

La Fiscalía Europea: ¿una Fiscalía híbrida con pies de barro nacional?

John A.E. Vervaele

Sumario: 1. Introducción: la Fiscalía soberana en transformación 2. La Fiscalía Europea en construcción legislativa 3. Desafíos para la Fiscalía Europea 4. Conclusiones

Resumen: La figura de la Fiscalía dentro del derecho europeo resulta un ejemplo paradigmático a seguir para la figura que ejerce la acción penal dentro del Estado democrático de derecho moderno. En este escrito, John. A.E. Vervaele se encarga de establecer los antecedentes, recientes transformaciones, y futuros retos para la figura de las Fiscalías dentro de una coalición legislativa como lo es la Unión Europea.

Abstract: The figure of the Prosecutor's Office within European law is a paradigmatic example to follow for the figure that exercises criminal action within the modern democratic State of law. At this writing, John. A.E. Vervaele is in charge of establishing the background, recent transformations, and future challenges for the figure of Prosecutors within a legislative coalition such as the European Union.

Palabras clave: Fiscalía Europea, delitos financieros, libertad, seguridad y justicia, garantías procesales, control jurisdiccional.

Key words: European Prosecutor, financial crimes, liberty, safety and justice, procedural guarantees, jurisdictional control

1. INTRODUCCIÓN: LA FISCALÍA SOBERANA EN TRANSFORMACIÓN.

Las Fiscalías o Ministerios Públicos hacen parte de lo que los franceses suelen llamar "le pouvoir régalien de l'État" es decir del núcleo duro del Estado soberano y su *ius puniendi*. Su estatuto, sus poderes de investigación y de persecución dependen históricamente exclusivamente del Estado-Nación. Por este motivo hay fiscalías que forman parte del poder jurisdiccional y hay que forman parte del poder ejecutivo, con una cierta autonomía. También hay fiscalías que se limitan a la persecución y otras que abarcan también la investigación judicial, dirigiendo a la policía judicial.

En las últimas décadas existe, al menos en Europa, preocupación por el estatuto y la actuación de las fiscalías y por su papel en el sistema penal en relación con el estado de derecho. Por este motivo el Consejo de Europa ha elaborado recomendaciones no vinculantes. Rec (2000)¹⁹ se ocupa del papel de la fiscalía en el sistema penal y Rec (2012)¹¹² del papel de la fiscalía fuera del sistema penal. En 2005 en el Consejo de Europa se estableció el Consejo Consultativo de los Fiscales Europeos (CCPE).

En la Unión Europea (UE) la Corte Europea de Justicia (CEJ) se ha recientemente pronunciado sobre el respeto del estado de derecho por parte de las fiscalías cuando emiten órdenes europeas de detención y entrega (dichas órdenes han reemplazado la extradición en la UE). Esto significa que las autoridades judiciales, incluidas las fiscalías, deben poder realizar sus tareas de forma independiente y sin interferencias del poder ejecutivo. Las sentencias de la CEJ³ en relación con el concepto de “autoridades judiciales competentes” para la orden de detención y entrega europea, obligaron al legislador alemán y neerlandés a adaptar la legislación interna excluyendo la competencia del ejecutivo de dar instrucciones positivas o negativas a las fiscalías y garantizando así su independencia del poder ejecutivo. En caso de un incumplimiento persistente y grave del estado de derecho, el Consejo Europeo de la UE puede poner en marcha un procedimiento en virtud del artículo 7 TEU y someter determinados derechos, como el de recibir financiación de los fondos de la UE, a la condicionalidad del cumplimiento del estado de derecho⁴.

Un ejemplo que va más allá de la imposición de requerimientos a las fiscalías nacionales han sido los interesantes experimentos con fiscalías híbridas, sobre todo en Guatemala, Honduras, El Salvador y Ecuador. El ejemplo más conocido es sin duda el de Guatemala, la comisión internacional contra la impunidad en Guatemala-CICIG⁵, fruto de un acuerdo entre el estado de Guatemala y Naciones Unidas⁶ y que funcionó desde 2007 hasta 2019. El CICIG ejerció facultades investigativas junto con el Ministerio Público nacional y la persecución penal respecto a sus investigaciones estaba sujeta a la decisión del ministerio público de ejercer la acción penal, aunque la CICIG podía ser aceptada como querellante adhesiva en casos judiciales. Se podría decir que la CICIG promovió la acción penal a través del sistema nacional de justicia.

