



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO



**CONCLUSIONES DEL GRUPO DE EXPERTOS SOBRE LA
FISCALIA EUROPEA**

MADRID

29 de junio a 1 de Julio 2009

LISTADO ASISTENTES REUNIÓN "FISCALÍA EUROPEA"

COORDINACIÓN:

Rosa Ana Morán Martínez

Fiscal. Sección Internacional de la Fiscalía General del Estado

PARTICIPANTES:

Lothar Kuhl

Head of Unit, legal affaires OLAF

Manuel de Almeida Pereira

Case Management Analyst. Eurojust

John Vervaele

Profesor Universidad de Utrech

Jorge Espina Ramos

Fiscal. Sección Internacional de la Fiscalía General del Estado

Ángeles Gutiérrez Zarza

Legal Officer EUROJUST

Amandine Honhon

Ministerio de Justicia Bélgica

Helena Fazenda

Procuradora de la República de Portugal

Isabel Vicente Carbajosa

Secretaria del Comité de Vigilancia OLAF

Thierry Cretin

Director A OLAF

Robert Renier

Head of the District Prosecution Office in Slovenia

Luis López Sanz

Fiscal del Tribunal Supremo y Presidente del Comité de Vigilancia de OLAF

Fernando Irurzun Montoso

Abogado del Estado Jefe de la Audiencia Nacional

Ignacio de Lucas Martín

Fiscal de la Fiscalía Especial Antidroga

François Badie

Fiscal del Tribunal de Casación, Paris

Elsa García-Maltras

Fiscal Experto Nacional destacado EJTN

Alejandro Luzón Canovas

Fiscal de la Fiscalia Anticorrupción. España

GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA FISCALIA EUROPEA

CONCLUSIONES

PRESENTACION

El Art. 86 del futuro Tratado de Funcionamiento de Unión, tal y como resulta en su versión consolidada tras el Tratado de Lisboa (Art. III-274), expresa la posibilidad de creación de una Fiscalía Europea de la siguiente forma:

“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 del 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 refieren el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 329 del presente 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 del 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 plasmación de la figura en el Tratado es esquemática. El diseño de su perfil se remite a los Reglamentos en los que se deben concretar las cuestiones básicas respecto a su naturaleza y funcionamiento, como son las que se refieren al estatuto, competencias, procedimiento aplicable a sus actividades, admisibilidad de pruebas, así como normas aplicables al control jurisdiccional de los actos procesales realizados en el ejercicio de sus funciones.

Para conseguir un consenso político sobre la institución, bien un acuerdo por unanimidad que permita crear el órgano de forma general, o bien al menos, el acuerdo suficiente para conseguir crearlo a través de la cooperación reforzada, es imprescindible debatir previamente sobre todas estas cuestiones. De cara a esta reflexión no parece adecuado plantear un debate en abstracto, no cabe pedir posturas absolutas e incondicionales sobre la institución de la Fiscalía Europea. El debate sobre "el cómo" debe ser previo. El camino razonable empieza por un primer paso que, tratando de evitar prejuicios o adhesiones injustificadas, establezca un debate previo relativo a los temas esenciales como la estructura y estatuto de la Fiscalía, así como su procedimiento de actuación. Es un debate imprescindible y anterior incluso al diseño de una hoja de ruta.

Un grupo de expertos y técnicos, reunidos por la Fiscalía General del Estado de España y el Centro de Estudios Jurídicos, trabajamos en Madrid, en Junio de 2009, con el objeto de emprender este debate y aportar unas ideas preliminares. El objetivo es que este pequeño resumen en el que se plasman nuestras deliberaciones pudiera servir de ayuda al inicio de las reflexiones sobre esta figura que el programa de la Presidencia española de la UE plantea emprender en el primer semestre de 2010.

Este debate no parte de cero. Es necesario recordar que muchas de las cuestiones han sido planteadas y estudiadas en *el Libro Verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo* presentado en 2001 por la Comisión. Ese documento, los debates y diversas aportaciones al mismo, así como el informe que recoge todo el proceso y sus resultados plasmado en "*el seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo*", realizado en 2003, han sido tenidos en cuenta en nuestras discusiones.

Sin embargo, el trabajo que presentamos se desarrolla en un escenario diferente, con una Europa en la que el espacio de libertad, seguridad y justicia ha experimentado importantes avances. El nuevo contexto cuenta con una parte sustancial de las legislaciones penales armonizada; la distancia y diferencia de los sistemas penales en el ámbito material son notoriamente menores que en 2001. Por otro lado, el principio de reconocimiento mutuo ha empezado a aplicarse con notable éxito y sigue un camino de desarrollo, probablemente más lento de lo deseable, pero imparable y determinante en la construcción del espacio judicial europeo.

Más aún, contando con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el futuro sobre el que se proyectan nuestras conclusiones, se refiere un Espacio de Justicia e Interior que ha superado la etapa de cooperación intergubernamental y se presenta, pese al mantenimiento de ciertas condiciones y salvaguardas, integrado en el derecho comunitario.

Las conclusiones que ofrecemos son simples propuestas técnicas en las que hemos tratado de abordar las diferentes cuestiones que se plantean proponiendo soluciones presentadas, en algunos casos, de forma alternativa. Tratamos de ofrecer opciones amplias y abiertas para facilitar un debate posterior de carácter político. Las opciones que se brindan a la reflexión no son exhaustivas si no que son presentadas como aquellas posibilidades que hemos consideramos más adecuadas y oportunas, con plena conciencia de que a éstas pueden añadirse otras muchas, igualmente validas y aceptables para el debate.

En tanto las cuestiones planteadas por la institución son múltiples y de diferente índole nuestro trabajo y las conclusiones se presentan, para facilitar el trabajo y el debate, agrupadas en cinco grandes temas:

1. Estructura y estatuto de la Fiscalía Europea y relaciones con Eurojust.
2. Competencias.
3. Procedimiento de actuación.
4. Control jurisdiccional de las actuaciones del Fiscal Europeo.
5. Determinación de la jurisdicción competente y ejercicio de la acción penal. Control de la fase intermedia. Celebración del juicio; admisibilidad de pruebas. Situación de las partes y otros interesados.

1. ESTRUCTURA Y RELACIONES CON EUROJUST

1. 1 Introducción

El Grupo 1 se dedicó a debatir cuestiones relacionadas con la Estructura de la Fiscalía Europea y sus relaciones con Eurojust. Es obvio que al abordar estos temas existía un riesgo de solapamiento con otros grupos, lo cual hemos intentado evitar en la medida de lo posible. Los debates en el seno del grupo fueron intensos y cuando no se podía alcanzar la unanimidad o al menos el consenso, siempre existía una clara mayoría que apuntaba hacia una determinada postura. No obstante, intentaremos reflejar adecuadamente en las siguientes páginas las diferentes opiniones expresadas.

Se obtuvieron varias conclusiones que se compartieron con los demás expertos en una sesión común celebrada el último día de nuestra reunión. A continuación se indican todas ellas, organizadas por temas generales, con

unas cuantas explicaciones que ayudan a entender por qué el grupo llegó a dichas conclusiones en concreto.

1.2 – Misión

Al llevar a cabo la tarea de descubrir a los autores de infracciones penales relevantes que perjudiquen a la Unión Europea, incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio, la Fiscalía Europea debería proteger el interés común europeo. Sin recibir instrucciones de nadie, debería actuar dentro de los límites de su mandato de forma imparcial e independiente, respetando el Estado de Derecho y los derechos fundamentales.

El grupo consideró que se requería una manifestación clara acerca de la misión de la Fiscalía Europea y que era necesario subrayar la dimensión europea de la finalidad de la Fiscalía, mencionando el “interés común europeo” como la fuerza impulsora que subyace a la creación de la Fiscalía Europea y enfatizando así el evidente valor añadido que podría aportar la Fiscalía Europea al ámbito del enjuiciamiento penal en la UE.

También se consideró que la referencia a la independencia tenía una enorme relevancia, ya que la Fiscalía Europea no debería ser considerada como el “brazo ejecutivo” de ninguna otra institución europea. La Fiscalía Europea, como entidad perteneciente al ámbito judicial, debe constituirse como una institución independiente con un Fiscal Jefe o Fiscal Europeo independiente y actuar imparcialmente (considerando las circunstancias a favor y en contra de las personas investigadas de manera imparcial), siempre sometida al imperio de la ley y al respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

1.3- Estructura

1.3.1 La Fiscalía Europea debería ser un órgano europeo organizado de manera descentralizada. Debería estar compuesto por un Fiscal Europeo, un número limitado de Fiscales Adjuntos y un número suficiente de Fiscales Europeos Delegados para cada jurisdicción.

Este punto fue uno de los más debatidos en el grupo, ya que algunos miembros veían a la Fiscalía Europea no tanto como una estructura jerárquica que culminara en un único jefe sino más bien como un órgano colectivo cuya cabeza estaría ocupada por un colegio de miembros que tendrían las responsabilidades más importantes en relación con el funcionamiento del órgano. Sin embargo, el grupo llegó finalmente a la conclusión de que dicha estructura colectiva no encajaba bien con la propia idea de una Fiscalía, ya que obstaculizaría la efectividad y las posibilidades de respuesta rápida que se requieren de un órgano fiscal que debería actuar por igual en todo el territorio de la UE. El cambio de denominación de este órgano por el de Fiscalía Europea frente a la denominación utilizada previamente en el Libro Verde de “Fiscal Europeo” no parecía servir como argumento válido frente a esta conclusión, ya que en la mayoría de los

Estados miembros, si no en todos, que cuentan con unos servicios de fiscalía estructurados jerárquicamente éstos también reciben la denominación de "Fiscalía".

1.3.2 Al mismo tiempo que forman parte de la estructura de la Fiscalía Europea, los Fiscales Europeos Delegados deberían beneficiarse en paralelo de su integración en los sistemas de investigación y enjuiciamiento de sus respectivos Estados miembros como Fiscales nacionales ("doble función").

El sistema de doble función para los Delegados, ya contemplado en el Libro Verde, nos pareció el más adecuado para combinar los beneficios de una estructura centralizada de toma de decisiones con las posibilidades de acción inmediata derivadas del hecho de que los Delegados estuvieran involucrados en los diferentes sistemas fiscales nacionales. Las fricciones procedentes de la existencia de una doble cadena de mando podrían evitarse definiendo claramente las competencias entre los ámbitos europeo y nacional, de forma que, otorgando a la Fiscalía Europea primacía en su ámbito de competencia, los problemas no deberían conducir a decisiones conflictivas.

El hecho de que se vayan a adoptar medidas procesales concretas para los Fiscales que ya forman parte de los sistemas nacionales ha sido considerado por el grupo como una señal positiva que puede ayudar a superar algunas reticencias de determinados Estados miembros que no ven con muy buenos ojos que haya autoridades "no nacionales" que realizan tareas tradicionalmente vinculadas a la soberanía, como es el caso del enjuiciamiento criminal.

