión, los miembros de los comités, así como los funcionarios y agentes de la Unión estarán obligados, incluso después de haber cesado en sus cargos, a no divulgar las informaciones que, por su naturaleza, estén amparadas por el secreto profesional y, en especial, los datos relativos a las empresas y que se refieran a sus relaciones comerciales o a los elementos de sus costes”*.

# Medidas cautelares reales decididas o propuestas por el Fiscal Europeo en el proceso penal tramitado en España

Luis Rodríguez Sol

Fiscal. Magistrado de enlace en Italia

## 1. Introducción

Oí una vez decir a un sabio profesor que, cuando uno se dispone a escribir un artículo, lo hace siempre partiendo de un prejuicio. Creo que tenía razón. A mí, al menos, me cuesta imaginar que uno pueda empezar a escribir un texto doctrinal o científico sin tener la más mínima idea de a dónde le va a llevar el análisis de la cuestión. Lo normal es que se tenga una idea inicial, algo que al comienzo puede no ser más que una vaga intuición, pero que se pretende confirmar a medida que se desarrolla el tema. Yo no tengo inconveniente en afirmar cuál ha sido el prejuicio que me ha acompañado mientras escribía este artículo: es la idea de que, en nuestro ordenamiento jurídico, las posibilidades que se le ofrecen al fiscal de adoptar medidas cautelares reales son demasiado limitadas, poco acordes con la complejidad de algunos de los procesos en que interviene y con la necesidad de asegurar, desde el primer momento de la investigación, la eficacia de los futuros pronunciamientos de naturaleza patrimonial de la sentencia. Pensaba que el estudio del Reglamento que instituye la Fiscalía Europea me iba a reafirmar en este convencimiento y que quizás me iba a ayudar a descubrir nuevas posibilidades de actuación del fiscal en este campo, hasta ahora desconocidas. La ilusión de todo el que se aventura a escribir un artículo es, precisamente, que ese prejuicio inicial se transforme en convicción, hasta el punto de convencer también a sus lectores. Es algo que no siempre se logra. Tampoco yo estoy muy seguro de haberlo conseguido en esta ocasión.

Por otra parte, no dudo que en un artículo sobre la Fiscalía Europea sería interesantísimo introducir referencias de derecho comparado. Sin embargo, debo reconocer que no me gustan los capítulos de derecho comparado. Me parece presuntuoso pretender sintetizar en unas pocas líneas el estado de la cuestión en los diversos países de nuestro entorno, con afirmaciones que muchas veces provienen de un simple análisis superficial sobre una normativa poco conocida. Cuando el análisis se extiende a países que poco o nada tienen en común con nuestra tradición jurídica, me parece ya no solo osado, sino sobre todo inútil. Por tal motivo, lo único que me voy a permitir hacer en este artículo es alguna comparación con el derecho italiano, pues es el único que, después de haber ejercido durante más de dos años el cargo de magistrado de enlace en Italia, creo que conozco con un mínimo grado de solvencia.

No obstante, hechas estas dos advertencias iniciales, para comprender bien todo lo que se va a exponer a continuación es necesario abordar, con carácter previo, una cuestión cuya respuesta va a condicionar necesariamente cualquier conclusión que se quiera alcanzar.

## 2. Una cuestión preliminar: el modelo de investigación del Reglamento

Dos son las impresiones que me deja una primera lectura del 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* (en adelante, simplemente el Reglamento). La primera es de sorpresa por la desmesurada atención que se presta a un aspecto adjetivo, como es la protección de datos de carácter personal, que ocupa aproximadamente un tercio del texto del Reglamento. La segunda es de incertidumbre, pues no alcanzo a comprender cuál es el modelo concreto de investigación que se va a introducir en los procedimientos en que intervenga la Fiscalía Europea en nuestro país.

En la doctrina, parece haber un acuerdo unánime acerca de la necesidad de reformar la vigente LECrim para que pueda implantarse el sistema de investigación previsto en el Reglamento, en el cual compete a la Fiscalía la dirección de la investigación y se reserva al poder judicial la misión que se atribuye en la mayor parte de los ordenamientos europeos al denominado juez de garantías<sup>1</sup>.

No obstante, aun admitiendo que esta debe ser la solución *de lege ferenda*, es inevitable preguntarse también cuál va a ser la solución *de lege lata*, pues cada vez se antoja más probable que la Fiscalía Europea comience a ejercer sus funciones sin que haya tenido lugar ninguna reforma legislativa previa<sup>2</sup>. Alcanzada esta situación, entiendo que se plantearían –al menos en el plano teórico– dos escenarios posibles, dependiendo de la lectura que se haga de determinados preceptos y, sobre todo, del mayor peso que se quiera dar a uno u otro en una interpretación sistemática del conjunto.

## 2.1. La solución continuista

Un primer escenario es el que podríamos denominar continuista, en el que en realidad no cambia nada. El precepto fundamental para sostener esta interpretación es el art. 13.1 del Reglamento, que dispone:

*Los Fiscales Europeos Delegados actuarán en nombre de la Fiscalía Europea en sus respectivos Estados miembros y tendrán las mismas potestades que los fiscales nacionales en materia de investigación, ejercicio de la acción penal y apertura de juicios, además y con sujeción a los poderes y al estatuto específicos que les confiere el presente Reglamento y en las condiciones que en él se establecen.*

Esto significa que el Fiscal Europeo Delegado tendrá, cuando actúe en un procedimiento de su competencia, las mismas facultades que tiene un fiscal nacional en un procedimiento penal cualquiera, no más. Es decir, podrá hacer lo mismo que hace un fiscal en unas diligencias de investigación y, para todo aquello que no puede hacer por sí mismo (en particular, adoptar medidas limitativas de derechos), tendrá que acudir al juez de instrucción, momento desde el cual deberá cesar en sus diligencias (art. 773.2. *i. f.* LECrim). Ni siquiera podrá incoar unas diligencias de investigación si un juez de instrucción ya está investigando esos mismos hechos, y se tendrá que limitar a proponer la práctica de las diligencias que estime oportunas al juez de instrucción, el cual, por su parte y en cuanto verdadero director de la investigación, podrá acordar la práctica de las diligencias que considere oportunas, independientemente de cuál sea la posición del fiscal al respecto.

<sup>1</sup> Cfr., p. ej., MONTESINOS GARCÍA, Ana: *La nueva Fiscalía Antifraude Europea*, en *Revista General de Derecho Europeo* n.º 46 (2018), p. 183, con cita de MORENO CATENA, Víctor, *Fiscalía Europea y Derechos Fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 22; RUIZ MAGAÑA, Inmaculada: *La Fiscalía Europea como órgano instructor. Actos de imputación y garantías procesales del sujeto pasivo*, en *Revista de Estudios Europeos*, n.º extraordinario monográfico 1-2017, pp. 140, 142; PÉREZ MARÍN, M.ª Ángeles: *La actuación de la Fiscalía Europea y la posible afectación de los derechos y las garantías procesales. Algunas consideraciones preliminares*, en *La Ley Penal* n.º 132, mayo-junio 2018, Wolters Kluwer (*La Ley* 2886/2018); ESTÉVEZ MENDOZA, Lucana M.ª: *La instauración de la Fiscalía Europea como cooperación reforzada: problemas orgánicos y procesales*, en *Revista de Estudios Europeos*, n.º extraordinario monográfico 1-2017, p. 117; MARTÍN SAGRADO, Óscar: *Mecanismos de cooperación judicial internacional en la investigación del delito de blanqueo de capitales* (artículo monográfico, enero 2019, SEPIN/DOCT/76063).

Incluso voces críticas a una futura asunción de la dirección de la investigación por parte del fiscal parecen haber asumido la inevitabilidad de la reforma. A este respecto, cfr., p. ej., DORESTE ARMAS, Delia Carolina: *El espacio judicial europeo y la Fiscalía Europea como órgano de investigación y persecución penal; versus modelo procesal español*, en *Diario La Ley* n.º 8981, Sección Tribuna, 17 de Mayo de 2017, Editorial Wolters Kluwer (*La Ley* 4901/2017). Afirma esta autora que, para afrontar tal reforma, “es necesario introducir mecanismos correctores que doten al Ministerio Fiscal en España de una imparcialidad real y de una imagen de imparcialidad, sobre todo teniendo en cuenta la percepción social que se tiene del Fiscal General del Estado, como órgano que de una forma u otra mantiene estrechos vínculos con el Poder Ejecutivo (...), dado que en el contexto actual de dependencia gubernamental, resultaría difícil llegar a admitir la extensión de las competencias del fiscal a la instrucción del proceso penal”.

