

¿Un Fiscal Europeo?

Marie-José Garot
Instituto de Empresa

SUMARIO: I. JUSTIFICACIONES. 1. *Económicas*. 2. *Políticas*. 3. *Y jurídicas*.—II. EL ESTATUTO DEL FISCAL EUROPEO. 1. *Nombramiento*. 2. *Independencia*. 3. *La competencia ratione loci del Fiscal Europeo y los fiscales europeos delegados*. 4. *La competencia ratione materiae del Fiscal Europeo*.—III. EL PODER DE INVESTIGAR. 1. *El sometimiento del asunto al Fiscal Europeo*. 2. *Legalidad o conveniencia de las actuaciones judiciales*. 3. *La investigación del Fiscal Europeo propiamente dicha*.—IV. EL PODER DE ACUSAR. 1. *Archivo de un caso*. 2. *Apertura del juicio*. 3. *Fase judicial*.—V. LAS GARANTÍAS. 1. *La protección de los derechos humanos*. 2. *La fase preparatoria*. 3. *El envío a juicio*. 4. *Los recursos en contra de los actos del Fiscal Europeo*.—VI. CONCLUSIONES.

La Comisión Europea presentó en diciembre del año pasado un Libro Verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo¹. Con este documento denso y muy completo, la Comisión Europea quiso abrir un debate sobre la posibilidad y la oportunidad de crear un Fiscal Europeo. En este sentido, ofrece la posibilidad, especialmente a través de las páginas web de la OLAF², de hacer comentarios a su Libro. Las contribuciones no se han hecho esperar. De asociaciones de profesionales del derecho (abogados, magistrados), hasta especialistas de Derecho penal (del Colegio de Brujas, por ejemplo, o del Instituto Universitario Europeo), pasando por el Comité de Vigilancia de la OLAF o por el Parlamento Europeo³.

El proyecto de creación de un Fiscal Europeo por parte de las instituciones comunitarias, competente exclusivamente para la protección de los intereses financieros comunitarios, es nuevo a pesar de los distintos instrumentos jurídicos ya existentes. Los intereses financieros comunitarios no se podían quedar sin protección. Por eso, los Estados miembros adoptaron en 1995 un Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas⁴,

¹ COM (2001) 715 final.

² http://www.europa.eu.int/comm/anti_fraud/index_cs.html

³ Documento de trabajo del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde, PE 315.771, de 26 de junio de 2002.

⁴ Convenio de 26 de julio de 1995, DOCE C 316 de 27 de noviembre de 1995.

así como una serie de protocolos adicionales⁵. Como casi siempre en el caso del denominado «Tercer Pilar», la entrada en vigor de estos instrumentos queda pendiente de ratificación por parte de los Estados miembros, lo que naturalmente retrasa mucho su aplicación efectiva. Estos instrumentos se refieren a ciertos aspectos del Derecho penal material y de cooperación judicial en materia de protección de los intereses financieros. Pero no se refieren concretamente a la figura del Fiscal Europeo.

La Comisión, inspirándose en los trabajos del grupo de expertos europeos en Derecho penal⁶, hizo una primera propuesta en este sentido con ocasión de la Conferencia Intergubernamental del año 2000⁷. La Comisión estaba impulsada también por el nuevo artículo 280 del Tratado de la Comunidad Europea que, desde el Tratado de Amsterdam (1997), integraba en el marco comunitario la lucha contra el fraude y «toda otra actividad ilegal» que pudiesen atentar contra los intereses financieros de la Comunidad. El nuevo Tratado de Niza (2000) no hizo suya la propuesta de la Comisión. Siempre en la misma dirección, la Comisión presentó en mayo del año 2001 una propuesta de directiva relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad⁸, que tiene como principal objeto «comunitarizar» buena parte de los instrumentos ya existentes (el convenio de 1995 y sus tres protocolos), adoptados en virtud del tercer pilar.

El Libro verde de la Comisión tiene la inmensa ventaja de fomentar el debate sobre la creación de un Fiscal Europeo. No sólo justifica su existencia (I), y da pistas sobre su estatuto (II), sino que explicita sus competencias tanto *ratione loci* como *ratione materiae*, relativas sobre todo al poder de investigar (III) y al poder de acusar (IV). Se refiere por supuesto, también, a todo el sistema de garantías que deberían existir para controlar las actuaciones del Fiscal, en las distintas etapas del proceso penal (V). Este libro es, sin lugar a dudas, una mina de reflexión porque en muchas ocasiones, la Comisión hace participar de sus dudas relativas a puntos muy concretos.

I. JUSTIFICACIONES

Las justificaciones de la existencia de un Fiscal Europeo no faltan y son básicamente de tres tipos : económicas, políticas y jurídicas.

⁵ El primero de 27 de septiembre de 1996, DOCE C 313 de 23 de octubre de 1996 ; el segundo de 29 de noviembre de 1996, DOCE C 151 de 20 de mayo de 1997 ; el tercero de 19 de junio de 1997, DOCE C 221 de 19 de julio de 1997.

⁶ *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, bajo la dirección de Mireille DELMAS-MARTY, Economica, Paris, 1997. Y *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États membres*, bajo la dirección de M. DELMAS-MARTY y J.A.E. VERVAELE, Intersentia, 2000.

⁷ Comunicación de la Comisión, Contribución complementaria de la Comisión a la Conferencia Intergubernamental sobre las reformas institucionales. La protección penal de los intereses financieros comunitarios : un Fiscal Europeo. COM (2000) 608 final de 29 de septiembre de 2000.

⁸ COM (2001) 272 final. Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad.

1. *Económicas...*

El fraude a los intereses financieros comunitarios es un fenómeno grave que, según Mireille DELMAS-MARTY, constituye oficialmente un 1,4% del presupuesto europeo y *de facto* se estima que se aproxima a un 10% (sabiendo, como dice ella, que la parte dedicada a la cultura en el presupuesto comunitario es de 0,1%)⁹. En términos absolutos, la Comisión Europea reconoce que el fraude ascendió a 413 millones de euros en 1999¹⁰. Sin lugar a dudas, el fraude a los intereses financieros no es un mero hecho anecdótico y merece desde luego una lucha adecuada y eficaz.

2. *Políticas...*

La creación de un Fiscal Europeo se inscribe dentro del objetivo más amplio de realizar un espacio de «libertad, seguridad y justicia» (artículo 2 del Tratado sobre la Unión Europea) y por consiguiente un espacio judicial europeo. Aparece casi de forma natural como una nueva etapa en la integración europea, con el fin de luchar de forma eficaz contra el fraude que afecta a los intereses financieros comunitarios y que requiere una respuesta por parte del Derecho penal. La realización de un espacio judicial europeo necesita, pues, la figura de un Fiscal Europeo para ser completa.