El papel para resolver algunas dificultades de este tipo que se podría atribuir al Grupo Asesor se aborda en el apartado 1.5.

1.3.3 Los Fiscales Delegados pueden ser al mismo tiempo Miembros Nacionales de Eurojust.

Puesto que el grupo no llegó a un acuerdo sobre este punto, se sometió a la sesión plenaria, aunque al final no se ha adoptado ninguna decisión. La idea de tener unos miembros nacionales de Eurojust, quienes al mismo tiempo serían Delegados, podría ser interesante para determinados Estados miembros, pero probablemente no estaría justificada si se establece como norma general. Por lo tanto, el grupo dudó sobre si mantenerla como una sugerencia o eliminarla, como podría desprenderse de las demás conclusiones y debido al hecho de que no había ninguna razón para considerar esta posibilidad como excluida de la aplicación del resto de las conclusiones.

En todo caso, si se aceptara esta opción con carácter general o para determinados Estados miembros, el grupo concluyó que sería otro tipo de sistema de doble función, ya que el ámbito, la competencia y las funciones

de los Delegados y de los Miembros Nacionales son diferentes y responden a distintas necesidades.

1.3.4. Eurojust coopera en su mandato estrechamente con la Fiscalía Europea.

Debería ejercer su mandato y funciones de coordinación en plena sinergia con la Fiscalía Europea, permitiéndole acceso pleno a la información.

1.3.5 La Fiscalía Europea y Eurojust compartirán su secretaría, incluyendo el personal administrativo y los recursos financieros.

Estos dos puntos intentan abordar la estrecha relación entre la Fiscalía Europea y Eurojust, tal y como se desprende claramente de la redacción del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al mismo tiempo que se pone de manifiesto la existencia de ámbitos separados para cada órgano, estando Eurojust encargado de la cooperación judicial, mientras que la Fiscalía Europea representaría el enfoque de la acción directa. Cuestiones como que se comparta información, personal y recursos financieros son esenciales para fomentar esta estrecha relación y evitar la creación de una macroestructura en el ámbito central que pueda considerarse como contraproducente y proclive a provocar más objeciones por parte de determinados Estados miembros.

1.4 – Principios funcionales

1.4.1 Con el fin de asegurar la eficiencia operativa y la necesaria unidad como órgano de investigación y enjuiciamiento, la Fiscalía Europea debería ejercer sus funciones y actuar en investigaciones individuales bajo la autoridad jerárquica del Fiscal Europeo. Los Fiscales Delegados deberían actuar siguiendo las instrucciones del Fiscal Europeo.

La estructura jerárquica no entra en contradicción con una organización descentralizada que permita la existencia de Fiscales Delegados (Delegados) en los Estados miembros, que estarían encargados de realizar las actividades concretas de investigación y enjuiciamiento que se requieran en cada caso, sin perjuicio de la posibilidad de que el Fiscal Europeo las lleve a cabo cuando lo considere apropiado.

Con arreglo a las opiniones expresadas en el grupo, parecía que una pequeña estructura centralizada (el Jefe de la Fiscalía más un número reducido de Fiscales Adjuntos Europeos) sería el complemento perfecto de esta estructura descentralizada, articulada por medio de los delegados. El número de delegados para cada Estado miembro debería decidirse caso por caso y dependiendo de las necesidades prácticas existentes para cada Estado miembro.

1.4.2 El Fiscal Europeo y los Fiscales Europeos delegados deberían actuar con plena independencia

La independencia, tal y como se describe en el apartado 1, se atribuye a la Fiscalía Europea o al Fiscal Europeo. No se puede considerar que los Delegados sean plenamente independientes, ya que siguen las instrucciones dictadas por el Fiscal Europeo. Sin embargo, esta conclusión trata de subrayar la imposibilidad de que las fiscalías nacionales emitan órdenes o den instrucciones a los Delegados con respecto a sus tareas como miembros de la Fiscalía Europea.

1.5 – Relaciones con los servicios nacionales de investigación y enjuiciamiento

1.5.1 Bajo la autoridad de la Fiscalía Europea, los servicios nacionales de investigación criminal (al servicio de la justicia) deben contribuir a los actos de investigación y enjuiciamiento de la Fiscalía Europea y ejecutar todas las instrucciones relacionadas.

Esta conclusión es una consecuencia directa de la opción adoptada por el Tratado de remitir una acción procesal directa de la Fiscalía Europea ante los tribunales nacionales correspondientes. Conforme a este sistema, tiene sentido permitir que la Fiscalía Europea se beneficie plenamente de los órganos policiales existentes encargados de realizar las investigaciones en cada Estado miembro. Como consecuencia del principio de primacía (véase el apartado 1.5.C), los servicios nacionales de investigación deberían estar bajo la dirección de la Fiscalía Europea. Al igual que la existencia de los Delegados no excluye la posibilidad de una intervención directa del Fiscal Europeo en cualquier Estado miembro, este uso de las autoridades nacionales de investigación no excluye la posibilidad de utilizar a agentes de investigación en toda la UE (véase la conclusión 1.7).

1.5.2 Al Fiscal Europeo y a los Fiscales Europeos Delegados se les debería permitir el acceso pleno a todos los documentos y la información relevantes, incluidos los ficheros de investigación criminal y las bases de datos relevantes en el ámbito nacional.

Esta conclusión refleja la necesidad de suministrar a la Fiscalía Europea la información y documentación necesarias para realizar estas tareas. Dado que cada Estado miembro la reconocerá como una autoridad fiscal, el acceso a los ficheros criminales y a las bases de datos personales en el ámbito nacional es algo que no debería ser objeto de oposición y ser aceptado como una consecuencia lógica de la creación de la Fiscalía.

1.5.3 Dentro de los límites de sus competencias, la Fiscalía Europea efectuará un enjuiciamiento obligatorio. Debería investigar de forma sistemática con prioridad con respecto al enjuiciamiento nacional.

La cuestión de si el enjuiciamiento obligatorio debería ser la norma o si se debería permitir cierto grado de oportunidad ha sido debatida y los expertos llegaron a la conclusión de que la seguridad jurídica y la necesidad de ser especialmente claros por lo que se refiere a una institución de nueva creación apuntan hacia el enjuiciamiento obligatorio como la solución más apropiada.

La Fiscalía Europea debería encargarse de investigar todos los casos que puedan encontrarse dentro de su competencia y siempre con prioridad con respecto al enjuiciamiento nacional.

1.5.4 Los casos se pueden remitir a las Fiscalías nacionales de acuerdo con criterios claramente definidos que se especifican en las orientaciones.

A pesar de la conclusión anteriormente indicada, los expertos compartieron el temor de que la Fiscalía Europea se viera colapsada con casos de menor importancia que pudieran estar dentro de su ámbito de competencia, pero que con arreglo a sus características concretas, no tendrían la entidad suficiente como para justificar el valor añadido de un órgano fiscal europeo centralizado (pensemos, por ejemplo, en casos sencillos de fraude de pequeños importes en los que esté involucrado exclusivamente un Estado miembro). En estos casos, se permitiría a la Fiscalía Europea remitir el caso a una determinada Fiscalía nacional. Con el fin de evitar problemas relacionados con la seguridad jurídica, se debería elaborar previamente un conjunto claro de normas o directrices que regulen estas transferencias.

1.5.5 A los efectos de la elaboración de sus directrices en materia de investigación, la Fiscalía Europea podrá recibir la ayuda de un Consejo Asesor compuesto por los Jefes de las Fiscalías de los Estados miembros participantes.

Una de las causas principales de inquietud son las fricciones que podrían surgir entre la Fiscalía Europea y las autoridades Fiscales nacionales del Estado miembro implicado. Por lo tanto, los expertos consideran que sería una medida muy positiva la creación de un Consejo o Grupo Asesor que estaría compuesto por los Jefes de las Fiscalías nacionales de los Estados miembros que participen en la constitución de la Fiscalía Europea más el Fiscal Europeo. Esto ayudaría considerablemente a mejorar el ambiente de cooperación y sentar las bases de la confianza mutua que subyace al proyecto en su conjunto de creación de una Fiscalía Europea. Ya se han presentado algunas iniciativas relacionadas con la creación de dicho foro entre agentes relevantes en el ámbito europeo (Eurojust,

Eurojustice...) y podrían constituir un punto de partida de este grupo más específico.

1.6 Relación con el Juez nacional encargado de velar por las libertades y el Juez que conoce del fondo del asunto

1.6.1 Las medidas adoptadas por la Fiscalía Europea producen efectos en todo el territorio de la Unión Europea o, en el caso de una Fiscalía Europea creada sobre la base de los procedimientos sobre cooperación reforzada, en el territorio de los Estados miembros participantes.

Esta conclusión pretende reforzar el papel de la Fiscalía Europea como órgano de enjuiciamiento plenamente competente, cuya autoridad debería ser reconocida en todo el territorio de la UE. En el caso de la cooperación reforzada, la Fiscalía Europea debería ser reconocida como un órgano plenamente competente para aquellos Estados miembros involucrados, y para el resto de Estados miembros debería ser considerada al menos de la misma forma que las autoridades fiscales nacionales de los Estados miembros involucrados.

1.6.2 El Juez nacional encargado de velar por las libertades debería ejercer un control previo y, en su caso, posterior sobre las medidas coercitivas adoptadas por la Fiscalía Europea.

Aunque este tema ha sido abordado por otros grupos, la opinión de los expertos del Grupo 1 es que la carga principal del control jurisdiccional sobre las medidas de la Fiscalía Europea debería recaer en el Juez nacional encargado de velar por las libertades, tanto con carácter previo como posterior, ya que es la mejor forma de establecer un control efectivo sobre la actuación de la Fiscalía Europea.

1.6.3 La Fiscalía Europea debería ejercer la elección del Juez que conoce del fondo del asunto cumpliendo plenamente las normas de competencia jurisdiccional nacional, al mismo tiempo que respeta la efectividad procesal y el principio de justicia natural de acuerdo con los criterios establecidos objetivamente.

Para los miembros del Grupo 1, la necesidad de establecer normas que eviten los riesgos del “forum-shopping” (búsqueda del foro más favorable), riesgo que se deriva de la evidente falta de armonización de las normas penales y procesales en la UE, es uno de los puntos cruciales que tienen que resolverse con el fin de construir un sistema compatible con las exigencias del Tribunal de Estrasburgo. Dado que es muy probable que las investigaciones de la Fiscalía Europea permitan el procesamiento en varios Estados miembros, es muy importante contar con una lista clara de normas vinculantes establecidas con antelación para evitar el riesgo de que un

Fiscal Europeo elija diferentes jurisdicciones con arreglo a motivaciones poco claras.

