

*EL FUTURO ÓRGANO INSTRUCTOR COMÚN:  
UNA PROPUESTA PARA LA ORGANIZACIÓN  
DE LA FISCALÍA EUROPEA  
Y PARA EL CONTROL DE SU ACTIVIDAD*

M<sup>a</sup> ÁNGELES PÉREZ MARÍN\*/\*\*

*Fecha de recepción: 20/11/2012*

*Fecha de admisión: 29/12/2012*

**ABSTRACT:** La política penal para la protección de los intereses financieros comunitarios, iniciada por la Comunidad Económica Europea, actual Unión Europea, y la producción normativa en dicho ámbito, ha permitido que algunos sectores hablen de la existencia de un *Derecho penal económico europeo*. Por otro lado, se desprende de la redacción de los artículos 86 y 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que el legislador tiene la intención de crear, al menos, una fase procesal supranacional para la investigación de los delitos que afecte a los intereses financieros de la Unión, que formará parte de un proceso penal en el que también intervendrán los órganos judiciales competentes de los Estados miembros con objeto de combatir estas actividades ilícitas. De este modo, el artículo 86 prevé la posibilidad de crear una Fiscalía Europea que ocupará un lugar central en este nuevo proceso penal. Entre las competencias de la Fiscalía se incluye la investigación de los delitos de fraude y demás actividades ilícitas que afecten, directa o indirectamente, a los intereses financieros de la Unión, descubrir a los

\* Profesora contratada doctor de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla.

\*\* La autora pertenece al Proyecto de Investigación "Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar" (DER2012-35862), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

autores y cómplices de estas actividades ilegales y solicitar la apertura del juicio oral ante los órganos jurisdiccionales nacionales. A partir de estas líneas iniciales esbozadas en el Tratado de Funcionamiento, será necesario establecer las normas aplicables a la Fiscalía Europea y al desempeño de sus funciones y especificar su organización interna.

**PALABRAS CLAVE:** Unión Europea; fraude financiero; Fiscalía Europea; Espacio de libertad, seguridad y justicia; cooperación judicial en materia penal.

**ABSTRACT:** *Criminal policy for the protection of the financial interests, initiated by the European Economic Community, now the European Union, and the production of rules in this area, has allowed some sectors speak about the existence of a European Economic Criminal Law. Furthermore, it follows from the contents of articles 86 and 325 of the Treaty on the Functioning of the European Union that the legislator intends to create, at least, a supranational procedural stage for investigating offences against the Union's financial interest, that will be part of a criminal process in which will also be involved the competent courts of the Member States in order to combat these illegal activities. In this way, the article 86 provide for the possibility of creating a European Public Prosecutor's Office (EPPO) that will occupy a central place in this new criminal proceeding. The EPPO powers include the investigation of frauds and any other illegal activities affecting, directly or indirectly, the financial interests of the Union, prosecuting and bringing to judgment in the competent courts of the Member States the perpetrators of, and accomplices in, of these offences. From these initial lines, outlined in the Treaty on the Functioning, will be necessary to set the rules applicable to the European Public Prosecutor's Office and to the performance of its functions and to specify its internal organization.*

**KEYWORDS:** *European Union; financial fraud; European Public Prosecutor's Office; Area of freedom, security and justice; judicial cooperation in criminal matters.*

**SUMARIO:** I. Encuadramiento de la cuestión.- II. El origen de la Fiscalía Europea: 2.1. Antecedentes cercanos; 2.2. El nacimiento de la Fiscalía.- III. La influencia de los actores jurídicos europeos y de los ordenamientos nacionales.- IV. Un acercamiento a la función y a la organización de la Fiscalía Europea: 4.1. Breve referencia a los principios que regirían su función y organización; 4.2. La naturaleza de los Fiscales Delegados; 4.3. Las funciones procesales de la Fiscalía: la investigación penal del fraude contra los intereses financieros de la Unión Europea. V. El control de los actos de la Fiscalía Europea: 5.1. El control jurisdiccional o control externo: a) El control sobre los actos de la Fiscalía que pudieran afectar a derechos fundamentales; b) El control sobre la decisión de concluir la investigación; c) El control sobre la elección del Estado competente para conocer del juicio oral; 5.2. El control interno o disciplinario. VI. Conclusiones.

## I. ENCUADRAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Un mayor grado en la cooperación penal, dentro del Espacio de libertad, seguridad y justicia, es un elemento nuclear del proyecto común europeo que hunde sus raíces en los *Acuerdos Schengen*<sup>1</sup>. Como consecuencia de la desaparición de fronteras internas, la libre circulación en este nuevo espacio común –el Espacio Schengen– debía ser compensada con la adopción de medidas que ofrecieran un alto grado de seguridad a las transacciones comerciales y a los flujos de ciudadanos, ya que éstos dejarían de ser controlados por las autoridades aduaneras del territorio Schengen<sup>2</sup>. Por otro lado, se hacía necesario, también, contrarrestar la aparición de nuevas formas delictivas “transnacionales” que, debido a los vacíos normativos de los ordenamientos jurídicos nacionales, y las divergencias entre ellos, circulaban también “libremente” en este espacio territorial sin fronteras.

Dado que los Estados siempre se habían mostrado especialmente proclives a alcanzar compromisos para proteger los intereses financieros comunes, se entendía que, de la misma manera, estarían dispuestos a aceptar un mayor nivel de compromiso para prevenir y sancionar los delitos que pudieran atacar el núcleo económico de la Unión. En esta línea, ya en el año 1991, en la *Directiva 91/308/CEE relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueamiento de capitales*<sup>3</sup>, los Estados incluyeron un Anexo en el que se comprometían a tomar “todas las medidas necesarias para la entrada en vigor de una legislación penal” que les permitiera respetar y cumplir las obligaciones que, respecto de estas materias, se derivaban de las convenciones de la ONU y de los acuerdos alcanzados en el seno del Consejo de Europa.

Al mismo tiempo, y dadas las aspiraciones de la Comunidad Europea en el ámbito penal, surgió una fuerte polémica en torno a la necesidad de discernir si aquella tenía o no competencias para legislar sobre dicha materia y, en virtud de ello, determinar si era acreedora de un “*ius puniendi*” que le per-

<sup>1</sup> El Acuerdo Schengen se firmó entre los países fundadores –Bélgica, República Federal de Alemania, Francia, Luxemburgo y Países Bajos– el 14 de junio de 1985 y el 19 de junio de 1990 se firmó el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen (CAAS), que entraría en vigor el 26 de marzo de 1995.

<sup>2</sup> Costa, J. Alves, “La creación de la Fiscalía Europea” en Espacio de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal (Dir. Arangüena Fanego, C.), Valladolid, 2010, pág. 87.

<sup>3</sup> Directiva 91/308/CEE relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueamiento de capitales, de 19 de junio de 1991 (DO L 166 de 28.06.1991).

mitiera establecer políticas preventivas y represivas de naturaleza penal con la finalidad de proteger sus propios intereses financieros. Así, se acentuaban las diferencias entre quienes entendían que no cabía plantear dicha posibilidad, en tanto que dichos ámbitos competenciales no habían sido expresamente transferidos por los Estados –y recordemos que las Comunidades se habían construido de una forma centrípeta, esto es, sobre la base de la cesión de competencias por parte de éstos–, y aquellos otros sectores que veían verdaderos atisbos de un “*ius puniendi*” comunitario en la aprobación de instrumentos legislativos en los que, como el *Convenio PIF*<sup>4</sup> y sus *Protocolos*<sup>5</sup>, los Estados se comprometieron a asumir la protección de los intereses financieros de la Comunidad como si se tratase de intereses nacionales.

Así, del artículo 209-A<sup>6</sup> del *Tratado de Maastricht*<sup>7</sup>, modificado por el *Tratado de Ámsterdam*<sup>8</sup>, nacería el artículo 280 del *Tratado de la Unión*<sup>9</sup> que parecía establecer la obligación de los Estados de asumir la protec-

<sup>4</sup> El Convenio PIF es de fecha 26.07.1995 (DO C 31 de 27.11.1995).

<sup>5</sup> El Primer Protocolo es de fecha 27.09.1996 (DO C 313 de 23.10.1996); el Segundo Protocolo es de fecha 19.06.1997 (DO C 221 de 19.07.1997); el Protocolo TJCE es de fecha 29.11.1996 (DO C 151 de 20.05.1997)

<sup>6</sup> Art. 209 A: “Los Estados adoptarán las mismas medidas para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adopten para combatir el fraude que afecten a sus propios intereses financieros.

Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán con ayuda de la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre los servicios competentes de sus administraciones.”

Puede consultarse el texto de este precepto en el DOCE C 224 de 31.08.1992, en el que se publica el Tratado de la Unión Europea junto con el texto completo del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

<sup>7</sup> El Tratado de Maastricht (Tratado de la Unión Europea) se firmó el 7 de febrero de 1992 y entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. DOCE C 191, de 29.7.1992.

<sup>8</sup> El Tratado de Ámsterdam se firmó el 2.10.1997 (DOCE C 340, de 10.11.1997) y entró en vigor el 1.05.1999

<sup>9</sup> Art. 280 del Tratado de la Comunidad Europea (en su versión consolidada por las modificaciones introducidas por el Tratado de Ámsterdam en el Tratado de la Unión Europea y en los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas): “1. La Comunidad y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente art., que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros.

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

3. [...] los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin organizarán junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes.”

ción de los intereses financieros comunitarios, incluso, a través de la aplicación de normas penales. Sin embargo, se mantenían las dudas en cuanto a la posibilidad de entender si, a partir de este precepto y del contenido del *Convenio PIF*, se podía deducir que, efectivamente, la Comunidad tenía facultades para actuar directamente sobre los ordenamientos nacionales, e incluso para actuar sin contar con aquéllos, imponiendo normas penales de obligado cumplimiento para los Estados parte.

Todo ello supuso un giro en el discurso sobre las existencia de las competencias penales comunitarias y se intensificó el debate para intentar dilucidar si se podía entender que aquellas competencias ya habían sido reconocidas por los textos de los Tratados –aunque fuera de forma implícita– o si, por el contrario, era necesario un acto expreso de reconocimiento por parte de los Estados y procederse, así, a la atribución expresa de competencias penales.

En esta evolución, se consolidó en el *Tratado de Ámsterdam* el Espacio de libertad, seguridad y justicia. Uno de sus objetivos principales sería la cooperación penal para luchar contra la xenofobia, el racismo y la delincuencia organizada, mientras que, por otro lado, las nuevas redacciones de los artículos 29<sup>10</sup> y 31<sup>11</sup> del *Tratado de la Unión Europea* reforzaban las competencias penales y legislativas de la Unión al reconocérsele la facultad de aproximar o armonizar las normas penales nacionales cuando lo considerase necesario para luchar más eficazmente contra el terrorismo, la delincuencia organizada o el tráfico ilícito de drogas.