<sup>2</sup> El art. 120.2 del Reglamento establece que “la Fiscalía Europea asumirá las funciones de investigación y ejercicio de la acción penal que le otorga el presente Reglamento a partir de una fecha que se determinará mediante una decisión de la Comisión sobre una propuesta del Fiscal General Europeo una vez que se cree la Fiscalía Europea. La decisión de la Comisión se publicará en el *Diario Oficial de la Unión Europea*”. Y añade que “la fecha que deberá fijar la Comisión no será anterior a tres años después de la entrada en vigor del presente Reglamento”. Es decir, la Fiscalía Europea no empezará a investigar antes del 20 de noviembre de 2020. Sin embargo, desde ese momento y en previsión del comienzo de las actividades de la Fiscalía Europea, todos los Estados miembros deberían estar preparados para aplicar directamente las disposiciones del Reglamento.

Esta interpretación se ve reforzada, además, por la afirmación realizada en el considerando n.º 12 del Reglamento, que “garantiza que su repercusión en los sistemas jurídicos y estructuras institucionales de los Estados miembros sea lo menos intrusiva posible”. De manera aún más concreta, el considerando n.º 15 afirma que “el presente Reglamento no afecta a los sistemas nacionales de los Estados miembros en lo que respecta al modo en que se organizan las investigaciones penales”, y el considerando n.º 87 añade que “el presente Reglamento no afecta a las potestades de los órganos jurisdiccionales nacionales”.

Por último, hay quien quiere ver en la mención del art. 17.2 del Reglamento, que prevé que los Fiscales Europeos Delegados, desde el momento de su nombramiento y hasta su destitución, puedan ser miembros de la judicatura de los correspondientes Estados miembros, una alusión a que los jueces de instrucción puedan convertirse en Fiscales Europeos Delegados, lo cual sería un verdadero dislate, pues un juez, que por naturaleza es independiente, no puede integrarse en una estructura jerárquica y estar sometido a las instrucciones de la Sala Permanente y el Fiscal Europeo (arts. 10.5, 12.1 y 3, y 13.1 del Reglamento)<sup>3</sup>.

## 2.2. Una propuesta innovadora

Por otra parte, el escenario que he denominado continuista sería el único posible si no fuera porque otro precepto del Reglamento, el art. 5.3, establece:

*Las investigaciones y las acusaciones en nombre de la Fiscalía Europea se regirán por el presente Reglamento. La legislación nacional se aplicará a las cuestiones que no estén reguladas por el presente Reglamento. (...) Cuando una cuestión esté regulada tanto por la legislación nacional como por el presente Reglamento, prevalecerá este último.*

Llegados a este punto, cabe preguntarse de dónde puede venir la contradicción entre el Reglamento y la legislación nacional, pues leyendo el catálogo de medidas de investigación que se prevén en el art. 30.1 no hay contradicción alguna, pues, si bien es evidente que muchas de esas medidas no las puede adoptar el fiscal en el procedimiento penal español, el artículo establece como clara disyuntiva que esas medidas el fiscal las podrá “acordar o solicitar”. No se opone al Reglamento, por tanto, una legislación penal como la española en la que el fiscal no puede acordar, sino que tiene que solicitar al juez, la mayor parte de las medidas descritas en el citado artículo.

La posible contradicción deriva, en mi opinión, de lo que establece el art. 25.1 del Reglamento, cuando afirma:

*La Fiscalía Europea ejercerá su competencia iniciando una investigación de conformidad con el artículo 26, o bien decidiendo ejercer su derecho de avocación de conformidad con el artículo 27. Cuando la Fiscalía Europea decida ejercer su competencia, las autoridades nacionales competentes no ejercerán la suya respecto del mismo comportamiento constitutivo de delito.*

Obsérvese bien que no dice que la competencia de la Fiscalía Europea excluye la de la Fiscalía nacional, sino la de las autoridades nacionales competentes en general, expresión que, cuando se habla de la investigación de un delito, hace directa referencia al juez de instrucción.

Por otra parte, el citado artículo contempla dos supuestos posibles.

El primero es aquel en que la propia Fiscalía Europea inicia la investigación, mediante su anotación en el sistema de gestión de casos (art. 26.1 del Reglamento). En tal caso, la existencia de un procedimiento incoado por la Fiscalía Europea impediría la apertura de un procedimiento sobre los mismos hechos por parte de las “autoridades nacionales competentes”, comprendido el juez de instrucción. Es cierto que, en tal caso, el Fiscal Europeo Delegado no tendría mayores competencias que las que tiene un fiscal en unas diligencias de investigación y, por tanto, debería acudir al juez de instrucción si deseara practicar una medida limitativa de derechos

<sup>3</sup> En idéntico sentido, *vid.* PÉREZ MARÍN, M.ª Ángeles (*Op. cit.*, p. 6), quien afirma que, si un juez asumiese el papel de Fiscal Europeo Delegado, estaría sometido a una especie de “esquizofrenia jurídica”.

(una intervención telefónica o el registro de un domicilio, p. ej.)<sup>4</sup>. La cuestión verdaderamente problemática es si, también en este caso, el Fiscal Europeo Delegado debería cesar en sus diligencias, como prescribe el art. 773.2 *i. f.* LECrim para las diligencias de investigación de un fiscal nacional<sup>5</sup>, pues podría considerarse que tal prescripción contraviene el Reglamento, que excluye la competencia de las autoridades nacionales en las investigaciones que haya asumido la Fiscalía Europea. La consecuencia de esta interpretación sería que el papel del juez de instrucción se limitaría al de un mero juez de garantías, cuya intervención en el procedimiento no supondría la asunción de la dirección de la investigación ni, en consecuencia, debería suponer el cese de la actividad investigadora del fiscal.

Más problemático aún resulta el segundo escenario que describe el artículo 25.1 del Reglamento, en el que se prevé la “avocación” del caso por parte de la Fiscalía Europea. La avocación del caso consiste en el derecho que tiene reconocido la Fiscalía Europea de asumir la investigación de un caso cuando dicha investigación ya ha sido iniciada por una autoridad nacional. A este respecto, el art. 97.5 del Reglamento dispone lo siguiente:

*Cuando la Fiscalía Europea ejerza su derecho de avocación, las autoridades competentes de los Estados miembros le transferirán el expediente y se abstendrán de realizar nuevos actos de investigación en relación con el mismo delito.*

Nos encontramos, por tanto, con una situación antitética a la que contempla el art. 773.2 *i. f.* LECrim, que obliga al fiscal a cesar en sus diligencias de investigación tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial por los mismos hechos, pues en este caso sería el juez de instrucción el que debería cesar en sus diligencias en cuanto tuviese conocimiento de que la Fiscalía Europea ha ejercido su derecho de avocación, y debería limitar su futura actuación en el procedimiento a la de un juez de garantías.

A este respecto, conviene remarcar que la diferencia entre un juez de instrucción y un juez de garantías no está solo en el nombre, sino que son dos conceptos muy distintos, como lo es también la naturaleza de sus respectivas funciones. El juez de instrucción dirige la investigación, pues la finalidad principal de la instrucción es, tal como la concibe nuestra LECrim, la de “averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes” (art. 299). La tarea de un juez de garantías es, por el contrario, la de intervenir en la fase preparatoria del proceso con la sola finalidad de garantizar los derechos de las personas que se puedan ver afectados durante la misma<sup>6</sup>.

La existencia de un juez director de la investigación es difícilmente compatible con algunos principios básicos de la Fiscalía Europea, empezando por su propia definición, contenida en el art. 4 del Reglamento, y que afirma que la Fiscalía Europea es la “responsable de investigar los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión (...)”<sup>7</sup>. A tal fin, la Fiscalía Europea

<sup>4</sup> Cfr. RUIZ MAGAÑA, Inmaculada (*Op. cit.*, p. 126), quien afirma que las medidas del Fiscal Europeo Delegado se equipararían a las diligencias informativas o preprocesales que practica el Ministerio Fiscal (art. 5 EOMF), pero también abarcarían los actos instructorios que realiza el juez de instrucción.

<sup>5</sup> Advierte expresamente de la existencia de este problema ESTÉVEZ MENDOZA, Lucana M.<sup>a</sup> (*Op. cit.*, p. 107).

<sup>6</sup> La diferencia se manifiesta también en los casos en que el juez de garantías debe autorizar la práctica de una diligencia limitativa de derechos, pues tampoco en este supuesto el juez asume la investigación, sino que, una vez concedida la autorización, permanece al margen de su práctica y de su resultado. En el derecho italiano, p. ej., el fiscal tiene que solicitar del juez de garantías la autorización para intervenir una comunicación telefónica; sin embargo, una vez concedida la autorización y establecido el plazo máximo de la intervención por el juez, es el fiscal quien decide cuándo inicia la intervención, los miembros de la policía judicial adscritos a la fiscalía la llevan a cabo materialmente en la sede de la misma e informan del resultado de las investigaciones únicamente al fiscal, quien puede, en su caso, pedir la prórroga de la medida al juez (arts. 267-269 CPP).

