

LA COMPETENCIA DE LA FISCALÍA EUROPEA: CRITERIOS MATERIALES Y TERRITORIALES PARA SU DETERMINACIÓN

COMPETENCE OF THE EPPO: MATERIAL AND TERRITORIAL CRITERIA FOR ITS VERIFICATION

M.^a Ángeles Pérez Marín¹ – ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2503-535X>

Resumen

La Fiscalía Europea es el órgano que asumirá la investigación de las infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea. Su función será esencial para el proceso pues intervendrá en todas sus fases, resaltando sobre las demás competencias la investigación de los hechos.

Sin embargo, es necesario concretar cuáles son las infracciones cuya investigación se le han atribuido y conocer las circunstancias que, en caso de concurrir, pueden alterar la competencia inicialmente determinada. En este sentido, el legislador regula el derecho de avocación y la posibilidad de remitir el asunto a las autoridades nacionales cuando las circunstancias del caso lo exijan.

Palabras clave: Unión Europea; Fiscalía Europea; Fraude; Competencia material; Competencia territorial; Derecho de avocación;

Abstract

The European Public Prosecutor's Office is the body that will assume the investigation of the criminal offences affecting the financial interests of the European Union. This function will be essential for the process because EPPO will be intervene in all procedural phases. The investigation of the facts highlight the other competences conferred by the legislator.

¹ Miembro de los Proyectos de Investigación *Un paso adelante en la consolidación del espacio judicial europeo y su aplicación práctica en España: visión desde el proceso civil y penal* (DER2015-71418-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, dirigido por la Profesora Mar Jimeno Bulnes, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos, e *Instrumentos para el reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones penales: incorporación al Derecho español de los avances en cooperación judicial en la Unión Europea* (DER 2015-63942-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, dirigido por la Profesora María Isabel González Cano, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla. Integrante del Grupo de Investigación *La Administración de Justicia en España y América* (PAI SEJ-308), financiado por la Junta de Andalucía.

However, it is necessary to specify which are the offences whose investigation has been allocated within the EPPO. We need to know the criteria that, in case of concurring, can alter the initial competence and, in this sense, the legislator regulates the right of avocation and transfer of proceeding to the national authorities when the circumstances of the case so require.

Keywords: European Union; European Public Prosecutor's Office; Fraud; material competence; Territorial competence; Right of evocation;

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

Art., arts.	artículo, artículos
Cit., cit.	citado
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
Ed.	Editorial
Esp.	especialmente
Eurojust	Unidad de Cooperación Judicial de la Unión Europea
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
Nº, núm.	número
OLAF	Oficina Europea de Lucha contra el Fraude
Op. cit.	obra citada
PIF	Protección de los Intereses Financieros
p., pp.	página, páginas
RFE	Reglamento (UE) 2017/1939, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea / Tratado de Lisboa
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

I INTRODUCCIÓN: LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA UNIÓN EUROPEA

La protección de los intereses financieros ha sido una exigencia constante en la Unión Europea y la importancia de este objetivo ha provocado que la evolución legislativa haya ido girando para justificar la facultad sancionadora de la Unión frente al delito.

En este contexto, el art. 3.2 TUE señala que ésta ofrecerá a los ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que se garantizará la libre circulación de personas, y cuyas fronteras exteriores serán protegidas frente a la delincuencia. Vemos, pues, que el legislador vincula la

seguridad del ámbito interno o doméstico del espacio europeo con la necesidad de adoptar medidas de control de las fronteras externas frente a la entrada del “delito”, que actuarán como mecanismo de protección del espacio interior.

Estas mismas premisas vuelven a plantearse en el art. 67 TFUE, en cuyo texto se fijan los objetivos del espacio de libertad, seguridad y justicia, al tiempo que estos se consideran el soporte jurídico que justifica la facultad de la Unión Europea para adoptar medidas restrictivas en la lucha contra el delito. Es precisamente en este punto en el que parece encontrarse la legitimación penal de la Unión, que queda obligada a garantizar la seguridad dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia de una forma eficaz.

De este modo, el derecho penal se concibe como como la barrera más eficaz frente al delito y, como consecuencia, el legislador ha construido una estructura jurídico penal completa: el art. 82 estipula las bases y principios en los que se basa el espacio de libertad, seguridad y justicia; el art. 83 fija los ámbitos delictivos de los delitos transfronterizos que, por resultar especialmente graves y complejos y por afectar a bienes jurídicos notablemente sensibles, quedarán bajo el ámbito de actuación de la Unión, sin olvidar la imprescindible cooperación de los Estados; regula en el art. 85 las competencias de Eurojust² y el art. 86 faculta al Consejo para crear, mediante Reglamento, una Fiscalía Europea con el objeto de combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión. Por su parte, en los arts. 87 a 89 se establecen las bases de la cooperación policial, también imprescindible en la lucha contra la delincuencia.

Sin embargo, el legislador era conocedor de que, aunque la Unión consiguiera avanzar hacia un ordenamiento jurídico penal, seguía siendo imprescindible contar, como desde los inicios, con la cooperación de los Estados, especialmente en la lucha contra las infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión. Así, desde el art. 325 TFUE se les obliga a concretar la adopción de medidas que tuviesen un verdadero efecto disuasorio y, por lo tanto, preventivo, exigiéndoseles, al mismo tiempo, la misma diligencia que aplicarían si los perjudicados fuesen los intereses financieros nacionales.

Apréciase, sin embargo, que a pesar de que sea la idea subyacente por ofrecer los mejores resultados, el legislador no circunscribe la lucha contra el fraude sólo al ámbito penal ya que la contravención del ordenamiento puede proceder de la vulneración de una norma civil, laboral, administrativa y, por supuesto, penal. Precisamente, la no especificación de la naturaleza de las medidas que deban adoptarse, permitirá abrir la puerta a la posibilidad de acudir a las soluciones que ofrece el derecho penal por haberse mostrado las más disuasorias y porque serían las que adoptaría un Estado si se enfrentara a un fraude interno.

En este entorno que pretendemos esbozar, la Fiscalía Europea es hoy el centro de las miradas pues será el órgano que asumirá la investigación de las infracciones que, como el fraude, afecten a los intereses financieros de la Unión. Sin embargo, el fraude no es un delito que habitualmente se manifieste de forma autónoma, sino que lo hace en concurso o en conexión con otros ilícitos que, como el blanqueo, el terrorismo, el tráfico ilícito de personas y de armas, el narcotráfico, o

² LUCHTMAN, M., VERVAELE, J., “Agencias europeas de justicia penal y aplicación compartida (Eurojust y Fiscalía Europea)”, *Justicia, Revista de Derecho Procesal*, 2015, nº 1, pp. 385-434.

la delincuencia organizada en general, se corresponden con los ámbitos delictivos reconocidos en el art. 83.1 TFUE³ y para cuya investigación no está facultada la Fiscalía Europea. Sin embargo, desde el momento en que exista algún tipo de conexión entre estos ilícitos con el fraude, y éste afecte a los intereses financieros de la Unión, su competencia podría activarse. Entiéndase lo que estamos diciendo, y es que como consecuencia de esta conexión la Fiscalía *podría* resultar competente pero no necesariamente habrá de serlo.

Estos dos niveles de actuación penal previstos por el legislador –los delitos transfronterizos del art. 83 y el fraude que, como eurodelito, encuentra su sede en el art. 325, incardinado en la parte del Tratado relativa a las disposiciones financieras y fuera de las previsiones sobre la cooperación judicial- tenderán a confluir en la competencia de la Fiscalía debido a la aplicación de los criterios de protección de los intereses financieros que encuentra en la Fiscalía Europea un elemento aglutinador en la lucha contra el fraude.

II LA FISCALÍA EUROPEA EN EL CONTEXTO DE LA POLÍTICA PENAL DE LA UNIÓN

Desde que vio la luz el *Corpus Juris*⁴ se han sucedido diferentes intentos para regular la creación y el funcionamiento de un Fiscal Europeo y para definir y dotar a las normas penales nacionales de un alto grado de armonización a través de la transposición de Decisiones Marco y Directivas. Este intento homogeneizador se centraba especialmente en el ámbito del derecho penal económico, siguiendo así una especie de “tradición” en la que, a partir del Convenio PIF y sus Protocolos –aprobados en el ámbito del tercer pilar⁵–, se instaban a los Estados a coordinar sus ordenamientos con las previsiones comunitarias, incluyendo las normas penales si fuera necesario, y prestándose especial atención a la delincuencia relacionada con el

³ Terrorismo, trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y delincuencia organizada.