De forma paralela al proceso evolutivo expuesto, el interés de la Comisión en avanzar en la lucha contra los delitos de carácter económico que pudieran afectar específicamente a los intereses financieros comunitarios quedó reflejado en el *Corpus Juris*<sup>12</sup> y en el *Libro Verde para la*

<sup>10</sup> Art. K.1. Tratado de Ámsterdam (art. 29 TUE): “Sin perjuicio de las competencias de la Unión Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción común entre los Estados miembros en los ámbitos de cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia.

Este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y armas, la corrupción y el fraude [...]”.

<sup>11</sup> Art. K.2. Tratado de Ámsterdam (art. 30 TUE): “La acción en común sobre la cooperación judicial en materia penal incluirá: [...] e) la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas.”

<sup>12</sup> El *Corpus Juris* nació como consecuencia de una iniciativa de la Comisión Europea que encargó a un grupo de expertos, dirigidos por Mireille Delmas-Marty, un

protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo<sup>13</sup>, tal y como fue exigido en la *Propuesta de Directiva relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad*<sup>14</sup>. En ambos textos –*Corpus Juris* y *Libro Verde*– se abordó el análisis del Fiscal Europeo como órgano propio para luchar contra el fraude en el ámbito comunitario, pretendiéndose que los Estados iniciasen las primeras conversaciones sobre este nuevo órgano y se definieran los beneficios que su creación podría proporcionar a la lucha común contra el fraude.

El proyecto de *Tratado Constitucional*<sup>15</sup> vino a constituir un nuevo hito para el espacio judicial común ya que su artículo III-274 sentaba las bases para un futuro ordenamiento penal supranacional que comprendía la Fiscalía Europea, como órgano de investigación y como titular del ejercicio de la acción penal en la lucha contra el fraude de los intereses financieros de la Unión Europea, planteándose la posibilidad de que un grupo de Estados –nueve concretamente– pudiesen avanzar en la aplicación de esta política penal común y permitir, así, que la Fiscalía entrara en funcionamiento en los Estados interesados.

El proyecto constitucional habría significado un verdadero cambio en la evolución política de la Unión Europea, si bien, no consiguió superar la oposición planteada por algunos Estados en los que fue sometido a referéndum. Sin embargo, este obstáculo no significó que la Unión abandonase la intención de lograr una mayor integración pero quedó en evidencia la necesidad de armonizar los objetivos de Europa –como ente supranacional– con las pretensiones individuales de los Estados miembros. En cualquier caso, tanto la Unión como los Estados sabían que, en aquel momento, no era posible retroceder porque el propio desarrollo de la Unión, especialmente en lo que se refiere a los aspectos económicos, fiscales y financieros, exigía un mayor grado de integración legislativa.

análisis del Derecho penal y del Derecho procesal penal con objeto de elaborar un conjunto de principios rectores en el ámbito de la protección penal de los intereses de la Unión Europea y plantear la primeras premisas para la creación de un Fiscal Europeo. Los estudios iniciales tuvieron lugar en el período 1996-1997. En el año 1997 se publicó la primera versión de dicho estudio, que fue mejorada en una versión del año 2000.

<sup>13</sup> *Libro Verde para la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo*, COM/2001/0715 final.

<sup>14</sup> *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad*, de 23.05.2001, COM(2001) 272 final.

<sup>15</sup> Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, DOCE C 310 de 16.12.2004.

En este sentido, la lucha contra el fraude ya se había demostrado como un objetivo prioritario tanto para la Comunidad y la Unión como para los Estados. Efectivamente, la necesidad de armonizar legislaciones para asegurar la eficacia de las políticas preventivas y sancionadoras del fraude financiero encontraban en el Fiscal Europeo –o en la Fiscalía Europea, según término utilizado a partir del *Tratado Constitucional*– el complemento perfecto para garantizar el éxito en la lucha contra el fraude a los intereses financieros de la Unión, ya que dicho órgano actuaría en el territorio de la Unión en función de las competencias y las normas que se establecerían a través de una ley europea.

La importancia de este órgano se pone de manifiesto en el hecho de que, tras el fracaso del proyecto constitucional, prácticamente –y salvando algunas cuestiones tales como el cambio en la denominación de los instrumentos legislativos<sup>16</sup>– se produjo un trasvase al nuevo *Tratado de Lisboa*<sup>17</sup> de la regulación que sobre el Espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>18</sup> contenía el proyecto de *Tratado Constitucional*. Así, los artículos 86 y 325<sup>19</sup> del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* constituyen hoy la base jurídica sobre la que se podrá construir la futura Fiscalía Europea.

Una vez ratificado el *Tratado de Lisboa*<sup>20</sup>, el *Programa de Estocolmo*<sup>21</sup> fijó un conjunto de objetivos concretos que se debían lograr en el período 2010-2014 para desarrollar el Espacio de libertad, seguridad y justicia. Este programa, además de hacer especial hincapié en la necesidad de proteger los derechos fundamentales, de simplificar el sistema de justicia penal europeo y de proponer la aplicación de principio de reconocimiento mutuo a todas las decisiones judiciales, establece como clara prioridad la creación de la Fiscalía Europea y, en este sentido, se espera-

<sup>16</sup> La ley europea pasó a denominarse reglamento y la ley marco europea se denominó directiva.

<sup>17</sup> El Tratado de Lisboa modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que pasará a ser el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Se firmó el 13 de diciembre de 2007 y entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Puede consultarse en el DOCE C 306 de 17.11.2007.

<sup>18</sup> El Espacio de libertad, seguridad y justicia constituye el Título V de la Parte Tercera (Políticas y acciones internas de la Unión) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>19</sup> El artículo 325 se incardina en el Capítulo VI (Lucha contra el fraude), Título II (Disposiciones financieras) de la Sexta Parte (Disposiciones institucionales y financieras) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>20</sup> El instrumento de ratificación es de fecha 26.09.2008.

<sup>21</sup> Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja a ciudadano, DOCE C 115, de 4.5.2010.

ba un pronunciamiento de la Comisión antes del año 2013. No obstante, se requiere que antes de dicha comunicación los Estados implementen y refuercen las competencias investigadoras de Eurojust<sup>22</sup>. Además, una reciente *Propuesta de Directiva sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal*<sup>23</sup>, demuestra que el interés en la necesaria armonización de los delitos económicos tipificados en las diferentes legislaciones penales nacionales está hoy más vigente que nunca ya que estas legislaciones armonizadas favorecerán y facilitarán, sin duda, la instauración de la Fiscalía Europea y su actuación.

## II. EL ORIGEN DE LA FISCALÍA EUROPEA

### 2.1. ANTECEDENTES CERCANOS

El rechazo frontal al que se enfrentó el proyecto de *Tratado Constitucional* y las dudas que ello suscitó, no sólo en la esfera política sino en la opinión pública general, obligó a replantear la evolución de la Unión Europea. El texto del proyecto fue sometido a algunas modificaciones para adaptarlo a las exigencias políticas de los Estados pero se logró salvaguardar su espíritu primigenio. En la nueva redacción, que daría lugar al *Tratado de Lisboa*, se suavizaron los elementos más discutidos de la "Constitución", si bien determinados aspectos permanecieron intactos –o fueron mínimamente alterados– y, así, la regulación prevista en el proyecto de *Tratado Constitucional* para el Espacio de libertad, seguridad y justicia se transfirió, casi en su integridad, al nuevo *Tratado de Lisboa*<sup>24</sup>.

En este contexto, el Derecho penal, tanto en su variante sustantiva como procesal, se mantenía, igual que en el proyecto de "Constitución",

esto es, como una política de referencia para la Unión, y el Espacio de libertad, seguridad y justicia parecía avanzar hacia su consolidación a través de una mayor armonización legislativa entre los Estados. Por otro lado, el Derecho penal económico europeo, que se había ido diseñando especialmente para garantizar la protección penal de los intereses financieros, era implementado a través de un conjunto de instrumentos legislativos que obligaban a los Estados a incluir en sus respectivos ordenamientos una serie de disposiciones para impulsar, a nivel estatal, la protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea.

Por lo tanto, se hacía obvio que, en un escenario cada vez más común, y más armonizado, se necesitaba de un órgano, también común, que dirigiese y coordinase las investigaciones contra los delitos de fraude. Dicho órgano será la Fiscalía Europea, cuyo funcionamiento pivotará en torno a dos vectores: en primer lugar, su vocación supranacional, esto es, que tendrá competencias para actuar en todo el ámbito territorial de la Unión, sin necesidad de que los órganos nacionales tengan que autorizar dichas actuaciones; en segundo lugar, que en virtud del principio de reconocimiento mutuo los actos de esta Fiscalía común serán eficaces y de obligado cumplimiento en todos los Estados o, al menos, en el territorio de los Estados que hubieran implementado el funcionamiento de este órgano.

### 2.2. EL NACIMIENTO DE LA FISCALÍA

La redacción del artículo 86 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, heredero del artículo III-274 del proyecto de *Tratado Constitucional*, no impone la obligación de crear la Fiscalía Europea sino que sienta las bases para su posible creación<sup>25</sup>. Ello implica que la Fiscalía no constituye un elemento imprescindible para el desarrollo y el funcionamiento del Espacio de libertad seguridad y justicia, fundamentalmente basado en el principio de reconocimiento mutuo –en mayor detrimento de la armonización legislativa– y en la cooperación interestatal, sino que es la clave de un mayor avance en el sistema penal de la Unión Europea que permitirá superar los problemas que continúan ocasionándose en la cooperación actual<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Costa, J. Alves, "La creación de la Fiscalía Europea" en Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal, op. cit., págs 92 y ss., que expone un análisis sobre las bases jurídicas que propician la creación de la Fiscalía.

<sup>26</sup> Sobre el principio de reconocimiento mutuo vid. Jimeno Bulnes, M., Un proceso europeo para el siglo XXI, Madrid, 2011, págs. 32 y ss. y De Hoyos Sancho, M., "Armonización de los procesos penales, reconocimiento mutuo y garantías esenciales" en El proceso penal en la Unión Europea, (De Hoyos Sancho, M., Coord.), Valladolid, 2008, págs. 53 y ss.

<sup>22</sup> Ligeti, K., "La Oficina del Fiscal Europeo. ¿Cómo determinar las regla aplicables al procedimiento?", Revista General de Derecho Penal, 15 (2011), pág. 20. Véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM(2010) 171 final, de 20.04.2010, para Garantizar el Espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos. Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo, pág. 2.

<sup>23</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal, de 11.07.2012, COM(2012) 363 final.