¹ Microsoft Word - data0000017816.doc (coe.int)

² PREMS 72813 GBR 2070Rec(2012)11 RoleOfPublicProsecutors 7670 TXT A5.indd (coe.int)

³ Los asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 PPU, Fiscalías de Lübeck y Zwickau, Alemania, y en el asunto C-510/19, Openbaar Ministerie, Países Bajos.

⁴ Véanse las sentencias de la CEJ en los asuntos C-156/21 Hungría contra el Parlamento y el Consejo y C-157/21 Polonia contra el Parlamento y el Consejo.

⁵ Ver CICIG, Informe de Cierre, El legado de justicia en Guatemala, 2019.

⁶ *Acuerdo entre la Organización de Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de una Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG)*, 12 de diciembre 2006.

La Fiscalía Europea: ¿una Fiscalía híbrida con pies de barro nacional?

De hecho fue creada una Fiscalía especial contra la impunidad dentro del Ministerio Público, pero en realidad fue integrada en el CICIG.⁷

Además, las relaciones de los tribunales penales internacionales con los crímenes internacionales fundamentales no siempre son tan internacionales como la Corte Penal Internacional. De hecho, muchos de ellos son híbridos y en algunos de ellos, por ejemplo, los tribunales *ad hoc* en Timor Oriental o Kosovo, también se han realizado experimentos con fiscales internacionales integrados en el sistema nacional de justicia penal⁸.

Por último, la integración europea realizada en la UE y la creación desde 1999 de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) que incluye el deber de ofrecer seguridad a los ciudadanos y elaborar una política común en materia de justicia penal para prevenir y combatir crímenes no solo tuvo como resultado la creación de Euro-pol y Eurojust, agencias de cooperación en materia policial y judicial, sino también el concepto de una Fiscalía Europea con competencias de investigación y persecución en el espacio común, es decir más allá de la jurisdicción de cada Estado miembro. Tras más de 30 años de debates políticos y académicos⁹, la base jurídica para su creación se estableció en el artículo III-274 del Tratado Constitucional de 2014¹⁰, que no entró en vigor por referéndums negativos en Francia y Holanda, y cuyo contenido se copió casi por completo en el artículo 86 TFUE (Tratado de Lisboa) de 2019.

Este artículo estipula que la Fiscalía Europea “será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones (...) y para invocar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos. Ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones.” El artículo indica claramente que la función de la Fiscalía Europea es la de una oficina de investigación y persecución de la UE, lo que significa que es responsable de abrir y dirigir las investigaciones judiciales, los actos de persecución penal y ejercer las funciones de fiscal en los tribunales competentes de los Estados miembros. El artículo 86 (3) del TFUE también contiene instrucciones claras sobre lo que debe

⁷ *Convenio de cooperación bilateral entre el Ministerio Público y la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG)* 27 de febrero 2008.

⁸ Sarah M.H. Nouwen, ‘Hybrid courts’ The hybrid category of a new type of international crimes courts, *Utrecht Law Review*, <http://www.utrechtlawreview.org/> Volume 2, Issue 2 (December) 2006 .

⁹ Delmas-Marty M (ed) (1997) *Corpus Juris Introducing Penal Provisions for the Purpose of the Financial Interests of the European Union*. Editions Economica, Paris ;Delmas-Marty, M, Vervaele JAE (eds) (2001) *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States: Penal Provisions for the Protection of European Finances*, 4 Volumes. Commission of the European Communities (2001) *Green Paper on criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor* (presented by the Commission), COM (2001) 715 final. Available at : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52001DC0715>.; L. Bachmaier, *La Fiscalía Europea*, M. Pons, 2018.

¹⁰ DOC_1 (europa.eu) 2004/C 310/01

prever el reglamento de la UE, a saber "(...) las condiciones para el desempeño de sus funciones, las normas de procedimiento aplicables a sus actividades y aquéllas que rijan la admisibilidad de las pruebas, así como las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos procesales realizados en el desempeño de sus funcione".