1.7 Cooperación con los órganos europeos

1.7.1 La Fiscalía Europea confiará en la mayor medida posible en la asistencia prestada por Eurojust y la Red Judicial Europea. Dicho apoyo debería incluir la necesaria coordinación con las autoridades competentes de los Estados miembros y de terceros países, así como la formación pertinente.

El hecho de que la Fiscalía Europea tenga que ser creada a partir de Eurojust debe considerarse como una estrecha relación entre ambos organismos, así como con la Red Judicial Europea. La valiosa experiencia que ha conseguido Eurojust a lo largo de los años en la coordinación de las investigaciones y los enjuiciamientos debería estar a disposición de la Fiscalía Europea. La formación es una pieza clave en la que el apoyo de Eurojust podría ser enormemente útil.

1.7.2 La Fiscalía Europea recibirá la ayuda en sus respectivas competencias de OLAF y Europol.

Este punto se basa en la necesidad de hacer uso de la experiencia cosechada por estas oficinas europeas especializadas. Obviamente el papel que ha de desempeñar OLAF es necesario por lo que se refiere a las investigaciones de los delitos que afecten a los fondos de la UE y el papel de Europol estaría más relacionado con un escenario en el que el ámbito de competencias de la Fiscalía Europea pueda alcanzar al crimen organizado (eventualmente, sólo en una etapa posterior, según la opinión de los expertos). Esta conclusión es complementaria de la indicada en el apartado 1.6.

1.7.3 En la medida que sea necesario para complementar la asistencia disponible de los servicios nacionales de investigación de los delitos, se podrán asignar a OLAF, además de sus actuales funciones administrativas de investigación y limitándose a la protección de los intereses financieros de la UE, responsabilidades de ejecución específicas como auxiliar de la justicia actuando bajo la estricta autoridad y control de la Fiscalía Europea.

Como complemento de la anterior conclusión y para los casos en los que la Fiscalía Europea pueda requerir los servicios de OLAF como una especie de Policía Judicial o financiera, se deberían asignar funciones adicionales a OLAF o a determinadas unidades en su seno para que esté en condiciones de cumplir esta nueva tarea.

1.8 Cooperación con terceros países

1.8.1 Eurojust debería permitir que la Fiscalía Europea se beneficie plenamente de los acuerdos relevantes y de su red de contactos con terceros países.

Esto sería una consecuencia del principio más amplio de la transmisión de información y el apoyo prestado por Eurojust a la Fiscalía Europea.

- Los Estados miembros que participen en la Fiscalía Europea deberían permitir que se beneficie plenamente de todos los acuerdos relevantes sobre asistencia judicial celebrados con terceros países.
- La Unión Europea debería reconocer a la Fiscalía Europea como una autoridad competente en todos los acuerdos de cooperación sobre asistencia judicial con terceros países.
- Si fuera necesario crear la Fiscalía Europea sobre la base de las disposiciones del Tratado de la UE sobre cooperación reforzada, a la Fiscalía Europea se le debería reconocer la facultad de usar como autoridad competente los instrumentos pertinentes sobre reconocimiento mutuo y asistencia judicial en los Estados miembros no participantes.

Este conjunto de conclusiones pretende establecer la Fiscalía Europea con una sólida base jurídica con respecto a su papel relativo a las solicitudes de asistencia judicial y el uso de instrumentos de reconocimiento mutuo. Los expertos consideraron que era más operativo solicitar declaraciones de los Estados miembros en relación con los instrumentos internacionales ya en vigor en vez de solicitar las firmas en nombre de la Fiscalía Europea del conjunto íntegro de tratados existentes.

1.9 Nombramiento y régimen de la Fiscalía Europea

- a) El Fiscal Europeo y los Fiscales Europeos Delegados deberían contar con todas las aptitudes profesionales y personales necesarias para ejercer las más altas funciones jurisdiccionales en el Estado miembro de origen.
- b) El Fiscal Europeo debería ser nombrado por el Consejo por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión y con el dictamen conforme del Parlamento Europeo.

Estas conclusiones reflejan la necesidad de otorgar al futuro Fiscal Europeo y a los futuros Delegados la máxima autoridad posible, dado el

papel crucial que desempeñará en el ámbito judicial. Los expertos han considerado que el Parlamento, el Consejo y la Comisión deberían intervenir para reforzar esta idea.

- c) Los Fiscales Europeos Delegados deberían ser nombrados por el Fiscal Europeo teniendo en cuenta las propuestas del Estado miembro concernido.

Aunque la conclusión se dejó abierta como una forma para permitir la diversidad de la organización y la estructura de las Fiscalías en los distintos Estados miembros, los expertos consideraron que los Delegados, aparte de cumplir las condiciones estipuladas en el primer apartado, también deberían formar parte del sistema de Fiscalía nacional, dado que es precisamente esta capacidad lo que les confiere una característica especial a la estructura descentralizada de la Fiscalía Europea.

- d) Los miembros de la Fiscalía Europea deberían recibir su retribución del presupuesto de la UE.

Esta conclusión refleja el deseo de los expertos de que se garantice la independencia de la Fiscalía Europea mediante la independencia económica de sus miembros. Sin embargo, también se consideró que una diferencia excesiva entre su salario nacional y el de los Delegados podría ser contraproducente. Una posible solución sería incrementar a cargo del presupuesto de la UE el salario nacional en un determinado porcentaje, de forma que el salario final variara dependiendo del Estado miembro al que pertenezca el Delegado.

2. COMPETENCIAS

2. 1 Introducción. Marco legal

El artículo 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que se podrá crear una Fiscalía Europa a partir de Eurojust “para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión” (apartado 1). En este supuesto, “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 (...) y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos” (apartado 2).

El artículo 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea también establece que el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que modifique ambos apartados “simultáneamente o con posterioridad” (...) con el fin de ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza” (apartado 4).

Dos posibles opciones:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las competencias de la Fiscalía Europea se pueden desarrollar inicialmente en dos direcciones diferentes:

- 1) Un ámbito más reducido de competencias, centrado en la lucha contra las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión Europea
- 2) Un ámbito más amplio, que incluiría otros delitos que tienen una dimensión transnacional.

2.2 Competencias de la Fiscalía Europea limitadas a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

2.2. 1. Visión general

Un ámbito material claramente centrado en la protección de los intereses financieros se adecuaría a la concepción original de la Fiscalía Europea y respondería a las necesidades ya existentes de protección efectiva de los intereses financieros de la UE. También parece que un ámbito de competencias reducido constituiría un punto de partida proporcionado y factible para la Fiscalía Europea.

La idea de crear un Fiscal Europeo surgió en los años 70 debido a la necesidad de proteger de forma más efectiva los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Según este enfoque, las diferentes propuestas e iniciativas para la creación de una Fiscalía Europea han estado estrechamente relacionadas con la protección de los intereses financieros de la Unión Europea y basadas en dicha protección¹.

La necesidad de mejorar la protección de los intereses financieros de la Unión Europea sigue siendo un reto real para las instituciones y organismos europeos:

- El Informe de 2007 de la Comisión sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y la lucha contra el fraude puso de manifiesto que los importes financieros afectados por irregularidades se incrementaron un 19% en términos globales.
- El último informe de 2008² también se refiere a los resultados de la lucha contra el fraude y las irregularidades³ y contiene estadísticas

¹ Véase principalmente el *Corpus Iuris* del Derecho Penal para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea (estudio de un grupo de expertos coordinado por DELMAS_MARTY en 1995-1996 y revisado en 2001) y el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, COM(2001)715 final, Bruselas 11.12.2001.

² Informe de la Comisión sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas — Lucha contra el fraude — Informe anual de 2008, Bruselas, 15.7.2009 COM(2009) 372 final. Véase también el documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre la evaluación estadística de las irregularidades, recursos

detalladas y una evaluación de las irregularidades que perjudican a los intereses financieros en el año 2008 en las áreas de los recursos propios, la agricultura, las medidas estructurales, los fondos de preadhesión y los gastos directos, así como los principales logros en la protección de los intereses financieros. Tal y como indica el propio informe: "El presupuesto de la UE no es una fuente anónima de financiación. Se trata de un esfuerzo y un compromiso comunes de los Estados miembros y de los ciudadanos de hacer realidad su visión, apoyando la solidaridad económica y social, promoviendo la investigación, el desarrollo tecnológico y la formación y fomentando el desarrollo sostenible en todo el mundo. Por consiguiente, el tratado invita a la Comisión y a los Estados miembros a coordinar sus acciones para proteger el presupuesto de la UE y luchar contra el fraude y las demás actividades ilegales que le perjudiquen". [Traducción libre].

- El Parlamento Europeo, en su Resolución sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y la lucha contra el fraude declara que en las áreas de los recursos propios, el gasto agrícola, las medidas estructurales y los gastos directos, las irregularidades notificadas en 2007 alcanzaron los 1425 millones de euros, frente a los 1143 millones de euros en 2006.
- En el contexto de la actual crisis económica, la necesidad de proteger el presupuesto de la UE y los intereses compartidos de la UE, los Estados miembros y los ciudadanos adquiere una mayor relevancia. El Consejo Europeo ha apuntado la necesidad de luchar con determinación contra la evasión fiscal, los delitos financieros, el bloqueo de capitales y la financiación del terrorismo, así como contra todas las amenazas para la estabilidad financiera y la integridad del mercado⁴. En estas circunstancias, la protección de los intereses financieros de la Unión Europea y de los contribuyentes europeos es especialmente relevante.

2.2.2 Ámbito de los "intereses financieros de la Unión Europea"

Existen diferentes enfoques acerca de los tipos de delitos que deberían incluirse en el ámbito general de las "infracciones penales que perjudican a los intereses financieros de la Unión Europea". Un enfoque restrictivo es el que aparece en el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, mientras que en el *Corpus Iuris* aparece un enfoque más amplio.

propios, agricultura, medidas estructurales, fondos de preadhesión y gastos directos – Año 2007, SEC(2009) 1003 final, Bruselas, 15.7.2009.

³ La diferencia entre ambos es que el fraude es un delito que solamente puede ser determinado como tal en un procedimiento penal.

⁴ Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Bruselas, 19/20 de marzo de 2009. Documento 7880/1/09 REV1. Bruselas, 29 de abril de 2009, p. 16.

Fraude, corrupción, blanqueo de capitales, ¿y qué otras infracciones penales?

Con el fin de identificar las infracciones penales incluidas en las competencias de la Fiscalía Europea, las infracciones penales contenidas en el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y sus protocolos son un buen punto de partida para la definición de las competencias de la Fiscalía Europea.