<sup>7</sup> Cfr. MARÍN PÉREZ, M.<sup>a</sup> Ángeles (*Op. cit.*, pp. 4-5), quien afirma: “No creemos que el legislador europeo haya construido una arquitectura tan compleja, pensada para dotar a la Fiscalía Europea casi de las mismas facultades reconocidas a los Ministerios Públicos nacionales, para topor con un ordenamiento, como el español, en el que el Fiscal no tiene capacidad de actuación autónoma. No es que en España el Fiscal Europeo Delegado deba solicitar autorización del Juez de Garantías –quedando aún por determinar qué órganos jurisdiccionales acometerán dicha función– para adoptar medidas de investigación o medidas cautelares personales que afecten a los derechos fundamentales de los investigados, es que, atendiendo a la redacción literal y estricta de nuestras normas, el Fiscal Europeo Delegado no podrá acordar la práctica de ninguna diligencia porque el Fiscal español no tiene atribuida esa «competencia» tal y como se indica en el art. 311 LECrim. Paradójicamente, todas y cada una de las decisiones del Fiscal Delegado deberían pasar por la autorización del órgano de garantías que resultaría elevado a una especie de codirector de la investigación junto con el Fiscal”.

efectuará las investigaciones (...). En la misma línea, el considerando n.º 58 del Reglamento atribuye a la Fiscalía Europea la misión de “orientar y garantizar la coherencia de las investigaciones (...) a escala de la Unión”, algo que se repite en varios artículos del Reglamento y que la Fiscalía Europea difícilmente podrá hacer si no es el órgano titular de la investigación. Y el art. 13.1 del Reglamento reitera en su párrafo segundo que “los Fiscales Europeos Delegados serán responsables de aquellas investigaciones y acciones penales que hayan emprendido, que se les hayan asignado o que hayan asumido haciendo uso de su derecho de avocación”.

En favor de esta interpretación que hemos denominado innovadora, que transformaría al juez de instrucción en un juez de garantías, se puede citar también el considerando n.º 33 del Reglamento, que afirma que a los Fiscales Europeos Delegados las legislaciones nacionales “deben concederles como mínimo los mismos poderes que a los fiscales nacionales”. Es significativo, en particular, el uso de la expresión “como mínimo”, pues por una parte excluye que tenga que existir una equiparación absoluta entre los poderes del Fiscal Europeo Delegado y el fiscal nacional; y, por otra, permite que se confieran al Fiscal Europeo Delegado mayores poderes que los que tiene reconocidos el fiscal nacional.

Es también interesante lo afirmado en el considerando n.º 87 del Reglamento, el cual prevé, a propósito de los actos del Fiscal Europeo Delegado, que “en muchos casos tales actos serán aplicados por las autoridades policiales nacionales, actuando conforme a las instrucciones de la Fiscalía Europea, en algunos casos tras haber obtenido autorización de un órgano jurisdiccional nacional”. Es decir, en línea de principio no contempla que la policía reciba órdenes de otra autoridad que no sea la Fiscalía Europea, ni que para realizar sus actos la Fiscalía Europea pueda necesitar de la autoridad judicial algo distinto de una autorización. No parece contemplar en ningún momento un escenario en el que la Fiscalía Europea deba abdicar de la dirección de la investigación o, como con fórmula más drástica expresa el art. 773.2 *i. f.* LECrim, deba cesar en sus diligencias. Es cierto que el mismo considerando menciona más adelante la necesidad de que “los actos procesales de la Fiscalía Europea que sean adoptados antes de la acusación y destinados a producir efectos jurídicos ante terceros (incluidos el sospechoso, la víctima y otros interesados cuyos derechos puedan verse negativamente afectados por tales medidas) estén sujetos al control de los órganos jurisdiccionales nacionales”, pero hay que tener en cuenta que “control” no significa “sustitución”, y que, como se advierte a continuación en el propio texto del considerando, este control puede tener lugar en un momento posterior a la adopción de la medida de investigación, “a más tardar durante la fase del juicio”.

Otro importante argumento a favor de este modelo innovador lo ofrece el art. 41.3 del Reglamento, que dispone que los sospechosos “disfrutarán de todos los derechos procesales que les proporcione la legislación nacional aplicable, incluida la posibilidad de presentar pruebas, de solicitar que se nombren peritos y se oiga a testigos, así como de solicitar que la Fiscalía Europea obtenga tales medidas en nombre de la defensa”. A primera vista puede parecer que el modelo del juez instructor garantiza mejor los derechos del sospechoso durante la investigación y, en particular, su derecho a solicitar la práctica de diligencias de prueba, pues el art. 311 LECrim lo sitúa en igualdad de condiciones frente al fiscal, cuando afirma que “el Juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas si no las considera inútiles o perjudiciales”. Sin embargo, el derecho de solicitar que la Fiscalía Europea obtenga determinadas medidas de prueba en nombre de la defensa, que es lo que literalmente establece el Reglamento, solo es posible en un escenario de fiscal investigador y juez de garantías.

### 2.3. Para concluir, una dosis de realismo

Partiendo de la base de que ambos modelos (el del juez de instrucción *stricto sensu* y el del binomio fiscal investigador-juez de garantías) son conceptualmente incompatibles, no oculto que mi prejuicio inicial me lleva a defender la postura innovadora, y estoy convencido que, antes o después, una reforma legal deberá establecer claramente que ese y no otro ha de ser el modelo de las investigaciones de la Fiscalía Europea. Nuestro diseño constitucional no solo no impide,



sino que favorece, una reforma legal en esa línea, pues dirigir la investigación penal es una manera de promover la acción de la justicia y el interés público tutelado por la ley, misión que el art. 124.1 CE atribuye al Ministerio Fiscal y que, en cualquier caso, es evidente que no tiene nada que ver con “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, que es la tarea primordial de los jueces (art. 117.3 CE); aparte de esa tarea, los jueces solo pueden ejercer las funciones “que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho” (art. 117.4 CE) y, a este respecto, hay que tener en cuenta que la dirección de la investigación, en su sentido propio de definir cuál va a ser la estrategia investigativa, no es en sí mismo algo que garantice ningún derecho, al contrario de lo que sí sucede con las funciones normalmente atribuidas en el procedimiento penal a un juez de garantías, como su propio nombre indica<sup>8</sup>.

No obstante todo lo anterior, en tanto tal reforma no tenga lugar, hay que reconocer que la persistencia del juez de instrucción en las procedimientos en que intervenga la Fiscalía Europea, con las amplísimas facultades que nuestro ordenamiento reconoce al juez instructor y con la exclusión absoluta de cualquier iniciativa de la Fiscalía en materia de investigación, como sanciona el mencionado art. 773.2 *i. f.* LECrim, cuenta con importantes aliados a su favor, uno de los cuales es la nada desdeñable fuerza de la inercia, que tiende a favorecer de modo natural cualquier tendencia inmovilista.

Por otra parte, en la práctica, va a ser difícil convencer a un juez de instrucción de que la Fiscalía Europea, en los casos en que esta haya asumido la competencia sobre un caso, ya lo haya hecho inicialmente o en ejercicio de su derecho de avocación, no debe cesar en sus actuaciones porque tal interpretación es contraria al Reglamento y que, en consecuencia, el juez de instrucción debe limitarse a ser un juez de garantías, dejando en manos del Fiscal Europeo Delegado la dirección de la investigación, es decir, la tarea de “averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes”, algo que el art. 299 LECrim concibe como el núcleo de la instrucción penal.

Pero sobre todo, en mi opinión, la principal dificultad para interpretar que el Reglamento desplaza al juez instructor tradicional y lo transforma en un juez de garantías está en el citado art. 117.4 de nuestra Constitución, pues establece que cualquier función de un juez que no sea la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado le ha de ser atribuida expresamente por ley. El problema no es tanto que el Reglamento no sea una ley, pues los reglamentos europeos, aparte de ser aplicables directamente, se sitúan en el rango normativo por encima de la ley e incluso de las constituciones nacionales, conforme al principio de primacía del derecho comunitario<sup>9</sup>; el problema es que el Reglamento, aunque lo pueda hacer implícitamente, no atribuye expresamente la función de juez de garantías a nuestro juez de instrucción.