⁴ DELMAS-MARTY, M, VERVAELE, J., *Un derecho penal para Europa. Corpus Juris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios* (Ed. de E. Bacigalupo y M.L. Silva Castaños), Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

⁵ Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DOCE de 27 de noviembre de 1995, n° C 316, pp. 48-57.

El Consejo, mediante Acto de 27 de septiembre de 1996, estableció un Primer Protocolo sobre la lucha contra los actos de corrupción en los que estuvieran implicados funcionarios -comunitarios o nacionales- cuando sus actos causaran o pudieran causar perjuicio a los intereses financieros de la Comunidades Europeas (DOCE de 23 de octubre de 1996, n° C 313, pp. 1-10). El Segundo Protocolo, relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas y al blanqueo de capitales, se aprobó mediante Acto del Consejo de 19 de junio de 1997 (DOCE de 25 de junio de 1997, n° C 195, pp. 2-11). En un Protocolo anterior, de 29 de noviembre de 1996, relativo a la interpretación prejudicial del Convenio PIF, se fijó la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades (TJCE) para interpretar el Convenio PIF y el Primer Protocolo (DOCE de 20 de mayo de 1997, n° C 151, pp. 1-14).

fraude cuando ésta implicara, también, un ataque contra las bases económica y financiera de la Comunidad⁶.

Por su parte, a través del *Libro Verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo*⁷, la Comisión presentaba una propuesta que no se basaba en ningún modelo nacional concreto, sino que buscaba el sistema más adecuado para asegurar la protección de los intereses financieros comunitarios, un objeto que excedía, con mucho, de la protección que ofrecían los Estados, justificando el valor añadido que suponía el Fiscal Europeo para la superación de las diferencias entre ordenamientos que dificultaban considerablemente la aplicación homogénea de los instrumentos jurídicos.

Así, el TFUE significó un salto cualitativo en la lucha contra la criminalidad económico-financiera, pero la regulación del art. 86, que daba consistencia jurídica a la Fiscalía como órgano penal de la Unión en la lucha contra el fraude, no imponía la obligatoria creación del órgano, sino que concibió el Tratado como el punto de partida para establecer los criterios de su posible creación cuando los Estados lo considerasen oportuno. De hecho, hasta ahora la estrategia antifraude de la Unión no cuenta con ningún órgano de esta naturaleza⁸ y no podemos decir, por ello, que no exista un verdadero compromiso entre los Estados y la Unión para prevenir el fraude.

Cuestión diferente es el debate referente a la eficacia de los resultados que se han obtenido y que es, precisamente, el argumento que justifica que su incardinación en el organigrama penal de la Unión supondrá un claro avance en la estrategia contra el fraude. Además, esta nueva estructura orgánica permitirá alcanzar una antigua aspiración, pues abrirá la vía hacia la superación de algunas de las diferencias entre ordenamientos que frustran la efectividad de la política penal común.

De lo anterior podemos extraer una doble conclusión. En primer lugar, que, a pesar de suponer una plusvalía en la táctica penal, la Fiscalía no se concibió como el elemento imprescindible sobre el que sustentar la arquitectura jurídica del espacio de libertad, seguridad y justicia, que se basa en el principio de reconocimiento mutuo, en la confianza mutua y en la cooperación entre Estados – principios básicos que no siempre se han mostrado especialmente eficaces. En segundo lugar, que el legislador ha querido buscar el mayor apoyo posible a la hora de abordar la creación de la Fiscalía, alejando cualquier posibilidad de imponerla de forma unilateral. En este sentido, toda vez que la creación y el funcionamiento del órgano implica la cesión de una parte importante de la soberanía que aún conservan los Estados y, por lo tanto, la expansión entre los distintos ordenamientos de la política penal de la Unión en detrimento de las decisiones que los ejecutivos nacionales pudieran adoptar en materia de política criminal, era importante conseguir el mayor apoyo posible por lo que, previendo la casi imposible unanimidad, se incorporó en el art. 86.1.II FUE el mecanismo de la cooperación reforzada para que, al menos nueve Estados, pudieran avanzar hacia la creación de la Fiscalía⁹.

⁶ PÉREZ MARÍN, M.A., *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea: el camino hacia una jurisdicción penal común*”, Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, p. 161.

⁷ Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, de 11 de diciembre de 2001, documento (COM 2001) 715 final.

⁸ Estamos en período de *vacatio legis* para la aplicación del Reglamento que instaura la Fiscalía.

⁹ Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, República Checa y Rumanía, <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2017/06/08/epo/> (fecha de consulta: 17 de junio de 2018). Recordemos, asimismo, que Reino Unido e Irlanda ya quedaban fuera

Debemos tener en cuenta, asimismo, que, en tanto que la economía es un pilar esencial de la Unión, y toda vez que la evolución del sistema depende, en gran medida, de la solidez económica, era necesario lograr que los Estados se vieran reconocidos en los criterios que justificaban las decisiones de la Unión para proteger los intereses financieros. El hecho de que los Estados pertenezcan a familias jurídicas distintas – *common law* y *civil law* –, y que cada ordenamiento esté inspirado en principios jurídicos diferentes, suponía una complicación evidente, pues no era factible que el legislador optase por presupuestos y principios de uno de dichos sistemas para sostener la Fiscalía. Era imprescindible, por tanto, que los Estados se vieran reflejados en el problema que se pretendía combatir – el fraude – pero que también se reconocieran en las medidas e instrumentos que se pudieran aprobar para solucionar el conflicto, pues ello facilitaría el proceso legislativo para aprobar la Fiscalía. Como consecuencia, uno de los aspectos que se han cuidado especialmente es el equilibrio entre los principios y postulados filosófico-jurídicos de los ordenamientos que conforman la Unión, en tanto que la Fiscalía sería un órgano común cuya regulación, a través de Reglamento, no pasaría por el tamiz de la transposición.

En definitiva, a partir de la entrada en funcionamiento de la Fiscalía podremos distinguir en el espacio judicial europeo dos planos distintos de intervención: uno, el espacio de libertad, seguridad y justicia, ya existente¹⁰, y otro que surgirá dentro de aquél y que, aunque estará dotado de una idiosincrasia propia¹¹, deberá adaptarse a los principios de confianza y reconocimiento mutuos vigentes.

III LA COMPETENCIA DE LA FISCALÍA EUROPEA: ENCUADRAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Si tuviéramos que sintetizar lo que hemos visto hasta ahora, podríamos decir que la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión constituye una de las metas más importantes de la política penal europea y que a dicho objetivo se dedican la Unión y los Estados desde hace décadas. Hasta tal punto ha sido la evolución, que hoy encontramos un auténtico ordenamiento penal formado por normas, instrumentos y órganos que están al servicio de ese fin: contrarrestar el fraude que afecta a la Unión Europea y recuperar las cantidades defraudadas.

A partir de esta premisa, es necesario tener presente que en tanto que la Comunidad Europea – e, incluso, en los primeros tiempos como Unión Europea –

por la aplicación de la cláusula *opting in* y que a Dinamarca no se le aplican las normas reguladoras del espacio de libertad, seguridad y justicia por la sumisión a la cláusula *opting out*.

¹⁰ A modo de marco genérico de actuación, el espacio de libertad, seguridad y justicia intenta garantizar la cooperación entre Estados con el objeto de impulsar la política penal de la Unión a través de la armonización de ordenamientos. La aplicación del principio de reconocimiento mutuo y la armonización a través de normas mínimas comunes encuadran la lucha contra el delito, especialmente el combate frente a los delitos graves de dimensión transfronteriza.