Éstas deberían abarcar básicamente actividades que constituyan un fraude y, con arreglo a la definición ofrecida en el artículo 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 26 de julio de 1995 (DO C, 316 de 27.11.1995), que entró en vigor el 17 de octubre de 2002, será constitutivo de fraude que afecta a los intereses financieros de las Comunidades Europeas:

"a) en materia de gastos, cualquier acción u omisión intencionada relativa:

- a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la percepción o la retención indebida de fondos precedentes del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta;

- al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto;

- al desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos en un principio;

b) en materia de ingresos, cualquier acción u omisión intencionada relativa:

- a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos que tengan por efecto la disminución ilegal de los recursos del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta;

- al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto;

- al desvío de un derecho obtenido legalmente, que tenga el mismo efecto."

La protección del euro también debería incluirse en las competencias de la Fiscalía Europea.

La segunda versión del *Corpus Iuris* incluía otras infracciones penales: fraude en materia de adjudicación de contratos, asociación de delincuentes, malversación financiera, abuso de función y revelación de secretos conocidos en el ejercicio de la función pública.

En principio, las competencias de la Fiscalía Europea deberían abarcar todas las infracciones penales que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, porque son perjudiciales para la UE desde el punto de vista financiero o porque ponen en riesgo el prestigio de la credibilidad de las instituciones europeas.

2.2.3 Dimensión nacional o transnacional

Las investigaciones y los enjuiciamientos que afectan a los intereses financieros de las Comunidades Europeas también deberían abarcar las infracciones penales que limiten sus efectos a un Estado miembro de la UE y a la Comisión Europea, no solamente las infracciones penales con una dimensión transnacional.

2.2.4 ¿Armonización de los delitos que afectan a los intereses financieros de la Unión Europea?

La armonización de las infracciones penales no debería ser una condición previa para la creación de un Fiscal Europeo.

Sin embargo, cuanto más armonización haya, menos problemas y dificultades tendremos que afrontar a la hora de investigar y enjuiciar las infracciones penales contra los intereses financieros de la Unión Europea.

De acuerdo con lo dispuesto en el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y sus protocolos, el fraude, la corrupción y el blanqueo de capitales han sido armonizados en la mayoría de los Estados miembros de la UE, aunque es necesaria una mayor armonización en el caso de algunos Estados miembros de la UE.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea puede ofrecer dos bases legales diferentes para la armonización de las infracciones penales que afectan a los intereses financieros de la Unión Europea. En el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, el apartado 1 del artículo 83 establece lo siguiente:

“El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes.

Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo."

Conforme al apartado 2 del artículo 83:

"Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate. Dichas directivas se adoptarán con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo 76."

En el ámbito específico de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, también deberían tomarse en consideración las posibilidades del artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en relación con el apartado 2 del artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea anteriormente citado):

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

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

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

4. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptarán las medidas necesarias en los ámbitos de la

prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

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

2.2.5 Otras infracciones penales vinculadas o relacionadas con las que perjudican a los intereses financieros de la Unión Europea

Las infracciones penales vinculadas con las que perjudican a los intereses financieros de la Unión Europea, en principio, deberían ser sustanciadas en el mismo juicio y ser examinadas por el mismo tribunal. Se debería prestar especial atención a las infracciones penales cometidas en el marco de otras formas graves de delincuencia, como el tráfico de drogas o el tráfico ilegal de vehículos.

2.3 Competencias de la Fiscalía Europea ampliada a otros delitos graves con una dimensión transfronteriza.

2.3.1 Visión general

Algunos Estados miembros de la UE. están a favor de un ámbito más amplio de competencias de la Fiscalía Europea. En el informe de seguimiento del Libro Verde de la Comisión, una gran mayoría de los consultados consideraba que “si había que crear un Fiscal Europeo, sus facultades deberían ser necesariamente más amplias que las propuestas por la Comisión⁵”.

En el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE, el terrorismo, la explotación sexual de mujeres y niños y la trata de seres humanos son considerados como extremadamente peligrosos para los ciudadanos y según este enfoque, el fundamento legal para la Fiscalía Europea (artículo 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) permite expresamente la ampliación de las competencias de la Fiscalía Europea a otras formas graves de delitos que tengan una dimensión transfronteriza.

Los delitos graves que tengan una dimensión transfronteriza serían fácilmente perseguidos por la Fiscalía Europea, ya que tendrá la capacidad de obtener una visión general amplia de los casos que implican a varios Estados miembros. Asimismo, un ámbito amplio de las competencias de la Fiscalía Europea facilitará la lucha contra el fraude y otras infracciones

⁵ Informe de seguimiento del Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, p. 13.

penales que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, que frecuentemente están vinculados a otras formas graves de delitos, tal y como ya se ha mencionado.

2.3.2 Ámbito de los “otros delitos graves que tienen una dimensión transnacional”

Con el fin de definir lo que significa “otros delitos graves que tienen una dimensión transnacional”, podríamos referirnos a algunos campos relevantes de la delincuencia identificados como prioridades de la Unión Europea en el artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

¿Deberían ser investigadas y enjuiciadas todas estas infracciones penales en el ámbito europeo y por la Fiscalía Europea? Parece que estas infracciones penales deberían tener además una “dimensión europea” que existiría, por ejemplo, cuando las infracciones penales causen un impacto en los valores y los principios rectores del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (véase el artículo 67 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). En la práctica, existirá una dimensión europea cuando estén implicados tres o más Estados miembros en los delitos o cuando los delitos tengan sus causas o efectos en un tercer país.

2.3.3 ¿Armonización de los otros delitos graves que tienen una dimensión transfronteriza?

La ampliación de las competencias de la Fiscalía Europea no requiere, como condición previa, la armonización de las infracciones penales.

Sin embargo, la investigación y enjuiciamiento de las infracciones penales contra formas graves de delitos que tienen una dimensión transfronteriza requieren una definición común lo suficientemente clara y detallada de las infracciones penales. En este sentido, ya existen las decisiones marco europeas relativas a todos los delitos contemplados en el artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

2.3.4 Conclusiones

- Las competencias iniciales de la Fiscalía Europea abarcarán al menos la protección de los intereses financieros de la Unión Europea. Incluirán las infracciones penales del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y sus protocolos (fraude, blanqueo de capitales, corrupción) y podrán incluir otras infracciones penales que afectan a los intereses financieros de la Unión Europea (fraude en materia de adjudicación de contratos, malversación financiera, abuso de función, revelación

de secretos conocidos en el ejercicio de la función pública y falsificación del euro). Una Fiscalía Europea centrada en la protección de los intereses financieros de la UE permitirá como punto de partida un ámbito de competencias claramente definido y homogéneo.

- Además, los Estados miembros deberían considerar la posibilidad de ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a otras formas graves de delitos que tienen una dimensión transnacional o que tienen un impacto especial en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE. En particular, los Estados miembros de la UE podrían prestar atención a las infracciones penales ya señaladas como prioridades de la Unión Europea en el artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.
- La armonización adicional de *infracciones penales* que afectan a los intereses financieros de la Unión Europea (y otras infracciones penales que tienen una dimensión transnacional, si así se decidiera) no es una condición previa para la creación de la Fiscalía Europea, pero podría facilitar la investigación y el enjuiciamiento de estas infracciones penales. También se debe considerar la posible armonización de *algunos conceptos generales de Derecho Penal* (responsabilidad de los jefes de empresa, responsabilidad de las personas jurídicas, circunstancias agravantes y atenuantes).
- En una investigación particular, las infracciones penales estrechamente relacionadas con las incluidas en el ámbito de las competencias de la Fiscalía Europea, en principio, deberían ser investigadas, enjuiciadas y llevadas ante los tribunales por la Fiscalía Europea. Se deberían tomar en consideración especialmente las infracciones penales cometidas por una organización criminal. Sin embargo, la necesidad de evitar macroprocesos debe ser valorada por la Fiscalía Europea y ello justificaría la división de la investigación en diferentes sumarios.

3. PROCEDIMIENTO DE ACTUACION. INICIO DE LAS INVESTIGACIONES

3.1 Introducción

El artículo 86 prevé la posibilidad de crear una Fiscalía europea para perseguir los delitos contra los intereses financieros de la UE en base a un procedimiento legislativo especial. Se prevé asimismo la adopción de reglamentos que establezcan las normas de actuación de la Fiscalía y, entre ellas, se encuentran las normas procesales penales que determinan sus competencias de investigación.

El objetivo de este apartado 3 se centra en analizar y plantear las diligencias de investigación que puede llevar a cabo la Fiscalía europea desde el momento en que tiene conocimiento de hechos presuntamente delictivos hasta que decide archivar (cerrar) la causa o, bien, solicitar la apertura del juicio oral.

3.2 Principios de la Investigación

En primer lugar y de manera sucinta, porque la cuestión se aborda en otros apartados, hay que hacer una referencia a los Principios de actuación que deben regir en sus investigaciones:

La Fiscalía Europea debería actuar con **independencia**, tanto de los Estados miembros como de las Instituciones y Órganos de la Unión Europea. Su actuación debe regirse por el principio de **imparcialidad** en relación con todas las partes que intervengan.

La Fiscalía Europea estará sujeta al **principio de legalidad**: para ello es necesario que se fijen con claridad sus competencias y que se regulen los supuestos en que, por su naturaleza o la escasa repercusión económica de los hechos, se pueda decidir que su persecución se haga por las autoridades judiciales nacionales o por organismos administrativos.

La aplicación del principio de legalidad, en los términos expuestos, determina que la Fiscalía Europea actúe, con sujeción a un "**principio de primacía**", que conlleva "*a priori*" su intervención en todos aquellos casos en los que la investigación afecte a infracciones penales contra los intereses financieros de la unión europea. No obstante, podrán establecerse excepciones- expresamente reguladas- para que en aplicación de un **principio de subsidiariedad**, la Fiscalía europea traslade las investigaciones a las autoridades judiciales de los Estados miembros.

En la práctica concreta de sus investigaciones la Fiscalía Europea, en virtud del principio de imparcialidad, deberá recoger todos los elementos de prueba, tanto los que perjudiquen al imputado, como aquellos que le sean favorables.

3.3 Fases del procedimiento de investigación

3.3.1 Inicio de la actuaciones: Fuentes de información y conocimiento

La Fiscalía europea podrá iniciar sus actuaciones en cuanto tenga conocimiento de unos hechos que revistan caracteres o presenten indicios de constituir alguna de las infracciones penales cuya competencia tenga atribuida. Esta información puede llegar a través de vías muy diversas, entre ellas:

-Denuncia por particulares tanto de personas físicas o jurídicas (bancos, empresas, ONG....) que se dirigen de manera directa a la Fiscalía.

-Denuncia anónima

-Denuncia o comunicación formal por parte de las Instituciones de la Unión Europea, Estados miembros y organismos internacionales (Banco mundial, ONU etc....)