Otra dificultad adicional la supone el hecho de que, en el proceso penal español, no es posible formular acusación sin un previo acto de imputación (o información al investigado de los hechos que son objeto de investigación) que corresponde realizar al juez de instrucción (art. 779.1.4.<sup>ª</sup> en relación con 775 LECrim)<sup>10</sup>. Además, en la medida en que esta información se asocia

<sup>8</sup> Buena muestra de la constitucionalidad del modelo es la atribución de la instrucción al fiscal en el procedimiento de menores (art. 16.1 LORPM). Por otra parte, la asunción de este modelo alejaría definitivamente cualquier sospecha sobre una posible contaminación del juez de instrucción a la hora de decidir sobre la prisión provisional de los investigados o sobre la adopción de otras medidas cautelares.

<sup>9</sup> Este principio fue reconocido por primera vez por el entonces TJCE en sentencia de 15 de julio de 1964 (asunto Costa/ENEL, n.º 6/64). Resulta curioso que tan importante principio fuera establecido por la jurisdicción europea en la resolución de una controversia que versaba sobre el pago de una factura de 1925 liras italianas (0,99 euros al cambio actual).

<sup>10</sup> La realización de esta comunicación no tiene por qué corresponder, en línea de principio, a una autoridad judicial y, de hecho, no sucede así en los ordenamientos que contemplan la figura del juez de garantías. En el derecho italiano, p. ej., es el fiscal quien comunica a una persona su condición de investigado a través del envío de la denominada *informazione di garanzia*, que realiza solo en el momento en que se debe practicar un acto al cual tiene derecho a asistir el defensor del investigado, no antes (art. 369 CPP); si no se realiza durante la investigación ningún acto que requiera la presencia del abogado del investigado, este es informado de la existencia de un procedimiento a su cargo cuando el fiscal ha concluido su investigación (arts. 369 bis y 415 bis CPP). Por otra parte, en el derecho italiano no es necesario haber oído previamente a la persona contra la que se formula la acusación. Obviamente, el fiscal puede haber acordado su interrogatorio como acto de investigación, pero no tiene obligación de hacerlo (art. 64 CPP). El defensor del investigado puede también solicitar su interrogatorio, pero solo una vez que se le ha notificado la conclusión de las diligencias de investigación, y en este caso el fiscal está obligado a recibirle declaración (art. 415 bis.3 CPP).

al ejercicio eficaz del derecho de defensa (art. 118 LECrim), conviene hacerla lo antes posible, limitando aún más el tiempo en que el fiscal puede llevar a cabo una investigación propia al margen del juez de instrucción.

Podemos concluir, por tanto, que hoy por hoy, mientras no se reforme nuestra legislación procesal penal, en los procedimientos atribuidos a la competencia de la Fiscalía Europea el juez de instrucción conservará todas sus facultades en materia de investigación, mientras que el Fiscal Europeo Delegado mantendrá las mismas de un fiscal español, es decir, prácticamente ninguna.

### 3. Las medidas cautelares reales en el Reglamento

Como fácilmente se puede imaginar, teniendo en cuenta la naturaleza de los delitos que va a perseguir la Fiscalía Europea, en los que por definición se causa un perjuicio relevante a los intereses económicos de la Unión Europea<sup>11</sup>, es importante la adopción, ya desde los primeros momentos de la investigación, de medidas cautelares de naturaleza real, tendentes a preservar el patrimonio de las personas responsables con el fin de garantizar la efectividad de las decisiones de contenido patrimonial a las que dichas personas puedan ser condenadas en la sentencia; en particular, el pago de la eventual indemnización reconocida a favor de la víctima.

#### 3.1. Las medidas expresamente previstas

No obstante lo anterior, llama la atención la escasa mención que a las medidas cautelares se hace en el Reglamento. Concretamente, aparecen citadas solo en dos ocasiones. La primera vez, en el art. 30.1, que se refiere a las medidas cautelares necesarias para preservar la integridad de los bienes inspeccionados (locales, territorios, medios de transporte, domicilios privados, ropa y pertenencias personales o sistemas informáticos) o evitar la pérdida o contaminación de pruebas (letra a), así como inmovilizar los instrumentos o productos del delito susceptibles de ser decomisados (letra d). La segunda referencia, en el art. 103.2, no alude a medidas cautelares adoptadas o solicitadas por la Fiscalía Europea en el proceso penal, sino a medidas de naturaleza administrativa que las instituciones, órganos u organismos de la Unión, u otras víctimas afectadas, pueden adoptar; puede ser el caso, p. ej., de medidas cautelares destinadas a proteger los intereses financieros de la Unión (letra a), o de medidas a los efectos de la recuperación administrativa de importes debidos al presupuesto de la Unión (letra c).

Dejando al margen el segundo supuesto anteriormente señalado, que se refiere a medidas cautelares adoptadas al margen del proceso penal, nos encontramos con que el Reglamento regula en un único precepto las medidas cautelares de naturaleza real que el Fiscal Europeo puede ordenar o solicitar en el proceso penal español. Dice el mencionado art. 30.1:

*Al menos en los casos en que el delito objeto de la investigación sea punible con una pena máxima de al menos cuatro años de prisión, los Estados miembros garantizarán que los Fiscales Europeos Delegados estén facultados para ordenar o solicitar las siguientes medidas de investigación:*

- a) inspeccionar cualquier local, territorio, medio de transporte, domicilio privado, ropa y pertenencias personales o sistemas informáticos, y adoptar todas las medidas cautelares necesarias para preservar su integridad o evitar la pérdida o contaminación de pruebas;*
- b) conseguir la presentación de cualquier objeto o documento pertinente, ya sea en su formato original o en otro formato determinado;*
- c) conseguir la presentación de datos informáticos almacenados, ya sean encriptados o descifrados, en su formato original o en otro formato determinado, incluidos los datos relativos a*

<sup>11</sup> Conforme al art. 22.1 del Reglamento, "la Fiscalía Europea será competente respecto de los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión contemplados en la Directiva (UE) 2017/1371 y tal y como esta se haya transpuesto por la legislación nacional". Respecto a los fraudes de IVA, solo será competente, con carácter general, cuando tengan relación con el territorio de dos o más Estados miembros y supongan un perjuicio total de al menos 10 millones de euros. También será competente para los delitos conexos ("delitos que esté indisolublemente vinculado con un comportamiento constitutivo de delito incluido en el ámbito de aplicación", como los define el art. 22.3 del Reglamento).

*cuentas bancarias y de tráfico, con la excepción de los datos específicamente conservados de conformidad con el Derecho nacional en aplicación del artículo 15, apartado 1, segunda frase, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo;*

- d) *inmovilizar los instrumentos o los productos del delito, incluidos los activos, si se prevé que el órgano jurisdiccional los decomisará y si existen motivos para pensar que el propietario, poseedor o gestor de dichos instrumentos o productos intentará frustrar la sentencia que ordene su decomiso.*

Aunque en el párrafo inicial del artículo se definan todas las medidas que se enumeran a continuación como “medidas de investigación”, en realidad se están mezclando verdaderos actos de investigación con ciertas medidas cautelares. Esto es evidente en la letra a), y así se infiere de la propia redacción del texto. En la letra d), en cambio, no se describe ningún acto de investigación, sino una simple medida cautelar.

En síntesis, dos son las medidas cautelares reales que el Reglamento contempla de forma expresa:

- El bloqueo o incautación de objetos relacionados con la investigación, incluido material informático, cuya integridad sea necesario preservar, en particular con vista a su utilización como medio de prueba en el proceso.
- La inmovilización de los bienes que en el futuro pueden ser objeto de decomiso.

En otro orden de cosas, conviene destacar que resulta irrelevante la mención que el art. 30.1 del Reglamento hace a que el delito objeto de la investigación sea punible con una pena máxima de al menos cuatro años de prisión, pues en materia de medidas cautelares reales nuestra legislación procesal no establece ningún umbral mínimo de pena para su adopción. Por otra parte, lo que el Reglamento establece es un criterio de mínimos, que no impide la adopción de esas mismas medidas en los supuestos en que la pena prevista para el delito objeto de investigación sea menor.

Asimismo, resulta interesante observar la disyuntiva “ordenar o solicitar” con que el precepto se refiere a las facultades del Fiscal Europeo Delegado en orden a la adopción de las medidas enumeradas. Tal disyuntiva no hace sino reconocer las diversas posibilidades de actuación que los fiscales tienen reconocidas en los diferentes ordenamientos nacionales<sup>12</sup>.