<sup>24</sup> Vid. Jimeno Bulnes, M., "Las implicaciones del Tratado de Lisboa en la cooperación judicial europea en materia penal", en Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal, op. cit., págs. 39 y ss.

Por otro lado, aunque fuera aceptada la idea de que la Fiscalía Europea pudiera suponer una verdadera plusvalía para desenvolver los principios y objetivos del Espacio de libertad, seguridad y justicia, el *Tratado de Funcionamiento* exige, para su creación, la unanimidad de los Estados miembros; unanimidad que es muy difícil –o casi imposible– de conseguir en la situación por la que hoy pasa la Unión Europea. Por este motivo, el apartado 1 del artículo 86 permite, en defecto de la unanimidad y como última instancia para lograr la implementación de este órgano, que un grupo de al menos nueve Estados establezca una cooperación reforzada para crear la Fiscalía<sup>27</sup>. De este modo, y toda vez que lo que se pretende es sentar las bases de una lucha eficaz y sin fisuras contra el fraude –como parece deducirse del artículo 325 TFUE–, la Fiscalía se presenta como el órgano que reunirá las competencias necesarias para impulsar el desarrollo de un proceso penal común.

Sin embargo, el camino que abre el *Tratado de Funcionamiento* no está exento de complejidades jurídicas que deben ser resueltas y, entre ellas, además de imponer el requisito de la unanimidad o, en su defecto, el de la mayoría reforzada de nueve Estados, habrán de determinarse los principios que inspirarán este nuevo ordenamiento penal y cuál será el papel que a partir de la creación de la Fiscalía jugarán los demás actores jurídicos europeos –Eurojust, Europol, OLAF–<sup>28</sup>. Como consecuencia, se podría plantear la discusión si el nuevo sistema penal supondrá el avance hacia un modelo federal, esto es, basado en un código de delitos federales y en un Tribunal federal, o si, por el contrario, se continuará potenciando la supranacionalidad que caracteriza la idiosincrasia propia de la Unión Europea.

<sup>27</sup> Art. 86.1. TFUE: “1. [...] En caso de falta de unanimidad, un grupo de al menos nueve Estados miembros podrá solicitar que el proyecto de reglamento se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento en el Consejo. Previa deliberación, y en caso de alcanzarse un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo para su adopción.

Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de reglamento de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se 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.”

<sup>28</sup> Ligeti, K., “La Oficina del Fiscal Europeo. ¿Cómo determinar las reglas aplicables al procedimiento?”, *Revista General de Derecho Penal*, 15 (2011), págs. 22 y ss.

Idénticos interrogantes se plantean a partir de las previsiones del artículo 86 del *Tratado de Funcionamiento* que establece que la Fiscalía Europea surgirá “a partir” de Eurojust. No podemos dejar de referir que una expresión tan vaga como la utilizada –*la Fiscalía nacerá a partir de Eurojust*<sup>29</sup>–, permite plantear múltiples interpretaciones que han sido, y siguen siendo, valoradas por la doctrina<sup>30</sup>:

- por un lado, cabe que la Fiscalía se diseñe como un nuevo órgano integrado en la organización de Eurojust, aunque ambos mantengan funciones independientes, pero interconectadas, en la lucha contra la delincuencia;
- en segundo lugar, también se podría considerar la posibilidad de reorganizar Eurojust en atención a las necesidades del sistema en cada momento, desarrollando las competencias que le correspondan como Eurojust cuando se trate de coordinar investigaciones de delitos transfronterizos y actuando como Fiscalía, por ejemplo, para investigar los delitos de fraude;
- una tercera opción, probablemente menos viable, es considerar que Eurojust es un embrión de la futura Fiscalía y que desaparecerá en el momento en el que ésta sea creada,

<sup>29</sup> Vid. Espina Ramos, J.A., “¿Hacia una Fiscalía Europea?” en *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, op. cit., págs. 111 y 112.

<sup>30</sup> Irurzum Montero, F., “El diseño institucional de los órganos de los órganos de cooperación en materia policial y judicial penal: COSI, EUROPOL, EUROJUST y el Fiscal Europeo”, págs. 3 y ss., en [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net), (Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, 2006).

Morán Martínez, R.A., *La futura fiscalía europea* (Espina Ramos, J.A., Vicente Carbajosa, I., dir.), Madrid, 2009, págs. 116 y ss.

Mota, J.L. Lopes da, “Eurojust, embrión de un futuro fiscal europeo” en *La futura fiscalía europea* (Espina Ramos, J.A., Vicente Carbajosa, I., dir.), Madrid, 2009, págs. 80 y ss.

Ligeti, K., “La Oficina del Fiscal Europeo. ¿Cómo determinar las reglas aplicables al procedimiento?”, *Revista General de Derecho Penal*, 15 (2011), pág. 23: “Observando el Tratado de Lisboa y la creación de la OFE “desde Eurojust”, ya ha comenzado una reflexión sobre el futuro de este mismo. Ciertamente habremos de enfrentar escenarios distintos. Se puede considerar la OFE como un cuerpo distinto a Eurojust, que sin embargo puede beneficiarse de la estructura del último. También se puede encontrar una interpretación más integral en la que Eurojust se convierte, a partir de la reforma basada en el Art. 85 del TFUE, en el embrión de la OFE. Partiendo desde este último punto, es preciso señalar que tienen que ser implementadas una serie de reformas respecto a las facultades y a la organización interna de Eurojust.”

Ormazábal Sánchez, G., “Hacia una autoridad de persecución criminal común para Europa, (Reflexiones acerca de la conveniencia de crear una Fiscalía Europea y sobre el papel de EUROJUST) en *La Ley Penal*, n° 56, enero de 2009,

- sin olvidar que una cuarta posibilidad permitiría aprovechar la estructura de Eurojust para sustentar una Fiscalía constituida como órgano absolutamente independiente de aquélla, salvo en la necesaria colaboración que debe existir en las investigaciones iniciadas.

Algunos autores se han mostrado proclives a una cooperación real y efectiva entre Eurojust y la futura Fiscalía e, incluso, van más allá, proponiendo la creación de una institución penal conjunto compuesta de dos órganos: de una parte, una potente Fiscalía, con competencia general sobre la delincuencia transfronteriza, que sirva para integrar Europol y algunas de las funciones actuales o futuras de Eurojust; esta Fiscalía estaría sometida al control del Parlamento y del Consejo, como órganos definidores de la política penal europea. Por otro lado, y con funciones cuasi-jurisdiccionales, Eurojust deberá ser reforzada en algunas de sus funciones ya que le corresponderá una función arbitral en el ámbito de la cooperación judicial para reforzar la confianza entre Estados<sup>31</sup>.

En cualquier caso, partir de la estructura y de la composición actual de Eurojust y conservar su composición, o una similar, para la Fiscalía –formada por Fiscales, Jueces o funcionarios de Policía que actúen a modo de representantes de los Estados miembros– permitiría solventar aquellos problemas que pudieran derivarse de las incompatibilidades que pudieran existir entre ordenamientos en el ámbito de la investigación penal ya que no en todos ellos los órganos instructores de la investigación penal son los mismos.

### III. LA INFLUENCIA DE LOS ACTORES JURÍDICOS EUROPEOS Y DE LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES

La Fiscalía Europea es, probablemente, uno de los aspectos del *Tratado de Lisboa* que provoca mayores suspicacias entre los Estados. Podríamos

<sup>31</sup> Irurzum Montero, F., “El diseño institucional de los órganos de los órganos de cooperación en materia policial y judicial penal: COSI, EUROPOL, EUROJUST y el Fiscal Europeo”, pág. 14 en [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net). (Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, 2006).

Ormazábal Sánchez, G., “Hacia una autoridad de persecución criminal común para Europa, (Reflexiones acerca de la conveniencia de crear una Fiscalía Europea y sobre el papel de EUROJUST) en La Ley Penal, nº 56, enero de 2009, analiza la cuestión sobre si resulta más conveniente reforzar Eurojust o instaurar una Fiscalía Europea y llega a la conclusión de que, a pesar de ser deseable, una reforma de Eurojust de cara a garantizar la eficacia de sus funciones, es igualmente necesario crear una Fiscalía que actúe de forma autónoma e independiente de los demás órganos y organismos de la Unión y de los Estados.

decir que el principal motivo de duda o rechazo es que la Fiscalía representa, en cierto modo, cierta integración de los ordenamientos penales, toda vez que su creación significará que los Estados reconocerán la legitimidad de un órgano penal supranacional que ejercerá sus funciones sin necesidad de procesos de homologación o de autorizaciones provenientes de las autoridades nacionales, y cuyas decisiones resultarán vinculantes y de obligado cumplimiento para todos los Estados.

En relación con la organización y funcionamiento de la Fiscalía, la Unión tiene como referencia el *Libro Verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo*, y los resultados obtenidos a partir del mismo, y puede revisar las pautas que entonces fijó la propia Comisión para actualizarlas y ponerlas en valor. Así, como ya hemos referido en un epígrafe anterior, y dado que la Fiscalía y Eurojust estarán abocadas a coordinar sus actuaciones, será necesario concretar las competencias de cada uno de estos órganos para evitar duplicidades innecesarias de funciones que podrían restar eficacia a la investigación penal. De hecho, la coordinación de algunas investigaciones que ahora realiza Eurojust pasaría a ser competencia de la Fiscalía Europea y, por ello, debería entenderse que el nacimiento de la Fiscalía exigirá la reforma de los demás actores jurídicos –la propia Eurojust, OLAF y Europol– con objeto de compatibilizar funciones y de potenciar la eficacia en la gestión de cada uno de ellos. Además, sería imprescindible delimitar exactamente las funciones de cada órgano porque sólo de este modo se llegará a la conclusión de si sería posible, y necesario, mantener la Fiscalía, Eurojust y la OLAF como órganos independientes o si sería más aconsejable que alguno de ellos, por el contrario, se incorporase en la estructura de la Fiscalía<sup>32</sup> o que, como en el caso de la OLAF, saliesen de la esfera de la Comisión que es la institución en el que actualmente se incluye.

Por ello, y aunque en el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* no se hace mención a esta circunstancia, deberá sopesarse necesariamente la ventaja que implicaría acoger la experiencia de la OLAF como órgano especializado en la investigación –si bien administrativa– de la lucha contra el fraude, así como la formación y experiencia de Eurojust y Europol en la investigación de conductas delictivas y en la coordinación de investigaciones.