Tras negociaciones muy intensas sobre la propuesta del reglamento de la Comisión en 2013¹¹, 22 Estados miembros¹² optaron por la cooperación reforzada para adoptar el Reglamento de la Fiscalía en 2017¹³. Empezó su funcionamiento operativo en junio 2021¹⁴. Evidentemente, esto significa que estos Estados han transferido parte de su soberanía en el ejercicio del *ius puniendi* a la EU, aunque la Fiscalía Europea tenga que perseguir ante los tribunales penales nacionales y su competencia material sea limitada a delitos PIF¹⁵ (fraude contra el presupuesto de la EU, fraude a los derechos aduaneros, fraude de IVA intracomunitario y delitos de blanqueo y de corrupción relacionados). Algunos Estados miembros y la Comisión ya han expresado su opinión sobre que los delitos de terrorismo o los delitos graves contra el medio ambiente podrían ser buenos candidatos para una ampliación sustantiva.

2. LA FISCALÍA EUROPEA EN CONSTRUCCIÓN LEGISLATIVA

2.1. Propuesta de la Comisión de 2013¹⁶

El punto de partida para la Comisión es que la Fiscalía Europea no tendría éxito si fuera una oficina de la UE totalmente centralizada. La Fiscalía Europea debería tener una estructura de dos niveles, a saber, una parte centralizada y otra descentralizada. En su propuesta, la parte centralizada está formada por el Fiscal General Europeo y sus adjuntos. La parte descentralizada está formada por los Fiscales Europeos Delegados (PED) en los Estados miembros participantes con capacidad para dirigir a las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la ley (autoridades judiciales, policía y autoridades administrativas). Los PED son el nivel operativo, pero actúan bajo las instrucciones y en nombre del Fiscal General Europeo y aplican el derecho

¹¹ COM (2013) 534 final

¹² Dinamarca, Irlanda, Suecia, Polonia y Hungría decidieron no adherirse por el momento.

¹³ Reglamento (UE) 2017/1939 de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, DO 31.10.2017, L 283/1.

¹⁴ Home | European Public Prosecutor's Office (europa.eu)

¹⁵ Directiva (UE) 2017/1371 de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, DO 28.07.2017, L 198/29.

¹⁶ Ligeti K, Simonato M (2013) The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service? New Journal of European Criminal Law, Vol. 4, Issue 1-2; Weyembergh A, Brière C (2016) Towards a European Public Prosecutor's Office (EPP), Study for LIBE. European Parliament, PE 571.399..

La Fiscalía Europea: ¿una Fiscalía híbrida con pies de barro nacional?

européo y el derecho nacional de forma subsidiaria. La Fiscalía Europea es una oficina judicial indivisible y supranacional de la UE que actúa en el ELSJ, basándose en los principios generales de la UE.

Por supuesto, la Fiscalía Europea debe ser independiente e imparcial y debe cumplir con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Sin embargo, es innovador el hecho de que el territorio común de los Estados miembros se considere un único espacio jurídico en el que la Fiscalía Europea puede ejercer su competencia en base a la competencia exclusiva para este tipo de delitos. Basándose en esta territorialidad europea, la Comisión propone medidas de investigación parcialmente armonizadas, incluyendo, por ejemplo, técnicas especiales de investigación como la vigilancia en tiempo real y las operaciones encubiertas, y las garantías procesales relacionadas que deben respetarse, incluyendo todos los derechos básicos de la defensa. La propuesta también incluye la armonización de los procedimientos penales nacionales en lo que respecta a la exigencia a escala de la UE de una autorización judicial previa para las medidas de investigación más coercitivas de la Fiscalía Europea.

A efectos de enjuiciamiento, la propuesta contiene una definición de los actos de enjuiciamiento autónomos a escala de la UE, que se refiere a los sobreseimientos, las transacciones y la elección del foro de enjuiciamiento. Las pruebas presentadas por la Fiscalía Europea en los tribunales nacionales deberían ser admisibles si los tribunales consideran que su admisión no afectará negativamente a la equidad del proceso o a los derechos de la defensa (artículos 47 y 48 de la CDFUE), incluso si la *lex loci* establece normas diferentes y más estrictas sobre la obtención o admisión de dichas pruebas.

Sin embargo, en lo que respecta al control judicial, la Comisión estipula que la Fiscalía Europea se considerará una autoridad nacional a efectos del control judicial y que, cuando se aplique el derecho nacional (complementario al reglamento), sus disposiciones no se considerarán disposiciones del derecho de la UE a efectos de las cuestiones prejudiciales con arreglo al artículo 267 del TUE.