-Actuaciones que sean remitidas a la Fiscalía europea por las autoridades judiciales de los Estados miembros por considerar que por el alcance y la naturaleza de los hechos, la competencia para el desarrollo de la investigación corresponde a la Fiscalía europea.

-De oficio, para ello la Fiscalía europea deberá desempeñar un papel activo en la detección y posterior persecución de las infracciones penales incluidas en su ámbito de competencias.

Las Instituciones de la Unión Europea y de las autoridades competentes de los EM (servicios de la administración del Estado, cuerpos de policía, servicios tributarios y aduaneros...) tendrán la obligación de informar inmediatamente a la Fiscalía de cualquier acto de naturaleza delictiva y cooperar con la Fiscalía en las posteriores investigaciones.

3.3.2 Evaluación preliminar.

Con carácter previo a iniciar materialmente las investigaciones resulta necesario establecer una fase de evaluación inicial que permita fijar si los hechos se enmarcan dentro las competencias de la Fiscalía Europea. Esta evaluación preliminar es una exigencia de un elemental principio de seguridad jurídica y también del **principio de proporcionalidad** que deben regir en la actuación de la Fiscalía.

Esta fase tendrá lugar cuando la información recibida no baste por si sola para establecer indicios fundados de la comisión de delitos, especialmente cuando proceda de una "denuncia anónima". Se evaluará la credibilidad de las alegaciones y se realizarán las comprobaciones necesarias e imprescindibles para decidir si existen sospechas suficientemente fundadas « *sufficiently serious suspicious* » para proceder a la apertura de la investigación.

También deberá valorarse si los hechos comunicados quedan dentro de las competencias de la Fiscalía europea, con sujeción a lo expuesto anteriormente sobre el principio de legalidad

Esta fase preliminar tiene que desarrollarse en un corto periodo de tiempo y deberá fijarse un plazo para su finalización.

La decisión que se adopte en esta fase de "evaluación preliminar" tanto la de acordar el archivo, como la de decidir la apertura de la investigación, es exclusiva de la Fiscalía europea y no quedará sometida a ningún recurso.

3.4. Diligencias de investigación ejecutadas por la Fiscalía europea

Las investigaciones de las actuaciones abiertas por la Fiscalía Europea, son llevadas a cabo por su propios funcionarios, que, conforme a lo expuesto serán generalmente Fiscales nacionales que trabajaran con sus propias competencias y poderes en la realización de las investigaciones.

El mismo personal de la Fiscalía Europea será por tanto por si mismo el competente para la recogida de todas las pruebas, accediendo a los registros públicos o privados (informaciones bancarias, contabilidad de empresas, etc.), solicitando la práctica de pruebas periciales, audición de testigos, peritos, etc. Obviamente el órgano, contará, como se expone en el apartado 1, con el auxilio de personal investigador y administrativo para la realización de toda esta tarea de investigación y recolección de evidencias.

La práctica de todas aquellas diligencias que supongan injerencia en derechos fundamentales requerirá la autorización de una autoridad judicial. Esta cuestión se aborda específicamente en el apartado 4 de este informe.

Respecto al resto de diligencias, la cuestión esencial que emerge al definir la actuación del Fiscal Europeo es si todas estas investigaciones deben estar de alguna forma reguladas y armonizadas, determinando un procedimiento único de actuación, cualquier que sea el Estado o los Estados en que se realicen las investigaciones.

La posibilidad de que el Fiscal Europeo adopte por si mismo, sin intervención judicial, aquellas medidas coercitivas necesarias para la investigación es un principio de partida absolutamente necesario. Teniendo en cuenta que nos encontramos ya en un espacio de libertad seguridad y justicia en el que progresivamente se va extendiendo el principio de reconocimiento mutuo, debería permitir a la Fiscalía Europea actuar como autoridad judicial competente emitiendo decisiones que deben ser reconocidas y ejecutadas, al menos de la misma forma que lo serían los de cualquier otra autoridad competente de un país miembro.

Aún partiendo de esta filosofía derivada del reconocimiento mutuo sería necesario que en todo caso que el Reglamento que determine la forma de actuación del Fiscal Europeo contenga unas reglas mínimas de procedimiento que le permitan dirigir y ordenar toda esta primera fase de investigación. Sin necesidad de armonizar los procedimientos internos nacionales, el Reglamento debe asegurar que el Fiscal Europeo pueda actuar de forma homogénea en la realización de estas investigaciones que no afectan a derechos fundamentales.

La propuesta en este sentido, supone asumir el reconocimiento general de estos poderes coercitivos de actuación – con el único límite de los actos invasivos de derechos fundamentales- donde pueden encuadrarse actuaciones como citaciones obligatorias de testigos, solicitudes de informes, documentos, embargos, autorizaciones de entregas controladas, etc. sin necesidad de control judicial posterior. Es decir, estas medidas de

investigación son controlables y discrecionales de la Fiscalía europea sin que deba preverse recurso ulterior contra las mismas.

La solución ofrecida, parte también de un espacio en el que las garantías procesales de los imputados – habida cuenta de los avances del Consejo en esta materia- estarán ya unificadas y armonizadas, de forma que el respeto a estas garantías será la medida de actuación de la Fiscalía europea.

3.5 Duración de las investigaciones. Plazo

La cuestión de si las investigaciones de la Fiscalía Europea deben estar sometidas a plazo puede ser discutida desde el punto de vista de la necesaria eficacia que aconseja la inexistencia de plazos atendida la dificultad que por si mismo presentan de forma genérica los asuntos de competencia de la Fiscalía Europea.

Los obstáculos para la investigación rápida derivan no solo de la complejidad de los hechos, si no de las dificultades añadidas que supone la actuación en distintos países y el sometimiento que se propone a las normas procesales del juez que debe controlar y autorizar aquellas actuaciones de la Fiscalía que afectan a derechos fundamentales.

En todo caso, la necesidad de límites temporales suficientemente amplios y flexibles debe compaginarse con el respeto a los derechos fundamentales del investigado y concretamente al respeto al derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

El equilibrio de estos dos criterios, junto a la necesidad de atender a los propios plazos de prescripción de los delitos fijado, bien de forma armonizada, bien de los previstos por el derecho nacional aplicable, aconsejan la fijación de un plazo amplio no inferior a los 18 meses y que fuera prorrogable en atención a circunstancias especiales previa intervención de la autoridad judicial competente para el control de los actos del Fiscal prevista en el apartado siguiente.

4. CONTROL JUDICIAL DE LAS ACTUACIONES DE LA FISCALIA EUROPEA

4.1 Introducción. Marco legal.

El artículo 86 "in fine" del Tratado de Lisboa establece que entre los reglamentos contemplados en su apartado 1 para la creación de la Fiscalía Europea figura el que regula "*las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos procesales realizados en el desempeño de sus funciones*".

Una vez sentado que determinadas actuaciones de la Fiscalía europea, en las que luego entraremos, tendrán que someterse a ese control

y autorización por un "Juez de garantías", habrá que precisar si esa tarea la tiene que desempeñar un Juez Comunitario "ad hoc", o bien deberá recaer sobre los respectivos Jueces nacionales en función del Estado donde se tengan que practicar las actuaciones que requieren su intervención.

La creación de un Juez comunitario, ubicado en la estructura del Tribunal de Justicia de la UE, ha sido planteada y defendida en algunos ámbitos por entender que sería el único modo de asegurar una aplicación uniforme del derecho comunitario. No obstante lo avanzado de esta tesis, que concuerda con la idea- siempre positiva- de alcanzar un Derecho europeo único en materias que afectan a la privación de libertad, registros, interceptación de comunicaciones, embargos... etc.; una visión realista de la actual situación desaconseja esta opción. No obstante el Tribunal de Justicia, en su actual configuración, podrá conocer de determinados recursos cuando alguna decisión de los jueces nacionales, que operan como jueces de garantías, no aplique correctamente el derecho comunitario.

La propia figura de una Fiscalía Europea ya es en sí compleja, como para añadir mayores complicaciones. La asunción de competencias penales por parte del Tribunal de Justicia es algo que cuenta con muchas reticencias y no parece este el momento oportuno de abrir ese debate.

Descartada, en nuestra opinión, esa primera opción y siguiendo las propuestas del "Libro Verde", entendemos que el Juez de garantías que conozca de las actuaciones de la Fiscalía europea debe ser un Juez nacional. Más allá de las complicaciones que puede conllevar la implantación de un Juez de garantías comunitario, hay otras razones para establecer el control judicial en los órganos nacionales del Estado en que se desarrolla la investigación o de aquel en que se tiene que llevar a cabo la medida que requiere ese control judicial.

El ejercicio de la acción penal por el Fiscal Europeo, conforme al Tratado, se hará ante las respectivas jurisdicciones nacionales, por lo tanto parece razonable que el control judicial se produzca ante un órgano nacional.

Por último no podemos olvidar que el Juez nacional es a su vez juez comunitario cuando aplica normas comunitarias.

Una vez que ese Juez de Garantías se residencia en órganos nacionales habrá que sopesar si debe tratarse de un órgano centralizado y especializado o bien se encarga esa función a los juzgados ordinarios conforme al ordenamiento procesal de cada Estado. Por las razones que vamos a exponer la mejor opción es un órgano especializado que actúe como Juez de Garantías de las actuaciones de la Fiscalía europea.

Para establecer ese órgano especializado sería necesaria una normativa comunitaria que así lo exigiera y que dejara en manos de cada Estado el organizar y establecer obligatoriamente uno o varios órganos judiciales especializados en función de sus necesidades o de su propia estructura judicial.

La complejidad de la normativa comunitaria en materia de fraude a los intereses financieros de la U.E hace aconsejable la creación de estos juzgados especializados que asumirían la función de Juez de Garantías de determinadas actuaciones de la Fiscalía Europea. Además ante el posible control judicial de la apertura de la fase de Juicio oral, a la que nos referiremos posteriormente, y tratándose de una decisión que puede afectar a la tipicidad de los hechos esa especialización parece más necesaria.

Por otro lado el establecimiento de estos órganos especializados en cada Estado, facilitaría la aplicación uniforme del derecho comunitario y también una comunicación más ágil entre todos ellos y, en definitiva, podría servir para allanar el camino hacia la futura creación de un Juez Comunitario en el marco del Tribunal de Justicia de la U.E.

4.2 Control Judicial de las medidas de investigación y de las medidas cautelares que adopte o proponga la Fiscalía Europea

Dentro del diseño del control judicial de los diferentes actos de la Fiscalía Europea ha de abordarse específicamente el relacionado con las diferentes medidas que en el curso de la investigación pudieran ser necesarias.