3. *Y jurídicas*

En materia de lucha contra el fraude existe ya una Oficina Europea de Lucha Contra el Fraude (OLAF) que depende directamente de la Comisión Europea. Tiene como competencia hacer investigaciones internas y externas y apoyar a los Estados miembros en su empeño de lucha contra el fraude. Cuando la OLAF descubre un fraude, lo transmite a las autoridades nacionales competentes (disciplinarias o penales) que pueden actuar en consecuencia. Pero este sistema no ha demostrado su plena eficacia para combatir el fraude a los intereses financieros comunitarios. La figura del Fiscal Europeo aparece, entonces, como su ampliación en materia penal.

El artículo 280 TCE estipula: «La Comunidad y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de

⁹ Mireille DELMAS-MARTY, «European Public Prosecutor and Globalisation», *Agon*, n.º 29, diciembre del 2000, p. 2.

¹⁰ Véase el Libro Verde, p. 8, y las referencias a los informes que realiza la Comisión todos los años relativos a una evaluación del fenómeno del fraude mediante estadísticas y ejemplos.

ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros». Sin embargo, el apartado 4 dice : « El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros. Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia». Lo que parece, por consiguiente, excluir la posibilidad en términos jurídicos de crear un Fiscal Europeo.

Sin embargo, el mismo apartado 4 abre una brecha en la que el Fiscal Europeo podría infiltrarse. En efecto, requiere una «protección eficaz y equivalente en los Estados miembros». Hasta ahora los distintos instrumentos, el Convenio de 1995 y sus diversos protocolos, no han demostrado su plena eficacia en la lucha contra el fraude. El Convenio firmado en 1995 acaba de entrar en vigor¹¹. Significa, pues, que hasta ahora, existían 15 sistemas judiciales penales distintos con sus propias reglas tanto de Derecho penal sustantivo como de derecho penal procesal. Ello no facilitaba, en absoluto, las actuaciones penales contra las personas que atentan a los intereses financieros de la Comunidad, y eso, algunas veces, en varios Estados a la vez. Los medios propios que tiene a su disposición la Comunidad se limitan a unas acciones preventivas y de investigación administrativas (a través de la OLAF). Por eso, la lucha contra el fraude en materia penal reposa básicamente sobre la cooperación judicial entre los Estados miembros. Sistema que no ha demostrado tampoco todavía su eficacia a pesar que los distintos instrumentos jurídicos que lo fomentan¹².

Además, y a pesar de las restricciones del artículo 280 TCE, es evidente que la Comunidad debe tener competencia propia y adecuada para poder defender sus propios intereses financieros. Lo que lleva a concluir que puede haber un Derecho penal europeo, ciertamente limitado a la protección de los intereses financieros de la Comunidad. En este sentido, ya existen unas normas de Derecho penal a nivel de la Unión Europea destinadas a luchar contra la delincuencia internacional. Es el caso de la orden de detención europea o de la decisión marco sobre el terrorismo que define una serie de crímenes contra los cuales la Unión tiene competencia para actuar. Ciertamente, se trata del pilar intergubernamental pero hay que reconocer que existe una tendencia, lógica a la vista de las competencias de la Unión Europea (y no sólo en Europa), a referirse a un Derecho penal internacional propio (sustantivo y procesal).

Por todas estas razones, la referencia a un Fiscal Europeo permitiría remediar estas lagunas de eficacia y de disparidad de referencias jurídicas. Veamos

¹¹ El Convenio del 1995 acaba de entrar en vigor solamente el 17 de octubre del 2002. Y 9 de los Estados miembros han querido plantear reservas a su aplicación en su territorio.

¹² Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000 (DOCE C 197 de 12 de julio de 2000). Véase también el informe explicativo relativo al Convenio (DOCE C 379 de 29 de diciembre de 2000).

pues las distintas soluciones que propone la Comisión Europea relativas a su estatuto como a sus competencias.

II. EL ESTATUTO DEL FISCAL EUROPEO

En el estado actual del Derecho comunitario, no existe ninguna base jurídica inequívoca para crear el Fiscal Europeo. Por eso, la Comisión propuso con ocasión de la Conferencia Intergubernamental del año 2000 un nuevo artículo 280 bis TCE que precisara el estatuto del Fiscal Europeo.

1. *Nombramiento*

La propuesta de la Comisión intenta dar la máxima legitimidad al Fiscal Europeo. Estaría, en efecto, nombrado por el Consejo que se decide por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, y previo dictamen favorable del Parlamento Europeo. Es importante que el Fiscal Europeo tenga una gran legitimidad para ser reconocido y aceptado de la misma manera en todos los Estados miembros. A pesar de los riesgos de bloqueo, quizá fuera más oportuno nombrarlo por unanimidad en el Consejo o directamente por el Consejo Europeo, con un voto favorable del Parlamento (sabiendo que el Parlamento es la institución que aprueba el presupuesto comunitario y que tiene el poder de censurar a la Comisión, como fue el caso de la «Comisión Santer», justamente por razones de fraude a los intereses financieros comunitarios.)

El Fiscal estará nombrado por una duración de seis años, sin posibilidad de renovación, con el fin de garantizar su independencia.

2. *Independencia*

Es otra de las características del estatuto del Fiscal Europeo. Será elegido «entre personalidades que ofrezcan todas las garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio en sus países respectivos de las más altas funciones judiciales. En el cumplimiento de su tarea no solicitará ni aceptará ninguna instrucción.» Al igual que los jueces del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia, la Comisión quiere que el Fiscal sea independiente tanto de las partes en el proceso, como de los Estados miembros y de las instituciones. Es un requisito que se puede entender desde la perspectiva de la eficacia (tal y como recomendó el *Corpus Juris*)¹³, pero que no deja de ser original en un cierto sentido, sabiendo

¹³ Véase, a este respecto, el dictamen 2/2002 del Comité de Vigilancia de la OLAF sobre el Libro Verde de la Comisión. Este dictamen se puede consultar en la dirección: http://www.europa.eu.int/comm/anti_fraud/green_paper/contributions/dac.html.

que, en la mayoría de los Estados miembros, el Ministerio Fiscal, como institución, depende directa o indirectamente del Poder Ejecutivo. Y eso, porque como explica con una gran claridad Luis María DíEZ-PICAZO, no hay que confundir la independencia de los jueces a la hora de decidirse sobre un caso con la gestión de las políticas penales decididas por el Poder ejecutivo¹⁴.

