

El procedimiento especial para la investigación por el Fiscal Europeo Delegado en España¹

The special procedure for the investigation by the European Delegated Prosecutor in Spain

ÁNGEL TINOCO PASTRANA

Universidad de Sevilla

atinoco@us.es

ORCID: 0000-0002-6622-9030

Recibido: 19/05/2023. Aceptado: 01/06/2023.

Cómo citar: Tinoco Pastrana, Ángel, “El procedimiento especial para la investigación por el Fiscal Europeo Delegado en España”, *Revista de Estudios Europeos* 82 (2023): 30-68.



Este artículo está sujeto a una [licencia “Creative Commons Reconocimiento-No Comercial” \(CC-BY-NC\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

DOI : <https://doi.org/10.24197/ree.82.2023.30-68>

Resumen: El Fiscal Europeo Delegado, conforme al sistema acusatorio puro, ostenta en este procedimiento especial la dirección de la investigación, actuando la autoridad jurisdiccional como Juez de Garantías Constitucionales. Dentro del sistema de principios la independencia externa es fundamental para el funcionamiento de la Fiscalía Europea. La compleja determinación de la competencia constituye una cuestión relevante en el procedimiento, donde son fundamentales aspectos tales como la ausencia de monopolio de la Fiscalía en el ejercicio de la acción penal, sus potestades en materia de actos de investigación y medidas cautelares y, las especialidades en la terminación de la investigación, con posibilidad de remisión a las autoridades nacionales, entre otras cuestiones.

Palabras clave: Fiscalía Europea; Fiscal Europeo Delegado; Sistema acusatorio puro; Sistema de principios; Procedimiento de investigación

Abstract: The European Delegate Prosecutor, in accordance with the pure accusatory system, holds the direction of the investigation in this special procedure, with the judicial authority acting as Judge of Constitutional Guarantees. Within the system of principles, external independence is essential for the performance of the European Public Prosecutor's Office. The complex determination of competence is a relevant issue in the procedure, where aspects such as the absence of a monopoly of the Public Prosecutor's Office in the exercise of criminal prosecution, its powers in terms of acts of investigation and precautionary measures, and the specialities in the termination of the

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “El Derecho Procesal Civil y Penal desde la perspectiva de la Unión Europea: la consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (CAJI)”, Proyecto I+D+i PID2021-124027NB-I00, Agencia Estatal de Investigación, Ministerio de Ciencia e Innovación.

investigation, with the possibility of referral to national authorities, among other issues, are fundamental.

Keywords: European Public Prosecutor's Office; European Delegated Prosecutor; Pure accusatory system; System of principles; Investigation procedure

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. LA DIRECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POR EL FISCAL EUROPEO DELEGADO EN EL MODELO PROCESAL ACUSATORIO PURO

El procedimiento especial para la investigación por el Fiscal Europeo Delegado (FED)², implementa un modelo procesal penal donde se atribuye la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal. Ello constituye un importante cambio de paradigma, una innovación de profundo calado estructural en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, que redundará en el intenso debate generado desde hace años tanto en la doctrina como en el prelegislador, en las diversas propuestas de reforma de nuestro proceso penal y en los “intentos” (fallidos) de promulgar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM). Como sabemos actualmente la dirección de la investigación corresponde al Juez de Instrucción, conforme al modelo procesal acusatorio formal o mixto de origen francés establecido en la LECRIM. Pero la dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal no es nueva en nuestro sistema, ya se implantó hace más de dos décadas en el proceso penal creado por la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM), en el que el Juez de Menores posee durante fase instructora la función de Juez de Garantías Constitucionales. Este esquema se reproduce tanto en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal de 2020 (ALECRIM)³, como en los anteriores borrador de Código Procesal Penal de 2013 y Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011. Supone la evolución de nuestro sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio mixto regulado en

² Este procedimiento se regula por la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (LOFE), norma que completa sus disposiciones y se aplicará a los delitos que le corresponde conocer al FED conforme al referido Reglamento (par. I.1 Preámbulo LOFE).

³ Sobre el procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea en el marco del ALECRIM, véase Vidal Fernández, B. (2021): “El procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”. *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, nº 4, pp. 233-272, que efectúa un exhaustivo estudio sobre la materia.

la decimonónica LECRIM, a un sistema de carácter acusatorio puro, predominante en otros Estados de nuestro entorno, si bien con clara influencia de la versión norteamericana, modelo adversativo del *Common Law*. Comprobamos la preeminencia de este sistema tanto desde una perspectiva de Derecho comparado en Estados de nuestro entorno de Derecho continental o *Civil Law*, como a nivel internacional en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional⁴, donde también el Ministerio Fiscal tiene atribuida la dirección de la investigación.

La instauración del procedimiento especial para la investigación por el FED, conlleva la coexistencia de dos modelos procesales en el proceso penal de los adultos, el tradicional acusatorio mixto y el acusatorio puro, coexistencia que constituye la única solución plausible por el momento, si bien la experiencia práctica de la efectiva aplicación de dicho procedimiento especial, revelará la viabilidad de su compatibilidad, en función de que un mismo procedimiento pueda ser competencia del FED o del Juez instructor español y surjan conflictos sobre si efectivamente entra dentro del ámbito competencial de la Fiscalía Europea, dadas las relevantes diferencias orgánicas y funcionales entre estos órganos. Se consagra de este modo la idea de “superar” las diferencias entre los sistemas de los Estados miembros, para la lucha contra los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión Europea (UE) (par. I.3 Preámbulo LOFE). En este sentido, la instauración de la Fiscalía Europea posee una clara vertiente de aproximación entre los sistemas procesales penales de los Estados miembros, siendo significativo que se considere que la atribución de la investigación penal al Ministerio Fiscal, constituya el modelo idóneo para la lucha contra la corrupción y criminalidad organizada transnacional en la Unión Europea (UE) (par. I.4 y .5 Preámbulo LOFE). Y ello a pesar de las diferencias estructurales y en cuanto a los principios de actuación del Ministerio Fiscal en los diversos Estados de la UE y, de que no siempre goza en los mismos ni de la misma ni de la suficiente independencia. En definitiva, en el Derecho de la UE se considera, conforme al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (RFE), como el modelo adecuado a seguir, la atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal, actuando el órgano jurisdiccional como Juez de Garantías constitucionales, lo cual de algún

⁴ Cfr. Tinoco Pastrana, A. (2004): “El modelo procesal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”. *Justicia: Revista de Derecho procesal*, nº 1-2, pp. 271-290.

modo se propugna como el modelo paradigmático para su implantación generalizada en los Estados de *Civil Law*.

La LOFE justifica los ajustes necesarios y “complejos” para la implementación de la Fiscalía europea en nuestro ordenamiento, dadas las particularidades de nuestro sistema acusatorio mixto (par. I.10 Preámbulo), observando que el RFE constituye el “impulso definitivo” para la reforma estructural de nuestro proceso penal (par. II.1 Preámbulo LOFE)⁵. En consecuencia, es muy clara la postura que al respecto posee nuestro legislador, en un contexto donde se estaba en pleno debate sobre el ALECRIM, que igualmente atribuye la instrucción al Ministerio Fiscal⁶. Pero respecto a este debate, observamos que no hay que perder de vista que el Juez actúa conforme a los principios de independencia y coordinación en sus actuaciones, no pudiendo conocer de la causa el Juez de Instrucción en la fase de juicio oral, para evitar que cualquier contaminación del conocimiento previo del asunto a través de la dirección de la investigación, pudiera repercutir en su imparcialidad, la cual constituye el fundamento del principio acusatorio. Sin embargo, el Ministerio Fiscal está sometido en los procedimientos internos a los principios de dependencia y coordinación, por lo que no posee las mismas cotas de independencia en sus actuaciones, aunque ello no es extrapolable en los mismos términos al FED, como seguidamente veremos, cuando tratemos los principios estructurales y de actuación de la Fiscalía Europea.

⁵ Jimeno Bulnes M. (2023): “La Fiscalía Europea: Un breve recorrido por la “institución””, en A. Miranda Rodrigues, A. Nieto Martín, M. Acale Sánchez y M. João Costa (Eds.) *Procuradoria Europeia e Criminalidade Económico-Financeira*, Fduc, Coimbra, pp. 156-157. Si bien España fue uno de los Estados más “entusiastas” para la creación de la Fiscalía Europea, constituye sin embargo uno de los Estados en los que la adaptación del proceso penal a la actuación de la Fiscalía Europea ha sido más compleja, dado el modelo procesal existente, habiéndose considerado que esta institución podría ser el “revulsivo” para la promulgación de una nueva LECRIM.

⁶ Hacemos notar que en el momento de la promulgación de la LOFE el ALECRIM ya había sido publicado, coadyuvando de alguna forma la LOFE a su impulso legislativo al instaurar un modelo procesal acusatorio análogo, si bien finalmente no superó el “estatus” de Anteproyecto (como de algún modo era de esperar), resultando fallido del mismo modo que aconteció con los “dos intentos” anteriores de promulgación de nueva LECRIM, cuestión que continúa estando candente y constituye un gran reto pendiente para el legislador español. De alguna manera los instrumentos europeos avanzan hacia la figura del Ministerio Fiscal instructor, siendo relevantes los mecanismos de aproximación legislativa que fomentan el sistema acusatorio puro, si bien ello tampoco está exento de cuestionamientos, dadas las singularidades orgánicas y funcionales del Ministerio Fiscal tanto en nuestro ordenamiento como en otros Estados miembros, entre otros factores.

En este sentido, objetamos que no exista previsión alguna en la LOFE que impida que el mismo FED que haya investigado formule la acusación, la cual igualmente debe responder al principio de imparcialidad, acto procesal que podría verse afectado por la contaminación de la previa dirección de la investigación⁷. En nuestro sistema, no obstante, tenemos la singularidad que no existe en otros Estados, consistente en que el Ministerio Fiscal no posee el monopolio en el ejercicio de la acción penal, contemplándose en el procedimiento especial regulado en la LOFE la intervención de la acusación particular, si bien se excluye la acusación popular, careciendo por tanto el FED del monopolio en el ejercicio de la acción penal. Estamos en consecuencia ante una variante del modelo acusatorio puro adaptada a nuestro sistema, que carecería de esta característica estructural y funcional tan definitoria del mismo.

Aunque en el RFE aclara de forma expresa que el mismo no afecta a los sistemas nacionales en lo referente a la organización de las investigaciones penales, en el Preámbulo de la LOFE (par. II.2) se observa que ello sólo sería válido respecto a las variantes del modelo acusatorio, donde las funciones de dirigir la investigación y garantizar los derechos fundamentales estén separadas. Cuando estas funciones estén atribuidas a una misma autoridad pública, será necesario que la Fiscalía Europea asuma la investigación y el ejercicio de la acción penal, mientras que la autoridad jurisdiccional, como “tercero imparcial” (es decir, sin “contaminación” por el desempeño de la actividad instructora), tendrá atribuida la salvaguarda de los derechos fundamentales. Ello nos reconduce a la simultánea instauración de la figura antes referida del Juez de Garantías por la LOFE, que se constituirá en la Audiencia Nacional de forma general, salvo en los supuestos de aforamiento, en los que se constituirá conforme proceda, en el Tribunal Supremo o en el Tribunal Superior de Justicia (art. 7 LOFE), para el desempeño de atribuciones jurisdiccionales tales como la autorización de medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales, la adopción o ratificación de medidas cautelares con carácter urgente y el conocimiento del nuevo incidente de aseguramiento

⁷ Precisamente la cuestión de la imparcialidad y la falta de contaminación en el ejercicio de la acción penal, donde se plantea es en los sistemas de *Civil Law*, dado que en el *Common Law* no se requiere de la misma forma que el órgano público que ostenta el monopolio en la acción penal, ejercite ésta con las mismas cotas de imparcialidad. En absoluto el *prosecutor* norteamericano es equiparable al Ministerio Fiscal continental. Por ello, es necesario adoptar las necesarias cautelas en la adaptación de esta institución para que el acto procesal de acusar, se efectúe con las necesarias garantías de imparcialidad.

de la prueba, entre otras, en definitiva, para el control jurisdiccional de las actuaciones (arts. 8 y 97 LOFE). En este contexto, adquiere igualmente un peso fundamental, el acervo normativo de la UE en materia de derechos y garantías procesales de la persona investigada y acusada.

Existen otras notables diferencias entre la Fiscalía Europea y el Ministerio Fiscal en los procedimientos nacionales, dado que aquélla actuará con absoluta independencia orgánica y funcional, no estando sometido a las órdenes e instrucciones de la UE u otros Estados miembros (par. 1.5 Preámbulo LOFE), por tanto, tampoco a los Estados en los que actúe y que haya designado al Fiscal Europeo y a los FEDs⁸. No obstante, desde un punto de vista interno en la Fiscalía Europea el FED actúa con dependencia jerárquica respecto a los órganos de la Fiscalía Europea, por lo que la cuestión de la efectiva independencia ha sido cuestionada e incluso relativizada, como veremos más adelante al tratar la aplicación de este principio. Ciertamente la independencia del Ministerio Fiscal anteriormente referida, constituye una cuestión estructural fundamental, estrechamente aparejada a la elección del modelo del Fiscal investigador, órgano que sin duda, desde un punto de vista técnico, sería idóneo para la dirección de la investigación, por lo cual igualmente sería deseable que el RFE también tuviera el consecuente efecto al menos aproximador en este extremo en los Estados miembros, por tanto en nuestro sistema, donde incluso es imperioso. Obviamente, observamos que hubiera sido absolutamente inviable crear un órgano jurisdiccional instructor a nivel europeo y simultáneamente una Fiscalía Europea para el ejercicio de la acción penal, por lo que la única solución plausible consiste lógicamente en atribuir ambas funciones a un solo órgano, la Fiscalía, lo cual constituye un claro acierto, cuestión además respecto a la que ya tenemos la experiencia previa del funcionamiento de Eurojust, salvando obviamente las lógicas distancias entre ésta y aquélla institución.