Así, los objetivos de OLAF son combatir el fraude, la corrupción y “cualquier otra actividad ilegal que afecte los intereses financieros comu-

<sup>32</sup> Vid. Vervaele, J.A. E., “De Eurojust a la Fiscalía Europea ene. Espacio judicial europeo. ¿El inicio de un Derecho procesal penal europeo?” en *La futura Fiscalía Europea*, op. cit., págs. 161 y 162.

nitarios” por medio de investigaciones administrativas internas y externas. Sus normas de funcionamiento establecen la facultad de iniciar procedimientos por iniciativa propia y los distintos órganos y, hasta cierto punto, los Estados miembros, están obligados a entregarle cualquier información relacionada con posibles casos de actividad ilegal comprendida en sus competencias. De este modo, la OLAF tendrá acceso, sin mediar preaviso ni plazo, a cualquier información que obre en poder de las instituciones, órganos y organismos, así como a los locales de estos, puede inspeccionar las cuentas de estas entidades, requerir a sus miembros con objeto de interrogarles acerca de alguna circunstancia o realizar inspecciones espontáneas en oficinas pertenecientes a los operadores económicos. Actualmente, pues, es el único cuerpo supranacional dotado de tareas operativas y su actuación no depende de la colaboración de los Estados<sup>33</sup>.

Resultaría de especial relevancia, por lo tanto, aprovechar la experiencia de la OLAF para la Fiscalía, ya que su incorporación a la misma –o su estrecha y continua vinculación– aportará a este nuevo órgano el grado de conocimiento necesario en la investigación de los delitos financieros y de los fraudes que, desde las propias instituciones y organismos de la Unión, como desde los Estados, atacan al núcleo financieros y presupuestarios de ésta.

Por otro lado y, aunque un primer impulso nos llevara a pensar que la Fiscalía estará formada exclusivamente por Fiscales, esto es, miembros de los Ministerios Públicos nacionales, hemos de tener en cuenta que no en todos los Estados de la Unión Europea la investigación es dirigida por el Fiscal, que los ordenamientos penales responden a principios inspiradores distintos y que, como consecuencia, será necesario llegar a soluciones de consenso que respeten los distintos sistemas jurídicos que conviven en el seno de la Unión Europea.

De este modo, por ejemplo, en España la investigación es competencia de los Jueces de Instrucción entre los que cabe encontrar cierta especialización<sup>34</sup>; por otro lado, el Ministerio Fiscal español también ha creado Fiscalías especiales, adscribiéndose a las mismas, como Fiscales especiales, aquellos miembros del Ministerio Público que ejercen sus fun-

<sup>33</sup> Ligeti, K., “La Oficina del Fiscal Europeo. ¿Cómo determinar las reglas aplicables al procedimiento?”, *Revista General de Derecho Penal*, 15 (2011), págs. 26 y ss.

<sup>34</sup> Como ejemplos de órganos instructores especializados encontramos los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con competencias exclusivas para la instrucción de los delitos determinados en el art. 87 *ter* LOPJ, los Juzgados Centrales de Instrucción, que también tienen atribuidas en exclusividad las competencias especificadas en el art. 89 *bis* 3 LOPJ o el Fiscal de Menores, a quien corresponde la investigación en el proceso de menores.

ciones en estas áreas especializadas<sup>35</sup>, y en el Reino Unido, sin embargo, las competencias y facultades para tramitar la investigación corresponden a la Policía<sup>36</sup>. Por indicar otras diferencias, en algunos ordenamientos la categoría de Magistrado es reconocida tanto a Fiscales como a Jueces, teniendo los Fiscales la consideración de órgano judicial –como en Portugal, donde son denominados, y considerados, órgano *judiciário*–, mientras que otros Estados reservan dicha categoría a los miembros de la carrera judicial que cumplen determinados requisitos de antigüedad, quedando excluidos de la misma el Ministerio Público. Además, el acercamiento del Ministerio Público a la órbita de los Ejecutivos, en la mayoría de los Estados, hace dudar de la independencia de la Fiscalía como órgano instructor, si bien, en algunos ordenamientos, como el italiano, cabe apreciar mayores niveles de autonomía e independencia en la gestión de sus competencias y funciones. Como vemos, características propias de cada ordenamiento, que difieren en cuestiones que pueden resultar de

<sup>35</sup> Vid. arts. 19 y 20 EOMF (Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se Regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Concretamente, el art. 19.2 cita como Fiscalías Especiales la Fiscalía Antidroga y la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada y el art. 20 indica que en la Fiscalía General del Estado existirá un Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, un Fiscal contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales y un Fiscal especialista en menores, tanto en el ámbito de la protección como de la reforma. Por otro lado, en aplicación de lo previsto en el art. 20.2 que permite el nombramiento de Fiscales especialistas en aquellas materias en que el Gobierno aprecie la creación de dichas plazas, actualmente existen los Fiscales especialistas en extranjería, seguridad vial, menores (tanto en el ámbito de la protección como de la reforma de menores), cooperación internacional, criminalidad informática, protección y tutela de las víctimas en el proceso penal, vigilancia penitenciaria, personas con discapacidad y protección y defensa de los derechos de las personas mayores.

<sup>36</sup> La fase de investigación en el proceso penal inglés se denomina *inquiry* e interviene la policía o los ciudadanos, a través de denuncia, y los sospechosos. Las partes tienen que designar abogados que se encargaran del material probatorio. El hecho de la instrucción penal no la realice un juez ni una fiscalía, hizo que tradicionalmente la policía quedara encargada de la investigación. El motivo principal de que en Inglaterra no existiera un Ministerio Fiscal reside en que la Corona encomienda el orden público a los ciudadanos y no a un órgano del Estado. Para corregir los errores de este sistema se advirtió la necesidad de distinguir la investigación del ejercicio de la acción penal ante los Tribunales nació la *Crown Prosecution Service* que realiza una revisión independiente de los resultados de la investigación policial para comprobar si existe evidencias suficientes para obtener una sentencia condenatoria y si la persecución tiene interés público. Si se acreditaran ambos requisitos, un miembro del *Crown Prosecution Service* formulará la acusación, tal y como se prevé en el Código de Fiscales de la Corona –Sección 10<sup>a</sup> del *Prosecution of Offences Act*, de 1985– (Vid. Trillo Navarro, J.P., *El Fiscal en el nuevo proceso penal*, Granada, 2008, págs. 49 a 52).



esencial importancia y que deben ser necesariamente conciliadas de cara al eficaz funcionamiento de un órgano instructor común.

Debido a estas disparidades, podría ser adecuado abrir la Fiscalía Europea a las particularidades de los Estados porque imponer una única fórmula –exclusivamente miembros de los Ministerios Públicos nacionales, por ejemplo–, podría provocar un choque entre ordenamientos, desaconsejable en el complejo proceso del que nacerá el nuevo órgano instructor. Dicha circunstancia, como mínimo, lastraría innecesariamente unas investigaciones que, de por sí, ya resultarán complicadas debido a la naturaleza de los delitos o por la necesidad de aplicar normas de distinta procedencia –las nacionales, de cada uno de los Estados implicados en la investigación, y las supranacionales–, motivo por el cual es aconsejable tener en cuenta las características propias de los ordenamientos para garantizar la actuación eficaz de este órgano común.

Por tales motivos entendemos que si la Fiscalía estuviera formada por los profesionales que en cada Estado desempeñan y ejercen funciones investigadoras en el proceso penal –Jueces, Fiscales o Policía–, del mismo modo que en Eurojust los representantes de los Estados y los puntos de enlace son, también, Jueces, Fiscales o Policías, sería mucho más sencillo abordar su creación en tanto que las especialidades procesales y de organización de los distintos ordenamientos serán respetadas y aprovechadas en beneficio de la Fiscalía Europea<sup>37</sup>.

#### IV. UN ACERCAMIENTO A LA FUNCIÓN Y A LA ORGANIZACIÓN DE LA FISCALÍA EUROPEA

##### 4.1. BREVE REFERENCIA A LOS PRINCIPIOS QUE REGIRÁN SU FUNCIÓN Y ORGANIZACIÓN

La Fiscalía Europea deberá basar sus funciones en principios propios de actuación y funcionamiento que no pueden ser importados de los Estados miembros o, mejor dicho, que no podrán ser asumidos a partir de un único Estado miembro, dado que no en todos éstos los principios inspiradores de la función del Ministerio Público responden a la misma naturaleza ni, tampoco en todos los Estados, la investigación penal resulta competencia de la Fiscalía.

<sup>37</sup> Véase Ormazábal Sánchez, G., “Hacia una autoridad de persecución criminal común para Europa, (Reflexiones acerca de la conveniencia de crear una Fiscalía Europea y sobre el papel de EUROJUST) en La Ley Penal, nº 56, enero de 2009, pág. 41 y ss. Este autor realiza un interesante análisis sobre la intervención subsidiaria de la Fiscalía en los casos de inactividad de los órganos penales nacionales y se basa, fundamentalmente, en las propuestas recogidas en el Proyecto Alternativo de persecución penal europea, coordinado por el prof. Schünemann.

Por otro lado, la organización de dicho órgano dependerá de su reglamento de funcionamiento, tal y como indica el artículo 86 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* y, en este sentido, si bien de forma somera, no queremos dejar de hacer referencia a la composición colegiada que, al parecer, puede tener la Fiscalía Europea.

Efectivamente, a diferencia de las anteriores propuestas planteadas en el *Corpus Juris* o en el *Libro Verde para la protección penal de los intereses financieros comunitarios*, que parecían trabajar en torno a un órgano de carácter unipersonal –el Fiscal Europeo–, el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* ha sido el resultado de una paulatina evolución hacia la consideración de que este nuevo órgano podría crearse sobre una estructura colegiada. A mayor abundamiento, al indicarse que el Consejo podrá crear una Fiscalía Europea “a partir de Eurojust” parece validarse aquellas teorías que conciben la Fiscalía como un órgano colegiado en tanto que Eurojust ya tiene esta composición colegiada.

Por otro lado, y a tenor del contenido de alguno de los trabajos e instrumentos con los que hoy contamos –especialmente el *Corpus Juris*, el *Libro Verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios* y el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, amén de recientes Propuestas de Directivas, anteriormente mencionadas, y que se centran en a necesaria armonización de los delitos económicos en todas las legislaciones nacionales– es posible esbozar algunas pautas para determinar, a modo de común denominador, aquellos principios básicos que podrían caracterizar a esta nueva Fiscalía.

Así, si partimos de su estructura descentralizada de la Fiscalía, como, al parecer, parece deducirse de los textos indicados –si bien el *Tratado de Funcionamiento* no se pronuncia al respecto, dejando la resolución de dicha cuestión al reglamento de creación de la Fiscalía–, ésta podría componerse por órganos centrales de gestión –probablemente personalizado en un Fiscal Europeo, a modo de *Fiscal General* o, por qué no, en una cúpula colegiada que represente a la Fiscalía y la gestione– y por aquellos Fiscales que tramitarán y dirigirán en los diferentes Estados las investigaciones en los procesos concretos. Por lo tanto, y dada esta organización, será necesario definir el principio de unidad de actuación<sup>38</sup> de forma que los actos de cada uno de los Fiscales Delegados sean reconocidos, de forma inmediata, como acto de la propia Fiscalía.

