

El proceso penal español en el que interviene la Fiscalía Europea

Myriam Segura Rodrigo

Fiscal de la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada

1. Normativa básica y necesidad de una reforma procesal

Los textos legales básicos de origen europeo en esta materia son el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo TFUE¹), el Reglamento de la Fiscalía Europea 2017/1939 (en lo sucesivo RFE²) y la Directiva contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión 2017/1371 (en lo sucesivo Directiva PIF³). El TFUE regula en sus arts. 82 a 86, 280 y, en particular, el 325 la armonización normativa y la cooperación institucional para la protección de los intereses financieros de la Unión contra el fraude. Toda la normativa europea sobre esta materia tiene efecto directo, bien por el tipo de norma (caso del RFE), bien por haber transcurrido el plazo de transposición (caso de la Directiva PIF).

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

También se encuentra regulado el proceso de acceso a los puestos de trabajo de la FE de origen español mediante RD 32/2019⁴ y Orden JUS/97/2019⁵.

La acción pública respecto de los delitos contra los intereses financieros de la Unión, en tanto no decida la FE asumir un caso, corresponde al Ministerio Fiscal. La competencia respecto de estos delitos se encuentra atribuida a la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, conforme al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF)⁶ y la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 4/2006⁷ que considera de especial trascendencia los delitos contra la Hacienda Pública cuando el fraude se cause a los intereses financieros de la Unión Europea.

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

Art. 86. 1. Para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, el Consejo podrá crear, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, una Fiscalía Europea a partir de Eurojust. (...).

Art. 325: Los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes (...).

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

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

³ Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal.

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

⁴ Real Decreto 37/2019 de 1 de febrero, por el que se crea la Comisión de selección y se regula el procedimiento para la designación de la terna de candidatos a Fiscal Europeo y candidatos a FED en España, a los que se refieren los artículos 16 y 17 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

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

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

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

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

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

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

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

La competencia material⁸ viene atribuida a la FE respecto de:

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

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

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

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

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

A este núcleo esencial de tipos delictivos, que abarcan los fraudes en materia de ingresos (procedentes o no de los recursos propios del IVA) y de gastos (relacionados o no con contratos públicos) deben añadirse⁹, al menos, los delitos de blanqueo de capitales que afecten a bienes procedentes de delito PIF (art. 301 CP), el cohecho cuando perjudique o pueda perjudicar los intereses financieros de la Unión (art. 319 CP), la malversación cuando perjudique de cualquier manera a los intereses financieros de la Unión (art. 432 CP) y la comisión de dichos delitos en el seno de organizaciones criminales (art. 570 bis CP).

Igualmente establece el RFE que, para evitar un *ne bis in idem* y permitir la investigación eficiente de delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, la FE podrá asumir los delitos indisociablemente vinculados a un delito PIF¹⁰ cuando este delito sea preponderante o, aun no siéndolo, el delito conexo se considere de carácter accesorio por ser meramente instrumental para el delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión. Esta circunstancia puede apreciarse, conforme al RFE, cuando un delito se dirija *estrictamente a asegurar los medios materiales o legales* para cometer el delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión o para asegurarse el beneficio o producto de dicho delito.

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

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

Los delitos de malversación de caudales públicos y de cohecho se investigan y enjuician por los trámites del procedimiento del jurado (arts. 1.2. f y h Ley del Jurado¹¹). Al mismo tiempo son delitos incluidos en el ámbito de competencia de la FE (arts. 4. 2 y 3 de la Directiva PIF).

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

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

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

⁹ Arts. 4 y 8 Directiva PIF.

¹⁰ Considerandos 43, 55 y 56 del RFE.

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

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

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

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

La Resolución de 30-7-2015 de la IGAE¹² dedica su Sección Sexta a regular las actuaciones a realizar cuando en el ejercicio del control financiero permanente se conozcan hechos que puedan dar lugar a responsabilidades penales. El interventor delegado remitirá sus actuaciones, junto con una copia de los documentos en los que conste la evidencia obtenida, a la Oficina Nacional de Auditoría. Si la detección la hacen los interventores regionales o territoriales, remitirán las actuaciones al interventor delegado que será quien, a su vez, las remita a la Oficina Nacional de Auditoría. La norma contiene como anexo II el modelo para hacer esta remisión.

El Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, integrado en la IGAE, está llamado a establecer los cauces de coordinación e información sobre irregularidades y sospechas de fraude entre las diferentes instituciones nacionales y la OLAF, como parte de su función de coordinar las acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión Europea contra el fraude¹³.