La Fiscalía Europea, dotada de personalidad jurídica propia, está estructurada a dos niveles, el central y el descentralizado (FEDs), correspondiéndole la instrucción y el ejercicio de la acción penal, respecto a los delitos que afecten a los intereses financieros de la UE, contemplados

⁸ El procedimiento para la selección y designación de la terna de candidatos a Fiscal Europeo y a FED en España, para su nombramiento por el órgano competente para ello, el Colegio de la Fiscalía Europea conforme al RFE (arts. 15 y 17), se regula por el Real Decreto 882/2022, de 18 de octubre.

en la Directiva (UE) 2017/1371 (Directiva PIF) y delitos conexos (par. I.6 Preámbulo). Conforme al sistema de “competencias compartidas” entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales, los FEDs asumen la competencia respecto a las infracciones referidas, teniendo que abstenerse de conocer las autoridades nacionales (par. IV.9 Preámbulo LOFE), para lo cual está previsto el denominado “derecho de avocación” (art. 19 LOFE), como veremos con detalle, aunque ello no ha estado exento de fricciones e incluso conflictos, habiéndose puesto de manifiesto relevantes carencias en la cooperación entre las autoridades españolas y la Fiscalía Europea, como se tratará seguidamente.

Otras cuestiones destacables consisten en la aplicación supletoria de la LECRIM, fundamentalmente de la regulación del procedimiento abreviado, para todos los delitos, por tanto, al margen de su penalidad, la exclusión del Tribunal del Jurado para el conocimiento de la fase de enjuiciamiento (par. IV.3 LOFE), las especialidades en materia de prueba transfronteriza, el control del derecho de defensa por el Juez de Garantías (par. IV.11 Preámbulo LOFE), además de especialidades en materia de diligencias de investigación y medidas cautelares, conforme a la naturaleza específica de los delitos de la Directiva PIF, fundamentalmente para asegurar la eficacia del aseguramiento y posterior decomiso (par. IV.14 Preámbulo LOFE). También resaltamos la exclusión de la acusación popular anteriormente referida, cuestión que pone de manifiesto la política criminal del legislador respecto a esta tradicional figura tan específica de nuestro sistema, justificándola en la “armonización procesal” respecto a los otros Estados donde se aplica el Reglamento (par. IV.12 Preámbulo LOFE)⁹. A pesar de ello observamos que el fundamento de esta figura se encuentra en la propia Constitución Española (CE), en cuyo art. 125 se reconoce expresamente dentro del derecho a la participación popular en la Administración de Justicia. Sin embargo, no se excluye como hemos visto,

⁹ Vidal Fernández, B. (2022): “La actuación de la fiscalía europea en el proceso penal español regulada en la LO 9/2021”. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n° 66, p. 9. El art. 19.5 LOFE excluye la acusación popular, si bien ello no lo requiere el RFE. Gráficamente considera las críticas objeciones vertidas por el Consejo Fiscal sobre la eliminación de la acusación popular, en el Informe de 12 de marzo de 2021 sobre el Anteproyecto de la LOFE, órgano que resalta la contrastada utilidad de esta modalidad de acusación para la persecución de los delitos competencia de la Fiscalía Europea, al igual que la posible vulneración del principio de equivalencia, ya que no se permite intervenir a los ciudadanos españoles cuando se trate de proteger los intereses de la Unión, a diferencia de cuando el procedimiento vaya referido a los intereses nacionales.

la acusación particular, la cual también constituye una relevante especialidad de nuestro sistema, institución con fundamento en el art. 24 CE, teniendo por tanto rango de derecho fundamental. Se sigue en consecuencia el mismo planteamiento que en la LORPM, que regula el otro procedimiento que actualmente tenemos en nuestro sistema, que responde al modelo acusatorio puro.

En Derecho comparado el Ministerio Fiscal posee el monopolio en el ejercicio de la acción penal, lo cual constituye además una característica destacable del *prosecutor* en el *Common Law*, figura que como hemos señalado a grandes distancias equivaldría al Ministerio Fiscal continental. De forma expresa se aclara que tanto la acusación particular como el FED, podrán ejercer tanto la acción penal como la civil derivada del delito (par. IV.13 Preámbulo LOFE). Finalmente, entre otros aspectos, hay que destacar las novedades en materia de terminación de la investigación, que puede suponer la remisión a la autoridad nacional o bien, el inicio de la fase intermedia competencia del Juez de Garantías (par. IV.15 Preámbulo LOFE).

A continuación, vamos a tratar la estructura y sistema de principios de la Fiscalía Europea, que constituyen relevantes aspectos orgánicos y funcionales definitorios del procedimiento especial para la investigación por el FED, respecto al cual nos centraremos en la fase de investigación.

2. ESTRUCTURA DE LA FISCALÍA EUROPEA Y SISTEMA DE PRINCIPIOS

2.1. Estructura orgánica

La Fiscalía Europea se estructura a nivel central por la oficina principal formada por el Colegio, constituido por el Fiscal General Europeo y un Fiscal Europeo por cada Estado miembro, las Salas Permanentes, el Fiscal General Europeo, los Fiscales adjuntos a éste, los Fiscales Europeos y el Director administrativo. Los FEDs de los Estados miembros, constituyen el nivel descentralizado¹⁰. La LOFE se centra en el nivel descentralizado

¹⁰ En la LOFE la única referencia a la estructura organizativa de la Fiscalía Europea la encontramos en el par. I.6 del Preámbulo. La regulación específica de los referidos órganos que componen la Fiscalía Europea, que constituye un órgano indivisible de la UE con estructura descentralizada, al igual que del sistema de designación de sus miembros y la permanencia de los mismos, se efectúa en los arts. 8 a 13 y 14 a 19, respectivamente, del RFE, conforme al cual su sede a nivel central está en Luxemburgo.

español, en consecuencia, entre otros aspectos, en la competencia, atribuciones, estatuto de la Fiscalía Europea y FEDs españoles (arts. 4 a 16), por lo que la regulación de estos extremos a nivel central la encontramos en el RFE.

El Colegio de Fiscales Europeos, bajo la dirección del Fiscal General Europeo, determina las líneas estratégicas y prioridades de actuación, teniendo las Salas Permanentes una importante función respecto al control de la legalidad y coherencia de la actuación de la Fiscalía Europea¹¹. Los Fiscales Europeos tienen la atribución de supervisar la actuación de los FEDs, los cuales actúan en procesos específicos en los respectivos Estados miembros, no siendo considerados como Fiscales de un Estado en concreto, sino europeos, aunque sean nacionales de dicho Estado, formando parte en todo caso de la estructura de la Fiscalía Europea¹². Tanto la investigación como el ejercicio de la acción penal constituyen competencias a nivel central y descentralizado, ostentándolas a nivel central las Salas Permanentes y los Fiscales Europeos, no, por tanto, el Fiscal General Europeo. Las Salas Permanentes supervisarán y dirigirán las investigaciones y acusaciones realizadas por los FEDs, lo cual también efectúan los Fiscales Europeos, si bien en nombre de las Salas Permanentes, ejecutando las instrucciones que éstas hubieran impartido¹³. Observamos cómo ello redundará en el principio de unidad de actuación, presentando indudables ventajas en cuanto a la uniformidad de la política criminal de las actuaciones de la Fiscalía Europea, alejándola de los requerimientos o imposiciones de las Fiscalías nacionales en los distintos

¹¹ Salas que son consideradas como la “esencia” de la Fiscalía Europea, con importantes competencias en la investigación y constituidas por representantes de diversas culturas jurídicas, plasmando la idiosincrasia multinacional del funcionamiento de la Fiscalía Europea, aspectos, entre otros, tratados por Rodríguez-Medel Nieto, C. (2023): “En el corazón de la Fiscalía Europea: las Salas Permanentes”. *Revista de Estudios Europeos*, nº Extraordinario monográfico 1, pp. 1-27, que realiza un detallado estudio sobre dichas Salas.

¹² Sobre la estructura de la Fiscalía Europea, entre otros, Gómez Colomer, J. L. (2021): “La inserción de la Fiscalía Europea en el sistema procesal español”. En V. Moreno Catena y M. I. Romero Pradas (Dir.), M. E. Laro González (Ed.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profesora María Isabel González Cano*. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 225.

¹³ Respecto a las competencias a nivel central y descentralizado, *vid.* Goyena Huerta, J. (2021): “La Fiscalía Europea y su intervención en el ordenamiento jurídico español”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, pp. 58-59.

Estados, si bien de alguna forma podría repercutir en la efectiva independencia interna, como veremos.

Como aspectos destacables, la estructura central permite la toma de decisiones por parte de la Fiscalía Europea en la dirección de las investigaciones y acusaciones, al margen del número de Estados miembros implicados, mientras que la estructura descentralizada conlleva que los FEDs inicien las investigaciones con proximidad a los delitos que se hubieran cometido, conociendo el sistema jurídico específico en el que actúen, facilitándose de este modo la actuación y eficacia de la Fiscalía Europea en cada Estado. Ello constituye una forma de integrar los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros, pero también provoca complejidad en el funcionamiento de la Fiscalía Europea y en la distribución de las competencias, pudiendo conllevar dilaciones en el procedimiento¹⁴. En consecuencia, es fundamental la cooperación y comunicación entre las autoridades nacionales y la propia Fiscalía Europea, aunque en las primeras experiencias de actuación práctica se han observado importantes déficits al respecto, como ha sucedido en nuestro país. Precisamente la Fiscal General Europea Laura Kövesi, ha pedido más colaboración por parte de las autoridades españolas, dadas las importantes dificultades de comunicación para determinar si el fraude va referido a recursos nacionales o bien de la UE¹⁵, lo cual redundaría en la efectiva aplicación del principio de “cooperación leal”.

En conclusión, la arquitectura de la Fiscalía Europea, institución indivisible e independiente dotada de personalidad jurídica propia, que responde a las premisas de la cesión de soberanía nacional y a los distintos modelos de Ministerio Fiscal, desde una perspectiva funcional requiere

¹⁴ Sobre estas cuestiones, Montesinos García, A. (2018): “La nueva fiscalía antifraude europea”. *Revista General de Derecho Procesal*, nº 46, pp. 174 y 176. Gráficamente expone el ejemplo de las discrepancias que pudieran existir entre el FED respecto a las decisiones de la Sala Permanente. Destaca que a nivel centralizado se ha establecido una estructura colegiada de carácter más horizontal, lo cual fue importante para que los Estados miembros estuvieran conformes con el RFE, dado que en la propuesta de la Comisión el diseño respondía a una estructura centralizada vertical, formada por el Fiscal Europeo Jefe y cuatro delegados, siendo considerada por la doctrina la estructura instaurada, como una forma de evitar tanto “poderes excesivos” del Fiscal Jefe, como un número excesivo de FEDs.

¹⁵ *Cfr.* la editorial publicada en *El País*, el 30 de marzo de 2023, <https://elpais.com/espana/2023-03-30/laura-kovesi-la-comunicacion-con-espana-es-muy-dificil-para-averiguar-si-el-fraude-atane-a-dinero-de-la-ue-o-nacional.html>, (fecha de consulta 30/03/2023).

que se atienda a los criterios de rapidez y eficacia en sus actuaciones. Y ello a pesar de la complejidad que conlleva las “simetrías” de poder y las “asimetrías” de los diversos sistemas jurídicos, donde es necesario conseguir una intervención análoga en todos los Estados que participan en el mecanismo de cooperación reforzada que lo creó¹⁶.

2.2. Sistema de principios

Vamos a tratar los principios estatutarios y de actuación de la Fiscalía Europea, los cuales están estrechamente vinculados y condicionados por su estructura orgánica, modelo específico de Fiscalía y sistema procesal que se consagra. Consisten fundamentalmente en los principios de independencia, jerarquía, unidad, imparcialidad, responsabilidad, legalidad, proporcionalidad y cooperación leal¹⁷. Contextualizados en el marco de dichos principios, trataremos diversos aspectos e instituciones procesales relevantes del procedimiento especial para la investigación por el FED objeto de nuestro estudio, en los que repercute dicho sistema de principios, al igual que determinados aspectos orgánicos y funcionales.

Dentro del sistema de principios, debemos prestar especial atención a la independencia, dado que su específica concepción, forma de preservarla, al igual que la independencia externa junto con el principio de dependencia jerárquica y la propia imparcialidad, constituyen en gran medida, principios estructurales de los que derivan los demás. El principio

¹⁶ Sobre la arquitectura de la Fiscalía Europea, *vid.* Calderón Cuadrado, M. P. (2020): “La Fiscalía Europea. Alguna clave para su entendimiento”. En *Revista Boliviana de Derecho*, nº 29, pp. 250 y 253. Considera que el modelo colegiado y descentralizado se valora como la “menos mala” de las alternativas posibles, habiéndose conseguido al menos que se logre un acuerdo al respecto, dados los intereses en juego y el escaso margen de maniobra existente, advirtiendo que su compleja estructura puede dificultar los objetivos para los que la Fiscalía Europea fue creada. Ello vemos como se refleja como ejemplo práctico, en la problemática surgida en España que acabamos de referir.