En cuanto a la procedencia de los Fiscales que intervendrán en los procesos penales y que, tanto en el *Corpus Juris* como en el *Libro Verde*

<sup>38</sup> Vid. Fernández Aparicio, J., “El nacimiento del Fiscal Europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, núm. 17, enero-abril 2004, pág. 235.

sobre la protección de los intereses financieros comunitarios, son denominados Fiscales Delegados o Fiscales Europeos Delegados, la Fiscalía Europea podría nutrirse de profesionales que procederán, probablemente, de los órganos instructores nacionales especializados en delitos económicos y en la investigación del fraude financiero, abarcando su competencia territorial a todos los Estados miembros.

Igualmente, esta organización descentralizada obligará a elegir un órgano que la represente –a modo de *Fiscal General*, como ya hemos anticipado– y que tendrá como funciones principales organizar y distribuir el trabajo entre sus miembros, así como coordinar la actuación de los Fiscales Delegados a través de las correspondientes instrucciones. Ello no significa que deba favorecerse la jerarquización y la dependencia jerárquica en perjuicio de la autonomía de los Fiscales Delegados, toda vez que esta última característica –la autonomía– deberá ser elevada, necesariamente, a principio definidor de la Fiscalía Europea y de los miembros que la compongan. En cualquier caso, habrá de alcanzarse el equilibrio necesario entre los principios de independencia, autonomía y dependencia jerárquica para garantizar el más eficaz funcionamiento del órgano.

Dado que la Fiscalía se creará a través de una decisión política del Consejo en el que, además, será necesaria la unanimidad de sus miembros y, muy posiblemente, la elección de las personas que se incorporen a los órganos centrales de la misma también pasará por una decisión política de similares características. Estas circunstancias hacen imprescindible garantizar, como mínimo, la independencia de la Fiscalía como órgano<sup>39</sup>, que deberá manifestarse en ámbitos diferentes: en primer lugar, temporal, ya que el cargo del representante de la Fiscalía –el Fiscal General o los componentes del órgano que desempeñe esta función dentro de la propia Fiscalía– deberá tener una duración limitada, estableciéndose los límites y las condiciones de las posibles prórrogas; en segundo lugar –una independencia *ad extra* que protegerá a la Fiscalía de la influencia de los demás órganos e instituciones de la Unión y de las decisiones de las autoridades nacionales; en tercer lugar, una autonomía *ad intra* que no puede manifestarse en una verdadera independencia de los Fiscales respecto de las directrices emanadas de la Fiscalía ya que lo impedirá la

<sup>39</sup> Fernández Aparicio, J., “El nacimiento del Fiscal Europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, op. cit., pág. 233 y 234: “La primera nota distintiva de este nuevo órgano de la Unión es que éste se rija por un principio de independencia que garantice el adecuado ejercicio de las competencias que se le atribuyen en función de los Tratados de la Unión. Por lo tanto se concibe al Fiscal Europeo como un órgano judicial especializado, independiente de los Estados miembros y de las instituciones, órganos y organismos comunitarios.”

propia organización jerárquica del órgano<sup>40</sup>, pero que garantizará que la actuación de cada uno de los Fiscales Delegados únicamente estará regida por el principio de legalidad, de imparcialidad y de sometimiento a la ley, permaneciendo ajenos a cualquier tipo de influencia externa que pudiera perjudicar la propia investigación<sup>41</sup>.

#### 4.2. LA NATURALEZA DE LOS FISCALES DELEGADOS

Tanto el *Corpus Juris* como el *Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo*, así como posteriores análisis sobre la organización de la Fiscalía<sup>42</sup>, parecen decantarse por una organización descentralizada, tal y como anteriormente indicábamos. Se deduce de ello que su organización se podría basar en los profesionales especializados, a ser posible, en delincuencia económica que en cada Estado investiga este tipo de delincuencia. Estos profesionales actuarían como Fiscales Europeos Delegados de la Fiscalía en cada asunto concreto.

Mientras que en el *Libro Verde* se planteaban tres opciones relativas al ejercicio de las competencias europeas y las nacionales –un mandato europeo exclusivo por el tiempo de duración del cargo, una doble función que permita compatibilizar las funciones nacionales con las europeas,

<sup>40</sup> Fernández Aparicio, J., “El nacimiento del Fiscal Europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, op. cit., pág. 234: “El funcionamiento interno de la Fiscalía Europea se va a regir bajo un principio de dependencia jerárquica, por cuanto se la va a reconocer al Fiscal Europeo como jefe de la Fiscalía del mismo nombre la capacidad para organizar internamente sus servicios, poder dar instrucciones a los Fiscales Europeos Delegados, y en la definición de directrices en materia penal dentro de los límites fijados por el legislador comunitario.”

<sup>41</sup> Garot, M.J., “¿Un Fiscal Europeo?”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16 (mayo-agosto, 2002), pág. 279: La independencia “[E]s otra de las características del estatuto del Fiscal Europeo. [...] Es un requisito que se puede entender desde la perspectiva de la eficacia (tal y como recomendó el *Corpus Juris*), pero que no deja de ser original en un cierto sentido, sabiendo que, en la mayoría de los Estados Miembros, el Ministerio Fiscal, como institución, depende directa o indirectamente del poder ejecutivo.”

<sup>42</sup> Véase, al respecto, Ligeti, K., “La Oficina del Fiscal Europeo. ¿Cómo determinar la regla aplicables al procedimiento?”, *Revista General de Derecho Penal*, 15 (2011), pág. 14: “Como preparación de la Presidencia española del Consejo de la Unión Europea, el Fiscal General del Estado español y el Centro de Estudios Jurídicos convocó a un grupo de expertos para reflexionar sobre la OFE. De acuerdo con su propuesta 65, la OFE debería estar basada en una estructura jerárquica con un FE principal que centralizaría la investigación y la persecución de los casos que fueran de su competencia, y los Fiscales Delegados, estarían integrados dentro de los sistemas nacionales de justicia (“doble sombrero”) y podrían ser miembros nacionales de Eurojust.”

diferenciando, en cualquier caso, los principios que rigen cada una de dichas funciones, o dejar que los Estados puedan optar libremente por una de las dos anteriores<sup>43</sup>-, el *Tratado de Funcionamiento* no desvela ninguna opción y remite todo lo referente a la organización de la Fiscalía y al desempeño de las competencias que le corresponden al reglamento de creación. En este sentido, dependiendo de la opción elegida, podríamos entender que los Fiscales Delegados gozarían de una doble naturaleza: por un lado, serían órgano nacional mientras que, por otro, formarían parte de un órgano supranacional y desempeñarán las funciones que especifique su propio reglamento con independencia que éstas sean ejercidas conjuntamente con las competencias nacionales o de que se acuerde una dedicación exclusiva a la Fiscalía Europea por el tiempo de duración del cargo.

Pues bien, reuniendo esta naturaleza compleja o mixta –órgano nacional y órgano europeo–, ha de determinarse si sería posible desempeñar conjuntamente ambas funciones o si, por el contrario, sería más aconsejable una dedicación exclusiva a la Fiscalía Europea durante el tiempo que ejercieran como Fiscales Delegados.

Desde nuestro punto de vista, cuando los miembros de los órganos instructores nacionales desarrollen su actividad en el ámbito de la Fiscalía Europea habría de reconocérsele la exclusividad de su función y una competencia preferente respecto de las autoridades nacionales, sin olvidar, no obstante, que los Estados son actores jurídicos solidarios de la Fiscalía a nivel nacional. No obstante, la Comisión viene entendiendo que propiciar el ejercicio conjunto de las funciones nacionales y supranacionales podría favorecer la resolución de los conflictos competenciales que

<sup>43</sup> En el *Libro Verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios* la Comisión indica que “[E]n cuanto a la posibilidad de acumular este mandato europeo con un mandato nacional, cabe escoger entre varias opciones.

Según una primera opción, el mandato de los Fiscales Europeos Delegados excluirá cualquier otro. Esta exclusividad garantizará su plena y total especialización y tendrá por finalidad prevenir los conflictos de intereses y prioridades en materia de política penal, así como garantizar la plena eficacia de su acción.

Según una segunda opción, el mandato de los Fiscales europeos delegados podría constituir una mera especialización (doble función). Estos últimos tendrían el deber de actuar penalmente contra las actividades ilegales que afectaran a la protección de los intereses financieros comunitarios, y subsidiariamente, realizar sus actividades ordinarias, incluidas las represivas [...].

Según una tercera opción, la elección entre las dos anteriores podrá dejarse a la discreción de cada Estado miembro.”

Puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001DC0715:ES:HTML>. Apartado 4.2.1.1 (Estatuto de los Fiscales Delegados).

podrían surgir entre la jurisdicción nacional o supranacional o facilitar la tramitación de los asuntos mixtos, esto es, aquéllos delitos que teniendo un carácter general supranacional también afectan a un ordenamiento jurídico nacional<sup>44</sup>.

Asimismo, y en tanto que ha de diferenciarse, y separarse, el ejercicio de las competencias nacionales del ejercicio de las competencias que les sean otorgadas como miembros de la Fiscalía Europea, durante el tiempo que los Fiscales Delegados ejerzan este cargo no podrán recibir recomendaciones de órganos nacionales y deberán actuar, exclusivamente, bajo los principios que rijan la Fiscalía Europea como órgano supranacional<sup>45</sup>.

Los Fiscales Delegados gozarán, en este sentido, de una necesaria autonomía frente a sus superiores jerárquicos dentro de la Fiscalía Europea, y de absoluta independencia con respecto a los superiores jerárquicos en el ámbito nacional, ya que, sólo de este modo, se podrá garantizar la objetividad y la imparcialidad de la investigación desarrollada.

#### 4.3. LAS FUNCIONES PROCESALES DE LA FISCALÍA: LA INVESTIGACIÓN PENAL DEL FRAUDE CONTRA LOS INTERESES FINANCIEROS DE LA UNIÓN EUROPEA

El artículo 86 del *Tratado de Funcionamiento* se atribuye a la futura Fiscalía Europea, entre otras funciones, la investigación de las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión. En esta labor investigadora<sup>46</sup>, el Tratado prevé la colaboración entre la Fiscalía y Europol<sup>47</sup> y fija como competencias de aquélla descubrir a los autores y

<sup>44</sup> Vid. nota 43 en lo referente a la doble función de los Fiscales Europeos Delegados.