2.2. Reglamento de la Fiscalía Europea de 2017¹⁷

Las negociaciones tripartitas (Comisión-Consejo-Parlamento Europeo) dieron como resultado una Fiscalía Europea que sigue siendo un órgano indivisible de la Unión, que funciona como una oficina única, pero con un conjunto de principios generales, un diseño institucional y, especialmente, una fuerte potenciación del nivel

¹⁷ Hans-Holger Herrfeld/Dominik Brodowski/Christoph Burchard, European Public Prosecutor's Office. Regulation (EU) 2017/1939 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ("the EPPO"), Beck-Hart-Nomos, Munich, 2021, 798 p.

descentralizado y del derecho nacional aplicable correspondiente. Aquí señalaré brevemente los principales cambios en relación con su diseño institucional y la fase de investigación. La estructura organizativa a nivel central se ha vuelto muy compleja y ahora está formada por el Fiscal General Europeo (y sus adjuntos), un Colegio de 22 Fiscales Europeos y las Salas Permanentes (formadas por dos Fiscales Europeos y el Fiscal General Europeo o su adjunto).

El núcleo del trabajo operativo y de investigación lo llevarán a cabo los PED a nivel descentralizado, cuya competencia se limita estrictamente al territorio de su jurisdicción y que aplicarán el derecho nacional. Los PED también pueden ser fiscales nacionales y PED al mismo tiempo. Tendrán las mismas competencias que los fiscales nacionales en materia de investigación y, persecución. Los fiscales europeos ya no tienen competencia exclusiva, pero el reglamento contiene normas sobre el derecho de revocación por parte de la Fiscalía Europea. El reglamento sólo prescribe qué poderes de investigación deben estar disponibles en la legislación nacional para los delitos más graves y se abstiene de una armonización parcial de las medidas.

Como las medidas de investigación son las que están disponibles en el derecho nacional aplicable, también la armonización de las garantías procesales y los derechos de la defensa siguen el mismo patrón y han desaparecido del reglamento. En relación con los derechos de los sospechosos y acusados, el reglamento sólo hace referencia a la CDFUE y a las directivas sobre derechos procesales basadas en el artículo 82 del TFUE. Por lo demás, incluido el derecho a presentar pruebas, a solicitar la designación de peritos o un examen pericial y la audiencia de testigos, el reglamento sólo establece que en los procedimientos de la Fiscalía Europea los sospechosos, los acusados y las demás personas que intervengan en el procedimiento tendrán los derechos que les confiere la legislación nacional aplicable. No es de extrañar que el principio general rector de un único espacio jurídico o de territorialidad europea en el que opera la Fiscalía Europea también haya desaparecido del reglamento.

De hecho, el brazo operativo de la Fiscalía Europea está formado por 140 PED que actúan bajo la jurisdicción nacional y aplican el procedimiento penal nacional, por lo que están confinados en su respectivo territorio nacional. Los PED deben tener las mismas competencias que los fiscales nacionales en materia de investigación, persecución y enjuiciamiento. Sólo excepcionalmente, en virtud del art. 28(4), el Fiscal Europeo supervisor puede llevar a cabo la investigación personalmente y tomar el relevo del PED que la tramita, pero aplicando la legislación nacional. En su página web, la Fiscalía Europea se refiere con orgullo, por ejemplo, a los éxitos de la oficina de la Fiscalía Europea en Venecia y Palermo, pero en realidad se trata de actuaciones judiciales realizadas por los PED italianos con arreglo a la legislación italiana y que han sido aprobadas y controladas por la Sala Permanente y supervisadas por el Fiscal Europeo italiano.

En los casos transfronterizos, el PED encargado de la tramitación, teniendo en cuenta su limitado mandato territorial, tendrá que activar las solicitudes u ór-

La Fiscalía Europea: ¿una Fiscalía híbrida con pies de barro nacional?

denes transnacionales de asistencia judicial mutua. Si es necesario entregar a un sospechoso, se utilizará la orden de detención europea; en el caso de las medidas de investigación, se elabora un sistema *sui generis* entre los PED. En cualquier caso, en los casos transnacionales, la Fiscalía Europea encargada de la tramitación, el sospechoso y su abogado defensor, así como el tribunal nacional competente, tendrán que considerar las pruebas que se hayan reunido con arreglo a sistemas jurídicos nacionales bastante divergentes en lo que se refiere a las facultades de investigación, las garantías procesales, los derechos de la defensa y las normas probatorias.