¹⁷ En la LOFE no se desarrollan como tales estos principios, remitiéndose al RFE donde se contemplan en el art. 5 como “principios básicos de las actividades” y específicamente, la independencia en el art. 6. Aunque en la rúbrica del Título I LOFE se haga referencia a los principios de actuación, en realidad éstos no se desarrollan como tales. Gráficamente en el par. IV.8 del Preámbulo LOFE se aclara que “se ha optado” en el Título II, por no reiterar los principios estatutarios contenidos en el Reglamento, sino por extraer las normas que establecen los principios de independencia, legalidad, proporcionalidad e imparcialidad, además del respeto de los derechos consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Por ello, en el estudio de esta materia, destacaremos especialmente la regulación del RFE.

de independencia, contemplado en el art. 6 RFE, constituye un principio básico de la Fiscalía Europea, de tal forma que ninguno de sus órganos podrá solicitar ni aceptar instrucciones de otras personas, instituciones, Estado miembro u órgano de la UE, los cuales tienen la obligación de respetar dicha independencia. Ésta se garantiza además a través del procedimiento de designación y destitución de los miembros de la Fiscalía Europea (arts. 14 a 16 RFE), protegiéndose también de esta forma la independencia de los FEDs respecto al Estado al que pertenezcan (art. 17 RFE). Las garantías institucionales preservan este principio en la investigación y el ejercicio de la acción penal por la Fiscalía Europea, ya que únicamente rendirá cuentas ante el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión.

Estamos ante un relevante principio que contrasta con el ámbito interno de los Estados miembros, dado que en gran parte de los mismos el Ministerio Fiscal está vinculado al Poder Ejecutivo, como sucede en nuestro ordenamiento, donde la actuación del Fiscal como Fiscal nacional, diferiría significativamente de cuando actúe en el marco de la Fiscalía Europea¹⁸. El Estado donde quizá el Ministerio Fiscal posee mayores cotas de independencia sería Italia, donde incluso se cuestiona el excesivo “poder” que este órgano ostenta, sobre todo en la fase de investigación, Estado donde la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público está establecida en la Constitución italiana y su actuación con base en criterios o principio de oportunidad, no requiere en consecuencia la atención y relevancia que conlleva en nuestro sistema. Ello nos reconduce a la eterna y debatida cuestión de la independencia del Ministerio Fiscal y, en consecuencia, a si se trata además de una premisa a seguir si se instaurara en nuestro sistema un modelo procesal acusatorio puro de carácter adversativo, donde al Ministerio Fiscal se le atribuya tanto la investigación como la acusación¹⁹, de forma análoga al procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea. Consideramos al respecto, que del mismo modo que se considera por el legislador como el

¹⁸ Vid. Montesinos García, A. (2018): “La nueva fiscalía...”, cit., pp. 180-181, que trata el principio de independencia en el sentido expresado.

¹⁹ Entre otras opiniones sobre esta materia, Gómez Colomer, J. L. (2018): “La fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?”. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 41, pp. 157-184, que considera la cuestión orgánica de la independencia y la funcional de que instruya como estrechamente relacionadas, realizando un estudio de la cuestión tanto desde la perspectiva de *lege data* como de *lege ferenda*, contextualizándolo con la regulación existente en otros Estados de nuestro entorno, además de en Estados Unidos.

“modelo paradigmático” a seguir la instrucción por el Fiscal, igualmente nuestro legislador debería garantizar la independencia (o bien una mayor independencia del Poder Ejecutivo) de esta institución, al menos frente a injerencias externas, como se ha hecho en la Fiscalía Europea, lo cual creemos que solventaría gran parte de las críticas vertidas al respecto en el debate sobre su implementación en una futura legislación procesal penal española, que desde esta perspectiva, estará además en consonancia con el procedimiento especial para la investigación de la Fiscalía Europea, objeto de nuestro estudio.

El principio de independencia de la Fiscalía Europea se refuerza con su autonomía presupuestaria y reglamentaria, al igual que con la inamovilidad de alguno de sus miembros²⁰. Pero se ha objetado que no está claramente resuelta la cuestión de los mecanismos específicos para proteger la independencia de la Fiscalía Europea cuando sea vulnerada, que su complejidad organizativa puede ir en detrimento de su independencia y eficacia, al estar sometido el FED tanto a la Sala Permanente como a un Fiscal Europeo de referencia que supervisará su trabajo, pudiéndole dirigir órdenes e instrucciones vinculantes y, que los FEDs no están sometidos a un régimen claro de inamovilidad²¹. Si bien suscribimos estas objeciones, consideramos no obstante que sería innegable, que al menos la garantía de independencia frente a injerencias externas a esta institución, constituiría un importante avance nada desdeñable si se replicara a nivel nacional y, en consecuencia, en nuestro propio sistema, como acabamos de argumentar. Y ello al margen de que alguna vez, nuestro legislador fuera capaz de promulgar una nueva LECRIM con la consiguiente implantación del modelo acusatorio puro de

²⁰ Cfr. Calderón Cuadrado, M. P. (2020): “La Fiscalía Europea...”, cit., pp. 248-249. La independencia siempre se consideró como un valor innegociable para la legitimidad de la Fiscalía Europea, dada la premisa de que esta institución únicamente debe concebirse desde la sumisión a la Ley, alejándola de cualquier subordinación a los Estados miembros y a las instituciones de la UE.

²¹ Vid. Martínez Santos, A. (2018): “Capítulo I. El Estatuto de independencia de la Fiscalía Europea y sus garantías”. En L. Bachmaier Winter (Coord.) *La Fiscalía Europea*. Marcial Pons. Madrid, pp. 47-49. Es necesario que la Fiscalía Europea sea independiente, ya que aunque la regla general en los Estados miembros consiste en que los Fiscales estén sometidos a dependencia jerárquica además de subordinados al Ministerio de Justicia u otra autoridad del Gobierno, cuando se trate de un órgano que actúe en un contexto internacional con cesión de soberanía de los Estados en los que va a operar, su legitimidad requiere un estatuto de independencia y que sus decisiones se adopten con absoluta sujeción a la Ley, sustrayéndola de presiones o intromisiones de otras autoridades (p. 26).

carácter adversativo, extremo en el que la independencia externa de la Fiscalía, constituiría un indudable avance en la modernización del proceso penal español, dada su cuestionada y/o sesgada vigencia actual, máxime si ello lo contextualizamos en un futuro proceso donde el principio de oportunidad constituyera el eje vertebrador de numerosas modalidades e instituciones procesales. Este avance conjuraría gran parte de las objeciones o riesgos vertidos sobre la aplicación de este último principio, que han sido y continúan siendo objeto de debate, cuestión que al menos preliminarmente apuntamos, sin entrar con todo el detalle que requeriría, pues estamos ahora con otra cuestión, aunque estrechamente relacionada. No obstante, debemos recordar lo anteriormente señalado sobre el modelo italiano, donde el Fiscal posee plena independencia y actúa conforme al principio de legalidad (con fundamento constitucional), si bien ello tampoco está exento de objeciones o riesgos, pues se han vertido como hemos señalado, importantes críticas respecto al excesivo “poder” que posee en el proceso.

En consecuencia, la estructura jerarquizada y colegiada, junto con la división funcional en la toma de decisiones, repercuten en la efectiva independencia²², dado el referido sometimiento al principio de jerarquía al igual que al principio de unidad, para garantizar el “funcionamiento coherente” de la Fiscalía Europea (art. 12.3 RFE)²³, por lo que la dependencia jerárquica posee los fines de garantizar la coherencia y unidad de actuación, principio que regiría interna y funcionalmente, mientras que la independencia funcionaría en relación al exterior²⁴. La independencia funcional, como principio clave para la libertad de criterio, la independencia jurídica respecto a la UE y los Estados miembros y la dependencia jerárquica, son considerados como los “principios estatutarios orgánicos”, aunque también se ha cuestionado que sea correcto atribuir independencia a la Fiscalía, ya que al constituir una parte no podría ser independiente y que la independencia como principio sólo puede predicarse de los Jueces y Magistrados, debiendo haberse incorporado el

²² Sánchez Gómez, R. (2018): “La Fiscalía Europea (naturaleza, atribuciones y principios de actuación)”. En M. I. González Cano (Coord.) *Integración europea y justicia penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 308, que trata con detalle esta cuestión.

²³ Sobre los principios de jerarquía y unidad, *vid.* Goyena Huerta, J. (2021): “La Fiscalía Europea...”, *cit.*, p. 60.

²⁴ Como aclara Calderón Cuadrado, M. P. (2020): “La Fiscalía Europea...”, *cit.*, pp. 249 y 252. Añadimos que esta doble perspectiva externa e interna, nos induce a plantearnos, en qué medida, estamos realmente al menos en parte, ante una “independencia simbólica”.

“principio de objetividad”, como manifestación específica de la imparcialidad que tiene que imperar en su actuación, lo cual constituye una precisión conceptual con rigor formal²⁵. De cualquier modo, la dependencia jerárquica no impide obviamente que rija el principio de imparcialidad, recabando la Fiscalía Europea tanto las pruebas inculpatorias como exculpatorias²⁶, principio que respeta igualmente los principios de proporcionalidad y equidad²⁷. El principio de imparcialidad también rige la actuación del Ministerio Fiscal español, conforme a lo establecido en los arts. 7 de la Ley 50/1981, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) y 124.3 CE, en virtud del cual el fiscal actuará con absoluta objetividad e independencia para la defensa de los intereses que tiene encomendados²⁸, contenido que es plenamente extrapolable a la Fiscalía Europea, que obviamente, actuará en defensa de los intereses financieros de la UE.

Como contrapartida a la independencia, existe un sistema de responsabilidad que permite controlar la actuación de la Fiscalía y que rinda cuentas, aunque quizá carezca de la suficiente precisión en cuanto a la responsabilidad, lo cual provoca recelos. No existe un sistema de responsabilidades disciplinaria y penal²⁹, sino única y genéricamente de carácter patrimonial, sin determinación de los supuestos ni de los mecanismos para hacerla efectiva. La rendición de cuentas ante el Parlamento, la Comisión y el Consejo a través de la memoria anual de

²⁵ Vid. Gómez Colomer, J. L. (2021): “La inserción...”, cit., pp. 221-222.

²⁶ Vid. Calderón Cuadrado M. P. (2020): “La Fiscalía Europea...”, cit, p. 249.

²⁷ Como se explica en el considerando nº 65 del Preámbulo RFE, la obligación de recabar pruebas inculpatorias y exculpatorias, tanto de oficio como a petición de la defensa, es imprescindible para el respeto de los referidos principios, lo cual se establece además expresamente en el art. 5.4 RFE en cuanto a la imparcialidad. En concordancia la vigencia de este principio se extrae en el Título II LOFE, aunque no se reiteren los principios estatutarios establecidos en el Reglamento (par. IV.8 del Preámbulo), como hemos tratado.

²⁸ Sánchez Gómez, R. (2018): “La Fiscalía Europea...”, cit., pp. 304-306, que desarrolla el contenido de este principio en el ordenamiento español y los mecanismos para preservarlo.

²⁹ Cfr. Calderón Cuadrado M. P. (2020): “La Fiscalía Europea...”, cit, p. 250, que aclara además que únicamente respecto a determinados miembros de la Fiscalía, se prevé la posibilidad de remoción ante determinadas conductas y que la responsabilidad personal de los empleados de la Fiscalía Europea, se determina según las disposiciones del Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes, por lo que la responsabilidad de la Fiscalía Europea se concibe de forma velada y únicamente en el ámbito exterior.

actividades, es fundamentalmente de carácter política, sin que pueda informarse sobre casos particulares³⁰. A instancia de estas instituciones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), podrá destituir al Fiscal General Europeo o a un Fiscal Europeo si hubiera incurrido en falta grave (arts. 14.5 y 16.5 RFE). En cambio, es el Colegio quien destituirá al FED, si éste incurriera en falta grave (art. 17.3 RFE). En consecuencia, al margen de dicha responsabilidad externa y fundamentalmente política, únicamente está previsto el referido sistema de destitución en caso de comisión de falta grave. Ello contrasta con nuestro Ministerio Fiscal, que está sometido a un sistema de responsabilidad jurisdiccional (civil y penal) y disciplinaria (arts. 60 a 80 EOMF)³¹.

Continuando con el sistema de principios, conforme al principio de legalidad la Fiscalía Europea actuará con “estricta aplicación” del RFE, respecto al inicio y conclusión de las investigaciones, remisión del asunto, archivo y ejercicio de la acción penal por acuerdo³². Esto último depende de cada Derecho nacional (art. 40.1 RFE)³³, constituyendo sendas manifestaciones del principio de oportunidad³⁴, tanto la justicia negociada que precisa la autorización de la Sala Permanente, como las alternativas a

³⁰ *Vid.* entre otros, Martínez Santos, A. (2018): “Capítulo I...”, cit., pp. 26, 48-49.