Por su parte la AEAT, cuando aprecie la posible existencia de un delito PIF, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal¹⁴.

4.1. Notificaciones a la Fiscalía Europea. Canales de comunicación

Para que en la FE se inicie el proceso interno que puede terminar con su decisión de su asumir un caso, el RFE impone a las *autoridades nacionales* el deber de informar a la FE de toda conducta que pueda constituir un delito incluido en su ámbito de competencia¹⁵. Esta previsión, contenida en los considerandos, se traslada al articulado del RFE mencionando específicamente las autoridades obligadas: instituciones, órganos u organismos de la Unión y autoridades de los Estados miembros que sean competentes con arreglo al Derecho nacional.

La obligación de transmitir la denuncia a la FE en supuestos que entran en el ámbito de su competencia, por ser impuesta por una norma de aplicación directa, no parece precisar *per se* de una regulación interna. Está ya claramente prevista la obligación de denunciar a nivel nacional y, ahora también, la de remitir la denuncia a la FE en determinados casos. Pero sí podría asegurarse un canal de comunicación centralizado, del mismo modo que en el ámbito administrativo se creó un departamento que centraliza en la IGAE las actuaciones en materia de fraude a los intereses de la Unión, al que ya se ha hecho referencia¹⁶. Si se optara por establecer una comunicación preceptiva a nivel nacional de cualquier denuncia que haya sido remitida –o debiera serlo– a la FE en cumplimiento del precepto antes citado, dicha autoridad habría de ser el Ministerio Fiscal porque tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal pública y dis-

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

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

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

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

¹⁵ Considerando 48 y art. 24.1 RFE.

¹⁶ Vid. Nota 13.

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

En consecuencia, no es preciso incorporar a la nueva normativa la obligación de denunciar porque ya está regulada, si bien habría que canalizar la comunicación a la FE para que se puedan adoptar decisiones sobre la asunción de la competencia asegurando su conocimiento por parte del Ministerio Fiscal, llamado a ejercer su propia competencia de modo residual con unidad de criterio. Establecer esa obligación de comunicación al Ministerio Fiscal facilitaría la coordinación y ofrecería hacia el exterior, además, un interlocutor unitario a estos efectos¹⁸. Es posible centralizar la comunicación a la FE a través de la *Fiscalía General del Estado* o simplemente optar por mantener la posibilidad de denuncia directa por parte de las diferentes autoridades nacionales que entren en contacto con el posible delito, *con copia al Ministerio Fiscal*. En este segundo caso la centralización de la información podría asegurarse estableciendo simplemente que *cualquier comunicación a la Fiscalía Europea de hechos respecto de los que la misma pudiera ejercer su competencia se notifique a la Fiscalía General del Estado*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.3. Protección de denunciante

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

4.3.1. La denuncia anónima

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

En el ámbito europeo el TEDH admite la validez de la utilización de fuentes anónimas de conocimiento con esta condición, así, en el caso Kostovski¹⁹.

En el ámbito nacional la jurisprudencia del TS viene resolviendo en igual sentido, al considerar que las informaciones o confidencias tienen la única virtualidad de iniciar una investigación policial sobre tales hechos de apariencia delictiva y será en el curso de ella cuando se consigan los datos objetivos –verificables por el juez y por terceros– acerca de la probabilidad de la existencia del delito investigado y de la implicación de una persona en dicho delito. Entre las más recientes se encuentra la STS 333/2019²⁰.

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

4.3.2. La Directiva europea de protección del denunciante

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

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

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

o activos de la Unión. Las consecuencias de no hacerlo son un descenso de los ingresos de la Unión y un uso indebido de sus fondos que puede falsear las inversiones públicas, dificultar el crecimiento y socavar la confianza de los ciudadanos en la acción de la Unión. Para evitar estas dificultades se adoptó la Directiva 2019/1937²¹ relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Esta norma (la llamada *Directiva whistleblower*) contiene reglas mínimas comunes para proporcionar un elevado nivel de protección a las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Establece canales de denuncia, internos y externos, de estas infracciones y abarca los delitos contra los intereses de la Unión, *asuma o no el caso la FE*, dado que la regulación lo es por causa de circunstancias personales (denunciante a proteger) y materiales (tipo de infracción a denunciar).²²