<sup>45</sup> La Comisión no prevé necesariamente proponer un estatuto europeo autónomo para los fiscales delegados. Éstos podrán conservar su estatuto nacional para todos los aspectos relativos al ingreso, nombramiento, promoción, remuneración, protección social, gestión, etc. Sólo su régimen jerárquico y disciplinario se verá afectado durante el tiempo de su mandato, como se precisa a continuación. Esta solución parece ser la que menos repercusiones tiene en el Derecho de los Estados miembros. El régimen estatutario aplicable a los fiscales europeos delegados deberá en cualquier caso ser examinado en estrecha cooperación con los Estados miembros, con el fin de garantizar que puedan ejercer sus funciones con total independencia (*Libro Verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo*, COM(2001) 175 final; Puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001DC0715:ES:HTML>. Apartado 4.2.1.1 sobre el Estatuto de los Fiscales Delegados).

<sup>46</sup> Esta función deberá ser concretada a través de los reglamentos indicados en los apartados 1, 2 y 3 del art. 86.

<sup>47</sup> Extraña que el Tratado de Funcionamiento no considere a la OLAF como órgano colaborador de la Fiscalía, sobre todo cuando es un órgano especializado, a nivel administrativo, en la investigación de los fraudes financieros y de las actuaciones fraudulentas

cómplices de las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión –que serán definidos mediante reglamento– e incoar, en su caso, la fase de juicio oral ante los órganos judiciales del Estado cuya jurisdicción haya sido determinada competente para el enjuiciamiento, sosteniendo ante aquéllos la acusación. Sin embargo, ninguna de las atribuciones resulta novedosa en tanto que ambas –la investigación y la acusación– ya habían sido diseñadas en el *Corpus Juris* y en el mencionado *Libro Verde*.

Como sucede en los ordenamientos nacionales, podemos decir que la investigación, en este caso de la Fiscalía, constituirá, dentro del proceso, una fase preparatoria del juicio oral o que precederá a la declaración del sobreseimiento. La decisión de elevar el proceso a la fase de enjuiciamiento o de declarar el sobreseimiento –que corresponderá en cualquier caso a la Fiscalía dado que es el órgano que cuenta con la información necesaria y precisa para ello, gracias a la investigación efectuada–, será probablemente controlada por un órgano judicial –a modo de Juez de Garantías– que, mediante un acto o en una vista establecida al respecto, constatará si la decisión del Fiscal Delegado se ciñe a los requisitos establecidos en el ordenamiento nacional para abrir la fase de juicio oral y que, además, se han cumplido los presupuestos procesales para llegar hasta esta fase dentro del proceso. Efectivamente, en los ordenamientos en los que existe la figura del Fiscal Instructor un órgano judicial –ya sea unipersonal ya sea colegiado– supervisa ciertas decisiones adoptadas por el Fiscal durante la investigación y, mediante una resolución, declara definitivamente concluida dicha fase para pasar a la de juicio oral o ratifica el sobreseimiento solicitado por el Fiscal. No obstante, podría ser discutible si este acto, vista o *audiencia de confirmación de cargos*, debería entenderse incluida en la fase de investigación, como un acto a través del cual finalizaría aquella, o si debería considerarse como una fase intermedia que serviría de enlace entre la fase de investigación y la fase de juicio oral.

Hasta aquí –dirección y coordinación de investigaciones y solicitud de apertura del juicio oral– llegan las referencias que podemos encontrar

contra los intereses de la Unión Europea y la especialización será de capital importancia para la Fiscalía porque sus miembros deberán disfrutar de una formación integral en este ámbito delictivo. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que la Fiscalía suplirá las deficiencias de la OLAF que sólo puede intervenir cuando las autoridades nacionales lo solicitan. En definitiva, la Fiscalía deberá retroalimentarse no sólo de Eurojust, sino que deberá absorber algunas de las funciones de OLAF, verdadero órgano experto en el fraude financiero. Al respecto vid. Espina Ramos, J.A., “¿Hacia una Fiscalía Europea?” en Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal, op. cit., pág. 117.

trar en el *Tratado de Funcionamiento* sobre las funciones de la Fiscalía Europea, competencias que, sin duda, deberán ser debidamente concretadas, en todos sus extremos, en el correspondiente reglamento.

No cabe duda de que el legislador europeo ha planteado la investigación como una fase procesal común, prevista inicialmente sólo para combatir y reprimir el delito de fraude contra los intereses financieros de la Unión Europea, si bien, podría ampliarse, por decisión del Consejo, y según lo previsto en el apartado 4 del artículo 86, a los delitos transfronterizos.

Asimismo, y al tratarse de un proceso iniciado como consecuencia de la presunta comisión de un “delito europeo” de fraude, desde la Unión se deberá promover la adopción de criterios comunes entre los Estados para evitar divergencias que pudieran perjudicar la actuación de la Fiscalía, tanto en la fase de investigación como en la posterior fase de juicio oral.

En otro orden de cosas, y dado que el legislador remite la definición de la función de la Fiscalía en la lucha contra el fraude financiero a los reglamentos indicados en los artículos 86 y 325 TFUE, podemos decir que la competencia legislativa de la Unión se extiende no sólo a los aspectos penales –a través de las normas mínimas contenidas en directivas– sino a la regulación de cuestiones procesales que, al estar definidas en el reglamento de creación de la Fiscalía, ya no constituirán normas mínimas necesitadas de un posterior desarrollo por los Estados, sino que serán normas de eficacia directa y de obligado cumplimiento, en toda su amplitud, para los Estados miembros.

La Fiscalía Europea se muestra, por tanto, como el elemento nuclear en el tránsito hacia un proceso penal común que se desarrollará a través de una combinación de normas de diferente ámbito competencial: por un lado, normas de funcionamiento que regirán su actuación, recogidas en un reglamento que, por su propia naturaleza, vinculará necesariamente a los Estados miembros y que definirán, en gran parte, la fase de investigación del proceso penal europeo; por otro, las normas nacionales que, junto con las supranacionales, determinarán ciertos aspectos de la fase de investigación hasta llegar al juicio oral e, igualmente, aquellas normas, exclusivamente nacionales, que parece que regularán, en su totalidad, la fase de juicio oral del proceso.

Asimismo, se deberán dar respuesta a otras cuestiones como las relativas a la competencia exacta para solicitar la apertura del juicio oral o la distribución de funciones, dentro de la propia Fiscalía, entre los funcionarios procedentes de los órganos instructores nacionales –Ministerio Público, Cuerpos de Policía o Jueces de Instrucción–. Probablemente, y

con relación a este aspecto, habrían de buscarse soluciones basadas en la experiencia de los ordenamientos europeos que, como el inglés, mantienen una clara distribución de funciones entre el órgano instructor –la Policía– y aquellos Fiscales que constituyen el *Crown Prosecution Service*, actuando este último órgano como instrumento que dota de uniformidad al Derecho penal aplicable<sup>48</sup>.

## V. EL CONTROL DE LOS ACTOS DE LA FISCALÍA EUROPEA

Toda la regulación de la Fiscalía Europea es remitida por el artículo 86 del *Tratado de Funcionamiento* a su reglamento de creación y, en este sentido, el control jurisdiccional de los actos procesales de la Fiscalía también debería ser esbozado en dicho instrumento legislativo<sup>49</sup>. Además, los principios informadores del proceso penal obligan, en cualquier caso, al legislador –ya sea nacional ya supranacional o europeo– a garantizar el derecho de las partes a impugnar las resoluciones dictadas cuando consideren que no han sido adoptadas conforme a derecho, si entienden que dichas decisiones les perjudica o cuando no se hayan respetado las normas que regulan los actos procesales. De este modo, las partes están protegidas por el derecho a la tutela judicial efectiva mientras que el derecho de defensa se muestra como epicentro del proceso penal y no puede ser ignorado por el legislador europeo<sup>50</sup> que queda vinculado, además, por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En la previsión de que los actos y decisiones adoptados por la Fiscalía durante la tramitación del proceso pudieran vulnerar derechos fundamentales de las partes, especialmente del imputado, la intervención de un órgano jurisdiccional independiente se concibe como la garantía que extrema las condiciones de objetividad, seguridad jurídica y legalidad en las que se desenvuelven las diferentes fases procesales –artículo 86.3 TFUE–.

Sin embargo, tampoco la decisión de implantar un sistema de control jurisdiccional sobre los actos de la Fiscalía ha sido una novedad del *Tratado de Lisboa*. Cuando la Comisión propuso en la *Conferencia*

<sup>48</sup> “Las funciones principales del *Crown Prosecution Service* pueden sintetizarse en las siguientes: a) competente para asumir los enjuiciamientos instruidos por la Policía; b) instruir y enjuiciar los asuntos que le han sido encomendados legalmente; c) asesorar a la Policía; e) establece un código para los Fiscales de la Corona, orientación de los principios generales que éstos deben aplicar al ejecutar sus funciones.” (Vid. Trillo Navarro, J.P., *El Fiscal en el nuevo proceso penal*, op. cit., págs. 49 a 52).

<sup>49</sup> Art. 86.1 y 3 TFUE.

<sup>50</sup> Arts. 47 y 48 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, DOCE C 346 18.12.2000.

*Intergubernamental de Niza*<sup>51</sup> la introducción en el Tratado de un nuevo artículo –el 280 bis– que instituiría un Fiscal Europeo para combatir el fraude financiero, ya previó dotar de competencias a un órgano jurisdiccional para que controlara, precisamente, la legalidad de ciertas decisiones del Fiscal y evitar, así, el quebrantamiento innecesario de derechos fundamentales. Así, el apartado 3 c) del mencionado artículo 280 bis indicaba que “[e]l Consejo, con arreglo al procedimiento contemplado en el art. 251, fijará las condiciones del ejercicio de las funciones del Fiscal Europeo adoptando: [...] [l]as normas aplicables al control jurisdiccional de los actos de procedimiento adoptados por el Fiscal Europeo en el ejercicio de sus funciones.”

En esta línea de actuación, el artículo 86 del *Tratado de Funcionamiento* incorpora el espíritu de este malogrado precepto al entender que la intervención de un órgano jurisdiccional en la fase de investigación, a modo de órgano de garantías, ofrece la seguridad de que se llegará a la fase de juicio oral habiéndose respetado todas las condiciones y reglas fijadas para proteger el derecho de los ciudadanos a un proceso con todas las garantías. Por otro lado, el *Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo* aconseja el control jurisdiccional.

Pero el control de los actos de la Fiscalía, y de las decisiones tomadas por sus miembros, no sólo tendrá lugar a través de la vía jurisdiccional, esto es, mediante la impugnación de las decisiones adoptadas. No puede olvidarse que, desde la propia organización interna de una institución jerarquizada, se deducirá también un control disciplinario, administrativo o interno, con independencia de la responsabilidad penal o civil en la que los miembros del Ministerio Público europeo pudieran incurrir en el desempeño de sus funciones.