³¹ Respecto a esta materia, hay que destacar el Real Decreto 305/2022, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal, que trata con detalle la responsabilidad disciplinaria, creándose la nueva figura del Fiscal Promotor de la Acción Disciplinaria.

³² Como se contempla en el considerando nº 66 del Preámbulo y además en el art. 5.2 RFE, precepto que establece el respeto de este principio, junto con el de proporcionalidad.

³³ *Cfr.* Zárate Conde, A. y De Prada Rodríguez, M. (2018): “Capítulo 9: Reflexiones sobre la transacción en el marco de la Fiscalía Europea”. En L. Bachmaier Winter (Coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, pp. 227-228. Consideran que el ejercicio de la acción penal por acuerdo, constituye una institución de gran trascendencia práctica que permite acelerar el proceso y recuperar de forma efectiva las cantidades económicas eludidas, reparar el daño y rehabilitar a los responsables. También que las soluciones de consenso o justicia negociada, permiten conjugar los efectos preventivos del Derecho penal y la efectiva satisfacción de la víctima, pudiendo convertirse en una pieza esencial para la consecución de los referidos fines. Observamos por tanto como estamos ante una institución análoga a la conformidad en nuestro proceso penal.

³⁴ Jimeno Bulnes, M. (2023): “La Fiscalía Europea...”, cit., pp. 143-144. En la fase de negociación del RFE, existió un especial debate sobre la aplicación del principio de legalidad, por contraposición al de oportunidad que regía en algunos Estados miembros, habiéndose efectuado la sugerencia de promover la aproximación entre las legislaciones nacionales previamente a la instauración de la Fiscalía Europea, proponiéndose incluso crear un sistema mixto en el que estén vigentes ambos principios, contemplándose el principio de oportunidad reglada.

la persecución que liberan a la Fiscalía Europea del ejercicio de la acción³⁵ si el delito posee una cuantía inferior a 10.000 €³⁶ pero permite la persecución nacional o bien, cuando se le exime de ejercer la acción si internamente el delito tiene sanciones comparables (art. 25.3 RFE)³⁷, lo cual en concordancia se contempla como “acomodación del procedimiento” en la LOFE (art. 108). Dada la existencia de la institución de la conformidad en nuestro ordenamiento, en el art. 110 LOFE se regula la presentación del escrito de acusación conjunto firmado por el FED y la defensa, para solicitar que se dicte “sentencia de conformidad”³⁸. Ello constituye una manifestación del principio de oportunidad cuya modulación (libre, reglada, principio de consenso) dependerá de cada Estado específico, pudiendo repercutir en función de ello en el diverso grado de averiguación de la verdad material, en virtud de las limitaciones que conlleve en el principio de legalidad procesal penal. Debemos tener en cuenta que el principio de oportunidad, constituye un elemento definitorio del sistema procesal penal adversativo de Estados Unidos.

La legalidad en la actuación de la Fiscalía Europea, requiere el control jurisdiccional³⁹ ante órganos nacionales y el respeto de los

³⁵ González López, J. (2021): “Consideraciones acerca del control jurisdiccional de la Fiscalía Europea”. *Revista General de Derecho Europeo*, n° 53, p. 53. Aboga por el control jurisdiccional sobre la decisión de perseguir el delito, lo cual responde a una interpretación amplia de dicho control, que está relacionada con la aplicación del principio de oportunidad o legalidad en las decisiones de investigar, archivar o ejercitar la acción, ámbitos en los que existen diferencias en los Derechos internos. Propugna que en estos supuestos exista control jurisdiccional, para salvaguardar el principio de igualdad ante la Ley y evitar cualquier “fractura” entre los sistemas nacionales con diferencias en cuanto a la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal pública.

³⁶ En este caso la referencia a un límite económico en lugar de a un límite penológico *ad quem*, está en consonancia con la función de la Fiscalía Europea referente a la protección de los intereses financieros de la Unión y la persecución de los delitos de la Directiva PIF, siendo ésta la opción de política criminal para excluir la “criminalidad de bagatela”.

³⁷ Sobre dichas manifestaciones del principio de oportunidad, *vid.* Gómez Colomer, J. L. (2021): “La inserción...”, *cit.*, p. 237, que incluye como otra manifestación de dicho principio, que conforme al art. 25.4 RFE sea posible que instruya la Fiscalía Europea, aunque carezca de competencia, si está en condiciones mejores que las autoridades nacionales para efectuarlo.

³⁸ En la LOFE se establece el límite de penalidad concreta de seis años (art. 110.3), que es el que se aplica con carácter general a la conformidad en nuestro proceso penal.

³⁹ Sobre el control jurisdiccional, *vid.* Vidal Fernández, B. (2023): “Control jurisdiccional de los actos de la Fiscalía Europea: Artículo 42 Reglamento de la Fiscalía Europea”. *Revista de Estudios Europeos*, n° Extraordinario monográfico 1, pp. 28-67, que lleva a cabo un detallado estudio sobre el control de los actos procesales y no procesales de la

principios de equivalencia y eficacia⁴⁰, principio de legalidad que junto con el de proporcionalidad y el ya tratado de imparcialidad, constituyen “principios básicos” del desempeño de sus funciones, para lo cual velará por el respeto de los derechos reconocidos en la CDFUE (art. 5 RFE). La deferencia a las especialidades de los diversos sistemas nacionales, que como hemos tratado permite contemplar que un Estado específico predomine el principio de legalidad o bien existan manifestaciones del principio de oportunidad, entre otros aspectos, también refleja el respeto por el RFE al principio de proporcionalidad junto con el de subsidiariedad, conforme al artículo 5 del Tratado de la Unión Europea (TUE), dado que “no excederá” de lo preciso para la consecución de sus objetivos, garantizando la menor repercusión e intrusión en los sistemas y estructuras nacionales⁴¹. En el RFE no se determinan los criterios para la aplicación del principio de proporcionalidad, por lo que ello dependerá del Estado específico en el que tenga lugar el procedimiento. Este principio en nuestro ordenamiento, precisa que se pondere la existencia de un fin legítimo constitucionalmente, que la medida para conseguirlo sea adecuada, imprescindible y esté conforme al test de legitimidad constitucional⁴². Los ordenamientos internos adquieren un especial significado, dada la vigencia del principio de cooperación leal, en virtud del cual la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales, tienen que apoyarse e informarse mutuamente⁴³, cuestión anteriormente referida, aunque como hemos

Fiscalía Europea, diferenciando entre el ejercicio del control jurisdiccional que corresponde a los órganos nacionales y el que ejerce el TJUE.

⁴⁰ *Vid.* considerando 88 RFE.

⁴¹ Como se establece en el considerando 12 RFE.

⁴² Respecto a la aplicación de la proporcionalidad, *cfr.* Sánchez Gómez, R. (2018): “La Fiscalía Europea...”, cit., pp. 303-304, que, respecto a este principio, conforme a los considerandos 70 y 80 RFE, en cuanto a las medidas de investigación y el control jurisdiccional de los actos de la Fiscalía Europea, opina que hay que recurrir a su aplicación en sentido amplio en nuestro ordenamiento, dado que puede concurrir un modelo dual de investigación, donde el Ministerio Fiscal y la Fiscalía Europea posean diversas atribuciones.

⁴³ En cuanto a este principio, véanse los considerandos 14, 69, 109 y 110 Preámbulo, art. 5.6 RFE y el art. 5 LOFE y, entre otros, Vidal Fernández, B. (2022): “La actuación de la fiscalía europea...”, cit., pp. 6 y 7, Gómez Colomer, J. L. (2021): “La inserción...”, cit., p. 221 y Montesinos García, A. (2018): “La nueva fiscalía...”, cit. p. 182. Reproducimos aquí lo comentado *ut supra*, sobre las deficiencias en materia de cooperación y comunicación entre la Fiscalía Europea y las autoridades españolas, puestas de manifiesto en las primeras experiencias de aplicación práctica.

apuntado, la experiencia práctica con nuestro país no ha sido valorada por la Fiscalía General Europea de forma demasiado positiva.

Tras el estudio de estas instituciones relevantes para la concepción del procedimiento especial para la investigación por el FED en nuestro sistema, vamos a tratar la dirección de la fase de investigación por la Fiscalía Europea.

3. LA FASE DE INVESTIGACIÓN

3.1 Iniciación. La determinación de la competencia de la Fiscalía Europea

El procedimiento de investigación por el FED, una vez verificada su competencia, se iniciará a través del decreto de incoación, tras conocer la *notitia criminis* a través de denuncia⁴⁴, querrela u otro medio legalmente previsto, debiendo las autoridades españolas que tuvieran conocimiento de hechos cuya competencia pudiera corresponder a la Fiscalía Europea, comunicárselo al FED a la mayor brevedad. La Policía Judicial deberá informar además a la Fiscalía General del Estado (art. 18 LOFE). Cabe la posibilidad de que el procedimiento de investigación ya se hubiera incoado por las autoridades españolas, supuesto en el cual, si los hechos podrían entrar dentro del ámbito competencial del FED, tendrán que comunicárselo para que éste pueda ejercer el derecho de avocación, si bien podrán continuar adoptando medidas urgentes para asegurar la investigación y el ejercicio de la acción penal. Las autoridades españolas están obligadas remitir las actuaciones al FED si éste ejercitara el referido derecho de avocación, absteniéndose de conocer, remisión del procedimiento que no entraña retroacción de actuaciones, salvo en lo que resulte imprescindible para la continuación de la investigación. Si hubiese acusadores populares personados, perderán en el acto su condición de parte salvo que cumplan los requisitos para constituirse en acusadores particulares, supuesto en el que se les considerará personados como tales (art. 19 LOFE). Por tanto, no perderán automáticamente su condición de parte acusadora, sino que se transformará de este modo la institución bajo

⁴⁴ Precisamente, para facilitar que los denunciadores internos puedan comunicar los hechos y aportar información a la Fiscalía Europea sin temor a presiones o represalias, se ha creado por la Fiscalía Europea el formulario web “Report a Crimen” (<https://www.eppo.europa.eu/es/denunciar-un-delito-la-fiscalia-europea>) (fecha de consulta: 30/04/2023).

la que están personados. Estimamos que ello no debería producirse de oficio y de manera automática y, que, en todo caso, deberá tenerse en cuenta que como acusación particular poseen un régimen diferente, con la exención de la obligación de prestar fianza y la posibilidad de ejercitar la acción civil derivada del delito⁴⁵. En todo caso, serán las mismas partes interesadas quienes valorarán su posible nuevo estatus procesal y considerar si desean ostentar la posición acusadora como acusación particular.

Precisamente, el ejercicio del derecho de avocación⁴⁶ constituye una cuestión que ha generado fricciones entre la Fiscalía Europea y las autoridades españolas, en las primeras experiencias de actuación por la Fiscalía Europea y de aplicación práctica de esta institución⁴⁷, lo cual

⁴⁵ Constituye una forma de eludir la acusación popular, institución cuya virtualidad práctica como hemos visto no parece ostentar el favor del legislador, si bien se preserva la posibilidad de que la parte continúe personada, conforme a lo previsto en el art. 36 LOFE, que regula la acusación particular. No se entiende bien por otro lado, si la parte personada como acusación popular podría haberse constituido desde el principio como acusación particular, no lo hubiera hecho, dadas las indudables ventajas de esta última. De todos modos la “conversión” en acusación particular entendemos que tendría virtualidad no respecto a la generalidad de los previos acusadores populares, sino que en todo caso tendría mejor encaje respecto a las asociaciones y entidades legitimadas para la defensa de los intereses lesionados por el delito objeto de la investigación, conforme al art. 36 *in fine* LOFE, de forma análoga a lo previsto en el art. 109 bis.3 LECRIM, respecto a las asociaciones de víctimas y personas jurídicas, si bien no sería necesario el consentimiento de la víctima. *Cfr.* sobre la personación de estas instituciones conforme al art. 109 bis.3 LECRIM, Tinoco Pastrana, A. (2015): “La participación de las asociaciones de víctimas como parte acusadora en el proceso penal y el nuevo Estatuto de la víctima del delito, por el que se transpone la Directiva 2012/29/UE”. *Cuadernos de Política Criminal*, nº 115, pp. 271-308.

⁴⁶ Como ejemplo práctico, podemos referir entre otros, la avocación a favor de la Fiscalía Europea del conocimiento del “Caso Mascarillas” a través del Auto de 21/11/2022 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, en el procedimiento 49/2022, donde se investigan presuntos delitos de prevaricación, tráfico de influencias, estafa agravada, blanqueo de capitales y malversación de caudales públicos. La Fiscalía Europea ejercitó el derecho de avocación, al considerar que le corresponde la investigación de la causa, dado que los presuntos delitos se habrían cometido sobre fondos de la UE.