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

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

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

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

En un caso en el que se planteó la legitimidad de la denuncia anónima como origen de la investigación, la STS 35/2020²³ confirma la validez de *implantar canales de denuncia que faciliten la existencia de una notitia criminis* e invoca la Directiva whistleblower: “*los informantes, o denunciantes son el cauce más importante para descubrir delitos de fraude cometidos en el seno de organizaciones; y la principal razón por la que personas que tienen conocimiento de prácticas delictivas en su empresa, o entidad pública, no proceden a denunciar, es fundamentalmente porque no se sienten suficientemente protegidos contra posibles represalias provenientes del ente cuyas infracciones denuncia*”. En definitiva, se busca reforzar la protección del denunciante y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocidos en los arts. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas. Debe destacarse que la implantación de un canal de denuncias forma parte integrante de las necesidades del *programa de cumplimiento normativo, ya que con el canal de denuncias quien*

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

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

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

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

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

Como ya se ha dicho, dado el efecto directo del RFE la aplicación de sus disposiciones no en todo caso precisará de una reforma interna²⁴. El RFE dispone (art. 4) que “*La Fiscalía Europea será responsable de investigar los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión*”. La atribución de competencia en esta materia viene a sumarse a la ya vigente capacidad del fiscal –en este caso el español– para tramitar diligencias de investigación penal (arts. 5 EOMF y 773.2 LECrim)²⁵, dirigir la investigación en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores (art. 16 LRPM)²⁶, realizar investigaciones en ejecución de sentencias de decomiso autónomo (art. 803 ter q LECrim)²⁷ y tramitar expedientes de cooperación internacional emitiendo y ejecutando órdenes europeas de investigación (art. 187 LRM)²⁸.

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

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

²⁴ Tampoco la Directiva PIF en lo que pudiera haberse traspuesto de modo defectuoso, puesto que la norma española debe aplicarse y se puede invocar directamente en sus disposiciones incondicionales y suficientemente precisas (STC 13/2017 de 13-12-2017. BOE núm. 59 de 10-3-2017).

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

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

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

²⁷ Artículo 803 ter q LECrim.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los procesos en los que la FE asuma la competencia serán procesos supranacionales (por más que se tramiten en España conforme a la normativa española) si se tiene en cuenta el superior interés institucional y material implicado en ellos. Los delitos competencia de la FE son muy concretos y los casos en los que se va a aplicar la nueva regulación serán relevantes²⁹.

Por lo tanto, nos encontramos ante una necesidad limitada, material y temporalmente, que son los delitos cuya investigación y enjuiciamiento asuma la FE y con una fecha de comienzo real: a partir del 20-11-2020. A mi modo de ver no se trata de los *delitos que entran en el ámbito de la FE* y respecto de los cuales, por tanto, pueda la FE asumir la competencia; se trata solo de los delitos respecto de los que la FE decida asumir su competencia. El RFE determina los supuestos en los que la FE podrá intervenir, circunstancia a partir de la cual se producirá una *decisión de ejercer o no su competencia* (así, arts. 25 y 27). En los casos en los que, pese a poder intervenir, decida no hacerlo, el proceso penal en España puede tramitarse conforme a las reglas ordinarias. Para los supuestos en los que, una vez iniciado el proceso, surge el dato que permite a la FE ejercer su competencia o si durante la investigación ejerce su derecho de avocación, bastaría con establecedor una adecuación del procedimiento a partir de entonces, como prevén la Ley del Jurado³⁰ y la LECrim³¹ en supuestos análogos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.4. La importancia del criterio de la eficacia

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

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

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

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

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

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

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

5.4.2. Un supuesto habitual

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

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

Así será en la mayoría de los Estados miembros.

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

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

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

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

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

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

Conservar la dirección de la investigación en manos de la FE no supone merma alguna de los derechos procesales y ya está legalmente previsto en otros supuestos que son próximos a estos efectos. Pensemos en la actuación de la AEAT durante el proceso de inspección tributaria. Dispone de la capacidad de llevar a cabo examen de documentación en soporte papel o electrónico y registro de locales³³. Cuando se trata de un registro domiciliario es preciso que se haya obtenido autorización judicial. Conforme al art. 113 Ley General Tributaria, cuando en los procedimientos de aplicación de los tributos sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido de un obligado tributario o efectuar registros en el mismo, la Administración tributaria *deberá obtener el consentimiento de aquél o la oportuna autorización judicial.*"