La independencia del Fiscal Europeo se demuestra también por el hecho de que sólo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, conocido a su vez por su independencia, lo pueda destituir a petición del Parlamento, del Consejo o de la Comisión.

3. *La competencia ratione loci del Fiscal Europeo y los fiscales europeos delegados*

La Comisión ha precisado en el Libro Verde que el Fiscal Europeo estará asistido de fiscales europeos delegados en cada Estado miembro «con el fin de garantizar la conexión del dispositivo comunitario con los sistemas jurisdiccionales nacionales». Los fiscales europeos delegados estarían nombrados directamente por el Fiscal Europeo a propuesta de los Estados miembros. Su mandato podría ser renovado, a diferencia del Fiscal Europeo.

La Comisión expresa sus dudas sobre la exclusividad o no de su mandato, es decir sobre el hecho de que a la vez que son fiscales europeos delegados, puedan seguir ejerciendo sus actividades de fiscal nacional. La exclusividad se justifica por razones de eficacia (dedicación completa) pero también, aunque no lo dice la Comisión, por razones de independencia. Es verdad, sin embargo, que la acumulación de los dos mandatos permitiría resolver con más eficacia los casos que involucran tanto intereses comunitarios como a los nacionales. Además, esta lógica (de ser fiscal europeo a la vez que fiscal nacional) es la que preside la aplicación normal del Derecho comunitario. En efecto, las administraciones nacionales son las que aplican el Derecho comunitario y los jueces nacionales los que controlan la aplicación del Derecho comunitario en los Estados miembros.

Los fiscales delegados serán los que de verdad ejercen las funciones de la fiscalía en los Estados miembros con el fin de defender los intereses financieros comunitarios. Básicamente, serán responsables de investigar y procesar a las personas responsables de estos delitos, a petición del Fiscal Europeo. Le tienen un deber de obediencia. Además, deberán cooperar entre sí cuando un caso afecta a varios Estados miembros. Por supuesto, el principio de unidad de actuación está respaldado en la organización descentralizada de la Fiscalía Europea. En otros términos: cualquier acto realizado por un fiscal delegado compromete al conjunto de la Fiscalía Europea.

¹⁴ «Los jueces pueden y deben ser independientes, en efecto, porque la función jurisdiccional no es activa sino reactiva; es decir, porque no eligen los asuntos que hay que juzgar. La independencia es, así, un atributo que cuadra bien a los órganos de control, pero no tanto a los órganos que gestionan políticas públicas.», pp. 175-176. Luis María DíEZ-PICAZO, *El poder de acusar*, Ariel, 2000.

En suma, según un esquema comunitario bien conocido, los fiscales delegados serán los que, en última instancia, aplican el Derecho penal «europeo» tanto sustantivo como procesal con el fin de defender los intereses financieros comunitarios.

4. *La competencia ratione materiae del Fiscal Europeo*

Serían las recogidas en el apartado 1 del propuesto artículo 280bis TCE¹⁵ según el cual : «El Fiscal Europeo tendrá como misión investigar, acusar y enviar a juicio a los autores y cómplices de infracciones que afecten a los intereses financieros de la Comunidad y ejercer ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción pública».

a) El órgano crea la función

El elenco de estas misiones supone en primer lugar la definición de las infracciones que justifiquen la actuación del Fiscal Europeo. Es decir, hay que establecer un catálogo de las infracciones y de las penas, conforme al principio de legalidad. Aquí se hace sentir una de las críticas al método de la Comisión. En efecto, en este caso, el órgano parece crear la función. Hubiera sido más lógico, según Lorenzo PICOTTI¹⁶, por ejemplo, crear primero un verdadero Derecho penal europeo (sustantivo y procesal) y luego la figura del Fiscal Europeo. Pero, la Comisión, según una lógica comunitaria frecuente, opta por la creación de un Fiscal Europeo con unas competencias *ratione materiae* bien delimitadas.

El apartado 3 del artículo 280bis TCE atribuye pues al Consejo, según el procedimiento de co-decisión con el Parlamento Europeo, la adopción de un «Reglamento que establezca los elementos constitutivos de las infracciones penales relativas al fraude y a cualquier otra actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad así como las penas aplicadas a cada una de ellas».

Existen pues dos opciones: armonizar e incluso unificar los Derechos penales de los Estados miembros, lo que sin duda facilitaría la labor del Fiscal Europeo, además de aparecer como una garantía de eficacia. La segunda opción consiste en remitirse a los distintos Derechos nacionales, teniendo en cuenta para la resolución de los casos las especificidades de cada uno. Ciertamente, tienen la ventaja de facilitar su aceptación por los Estados miembros porque no «toca» a su Derecho penal, visto hasta ahora como parte de su soberanía. Pero, complica el trabajo del Fiscal Europeo y sobre todo no parece responder al objetivo enunciado en el artículo 280bis TCE de «protección eficaz

¹⁵ Recordamos que este artículo no existe en el TCE hoy en día. Sólo que la Comisión en su Libro Verde se refiere a ese artículo que propuso con ocasión de la Conferencia Intergubernamental de 2000.

¹⁶ Véase Lorenzo PICOTTI, «From the Green Paper on Criminal-Law protection of the Financial Interests of the Community and the Establishment of a European Prosecutor». OLAF/05306/02-EN.

y equivalente en todos los Estados miembros» porque puede existir el caso de infracciones no definidas en todos los Estados miembros o que tienen una definición distinta de un Estado a otro.

b) Algunos ejemplos de normas de «Derecho penal europeo»

La vía de la armonización es una de las emprendidas para realizar el «espacio de libertad, seguridad y justicia». Significa, en última instancia, llegar a crear un Derecho penal europeo, es decir unas normas de Derecho penal (material y procesal) comunes a todos los Estados miembros. Sin embargo, para realizar un espacio de justicia cuya finalidad es conseguir un espacio de libertad con un alto nivel de seguridad, no hace falta armonizar todos los ámbitos del Derecho penal. En términos bien conocidos de la construcción europea, la armonización se realiza en el «marco del Derecho comunitario», es decir, en los ámbitos del Derecho penal que tienen una incidencia en el Derecho comunitario. Lo que concretamente se refiere a la delincuencia que revisite una dimensión transfronteriza.

Existen ya normas europeas o por lo menos propuestas de normas que definen ciertas infracciones y las penas que hay que aplicar en todos los Estados miembros. Se trata de aproximar las legislaciones de los Estados en materias comunes. Porque, evidentemente, no todos los Estados miembros definen de la misma manera las infracciones y mucho menos las penas aplicables.