Obviamente la organización de dicho control dependerá, en gran medida, de las decisiones previas que se adopten en relación con la atribución de dicho control a las jurisdicciones nacionales o a una jurisdicción comunitaria.

Parece, en todo caso, necesario abordar este diseño teniendo en cuenta tres principios básicos:

1. Oportunidad de una armonización mínima de los poderes de investigación de la FE.
2. Reconocimiento al FE en cada jurisdicción nacional de los mismos poderes que ostenta el Fiscal nacional.

4.2.1 Oportunidad de una armonización mínima de los poderes de investigación de la FE.

Son notorias las diferencias entre los distintos ordenamientos europeos en orden a la exigencia de autorización judicial para la realización de determinadas actuaciones propias de la instrucción de un proceso penal.

No existe un criterio general o un concepto genérico de medidas que requieren la intervención judicial previa. Además, ha de tenerse en cuenta que el propio concepto de autoridad judicial es variable de unos Estados a otros, incluyendo o no al Ministerio Fiscal dentro del concepto de autoridad judicial.

En el Derecho de la Unión Europea el único intento de perfilar ese concepto de “medida necesitada de autorización judicial” se contiene en la Decisión Marco sobre el exhorto europeo de obtención de pruebas, cuyo artículo 2.e) se refiere a las medidas de “embargo y registro” –como concepto acuñado de medidas coercitivas- como *“cualesquiera medidas adoptadas en el marco de un proceso penal por las que se requiera a una persona física o jurídica, por imperativo legal, la entrega o participación en la entrega de objetos documentos o datos, y cuyo incumplimiento pueda conllevar la ejecución sin el consentimiento de la persona o dar lugar a una sanción”*.

El concepto retoma la jurisprudencia del TEDH en materia de medidas coercitivas necesitadas de autorización judicial.

Ahora bien, otro aspecto a considerar es que esa definición se realiza a los efectos de exigir como mínimo la intervención de un Tribunal, Juez de instrucción o Fiscal, pero no se refiere exclusivamente a los Tribunales de justicia o al llamado Juez de garantías.

Fuera de este precedente, el único aspecto en el que cabe apreciar absoluta unanimidad entre los derechos nacional es el relativo a la privación de libertad del sospechoso o acusado, en que es exigible necesariamente la decisión de un Juez, por imperativo del artículo 5 CEDH.

Tanto el Corpus Iuris como el Libro Verde sobre la Fiscalía Europea parten de la consideración de prever la necesidad de autorización por parte de un Juez de libertades o de garantías para la realización de determinados actos de investigación o la adopción de ciertas medidas cautelares en la fase previa al enjuiciamiento.

Al efecto se recurre, en particular en el caso del Libro Verde, al establecimiento de una obligación de autorización judicial en aquellos casos en que la medida suponga una restricción o una privación de la libertad de las personas. Respecto del resto de medidas o actos de investigación, la Comisión optó por una remisión en blanco al Derecho nacional, sin otra previsión que el establecimiento –“en virtud del principio de armonización mínima de los recursos internos”- del principio de carácter no suspensivo de los recursos que el derecho interno prevea contra dichos actos de investigación o instrucción.

Ante este panorama, cabe plantear dos alternativas:

- Alternativa A. Armonización mínima. Consistiría en la enumeración de un catálogo de medidas de investigación o cautelares para cuya adopción el Fiscal Europeo precisaría, en todo caso, de una autorización judicial.
- Alternativa B. Ninguna armonización mínima y remisión al derecho nacional del Estado miembro en el que haya de materializarse la actuación requerida por el Fiscal Europeo.

Razones de seguridad jurídica en la actuación del Fiscal Europeo parecen aconsejar la opción A, mediante el establecimiento de un catálogo de medidas en las que el Fiscal necesariamente habrá de solicitar autorización del juez de garantías para su ejecución.

Dicho catálogo debería ser esbozado a partir de las siguientes categorías de medidas propias de la fase de investigación, concretando en qué supuestos es precisa la previa autorización judicial:

- I. Medidas cautelares de carácter personal (privación de libertad o restricción de la libre circulación).
- II. Medidas cautelares de carácter real (embargo, prestación de fianza o garantía, aseguramiento o incautación de bienes y elementos de prueba)
- III. Medidas de carácter preventivo sobre la actividad económica (suspensión de actividades de empresas o sociedades, clausura de establecimientos, suspensión de licencias o autorizaciones administrativas.
- IV. Medidas de investigación que implican restricción de derechos fundamentales (entrada y registro en domicilio, intervención de comunicaciones).

4.2.2 Reconocimiento al FE en cada territorio nacional de potestades equivalentes a las del Fiscal nacional.

Conforme a lo propuesto en la primera parte respecto a la actuación de un Fiscal Nacional bajo el principio de doble dependencia los poderes de investigación propios del Fiscalía Europea, sin necesidad de control judicial, serán los que tiene como Fiscal Nacional.

Cabría también pensar en una opción por una armonización mínima que no sería incompatible con un principio de equivalencia del Fiscal Europeo con el Fiscal nacional en cada uno de los territorios en los que tenga que desarrollar sus actuaciones.

Habría que plantear si la posibilidad de establecer una armonización mínima supondría simplemente una armonización de *mínimis* o si, por el contrario, es el techo de exigencia de autorización judicial permitido a los derechos nacionales. De entenderse así, habría que acompañar este catálogo de una cláusula de no regresión, de modo que se entienda sin perjuicio de otros poderes más amplios o dispensa de autorización judicial cuando así lo prevea el derecho nacional para sus propios fiscales.

4.3 Articulación procedimental del control judicial del Juez de garantías

También en este punto la opción normativa es diametralmente opuesta según se opte por un control judicial en las jurisdicciones nacionales o concentrado en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

4.3.1 Articulación de un procedimiento de control judicial concentrado en el TJCE

No cabe duda que de encomendarse el control judicial de los actos del FE al TJCE o a una Sala especializada del mismo sería necesario crear "ex novo" unas reglas procesales específicas que, en todo caso, sería aconsejable que respondieran a estos principios:

- Derecho del acusado a ser oído.
- Principio de contradicción de partes.
- Control material y no meramente formal.
- Motivación.
- Carácter no suspensivo de los recursos contra la resolución del juez de garantías.

4.3.2 Principios del procedimiento aplicable por el Juez de garantías nacional.

El texto del Tratado no excluye que las normas sobre el procedimiento de control judicial de los actos del FE hagan una remisión al derecho procesal del Estado miembro ante el que, en cada caso, haya de ejercer sus potestades el FE y, por tanto, en el que se encuentra el Juez de garantías actuante en dicho procedimiento.

Esta opción no significa, sin embargo, una remisión en blanco o sin contenido, sino que puede ir acompañada de una regulación mínima sobre los principios que, en todo caso, debería respetar el derecho procesal nacional. Esta opción implica una economía de medios, pues lo contrario es tanto como hacer depender la creación de la Fiscalía Europea de la previa aprobación de un cuerpo completo y exhaustivo de normas procesales.

Tales principios son los ya enumerados en el apartado anterior, respecto de los que cabría hacer algunas consideraciones adicionales:

- Derecho del acusado a ser oído antes de adoptar las medidas cautelares o de investigación que le conciernen.

Este derecho del acusado no debe ser incompatible con la exclusión de la audiencia previa en la autorización de aquellas medidas de investigación que perderían toda eficacia de ser conocida previamente por el sospechoso (autorización de entrada y registro, interceptación de comunicaciones...).

- Control material y no meramente formal.

El control judicial por parte del juez de garantías ha de ser, en todo caso, un control de carácter material, que aborde la debida ponderación del interés o necesidad de la investigación y la intromisión en el derecho fundamental del sospechoso que resulta afectado.

- Motivación.

Desde la perspectiva formal la exigencia de motivación de la resolución judicial de control de garantías constituye la herramienta esencial para controlar la efectividad del control material al que antes se aludía.

- Carácter no suspensivo de los recursos contra la resolución del Juez de garantías.

Hay unanimidad en los distintos proyectos o estudios antecedentes (Corpus Iuris y Libro Verde) sobre la necesidad de evitar un sistema de recursos desorbitado contra toda decisión del Juez de garantías.

La necesidad de garantizar el debido equilibrio entre la protección de los derechos de defensa y la eficacia de la acción penal aconsejaría imponer como principio de armonización mínima la determinación del carácter no suspensivo de los recursos que cada ordenamiento nacional pudiera establecer contra las resoluciones dictadas por el juez de garantías.

4.4. Control Judicial para acordar o prorrogar el secreto de las actuaciones

La necesidad de poner en conocimiento del infractor que se está siguiendo un procedimiento penal contra él constituye una exigencia procesal fundada en el derecho a ser informado de la acusación, derecho de carácter instrumental respecto del fundamental derecho a la defensa y a la asistencia de letrado. De este modo, cuando la denuncia se dirija de forma precisa, clara y determinada contra una persona y se acuerde abrir diligencias por estos hechos, el Fiscal le notificará su apertura y le remitirá copia de la denuncia presentada, pues no cabe sustraer la instrucción a la garantía de la contradicción y la defensa, cuando los delitos se encuentran suficientemente concretados y determinada la persona que es objeto de la pesquisa.

Conforme a este criterio, el Fiscal, teniendo en cuenta el grado de concreción de la denuncia y las propias necesidades de la investigación, valorará la posibilidad de practicar las diligencias necesarias para precisar las sospechas existentes, con carácter previo a notificar la existencia del procedimiento al investigado.

Fuera de este inicial secreto *de facto*, el curso de la investigación puede exigir la necesidad de acordar el secreto de las actuaciones, tanto en

los casos en que se adopten medidas restrictivas de derechos fundamentales, tales como entradas y registros o intervención de las comunicaciones, que debe siempre autorizar el Juez, como en aquellas diligencias de averiguación patrimonial, especialmente la solicitud de información sobre cuentas bancarias, cuya práctica, aunque no precise autorización judicial, si debe sustraerse al conocimiento del investigado, para evitar comprometer el resultado de la investigación. En todos estos supuestos, y en aquellos otros en que el buen fin de la diligencia a practicar exija su ocultación temporal al investigado, corresponderá al Juez de garantías acordar durante el tiempo imprescindible el secreto de las actuaciones, cuya eventual prórroga deberá igualmente autorizar el Juez.

5. FASE INTERMEDIDA. DETERMINACION DE LA JURISDICCION COMPENTE Y EJERCICIO DE LA ACCION PENAL. CELEBRACION DE JUICIO ORAL: ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS.

5.1 Introducción. Marco legal

El número 2 de 86 del Tratado de Funcionamiento de la UE dice: *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 del juicio contra ellos. Ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones.*

Conforme a este artículo una de las competencias y atribuciones de la Fiscalía Europea será ejercer ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones.