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es posible que exista un fraude de subvenciones europeo y uno nacional estrechamente vinculados, de modo que el proceso deba seguirse conjuntamente por ambos. No es infrecuente el fraude de IVA intracomunitario coetáneo a un fraude nacional del Impuesto sobre Sociedades. En el fraude carrusel no es infrecuente que las empresas creen artificialmente una cuota de IVA a deducir que, igualmente, reflejan en los gastos deducibles de su declaración del Impuesto sobre Sociedades. Al ser éste un impuesto directo, la FE no asumirá competencia sobre el mismo ni sus conexos (art. 22.4 RFE). También podría producirse concurrencia en alguno de los casos previstos en el art. 25.3 si la FE asumiera la competencia respecto de unos delitos y no respecto de otros, conforme a los criterios expuestos en dicho precepto³⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conforme a lo previsto en el TFUE y el RFE la labor de Eurojust habrá de seguir siendo similar a la hasta ahora desarrollada en la práctica³⁵ y su papel será relevante. De un lado, porque seguirá teniendo competencia respecto de delitos PIF en los casos que impliquen a Estados miembros que participan en la cooperación reforzada, pero respecto de los cuales la FE no tiene competencia o decide no ejercerla. De otro lado, a petición de la propia FE podrá intervenir en el ámbito de las investigaciones transfronterizas en el que ya no serán precisos los instrumentos de reconocimiento mutuo, pero que no estará exento de cuestiones procesales y operativas novedosas que Eurojust tiene costumbre y capacidad para resolver. Finalmente, seguirán existiendo relaciones de auxilio con terceros Estados no partícipes en la cooperación reforzada o fuera del ámbito de la Unión.³⁶

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

La estrategia antifraude de la Comisión Europea, publicada el 29-4-2019³⁸, menciona los dos pilares normativos de la lucha antifraude a partir de 2017 –la Directiva PIF y la FE–, además de la reforma del Reglamento de OLAF, que le permitirá colaborar estrechamente con la FE y abordar sus propias investigaciones de modo más efectivo. El documento de la Comisión Europea prevé la entrada en funcionamiento de la FE en 2021 y trata de aglutinar todos los esfuerzos de las distintas instituciones y agencias llamadas a hacer sinergias en esta materia (OLAF, Eurojust, Europol³⁹...), además de los Estados miembros.

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

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

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

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

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

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

³⁸ https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/2019_commission_anti_fraud_strategy_en.pdf

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

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

La relación de la FE con los Estados miembros que decidieron no participar en el sistema de cooperación reforzada sí podría generar una modificación del art. 277 LOPJ, si pensamos en la posibilidad de que la FE solicite, en un proceso que tramite fuera de España, una medida de investigación que haya de practicarse en España⁴⁰. En primer lugar, la FE es una *autoridad judicial*, pero no puede considerarse *extranjera*; en segundo lugar, la asistencia no se le presta para *el desempeño de la función jurisdiccional*, ni en el caso de la FE ni en el de las fiscalías de numerosos Estados que diariamente solicitan y obtienen auxilio de las autoridades españolas. Finalmente, será también necesario establecer el deber de colaboración del Ministerio Fiscal.

Respecto a la consideración de la FE como autoridad judicial en todos estos requerimientos, desde el punto de vista normativo contamos con el ejemplo de la Directiva 41/2014 relativa a la orden europea de investigación penal⁴¹, que establece un concepto de autoridad judicial (art. 2): *Juez, órgano jurisdiccional, juez de instrucción competente o fiscal competente en el asunto de que se trate*. Esta referencia incluye a la FE. Desde el punto de vista jurisprudencial contamos con la doctrina emanada del TJUE⁴². Como destaca García Moreno⁴³ en su análisis de la jurisprudencia relativa a la orden europea de detención, *el término «autoridad judicial» no se limita a designar a los jueces o tribunales de un Estado miembro, sino que debe entenderse en el sentido de designar, más ampliamente, a las autoridades que participan en la administración de la justicia penal en ese Estado miembro, a diferencia, en particular, de los ministerios o de los servicios de policía, que forman parte del poder ejecutivo*.

8. Autonomía y revisión judicial de actuaciones del fiscal

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

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

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

⁴¹ Directiva 41/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DOUE 1-4-2014).