⁴⁷ Los conflictos entre la Fiscalía Europea y la Fiscalía Anticorrupción española, se han evidenciado en un asunto similar al anterior, referente a la compra de mascarillas sanitarias en la Comunidad de Madrid. Ello llevó a la Fiscalía Europea a publicar un comunicado el 28 de marzo de 2022, donde lamentaba la polémica surgida y resaltaba la “compleja interacción” entre las leyes europeas y nacionales, señalando que en caso de conflicto de competencia se debe considerar su remisión al TJUE, lo cual solicitó valorar

precisamente ha puesto de manifiesto las dificultades en cuanto a la cooperación y comunicación con las autoridades españolas, como vimos *ut supra*. Las discrepancias⁴⁸ sobre la competencia entre la Fiscalía Europea y las autoridades españolas, sobre si el delito está comprendido en el ámbito del art. 22.2 y .3 o del art. 25.2 y .3 RFE⁴⁹, concebidas como

al Fiscal General del Estado. Finalmente, tuvieron lugar dos investigaciones separadas respecto a este asunto, que fue archivado por la Fiscalía Europea el 6 de marzo de 2023, que investigaba los delitos de malversación, fraude a los intereses financieros de la UE y cohecho y, previamente archivado por la Fiscalía Anticorrupción española a través del Decreto de 23 de junio de 2022, que investigó los delitos de tráfico de influencias, prevaricación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, fraude y falsedad. Resulta interesante que en el inicio de la andadura de la Fiscalía Europea el “conflicto” en cuanto al ejercicio del derecho de avocación, ha surgido precisamente con la Fiscalía española, sin embargo, no se ha observado este conflicto cuando la investigación sobre una materia análoga la efectúa un Juez de Instrucción, que obviamente goza de independencia, cuestión cuestionada y controvertida, como hemos tratado, respecto a la Fiscalía española. Por ello podríamos plantearnos si el conflicto es consecuencia de la propia concepción de la Fiscalía Europea, la distribución de competencias y la propia interacción con la legislación nacional, o bien además por la cuestionada falta de independencia de la Fiscalía española. Respecto a los comunicados de la Fiscalía Europea sobre este el asunto de la compra de mascarillas en la Comunidad de Madrid, véase https://www.eppo.europa.eu/en/news?keywords=&date_after=&date_before= (fecha de consulta 19/04/2023), sección de noticias de la web de la Fiscalía Europea. Respecto a la polémica generada en ese asunto, resulta de interés la editorial publicada en el periódico ABC por Lorena Bachamier Winter, el 12 de abril de 2022, en la que entre otras cuestiones, considera la “confusa regulación” a través de la que se creó la Fiscalía Europea, sus deficiencias e imprecisiones, como el germen del problema y observa que no será la primera vez que se generen conflictos de esta índole, dadas las deficiencias del RFE, aunque concluye que éste fue la “mejor regulación políticamente posible”, dadas las dificultades para poner de acuerdo a veintisiete Estados europeos, en un instrumento que finalmente fue aprobado por veintidós Estados miembros.

⁴⁸ Existe un sistema de competencias compartidas entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales (considerando 13 RFE), por lo cual es fundamental el sistema de comunicaciones y consultas entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales (par. IV.9 y .10 Preámbulo LOFE), del mismo modo que la aplicación de los principios de cooperación legal y subsidiariedad, entre otros. Este sistema de competencias compartidas constituye “campo abonado” para que puedan surgir conflictos al respecto.

⁴⁹ Goyena Huerta, J. (2021): “La Fiscalía Europea...”, cit., pp. 62 y 63. Conforme al principio de competencia, se trata de un segundo grupo de delitos donde se invierte el criterio para determinar la competencia, dado que las discrepancias serán resueltas por la autoridad nacional designada al efecto por cada Estado (art. 25.6 RFE) y no por la Fiscalía Europea, como sucede en el primer grupo de delitos (art. 25.1 RFE), en el que el criterio de la Fiscalía Europea será decisivo y vinculante para las autoridades nacionales. Tanto si fuera la Fiscalía Europea o bien la autoridad nacional quien decida la cuestión de

“cuestiones de competencia”, se resolverán por la Fiscalía General del Estado cuando se generen con la Fiscalía nacional y, si se generaran con el Juzgado de Instrucción que estuviera conociendo de un asunto, la resolución se atribuye a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, con informe previo del Ministerio Fiscal. Y ello sin perjuicio de la competencia del TJUE para resolver los conflictos de competencia con las autoridades nacionales, conforme al art. 42.2 c) RFE (art. 9 LOFE).

El deber general de colaboración con la Fiscalía Europea, tanto por parte de instituciones y órganos de la UE como por autoridades de los Estados miembros, requiere que informen sin dilación indebida de todo hecho que pudiera ser constitutivo de delito de su competencia⁵⁰, del mismo modo que la Fiscalía Europea tendrá que informar a las autoridades nacionales de los hechos que no fueran de su competencia (art. 24.1 RFE). Las autoridades españolas que tienen este deber, no se limitan a las

competencia, cabe la posibilidad de que antes de decidir planteen una cuestión prejudicial ante el TJUE, siendo vinculante la resolución que éste adopte. El primer grupo está constituido por los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión, contemplados en la Directiva (UE) 2017/1371 (PIF) (art. 22.1 RFE). En el segundo grupo, estarían los delitos de participación en organización delictiva definida en la Decisión Marco 2008/841/JAI, los delitos conexos a los de la Directiva PIF, los delitos de cuantía inferior a 10.000 €, los delitos de la Directiva PIF, si la pena máxima en la legislación nacional es igual o menos severa que la sanción máxima establecida para los delitos conexos referidos, a menos que el delito conexo hubiera constituido el medio para cometer un delito de la Directiva PIF y, por último, los delitos en los que el perjuicio causado o que pueda causar a los intereses financieros de la Unión, no es mayor que el perjuicio causado o que pudiera causarse a otra víctima. Nosotros resaltamos cómo la complejidad en la determinación de la competencia derivada de los delitos específicos que se persigan, dificulta el ejercicio de las competencias compartidas e incluso, la propia prevalencia del conocimiento por parte de la Fiscalía Europea, dada la amplitud del segundo grupo de delitos, siendo complicado en numerosos casos que los investigados se limiten exclusivamente a los delitos de la Directiva PIF conforme al art. 25.1, pudiéndose incluso generar situaciones de auténtica “ingeniería procesal penal”, para que quienes atenten contra los intereses financieros en la Unión, intenten sustraerse del ulterior conocimiento de los hechos por la Fiscalía Europea. De todos modos, añadimos que la complejidad que podría suponer efectuar la calificación penal abstracta provisional en el inicio de la investigación, conlleva que la determinación de la competencia que se efectúe en un primer momento, no sería en todo caso definitiva del procedimiento que finalmente resulte, dado que la calificación penal realizada no siempre será ni inamovible ni definitiva, estando previsto el cambio de procedimiento y en consecuencia de la competencia, como veremos en la terminación de la investigación.

⁵⁰ Cuando el FED decida ejercitar su competencia, lo comunicará tanto a las autoridades informantes como a la Fiscalía General del Estado (art. 20 LOFE).

estrictamente judiciales, ni al Ministerio Fiscal y Policía Judicial, abarcando las de carácter administrativo, tales como la Agencia Tributaria respecto al IVA transfronterizo, la Intervención General de la Administración General del Estado para los supuestos de fraudes de subvenciones, en la que se incardina el Servicio Nacional de Coordinación antifraude, el cual determinará las vías de coordinación entre las instituciones nacionales y la OLAF. El FED podrá requerir el auxilio de las autoridades, funcionarios, organismos y particulares españoles, que tendrán que cumplir con sus peticiones y comparecer ante el mismo, pudiendo el FED dar instrucciones a la Policía Judicial y a las autoridades administrativas, además de requerir la colaboración del Ministerio Fiscal para actuaciones específicas⁵¹.

La avocación también puede decidirse de oficio por la Sala Permanente que tenga asignado el caso, cuando ésta no se hubiera ejercitado por el FED. Por otra parte, cuando el FED decide la no avocación, esta decisión será provisional, dado que la podrá revocar la Sala Permanente. En caso de que avale la no avocación, ésta firmará el decreto del FED introducido en el “sistema de gestión de casos”. Si la revocara, la Sala Permanente ejecutará la decisión firmando un nuevo decreto. La Sala Permanente deberá informar con periodicidad al Colegio de Fiscales, sobre las decisiones que adopte relativas al ejercicio de la avocación⁵².

Cuando el FED decida no conocer de un asunto específico, porque considerara que los hechos no entran dentro de su competencia o bien, no existan razones que justifiquen su ejercicio, éstos podrán ser investigados

⁵¹ En relación al deber de colaboración del art. 5 LOFE, *vid.* Vidal Fernández, B. (2022): “La actuación de la Fiscalía Europea...”, *cit.*, pp. 6-7. Trata la cuestión suscitada en la doctrina, sobre si la colaboración del Ministerio Fiscal español debería solicitarse a los Fiscales de cooperación internacional o bien a los de anticorrupción y criminalidad organizada, lo cual solventó el art. 5.3 LOFE, estableciendo que se requerirá a la Fiscalía General del Estado.

⁵² Sobre las decisiones en materia de avocación por la Sala Permanente, *vid.* Rodríguez-Medel Nieto, C.: “En el corazón de la Fiscalía Europea...”, *cit.*, pp. 14 y 20. La asignación de un asunto en el que pueda ejercerse el derecho de avocación a una Sala Permanente específica tendrá lugar de forma aleatoria, ya que es necesario respetar plazos perentorios, dado que el art. 27.1 RFE establece el plazo general para la adopción de la decisión sobre la avocación, de cinco días desde que se reciba la información de las autoridades nacionales. La asignación aleatoria, se efectuará a una Sala con sesión programada entre el tercer y quinto día posterior al del registro del asunto. Contrasta con el criterio general de reparto de trabajo entre las Salas Permanentes, consistente en el orden de registro y el reparto equitativo (p. 7).

por las autoridades españolas⁵³. El FED siempre tendrá que comunicar su decisión de no proceder al Ministerio Fiscal a través de la Fiscalía General del Estado, al igual que a las víctimas (art. 22 LOFE). En cuanto a la remisión a las autoridades españolas de hechos que previamente no le fueron comunicados por éstas, estimamos que igualmente se tendría que remitir al Ministerio Fiscal a través de la Fiscalía General del Estado, dado que este supuesto no está contemplado con la misma claridad en la LOFE y la generalización del sistema de notificaciones a esta institución.

3.2 Las partes en el procedimiento de investigación

La Fiscalía Europea acordará la incoación de la investigación a través de decreto firmado por el FED (art. 24 LOFE), como hemos visto, en el que junto con los elementos objetivos y subjetivos conocidos referentes a su objeto, es decir, la descripción del hecho punible con la calificación jurídica provisional y la persona investigada si se conociera, la determinación de las posibles víctimas ostenta un lugar fundamental (art. 23.1 LOFE), a las cuales se efectúan continuas referencias en la regulación, debiendo el FED velar por sus derechos⁵⁴. El reconocimiento de la víctima en toda su extensión, refleja la evolución del modelo procesal donde se evita cualquier preterición que suponga un retroceso en los importantes avances procesales en la materia, conforme al importante acervo normativo de la Unión, desarrollándose en consecuencia, la concepción de un moderno proceso penal en el que la víctima constituye un elemento imprescindible y un aspecto definitorio de su propio diseño.

El decreto de incoación será notificado a la persona investigada informándole de los derechos que le asisten⁵⁵, del mismo modo que a las

⁵³ La devolución de la causa a una autoridad en concreto española, dependerá de cuál la hubiera comunicado al FED, remitiéndose a la Fiscalía General del Estado si proviniera de una autoridad no judicial y si fuera judicial, al mismo órgano que la hubiera remitido (art. 21 LOFE).

⁵⁴ Función encomendada al FED por el art. 23.2 LOFE. Se trata primordialmente de los derechos reconocidos en la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito (EVD), derechos básicos, fundamentalmente a la información, traducción e interpretación, asistencia y apoyo, el derecho a la participación en el proceso penal y el derecho a la protección, los cuales se reconocerían con las lógicas adaptaciones, en la medida en que estuvieran en consonancia con la naturaleza específica de las infracciones que se investigan en este procedimiento.

⁵⁵ El elenco de derechos de la persona investigada del art. 26 LOFE, está en concordancia con el tenor del derecho de defensa regulado en el art. 118 LECRIM y del análogo art.

víctimas con análoga información sobre sus derechos, con especial mención a su derecho a constituirse en acusación particular, catálogo de derechos procesales que está conforme tanto con el acervo normativo de la Unión como con la LECRIM⁵⁶. No obstante, estas notificaciones no se efectuarán si se hubiera acordado el secreto de las actuaciones (art. 23.2 LOFE). El secreto de las actuaciones se podrá acordar cuando resulte imprescindible para garantizar la eficacia de las diligencias de investigación, pudiendo ser total o parcial, acordándose por el FED a través de decreto que trasladará al Juez de Garantías, el cual podrá

520 del mismo cuerpo legal, si bien éstos se amplían en la LOFE. Se presta especial cuidado en preservar el derecho de defensa, incluyéndose expresamente que la comunicación de los hechos investigados incluirá su calificación jurídica provisional, estando previsto incluso que, si ello revistiera especial complejidad, será comunicado a la persona investigada por escrito (26.3 LOFE). Se incorporan además los derechos adicionales de la persona investigada a aportar los elementos de descargo, a proponer la práctica de actos de investigación pertinentes para su defensa y a la participación en el incidente para aseguramiento de la fuente de prueba previsto en los arts. 96 a 106 LOFE, derechos específicos que responden al modelo adversativo instaurado, preservándose de este modo el derecho de audiencia o contradicción y su propia participación en el procedimiento de investigación. Las solicitudes de garantías de aseguramiento de la prueba y de prueba anticipada, se formularán al Juez de Garantías. En cuanto al derecho a examinar las actuaciones conforme a la LECRIM, éste se efectuará sobre el expediente de investigación que obre en la Oficina de la Fiscalía Europea. Debemos entender que dicho expediente comprenderá las actuaciones previas que se hubieran efectuado por otros órganos, antes de la asunción de la investigación por el FED. En consecuencia, las solicitudes de la persona investigada irán dirigidas al FED o bien al Juez de Garantías, conforme al sistema procesal acusatorio puro, lógica diferencia respecto a nuestro sistema en el que las solicitudes se efectúan al Juez de Instrucción, al margen de las que se realizan ante la policía judicial y las que procedan ante el Ministerio Fiscal, en orden a sus atribuciones para preservar la legalidad en el proceso penal.