En primer lugar, esta dicción determina que el Tratado se inclina con claridad por no crear "órganos europeos con competencia penal para conocer de estos casos" sino que opta por los "órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros".

Finalizada la etapa de investigación, aclarados los hechos y reunido el material probatorio que debe presentarse en el juicio, la etapa que abordamos en esta parte del informe es propiamente la del autentico ejercicio de las acciones penales.

Sin embargo, antes de llegar a la apertura del juicio oral hay dos momentos previos que implican una decisión relevante del Fiscal europeo y que deben ser objeto de específico estudio.

La primera cuestión que surge es la necesidad de valoración por el Fiscal Europeo de los hechos averiguados en la investigación y la ponderación sobre la suficiencia del material probatorio con el que debe fundamentar su acusación.

Hay que prever el supuesto de que, concluida la investigación, el Fiscal Europeo estime que no existen pruebas suficientes o que se da alguna causa de exclusión de la responsabilidad que aconseja el archivo directo del expediente.

Esta actividad del Fiscal decidiendo el archivo y la ausencia de ejercicio de acciones penales exige optar entre otorgar auténtica libertad de apreciación al Fiscal o sugerir algún tipo de control sobre esta decisión. En todo caso, dependiendo del papel que quiera otorgarse a la Comisión Europea y a otros posibles afectados en relación con la actuación del Fiscal Europeo estos podrían tener la posibilidad de interponer recurso contra la decisión de archivo con la que no estén conformes.

Por otro lado, en el caso de que el Fiscal decida el ejercicio de acciones penales, cuando haya varias jurisdicciones competentes, la elección se plantea entre otorgar absoluta discrecionalidad al Fiscal Europeo siquiera orientando su decisión con criterios prefijados o someter su decisión a algún tipo de control posterior.

Finalmente el momento del ejercicio de la acción penal, ante el Tribunal competente plantea una multiplicidad de cuestiones, las principales están relacionadas con la posición que deben ocupar la Comisión y otras posibles víctimas en el procedimiento y también con la forma de presentación, admisibilidad y valoración de las pruebas.

En esta parte del informe se abordan por tanto estas tres cuestiones fundamentales:

- Control de la decisión del Fiscal Europeo archivando procedimiento
- Determinación de la jurisdicción competente.
- Ejercicio de la acción penal: Situación de las víctimas o perjudicados. Apertura del juicio oral admisibilidad de pruebas.

5.2 Control de la decisión del Fiscal acordando el archivo del procedimiento

5.2.1 Causas de archivo

La decisión de la Fiscalía Europea de archivar las diligencias puede estar basada en causas legalmente establecidas en los procedimientos nacionales o bien en la valoración de la existencia de pruebas o indicios suficientes para el ejercicio de acciones penales.

Obviamente la decisión de archivo no puede ser absolutamente discrecional si partimos de la aplicación propuesta de un funcionamiento basado en un principio de legalidad aun con las necesarias correcciones que puedan establecerse.

Existen toda una serie de causas tradicionales de extinción de la responsabilidad, como son la prescripción, el fallecimiento, la concesión de una medida de gracia (amnistía, indulto...), etc. que deben estar previstas de alguna forma. Algunas de ellas no ofrecerán dificultad alguna, como el fallecimiento de la persona física, pero otras como la prescripción en caso de falta de armonización son fuente de problemas. El Libro Verde preveía la necesidad de establecer plazos de prescripción únicos para los delitos competencia del Fiscal Europeo, sin embargo, establecido el ejercicio de la acción penal ante las jurisdicciones nacionales, la opción más razonable es la aplicación de los plazos y cómputos de la jurisdicción que hubiera sido finalmente la competente para el enjuiciamiento.

Por otro parte, las decisiones de archivo basadas en la valoración del resultado de las investigaciones e insuficiencia de las pruebas recogidas tienen un sentido distinto y deben tener un tratamiento diferenciado. Cuando el Fiscal Europeo concluya que la investigación no ha reunido las evidencias suficientes para poder demostrar la responsabilidad de alguna persona y decida archivar el expediente, su acuerdo debería en cualquier caso motivarse con el objeto de por un lado, favorecer el control general de la actividad del Fiscal Europeo, por otro permitir un recurso, si llegara a establecerse esta posibilidad.

En todo caso, la decisión de archivo ya sea por causa determinada o por la inexistencia de pruebas no debería ser sometida a control más que en la medida en que la misma pueda perjudicar a la víctima y por tanto previo el establecimiento de una legitimación para las víctimas de presentación del correspondiente recurso.

Por supuesto, la posibilidad de reacción de la víctima ante una decisión de archivo no conforme con sus intereses y expectativas dependerá de la solución que se otorgue respecto al papel de la Comisión como víctima en el procedimiento o a otro tipo de víctimas cuestión que es objeto de estudio más adelante.

5.2.2 Competencia y procedimiento para el recurso contra el archivo

Si se estableciera un recurso contra estas decisiones de archivo o de apertura del juicio oral partiendo de la posibilidad de intervención de la víctima, la tramitación y la competencia para conocer del mismo debería ser atribuida una vez más a los órganos judiciales nacionales competentes y conforme a los procedimientos nacionales de ese Estado.

Para que las víctimas puedan ejercer este derecho al recurso, debe establecerse la obligación del Fiscal Europeo de notificar esa decisión de archivo a la Comisión o cualquier otro perjudicado con la obligación de comunicarles si la hubiera la posibilidad de recurrir informándole específicamente de donde y conforme a qué procedimiento presentar el recurso.

5.2.3 Efectos de la decisión de archivo

La decisión de archivo debe producir unos efectos claramente fijados y predeterminados. En los Estados de la Unión Europea estas decisiones de archivo producen diferentes efectos según sean definitivas o provisionales. El efecto de cosa juzgada que permite por ejemplo la aplicación del *ne bis in idem* de algún tipo de resoluciones de archivo debe quedar claramente precisado.

Por ello, sería necesario prever la existencia de diferentes decisiones de archivo. Las provisionales, todas aquellas basadas en la falta de pruebas suficientes o en el desconocimiento del autor del delito, deben ser revocables si existieran nuevas circunstancias que permitieran la reapertura de las diligencias en el tiempo en que las infracciones no hubieran prescrito. Las definitivas se aplicarían a los archivos por causas determinadas como el fallecimiento, las medidas de gracia o la prescripción.

Por otro lado, si llegara a establecerse un recurso contra una decisión de archivo, debe establecerse la consecuencia derivada de una revocación del archivo y en el ámbito que nos encontramos no es sencillo. Sería incoherente imaginar un escenario en el que el Fiscal Europeo fuera obligado por la decisión judicial que falle en contra del archivo a ejercitar la acusación, por lo que el único escenario posible es un recurso que permitiera al recurrente, como víctima ejercitar las acciones penales por el mismo, lo que en principio y conforme a lo que proponemos solo sería posible en los Estados que otorgan este derecho de ejercicio de la acción penal a las víctimas.

5.3 Determinación de la jurisdicción competente.

Habida cuenta de la premisa inicial sentada por el Tratado que es que el Fiscal Europeo ejercerá las acciones penales ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros es necesario decidir cuál o cuales van a ser las jurisdicciones ante las que el Fiscal Europeo va a solicitar la apertura del juicio oral.

En los casos de competencia de la Fiscalía Europea será habitual que varios Estados se atribuyan jurisdicción, bien sobre el caso completo o bien, al menos, sobre parte del mismo. Desde el punto de vista de una investigación realizada con unidad de dirección y considerando también criterios de eficacia que aconsejan en muchas ocasiones evitar la fragmentación de la causa la conclusión debe conducir a que el Fiscal europeo actúe preferentemente presentando el caso ante una sola jurisdicción.

5.3.1 Concentración o fragmentación del enjuiciamiento

La opción de unificar toda la acción en una sola jurisdicción debe ser solamente una opción que puede considerarse preferente pero no la única que tenga el Fiscal Europeo. La primera decisión a tomar para la

determinación de la jurisdicción ante la que se van a ejercitar acciones es por tanto concentrar o dividir la acción.

No debe descartarse la opción del Fiscal Europeo por dividir la causa presentando el caso parcialmente, siempre que sea posible, antes dos o más jurisdicciones diferentes. Las razones que aconsejan la división de la causa pueden ser múltiples: la previsión de posibles prescripciones o el transcurso de plazos máximos fijados para el mantenimiento de medidas cautelares, evitación de dilaciones indebidas, favorecimiento de la práctica de pruebas personales (testificales y periciales), etc. Sortear los problemas que plantean los macroprocesos puede ser también un criterio que aconseje la fragmentación. Los macroprocesos presentan dificultades añadidas por lo que debe valorarse caso a caso la opción de concentrar o dividir el enjuiciamiento.

5.3.2 Elección de la jurisdicción competente. Criterios de determinación de la competencia

En todo caso, si se opta por la concentración, debe tenerse en cuenta que ello supone la realización de una opción entre las varias jurisdicciones competentes. Quién y cómo realiza esta opción es una cuestión clave en el diseño del procedimiento de actuación del Fiscal europeo. En una Europa con legislaciones penales y procesales diferentes y con un escaso nivel de armonización, la elección de la jurisdicción estatal competente para conocer finalmente del caso no es en absoluto inocua y afecta directamente a derechos de imputados y víctimas.

Lo razonable en un verdadero espacio judicial europeo común sería que se establecieran unos criterios jerarquizados de determinación de la jurisdicción competente, sin embargo, hay que reconocer que, hasta ahora los Estados no han sido favorables al establecimiento de estos criterios. Efectivamente unas orientaciones o criterios de este tipo ni siquiera figuran en la versión provisional de la Decisión Marco sobre prevención y resolución de conflictos de jurisdicción en los procedimientos penales que actualmente está en periodo de redacción en el Consejo. Esta Decisión Marco trata simplemente de prevenir los procesos paralelos a través del envío de informaciones previas y en todo caso, procura la resolución de los posibles conflictos de jurisdicción animando a los Estados a llegar a un acuerdo. Ni se imponen soluciones obligatorias ni se contemplan criterios ni siquiera orientativos.

Las competencias concedidas a Eurojust en los artículos 6 y 7 de la Decisión para solicitar a los Estados que reconozcan que uno u otro se encuentran en mejor situación para conocer de unos hechos son un punto de partida y su utilización durante estos años constituye una experiencia apreciable de como puede actuar el Fiscal Europeo, aunque la base legal sea diferente en tanto Eurojust simplemente aconseja o emite una valoración que remite a los Estados mientras que el Fiscal Europeo adoptará una decisión por si mismo.