El camino de armonización de ciertas normas de Derecho penal es más fácil cuando ya existen normas comunes a todos los Estados miembros, como puede ser el caso de la pedopornografía, falsificación del euro, tráfico de drogas, corrupción, medio ambiente, hooliganismo, racismo y xenofobia, criminalidad en el ciberespacio, fraude fiscal, etc. En materia de lucha contra la trata de seres humanos, por ejemplo, la Comisión ha presentado una propuesta de decisión marco en diciembre de 2000 que establece reglas mínimas relativas a los elementos constitutivos de infracciones penales y a las sanciones en el ámbito de la criminalidad organizada relacionada con la trata de seres humanos. El principio es siempre el mismo: se determinan los delitos a los cuales los Estados miembros deben aplicar unas penas mínimas, también definidas a nivel europeo.

El terrorismo es curiosamente un tema que tiene un trato penal distinto en los Estados miembros, generalmente dependiente de su nivel de desarrollo en el Estado miembro. Por eso, los Estados han conseguido un avance importante en la realización del espacio de justicia, cuando han adoptado la decisión marco sobre el terrorismo, sólo 2 meses y medio después de la propuesta de la Comisión¹⁷.

La decisión marco define las infracciones terroristas, las infracciones relacionadas con las infracciones terroristas y las relacionadas con un grupo terro-

¹⁷ COM (2001) 521 final de 19 de septiembre de 2001.

rista. Este punto se distingue de los instrumentos internacionales que se abstengan normalmente de definir lo que es un acto de terrorismo. Además de definir los distintos tipos de delitos (de terrorismo, relacionados con las actividades terroristas o relativos a un grupo terrorista), la decisión marco define las sanciones aplicables a estos delitos. O mejor dicho, impone a los Estados miembros la obligación de incorporar en su derecho penal ciertos niveles mínimos de sanciones¹⁸.

c) Definiciones de las infracciones y de las penas en materia de fraude a los intereses financieros comunitarios

En la línea de esta tendencia y siguiendo las conclusiones de Tampere¹⁹, la Comisión, en su Libro Verde, opta por una armonización parcial del Derecho penal general, sólo cada vez que sea necesario para conseguir los objetivos de protección de los intereses financieros comunitarios²⁰. Se quiere limitar de forma clara el «ámbito del Derecho comunitario», aunque eso puede llevar a un alto grado de armonización cuando se trata de proteger los intereses financieros comunitarios.

La Comisión se inspira en la propuesta de directiva sobre la protección de los intereses financieros comunitarios que define una serie de infracciones y de penas aplicables. Como a su vez esta propuesta se inspira en el Convenio de 1995 y en sus protocolos, significa en términos jurídicos incorporar al Derecho penal de los Estados miembros el catálogo de infracciones y penales referido en el Convenio y darle una plena eficacia jurídica. El artículo 3 de la propuesta de directiva define el fraude que afecta a los intereses financieros en materia de gastos como «cualquier acción u omisión intencionada relativa a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos inexactos o incompletos que tengan por efecto la percepción o la retención indebida de fondos procedentes del presupuesto general de la Comunidad o de los presupuestos administrados por la Comunidad o por su cuenta; al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto; o al desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos en un principio». En materia de ingresos, el fraude se define como «toda acción u omisión intencionada relativa a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la disminución ilegal de los recursos del presu-

¹⁸ Es una solución que se encuentra en diversos instrumentos comunitarios que tienen el propósito de armonizar algunas materias del Derecho penal como puede ser el caso de la falsificación del euro.

¹⁹ Con ocasión del Consejo Europeo de Tampere, los jefes de Gobierno y de Estado concluyeron, entre otras cosas: «con respecto al Derecho penal nacional, la labor para acordar definiciones, inculpaciones y sanciones comunes debe centrarse en primer lugar en una serie limitada de sectores de especial importancia, tales como la delincuencia financiera (blanqueo de capitales, corrupción, falsificación del euro)».

²⁰ El *Corpus Juris* parece ir más allá en la vía de la armonización del Derecho penal.

puesto general de la Comunidad o de los presupuestos administrados por la Comunidad o por su cuenta; al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto; o al desvío de un derecho obtenido legalmente, que tenga el mismo efecto»²¹.

Tales actos deberán ser punibles bien en calidad de infracción principal, o en calidad de complicidad, instigación o tentativa de fraude.

El Libro Verde se refiere también a la propuesta de directiva para definir la corrupción, el blanqueo de capitales, el fraude en materia de adjudicación de contratos, la asociación de delincuentes, el abuso de función, la revelación de secretos conocidos en el ejercicio de la función pública, y otras infracciones al margen de la protección de los intereses financieros comunitarios²².

Estas definiciones permitirán, sin lugar a dudas, paliar la inadaptación de los derechos nacionales en la lucha contra el fraude a los intereses financieros comunitarios.

Siguiendo el principio de la legalidad de las infracciones y de las penas²³, la Comisión se remite también a la propuesta de directiva de 2001 para dar a conocer las penas aplicables a las infracciones definidas a nivel comunitario. Por lo que se refiere a las personas físicas, el artículo 10 de la propuesta de directiva deja a los Estados miembros la definición de las penas que «deben ser efectivas, proporcionadas y disuasivas, incluyendo en el caso de un fraude grave, penas privativas de libertad». En cuanto a las personas jurídicas, el artículo 11 dice: «Los Estados miembros tomarán medidas necesarias para asegurar que una persona jurídica, declarada responsable sea susceptible de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias que incluyen multas penales o no penales y eventualmente otras sanciones». Pero la Comisión precisa: «el nivel máximo de las sanciones —tanto de las penas privativas de libertad como de las multas— deberá ser determinado por el legislador comunitario, teniendo el juez nacional la libertad, dentro de este límite, de apreciar el nivel de la sanción que dicta. También deberá preverse la posibilidad de recurrir a penas alternativas o complementarias. En particular, podrá establecerse un régimen comunitario de penas complementarias, con posibilidad, por ejemplo, de dictar la expulsión de la función pública europea, la exclusión del acceso a subvenciones o incluso del acceso a contratos públicos en caso de solicitarse financiación comunitaria.»²⁴.

La posición de la Comisión no parece en plena concordancia con todas las contribuciones al debate sobre el Fiscal Europeo. Además de recomendar, por ejemplo, que la proporcionalidad de las penas tenga en cuenta tanto el elemento material como el elemento moral (intención) o el modo de participa-

²¹ El *Corpus Juris* recoge una definición única del fraude, que incluya tanto al fraude a los gastos como a los ingresos. Arts. 1 a 8.