⁵⁶ Precisamente de forma expresa en el art. 26.1 LOFE se establece que la persona investigada tendrá los derechos reconocidos por la CDFUE, la CE y la LECRIM. La LOFE supera los mínimos requeridos por el RFE en cuanto al reconocimiento de garantías a la persona investigada, el cual fue cuestionado al respecto por no haber sido más exigente. *Cfr.* Vidal Fernández, B. (2022): “La actuación de la Fiscalía Europea...”, cit., p. 7. Nosotros añadimos que del mismo modo la LOFE va más allá de lo requerido por el RFE respecto a las víctimas, como se refleja por ejemplo en el reconocimiento de la acusación particular, dado el amplio derecho de participación que la víctima posee en nuestro sistema. Ello pone de manifiesto el elevado estándar de garantías procesales reconocido a las partes en nuestro proceso penal y una vez más, el consenso y la conciliación de los niveles de garantías de los diversos sistemas nacionales que fueron necesarios para la adopción del RFE, del mismo modo que ha sucedido con otros instrumentos normativos de la Unión.

confirmar o alzar la declaración de secreto⁵⁷. El decreto de incoación podrá impugnarse ante el Juez de Garantías, cuya resolución será recurrible en apelación⁵⁸. Es fundamental la determinación del Juez de Garantías específico conforme a las normas de reparto de asuntos, desde el inicio de la investigación o cuando el FED se haga cargo de una investigación ya iniciada (art. 25 LOFE), figura que ostenta una importante función de control jurisdiccional en el curso de las actuaciones conforme al modelo procesal acusatorio puro.

El traslado de cargos a la persona investigada, se efectuará por el FED citándola para la primera comparecencia informándola de que deberá comparecer con asistencia letrada, en cuanto existan indicios para atribuirle el hecho punible, salvo que se hubiera acordado el secreto de las actuaciones, supuesto en el que la primera comparecencia tendrá lugar cuando éste se alce (art. 27.1 LOFE). Cuando el FED ordene la detención, la primera comparecencia tendrá lugar con la inmediata puesta a disposición del detenido dentro del plazo de veinticuatro horas (art. 28.2 LOFE). Nunca se podrá retrasar por el FED la primera comparecencia, pudiendo el Juez de Garantías previa solicitud de la defensa, declarar la nulidad de los actos realizados sin el traslado de cargos, si se hubiera generado una situación de indefensión (art. 29 LOFE). En la primera comparecencia, que quedará documentada en acta cuya copia se remitirá al Juez de Garantías, el FED además de informar de sus derechos a la persona investigada, le requerirá que indique domicilio en España o persona para recibir las notificaciones, con la advertencia de que ello permitiría la celebración del juicio oral en ausencia, conforme a lo previsto en la LECRIM⁵⁹. Conforme al principio de audiencia, si fuera necesario por el desarrollo de la investigación que ésta se extienda a nuevos hechos

⁵⁷ *Cfr.* arts. 64 a 68 LOFE, que regulan la declaración de secreto, la cual posee importantes simetrías con el secreto del sumario contemplado en el art. 302 LECRIM, institución que requiere el control jurisdiccional del Juez de Garantías

⁵⁸ Control jurisdiccional a través del derecho al recurso, conforme a los arts. 23.3 y 91 LOFE. Trataremos el control jurisdiccional de los actos de la Fiscalía Europea de forma transversal, a medida que vayamos estudiando las diversas instituciones procesales del procedimiento de investigación, al margen de las observaciones anteriormente realizadas, respecto a la intervención jurisdiccional.

⁵⁹ Esta previsión del art. 28.2 LOFE, que coincide en lo sustancial con el tenor del art. 775 LECRIM, atribuye al FED las funciones de información que en este precepto poseen el Letrado de la Administración de Justicia y el Juez de Instrucción. La posibilidad de juicio oral en ausencia, tendrá lugar conforme a los requisitos del art. 786.1 LECRIM, pudiendo el condenado promover la anulación contemplada en el art. 793 LECRIM.

o personas investigadas, se convocará a una nueva comparecencia (art. 27.4 LOFE)⁶⁰. La persona investigada podrá prestar declaración en la primera comparecencia, si accediera a ello tras preguntarle el FED (arts. 27.2 *in fine*), practicándose en consecuencia la diligencia de la indagatoria, la cual podrá reiterarse tanto de oficio como a instancia de la persona investigada, si bien en este caso podrá denegarse por el FED a través de decreto impugnante ante el Juez de Garantías (art. 30 LOFE).

Es posible que la persona investigada reconozca los hechos durante la declaración, supuesto en el que el FED la citará para que comparezca ante el Juez de Garantías para el aseguramiento de las fuentes de prueba. En el reconocimiento de hechos, se adoptarán las garantías necesarias, pudiendo tanto el FED como las partes formular preguntas o solicitar aclaraciones, si el Juez de Garantías las aceptara. No obstante, será necesario practicar las diligencias de investigación necesarias respecto a los hechos y la persona investigada, a menos que se formule solicitud de sentencia de conformidad (art. 31 LOFE). Se efectúa un tratamiento específico del derecho a acceso al expediente de investigación conforme a la LECRIM, al igual que del derecho a participar en la práctica de los actos de investigación, sobre todo en lo referente al aseguramiento de la fuente de prueba, salvo que se hubiera declarado el secreto de las actuaciones (arts. 32 y 36 LOFE). Igualmente, la defensa de la persona investigada podrá solicitar la práctica de diligencias de investigación, además de aportar elementos de descargo, sobre lo cual resolverá el FED, pudiendo denegarlo a través de decreto, impugnante ante el Juez de Garantías (arts. 33 y 34 LOFE), derechos referidos *ut supra*.

En cuanto a la personación de la acusación particular, por tanto de la víctima⁶¹, además de las asociaciones y entidades legitimadas para la

⁶⁰ Existe un tratamiento especial para cuando se trate de aforados, supuesto en el que el Fiscal General Europeo se dirigirá al Juez de Garantías del órgano enjuiciador, para que solicite la correspondiente autorización, tanto para la comparecencia como para la adopción de medidas cautelares (art. 27.5 LOFE).

⁶¹ Con particular definición en el art. 36.1 LOFE, víctimas serían las personas o entidades ofendidas por la infracción o que hubieran padecido un perjuicio consecuencia del delito cometido, difiriendo por tanto del concepto del art. 2 EVD, donde se diferencia entre víctima directa e indirecta. Consideramos que sería aplicable lo previsto en el artículo 109 bis.1 y .2 LECRIM, en cuanto a la legitimación para el ejercicio de la acusación particular, al igual que en lo referente a la agrupación de oficio, de las víctimas ya personadas como acusación, bajo una misma dirección jurídica.

defensa de los intereses lesionados⁶², se podrá efectuar a través de escrito dirigido al FED, en cualquier momento anterior al del trámite del escrito de acusación, sin que ello implique la retroacción de actuaciones. Si el FED denegara la personación, el decreto podrá impugnarse ante el Juez de Garantías (art. 36 LOFE)⁶³. La acusación particular podrá ejercitar tanto la acción civil⁶⁴ como la penal y, si la víctima únicamente ejercitara la civil, se personará como actor civil, con idéntico sistema de solicitud ante el FED y control jurisdiccional al previsto para la acusación particular, pudiendo instar la adopción de medidas cautelares reales (art. 37 LOFE)⁶⁵. Se incorpora en consecuencia el mismo esquema de las partes activas del proceso penal español, singularidad respecto a otros Estados dada la ausencia de monopolio en el ejercicio de la acción penal por el FED, con

⁶² De forma específica se reconoce la legitimación de dichas asociaciones y entidades en el art. 36.5 *in fine* LOFE, personación que equivaldría al ejercicio de la acción por las asociaciones de víctimas y las personas jurídicas a las que la Ley reconozca legitimación para defender los derechos de las víctimas, conforme al art. 109 bis.3, si bien a diferencia de este precepto, no se requeriría la autorización de la víctima del delito, como ya hemos comentado. Estaríamos ante un supuesto en el que se podría litigar en procesos ajenos, por derechos e intereses propios, tratándose de una legitimación extraordinaria *ope legis*. No está previsto que estas entidades distintas a la víctima, puedan ejercitar únicamente la acción civil, es decir, únicamente podrán personarse como acusación particular y ejercitar tanto la acción penal como la civil.

⁶³ Se reproduce por tanto el sistema regulado en el art. 110.1 LECRIM, con similares momento preclusivo y criterio respecto a la no retroacción de las actuaciones practicadas, si bien el escrito se dirige al FED como director de la investigación, con control jurisdiccional a través de recurso ante el Juez de Garantías, siendo irrecurrible la resolución que resuelva el recurso. No está previsto el ofrecimiento de acciones, tal y como está concebido en los arts. 642 y 643 LECRIM, ante la petición de sobreseimiento del Fiscal, cuando no hubiera acusación particular personada.

⁶⁴ No obstante, no se prevé en los mismos términos que en el art. 112 LECRIM, que la víctima se reserve expresamente el ejercicio de la acción civil para un proceso posterior. Entendemos que dado que el FED ejercerá en todo caso tanto la acción penal como la civil derivada del delito, en caso de que la víctima no ejercitara esta última, sería la beneficiaria de la misma en los términos que se acuerden en la sentencia, sin que tuviera por tanto especial sentido, que se contemplara un posterior proceso para la determinación de la responsabilidad civil.

⁶⁵ Obviamente, no tiene sentido que pueda realizar actos procesales referentes a la responsabilidad penal, tales como la solicitud de diligencias de investigación, como todo actor civil. Pero en el art. 320 LECRIM se permite al actor civil solicitar diligencias relativas a la acción civil, lo cual no se contempla en los mismos términos en la LOFE, dado que su intervención se limitaría a las medidas cautelares, por lo que tendría un ámbito objetivo de actuación más estrecho en el procedimiento de investigación por el FED que en el proceso penal regulado en la LECRIM.

la exclusión de la acusación popular, lo cual como hemos visto refleja la política del legislador respecto a las partes activas.

La participación de la acusación particular consiste en el derecho de acceso al expediente de investigación conforme a la LECRIM, salvo que se haya declarado el secreto, en la aportación de informaciones relevantes para la investigación, en la intervención en los actos de investigación, sobre todo en lo referente al aseguramiento de la fuente de prueba y en la posibilidad de solicitar al FED las diligencias de investigación que considere relevantes, derechos que también posee la persona investigada, como vimos. Si el FED denegara estas peticiones, el decreto de denegación podrá recurrirse ante el Juez de Garantías y respecto a las diligencias denegadas, la acusación particular podrá además solicitarlas al Juez de Garantías, que ordenará su realización si su resultado fuera determinante y no fuera posible demorarlas a la fase intermedia o al juicio oral⁶⁶. Igualmente, la acusación particular podrá solicitar medidas cautelares personales (art. 79 LOFE) y reales (art. 56 LOFE).

3.3 Desarrollo de la investigación

El núcleo fundamental del procedimiento de investigación impulsado por el FED, al que no será aplicable el criterio de la duración establecido en el art. 324 LECRIM, estaría constituido por la realización de las diligencias de investigación⁶⁷, la adopción de las medidas cautelares y las medidas de aseguramiento. El FED que impulsará el procedimiento y velará por su desarrollo en el tiempo mínimo imprescindible, únicamente podrá ordenar aquellos actos de investigación que no requieran autorización del Juez de Garantías, lo cual se determina de forma análoga a las facultades que en las investigaciones posee el Ministerio Fiscal en nuestro proceso penal⁶⁸,

⁶⁶ En cuanto a la participación de la acusación particular, *vid.* arts. 38 a 41 LOFE, entre otros.

⁶⁷ Actividad investigadora que se efectuará conforme a los principios de legalidad, proporcionalidad e imparcialidad, debiendo el FED indagar las pruebas tanto inculpatórias como exculpatórias (considerando n° 65 Preámbulo y art. 5 RFE), como vimos *ut supra* al tratar el sistema de principios.