Eurojust debatió en un seminario organizado en 2003 cuales serían los criterios relevantes o determinantes para decidir el Estado que se encuentra en mejor situación para conocer de unos hechos. La Decisión Marco sobre prevención de conflictos de jurisdicción hace referencia a estos criterios como orientativos para la adopción de un acuerdo entre Estados

Estos criterios que simplemente deben tenerse en consideración son:

- Territorialidad. Lugar donde el la mayor parte de la acción criminal se haya ejecutado
- Lugar en que se encuentra el acusado y posibilidades de entrega en caso de solicitud de detención y entrega.
- Atención a la asistencia y protección de testigos
- Tiempo en que podría celebrarse la vista oral
- Intereses de las víctimas
- Problemas de pruebas
- Requerimiento legales
- Entidad de las sanciones: proporcionalidad
- Recuperación de los efectos del delito
- Recursos necesarios y costes

Junto a estos criterios, podrían tenerse en cuenta las circunstancias previstas en el Art. 8 del Convenio del Consejo de Europa sobre transmisión de procedimientos penales del 15 de Mayo de 1972. Por otro lado, tratándose de intereses financieros de la Unión el criterio del lugar en el que se haya producido el mayor impacto económico resultado de los hechos sería un criterio añadido a considerar para la adopción de la decisión final.

En conclusión, a Fiscalía Europea, debería contar con unos criterios predeterminados que permitieran no sólo orientar su labor en la decisión de determinación de la jurisdicción más adecuada para juzgar el caso, sino que también estos criterios permitirán conocer a las jurisdicciones no escogidas y a los ciudadanos afectados, imputados o víctimas cuales son las razones que justifican la opción.

Los Reglamentos que determinen la actuación de la Fiscalía deben establecer un sistema de recursos que permita reaccionar a los afectados-legitimados frente a estas decisiones. Se atribuya la competencia para conocer de esta decisión a jurisdicciones estatales o supranacionales, lo cierto es que la predeterminación de estas orientaciones permitirá establecer un control más adecuado sobre la opción realizada.

5.3.3 Autoridad competente para el conocimiento de recursos en relación con la elección de la jurisdicción competente.

Establecida que la decisión de ejercitar las acciones en un determinado Estado es una de las decisiones más relevantes y que con más intensidad afectan a derechos de imputados y víctimas, debe establecerse la posibilidad de recurso.

No se concibe ningún recurso para los Estados que puedan considerarse competentes y no hayan sido “elegidos” por el Fiscal Europeo. La acción pública le corresponde, conforme dispone el Tratado, al Fiscal Europeo y él es el capacitado para decidir donde la ejercita dentro del espacio europeo común de justicia.

Solo el respeto a derechos esenciales de los ciudadanos que se vean afectados como imputados o víctimas justifica la posibilidad de revisión de esa decisión.

Son dos opciones las que se presentan:

- Atribuir la competencia para conocer del recurso al propio órgano judicial ante el que va a celebrarse el juicio que pueda, aplicando los criterios pre-fijados hacer una valoración sobre su propia competencia.
- Atribuir competencia a un órgano supranacional que en principio conforme a nuestra opción debería ser el TJUE.

5.4 Ejercicio de la acción penal: Situación de las víctimas o perjudicados. Apertura del juicio oral admisibilidad de pruebas.

En esta parte se debe abordar el momento del ejercicio concreto de la acción penal ante el órgano competente, los problemas que puedan surgir en relación con la actuación y desarrollo en el juicio oral tiene que ser tratados en este apartado.

En tanto al Fiscal Europeo se le atribuye el ejercicio, ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros, de la acción penal relativa a dichas infracciones, deberá ejercitar esa acción conforme a las normas procesales del órgano jurisdiccional que finalmente resulte competente.

El Libro Verde de la Comisión ya partía de esta opción de actuación conforme a la organización y los procedimientos nacionales y añade que en esta fase del proceso las diferencias entre los Estados miembros son menores que en la fase preparatoria.

Sin embargo, hay cuestiones que presentan diferencias y que son realmente relevantes. Algunas de estas cuestiones son:

5.4.1 Posición de la víctima y perjudicados en el proceso.

Establecidas unas competencias estrictamente vinculadas a los intereses financieros de la Unión la víctima por esencia y casi exclusiva de este tipo de delitos será la propia Unión representada por la Comisión Europea. La posibilidad de ampliación de competencias y la existencia de

víctimas concretas perjudicadas junto a la Comisión, aconsejan, sin embargo hacer un análisis general de la posición de las víctimas.

La posición de las víctimas de los delitos en los procedimientos penales no ha sido objeto de armonización en la Unión Europea. La Decisión Marco de 15 de Marzo de 2001 por la que se establece el Estatuto de la víctima en el proceso penal recoge algunas garantías mínimas como su derecho a ser oída y a facilitar medios de prueba, igualmente debe ser informada de las decisiones que les afecten.

El Estatuto de la víctima no obliga sin embargo a reconocer su derecho a ejercitar acciones civiles o penales en el proceso. Por ello estos derechos reconocidos como un estándar mínimo de garantías no añaden ningún elemento adicional que nos permita resolver el tema de su situación en el proceso entablado por la Fiscalía europea.

Por otro lado, la víctima a la que se refiere esta Decisión Marco es, conforme a la definición del artículo 1, exclusivamente una persona física que haya sufrido un perjuicio físico o económico, no se contemplan aquí los perjuicios a personas jurídicas ni públicas ni privadas.

Sin embargo, como se decía, en la mayoría de los casos la principal perjudicada será la Unión Europea, representada por la Comisión.

La cuestión es en primer lugar si la concesión de la acción al Fiscal Europeo debe ser suficiente para evitar cualquier otra intervención de la Unión Europea como perjudicada.

En el debate quedan abiertas las dos posibilidades:

- La primera, otorgar el ejercicio de la acción penal exclusivamente a un órgano como el Fiscal Europeo, parece contar con más partidarios. No significa esta opinión que el Fiscal dependa o represente a la Comisión, pero hay que ser conscientes de que reconocerle a la Comisión este derecho a intervenir como perjudicada supone añadir un nuevo elemento de desigualdad sin que la opción contraria suponga significativos beneficios.
- La segunda, permitir acciones particulares ahonda en las desigualdades ya supondría el del reconocimiento de algún papel a la Comisión como representación de la "víctima". En todo caso, cabría otorgarle los mismos derechos que tendría en el derecho nacional de la jurisdicción ante la que se está ejercitando la acción. Ello supone que sólo tendría este derecho en el limitado número de países que conceden a la víctima un derecho a constituirse como parte penal o al menos civil ya que la imposición de un papel en el proceso en algunos Estados choca con su propia concepción del proceso penal.

Tratando de buscar en relación con la Fiscalía Europea la mayor homogeneización posible y en tanto la Fiscalía Europea tendría precisamente por principal razón de ser proteger los intereses económicos de la UE, la opción principal planteada es no reconocer a la Comisión la posibilidad de ejercitar acciones ni penales ni civiles junto al Fiscal. Sería el Fiscal Europeo el encargado de reclamarlas por la Comisión.

Respecto al resto de las víctimas, la opción sería como máximo otorgarles el mismo tratamiento que tienen en el derecho en el que ejercita la jurisdicción. Ello obligaría a tener muy en cuenta los derechos que el Art. 11 y 12 de la mencionada Decisión Marco de 2001 reconocen a las víctimas residentes en otro Estado diferente del que se celebre el juicio.

5.4.2 Control o competencia respecto al acto de apertura del juicio oral

La decisión de la Fiscalía Europea de que la investigación ha finalizado y se han reunido las evidencias suficientes para poder demostrar la responsabilidad de alguna persona y someterla por tanto al juicio oral debe ser objeto de control judicial como ocurre, con diferencias de formalidades y procedimientos, en la mayoría de los Estados.

Independientemente del examen que pueda hacerse sobre la elección del foro, este es un control a priori, necesario en cualquier procedimiento en cumplimiento de las normas del proceso debido. El Libro Verde se inclinaba porque fuera precisamente un control llevado a cabo conforme al procedimiento nacional y por el Juez o Tribunal competente del Estado seleccionado para el ejercicio de la acción penal.

La posibilidad de conceder en este punto alguna competencia a un Tribunal supranacional se apunta para la discusión aunque no parece que sea esta una de las cuestiones que, en caso de atribuir competencias a este Tribunal en relación con las actuaciones del Fiscal europeo, mereciera precisamente ser incluida en esta lista.

5.4.3 Admisibilidad de las pruebas.

Uno de los principales retos que tendrá que afrontar el Fiscal Europeo es la presentación ante el Tribunal juzgador de todo el acopio probatorio que haya reunido en la etapa de investigación.

Partimos también aquí de evidencias que habrán sido obtenidas en la etapa de investigación en diferentes países y por tanto con distintas formalidades desarrolladas en sistemas con diversos niveles de garantías. Cualquier intento de homogeneizar las normas sobre pruebas está pensamos condenado al fracaso, se trata en todo caso de lograr el establecimiento de estándares mínimos que permitan extender la confianza mutua.

El problema de la utilización de la prueba transnacional ha sido resuelto en la mayoría de las ocasiones a partir del principio de respecto a

la legislación del país de obtención, sin embargo no siempre ha sido así y la aplicación de estándares propios del país del foro a pruebas obtenidas con la aplicación de otras formalidades puede conducir a invalidar la prueba.

La cuestión es de tal entidad que el Tratado de Lisboa en su artículo 82 establece que *"En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros.*

Estas normas se referirán a:

a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros;

Pero también el propio artículo 86 establece como uno de los temas a regular en los Reglamentos creadores de la Fiscalía Europea el tema de a admisibilidad de pruebas: ". 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..."

Una de las soluciones pasaría necesariamente por la verdadera extensión a todas las pruebas del principio de reconocimiento mutuo conscientes que la Decisión marco 2008/978/JAI DEL CONSEJO de 18 de diciembre de 2008 relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal tiene un ámbito excesivamente limitado para solucionar el problema. Por otro lado, no soluciona muchos problemas de admisibilidad de pruebas que ya han sido obtenidas en procedimientos iniciados en algún Estado y que pueden terminar siendo absorbidos en el procedimiento seguido por el Fiscal Europeo.

En todo caso, la cuestión de la admisibilidad y validez de estas pruebas debe ser resuelta por el Tribunal que conoce del caso que será el competente para decidir sobre la prueba, su admisión, su necesidad, pertinencia y validez aplicando en general sus propias normas de procedimiento.

El establecimiento de unas normas generales sobre admisibilidad de pruebas es también una opción claramente delimitada en el Tratado. Estas normas sobre admisibilidad no tienen porque ser excesivamente prolijas o específicas, si no que bastaría que se fijaran una serie de principios generales que pudieran servir al órgano juzgador como tamiz para aplicar a las pruebas presentadas y que en todo caso, deberían siempre combinarse con la valoración desde el derecho del país en que las pruebas fueron obtenidas.