¹¹ Ya dentro del propio espacio de libertad, seguridad y justicia, llamado a acoger la cooperación entre Estados, se está construyendo un sistema jurídico penal “propio” para combatir el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión, al que –aunque partiendo básicamente de los mismos criterios de reconocimiento y confianza mutuos– se dota de límites específicos en los que encuentran su ámbito de actuación la Fiscalía Europea.

carecía de legitimidad sancionadora en el ámbito penal, no cabía otra opción que actuar a través de los Estados, involucrándolos directamente en la lucha contra el fraude, por lo que se han convertido en un elemento fundamental de esta estructura.

Recuérdese así, los inicios de este camino mediante el *Programa de acción contra la criminalidad organizada* del año 1997¹², que se concretó en la *Acción Común 98/742/JAI, relativa a la competencia leal y a la libertad de mercado* y que avanzó hacia el *Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad* -Convenio PIF- y sus Protocolos, ya mencionados, que era el instrumento que reunía los elementos para luchar contra el fraude. Por su parte, el art. 325 TFUE vino a consagrar el principio de asimilación e impuso a los Estados una obligación de resultados ya que, sin establecer instrumentos concretos, les exigía la creación de una barrera interna para proteger los intereses financieros de la Unión¹³ a través de la adopción de medidas disuasorias y eficaces.

Sin embargo, sobre la base del art. 86 TFUE, la introducción de la Fiscalía Europea en la estructura orgánica de lucha contra el fraude suponía la atribución, con exclusividad, de la investigación penal del fraude a dicho órgano, alterándose, aparentemente, algunos de los principios que en los Estados permiten precisar los órganos que reúnen la competencia objetiva, territorial y funcional en el proceso penal para investigar y para conocer de la fase de juicio¹⁴.

Pero no debemos olvidar la otra parte de la ecuación, pues en este panorama de avances legislativos, la delincuencia económica también ha evolucionado y ello influye decididamente en la elección de formas y en la selección de estrategias para combatir el delito. Estas formas de delincuencia se nutren de métodos extraordinariamente sofisticados y ha encontrado en las posibilidades que ofrece el sistema financiero nuevas oportunidades para enmascarar sus actividades ilícitas. Efectivamente, la ausencia de controles en el tráfico jurídico del espacio económico europeo encuentra su razón de ser en la confianza mutua entre Estados, si bien el evidente aumento del uso de las vías financieras para blanquear ganancias obtenidas ilícitamente y para financiar actividades terroristas en el territorio de la Unión, ha obligado a adelantar la barrera de control penal, imponiendo a las entidades financieras un conjunto de medidas de obligado cumplimiento – *compliance* o *legal compliance*¹⁵–, que, a modo de código de conducta interna, deben aplicar para

¹² <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDOC.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1997-0333+0+DOC+XML+V0//ES>.

¹³ DE SOUSA MÊNDES, P., “Os poderes do OLAF na luta contra as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União e dos Estados-Membros”, en M.F. Palma, A., Silva Días, P., de Sousa Mendes (coords.), *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 419-428.

¹⁴ PÉREZ MARÍN, M.A., “La estructura orgánica de la Unión Europea en la lucha contra el fraude y contra la delincuencia organizada transnacional: presente y futuro”, *Revista Internacional Consinter de Direito*, 2017, 2º semestre, año 3, nº 5, <https://editorialjurua.com/revistaconsinter/>.

¹⁵ Sobre esta cuestión véanse, AMBOS, K., CARO CORIA, D., MALARINO, E. (coords.), *Lavado de activos y compliance: perspectiva internacional y derecho comparado*, Jurista Editores E.I.R.I., Lima 2015; GÓMEZ TOMILLO, M., *Compliance penal y política legislativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; GONZÁLEZ, M., “Compliance: más allá de la Responsabilidad Penal”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2016, nº 919, p. 11; NIETO MARTÍN, A., ARROYO ZAPATERO, L.A., (coord. y dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; ROTSCHE, T., “Criminal compliance”, *Indret, Revista para el análisis del derecho*, 2012, nº 1,

controlar aquellas operaciones que, ya sea por indicios ya por tratarse de una operativa que legalmente exige un control determinado, puedan ser considerada de riesgo. Es decir, las entidades financieras también se han transformado en instrumentos del derecho penal en la lucha contra el fraude.

Por lo tanto, el grado de vinculación y de compromiso en este ámbito de la política penal excede de la Unión, de los Estados y de las estructuras judiciales, policiales y administrativas estatales, hasta el punto que las entidades financieras – públicas y privadas –, así como ciertos profesionales, que por su actividad gestionan determinados tipos de transacciones económicas o pueden conocer aspectos trascendentales de la actividad financiera de sus clientes, deben actuar como órganos del sistema penal de la Unión y se les encomiendan la misión de ser el primer instrumento para prevenir el fraude que se pudiera cometer a través del uso ilícito de los canales financieros, nacionales e internacionales, que controlan.

Mientras, el Parlamento Europeo apoya decididamente la lucha contra el fraude y la evasión fiscal y reconoce que debe seguir concediéndose prioridad absoluta al combate frente contra este tipo de ilícitos. Se trabaja, asimismo, en el desarrollo de una estrategia de cooperación y coordinación reforzada y pluridimensional entre los Estados miembros, y entre estos y la Comisión, haciendo especial hincapié en la necesidad de crear mecanismos de prevención, detección precoz y vigilancia en el tránsito aduanero, que sigue siendo uno de los entornos con mayor índice de corrupción en Europa. El intercambio de información también resulta fundamental para detectar mecanismos de fraude y, en este devenir, se solicita a los Estados miembros que cooperen con la Comisión facilitando la información necesaria¹⁶.

En el mismo sentido, el Parlamento también ha entendido que la corrupción debe incluirse en el informe anual de la Comisión Europea sobre *Protección de los intereses financieros de la Unión Europea – Lucha contra el fraude*, y ya en el primer informe de la Comisión sobre la política de lucha contra la corrupción, que se publicó en febrero de 2014, se reconocía que la corrupción afectaba a todos los Estados miembros sin excepción, aunque de manera distinta, y que su coste para la economía de la Unión ascendía a unos 120.000 millones de euros al año¹⁷.

Contra la falsificación del euro se aprobó el *Reglamento (UE) nº 331/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2014*, que instituía el *Programa Pericles 2020*¹⁸ y a partir del 1 de enero de 2014, con la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2015/768¹⁹, todas las medidas adoptadas en el marco del programa Pericles se aplican a los Estados UE, tanto los situados en la zona euro

<http://www.indret.com/pdf/876a.pdf>, URBANO CASTRILLO, E. de, “La responsabilidad penal del compliance officer”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, nº 4.

¹⁶ <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheets/es/32/la-lucha-contra-el-fraude-y-la-proteccion-de-los-intereses-financieros-de-la-uni>.

¹⁷ <http://www.europarl.eu/factsheets/es/sheets/es/sheet/32/la-lucha-contra-el-raude-y-la-proteccion-de-los-intereses-financieros-de-la-uni>.

¹⁸ DOUE de 5 de abril de 2015, nº L 103, pp. 1-9.

¹⁹ Reglamento (UE) 2015/768 del Consejo, de 11 de mayo de 2015, por el que se amplía a los Estados miembros no participantes la aplicación del Reglamento (UE) 331/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un programa en materia de intercambios, asistencia y formación para la protección del euro contra la falsificación de moneda (programa “Pericles 2020”), DOUE de 14 de mayo de 2015, nº L 121, pp. 1-2.

como los que se encuentran fuera de ella. Con ello, se pretende que el euro reciba el mismo nivel de protección en toda la Unión.

En el mismo sentido, y con objeto de completar el marco normativo para la protección del euro, también en 2014 se incorporó la *Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación*, dotándose así a la estrategia contra el fraude de IVA de un nuevo instrumento, que incide en la necesidad de investigar penalmente los actos de falsificación mediante instrumentos más eficaces y de fijar penas comunes para los tipos delictivos más graves²⁰.

Pues bien, la relevancia de estas medidas no ha perdido vigencia porque para el período 2021-2027 la Unión Europea ha aumentado su presupuesto para reforzar la lucha contra el fraude en 181 millones de euros, apoyando los esfuerzos de los Estados miembros en el combate contra la corrupción y otras irregularidades que afectan al presupuesto UE²¹. Por otro lado, podremos comprobar que todos los ámbitos delictivos referidos confluyen en la competencia de la Fiscalía Europea, abriendo el *Reglamento (UE) 1939/2017, de 12 de octubre por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea* una nueva etapa en la lucha contra el fraude²².