²² Véase Libro Verde, puntos 5.2.1 y 5.2.2.

²³ Recogido también en el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

²⁴ Libro Verde, punto 5.3.

ción en la infracción o la naturaleza del autor de la infracción (persona física o persona moral), muchas de estas contribuciones se muestran partidarias de extender la armonización más allá del objetivo de protección de los intereses financieros comunitarios²⁵. Eso se puede, en efecto, justificar por el objetivo más general del Tratado de Amsterdam de conseguir un espacio de «libertad, seguridad y justicia». Las competencias actuales del Fiscal Europeo tendrán que entenderse como susceptibles de evolucionar y por eso aparecen como una especie de «laboratorio de experimentación».

De forma más global, Lorenzo PICOTTI duda de la eficacia del sistema si no existe un sistema general de Derecho penal comunitario : «If there is no guarantee that it will be at least slightly systematic, or that the general regulations governing the conditions and limits on the imputation of liability, on which the application of penalties for the various crimes is based, can be coherently constructed as an autonomous criminal justice system, criminal law cannot guarantee the general and preventive effectiveness of the sentence itself and precludes the possibility of achieving its objective of protection as well as its own substantive validation.»²⁶

La Comisión se muestra firmemente partidaria de un alto nivel de armonización de los regímenes de prescripción, lo que se entiende perfectamente por razones de eficacia y de «protección equivalente en todos los Estados miembros» (artículo 280 TCE).

III. EL PODER DE INVESTIGAR

1. *El sometimiento del asunto al Fiscal Europeo*

La Comisión empieza primero por definir lo que entiende por «sometimiento del asunto al Fiscal Europeo». Es una información oficial, por medio de una autoridad pública, a efectos de enjuiciamiento. En tal caso, el Fiscal está obligado a dar una respuesta motivada a la petición que se le presenta.

La Comisión reserva la obligación de sometimiento de un caso al Fiscal Europeo a algunas autoridades nacionales o comunitarias con competencias específicas (policía nacional, juez de instrucción, agentes de las administraciones nacionales como Hacienda o Aduanas o la OLAF en el caso comunitario). Sin embargo, abre la posibilidad de informar al Fiscal a toda persona, física o jurídica residente o no que tenga conocimiento de hechos que recaen en su ámbito de competencia. Ello permitiría al Fiscal auto-someterse un caso.

²⁵ Véase por ejemplo las contribuciones del Instituto Universitario Europeo o de Lorenzo PICOTTI (antes citado).

²⁶ Lorenzo PICOTTI, op. cit., p. 7.

2. *Legalidad o conveniencia de las actuaciones judiciales*

Los Estados miembros se encuentran repartidos entre los que tienen un sistema de oportunidad de las actuaciones dejadas a la apreciación de la Fiscalía y los que tienen un sistema de legalidad que crea una obligación de actuar para la Fiscalía. Por supuesto, en el caso de la protección de los intereses financieros, el Derecho penal procesal no se puede remitir a los Derechos procesales nacionales. El trato debe ser uniformizado en todo el espacio judicial europeo, con el fin siempre reiterado de una mayor eficacia y de una protección equivalente en todos los Estados miembros. En este caso, la Comisión opta por un sistema de legalidad de las actuaciones judiciales, matizado con excepciones destinadas a moderarlo.

Así, el Fiscal Europeo tendrá la posibilidad de proceder al archivo, no sólo por razones técnicas (como por ejemplo la de la transacción) sino también por razones de oportunidad (para no colapsar la Fiscalía Europea por ejemplo), dejadas pues a su apreciación. Pero siempre motivadas.

La repartición de los asuntos entre el Fiscal Europeo y las autoridades nacionales competentes es otro de los múltiples problemas que hay que resolver, especialmente cuando se trata de un asunto mixto. En efecto, cuando se trata de un asunto puramente «comunitario», la competencia es evidentemente del Fiscal Europeo. Lo que no significa que no se pueda repartir la investigación entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales en virtud del principio de subsidiariedad (en algunos casos, dependiendo fundamentalmente del nivel de infracción). Cuando se trata de un asunto mixto, es decir cuando hay intereses comunitarios y nacionales en juego a la vez²⁷, puede ser complicado determinar la competencia del Fiscal Europeo. Por eso, la Comisión piensa que el hecho de que los fiscales europeos delegados sean a la vez fiscales nacionales podría facilitar la resolución de estos casos, por lo menos en fase de investigación. El principio de obligatoriedad de sometimiento de un asunto al Fiscal Europeo por parte de las autoridades nacionales debería facilitar también el reparto de competencia entre Fiscal Europeo y las fiscalías nacionales.

La Comisión no prevé sin embargo ningún mecanismo de resolución de conflictos en materia de competencia. Opina sólo que sería bueno, en este sentido, fomentar las relaciones entre el Fiscal Europeo y las autoridades nacionales (gracias a Eurojust). Más que bueno es, seguramente, imprescindible fomentar una buena cooperación entre las fiscalías nacionales y europea, por razones evidentes de eficacia²⁸.

²⁷ La Comisión da el ejemplo de un contrabando de mercancía. En este caso hay fraude en materia de impuestos sobre consumos específicos (ingresos nacionales), el IVA y los derechos de aduana (recursos comunitarios propios).

²⁸ Véase el Libro Verde, pp. 51-52.

3. La investigación del Fiscal Europeo propiamente dicha

Una vez determinada la competencia (*ratione materiae* y *ratione loci*) del Fiscal, éste tiene ahora medios a su disposición para poder proceder a la investigación propiamente dicha. En otras palabras: sus servicios, bajo su coordinación y su dirección, pueden investigar por sí mismos un asunto (es decir, recabar cualquier información útil, oír a los testigos e interrogar a los sospechosos; obligar a estos últimos a comparecer ante él; efectuar registros; realizar incautaciones, incluida la correspondencia; embargar preventivamente activos, recurrir a escuchas telefónicas y a otras formas de interceptación de las comunicaciones; utilizar técnicas de investigación especiales, útiles en materia financiera; solicitar que se libere una orden de detención; encontrarse a disposición del Juzgado para una detención provisional) ; y, en su caso, llevarlo a juicio.