⁶⁸ Goyena Huerta, J. (2021): “La Fiscalía Europea...”, *cit.*, pp. 65 a 68. El RFE optó porque las facultades de investigación de la Fiscalía Europea, respondieran a los mismos criterios de cada ordenamiento interno para las Fiscalías nacionales (art. 13.1). En nuestro país obviamente la Fiscalía Europea podrá impartir instrucciones particulares a la policía, aunque se plantea la duda sobre si además puede impartirle instrucciones generales. El autor opina que ello sí sería posible, dado que el art. 2.2 LOFE establece que en lo no

por tanto en función de su nivel de afectación a los derechos fundamentales, conforme a la CE y el ordenamiento, teniendo el FED que solicitar al Juez de Garantías además las medidas cautelares personales previstas en la LECRIM, cuya adopción esté reservada a la autoridad judicial (arts. 42.1, 69 y 77 LOFE), conforme al sistema de control jurisdiccional de la investigación. Por tanto la medida cautelar personal que puede acordar el FED se reduce fundamentalmente a la detención (art. 78 LOFE), debiendo solicitar al Juez de Garantías tanto la adopción como la prórroga del resto de las medidas cautelares personales (arts. 79 a 82 LOFE), de las cuales la más relevante sería obviamente, la prisión provisional, respecto a la cual están previstas especialidades en materia de recurso de apelación contra la resolución por la que se adopte, que se resolverá de forma preferente y en el plazo máximo de diez días (art. 89 LOFE). El FED podrá emitir una Orden Europea de Detención y Entrega, dado que el apartado 2 de la Disposición Final 5º LOFE, lo incorpora como autoridad de emisión a los efectos del art. 35.1 de la Ley 23/2014, de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (LRM).

Si bien los actos de investigación son los regulados en la LECRIM, se ejecutarán conforme a las especialidades contempladas en la LOFE (art. 42 LOFE). En concreto, el FED podrá ordenar a través de decreto, la declaración testifical, la realización de dictámenes periciales con la correlativa designación de peritos, medidas de protección de testigos y peritos del mismo modo que los Fiscales nacionales, además de solicitarlas al Juez de Garantías conforme a la LO 19/1994, acordar la entrada y registro en lugares cerrados que no constituyan domicilio, dado que en este supuesto será necesaria la autorización del Juez de Garantías, salvo que exista consentimiento o se trate de un delito flagrante, criterio que igualmente se aplica a la entrada y registro en el domicilio de personas jurídicas, con reglas especiales para la autorización en determinados lugares o dependencias y, al igual que los Fiscales nacionales, el FED

previsto se aplicará la LECRIM, fundamentalmente las disposiciones del PROA, por lo que sería de aplicación el art. 773.1,2 LECRIM, teniendo además preferencia las eventuales instrucciones que el FED dirija a la policía sobre las recibidas por sus superiores jerárquicos policiales, entre otras razones, dada la aplicación del criterio establecido por la STS de 14 de octubre de 1999 y la Instrucción 1/2008 de la Fiscalía General del Estado.

podrá acordar la conservación de datos y la circulación o entrega vigilada de sustancias, efectos, equipos, materiales e instrumentos⁶⁹.

Se efectúa un tratamiento especial de la interceptación de las comunicaciones y de las medidas de investigación tecnológica (arts. 579 a 588 octies LECRIM), diligencias que en la actualidad poseen una especial relevancia en la investigación penal e incluso, una especial idoneidad y utilidad en el procedimiento dirigido por el FED, dada la naturaleza específica de los delitos sobre los que versa. En estas diligencias de investigación limitativas de los derechos fundamentales del art. 18 CE, el FED si bien tendrá las facultades que poseen los Fiscales nacionales, actuará conforme a una serie de reglas específicas. Éstas consisten en que el FED instará al Juez de Garantías la medida de investigación conforme a la legislación española, con especialidades si se trata de prueba transfronteriza, pudiendo dirigir personalmente la ejecución de la medida, recibiendo directamente de forma periódica los datos de tráfico o asociados obtenidos, la grabación de las comunicaciones y su transcripción, además de solicitar la prórroga de la medida⁷⁰, siendo el FED quien convocará a la persona investigada y a las partes a la comparecencia del art. 28 LOFE cuando cese la intervención y se alce el secreto, para el examen de las grabaciones⁷¹. Por tanto, los resultados de estas medidas de investigación se trasladarán al FED y no al Juez, al restringirse la intervención judicial a la preceptiva autorización por el Juez de Garantías, de la propia medida, extensión y prórroga.

En las investigaciones transfronterizas⁷² los FEDs cooperarán y se asistirán mutuamente, asignándose la medida de investigación que se

⁶⁹ Estas medidas están previstas en los arts. 43 a 47, 49 y 50 LOFE.

⁷⁰ Rodríguez-Medel Nieto, C. (2022): *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 y de la Ley Orgánica 9/2021-LOFE*, edición propia, Madrid pp. 266-267. La posibilidad de que el FED solicite al Juez de Garantías la autorización para dirigir personalmente el desarrollo de la medida, constituye una especialidad que conlleva una excepción al régimen general, donde el FED no tiene que solicitar dicha autorización, dado que él es quien dirige la ejecución de la medida. Aunque resulte sorprendente, la LOFE deja cierto margen a que el registro se ponga a disposición del Juez de Garantías. No existen especialidades por otro lado, respecto a la prórroga, dado que el FED podrá solicitarla si está prevista en la LECRIM.

⁷¹ Cfr. arts. 48 y 69 a 76 LOFE.

⁷² Jimeno Bulnes, M. (2023): “La Fiscalía Europea...”, cit., pp. 151-152. Es muy llamativo que en el art. 31 RFE no se haga referencia a la Orden Europea de Investigación, a pesar de que en dicho precepto se mencionen expresamente las investigaciones transfronterizas, reconociéndose lógicamente, la posibilidad de utilizar este instrumento.

ejecute en otro Estado miembro al FED ubicado en el mismo, informando de ello al Fiscal Europeo supervisor, siendo el FED asistente el que solicite en el Estado de ejecución la autorización judicial si ésta es necesaria. En caso de que la autorización judicial únicamente fuera necesaria en el Estado del FED encargado de la investigación, éste deberá recabarla, presentándola junto con la asignación al FED asistente. Las autorizaciones referidas se solicitarán en nuestro país al Juez de Garantías, tanto si el FED es el que solicita la medida transfronteriza como si adopta el rol de FED asistente, respecto a las solicitudes transfronterizas recibidas. Cabe la posibilidad de que la medida no exista en el entorno nacional, pero se pudiera adoptar a través de un instrumento de reconocimiento mutuo o cooperación transfronteriza, supuesto en el que los FEDs interesados, podrán recurrir a los mismos. Está previsto que se remita el asunto a la Sala Permanente en caso de que el FED asistente no pueda resolverlo en un plazo de siete días o en el plazo establecido en la asignación, la cual decidirá de conformidad con el Derecho nacional aplicable, pudiendo acordar una medida sustitutoria⁷³. Estamos por tanto ante un modelo de cooperación directa entre los FEDs para las investigaciones transfronterizas, donde la función de la autoridad jurisdiccional se restringe a las preceptivas autorizaciones, donde toda la estructura de la Fiscalía Europea está concebida para la realización de este tipo de investigaciones, un sistema donde el FED adquiere un protagonismo sustancialmente superior al del Fiscal en entornos nacionales.

Las actuaciones relativas a la práctica de las diligencias de investigación, se registrarán en el sistema de gestión de casos de la Fiscalía Europea, registro al que podrá acceder directamente el FED, el cual podrá dar órdenes e instrucciones a la Policía Judicial, aunque no a los Fiscales, para lo cual tendrán que pedir que colaboren a la Fiscalía General del Estado⁷⁴.

Las medidas cautelares reales, con las que se asegurarán las responsabilidades patrimoniales de naturaleza penal y civil, además del futuro decomiso y costas procesales, se adoptarán a través de decreto del FED⁷⁵, recurrible a través del control jurisdiccional del Juez de Garantías,

⁷³ En cuanto a las investigaciones transfronterizas, *cf.* arts. 31 y 32 RFE y 51 LOFE.

⁷⁴ Respecto al sistema de gestión de casos y las órdenes e instrucciones del FED, *vid.* Vidal Fernández, B. (2022): “La actuación de la Fiscalía Europea...”, *cit.*, pp. 12 y 13.

⁷⁵ Arangüena Fanego, C. (2023): “Proceso penal e investigación de la Fiscalía Europea: Especial consideración de su actuación en materia cautelar”. En A. Miranda Rodríguez,

pudiendo recaer sobre bienes y derechos de la persona investigada⁷⁶ o de terceros responsables civiles, siendo aplicable la legislación española, conforme a las especialidades establecidas en la LOFE. El FED podrá además acordar respecto a las personas jurídicas y las empresas, organizaciones o entidades carentes de personalidad jurídica, la suspensión de actividades, clausura de establecimientos, intervención judicial y suspensión cautelar del derecho a obtener subvenciones y ayudas. Estas medidas cautelares podrán acordarse de oficio por el FED y además solicitarse por las partes activas del procedimiento, pudiendo el sujeto afectado solicitar la prestación de caución sustitutoria⁷⁷. Cuando se trate de investigar patrimonialmente a la persona investigada, el FED podrá acordar las actuaciones necesarias, salvo que, por su naturaleza, éstas requieran autorización del Juez de Garantías. Los bienes decomisados cautelarmente, podrán utilizarse y realizarse de forma anticipada, pudiendo el FED además encomendar la conservación y administración de

A. Nieto Martín, M. Acale Sánchez y M. João Costa (Eds.) *Procuradoria Europaea e Criminalidade Económico-Financeira*, Fduc, Coimbra, pp. 254 y 258-259. La LOFE confiere al FED importantes facultades para ordenar de oficio y sin convalidación judicial, a diferencia del ALECRIM y del propio Anteproyecto de la LOFE, cualquier medida cautelar real, para asegurar las responsabilidades pecuniarias al margen de la gravedad del delito, facultades que no poseen los Fiscales en procedimientos nacionales, yendo más allá de lo que exige al respecto el RFE. Por tanto, no se incorpora la característica de la “jurisdiccionalidad”, a diferencia de lo establecido en la LECRIM y en la legislación procesal en general, considerándose que la “total desjudicialización” suscita “ciertas dudas”, a pesar de que en principio no hay inconveniente para ello, dado que este tipo de medidas reales no suponen restricción de derechos fundamentales.

⁷⁶ Rodríguez-Medel Nieto, C. (2022): *Fiscalía Europea...*, cit., pp. 334 y 335. La persona investigada tiene la obligación de manifestar sus bienes. Ello constituye un ejemplo más, de que el legislador en la LOFE ha introducido novedades que se habían incorporado en el ALECRIM y que no están contempladas en la LECRIM. Esta obligación únicamente recae sobre la persona investigada, no sobre otras personas y tendrá los mismos derechos que en toda manifestación que realice en el procedimiento, pudiendo acogerse a su derecho a no declarar. Si no contestara, ello no tendrá ninguna consecuencia. Precisamente, por la previsible falta de éxito práctico de la obligación de manifestación de bienes de la persona investigada, se prevé la averiguación patrimonial.

⁷⁷ Arangüena Fanego, C.: “Proceso penal e investigación de la Fiscalía Europea...”, cit., pp. 267 y 267. La LOFE omite cualquier referencia al carácter contradictorio del procedimiento de adopción de la medida cautelar. La contradicción sería de carácter diferido, ya sea a través de la impugnación del decreto del FED ante el Juez de Garantías (art. 63 LOFE), al solicitar la reducción de la medida cautelar (art. 60.2 LOFE) o al ofrecerse caución sustitutoria para el alzamiento de la medida (art. 59 LOFE).

los efectos o bienes, a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos⁷⁸. Estas medidas adquieren una especial relevancia en el procedimiento de investigación del FED, dada la naturaleza de los delitos sobre los que versa y su finalidad de recuperar los activos ilícitamente utilizados o sustraídos.

Observamos que dado que estamos ante un procedimiento de investigación por el FED, al margen del mismo, podría haberse iniciado o iniciarse con posterioridad un proceso de decomiso autónomo, además de la posibilidad de intervención de terceros que pueden resultar afectados por el decomiso, procedimientos que como tales no están implementados en el procedimiento dirigido por el FED, si bien dada la naturaleza de los delitos objeto del mismo, podrían producirse conflictos con el procedimiento que el FED dirija, además de surgir cuestiones prejudiciales, lo cual no sería en absoluto improbable, dado el sistema de atribución de competencias a la Fiscalía Europea y la posibilidad de que simultáneamente existan procedimientos estrictamente nacionales, como hemos visto cuando hemos tratado las cuestiones de competencia, debiendo en todo caso velarse por la tutela judicial efectiva y las garantías procesales, preservándose el principio *ne bis in ídem*.

En cuando al incidente para el aseguramiento de las fuentes de prueba⁷⁹, al cual ya hicimos referencia cuando tratamos las atribuciones jurisdiccionales del Juez de Garantías y los derechos de la persona investigada, formando parte integrante del sistema de control jurisdiccional atribuido al Juez de Garantías, autoridad competente para acordarlo a través de auto, constituye un incidente que durante la fase de investigación puede solicitar la persona investigada y el FED de oficio o a instancia de las partes acusadoras, para que se garantice la disponibilidad de la prueba en el juicio oral. Versa sobre la prueba de carácter personal, testigos, peritos y la persona investigada y únicamente se utilizará en el juicio oral si efectivamente el medio de prueba no estuviera disponible en esta fase, documentándose en acta el resultado de la comparecencia ante el Juez de Garantías, pudiendo ampliarse posteriormente la declaración, en caso de que existan nuevos hechos o hechos desconocidos en el momento de la comparecencia. Se trata por tanto, de una prueba anticipada de

⁷⁸ Cfr. arts. 52 a 63 LOFE.