IV CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA MATERIAL

1 Aspectos generales de la competencia material de la Fiscalía

El Reglamento de creación de la Fiscalía establece que su competencia material se circunscribe, con exclusividad, a los delitos que dañen los intereses financieros de la Unión Europea, en la forma que determina la Directiva PIF²³, algunos reglamentos y el propio Reglamento de la Fiscalía (RFE)²⁴. Es, como vemos, una afirmación genérica que permite intuir en toda su amplitud la complejidad de la intención plasmar todos los comportamientos que se encuadran en la competencia de la Fiscalía. Pero antes de entrar en el análisis de la materia, nos gustaría indicar que las funciones de este órgano excederán considerablemente de la

²⁰ Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, y por la que se sustituye la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo, DOUE de 21 de mayo de 2014, nº L 151, pp. 1-8.

²¹ “El nuevo Programa de la UE de lucha contra el fraude financiará la formación especializada y el intercambio de información y de buenas prácticas entre las autoridades encargadas de la lucha contra el fraude en toda Europa. También dará apoyo a actividades de investigación mediante la compra de equipo técnico para la detección e investigación del fraude, además de facilitar el acceso a sistemas de información seguros” (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3967_es.htm).

²² Reglamento (UE) 2917/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, DOUE de 31 de octubre de 2017, nº L 283, pp. 1-71.

²³ 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, DOUE de 28 de julio de 2017, nº L 198, pp. 29-41.

²⁴ MORENO CATENA, V., *Fiscalía Europea y Derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, esp. p. 342.

investigación de los hechos ya que, además de instruir, designará el ordenamiento jurídico, de entre todos los que pudieran reunir jurisdicción, ante cuyos órganos penales sostendrá la acusación y se desarrollará la fase de enjuiciamiento²⁵. Podemos decir, pues, sin temor a equivocarnos, que las funciones que le han sido asignadas convertirán a la Fiscalía en la columna vertebral del proceso, en tanto que su actuación se extiende a lo largo de las distintas fases que lo componen²⁶.

El RFE no es el único instrumento que permite determinar el contenido de la competencia material, esto es, los delitos que caen bajo la competencia de la Fiscalía, pues, como hemos visto en las páginas anteriores, las manifestaciones externas de las infracciones que perjudican a los intereses financieros de la Unión pueden ser muy diferentes y suelen estar vinculadas a diferentes ilícitos que no necesariamente deben caer bajo su órbita competencial. Por ello, el Reglamento sirve al legislador para plantear las bases de la competencia material y remite a otros instrumentos jurídicos para completar el esquema competencial.

Un ejemplo de lo que decimos, y que demuestra la dificultad en lo que respecta a la delimitación de la competencia material, es que el art. 22 RFE – *Competencia material de la Fiscalía Europea*– remite a los delitos contemplados en la Directiva 2017/1371 – Directiva PIF – “tal y como se haya transpuesto en la legislación nacional”. Podemos comprobar, por lo tanto, que el legislador incide especialmente en que la Fiscalía, en su actuación, se debe someter a la regulación nacional toda vez que entiende que ésta se encuentra armonizada y que las diferencias entre las normas internas son, podemos decir, asumidas, al proceder de una transposición que no deja de ser “controlada” porque la propia Directiva fija los límites en los que se pueden mover cada uno de los Estados en la adaptación de su contenido al derecho interno. Otra cuestión sería las diferencias que se pudieran apreciar en cada uno de los procesos, relativas, por ejemplo, a la prueba –como la obtención o la valoración de la misma²⁷–, a las posibilidades de participación de las partes o de las víctimas en el proceso y que, en ocasiones, constituyen impedimentos difícilmente superables en el camino hacia la idéntica protección de los derechos de las partes.

Por otro lado, es fácil, apreciar la clara conexión entre el fraude –como ámbito delictivo genérico de la Fiscalía delimitado en el art. 1 de la Directiva PIF²⁸– y otros

²⁵ Sobre la competencia de la Fiscalía véase RUIZ MAGAÑA, I., “La Fiscalía Europea como órgano instructor: actos de imputación y garantías procesales del sujeto pasivo”, *Revista de Estudios Europeos*, 2017, nº extra 1, pp. 123-144, y SANTOS, M., *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia*, Rei dos Livros, Carcavelos, 2016.

²⁶ Sobre la materia, CSONKA, P., JUSZCZAK, A., SASON, E., “The establishment of the european public prosecutor’s office: the road from vision to reality”, *Eu crim: the European Criminal Law Associations’ forum*, 2017, nº 3, pp. 125-135; KUHL, L., “The European Public Prosecutor’s Office – more effective, equivalent, and independent criminal prosecution against fraud?“, *Eu crim: the European Criminal Law Associations’ forum*, 2017, nº 3, pp. 135-143.

²⁷ El régimen de la prueba transnacional está regulado en la Directiva 2014/41/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, DOUE de 1 de mayo de 2014, nº L 130, pp. 1-36, transpuesta en nuestro ordenamiento por la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la orden europea de investigación.

²⁸ Art. 1 Directiva PIF: “La presente Directiva establece normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones relativas a la lucha contra el fraude y otras actividades ilegales que afectan a los intereses financieros de la Unión, con el fin de reforzar la protección contra las infracciones

ilícitos como el blanqueo de capitales, ya que los intereses financieros de la Unión pueden resultar vulnerados por actos que directamente pueden ser la manifestación de un fraude o a través de comportamientos que, sin ser inicialmente constitutivos de delito, enmascaran dicha finalidad o provocan dicho efecto por ser consustancial a la propia naturaleza jurídica del acto perpetrado. Como consecuencia, el nexo entre otras infracciones y el fraude puede provocar una alteración de la competencia inicial para la investigación o, mejor, dicho, puede ampliar esta competencia. Así, si originalmente la Fiscalía Europea no es el órgano competente para investigar los delitos de blanqueo – pues no se le reconoce dicha atribución ni en el Reglamento ni en el articulado de la Directiva PIF a la que aquél remite–, no es menos cierto que el blanqueo no suele darse de forma autónoma y aislada ya que, al menos, requiere de una actividad ilícita previa cuyas ganancias pretenden de ser introducidas en el tráfico económico lícito.

Por su parte, esas cantidades “blanqueadas” pueden estar destinadas a financiar otras actividades ilícitas y, por ello, la *Directiva (UE) 2015/849, de protección del sistema financiero*²⁹, en su art. 3.4.d), vincula la prevención del sistema financiero, como medio que puede ser utilizado para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, con el “fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión”, remitiéndose así, indirectamente, a la Directiva PIF que en el art. 4.1 afirma que el blanqueo de capitales, en la forma en que se describe en el art. 1.3 de la Directiva 2015/849³⁰, puede ser uno de los actos que afecten a los intereses financieros de la Unión. Esta posible articulación entre el blanqueo y la infracción de los intereses financieros es el punto en el que se exterioriza la competencia de la Fiscalía con respecto a tales ilícitos y en este sentido debemos interpretar las disposiciones de la Directiva PIF.

No es difícil, pues, colegir que el legislador europeo ha abordado el establecimiento de un sistema de protección global frente al fraude mediante la aprobación de un conjunto de normas que también protegen al sistema financiero y que intentan impedir su uso para blanquear las ganancias ilícitas derivadas del delito o para financiar actividades terroristas a través de operaciones que enmascaran un fraude. Asimismo, si la finalidad del blanqueo fuera la de financiar actividades terroristas, comprobaríamos que también existe un claro nexo de unión entre el blanqueo y el fraude a través de dicha infracción, pues este tipo de organizaciones delictivas se financian con actividades ilícitas que, por su propia naturaleza, están directamente ligadas con actos de fraude en sus diferentes expresiones.

Lo que sucede es que nos encontramos ante infracciones que no se manifiestan de forma aislada, pues el blanqueo puede ser, a su vez, constitutivo de

penales que afectan a dichos intereses financieros, en consonancia con el acervo de la Unión en este ámbito”.