En cuanto a las pruebas, el artículo 37 sólo contiene una norma de inclusión obligatoria, a saber, que el tribunal competente no puede denegar su admisión por el mero hecho de que las pruebas se hayan obtenido en otro Estado miembro o de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro. Si esto supone que el tribunal competente no puede investigar las posibles infracciones de los derechos humanos durante la recogida de pruebas sigue siendo poco claro y discutible.

2.3. El marco normativo subsidiario de la Fiscalía Europea

2.3.1. “Leyes de aplicación” nacionales

En sentido estricto, un reglamento tiene aplicación directa, pero el Reglamento de la Fiscalía de 2017 no solo tiene un impacto sustantivo en el diseño de la administración de la justicia penal nacional, sino que también remite a la legislación nacional en muchas cuestiones importantes. Esta es la razón por la que los Estados miembros han estado trabajando en disposiciones nacionales para integrar la Fiscalía Europea en su sistema nacional de justicia penal desde 2017. En 2022, la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea ha puesto en marcha una evaluación del cumplimiento¹⁸ de cómo los Estados miembros han adaptado sus sistemas al Reglamento de la Fiscalía Europea.

En los términos de referencia, la Comisión ha seleccionado una lista de artículos del reglamento que merecen una atención específica. La lista contiene no menos de 30 artículos. La Comisión ha indicado en las instrucciones que el Reglamento de la Fiscalía se basa en gran medida en las legislaciones nacionales y a menudo se remite a ellas. Por supuesto, la Comisión es consciente de que las leyes de adaptación de los Estados miembros son muy diferentes en su enfoque y contenido. La Comisión afirma que “los Estados miembros han adoptado actos legislativos que suelen regular sólo algunos aspectos del funcionamiento de la Fiscalía Europea, mientras que para el resto siguen aplicando la legislación nacional existente sin adaptarla a las necesida-

¹⁸ JUST/2022/PR/JCOO/CRIM/0004

des y especificidades de la Fiscalía Europea. Por lo tanto, dicha legislación nacional puede ser incompatible con el Reglamento de la Fiscalía Europea”¹⁹.

Los ejemplos que se dan son los poderes existentes de los magistrados de investigación que podrían excluir los poderes del PED o incluso los poderes del Fiscal Europeo supervisor y las audiencias judiciales preliminares en las que los jueces podrían decidir sobre la terminación de las investigaciones y los procesos en lugar de las Salas Permanentes de la Fiscalía Europea. Está muy claro que este tipo de decisiones nacionales podrían socavar a la Fiscalía como *dominus* de las investigaciones y actuaciones judiciales relativas a los delitos que son de su competencia. Otros artículos también se refieren a modalidades específicas, a saber el intercambio de información y la presentación de informes y el derecho a la evocación de casos desde el nivel nacional hasta el nivel central de la Fiscalía Europea. La Comisión está interesada en los límites u obstáculos al deber de la comunidad nacional de aplicación de la ley (la policía y órganos administrativos especializados) y los fiscales nacionales de informar al PED y en los obstáculos que podrían socavar el derecho a la evocación por parte de los PED en el ordenamiento jurídico nacional.

Es demasiado pronto para formular conclusiones sobre las “leyes de aplicación”, pero los PED se enfrentan a retos operativos e importantes en su trabajo diario, en parte debido a la novedad de su construcción, pero también a construcciones legislativas y prácticas nacionales inventivas para mantener los expedientes judiciales bajo control nacional.

2.3.2. Soft Law de la UE

Desde su inicio operativo, la Fiscalía ha adoptado un voluminoso conjunto de normas, acuerdos y disposiciones de trabajo. Estos últimos están relacionados con la cooperación con la Comisión Europea y otras instituciones de la UE (como el Banco Europeo de Inversión o el Tribunal de Cuentas de la UE), así como con los demás organismos de salvaguardia de la UE en el ELSJ (OLAF, EUROPOL y Eurojust).

Fuera del marco de esta dimensión de cooperación horizontal, la Fiscalía Europea también ha empezado a celebrar acuerdos de trabajo con socios nacionales en materia de aplicación de la ley. Un primer ejemplo interesante de esta relación vertical es uno reciente con la Dirección Antimafia y Antiterrorista italiana (DNA)²⁰. Aunque Italia cuenta con 15 PED, esto no significa que éstos y la Fiscalía Europea sean reconocidos automáticamente como autoridad competente en virtud del Código de Procedimiento Penal italiano para todo intercambio de información con la DNA. En la legis-

¹⁹ Traducción del inglés.