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

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

8.1. La autonomía ya existente

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

A estos efectos el TJUE hace hincapié en la posibilidad de dirigir instrucciones del poder político a la fiscalía. Como recuerda la Nota informativa de la FGE respecto a dicha sentencia⁴⁴ “Señala el TJUE que la «*autoridad judicial emisora*», en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584, debe estar en condiciones de ejercer esta función con objetividad, teniendo en cuenta todas las pruebas de cargo y de descargo, y sin estar expuesta al riesgo de que su potestad decisoria sea objeto de órdenes o instrucciones externas, en particular del poder ejecutivo, de modo que no exista ninguna duda de que la decisión de emitir la orden de detención europea corresponde a esa autoridad y no, en definitiva, a dicho poder (...). En concreto, respecto de las Fiscalías alemanas, se dice que si bien es cierto que están sometidas a la obligación de objetividad y que debe investigar no solo para probar la culpabilidad, sino también la inocencia, no es menos cierto que el ministro de Justicia de un Land dispone de una potestad de instrucción externa con respecto a dichas Fiscalías, lo que le confiere la posibilidad de influir directamente en la decisión de emitir o no emitir una OEDE.”

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

Conforme al art. 8 EOMF, el Gobierno no puede dictar órdenes o instrucciones, verbales ni escritas, sino solo *interesar del Fiscal General del Estado* (...); esa comunicación se formula en términos generales (*que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público*), no individuales⁴⁵. Finalmente, el Ministerio Fiscal decide sobre la *viabilidad o procedencia* de las actuaciones interesadas y expone motivadamente su resolución. En esto último radica la diferencia más relevante con el caso antes mencionado: el Ministerio Fiscal no valora solo si es viable sino, también, si es procedente, adopta una decisión y la comunica. También el art. 9 supedita la entrega de información solicitada por el Gobierno a que el Ministerio Fiscal considere que *no existe obstáculo legal*. En términos similares se refieren los arts. 9 y 10 del EOMF a la relación entre el Ministerio Fiscal y las Cortes Generales o los órganos de Gobierno autonómicos: *elevación de una memoria general* sobre su actividad, evolución de la criminalidad, prevención del delito y reformas convenientes para una mayor eficacia de la Justicia; *información y colaboración*.

Todo ello se enmarca en el terreno de la solicitud⁴⁶, distinta de la instrucción u orden, y es semejante a otras vías de interacción entre órganos públicos. Así, la OLAF es parte de la Comisión Europea y participa en un intercambio de opiniones anual a nivel político con el Parlamento Eu-

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

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

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

ropeo o el Consejo⁴⁷ pero, al mismo tiempo y por su propia configuración, es independiente⁴⁸. El Defensor del Pueblo, órgano designado por las Cortes Generales, formula recomendaciones a numerosos órganos, incluyendo el Ministerio Fiscal⁴⁹, sin que ello afecte en modo alguno a su independencia en el ejercicio de sus funciones. El Miembro nacional en Eurojust tiene el origen de su nombramiento en el Consejo de Ministros y, a efectos de aumentar el control democrático sobre el Eurojust, se prevé la evaluación conjunta de sus actividades por parte del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales. Pero al mismo tiempo nadie debe dudar de su *dimensión judicial*⁵⁰, recientemente consolidada por el Reglamento de Eurojust de 2018⁵¹, que proclama su independencia.

En el caso del fiscal, el RFE establece que la FE será independiente y el Documento del Consejo Europeo de 6-4-2020⁵² recoge la contestación de España al cuestionario sobre las fiscalías nacionales en el contexto de la orden europea de detención, con expresa mención de los términos del art. 124 de la Constitución y del art. 2.1 del EOMF⁵³: “*La Fiscalía española es un órgano de relevancia constitucional (...) integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial*”.

8.2. La revisión judicial de las decisiones del fiscal

Continuación de la doctrina establecida en las STJUE de 27-5-2019 se encuentra, entre otras, en la STJUE (Sala Primera) de 12-12-2019 en el asunto C627/19 PPU⁵⁴. Esta sentencia distingue

⁴⁷ “While it has an individual independent status in its investigative function, OLAF is also part of the European Commission” https://ec.europa.eu/anti-fraud/about-us/organisation_es

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

⁴⁸ Considerando 3 del Reglamento (UE, EURATOM) No 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11-9-2013 relativo a las investigaciones efectuadas por la OLAF: *La Comisión (...) ha establecido entre sus propios servicios la OLAF con responsabilidad para realizar investigaciones administrativas contra el fraude. La Comisión ha dotado a la Oficina de total independencia (...)*

Considerando 104 RFE: “*En todas sus actividades de apoyo a la Fiscalía Europea, la OLAF actuará con independencia de la Comisión*”.