²⁹ Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 relativa a la relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, DOUE de 5 de junio de 2015, n° L 143, pp. 73-117.

³⁰ El art. 1.3 considera blanqueo, entre otras, las siguientes conductas intencionales: la conversión y transformación de bienes, la ocultación o el encubrimiento del origen ilícito de los bienes, la recepción de bienes sabiendo que proceden de una actividad ilícita y la participación en acciones o la pertenencia a asociaciones para cometer este tipo de delitos.

fraude contra los intereses financieros, puede estar relacionado con actividades de financiación del terrorismo -sancionadas en la Directiva PIF- y puede estar estrechamente relacionado con algún tipo de fraude del régimen de IVA³¹ que constituye una de las fuentes de las que se nutre el presupuesto de la Unión. No obstante, e independientemente de su vinculación con otras infracciones, cualquier actividad que intente sortear las previsiones legales sobre régimen impositivo común implicará un claro supuesto de fraude que, según el art. 22 RFE, caen en el ámbito competencial de la Fiscalía. Cuestión diferente será determinar en cada caso si la Fiscalía Europea resultará ser el órgano competente para la investigación, pues para ello habrá de estarse a las circunstancias concretas y comprobar que no se trata de un fraude contra el ordenamiento impositivo nacional, y que no está vinculado o relacionado con aquél, debiendo superar el daño causado la cantidad de al menos 10 millones de euros³².

Hemos de traer igualmente a colación el hecho de que la mayoría de los delitos transfronterizo están claramente conectados con el fraude³³, porque el tráfico ilícito de armas, de estupefacientes o de personas y la delincuencia organizada y transfronteriza, en general, generan por si mismos un tipo de fraude que la Unión Europea intenta prevenir³⁴. Por ello, aunque no cabe entender que la Fiscalía es competente para investigar aquellos comportamientos que se subsumen en los ámbitos delictivos reconocidos en el art. 88 TFUE, su competencia se activará cuando se aprecie la conexión entre estos y cualquier actividad que afecte a los intereses financieros de la Unión siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el Reglamento, esto es, la superación de los umbrales económicos fijados o la consideración de que el delito de fraude es el principal frente a unos ilícitos accesorios que, en este caso, se referirán a los comportamientos que se prevén en dicho artículo.

2 Aproximación a las infracciones que conforman la competencia material

Nos vamos encontrando, por lo tanto, ante circunstancias que implican una expansión “indirecta” de la competencia material de la Fiscalía Europea porque el fraude contra los intereses financieros, en el sentido que hemos expuesto, no constituye un tipo de ilícito concreto, sino que, todo lo contrario, se manifiesta a través de diferentes comportamientos en los que la intención de defraudar está siempre subyacente.

³¹ Sobre la competencia de la Fiscalía Europea respecto de los delitos contra el régimen común de IVA véase MARTÍN QUERALT, J., “La Fiscalía Europea y los delitos contra la Hacienda Pública comunitaria”, *Carta Tributaria*, 2017, n° 33, [³² Véanse arts. 22 RFE y 3.2 Directiva PIF.](http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?mpara ms=H4SiaaaAAAAEAMtMSbF1jTAAAkMjCyMDc7Wy1KLizPw8WyMDQ3NDQ0OwQGZapUt-ck hlQaptWmJOcapabmJJJSWqRrXNiUUhRZhKU651aaRvkGuYZHOKolpqUn5-NYnA8ZeAAiOTFC XIAAAA=WKE.</p></div><div data-bbox=)

³³ Recordemos que el blanqueo de capitales, la corrupción y la falsificación de medios de pago se encuentran entre estos delitos.

³⁴ HERNÁNDEZ LÓPEZ, A., “Crimen transfronterizo y determinación de la jurisdicción en el espacio de libertad, seguridad y justicia: Hacia una nueva normativa sobre resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción penal?”, *Revista de estudios europeos*, 2018, n° 71, pp. 220-233.

Así, la Directiva PIF tipifica los comportamientos constitutivos de fraude que son de la competencia de la Fiscalía³⁵ y los define en función de si éstos afectan a los intereses financieros de la Unión en materia de gastos aun no relacionados con los contratos públicos –art. 3.2.a) –, en materia de gastos relacionados con los contratos públicos –art. 3.2.b) –, en materia de ingresos distintos de los procedentes de los recursos propios del IVA –art. 3.2.c) – y en materia de ingresos procedentes del IVA –art. 3.2.d)³⁶–. De la misma forma, el art. 4.2 de la Directiva, aborda la posible conexión entre el blanqueo de capitales con la corrupción activa y pasiva y con la malversación que, cometidos de forma intencional, pudieran atacar los intereses financieros de la Unión y activar la competencia de la Fiscalía.

Las anteriores conductas, apreciadas en el ámbito de una organización criminal de las definidas en la Decisión Marco 2008/841/JAI, se entenderán circunstancias agravantes –art. 8 Directiva PIF–. En este caso, y si el delito hubiera sido cometido por una persona física en el ámbito de una organización criminal, la pena máxima que se debería imponer habrá de ser, al menos, de 4 años cuando los daños, perjuicios y ventajas sean considerables, entendiéndose a tal efecto que una ventaja o perjuicio “considerable” deberá superar la cuantía de 100.000 euros – art. 7–. Por su parte, los arts. 6 y 9 de la Directiva regulan los criterios para tipificar los actos constitutivos de fraude cuando el autor fuera una persona jurídica, así como las sanciones que en tal caso habrán de imponerse³⁷.

Prácticamente la mismas previsiones asume el RFE que, en el apartado 2 del art. 22, atribuye competencia a la Fiscalía respecto de los delitos cometidos por una organización delictiva de las previstas en la Decisión Marco de 2008, con la condición, claro es, de que su actividad se centre en la comisión de alguno de los delitos fijados en el apartado 1 del mismo artículo, esto es, delitos que afecten a los intereses financieros de la Unión y delitos en materia de ingresos procedentes de los recursos propios del IVA cuando estos comportamientos tengan naturaleza transnacional y supongan, para la Unión, un perjuicio de más de 10 millones de euros. Queda explícitamente excluida la competencia de la Fiscalía respecto de los delitos que afecten a los sistemas impositivos nacionales –impuestos directos– y de los delitos vinculados con estos –art. 22.4. RFE–.

No obstante, con excepción de la vulneración del régimen de IVA –que, como hemos visto, fija el límite del daño en 10 millones de euros–, el legislador ha establecido fijado el umbral económico que determinaría la activación de la competencia de la Fiscalía en la cantidad de 10.000 euros, de forma que cuando el perjuicio o el daño causado supere esta cifra, tal y como se deduce del art. 25.2 RFE se deberá imponer una sanción penal. Por el contrario, si el daño causado fuera inferior nos encontraríamos con una circunstancia excluyente de la competencia, salvo que se concreten los supuestos excepcionales que obligan a abrir necesariamente la investigación cuando el asunto tenga repercusiones a escala de la

³⁵ Art. 22.1 RFE que remite a la Directiva PIF.

³⁶ MARTÍN QUERALT, J., “La Fiscalía Europea y los delitos contra la Hacienda Pública comunitaria”, op. cit.

³⁷ Sobre la situación procesal de la persona jurídica, véase DE HOYOS SANCHO, M., “Sobre la necesidad de armonizar las garantías procesales en los enjuiciamientos de personas jurídicas en el ámbito de la Unión Europea. Valoración de la situación actual y algunas propuestas”, *Revista General de Derecho Procesal*, año 2017, nº 43.

Unión o cuando sean sospechosos de la comisión delictiva funcionarios o agentes de la Unión, no resultando aquí de aplicación límite económico alguno como los fijados para otros supuestos³⁸.

No queremos, por último, dejar de hacer referencia a una cuestión que puede resultar, cuanto menos, confusa y es la relativa a la competencia de la Fiscalía para investigar los delitos de financiación del terrorismo. Partamos de la premisa de que ésta no es el órgano competente para investigar tales delitos, ni los relativos a actividades terroristas. Sin embargo, como se advierte en el considerando 14 de la *Directiva (UE) 2017/541, relativa a la lucha contra el terrorismo*³⁹, en la Directiva 2015/849 el legislador entiende que los Estados deben adoptar medidas para proteger el sistema financiero frente a su utilización como instrumento para el blanqueo y para la financiación del terrorismo, obligando a tipificar tales conductas junto con cualquier otra relacionada con actividades terroristas. Y es que el terrorismo puede ser financiado –como realmente ocurre– a través del blanqueo de cantidades procedentes de actividades delictivas de las que puede derivarse, también, un daño para los intereses financieros de la Unión⁴⁰.