La posibilidad dada al Fiscal Europeo de llevar investigaciones conlleva a su vez distintos problemas de orden legal, relacionados sobre todo con el sistema de referencia legal para efectuar todos los actos de la investigación. Otra vez se podría plantear la problemática que consiste en remitirse a los ordenamientos jurídicos nacionales (es decir, cuando el Fiscal Europeo actúa en un determinado Estado Miembro, lo hace según sus propias normas de Derecho procesal) o a un Derecho procesal europeo. La Comisión no se muestra partidaria ni de una ni de otra solución. Opta por una tercera vía, el reconocimiento mutuo.

Este principio se basa en la idea según la cual las autoridades de un Estado aceptan reconocer los mismos efectos a las resoluciones extranjeras que a las nacionales, a pesar de las diferencias que presentan los órdenes jurídicos en cuestión. Este proceso supone una confianza recíproca de los Estados miembros en sus sistemas de justicia penal respectivos. El Consejo Europeo de Tampere consideró el principio de reconocimiento mutuo como la «piedra angular» del espacio de justicia. Es, sin duda, uno de los instrumentos básicos para conseguir una justicia penal europea eficaz que no permita que el espacio de libertad lo sea también para los delincuentes²⁹.

Tal y como dice la propia Comisión, «el reconocimiento mutuo de las medidas coercitivas nacionales podría bastar para el funcionamiento del Fiscal Europeo, siempre que exista una base común suficiente entre los Estados miembros»³⁰.

Existen dos tipos de medidas de investigación : las propiamente comunitarias (que no requieren el ejercicio de ningún poder coercitivo : copia o incautación de información, interrogatorio de testigos o interrogatorio de un acusado con su consentimiento), que no plantean muchos problemas jurídicos (sal-

²⁹ Un reciente ejemplo de aplicación del principio de reconocimiento mutuo es el de la orden de búsqueda europea. Doc. 14867/1/01/REV.

³⁰ Libro Verde, p. 52.

vo su definición a nivel comunitario), y las nacionales. Las medidas nacionales necesitan la intervención de un juez nacional de las libertades, o bien sólo a nivel de control de los actos del Fiscal Europeo (en caso de comparecencia forzosa, registro domiciliario, incautación, embargo preventivo, interceptación de las comunicaciones, investigaciones encubiertas, entregas controladas o vigiladas) o bien como autorización. En el caso de control de los actos del Fiscal, el Derecho nacional aplicable en la fase de la autorización será el del Estado miembro del juez de libertades y en la fase de ejecución el del Estado miembro del lugar de ejecución. «Entre los Estados miembros deberá existir el reconocimiento mutuo de la autorización y de la admisibilidad mutua de las pruebas obtenidas legalmente sobre esta base.»³¹.

Otras veces, y es la otra opción, la intervención del juez nacional de las libertades equivale a una autorización para que el Fiscal Europeo pueda actuar. Son casos de medidas de investigación restrictivas o privativas de libertad. Es el caso del mandamiento de detención, del sometimiento a control judicial o en caso de detención provisional. En este caso, como dice la Comisión «el reconocimiento mutuo automático por los Estados miembros de las medidas coercitivas aplicadas por el Fiscal Europeo bajo el control del juez nacional de las libertades permitirá superar los límites de la comisión rogatoria internacional y de la extradición, puesto que conferiría a estas medidas validez en todo el territorio de las Comunidades en el marco de un espacio común.»³². Es ya el caso, por ejemplo, en materia de terrorismo gracias a la reciente orden de detención europea.

La lógica que guía la realización de las investigaciones es la misma. El Fiscal Europeo puede encargar la búsqueda de pruebas a los servicios nacionales policiales y judiciales de los Estados miembros. Curiosamente, y eso aparece de forma clara como una laguna, la Comisión se refiere sólo a modalidades de cooperación y a una información recíproca entre el Fiscal Europeo y Europol o la OLAF. No ofrece al Fiscal la posibilidad de dirección y de control de las investigaciones efectuadas por la OLAF o Europol.

Queda por saber cómo serán las relaciones entre los servicios nacionales de investigación y el Fiscal Europeo. Sin duda, la personalidad del Fiscal contará mucho, sobre todo al principio, para poder alcanzar unas relaciones óptimas.

IV. EL PODER DE ACUSAR

1. *Archivo de un caso*

Una vez realizada la investigación, el Fiscal Europeo puede decidir actuar judicialmente o, si no, archivar el caso. Debe tomar una decisión formal de

³¹ Libro Verde, p. 54.

³² Véase punto 6.2.3.1.

archivo o sobreseimiento. El Fiscal puede archivar el caso en distintos supuestos, prescripción, muerte del autor de los hechos, amnistía o gracia que afecte al autor de los hechos, falta de infracción, elementos probatorios insuficientes, autor de los hechos desconocido.

Todavía la Comisión no se ha decidido sobre la forma de esta decisión. Sin embargo y por razones de eficacia, se determinará según un procedimiento comunitario. Siguiendo una regla comunitaria, el Fiscal podría tener la obligación de motivar su decisión y comunicarla a la Comisión, como víctima del caso.

Aunque el Fiscal haya archivado un caso, las autoridades nacionales judiciales pueden realizar sus propias actuaciones siempre que no se vulnere el principio de *ne bis in idem*.

2. *Apertura del juicio*

El Fiscal Europeo puede tomar la decisión de abrir el juicio según sus propios criterios, es decir, sin referencia a los Derechos penales nacionales. Sin embargo, según lo que dicta la Comisión «actuando con imparcialidad y diligencia, deberá haber adquirido suficientes pruebas para demostrar que el acusado cometió una infracción en el ámbito de su competencia. A la vista de los cargos presentados, es más probable que se dicte una sentencia condenatoria que absolutoria»³³. Es justamente en esta fase cuando se debería expresar con más claridad la independencia del Fiscal Europeo. Siguiendo por supuesto unas directrices de política penal comunitaria, disfruta de un alto nivel de discrecionalidad para abrir o no un juicio³⁴.

Por lo que se refiere a las formas de apertura del juicio, la Comisión se refiere a los Derechos nacionales. Es decir, los fiscales delegados deberán actuar según las reglas vigentes en el Estado miembro donde actúan.

3. *Fase judicial*

Es una cuestión delicada, no sólo porque hay que combinar elementos puramente comunitarios (criterios de apertura del juicio) con elementos de derecho procesal nacional (ante el tribunal competente), sino también y sobre todo por las cuestiones relativas al control de los actos del Fiscal Europeo (elección del Estado miembro de juicio, admisiones de las pruebas...). Es quizá sobre este punto donde las críticas hacia el Libro Verde han sido más duras (y de forma casi unánime).