### 5.1. EL CONTROL JURISDICCIONAL O CONTROL EXTERNO

a) *El control sobre actos de la Fiscalía que pudieran afectar a derechos fundamentales*

Los actos de la Fiscalía adoptados en un contexto procesal no pueden vulnerar derechos fundamentales de las partes. Si bien es cierto que un alto porcentaje de los derechos fundamentales son relativos y, por lo tanto,

<sup>51</sup> La Conferencia Intergubernamental de Niza se convocó en febrero del año 2000 para tratar los asuntos que habían quedado pendientes en el Tratado de Ámsterdam. En diciembre de 2000 se adoptó el acuerdo del Tratado de Niza que se firmó el 26 de febrero de 2001 y entró en vigor el 1 de febrero de 2003.

susceptibles de ser limitados por necesidades del propio proceso penal, la restricción lícita en el ejercicio y disfrute de estos derechos exige que un órgano judicial realice un juicio previo de proporcionalidad para sopesar los valores en juego y constatar que se cumplen los requisitos necesarios que legitiman la medida y que justifican la limitación del derecho en beneficio de otros intereses deducidos en el proceso. En tal sentido, la aplicación del principio de proporcionalidad obliga a ponderar los derechos e intereses en juego para determinar cuál de ellos debe ser sacrificado.

La intervención de un órgano judicial y la motivación de la resolución judicial en la que se exponen los motivos para constreñir un derecho fundamental, se convierte para el afectado en la garantía que le permite comprobar que la medida adoptada es imprescindible y que la restricción de sus derechos no resulta inútil o ilícita sino legítima y necesaria<sup>52</sup>.

Pues bien, sólo un órgano judicial, cuya función basada en el principio de independencia constituye una verdadera garantía del proceso, puede justificar la necesidad de coartar un derecho fundamental y, en cualquier caso, debe hacerlo a través de una resolución fundamentada en la que argumente que su decisión ha sido adoptada conforme a derecho. Como consecuencia, únicamente un Juez o un Tribunal podrán controlar aquellos actos de la Fiscalía que, por sus propias características, limitan derechos fundamentales. Por ello, si durante la investigación el Fiscal considerase que una medida restrictiva de derechos fundamentales es imprescindible—ya fuera una medida cautelar, ya se tratase de una diligencia de investigación o de una prueba— y acordase la adopción de la misma sin instarla al órgano judicial competente, las partes tendrán derecho a recurrir la resolución del Fiscal para que un órgano jurisdiccional reponga el derecho vulnerado y se pronuncie sobre la necesidad y, por ende, sobre la legalidad de la medida.

<sup>52</sup> El juicio de proporcionalidad debe demostrar la idoneidad de la medida en cuestión, esto es, si la medida cuya práctica se pretende es, en todos los sentidos, adecuada para conseguir el resultado que se busca, esto es, determinar la relación medio-fin. En este sentido, la medida limitadora del derecho fundamental tiene que resultar plenamente adecuada y apropiada respecto de la finalidad que persigue con objeto de justificar constitucionalmente la limitación del derecho, la necesidad de la misma que proporciona información sobre el carácter esencial de la medida y que permite asegurar que es indispensable para obtener el resultado previsto porque éste no se podrá lograr a través de los demás medios menos agresivos puestos a disposición del proceso, y la proporcionalidad de la misma, con objeto de determinar, mediante el uso de técnicas de contrapeso entre derechos, bienes jurídicos e intereses, según las circunstancias del concreto, si el sacrificio de los derechos individuales guarda una relación proporcionada con la importancia del interés que se pretende proteger.

Este órgano jurisdiccional que actúa como órgano de control o de garantías, podrá ser un Juez o un Tribunal nacional —el *Libro Verde* se inclina a favor de que esta función se atribuya a los Jueces de Libertades que hayan sido designados por los Estados que, en este caso, no actuarían como órganos nacionales sino supranacionales, toda vez que su actuación tendrá lugar dentro de un proceso europeo—, un órgano judicial supranacional que deberá ser creado en su momento o, en su caso, una sección de los Tribunales supranacionales que ya existen —Tribunal de Justicia o Tribunal General— que podrían especializarse en esta materia<sup>53</sup>. Con respecto a esta cuestión, la Comisión apreciaba más dificultades en atribuir dicha competencia a un órgano supranacional ya que su intención no era la de crear un proceso propiamente supranacional y dicha opción excedería, por tanto, la finalidad original.

Sin embargo, salvando algunas dificultades, cualquier combinación resultaría válida siempre y cuando el órgano elegido suponga una plusvalía para la agilidad en la tramitación del procedimiento y para garantizar la seguridad jurídica en el proceso.

Como hemos mencionado, la Comisión parece preferir un órgano nacional en tanto que considera, según se deduce del *Libro Verde* que el sistema de recursos que habrá de utilizarse será el establecido en el ordenamiento del Estado en el que se estuviera desarrollando la investigación y un órgano supranacional complicaría el procedimiento al tener que crearse nuevos recursos que habrían de tramitarse en función de normas supranacionales comunitarias.

Sin embargo, no debemos olvidar que el artículo 257 del *Tratado de Funcionamiento* ha abierto el camino hacia la creación de nuevos Tribunales y órganos judiciales de ámbito supranacional<sup>54</sup>. Si bien es cierto que esta norma refiere la implantación de órganos especializados en materias que resulten competencia del Tribunal General, habría que preguntarse si, combinando esta premisa con la necesidad de diseñar el sistema de control jurisdiccional exigido por el artículo 86 TFUE, podría crearse un órgano supranacional específico incardinado en el Tribunal de Justicia o en el Tribunal General o si sería adecuado especializar una de las Salas de dichos órganos.

<sup>53</sup> Espina Ramos, J.A., “¿Hacia una Fiscalía Europea?” en Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal, op. cit., pág. 119.

<sup>54</sup> Art. 257 TFUE: “El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán crear tribunales especializados adjuntos al Tribunal General, encargados de conocer en primera instancia determinadas categorías de recursos interpuestos en materias específicas.”

Tampoco podemos dejar de advertir que un órgano común supranacional obligaría, igualmente, a vencer otros escollos y que, por ejemplo, se habrían de establecer procedimientos comunes de impugnación y elaborar nuevas categorías de recursos. Efectivamente, no tendría ningún sentido que este órgano supranacional, independiente de los órganos jurisdiccionales nacionales, se viese obligado a aplicar el derecho del Estado miembro en el que se estuviera tramitando la investigación, ya que ello obligaría a un órgano supranacional a conocer las normas jurídicas nacionales, con las dificultades que de dicha circunstancia se derivarían<sup>55</sup>.

Por otro lado, en cuanto a los actos adoptados por la Fiscalía que no necesiten de la intervención del órgano de garantías, no serían, en principio, impugnables. No obstante, si de uno de estos actos se dedujera la vulneración de derechos fundamentales, la parte afectada tendría derecho, obviamente, a recurrir ante el órgano judicial de garantías para solicitar la reposición del derecho o discutir, si lo entendiese oportuno, la forma de ejecución de la medida, pero no podrá solicitar que se declare la ilicitud de la misma porque el Fiscal habría actuado dentro de sus competencias al acordar la práctica de dicho acto.

Asimismo, el principio *non bis in idem* se percibe como otro mecanismo de control que permite proteger el derecho de defensa y el derecho a no ser juzgado dos veces por la misma infracción. No se trata sólo de una garantía para el ciudadano, sino que se trata de una herramienta al servicio de la seguridad jurídica. La vigencia de este principio impide, por tanto, un doble procesamiento cuando se demuestre la identidad exacta entre los hechos, las partes y el interés jurídicamente protegido. Sin embargo, la Fiscalía podrá reabrir un asunto cuando constate nuevos elementos que lo diferencien del caso ya juzgado<sup>56</sup>.

#### b) *El control sobre la decisión de concluir la investigación*

Como consecuencia lógica de la tramitación, la Fiscalía también será el órgano competente para declarar la conclusión de la investigación. De este modo, y una vez finalizada aquélla, el Fiscal deberá declarar el archi-

<sup>55</sup> Véase Ormazábal Sánchez, G., "Hacia una autoridad de persecución criminal común para Europa, (Reflexiones acerca de la conveniencia de crear una Fiscalía Europea y sobre el papel de EUROJUST) en La Ley Penal, n.º 56, enero de 2009, op. cit., que se muestra partidario de otorgar esta competencia a un órgano supranacional, además de aquellas otras competencias relativas a la resolución de los conflictos de competencia nacidos como consecuencia de la decisión de una decisión del Fiscal.

<sup>56</sup> Garot, M.J., "¿Un Fiscal Europeo?", Cuadernos de Derecho Público, núm. 16, op. cit., pág. 292.

vo o sobreseimiento de la causa –si entiende que los hechos no se cometieron, que no son constitutivos de delito o si considerase que no queda suficientemente acreditada la participación en los mismos de las personas a quienes inicialmente se imputaron la participación y la comisión– o deberá solicitar la apertura del juicio oral, y sostener la acción penal ante la jurisdicción nacional correspondiente, si llegara a la convicción de que los hechos fueron efectivamente cometidos, de la tipicidad de los mismos y de la participación de los sospechosos.

Pues bien, también un órgano jurisdiccional deberá realizar esta labor de control sobre las decisiones tomadas por la Fiscalía con respecto a dichas cuestiones. La función del órgano jurisdiccional, en esta ocasión, tiene una finalidad de confirmación y ratificación de cargos o de confirmación del sobreseimiento. La duda que se suscita es, en realidad, la misma que se viene planteando para los demás actos, esto es, si el órgano competente para conocer de este trámite procesal será un órgano nacional o un órgano supranacional, cuáles son las ventajas o los inconvenientes de cada una de estas opciones, cuál será la tramitación procesal que deberá aplicarse en esta fase y si nos encontramos ante una fase que se incluye en la propia fase de investigación o si, por el contrario, se trata de una fase intermedia.

La ventaja de optar por un órgano nacional residiría, probablemente, en ser la opción "menos agresiva" y, por lo tanto, más fácilmente aceptada por los Estados. Asimismo, otorgar esta competencia a órganos nacionales facilitaría la compatibilidad entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional que se ha venido paulatinamente armonizando. Por otro lado, la desventaja más evidente de esta solución es, sin embargo, que excluye definitivamente la posibilidad de contar en la fase de juicio oral con un órgano común a todos los Estados miembros. Por ello, las divergencias que puedan existir entre ordenamientos, la diversidad de regulaciones y las dificultades en la cooperación judicial son circunstancias que deberían ser solventadas mediante la armonización de los ordenamientos nacionales.