En estos supuestos, será necesario delimitar cuál es el alcance de la conexión entre delitos pues de ello puede depender la atribución de la investigación a la Fiscalía. Habrá de comprobarse cuál es el delito principal, si alguna de las infracciones es instrumental, concretarse el daño causado, localizar el lugar de comisión o, incluso, el lugar en el que se han producido las principales consecuencias del delito, etc., porque tales circunstancias serán determinantes para establecer la competencia.

3 La conexión de delitos como criterio de ampliación de la competencia

Siendo la complejidad en la que se manifiesta el tipo de delincuencia relacionada con el fraude una verdadera dificultad para fijar la competencia, será necesario demostrar la conexión entre los diferentes ilícitos que, aparentemente, tuvieran algún tipo de vinculación. En este sentido, el Reglamento regula los criterios de conexión de delitos que ahora se muestra como un instrumento para perfilar el contenido de la competencia material.

La extensión de la competencia material de la Fiscalía través de la conexión de delitos⁴¹ permite que ésta, a través del Fiscal Europeo Delegado (FED), asuma la investigación de todos aquellos hechos que se encuentren indefectiblemente unidos a los delitos previstos en el art. 22.1 RFE, que son los que constituyen el núcleo de su competencia material. Así, utilizando los términos del art. 22.3, la Fiscalía será

³⁸ Art. 25.2.a) y b).

³⁹ Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2006/671/JAI del Consejo, DOUE de 31 de marzo de 2017, n° L 88 pp. 6-21.

⁴⁰ Informe de la Comisión al Parlamento Europea y al Consejo sobre la evaluación de los riesgos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que afectan al mercado interior y que están relacionados con actividades transfronterizas, Bruselas, 26 de junio de 2017, documento COM(2017) 340 final.

⁴¹ MORENO CATENA, V., op. cit., esp. p. 346.

competente “respecto de cualquier delito que esté indisociablemente vinculado con un comportamiento constitutivo de delito incluido en el ámbito de aplicación del apartado 1 del presente artículo”, remitiendo al art. 25.3, que es donde se fijan los criterios de conexión.

La interpretación de la regulación de la conexión no es del todo sencilla, pues los supuestos están redactados en sentido negativo, esto es, define aquellas situaciones en las que, a pesar de apreciarse la existencia de criterios de conexión, la Fiscalía decae en su competencia por concurrir circunstancias que obligan a atribuir la investigación a los órganos competentes de los ordenamientos nacionales afectados. Por lo tanto, habrá de analizarse cada una de las causas de exclusión para precisar cuál es el órgano al que definitivamente resulta atribuido el conocimiento del asunto –en este caso la fase de investigación–. Así, aunque se traten de delitos intrínsecamente ligados a alguna infracción que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, la Fiscalía no resultará competente en los siguientes supuestos:

a) Cuando la sanción máxima establecida en la legislación nacional para un delito de los incluidos en el ámbito determinado por el art. 22.1 RFE –fraude contra los intereses financieros de la Unión en la forma conceptuada por la Directiva 2017/1371 e infracciones dolosas o intencionadas contra el régimen común de IVA (art. 3.2.d de la Directiva 2017/1371) – sea igual o menos grave que la fijada para un delito vinculado a los anteriores. En tal caso se activaría el proceso penal interno con relación a ambos delitos, en tanto que la conexión produce un efecto de *vis attractiva* respecto de todos comportamientos delictivos vinculados.

Sensu contrario, ha de entenderse, pues, que todos los delitos vinculados serán competencia de la Fiscalía no sólo como consecuencia de la unidad indisociable de los mismos –que impide escindirlos sin romper la continuidad de la causa– sino cuando el comportamiento delictivo que se subsuma en uno de los delitos incluidos en el art. 22 esté sancionado por el Estado, o Estados afectados, con una pena superior a la prevista para los otros delitos.

Incorpora, no obstante, este apartado una excepción, y es que cuando el delito conexo sancionado con una pena mayor se haya cometido de forma instrumental, resultando ser el objetivo principal la comisión de una de las infracciones previstas en el art. 22.1 –en una suerte de conexión medial–, la competencia revertirá en la Fiscalía con independencia de la pena fijada para cada uno de los delitos por el ordenamiento afectado. Por lo tanto, además de la mayor gravedad de la pena, también podrá activar la competencia de la Fiscalía que el delito “principal” pueda ser subsumido en los ámbitos delictivos del art. 22.1 RFE⁴², con independencia de las penas que, en

Abstracto, correspondan al delito principal y al accesorio.

b) Queda igualmente excluida la competencia de la Fiscalía Europea cuando el daño causado a otras víctimas sea mayor que el perjuicio causado a los intereses financieros de la Unión Europea. En tales supuestos, las autoridades competentes para conocer de la investigación serán las de los ordenamientos nacionales afectados, dando lugar a un proceso exclusivamente interno. Habrán de determinarse, pues, las

⁴² Véase al respecto NIETO MARTÍN, A., WADE, M., MUÑOZ DE MORALES, M., “Federal Criminal Law and the European Public Prosecutor’s Office”, en K. Ligeti (ed.), *Toward a prosecutor for the European Union*, ed. Bek/Hart, Oxford, 2013, pp. 781-802, esp. pp. 797 a 799.

diferentes circunstancias que permitan comprobar la competencia, tales como el número de víctimas, el daño causado a cada una de aquéllas, el Estado de residencia de las víctimas o del sospechoso o el lugar de comisión del delito, entre otras, que permitirán concretar el ordenamiento competente para conocer de los delitos conexos y, en su caso, de los procesos acumulados.

Sin embargo, esta exclusión, aunque general, no resultará aplicable cuando nos encontremos ante los supuestos de los apartados a), b) y d) del art. 3.2 de la Directiva (UE) 2017/1371⁴³. En cualquier caso, pues, y con independencia del daño causado a otras víctimas, la competencia siempre corresponderá a la Fiscalía cuando el daño soportado por la Unión proceda de un delito de fraude en materia de gastos – ya se trate de gastos relacionados o no con contratos públicos- y en materia de ingresos procedentes del IVA, siempre que la infracción sea subsumible en los supuestos especificados en la Directiva⁴⁴.

c) Por último, se cierra la regulación de la conexión con una cláusula que reconoce de forma genérica la competencia a la Fiscalía cuando, con el consentimiento de las autoridades⁴⁵ nacionales, se considere que aquélla se encuentra en mejores condiciones para investigar o ejercer la acción penal, aunque se trate de delitos que inicialmente le pudieran resultar vedados como consecuencia de la aplicación del apartado 3 b) del artículo 25⁴⁶.

⁴³ 2. A los efectos de la presente Directiva, se considerará fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión lo siguiente:

- a) en materia de gastos no relacionados con los contratos públicos, cualquier acción u omisión relativa a:
 - i) el uso o la presentación de declaraciones o documentos falsos, inexactos o incompletos, que tenga por efecto la malversación o la retención infundada de fondos o activos del presupuesto de la Unión o de presupuestos administrados por la Unión, o en su nombre,
 - ii) el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto, o
 - iii) el uso indebido de esos fondos o activos para fines distintos de los que motivaron su concesión inicial;
- b) en materia de gastos relacionados con los contratos públicos, al menos cuando se cometan con ánimo de lucro ilegítimo para el autor u otra persona, causando una pérdida para los intereses financieros de la Unión, cualquier acción u omisión relativa a:
 - i) el uso o la presentación de declaraciones o documentos falsos, inexactos o incompletos, que tenga por efecto la malversación o la retención infundada de fondos o activos del presupuesto de la Unión o de presupuestos administrados por la Unión, o en su nombre,
 - ii) el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto, o
 - iii) el uso indebido de esos fondos o activos para fines distintos de los que motivaron su concesión inicial y que perjudique los intereses financieros de la Unión;
- (...)
- d) en materia de ingresos procedentes de los recursos propios del IVA, cualquier acción u omisión cometida en una trama fraudulenta transfronteriza en relación con:
 - i) el uso o la presentación de declaraciones o documentos relativos al IVA falsos, inexactos o incompletos, que tenga por efecto la disminución de los recursos del presupuesto de la Unión,
 - ii) el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información relativa al IVA, que tenga el mismo efecto; o
 - iii) la presentación de declaraciones del IVA correctas con el fin de disimular de forma fraudulenta el incumplimiento de pago o la creación ilícita de un derecho a la devolución del IVA.