⁴⁹ Recomendación de 13-9-2018: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/dictar-una-instrucción-para-recordar-a-los-fiscales-la-necesidad-de-dictar-decreto-de-mayoría-de-edad-y-notificarlo-a-los-interesados-con-anterioridad-a-la-materialización-de-su-devolución/>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, se deben establecer vías de revisión jurisdiccional efectivas, que el RFE prevé con remisión a los procedimientos nacionales⁵⁵. El Documento del Consejo Europeo de 6-42020 antes citado dispone, en relación con la cuestión de la revisión judicial de las decisiones de las fiscalías nacionales –que no coincide exactamente con la facultad de recurso–, que corresponde a los Estados miembros asegurar la efectiva salvaguarda del nivel de protección requerido a través de las reglas procesales que se apliquen.

9. Fase intermedia y juicio oral

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

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

El ejercicio de la acción penal por la FE incluye:

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

Aun en una fase tan avanzada del proceso, el RFE atribuye a la FE la capacidad de apartarse de la regla general de llevar el caso a juicio en el Estado miembro del FED encargado, en los supuestos en los que, conforme a las reglas generales, pudieran ser varios los Estados que tengan jurisdicción sobre el caso. También podrá acumular varios casos cuando varios FED hayan dirigido investigaciones contra la misma persona o personas. Será la propia FE la que adopte la decisión de formular la acusación, en qué Estado y contra quién y no será posible la aplicación de matizaciones como la prevista en el art. 782.2 LECrim⁵⁶.

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

⁵⁵ Considerando 88 y art. 42 RFE. Art. 19.1.2 TUE.

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

- a) *Podrá acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados (...).*
- b) *Podrá remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal para que resuelva si procede o no sostener la acusación (...).*

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

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

A efectos de la prueba el RFE consagra dos reglas perfectamente compatibles con la actual normativa procesal y que han dado lugar a una jurisprudencia consolidada. Por un lado, las pruebas practicadas en otro Estado miembro o de conformidad con el derecho de otro Estado miembro no pueden, por ese solo hecho, inadmitirse⁵⁷. Por otro lado, se consagra el principio de libre valoración de la prueba por parte del órgano sentenciador.

10. Ejecución de la sentencia

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

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

El RFE parece partir del presupuesto de que la actuación de la FE concluye con la sentencia firme. Establece que el ejercicio de sus funciones continúa *hasta la conclusión del proceso*, momento que, por la definición que contiene⁵⁸, coincide con la sentencia firme⁵⁹. Por ello las notificaciones, informes y recursos derivados de la ejecución de sentencias dictadas en procesos en los que haya intervenido la FE habrían de ser realizados por el Ministerio Fiscal conforme a la aplicación supletoria prevista con carácter general en el RFE. El órgano judicial podrá remitir las actuaciones a la fiscalía competente territorial o funcionalmente.

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

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

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

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

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

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

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

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

- El pronunciamiento de responsabilidad civil derivada del delito podría dictarse por el tribunal penal incluso en los casos en que exista una eventual responsabilidad contable, en los términos establecidos, entre otras, en las STS 149/2015, 277/2015 y 625/2015⁶⁰. Para ello debe analizarse, conforme a la doctrina jurisprudencial, si la responsabilidad civil derivada del delito coincide íntegramente con la contable y si existe ya una decisión al respecto del órgano encargado de establecer la responsabilidad contable⁶¹. Entre las sentencias más recientes que confirman esta necesidad de individualizar en el caso concreto para decidir en torno a la remisión al Tribunal de Cuentas se encuentran las STS 163/2019 y 459/2019⁶².
- A efectos de la responsabilidad patrimonial a ejecutar debe recordarse la encomienda legal a la AEAT que contienen la DA 10^a y 19^a de la Ley General Tributaria, en los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública. Conforme a la primera, la responsabilidad civil, que com prenderá el importe de la deuda tributaria y sus intereses, junto a la pena de multa, se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio. Este sería el caso, por ejemplo, del fraude carrusel transfronterizo que, cuando alcanza los 10.000.000 €, entra en el ámbito de competencia de la FE. También la AEAT podría recibir la encomienda de ejecución en otros supuestos, como los de decisiones de recuperación de ayudas de Estado a las que se refieren los arts. 260 y 261 de la misma Ley.

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

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

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

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