²⁰ May 24th, 2021, WA (EN) EPPO - The National Antimafia and Counter Terrorism Directorate (DNA).pdf (europa.eu)

La Fiscalía Europea: ¿una Fiscalía híbrida con pies de barro nacional?

lación de aplicación italiana²¹, la Fiscalía Europea (y sus PED) han sido excluidos del ámbito de aplicación del artículo 371-bis del Código de Procedimiento Penal italiano, que prevé la cadena de flujo de información y de mando entre los fiscales antimafia italianos y las demás autoridades judiciales. Por lo tanto, el acuerdo de trabajo prevé disposiciones adecuadas para la consulta, la coordinación y el apoyo mutuo, entre otras cosas para evitar un conflicto de jurisdicción y para permitir el intercambio de información en relación con la información estratégica, operativa y relacionada con el caso. La Fiscalía Europea firmó el 2 de febrero de 2022 también un acuerdo de trabajo con el Consejo General del Poder Judicial de España. El acuerdo permitirá a los fiscales europeos utilizar el llamado “Punto Neutro Judicial”, una red de servicios que da acceso a las aplicaciones y bases de datos del propio Consejo General.

El conjunto de autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la ley que están etiquetadas en el reglamento como autoridades nacionales competentes para el intercambio de información y para la cooperación con los PED en relación con determinadas operaciones están, gracias a la remisión del reglamento, definidas por la legislación nacional. Estas autoridades no son las mismas cuando se trata de fraude en el IVA, fraude en las subvenciones o fraude en la contratación pública, por ejemplo. La atribución en virtud de la legislación nacional determinará en qué medida los PED pueden recurrir a ellas.

Por su parte, el Colegio, al ser el principal órgano de gobierno de la Fiscalía Europea, también ha adoptado un cuerpo legal interno, como, por ejemplo, el reglamento interno de la Fiscalía Europea, una decisión sobre las funciones y procedimientos de las Cámaras Permanentes o directrices sobre la denuncia de irregularidades por parte de alertadores (*whistleblowers*). El reglamento interno también aborda aspectos importantes de la relación entre el nivel descentralizado y el centralizado. También queda muy claro que el PED encargado del caso es el verdadero impulsor de los actos procesales, pero también tiene la obligación de cargar los expedientes en el Sistema de Gestión de Casos y de informar periódicamente a la Sala Permanente a la que se le ha asignado aleatoriamente el seguimiento de las investigaciones.

En el artículo 47, el reglamento interno también contiene disposiciones sobre la revisión de las instrucciones por parte de las Salas Permanentes, a petición del PED, por la propia Sala Permanente o por el Fiscal General. Por otra parte, el artículo 48 contiene elementos interesantes sobre la revisión interna de los actos por parte del PED, si la legislación nacional prevé una revisión interna de los actos dentro de la estructura de su propia fiscalía. En este caso, la revisión será tratada por el Fiscal Europeo supervisor, que también informará a la Sala Permanente competente. En

²¹ Decreto legislativo de 2 de febrero 2021, n. 9 . Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea «EPPU». (21G00012) , GU n.30 del 5-2-2021.

otras palabras, la revisión interna dentro de la fiscalía nacional es asumida por la oficina central de la Fiscalía Europea. En el caso de que la investigación sea asumida excepcionalmente por el Fiscal Europeo supervisor, éste deberá enviar una solicitud motivada a la Sala Permanente para su aprobación.

3. DESAFÍOS PARA LA FISCALÍA EUROPEA

3.1 Flujo de información

La transmisión de información a la Fiscalía Europea será un factor clave en su funcionamiento, ya sea para la apertura de sus casos, la evocación de casos y el intercambio de información en el desarrollo de la investigación e incluso para las decisiones de prosecución. Este flujo de información no se limita ciertamente al círculo interno de los fiscales nacionales y de la Fiscalía Europea, sino que se extiende a las comunidades más amplias de las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la ley, como aduaneras, tributarias, o autoridades de salvaguardia en agricultura, pesca, transporte, salud, y medio ambiente, etc. También puede haber importantes obstáculos legales para el intercambio de información debido al diferente estatus legal de estas agencias y a limitaciones de objetivo para el intercambio de información. Tampoco todos ellos tienen tareas judiciales.