⁴⁴ Art. 25.3 *in fine* RFE.

⁴⁵ Véase art. 25.4 RFE.

⁴⁶ Cuando el daño causado o que pueda causarse a los intereses financieros de la Unión por la comisión de uno de los delitos mencionados en el art. 22 no sea mayor que el perjuicio que se pudiera causar a

Si acudimos a los considerandos del RFE⁴⁷ podemos ver que entre otras circunstancias, la Fiscalía Europea está en mejores condiciones “cuando sea más eficaz dejar a la Fiscalía Europea investigar o ejercer la acción penal sobre el correspondiente delito debido a su carácter y magnitud transnacionales, o cuando el delito implique a una organización delictiva, o cuando, dado el carácter específico del delito, este pueda constituir una grave amenaza para los intereses financieros de la Unión o para el prestigio de las instituciones de la Unión y la confianza que los ciudadanos de la Unión depositan en ellas. En tales casos, la Fiscalía Europea debe poder ejercer su competencia con la aprobación de las autoridades nacionales competentes del Estado o Estados miembros, *cuando se haya causado perjuicio a otra víctima o víctimas*”⁴⁸.

Efectivamente, téngase en cuenta que esta cláusula de atribución de la competencia sólo se aplicará en el caso de que la exclusión competencial se hubiera producido por concurrir varias víctimas -pues el legislador así lo ha establecido al hacer referencia expresa al apartado 3.b) del propio artículo 25– y no cuando estemos en alguno de los supuestos del apartado 3.a) del precepto, referido a la mayor gravedad de la sanción.

Ante la posibilidad de que exista discrepancia entre la Fiscalía y las autoridades nacionales sobre si la infracción es constitutiva de uno de los comportamientos previstos en el art. 22.2 y 3 o del art. 25.2 y 3 –circunstancia determinante para conocer el órgano de investigación– el legislador ha decidido que resuelvan los órganos nacionales competentes en materia de atribución de competencias de los Estados afectados⁴⁹.

V LA COMPETENCIA TERRITORIAL

1 Criterios genéricos para determinar la competencia territorial

La competencia territorial, como sabemos, es el conjunto de normas que, de entre todos los órganos objetivamente competentes en un ámbito territorial concreto, atribuyen el conocimiento del asunto a uno de los órganos que tienen su sede en aquél. Pues bien, en primer lugar, ha de delimitarse el espacio territorial en el que la Fiscalía ejercerá sus atribuciones competenciales y, a tal fin, el art. 23 RFE indica que los delitos referidos en el art. 22 se deben haber cometido en su totalidad, o de forma parcial, en el territorio de alguno de los Estados miembros. Otra cuestión –que veremos un poco más adelante– será la de concretar el Estado en el que se desarrollará la investigación y que permitirá, de este modo, determinar la competencia territorial de la Fiscalía, esto es, el Fiscal Delegado que dirigirá la investigación de entre todos los Fiscales Europeos Delegados que forman parte de la Fiscalía Europea. Pero estamos ahora ante *circunstancias de carácter territorial* que atribuirían la competencia con carácter genérico y que, sin atender a otros condicionamientos tales como la

otra víctima. Véase también el art. 25.3 *in fine* RFE que prohíbe la aplicación de la anterior circunstancia a los delitos mencionados en el art. 3.2 a.b y d) de la Directiva PIF (Vid. nota 36).

⁴⁷ Reglamento del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, de 12 de octubre de 2017, considerando 60.

⁴⁸ La cursiva es nuestra.

⁴⁹ Véase art. 25.6 RFE.

nacionalidad del sospechoso o de quien participó en el delito, exigen que la infracción haya tenido lugar en el espacio territorial de la Unión.

El criterio de la nacionalidad es determinante, sin embargo, en aquellos supuestos en los que los delitos han sido perpetrados fuera del territorio de la Unión Europea, tal y como se deduce del apartado b) del art. 23 RFE, que dice que la Fiscalía tendrá competencia cuando el nacional de un Estado pudo ser el autor de los hechos o tuvo algún tipo de participación punible siempre que ese Estado mantenga vinculación con las infracciones a pesar de que éstas hayan sido cometidas fuera de su espacio territorial. Hemos de entender, en este tenor, que los hechos pudieron tener lugar en otro Estado miembro distinto al de nacionalidad, pero, en tal caso, la solución es simple pues según el art. 26.4 será jurisdiccionalmente competente el Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito o identificado el centro de la actividad delictiva. La investigación corresponderá entonces al Fiscal Delegado que tenga su sede en dicho Estado. Asimismo, cabe la posibilidad de que la Sala Permanente reasigne el asunto, lo cual permite atribuir la investigación al Fiscal Delegado de un Estado que no necesariamente reunirá la condición de jurisdicción o que la Fiscalía ejerza el derecho de avocación que se le reconoce⁵⁰.

Por el contrario, si el delito se hubiera cometido fuera del territorio de la Unión –ya por un nacional de un Estado miembro ya por un nacional de un Estado no miembro–, y aun siendo factible que el Estado del que es nacional el sospechoso pudiera tener competencia para conocer de la causa, no podrá desconocerse la regulación específica del Estado “extracomunitario” afectado, en cuyo espacio territorial pudo cometerse el delito o pudieron concretarse las consecuencias jurídicas del mismo. A través del análisis conjunto de las normas que pudieran confluir en el asunto se determinará el Estado jurisdiccionalmente competente y, por ende, el órgano que deberá tramitar la investigación. No obstante, téngase en cuenta que en el considerando 58 RFE se indica que la competencia de la Fiscalía debe tener, con carácter general, prioridad sobre las reclamaciones nacionales.

Por último, atribuye el art. 23.c) competencia a la Fiscalía Europea atendiendo a dos condiciones relativas a la “calidad” de la persona que pudo participar en los hechos, de modo que la Fiscalía deberá asumir la investigación cuando la infracción hubiera sido cometida por un funcionario de la UE, o alguna persona que estuviera sujeta al mismo, y cuando el hecho hubiera sido cometido por alguien quien resulte aplicable el régimen de otros agentes de la Unión. No estamos en este caso ante criterios de competencia territorial sino, como refiere el Reglamento, ante pautas relativas a la calidad de ciertas personas o profesionales que, sin embargo, también están vinculadas con ciertos aspectos territoriales.

En este sentido, la complejidad surge cuando en tales supuestos el delito se hubiera cometido fuera del territorio de la Unión, de ahí que en el texto del apartado c) se utilice la misma redacción que en el párrafo b). Así, cuando el delito pudo ser cometido por un funcionario UE, por otra persona que disfrutara del estatuto de funcionario o de otro agente de la Unión, la investigación corresponderá a la Fiscalía *siempre que un Estado miembro sea competente respecto de este tipo de delito cuando se haya cometido fuera de su territorio*. Por lo tanto, cabe reiterar lo ya dicho y aclarar, de nuevo, que la competencia sólo revertirá en la Fiscalía cuando alguna circunstancia vincule de forma evidente los hechos cometidos a un Estado

⁵⁰ Véanse arts. 25.2.a), 26.5.a) y 27 RFE.

miembro, aun cuando el acto supuestamente delictivo hubiera acaecido fuera del espacio territorial de la Unión. No olvidemos, sin embargo, el especial trasfondo penal que sirve de base a este supuesto y es que la condición de funcionario o agente de la Unión se tiene en cuenta para fijar la competencia de la Fiscalía cuando la infracción cometida por aquéllos afecte a los intereses financieros de la Unión.