Vamos a ver a continuación, por tanto, si el Fiscal Europeo Delegado podrá ordenar o si deberá solicitar las medidas cautelares expresamente contempladas en el art. 30.1 del Reglamento. Como se ha apuntado anteriormente, la respuesta dependerá de las facultades que nuestra legislación reconozca al fiscal en una investigación nacional, pues el art. 13.1 del Reglamento establece que “los Fiscales Europeos Delegados (...) tendrán las mismas potestades que los fiscales nacionales en materia de investigación”.

En cuanto a la medida de la letra a), es decir, el bloqueo o incautación de objetos cuya integridad sea necesario preservar, es una medida que podrá ordenar el fiscal de propia autoridad en algunos casos, como prevé la Circular 4/2013 de la Fiscalía General del Estado, de 30 de diciembre de 2013, *sobre las diligencias de investigación*. En efecto, esta Circular admite que el fiscal acuerde la intervención de los efectos del delito<sup>13</sup>, que pueden haberse incorporado a las diligencias del fiscal por diversas causas, bien porque la Policía los ha recogido de oficio o

<sup>12</sup> P. ej., la intervención de las telecomunicaciones es una medida que requiere normalmente autorización judicial y que, por tanto, el Fiscal Europeo Delegado tendrá que solicitar al juez, aunque en algunos países, como Italia, es posible que el fiscal ordene la intervención en casos de urgencia y la someta posteriormente a la convalidación del juez en un plazo perentorio (art. 267.2 CPP, que contempla un plazo de cuarenta y ocho horas); por tanto, si el proceso se desarrolla en Italia, el Fiscal Europeo Delegado podrá también intervenir un teléfono en caso de urgencia. Mayor es la diferencia en el caso del registro de un domicilio, pues en España el fiscal tendrá que solicitarlo al juez (arts. 18.2 CE y 546 LECrim), mientras que en Italia el registro de un domicilio lo puede ordenar el fiscal sin necesidad de autorización judicial y ni siquiera de ulterior convalidación (art. 365 CPP); en determinados supuestos, incluso lo puede ordenar la policía y someterlo a la convalidación posterior del fiscal (art. 352 CPP).

<sup>13</sup> La circular se basa, para llegar a esta conclusión, en la redacción del art. 773.2 LECrim, párrafo primero *i. f.*, que dispone, en el caso de que el fiscal judicialice sus diligencias, que pondrá a disposición del juez de instrucción los efectos del delito.

a instancias del fiscal, bien porque denunciante o testigos los hayan entregado a este, o bien porque el sospechoso, voluntariamente o requerido por el fiscal, los haya puesto en su poder. Como se puede observar, todos los supuestos mencionados por la circular se refieren a casos en que los bienes han sido abandonados o entregados voluntariamente y en los que, por tanto, no se está limitando el derecho de propiedad. *A sensu contrario*, se infiere que la respuesta habrá de ser diversa si existe oposición por parte del titular del bien que ha de ser incautado, y que en ese caso el fiscal deberá solicitar al juez la adopción de la medida cautelar. A la misma conclusión se llega si se analiza la dicción literal del art. 5 EOMF, que dispone que el fiscal, durante la fase de investigación de un delito, no puede adoptar medidas limitativas de derechos, con la sola excepción de la detención. Se podría argumentar, sobre la base de otras normas que establecen los límites de actuación del fiscal en la afectación de derechos fundamentales<sup>14</sup>, que el derecho de propiedad no está reconocido como derecho fundamental por nuestra Constitución, pero la redacción del precepto es clara en cuanto que se refiere a derechos en general y no solo a los fundamentales. Por otra parte, una interpretación excesivamente literal del art. 5 EOMF nos podría llevar a la conclusión de que el fiscal no puede adoptar ninguna medida cautelar, ni siquiera la incautación de objetos abandonados, pues el citado artículo afirma que las diligencias del fiscal “no podrán suponer la adopción de medidas cautelares”.

De manera similar, aunque referido solo a la inmovilización de material informático, el art. 588 *octies* LECrim establece que “el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial podrán requerir a cualquier persona física o jurídica la conservación y protección de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente”.

Lo afirmado anteriormente nos da la clave para responder a la cuestión acerca de si el fiscal puede ordenar o debe solicitar al juez la adopción de la otra medida cautelar expresamente contemplada en el art. 30.1 del Reglamento, la de inmovilización de los bienes que en el futuro pueden ser objeto de decomiso, pues impone como condición para su adopción que existan motivos para pensar que el propietario, poseedor o gestor de dichos instrumentos o productos intentará frustrar la sentencia que ordene su decomiso. Dado que existe una persona con un derecho real sobre la cosa y que se presume la oposición de dicha persona a su inmovilización, parece claro que el fiscal carece de facultades para limitar ese derecho, como establece el art. 5 EOMF, y que por tanto deberá solicitar la adopción de la medida a la autoridad judicial.

De hecho, esta medida cautelar coincide con la prevista en el art. 127.1 *octies* de nuestro CP<sup>15</sup>, el cual afirma:

*A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.*

Como se puede observar, se trata de una medida cuya adopción está reservada a la autoridad judicial por nuestra ley procesal penal.

### 3.2. Otras medidas posibles

En realidad, dado que las investigaciones de la Fiscalía Europea se rigen por la legislación nacional, que tiene carácter supletorio (art. 5.3 del Reglamento), se podrán adoptar las mismas medidas cautelares reales que en cualquier otro proceso penal. Lo afirma expresamente, además, el propio Reglamento en el art. 30 4:

<sup>14</sup> Como ejemplo paradigmático se puede citar el art. 187.2.a) de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, *de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, que dispone: “Cuando la orden europea de investigación no contenga medida alguna limitativa de derechos fundamentales, el Ministerio Fiscal será competente para reconocer y ejecutar la orden europea de investigación”.

<sup>15</sup> También la LECrim menciona esta medida, que denomina “resolución cautelar de decomiso” (art. 367 quater.2 b)).

*Los Fiscales Europeos Delegados estarán facultados para solicitar u ordenar cualesquiera otras medidas a las que puedan recurrir los fiscales en su respectivo Estado miembro en casos similares en virtud del Derecho nacional, además de las medidas indicadas en el apartado 1.*

A este respecto, conviene recordar la generosidad con que nuestra LECrim regula la materia, pues a las medidas expresamente contempladas, se añade la remisión que el art. 764.2 hace a la LEC en cuanto al contenido y presupuestos de las medidas, lo cual comporta en definitiva un sistema de *numerus apertus* (art. 727 LEC). No obstante, deberán concurrir siempre los requisitos típicos de cualquier medida cautelar: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. A ambos hace referencia expresa el Reglamento al definir la medida del art. 30.1.d). Además, tanto el *fumus boni iuris* como el principio de proporcionalidad aparecen citados en el art. 30.4 del Reglamento, al disponer que las medidas de investigación o cautelares solo se podrán ordenar “cuando existan motivos razonables para creer que la medida específica de que se trate podría facilitar información o aportar pruebas útiles para la investigación, y cuando no quepa recurrir a medidas menos intrusivas que puedan lograr el mismo objetivo”.

Particular interés tiene la posible adopción de las medidas cautelares de la fianza y el embargo, pues son las únicas cuya adopción se regula de manera expresa y detallada en nuestra LECrim (arts. 589 y ss.). En relación con estas medidas, se puede traer a colación lo que en su día se dijo acerca de ellas en el apartado II.1.2.D) de la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado, de 7 de abril de 2003, *sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado*. Se aclaraba, en primer lugar, que la remisión hecha a la LEC no podía interpretarse en el sentido de que la adopción de cualquier medida cautelar tendente al aseguramiento de las responsabilidades civiles exigiese previa petición de parte, sino como una simple remisión a los presupuestos necesarios para su adopción (art. 726 LEC). Se explicaba, asimismo, que tampoco la remisión a la LEC –cuyo art. 727 no menciona expresamente la fianza– impedía la aplicación de la normativa de la LECrim, en que la fianza se prevé como medida principal y el embargo solo con carácter subsidiario<sup>16</sup>.

En cuanto a si el fiscal podrá ordenar cualquiera de estas medidas o tendrá que solicitar su adopción al juez de instrucción, la respuesta tendrá que ser necesariamente esta segunda, por las razones ya apuntadas anteriormente. Cualquier medida cautelar que se quiera adoptar en los procedimientos en que intervenga la Fiscalía Europea, distinta de las expresamente contempladas en el art. 30.1 del Reglamento, deberá ser adoptada por el juez. El fiscal, a lo sumo, podrá solicitar su adopción. A la misma solución llega la citada Circular 4/2013, que admite como única excepción la intervención de los efectos del delito, en las circunstancias y con los límites anteriormente señalados.

#### 4. Otras cuestiones interesantes

La redacción del art. 30.1 del Reglamento suscita al menos otras dos interesantes cuestiones.