El intercambio de información dentro del círculo interno también creará problemas. Debido a la fragmentación del cuerpo de delitos, basado en la aplicación de una directiva, la Fiscalía Europea no puede basarse en un cuerpo de delitos sustantivos que sea claro para todos los actores. De hecho, ya hay indicios de que algunas autoridades nacionales competentes califican determinadas infracciones de tal manera que no tienen que notificar esos casos a la Fiscalía Europea, en primer lugar, utilizando únicamente el alcance del perjuicio del IVA nacional para el umbral del perjuicio del IVA o calificando la evasión de derechos de aduana como contrabando.

3.1.2. Poderes de investigación equivalentes en el ordenamiento jurídico interno

Dentro de su propia jurisdicción, los PED, aunque también sean fiscales nacionales, no tienen automáticamente el mismo conjunto de competencias de investigación que sus homólogos nacionales. De hecho, el Reglamento sólo impone ciertas medidas de investigación para los delitos más graves, sin armonizar los medios de las mismas y dejando espacio para más restricciones en relación con algunas medidas especiales de investigación. Lo que sí es cierto es que se aplica la legislación nacional, pero menos cierto es qué tipo de medidas de investigación se pueden aplicar y cómo lo hace el PED.

La Fiscalía Europea: ¿una Fiscalía híbrida con pies de barro nacional?

3.1.3. Investigaciones transnacionales en el ELSJ

El modelo se basa en investigaciones judiciales en cada una de las jurisdicciones nacionales, lo que, por supuesto, plantea varios retos. En primer lugar, el conjunto de poderes de investigación y sus modalidades no serán los mismos en todas las jurisdicciones. En segundo lugar, el hecho de ser nacional también significa que para las investigaciones transnacionales en los 22 Estados miembros participantes hay que establecer un sistema de cooperación judicial. El punto de partida es que la Sala Permanente asigna un PED encargado para el caso, basándose en los criterios jurisdiccionales que se establecen en el Reglamento. Él pondrá en marcha la cooperación necesaria.

Para la detención y la entrega de los sospechosos, se utilizará la euro-orden existente; para la obtención de pruebas se establece un sistema *sui generis* de investigaciones transfronterizas. El PED asignará, de conformidad con su legislación nacional, los actos de investigación a un PED colega de otra jurisdicción. Si la jurisdicción del PED asistente requiere una autorización judicial, la obtendrá. Si no es el caso, pero lo requiere la jurisdicción del PED que realiza la tramitación, obtendrá dicha autorización. La medida de investigación requerida debe estar disponible en el derecho interno o en los instrumentos jurídicos de cooperación judicial o de reconocimiento mutuo. Este procedimiento es supervisado por la Sala Permanente.

La Fiscalía no puede actuar en un espacio jurídico único, sino que tiene que recurrir al derecho nacional y a los instrumentos de cooperación. La asignación de acciones de investigación entre los PED es, por supuesto, más flexible que los instrumentos clásicos de asistencia jurídica mutua (comisiones rogatorias) o incluso que los instrumentos de reconocimiento mutuo como la Orden de Investigación Europea, pero los tipos de medidas y sus modalidades se rigen fuertemente por el derecho nacional. El resultado es que el conjunto de instrumentos transnacionales no es predecible y depende de las jurisdicciones implicadas y del tipo de actos de investigación necesarios.

3.1.4. Derechos del sospechoso

Los sospechosos en las investigaciones de la Fiscalía Europea tienen una tarea muy difícil. Sus derechos y recursos dependen completamente de la legislación nacional aplicable, que sólo se ha armonizado parcialmente en lo que respecta a las garantías procesales. Esto significa que los sospechosos tienen que enfrentarse a normas de protección jurídica muy divergentes dependiendo de la jurisdicción nacional en la que opere la Fiscalía Europea y dependiendo de la alocución de jurisdicción por parte de la Sala Permanente o incluso del PED que desencadena el caso y se convierte en el PED que lo tramita.

En investigaciones transnacionales el sospechoso tiene que enfrentarse a normas divergentes de protección jurídica en su caso judicial y que después se enjuiciará en una jurisdicción. Esa jurisdicción utilizará su legislación nacional para la evaluación del valor probatorio. Qué jurisdicción se encargará del caso, ciertamente en casos transnacionales complejos, no siempre es predecible y dependerá de nuevo de una decisión de la Sala Permanente.