³³ Véase Libro Verde, p. 57, punto 6.2.4.2

³⁴ Véase, a este respecto, el libro de Luis María Díez-PICAZO, antes citado y, en particular, el último capítulo que plantea la problemática sobre independencia del Ministerio Fiscal y discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.

a) Criterio y control de la elección del foro

Según el principio de dirección centralizada, la elección del Estado donde se va a celebrar el juicio se deja al Fiscal Europeo. Aquí se plantean dos problemas: uno, relativo a los criterios seguidos por el Fiscal para elegir el Estado miembro del juicio, y otro, relativo al control posible de la elección del Fiscal.

Refiriéndose al Fiscal Europeo, es lógico que los criterios que deben guiarle en su elección sean determinados a nivel comunitario (para evitar todo tipo de conflictos entre Estados miembros). La Comisión sugiere por ejemplo el lugar de la comisión de la infracción, la nacionalidad del acusado, su lugar de residencia o de sede o establecimiento, el lugar de las pruebas o el lugar de detención del acusado. Sin embargo, la Comisión quiere dejar al Fiscal Europeo la máxima flexibilidad en la utilización de estos criterios para «una buena administración de la justicia». Tal y como reconoce el Comité de Vigilancia de la OLAF, «al asignar al Fiscal Europeo, la competencia para decidir la puesta a disposición judicial, el Libro Verde garantiza en principio la adopción de esta decisión en función del interés comunitario. Sin embargo, la Comisión prefiere, por otra parte, confiar la función de control de las decisiones del Fiscal Europeo sobre la elección del órgano jurisdiccional y sobre el contenido del acto de puesta a disposición ante un juez nacional. Ahora bien, esta opción no constituye una garantía suficiente respecto al peligro de incoherencias antes señalado. Es una situación donde el entorno jurídico nacional determina tanto la eficacia de las diligencias como el grado de penas impuestas; de la elección del órgano jurisdiccional de resolución puede depender en gran medida el éxito o el fracaso del procedimiento. Ni esta elección ni, por otra parte, la valoración de la regularidad del procedimiento previo al juicio deben depender de un juez nacional, que efectuaría sólo el control de las decisiones del Fiscal Europeo de puesta a disposición»³⁵.

Frente a la solución de la Comisión de confiar el control del acto del Fiscal Europeo al juez nacional de las libertades, muchas de las contribuciones se refieren a una Sala Preliminar Europea con la perspectiva no sólo de la eficacia, sino de la seguridad jurídica y de los derechos de la defensa³⁶ (volveremos más tarde y más detenidamente sobre este punto en la última parte de este artículo).

b) El sistema de admisibilidad de las pruebas

Es, sin lugar a dudas, una cuestión de particular importancia porque la admisibilidad o no de las pruebas va a condicionar el resultado del juicio.

³⁵ Véase dictamen 2/2002 del comité de vigilancia de la OLAF, p 6.

³⁶ Por ejemplo, es la posición del Parlamento Europeo (documento DT462851.FR.doc) o del Comité de Vigilancia de la OLAF, o del Instituto Universitario Europeo.

De nuevo la Comisión opta por un sistema de reconocimiento mutuo. Es decir, que todas las pruebas obtenidas legalmente en los Estados miembros deben ser consideradas válidas en todos los otros Estados. De esta manera, la Comisión excluye la creación de un sistema comunitario de pruebas o la mera referencia a los derechos nacionales. Por «legalmente obtenidas», la Comisión entiende las pruebas obtenidas de forma legal según el Derecho nacional del lugar de las pruebas (y no del lugar del juicio). Lo que significa que un Estado miembro debe reconocer como legales unas pruebas «legalmente obtenidas» en otro Estado miembro aunque no las reconozca como tales su propio derecho. Y el Tribunal que se pronuncia sobre un caso las debe considerar como tales en el caso concreto aunque el mismo tipo de pruebas no se admitiría en un caso ajeno a la protección de los intereses financieros comunitarios. En realidad, este riesgo es poco probable sabiendo, primero, por una razón jurídica, que los Estados miembros son todos partes del convenio que ofrecen las máximas garantías en la admisibilidad de las pruebas y que, por otra razón, práctica, muy probablemente el lugar del juicio será el lugar de la comisión de la infracción (donde se supone que se podrá encontrar también buena parte de las pruebas).

Sin embargo, existe la posibilidad de exclusión de las pruebas obtenidas. Ésta recaería, según la Comisión, en el juez nacional de las libertades (de nuevo, esta solución ha sido criticada).

La Comisión evoca también la posibilidad de crear un acta europea de interrogatorio o audiencia que pueda servir de modelo al Fiscal Europeo cuando los realiza él mismo.

V. LAS GARANTÍAS

El artículo 280bis TCE propuesto por la Comisión en diciembre de 2000 dispone en su apartado 3: «El Consejo fijará las condiciones del ejercicio de las funciones del Fiscal Europeo adoptando (...) c) las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos de procedimiento adoptados por el Fiscal Europeo en el ejercicio de sus funciones».

1. *La protección de los derechos humanos*

Ni que decir tiene que todos los Estados miembros son partes del Convenio Europeo de Derechos Humanos y proclamaron en Niza en diciembre de 2000 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea les obliga también al respeto de los derechos humanos. Lo que indica, por consiguiente, que el Fiscal Europeo deberá respetar todos estos derechos y libertades durante toda su actuación (derecho de propiedad, respeto de la intimidad, secreto de la correspondencia y comunicaciones, entre otros).

Distintos mecanismos deben garantizar los derechos fundamentales de las personas, especialmente los de la defensa y de la protección del acusado y el derecho a no ser procesado penalmente dos veces por la misma infracción (principio de *ne bis in idem*).

Entre los derechos de la defensa, se encuentra el apartado 2 del artículo 47 («derecho a ser oído equitativa y públicamente dentro de un plazo razonable por un juez independiente imparcial establecido previamente por la ley»). Por supuesto, también opera la presunción de inocencia, así como el principio de procedimiento contradictorio. Significa, en nuestro caso, que las partes (a través de sus abogados) tendrán acceso al expediente del Fiscal Europeo.