⁷⁹ González López, J. (2021): “Consideraciones acerca del control jurisdiccional...”, cit., pp. 167 y 171. Del mismo modo que las medidas de investigación, se trata de una actuación que se regirá por el Derecho nacional, limitado o matizado por el Derecho de la UE, por tanto, por el RFE.

carácter personal⁸⁰, que se practicará antes del emplazamiento ante el órgano enjuiciador, con aplicación de las disposiciones correspondientes de la LECRIM⁸¹.

3.4 Terminación del procedimiento de investigación

El procedimiento de investigación dirigido por el FED, puede concluir con remisión a las autoridades nacionales por falta de competencia o bien, por acomodación del procedimiento, decisiones que adoptará la Sala Permanente. En el primer supuesto, las actuaciones se remitirán a la autoridad nacional para que continúe conforme a la LECRIM, cuando el FED considere que los hechos no entran dentro de su competencia conforme al art. 34 RFE⁸² o que ya no se cumplen las condiciones específicas para su ejercicio, lo cual comunicará al Fiscal General del Estado, que remitirá el procedimiento al órgano de instrucción competente, conservándose todas las actuaciones practicadas, sin que sea posible con carácter general la retroacción de actuaciones (art. 107 LOFE). En el supuesto de acomodación del procedimiento, anteriormente referido cuando tratamos el sistema de principios, el FED se abstendrá de conocer si no concurren los presupuestos del art. 25.2 y .3 RFE⁸³ o bien conforme a lo establecido en el art. 34.3 RFE⁸⁴, dándose igualmente traslado a la Fiscalía General del Estado que tendrá que acordar si asume o no el asunto. En el supuesto de que no lo asuma, el FED continuará tramitándolo conforme a la LOFE. Estos supuestos regulados en los arts. 107 y 108

⁸⁰ Observa Vidal Fernández, B. (2022): “La actuación de la fiscalía europea...”, cit., p. 15, que en realidad no se trata de medidas de aseguramiento de la fuente de prueba, sino de la práctica anticipada de la prueba, confundiendo el legislador el aseguramiento con dicha práctica anticipada, al igual que los conceptos de fuente y medio de prueba, como se comprueba en el art. 96.3 LOFE.

⁸¹ *Cfr.* respecto a este incidente, arts. 96 a 106 LOFE.

⁸² Rodríguez-Medel Nieto, C. (2022): *Fiscalía Europea...*, cit., pp. 402 y 402. Se puede plantear un conflicto negativo de competencia, si la Fiscalía Europea considera que la actividad principal de la organización criminal no fuera cometer un delito PIF y la autoridad nacional discrepe, que será resuelto por las autoridades nacionales designadas para resolver este tipo de conflictos.

⁸³ Supuestos tratados *ut supra* al estudiar las cuestiones de competencia, segundo grupo de delitos en los que prevalece el criterio de las autoridades nacionales al respecto.

⁸⁴ Se trata de delitos que causen o puedan causar un perjuicio para los intereses financieros de la Unión de cuantía inferior a 100.000 €, en los que la Sala Permanente seguirá las orientaciones generales determinadas por el Colegio, respecto a si resultara beneficioso que las autoridades nacionales sean quienes se encarguen del asunto.

LOFE respectivamente, creemos que tratan la materia de forma confusa, no siendo siempre fácil determinar ante qué supuesto específico estamos, dado que en el primero (remisión a las autoridades nacionales), se alude al art. 34 en su integridad, lo cual no carece de consecuencias dado su diverso tratamiento en cuanto al curso del procedimiento, estando en juego los derechos e intereses de las partes, reflejándose una vez más, la cuestión de la compleja e incluso confusa determinación de la competencia de la Fiscalía Europea.

Tras la realización de todas las actuaciones del procedimiento de investigación, el FED dictará el decreto de conclusión, que podrá contener el archivo por improcedencia de la acción, conforme al art. 39.1 RFE, la solicitud de que se dicte sentencia de conformidad, con escrito de acusación firmado de forma conjunta con la defensa de la persona investigada⁸⁵, la solicitud de apertura del juicio oral formulando escrito de acusación y finalmente, el ejercicio de la acción en otro Estado miembro con el correlativo archivo del procedimiento realizado en nuestro país. El decreto se notificará a las partes y a las víctimas no personadas. El archivo por improcedencia podrá ser total o parcial respecto a los hechos y a las personas investigadas, debiendo consultarlo el FED al Fiscal General del Estado, cuando hubiera conocido de delitos “indisociablemente vinculados” conforme al RFE, consulta que también efectuará cuando se trate de delitos de fraude de subvenciones, ayudas de la UE y gastos del presupuesto de la Unión, al igual que en aquéllos en los que el perjuicio causado a los intereses de la Unión, no sea superior al perjuicio que se cause o pudiera causar a la víctima. En estos supuestos el Ministerio Fiscal podría asumir la competencia, previa transformación del procedimiento conforme al sistema de remisión a la autoridad nacional que acabamos de tratar. De todos modos, el decreto de archivo no impide la reapertura del procedimiento si concurrieran nuevos hechos que lo justifiquen⁸⁶, lo cual se fundamentará en el consiguiente decreto de reapertura, que será posible recurrir ante el Juez de Garantías, como mecanismo de control

⁸⁵ Manifestación del principio de oportunidad que está en consonancia con nuestro sistema de justicia penal negociada, como vimos al tratar los principios procesales.

⁸⁶ Rodríguez-Medel Nieto, C. (2022): *Fiscalía Europea*, cit., p. 411. Considera que debería haberse previsto la reapertura no sólo en caso de hechos nuevos desconocidos por la Fiscalía, sino también en caso de que aparezcan nuevas fuentes de prueba desconocidas o indisponibles anteriormente. De cualquier forma, el hecho tendría que ser nuevo tanto para el FED como para la propia Fiscalía Europea como órgano único, dado que la reapertura la decide la Sala Permanente.

jurisdiccional⁸⁷. Consideramos que el riesgo de reapertura, puede generar una situación escasamente garantista, creándose “libertos de la curia” al no equipararse el decreto de archivo al sobreseimiento libre de nuestra LECRIM, conquista del proceso penal en un Estado de Derecho que la LOFE parece omitir, dado que el archivo sería provisional, salvo en los supuestos del art. 35.1 RFE en los que sería definitivo, como el fallecimiento, la prescripción de la acción o la cosa juzgada.

CONCLUSIONES

Se han ido incorporando las respectivas conclusiones a medida que se han estudiado las diversas instituciones objeto de este trabajo, si bien a modo de síntesis y reflexión final, efectuamos las siguientes observaciones. Posee gran relevancia la apuesta por el modelo procesal acusatorio puro con la consiguiente atribución de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, como modelo paradigmático a seguir en la UE. Para la evolución de nuestro propio proceso penal, la efectiva implantación del procedimiento especial de investigación por el FED, constituye un importante avance de gran calado estructural, que podría ser el prefacio del futuro proceso penal español. En este contexto, posee especial relevancia la independencia externa de la Fiscalía Europea, que, preservando el principio de unidad de actuación, es fundamental para el funcionamiento de la institución, conjurando los importantes recelos que surgen en nuestro sistema respecto a la figura del Fiscal instructor, por lo que esta independencia debería constituir igualmente, una premisa fundamental para nuestro futuro proceso penal. El equilibrio obtenido con la incorporación de la acusación particular, institución específica de nuestro sistema, refleja una interesante interpretación del sistema adversativo.

El delicado sistema de distribución de competencias entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales, constituye sin embargo la gran cuestión candente, siendo necesario que el principio de cooperación leal se aplique en su máxima extensión, para evitar que el compromiso y los fines conforme a los que la Fiscalía fue creada, se deterioren. Las relevantes potestades del FED en el procedimiento de investigación y el sistema de control jurisdiccional instaurado, permiten conciliar sus funciones con los derechos y garantías procesales de la persona investigada, las partes personadas y las propias víctimas, las cuales poseen

⁸⁷ *Cfr.* arts. 109 a 113 LOFE.

un especial reconocimiento como conquista irrenunciable del proceso penal moderno, siendo todo ello especialmente relevante en un sistema especialmente garantista como el nuestro. La finalidad con la que la Fiscalía Europea ha sido creada, la defensa de los intereses financieros de la UE, se refleja en aspectos inéditos en el entorno nacional, como la posibilidad de que el FED adopte medidas cautelares reales.

La cuestión fundamental controvertida, la referida distribución de competencias entre la Fiscalía Europea y los Estados, está en el trasfondo tanto del inicio como de la terminación del procedimiento de investigación, habiéndose instaurado un complejo sistema tanto para la previa asignación de la competencia al FED como para la ulterior remisión a las autoridades nacionales al finalizar dicho procedimiento, que no posee ni la necesaria ni la suficiente claridad, siendo campo abonado para que surjan controversias competenciales.

De todos modos, la instauración de la Fiscalía Europea, ha conllevado beneficios nada desdeñables en el proceso de integración europea y en la aproximación de los sistemas procesal penales, lo cual es meritorio, dado que el ejercicio del *ius puniendi* constituye una de las parcelas más irrenunciables de las soberanías nacionales. Si bien la Fiscalía Europea se ha instaurado únicamente respecto a determinados delitos específicos y con un cuestionable sistema competencial, el avance que supone hacia el sistema acusatorio puro, constituye un importante paso adelante que puede generar importantes beneficios en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y, por tanto, en la propia cooperación judicial en la UE. Debemos valorar de forma muy positiva, que el nuevo procedimiento especial ponga de manifiesto que es posible conciliar este sistema con las especialidades de nuestro proceso penal, con el relevante avance añadido que supone, la instauración de la independencia externa de la Fiscalía Europea, creándose un valioso diseño para inspirar el futuro proceso penal español.

BIBLIOGRAFÍA

Arangüena Fanego, C. (2023), “Proceso penal e investigación de la Fiscalía Europea: Especial consideración de su actuación en materia cautelar”, en Anabela Miranda Rodrigues, Adán Nieto Martín, María Acale Sánchez y Maria João Costa (Eds.) *Procuradoria Europaeia e Criminalidade Económico-Financeira*, Coimbra, Fduc, pp. 251 a 270.

- Calderón Cuadrado, M. P. (2020), “La Fiscalía Europea. Alguna clave para su entendimiento”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 29, pp. 232-264.
- Gómez Colomer, J. L. (2018), “La fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 41, pp. 157-184.
- Gómez Colomer, J. L. (2021), “La inserción de la Fiscalía Europea en el sistema procesal español”, en Víctor Moreno Catena y M^a Isabel Romero Pradas (Dir.), M^a Elena Laro González (Edit.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profesora María Isabel González Cano*, Valencia, Tirant lo blanch, pp. 217-240.
- González López, J. J. (2021), “Consideraciones acerca del control jurisdiccional de la Fiscalía Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 53, pp. 163-196.
- Goyena Huerta, J. (2021), “La Fiscalía Europea y su intervención en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, pp. 53-68.
- Jimeno Bulnes M. (2023), “La Fiscalía Europea: Un breve recorrido por la “institución””, en Anabela Miranda Rodrigues, Adán Nieto Martín, María Acale Sánchez y Miguel João Costa (Eds.) *Procuradoria Europeia e Criminalidade Económico-Financeira*, Coimbra, Fduc, pp. 113-174.
- Martínez Santos, A. (2018), “Capítulo I. El Estatuto de independencia de la Fiscalía Europea y sus garantías”, en Lorena Bachmaier Winter (Coord.), *La Fiscalía Europea*, Madrid, Marcial Pons, pp. 23-51.
- Montesinos García, A. (2018), “La nueva fiscalía antifraude europea”. *Revista General de Derecho Procesal*, 46, 159-207.
- Rodríguez-Medel Nieto, C. (2022), *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 y de la Ley Orgánica 9/2021-LOFE*, Madrid, edición propia.

- Rodríguez-Medel Nieto, C. (2023), “En el corazón de la Fiscalía Europea: las Salas Permanentes”, *Revista de Estudios Europeos*, nº Extraordinario monográfico 1, pp. 1-27.
- Sánchez Gómez, R. (2018), “La Fiscalía Europea (naturaleza, atribuciones y principios de actuación)”, en M^a Isabel González Cano (Coord.), *Integración europea y justicia penal*, Valencia, Tirant lo blanch, pp. 281-313.
- Tinoco Pastrana, A. (2004), “El modelo procesal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Justicia: Revista de Derecho procesal*, nº 1-2, pp. 271-290.
- Tinoco Pastrana, A. (2015), “La participación de las asociaciones de víctimas como parte acusadora en el proceso penal y el nuevo Estatuto de la víctima del delito, por el que se transpone la Directiva 2012/29/UE”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 115, pp. 271-308.
- Vidal Fernández, B. (2021), “El procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, nº 4, pp. 233-272.
- Vidal Fernández, B. (2022), “La actuación de la fiscalía europea en el proceso penal español regulada en la LO 9/2021”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 66, pp. 1-32.
- Vidal Fernández, B. (2023), “Control jurisdiccional de los actos de la Fiscalía Europea: Artículo 42 Reglamento de la Fiscalía Europea”. *Revista de Estudios Europeos*, nº Extraordinario monográfico 1, pp. 28-67.
- Zárate Conde, A. y De Prada Rodríguez, M. (2018), “Capítulo 9: Reflexiones sobre la transacción en el marco de la Fiscalía Europa”, en Lorena Bachmaier Winter (Coord.), *La Fiscalía Europea*, Madrid, Marcial Pons, pp. 221-228.