Si los sospechosos se ven directa e individualmente afectados por las decisiones de la Fiscalía Europea, incluso por la oficina central, como, por ejemplo, la decisión sobre la jurisdicción en la que debe celebrarse el juicio, los recursos sólo están disponibles en el ordenamiento jurídico nacional, visto que el Reglamento ha incorporado la presunción legal que los actos procesales de la Fiscalía Europea sólo podrán ser revisados por los tribunales nacionales competentes. Este sistema de protección jurídica nacionalizada es único en el derecho de la UE. Esta exclusión de los tribunales de la UE es una construcción dudosa en el derecho de la UE y ha sido criticada por expertos²².

4. CONCLUSIONES

El artículo 86 (3) TFEU exige del legislador secundario que establezca en el reglamento claramente los poderes de investigación, las garantías procesales, la admisibilidad de las pruebas y el control jurisdiccional. Es muy dudoso si el legislador ha cumplido este mandato, visto que, en lugar de dar contenido claro y previsible a estas normas, ha incluido en el reglamento múltiples referencias al derecho nacional. Esta imprevisibilidad de las normas procesales —combinado con la fragmentación del derecho penal sustantivo— es un gran problema de legalidad sustantiva y procesal, que complica la tarea de la Fiscalía Europea, los derechos de los sospechosos y acusados y el control por parte de la Corte Europea de Justicia. Se trata de un proceso legislativo que se puede calificar realmente de fracaso por diseño, en el sentido que arriesga socavar su valor añadido y su legitimidad, basados en la lucha contra la impunidad y la mejora de la aplicación efectiva de la ley en el ELSJ con el debido respeto a los valores de la UE, en particular los derechos fundamentales.

Las difíciles negociaciones tanto de la Directiva PIF y, por tanto, también de la competencia material de la Fiscalía Europea, especialmente en el ámbito del fraude en el IVA y la contratación pública, y del reglamento de la Fiscalía Europea reflejan la falta de objetivos comunes y los fuertes reflejos nacionales de los Estados miembros.

²² A Meij, 'Some explorations into the EPP's administrative structure and judicial review' in L Erkelens, A Meij and M Pawlik (eds), *The European Public Prosecutor's Office: An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, TMC Asser Press 2014 ; G Giudicelli-Delage and others (eds), *Le contrôle judiciaire du parquet Européen. Nécessité, Modèles, Enjeux*. Unité mixte de recherche de droit compare de Paris, vol. 37, Société de Législation Comparée, 2015

La Fiscalía Europea: ¿una Fiscalía híbrida con pies de barro nacional?

Esto demuestra que los legisladores nacionales no perciben la lucha contra el fraude en la UE como un interés común que deba abordarse en un ámbito común. En este contexto, es muy dudoso que la Fiscalía pueda contar con una comunidad de aplicación de la ley al nivel nacional que sea plenamente consciente de sus obligaciones europeas²³. Las diferentes tradiciones jurídicas y culturales también tendrán su repercusión en la forma en que la Fiscalía Europea proceda en los ordenamientos jurídicos nacionales y en la forma en que las autoridades nacionales competentes cooperen.

La Fiscalía Europea es por definición una agencia híbrida, pero su éxito sólo puede garantizarse si sus disposiciones legales en materia de competencias, salvaguardias, recursos y responsabilidad jurídica no están tan fuertemente arraigadas en la narrativa del Estado nacional y si hay para su acción penal garantías de independencia e imparcialidad del poder ejecutivo²⁴. Para evitar que la Fiscalía Europea se quede atascada en el barro nacional, las futuras revisiones del reglamento tendrán que tener en cuenta que la aplicación del derecho penal de los intereses comunes del ELSJ necesita delitos armonizados a nivel de la UE, la armonización de los poderes de investigación y las salvaguardias y definitivamente más recursos ante los tribunales de la UE. Mientras tanto, la práctica de la Fiscalía Europea en los próximos años indicará qué lagunas y defectos del reglamento serán los más urgentes de remediar.

²³ J.A.E. Vervaele, The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration, in P. Demaret, I. Govaere & D. Hanf (eds.) 30 Years of European Legal Studies at the College of Europe, Liber Professorum, P.I.E.-Peter Lang, Brussels, 2005, p. 277-298.

²⁴ J.A.E. Vervaele, Judicial and political accountability for criminal investigations and prosecutions by a European Public Prosecutor's Office in the EU; the dissymmetry of shared enforcement, in M. Scholten & M. Luchtman, o.c., p 247-270.