Es precisamente esta última circunstancia, que parece favorecer la elección de un órgano nacional para controlar la decisión de la Fiscalía de concluir el sumario, y que ya fue avanzada por la Comisión en el *Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo*–, la que ha recibido mayores críticas. Así, se ha entendido que esta opción que pivota, esencialmente, sobre el principio de reconocimiento mutuo, determina que la decisión de un órgano judicial nacional sea automáticamente reconocida por los demás órganos intervinientes en el

proceso y adolece, por este motivo, de una voluntad “integracionista”. Por ello, tanto el Instituto Universitario Europeo como el Comité de Vigilancia de la OLAF se pronunciaron, en su día, a favor de la creación de una Sala Preliminar Europea, según el modelo establecido por el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, ya que, de este modo se asegura “el control de la fase preliminar, la uniformidad en la aplicación del Derecho y la equidad en la determinación del órgano jurisdiccional de resolución.”<sup>57</sup>

c) *El control sobre la elección del Estado competente para conocer del juicio oral*

Por último, y respecto a la designación de la jurisdicción competente para conocer de la fase de enjuiciamiento, parece que esta función podría corresponder también a la Fiscalía.

Habría de resolverse, pues, la cuestión de si sería adecuado prever la posibilidad de que los órganos judiciales o las partes pudieran impugnar la elección del Fiscal respecto de la jurisdicción competente para el enjuiciamiento o si, por el contrario, sería preferible que la decisión del Fiscal fuera irrecurrible.

De lo que no cabe duda es de que no se deberán admitir decisiones abusivas del Fiscal interviniente que, en cualquier caso, tendrá la obligación de argumentar los motivos por los que elige un determinado foro nacional en detrimento de otro que pudiera ser igualmente competente para tramitar esta fase procesal; además, deberá ofrecerse una solución frente a los conflictos positivos o negativos de competencia que pudieran promover los propios órganos jurisdiccionales de los Estados afectados por la decisión del Fiscal.

En este sentido, habrá de sopesarse las ventajas de crear un sistema de recursos que pueda ser utilizado por las partes para impugnar la decisión adoptada por la Fiscalía en esta materia. No establecer recurso alguno y otorgar amplias facultades al Fiscal delegado, no significará, de todos modos, que éste pueda actuar de forma arbitraria puesto que, como ya hemos advertido, éste deberá justificar los motivos que le llevan a elegir una determinada jurisdicción en defecto de otras. Será precisamente la argumentación de su decisión, el elemento que ofrecerá la garantía de exclusión de cualquier arbitrariedad o abuso. No obstante, desde nuestro punto de vista, posibilitar la impugnación de estas acciones constituye, igualmente, un mayor control de cara a la legalidad del proceso.

<sup>57</sup> Garot, M.J., “¿Un Fiscal Europeo?”, Cuadernos de Derecho Público, núm. 16, op. cit., pág. 293.

## 5.2. EL CONTROL INTERNO O DISCIPLINARIO

Según el *Libro Verde sobre la protección de los intereses financieros comunitario*, la función del Fiscal Europeo sería controlada disciplinariamente por el Tribunal de Justicia y, de modo paralelo, también los Fiscales Delegados responderían del ejercicio irregular de sus funciones ante el Tribunal de Justicia<sup>58</sup>. Y hasta hoy no contamos con otra referencia respecto de esta cuestión y el reglamento de creación de la Fiscalía habrá de decidir la estructura de la misma así como las condiciones de vinculación de sus miembros tanto a la Fiscalía Europea como a las respectivas Fiscalías nacionales o, en su caso, a los órganos instructores de los que procedieran, durante el ejercicio del cargo de Fiscal Delegado.

En este sentido, cabe la posibilidad de que el ejercicio de las competencias como Fiscal Europeo Delegado tenga un carácter exclusivo, esto es, que el Fiscal sólo desempeñe funciones en el ámbito la Fiscalía Europea y que, por consiguiente, durante ese tiempo quede exclusivamente sometido a las normas y a los principios de organización y funcionamiento de esta institución. Si ello fuera así, el reglamento de la Fiscalía Europea deberá prever los actos –acciones u omisiones– de los Fiscales Delegados de los que se pudieran derivar una sanción disciplinaria, así como el grado, naturaleza y clasificación de las mismas, amén del órgano competente para conocer del correspondiente procedimiento disciplinario.

Esta exclusividad no significaría, sin embargo, que el Fiscal Delegado pierda su vinculación con el órgano nacional de procedencia sino que en sus funciones como miembro de la Fiscalía Europea quedará sometido, únicamente, a las normas que regulan dicho órgano toda vez que sus funciones como miembro del órgano nacional quedarían en suspenso mientras dure el cargo supranacional.

Igualmente, la sanción disciplinaria que provenga de la Fiscalía Europea no debería, en principio, afectar al ejercicio de las funciones que le corresponda en el ámbito nacional una vez que retomara las funciones nacionales, salvo que la sanción impuesta implique la suspensión de algún derecho o la pérdida de un requisito que condicione el desempeño de funciones a ambos niveles, esto es, tanto a nivel nacional como a nivel europeo.

<sup>58</sup> *Libro Verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo*, COM(2001) 175 final; Puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001DC0715:ES:HTML>, apartados 4.1.2.2 (Destitución y otros casos que ponen fin al ejercicio del Fiscal Europeo) y 4.2.1.1 (Estatuto de los Fiscales Europeos Delegados).



Por otro lado, es también posible que la función como Fiscal Delegado no se ejerza en condiciones de exclusividad por lo que, durante el desempeño de este cargo, el Fiscal estaría sometido, como consecuencia de su labor –nacional y supranacional– a dos ordenamientos: el supranacional, que fijará las normas sobre la responsabilidad disciplinaria en este ámbito, y el nacional, que será de aplicación cuando la acción del Fiscal susceptible de sanción disciplinaria quede subsumida en los supuestos establecidos en el mismo.

Se producirá, en este caso, una continua interconexión entre ambos ordenamientos que obligará a fijar límites positivos y negativos con objeto de evitar complicaciones innecesarias en el desempeño de ambas funciones.

## VI. CONCLUSIONES

1. Desde las Comunidades originales –CEEE, CECA y CEEA (EURATOM)–, la economía se concibió como un objetivo prioritario. No en vano, una de las Comunidades se denominó Comunidad Económica Europea y tenía como finalidad dotar a la propia organización y a los Estados parte de los instrumentos necesarios para alcanzar unos niveles económicos estables tras la Segunda Guerra Mundial. Como consecuencia, la protección de los intereses económicos y financieros de la Comunidad, inicialmente, y de la Unión Europea, después, ha sido siempre un vector que ha condicionado la política común.

2. El núcleo financiero de la Unión Europea, compuesto por su presupuesto –ingresos y gastos–, es hoy un bastión imprescindible en el futuro de Europa, que debe ser necesariamente protegido frente a actuaciones fraudulentas cuando éstas pudieran afectar, directa o indirectamente, a los intereses financieros de la Unión.

3. La necesidad de garantizar la eficacia de las políticas preventivas y represivas frente al fraude, exige la armonización de las legislaciones nacionales, motivo por el cual, desde las instituciones y órganos de la Unión se viene trabajando en la aproximación normativa de los delitos de carácter económico y financiero. Este ámbito del Derecho penal es lo que se ha venido denominando “núcleo duro” del Derecho penal comunitario ya que se han ido adoptando instrumentos jurídicos que parecen tender a la creación de un Derecho penal europeo, si bien inicialmente restringido a los delitos económicos.

4. La lucha contra el fraude exige, además, que tanto la Unión Europea como los Estados se impliquen en la adopción de medidas necesarias para tal fin y, en este sentido, los artículos 86 y 325 del *Tratado de Funcionamiento* recogen las bases para ello.

5. El artículo 325 –en sede de las Disposiciones Financieras del *Tratado de Funcionamiento*– obliga a los Estados a combatir el fraude contra los intereses financieros de la Unión con las mismas medidas que adoptarían para combatir el fraude interno y permite, por otro lado, que la Unión adopte aquellas medidas que considere necesarias para ofrecer la protección más eficaz frente a las conductas defraudatorias, con la condición de que dichas medidas sean eficaces y disuasorias.

Se establece, por lo tanto, dos niveles de actuación que deben ser perfectamente conciliables –el nacional y el supranacional–, gracias a las políticas armonizadoras.

6. Por su parte, el artículo 86 del *Tratado de Funcionamiento* –ubicado en la Parte Tercera que regula, entre otras políticas, las relativas al Espacio de libertad, seguridad y justicia– prevé la posibilidad de crear una Fiscalía Europea, como órgano propio de la Unión, cuya función principal será la investigación los delitos de fraude contra los intereses financieros y el sostenimiento de la acción penal ante los órganos jurisdiccionales competentes para el enjuiciamiento.

Este precepto es el resultado de una evolución normativa que, desde el *Corpus Juris*, pasando por el *Libro Verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo*, así como diferentes Propuestas de Directivas –la más reciente del año 2012– relativas a la lucha contra el fraude a través de la aplicación del Derecho penal, persiguen la protección de los intereses financieros de la Unión mediante la armonización de las legislaciones penales y la intervención de una Fiscalía Europea que, como órgano común, podrá actuar en todo el territorio de la Unión, siendo sus decisiones de obligado acatamiento por los Estados miembros

7. Todo lo referente a la creación, organización, principios de funcionamiento y su composición, es remitido por el artículo 86 al reglamento de creación de la Fiscalía. No obstante, de los instrumentos con los que hoy contamos, se deduce que se ha venido optando por un sistema de organización descentralizado que contará con un órgano que representará a la Fiscalía y con Fiscales Delegados, procedentes de los Estados, y que serán los que intervengan en los asuntos judiciales.

Por otro lado, tampoco las cuestiones relativas al estatuto y al control de la actividad de este nuevo órgano han sido definidas por el *Tratado de Lisboa* que, considera que también estas circunstancias, así como otras referentes al procedimiento, deberán ser resueltas por el reglamento de creación.

8. En el camino hacia la instauración de este órgano instructor común, deberá, además, darse solución a la posible duplicidad de competencias que pudiera derivarse de la coexistencia de la Fiscalía con otros órganos que como Europol, Eurojust y Olaf desempeñan funciones que pasarán, completa o parcialmente, a ser de la Fiscalía. Por ello, han de especificarse los criterios de colaboración entre la Fiscalía y Eurojust, Europol y la OLAF, en tanto que son órganos que pueden aportar el grado de experiencia necesaria en la investigación de este tipo de delitos y en la coordinación de investigaciones.

9. En cualquier caso, el interés y la necesidad de combatir el fraude contra los intereses financieros de la Unión parecen abrir un camino claro –aunque, como vemos, no exento de dificultades– hacia la Fiscalía Europea.