Una de ellas deriva de la aparente finalidad que se atribuye a las medidas cautelares reales que se enumeran, limitadas a la conservación de las piezas de convicción, con el fin de garantizar su utilización como medio de prueba, o de los objetos que puedan ser decomisados, con el fin de garantizar la eficacia de una eventual sentencia que acuerde el decomiso. Esto contrasta aparentemente con la finalidad que las medidas cautelares reales tienen en nuestro ordenamiento y que no es otra que la de “asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes” (art. 589 LECrim), “incluidas las costas” (art. 764 LECrim). Es decir, la adopción de medidas cautelares reales en el procedimiento penal español está concebida

<sup>16</sup> La posibilidad de adoptar la fianza como medida cautelar principal se basa precisamente en la fórmula de *numerus apertus* del art. 727.11.ª LEC, a la que remite el art. 764.2 LECrim. De todas formas, la circular aclara que también podrá el juez de instrucción acordar directamente el embargo, con base en el art. 727.1.ª LEC, y permitir al presunto responsable civil que lo eluda mediante la prestación de una caución sustitutoria (art. 746 LEC) –que equivale a una fianza– con lo que se invertirían los términos del sistema general de la LECrim (primero fianza y después embargo, solo en caso de que no se preste la fianza), pero el efecto final sería similar.

de manera principal no para asegurar la conservación de las piezas de convicción y la eficacia del eventual decomiso, sino para garantizar el pago de la responsabilidad civil, las multas y las costas. Y, de estas tres responsabilidades, aquella a la que se confiere mayor importancia es la responsabilidad civil, que es la que hay que satisfacer en primer lugar en caso de que no haya bienes suficientes para cubrir todas ellas (art. 126 CP); por el mismo motivo, en el orden sistemático de la LECrim, a las “fianzas y embargos” (Título IX del Libro II), únicas medidas cautelares con regulación específica, sigue “ la responsabilidad civil de terceras personas” (Título X del mismo Libro).

La otra cuestión se refiere a la posibilidad de que, en los supuestos en que el fiscal está facultado para solicitar la adopción de una medida cautelar, se reconozca o no la misma facultad a otros intervinientes en el proceso.

#### 4.1. Decomiso y responsabilidad civil: diferencia y similitudes

Comenzando con la primera cuestión, no debe extrañar que el Reglamento no contemple la posible adopción de medidas cautelares para asegurar la responsabilidad civil, pues la norma general en gran parte de los Estados miembros es que en el proceso penal no se ejercite la acción civil. A lo sumo, es posible que se reconozca la figura del actor civil, pero este interviene en el proceso con facultades limitadas<sup>17</sup>. Con este panorama, se entiende que el Reglamento no prevea la adopción de medidas cautelares con la sola finalidad de garantizar el pago de la responsabilidad civil, pues resulta algo ajeno al proceso penal<sup>18</sup>.

El objeto principal del decomiso son los efectos que provengan del delito y los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar (art. 127.1 CP). El objeto de la responsabilidad civil, en cambio, comprende la restitución de lo sustraído, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 CP).

Sin embargo, la garantía de la eficacia del decomiso y la garantía del pago de la responsabilidad civil tienen más puntos en común de lo que pueda parecer a simple vista. De hecho, existe una estrecha relación entre el objeto del decomiso y el objeto de la responsabilidad civil; por idéntico motivo, la diferencia entre ambos no siempre es nítida.

Así, p. ej., aunque una diferencia conceptual importante es, en línea de principio, que el decomiso afecta a bienes concretos relacionados con el delito (sus efectos o instrumentos, incluidas las transformaciones que estos hayan podido experimentar), mientras que la responsabilidad civil afecta a cualesquiera bienes del responsable en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), esta diferencia queda desdibujada desde el momento en que se acepta el decomiso por equivalente (arts. 127.3 y 127 *septies* CP), que se traduce en una especie de responsabilidad patrimonial universal también por el decomiso, ya que este se puede hacer efectivo en otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los bienes decomisables.

<sup>17</sup> P. ej., en el proceso penal italiano, el actor civil no puede formular acusación de manera autónoma, sino que su acción civil es accesoria a la acusación formulada por el fiscal, que ostenta el monopolio de la acción penal (arts. 75 y ss. CPP); por otra parte, la sentencia penal puede no determinar la cuantía exacta de la condena civil, aunque esta haya sido debatida en el juicio, sino que puede deferir su liquidación a un ulterior juicio civil, e, incluso en el caso de que la sentencia penal determine la cantidad que ha de ser objeto de indemnización, la víctima ha de acudir, para obtener su cobro y salvo en el improbable caso de que le condenado pague voluntariamente, a un procedimiento civil de ejecución (arts. 538 y ss. CPP).

Por otra parte, en el proceso penal italiano se reconoce la posibilidad de adoptar medidas cautelares reales, de manera diferenciada, bien con la finalidad de garantizar el pago de las responsabilidades pecuniarias, incluida la responsabilidad civil (es el denominado embargo o *sequestro conservativo*, regulado en los arts. 316-320 CPP), o bien para impedir que la libre disponibilidad de una cosa relacionada con el delito pueda agravar o prolongar sus consecuencias, o facilitar la comisión de otros delitos (es el denominado embargo o *sequestro preventivo*, regulado en los arts. 321-323 CPP).

<sup>18</sup> Esto explica asimismo, como ya se ha indicado con anterioridad, que el Reglamento sí contemple, en cambio, la posible adopción de medidas cautelares administrativas “destinadas a proteger los intereses financieros de la Unión”, o a “la recuperación administrativa de importes debidos al presupuesto de la Unión”.

Por otra parte, en los delitos contra el patrimonio, los efectos del delito coinciden con el perjuicio causado a la víctima. Si se hurta, roba o estafo una cantidad de dinero, esa cantidad es al mismo tiempo un efecto del delito, objeto de decomiso, y una cuantía pecuniaria que, en concepto de responsabilidad civil, deberá ser entregada a la víctima. Centrándonos en el tema que nos ocupa, que es el de los delitos que causan un perjuicio a la Unión Europea, ese perjuicio, perfectamente cuantificable (piénsese, p. ej., en un fraude de subvenciones o en un fraude de IVA), es un efecto del delito en cuanto ganancia ilícita obtenida por su perpetrador y es, por tanto, decomisible; pero es también el objeto de la responsabilidad civil que habrá de satisfacer al perjudicado. Por otra parte, tratándose de un bien fungible como es el dinero, podrá ser decomisada cualquier suma de dinero hasta alcanzar la cuantía total del perjuicio; o incluso, en aplicación del decomiso por equivalente, cualquier otro bien de la persona que resulte responsable hasta alcanzar dicha cuantía.

Llegados a este punto, conviene reconocer que, en el ámbito de actuación de la Fiscalía Europea, no solo es difícil distinguir qué bienes van a ser objeto de decomiso y qué bienes van a ser objeto de responsabilidad civil, sino que la regla general va a ser una exacta coincidencia entre ambos bienes. Por ello, desde el momento en que el Reglamento prevé que se adopten medidas cautelares reales para garantizar el decomiso, está contemplando también que el objeto último de esas medidas pueda ser el aseguramiento del pago de la responsabilidad civil.

Asimismo, la estrecha relación entre el objeto del decomiso y la responsabilidad civil aparece recogida en el art. 127 *octies*. 3 CP, el cual dispone que los bienes decomisados serán adjudicados al Estado, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas<sup>19</sup>; o en el art. 128 CP, el cual prevé que el juez o tribunal puede no decretar el decomiso cuando se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles.

De manera similar, el art. 30 del Reglamento (UE) 2018/1805, de 14 de noviembre de 2018, *sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso*, contempla la posibilidad de que los bienes decomisados sean restituidos a la víctima del delito, o de que esta sea indemnizada con el dinero obtenido con la venta de los mismos.

Se puede afirmar, por tanto, que el fundamento que podrá esgrimir la Fiscalía Europea para embargar bienes con vista a garantizar la satisfacción de la eventual responsabilidad civil es el mismo con el que puede pedir su embargo para garantizar su eventual decomiso.

Además, aun en el caso de que las anteriores argumentaciones no resultaran convincentes, no se puede perder de vista que el Reglamento se aplica conjuntamente con la ley nacional. Concretamente, como establece su art. 5.3 y se ha recordado anteriormente, “la legislación nacional se aplicará a las cuestiones que no estén reguladas por el presente Reglamento”, como es el caso del aseguramiento de la responsabilidad civil.