Otro principio con una especial relevancia en el caso de la lucha contra las infracciones a los intereses financieros comunitarios es el de *ne bis in idem*. Es un derecho contemplado en el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁷ así como en todos los Convenios Internacionales de protección de los derechos humanos, o en el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen. Básicamente, el principio significa la identidad de tres criterios : hechos, persona, interés jurídicamente protegido. Así, antes de iniciar cualquier actuación judicial, el Fiscal podrá emprender una investigación preliminar a fin de determinar si efectivamente una persona ha sido ya absuelta o condenada por los mismos hechos. El carácter transfronterizo de la delincuencia no debe poner en peligro el principio de *ne bis in idem* que debe permanecer como una garantía fundamental para los ciudadanos³⁸. Tal y como declara el Abogado General Ruiz-Jarabo: «La regla de *ne bis in idem* no es sólo una garantía subjetiva del ciudadano, sino también una herramienta al servicio del principio de seguridad jurídica que impone que las decisiones adoptadas por el poder público, una vez que son definitivas y firmes, no puedan ser discutidas *sine die*. (...) La realización del objetivo señalado en el Tratado de la Unión Europea, consistente en el establecimiento de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, exige que la eficacia de las decisiones extranjeras sea garantizada entre los Estados miembros»³⁹.

En cambio, durante la investigación preliminar, si el Fiscal encuentra nuevos elementos, podrá actuar con sus medios propios y abrir el caso.

2. La fase preparatoria

La fase preparatoria empieza con los primeros actos de investigación realizados por el Fiscal Europeo y se extiende hasta la decisión de archivo o de la apertura del juicio.

³⁷ Este artículo dice: «Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley».

³⁸ Véase a este respecto las conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo en los asuntos C-187/01 y C-385/01 de 19 de septiembre de 2002. Son una magnífica lección sobre la aplicación del principio de *ne bis in idem*.

³⁹ Conclusiones de los asuntos C-187/01 y C-385/01, puntos 119 y 122.

Durante esta fase, la Comisión propone la intervención de un juez, llamado de «las libertades» que expide o autoriza sobre la base del control de la legalidad y de la proporcionalidad, los actos respectivamente solicitados o adoptados por el Fiscal Europeo que suponen una restricción de los derechos fundamentales (véase *infra*).

La Comisión abre una reflexión sobre la creación de una Sala de Cuestiones Preliminares europea que ejerza las funciones de juez de las libertades. Pero en seguida se pronuncia en contra de tal opción, diciendo que «esta solución tendría por consecuencia obligar a la creación de una legislación común en materia de medidas de investigación, es decir, prever un Derecho europeo completo sobre registro, incautación, interceptaciones de comunicaciones, comparecencia forzosa, detención judicial, detención provisional, etc.»⁴⁰.

Propone, pues, la solución clásica de recurrir al principio de reconocimiento mutuo, es decir, que el juez de las libertades sea el juez del Estado miembro en el cual el Fiscal Europeo delegado es competente. Todo ello sabiendo que los actos del juez nacional de las libertades tienen que ser reconocidos en todo el espacio de justicia europea.

La solución de la Comisión ha sido criticada también por su falta de voluntad «integracionista». El Instituto Universitario Europeo se muestra partidario de la creación de un Sala Preliminar Europea que actúe no sólo en la fase preparatoria sino durante el envío a juicio. Lo mismo hace el Comité de Vigilancia de la OLAF diciendo que «la creación de una sala preliminar europea, sobre el modelo del órgano jurisdiccional creado por el estatuto de Roma para el Tribunal Penal Internacional parece imponerse para asegurar el control de la fase preliminar, la uniformidad en la aplicación del Derecho y la equidad en la determinación del órgano jurisdiccional de resolución.». El Parlamento Europeo se hace eco de estas palabras.

3. *El envío a juicio*

Resumiendo, la posición de la Comisión es la siguiente: «Al final de la fase preparatoria, sobre la base de la decisión del Fiscal Europeo, el juez que ejerce la función del control de la apertura del juicio confirma los cargos en virtud de los cuales el Fiscal Europeo se propone actuar, así como la validez del sometimiento al tribunal en cuestión. Se trata de examinar si las pruebas son suficientes y admisibles y si el procedimiento seguido es regular con el fin de evitar un proceso ilegítimo y la consiguiente estigmatización para el acusado.»⁴¹.

De nuevo la Comisión se inclina hacia la aplicación del principio de reconocimiento mutuo por lo que se refiere al control del acto de apertura del juicio. Concretamente, el juez encargado de este control será el competente en el

⁴⁰ Véase punto 6.4.2.

⁴¹ Véase punto 6.4.1 del Libro Verde.

Estado miembro en el cual se celebrará el juicio según los criterios establecidos a nivel comunitario. La Comisión rechaza de nuevo la creación de una sala preliminar europea, con el motivo de no crear un nuevo órgano judicial europeo. Sin embargo, se refiere a la posible competencia del Tribunal de Justicia en caso de conflictos de competencia entre distintos Estados miembros.

4. *Los recursos en contra de los actos del Fiscal Europeo*

Con el fin de completar las garantías reconocidas a los ciudadanos en el marco de la acción penal, la Comisión se muestra partidaria de la posibilidad de recurrir los actos de investigación del Fiscal que implican una restricción o una privación de libertad de las personas (orden de detención, detención provisional y sometimiento a control judicial).

Por los actos de investigación que no implican una privación de libertad, la Comisión se remite a los derechos nacionales. Sin embargo, consciente de las diferencias que existen de un Estado a otro, se muestra partidaria de un armonización mínima de los recursos internos.

Actuando como juez y parte, la Comisión se manifiesta a favor de la posibilidad de un recurso contra la decisión de archivo o de sobreseimiento del Fiscal Europeo. Sin embargo, no determina el tipo de recurso.

En cuanto al acto de apertura del juicio, la Comisión dice que «contará con las mismas posibilidades de recurso ante los Tribunales nacionales que las previstas por el Derecho nacional de un acto de apertura del juicio adoptado por una autoridad judicial nacional».

VI. CONCLUSIONES

El Libro Verde de la Comisión sobre la creación de un Fiscal Europeo representa sin lugar a dudas un paso adelante en la creación de un verdadero espacio de justicia europeo, aunque las competencias del Fiscal se limitan a la protección de los intereses financieros comunitarios. De forma clara, se puede decir que aquí se afrontan dos lógicas: una que se podría llamar «minimalista» que se basa, principalmente, en el principio de reconocimiento mutuo y otra más «integracionista» que se basa en la creación de un Derecho penal europeo, tanto sustantivo como procesal con todas las consecuencias que arrastra (como la de la creación de una Sala preliminar europea). Las dos lógicas tienen por supuesto sus justificaciones. Aunque la posición de la Comisión en su conjunto puede parecer tibia, tiene sin duda la gran ventaja política de no chocar directamente con lo que se llama habitualmente la «soberanía» de los Estados miembros. Y no hay que olvidar que en la historia de la construcción europea, la política de los pequeños pasos ha demostrado muchas veces su eficacia a largo plazo...