#### **4.2. Posición de otras partes procesales**

En cuanto a la cuestión de si otras partes procesales, distintas del fiscal, pueden pedir la adopción de medidas cautelares reales, es algo que está íntimamente relacionado con la posibilidad de que otros sujetos se constituyan como partes en el proceso. A este respecto, el art. 103.2.b) del Reglamento prevé que la Fiscalía Europea facilite sin dilación a la institución, órgano u organismo de la Unión y a otras víctimas afectadas, información suficiente para permitirle (...) la intervención como parte civil en los procedimientos”.

En realidad, tampoco es esto algo novedoso para nosotros, pues se trata del ofrecimiento de acciones previsto en los arts. 109 y 176 LECrim. La diferencia es que estos preceptos atribuyen

---

<sup>19</sup> La normativa del Reglamento en esta materia es sustancialmente idéntica, pues su art. 38 establece que, cuando “el órgano jurisdiccional nacional competente haya decidido, en resolución definitiva, decomisar cualquier propiedad relacionada con, o producto derivado de, un delito perteneciente al ámbito de competencia de la Fiscalía Europea, se dispondrá de tales activos o productos de conformidad con la legislación nacional aplicable. Esta disposición no deberá afectar negativamente a los derechos de la Unión o de otras víctimas a ser indemnizadas por los daños que hayan sufrido”.

al letrado de la administración de justicia la obligación de hacer el ofrecimiento de acciones, y el Reglamento la atribuye a la Fiscalía Europea, cosa que no debería generar ningún problema desde el momento en que el propio art. 109 LECrim permite que esta función pueda ser delegada en personal especializado en la asistencia a las víctimas. Por otra parte, el art. 5.3 del Reglamento establece que, “cuando una cuestión esté regulada tanto por la legislación nacional como por el presente Reglamento, prevalecerá este último”. En definitiva, si el ofrecimiento de acciones lo hace el letrado del juzgado o la Fiscalía Europea es una cuestión que está íntimamente relacionada con el modelo de investigación que se va a desarrollar en los procedimientos en que intervenga la Fiscalía Europea, sobre todo con cuál va a ser el órgano director de la investigación, cuestión que ya se abordó al inicio de este artículo.

Por ahora, baste con apuntar dos importantes aspectos en relación con el ofrecimiento de acciones a la Unión Europea o a aquella institución, órgano u organismo que haya resultado perjudicado por la comisión del delito.

El primero es que el ofrecimiento de acciones no se limitará a la acción civil, único ofrecimiento que contempla el Reglamento, sino que se extenderá a la acción penal, de manera que se le permitirá también a la Unión o a quien haya sido víctima el ejercicio de la acción penal, pudiendo constituirse como acusación particular, incluso sin necesidad de ejercitar conjuntamente la acción civil. Nuevamente habrá aquí que observar el tan citado art. 5.3 del Reglamento, aquel que prevé que la legislación nacional se aplicará a las cuestiones que no estén reguladas por el Reglamento.

El segundo aspecto es que el ofrecimiento de acciones, cuando haya resultado perjudicada la propia Unión Europea, se deberá hacer a la Comisión Europea, pues, como dispone el art. 335 TFUE, cuando la Unión deba comparecer en juicio, estará representada por la Comisión. Esta cuenta a su vez con dos Representaciones Permanentes en España, una en Madrid y otra en Barcelona, a las que se podrá hacer materialmente el ofrecimiento de acciones.

Admitido que la Unión o cualquiera de sus instituciones, órganos u organismos se pueden personar en el procedimiento, en la medida en que hayan sido víctimas del delito, se deriva como consecuencia lógica que también ellas podrán pedir la adopción de medidas cautelares reales, en pie de igualdad con la Fiscalía Europea.

Otra interesante cuestión que se suscita al hilo de la anterior argumentación es la de si el juez podrá de oficio acordar medidas cautelares con objeto de asegurar el pago de la responsabilidad civil, como actualmente sucede en nuestro proceso penal, o si será aplicable el art. 721.2 LEC, en virtud de la remisión genérica a la LEC en cuanto a los presupuestos para la adopción de medidas cautelares civiles en el proceso penal (art. 764.2 LECrim), pues dicho precepto afirma que tales medidas “no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal”. Ya se ha comentado anteriormente que, conforme a la interpretación dada por la Circular 1/2003, de 7 de abril, tal remisión no limita la facultad que actualmente tiene el juez de instrucción de acordar de oficio medidas cautelares reales. No obstante, también aquí, en último término, la respuesta dependerá de la solución que se dé al dilema acerca de si el juez de instrucción va a mantener las mismas competencias y facultades que en cualquier otro procedimiento penal en los casos de la Fiscalía Europea, o si, por el contrario, va a limitarse a ser un juez de garantías. En mi opinión, no cabe duda de que, si se reforma la figura del juez de instrucción y se le atribuyen las funciones de un juez de garantías, se podrá definir mejor cuál es su papel en la adopción de las medidas cautelares reales<sup>20</sup>. Concretamente, debería desaparecer la posibilidad de que las adoptara de oficio, como sucede actualmente, en abierta contradicción con los principios del derecho civil (en particular, el principio de aportación de parte) y el sistema vigente en relación con las medidas cautelares personales, que deben ser solicitadas necesariamente por una parte acusadora.

<sup>20</sup> En el derecho italiano, p. ej., las medidas cautelares reales solo las puede adoptar el juez a instancia de parte; y, en el caso concreto del embargo *conservativo* para garantizar el pago la responsabilidad civil, tiene que ser solicitado por el actor civil (art. 316.2 CPP).



Obviamente, que puedan ser acordadas de oficio no impide que puedan ser adoptadas también a instancia de parte. En cuanto a cuál pueda ser la parte legitimada para pedir la adopción de una medida cautelar de naturaleza civil, la respuesta lógica es que lo será la parte que ejercite la acción civil. Podrá hacerlo, por tanto, la Unión o cualquiera de sus instituciones, órganos u organismos si se han personado como actores civiles, pero podrá hacerlo también el Fiscal Europeo Delegado, pues, como ya se ha recordado anteriormente, “los Fiscales Europeos Delegados actuarán en nombre de la Fiscalía Europea en sus respectivos Estados miembros y tendrán las mismas potestades que los fiscales nacionales en materia de investigación, ejercicio de la acción penal y apertura de juicio” (art. 13.1). Se podría oponer a esta argumentación que este artículo se refiere al “ejercicio de la acción penal” y no al ejercicio de la acción civil, pero a tal interpretación cabría contestar lo que dice el tan repetido art. 5.3 del Reglamento, esto es, que la legislación nacional se aplicará a las cuestiones que no estén reguladas por el Reglamento.

También aquí, no obstante, el ejercicio de la acción civil por el fiscal entra en contradicción con los principios del derecho civil y, aunque puede tener su justificación en el deseo de proteger a la víctima a toda costa, cosa que puede ser razonable cuando la víctima no está personada en el procedimiento, no tiene tanta lógica cuando el perjudicado ejerce por sí mismo la acción civil en el proceso, y menos aún cuando este perjudicado es una institución de derecho público, con sus propios órganos de representación y de asesoramiento jurídico, como es el caso de la Unión Europea o sus instituciones, órganos u organismos. En mi opinión, es esta otra cuestión que la futura reforma del proceso penal debería abordar y resolver de manera coherente.

## 5. Procedimiento de adopción de las medidas cautelares reales

Es esta una materia que el Reglamento difiere expresamente a las legislaciones nacionales (art. 30.5 *i. f.*).

Ya se ha citado la regulación que nuestra LECrim hace de las fianzas y embargos, en los arts. 589 y ss. LECrim, que contienen una remisión al procedimiento del embargo en la LEC, pero no genérica, sino limitada a dos preceptos específicos<sup>21</sup>.

En cuanto al procedimiento para acordar las demás medidas, tenemos que contentarnos con la escueta referencia del art. 764.1 LECrim, que dispone que “tales medidas se acordarán mediante auto y se formalizarán en pieza separada”. Podría pensarse que, también en este caso, habrá que acudir a la LEC para determinar cuál es el procedimiento a seguir. Sin embargo, la mencionada Circular 1/2003, de 7 de abril, ya aclaró en su día que la remisión que el art. 764.2 LECrim hace a la LEC no alcanza a las normas de procedimiento. En realidad, basta repasar el procedimiento previsto en la LEC para comprobar que no es compatible con el sistema de la LECrim; empezando por la necesidad de solicitud de parte en la LEC (art. 732), contradicha por la posibilidad de acordar las medidas cautelares de oficio en la LECrim; continuando con la regla general de audiencia al interesado en la LEC (art. 733), que se convierte en excepción en la LECrim; y concluyendo con la necesidad de celebrar una vista previa a la adopción de la medida (art. 734 LEC), no contemplada en la regulación de la LECrim. En realidad, la LECrim no contempla la celebración de vista porque asume que, con carácter general, se darán las razones de urgencia a que la propia LEC alude para hacer innecesaria la audiencia en determinados supuestos (art. 733.2).

Es precisamente la urgencia con que normalmente se deben adoptar las medidas cautelares reales en el proceso penal la que debería llevar a considerar, al menos *de lege ferenda*, la posibilidad de que fueran acordadas provisionalmente por el fiscal, sin perjuicio de su ulterior

---

<sup>21</sup> Concretamente, el art. 600 LECrim establece que las actuaciones que se practiquen en ejecución del auto que decreta la fianza y el embargo subsidiario de bienes se registrarán por los arts. 738.2 y 738.3 LEC, con la especialidad establecida en el artículo 597 LECrim respecto al requerimiento al procesado para que señale bienes.

convalidación por parte del órgano judicial, que en todo caso debería controlar la concurrencia de los requisitos necesarios para su adopción. Esta posibilidad, contemplada en otros ordenamientos nacionales<sup>22</sup>, está absolutamente excluida en el proceso español y contrasta con los amplios poderes que se confieren a otros órganos para adoptar medidas cautelares de idéntico contenido en procedimientos administrativos. Concretamente, me resulta difícil admitir que, en la investigación de graves delitos económicos, el fiscal no pueda ordenar cautelarmente y por tiempo limitado el saldo de una cuenta bancaria, y que sí lo puedan hacer la Agencia Tributaria o los entes locales para la obtención de fines –como es el cobro de un tributo o de una multa<sup>23</sup>– claramente inferiores en un plano axiológico al fin que persigue el Fiscal en sus investigaciones, y que no es otro que “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley” (art. 124 CE). Tampoco parece muy lógico que se le permita al fiscal adoptar una medida cautelar como la detención, que incide sobre el derecho fundamental a la libertad, y no se le permita, en cambio, acordar el embargo provisional de bienes de los sospechosos, que afecta solo al derecho de propiedad, el cual no tiene la consideración de fundamental en nuestra Constitución. Por ello, siempre que se habla de la necesaria reforma de las normas que regulan las diligencias de investigación del fiscal, una demanda común es la de que debería permitirse al fiscal acordar el embargo de bienes con determinados límites<sup>24</sup>.

Otro tema interesante es el de la posible realización anticipada de los bienes embargados o su utilización provisional, y de la eventual intervención de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos en estos casos. También en este ámbito será de aplicación la legislación nacional, en virtud del tantas veces recordado art. 5.3 del Reglamento, con la peculiaridad de que las referencias al Ministerio Fiscal deberán ser interpretadas como hechas a la Fiscalía Europea. Así, p. ej., será necesaria la audiencia del Fiscal Europeo Delegado para ordenar la destrucción de los efectos intervenidos (art. 367 ter. 1 LECrim), así como para su realización (art. 367 *quinquies*. 3 LECrim); esta última podrá ser instada por el Fiscal Europeo Delegado (art. 367 *quater*. 2 LECrim), que podrá también solicitar su utilización provisional (art. 367 *sexies*. 2 LECrim).

## 6. Responsabilidad derivada de la adopción de medidas cautelares reales

La indebida adopción de medidas cautelares reales o su injustificada permanencia en el tiempo pueden acarrear perjuicios a las personas afectadas y, en consecuencia, pueden generar responsabilidad para quienes hayan adoptado o mantenido dichas medidas cautelares. Piénsese, p. ej., en las consecuencias negativas que el bloqueo de una cuenta corriente puede tener para la actividad de una empresa, o la realización anticipada de un bien para su propietario, en casos que concluyan con sentencia firme absolutoria y en los que, por tanto, se declare no haber lugar al decomiso ni a la indemnización, con el consiguiente levantamiento de todas las medidas cautelares acordadas.

A este respecto, el art. 113. 3 del Reglamento dispone:

*En caso de responsabilidad no contractual, la Fiscalía Europea estará obligada, con arreglo a los principios generales comunes a las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea, a reparar todo daño ocasionado por ella misma o su personal en el ejercicio de sus funciones, en la medida en que pueda imputárseles.*

<sup>22</sup> Es el caso, p. ej., del CPP italiano, cuyo art. 321.3 bis permite que el embargo *preventivo*, es decir, aquel que se practica sobre los bienes que puedan agravar o prolongar las consecuencias del delito o facilitar la comisión de otros delitos (el saldo de una cuenta bancaria donde están depositadas las ganancias del delito, p. ej.), pueda ser acordado por el fiscal si concurren razones de urgencia y ser sometido a la convalidación del juez en las cuarenta y ocho horas posteriores.

<sup>23</sup> *Vid.* Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación; en particular, los arts. 75 y ss., que contienen las normas sobre embargos en el procedimiento de apremio. Incluso las propias entidades bancarias, en aplicación de la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, pueden bloquear unilateralmente las cuentas de sus clientes en determinados supuestos (*vid.* Memoria de Reclamaciones 2018 del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones, del Banco de España).

<sup>24</sup> *Vid.*, p. ej., el Libro Blanco del Ministerio Fiscal (p. 20), elaborado por el Consejo Fiscal en 2013.

Añade el Reglamento que, para conocer de los conflictos en materia de indemnización por estos daños, que comprenden los causados por los Fiscales Europeos Delegados en el desempeño de su labor (art. 113.4), será competente el Tribunal de Justicia (art. 113.5).

No obstante, dado que en el procedimiento penal español el fiscal no tiene capacidad de ordenar medidas cautelares reales, y solo el juez de instrucción puede acordarlas, es lógico que sea este el principal responsable de los daños que la adopción de la medida haya podido provocar. En cualquier caso, no se podrá entablar directamente una acción de responsabilidad civil contra el juez, sino que se deberá acudir al procedimiento administrativo de reclamación patrimonial por el funcionamiento de la administración de justicia<sup>25</sup>.

## 7. Conclusiones

Con la publicación del Reglamento que la crea, la Fiscalía Europea es ya una realidad y empezará a ejercer sus funciones en breve tiempo. Como en tantas otras ocasiones, poco ha hecho el legislador español para adaptarse a la nueva situación, lo cual contrasta con el entusiasmo que nuestras autoridades han mostrado en todo momento por la iniciativa. En particular, con el mantenimiento de la obsoleta figura del juez de instrucción, España carece de una legislación procesal compatible con el ambicioso proyecto del Reglamento, que configura la Fiscalía Europea como órgano director de la investigación penal.

En el ámbito de las medidas cautelares reales, la normativa del Reglamento es muy escueta y consiste básicamente en un reenvío a la legislación nacional. También aquí se presentan problemas derivados de una falta de actualización normativa. Nuestra LECrim solo regula expresamente y con cierto detalle las fianzas y embargos; por lo demás, contiene una remisión genérica a los preceptos de la LEC, que son difícilmente trasladables al ámbito penal en su regulación actual. El ejercicio de la acción civil y la admisibilidad de la acusación particular en el proceso penal son otros factores que contribuyen a hacer aún más compleja la cuestión. Por otra parte, las facultades reconocidas en este campo a la Fiscalía Europea, que se supone que es quien debe dirigir la investigación, son mínimas, limitadas a poder solicitar del juez, en igualdad de condiciones con otras partes procesales, la adopción de cualquier medida cautelar real; ni siquiera en casos de urgencia le está permitido actuar por propia iniciativa, con un control judicial posterior.

Todo esto nos debería hacer reflexionar y, sobre todo, debería llevar al legislador a adaptar las normas del proceso penal al nuevo contexto de actuación de la Fiscalía Europea. Sería la ocasión, además, para no limitarse a introducir el enésimo parche en nuestra vetusta LECrim, diseñando un proceso especial para los delitos en que intervenga la Fiscalía Europea, sino para abordar de una vez por todas la tan necesaria reforma del proceso penal español.

---

<sup>25</sup> El art. único 51 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, derogó los arts. 411-413 LOPJ, relativos a la responsabilidad civil directa de los jueces y magistrados. En la Exposición de Motivos de esta ley se explica que “también se elimina la responsabilidad civil directa de los Jueces y Magistrados, escasísimamente utilizada en la práctica. Con ello se alinea la responsabilidad de los Jueces con la del resto de los empleados públicos y se da cumplimiento a las recomendaciones del Consejo de Europa en esta materia. Esa exención de responsabilidad no excluye lógicamente, que la Administración pueda repetir, en vía administrativa, contra el Juez o Magistrado si éste ha incurrido en dolo o culpa grave”.