2 Criterios específicos de atribución de la competencia territorial

Una vez que se hubiera precisado que un Estado miembro o que varios Estados se encuentran vinculados con los hechos, o una vez que Fiscalía hubiera asumido la competencia en función de la aplicación de otros criterios establecidos en el Reglamento⁵¹, será necesario delimitar cuál es el ordenamiento al que, de forma definitiva se atribuirá la jurisdicción pues, a partir de ese momento, podrá confirmarse el Fiscal Delegado que efectivamente actuará como órgano de investigación⁵². Para ello, en el art. 26 se individualizan los criterios específicos sobre la competencia territorial.

Así, el apartado 4 de dicho precepto regula dos situaciones distintas. Por un lado, atribuye la investigación al Fiscal Europeo del Estado en el que se aprecie el núcleo o *el centro* –según el término utilizado en el propio artículo– del delito. No se está refiriendo el legislador a los supuestos de competencia territorial derivados de la conexión de delitos que, acto seguido, regula y que resuelve atribuyendo la competencia al Fiscal Delegado del Estado en el que se haya cometido la mayor parte de los delitos, por lo que en este primer supuesto habrán de distinguirse diferentes circunstancias: aquellas en las que el delito y las consecuencias jurídicas del mismo, por ejemplo, se sitúan en el territorio de un único Estado y aquellas otras que hubieran desembocado en la perpetración de varias acciones en diferentes Estados y todos ellos, en principio, pudieran tener jurisdicción para el conocimiento de la causa.

Desde nuestro punto de vista, el tratamiento que se ha otorgado a la competencia territorial cuando hay más de un Estado implicado que pudiera tener jurisdicción como consecuencia de la comisión de los hechos, ya sean estos conexos o no, no es el más adecuado –por escaso–, toda vez que resulta especialmente complejo, en ocasiones, diferenciar, por ejemplo, entre la pluralidad, la conexión y el concurso de delitos. Además, habrá de aclararse qué se considera “centro” de la actividad delictiva, aunque podemos suponer que el legislador parece hacer referencia a que el delito puede estar conformado por más de un comportamiento, o por más de un acto, y comprobar si los criterios del legislador europeo con respecto a la conexión –“el Estado en que se hayan cometido la mayor parte de los delitos” – debe prevalecer sobre la regulación nacional de los Estados afectados, especialmente cuando uno de ellos no sea miembro de la Unión Europea.

Pero también incorpora este artículo una cláusula relativa a la posibilidad de alterar la competencia del Fiscal Delegado del Estado miembro que ha resultado territorialmente competente. De hecho, otro Fiscal Delegado distinto del competente

⁵¹ Como el ejercicio del derecho de avocación previsto en el art. 27 RFE o porque se encuentre en mejor condición para asumir la investigación, en el sentido indicado en el art. 25.4 RFE.

⁵² Véase GIUFFRIDA, F., “Cross-border crimes and the European Public Prosecutor’s Office”, *Eucrim: the European Criminal Law Associations’ forum*, año 2017, n° 3, pp. 149-156.

podrá iniciar la investigación, o la Sala Permanente podrá ordenar el inicio de la investigación a un Fiscal Delegado de otro Estado –ha de entenderse–, cuando concurren causas que lo justifiquen, pero siempre siguiendo las pautas que el legislador incluye en el mismo art. 26.4 a modo de orden de prelación o preferencia.

De este modo, aun no siendo competente podría asumir la investigación el Fiscal Delegado del lugar de residencia habitual del sospechoso o del acusado; cuando no resultara de aplicación el criterio anterior, por desconocerse tal información o por no poder concretarse dicha circunstancia, se atribuirá la competencia al Fiscal Delegado del Estado de nacionalidad del sospechoso o acusado y, por último, podría tramitar la investigación el Fiscal del Estado en el que se hubiera producido el principal perjuicio financiero.

Vemos, pues, que el legislador permite que sea de oficio un Fiscal Delegado que aparentemente carece de competencia el que inicie la investigación o que, en su caso, la investigación sea atribuida por la Sala Permanente a un Fiscal distinto del territorialmente competente. En cualquier caso, hemos de tener en cuenta que lo que se está produciendo en estas ocasiones es una asunción de la investigación *ab initio* por un Fiscal que no es el competente y, por lo tanto, una atribución o, mejor dicho, una alteración *ab initio* de la competencia. Por el contrario, si un Fiscal Delegado con competencia hubiera asumido la investigación y la Sala Permanente, con posterioridad, ordenara el cambio, estaríamos ante una reasignación de la causa que exige, igualmente, la concurrencia de causas justificadas que supongan un beneficio general de la justicia⁵³.

3 Otros criterios para fijar la competencia territorial

3.1 La acumulación de asuntos

Aunque cada delito da lugar a un proceso distinto, cuando sea beneficioso para la tramitación del proceso y para las partes, varias infracciones pueden ser investigadas y enjuiciadas en un único proceso. Podemos decir que la acumulación puede ser inicial, en una suerte de acumulación inicial de acciones, o puede ser sobrevenido porque se hayan iniciado procesos independientes para cada una de las infracciones y, en un momento determinado, se advierta de la necesidad de acumular todos los procesos en uno para que se tramiten en un único procedimiento y se resuelvan en una única sentencia⁵⁴.

El Reglamento hace referencia a la acumulación en diferentes momentos. En primer lugar en el art. 26.5.b), según el cual la Sala Permanente podrá acordar la acumulación en un solo proceso de varios casos para los que diferentes Estados puedan tener competencia, siempre que ello redunde en un beneficio general de la justicia y se ajuste a los criterios para la elección del Fiscal Europeo Delegado. En segundo lugar, en el art. 36.4 RFE, que refiere la posibilidad de acumular varios procesos cuando diferentes Fiscales Delegados hayan abierto una investigación con respecto a los mismos hechos, o hubieran dirigido la investigación contra la misma persona o las mismas personas con vistas a la acusación.

⁵³ Véase, art. 26 en sus apartados 5.a), e *in fine* y 6.

⁵⁴ Véanse arts. 26.4 y 26.5.b) RFE.

La regulación de la acumulación de procesos es, de nuestro punto de vista, dispersa y escasa, y necesitará de algunas aclaraciones. Por ejemplo, en el art 26 se establece como plazo de la acumulación la presentación del escrito de acusación, siendo el plazo previsto en el art. 36 RFE hasta la solicitud de apertura del juicio oral, actos procesales -ambos- que deberán regirse por el ordenamiento interno en el que se esté desarrollando el proceso. Si aplicamos lo anterior a nuestro ordenamiento, nos encontraremos que en algunos procedimientos la solicitud de apertura de juicio oral coincide con la presentación de los escritos provisionales de defensa y acusación –procedimiento abreviado y enjuiciamientos rápidos por delitos– y en otros –proceso ordinario– la apertura de la fase de juicio se acuerda antes de que se formalice la acusación provisional, a través de la confirmación por las partes del auto de conclusión del sumario.

En cualquier caso, el órgano que debe decidir sobre la acumulación es la Sala Permanente, basándose en razones que la justifiquen –como proteger de una manera más eficaz el derecho de defensa del sospechoso⁵⁵– y siempre que se aprecie un beneficio general de la justicia –art. 26.5 *in fine*–. Entendemos, además, que las normas para la acumulación de procesos aplicables son las que rigen en el Estado cuyo Fiscal Delegado esté interviniendo en el asunto que vaya a asumir la acumulación de los otros procesos. Por lo demás, el futuro Reglamento interno de la Fiscalía debería concretar la competencia resultante y el procedimiento que habrá de seguirse cuando diferentes Salas Permanentes estén a cargo de los procesos cuya acumulación se pretende⁵⁶.

3.2 La escisión de procesos y la remisión de asuntos

Iniciada la investigación por la Fiscalía, es posible que las diligencias tramitadas demuestren que concurren en ese asunto una serie de circunstancias que aconsejan su división en procesos diferentes. Ello sucederá cuando, siguiendo la regulación prevista, inicialmente hubiera sido aconsejable tramitar en un único proceso diferentes infracciones que, de alguna forma, parecían estar vinculadas o conexas.

La decisión de dividir la causa corresponde a la Sala Permanente –art. 26.5.b) – para lo cual habrá de tener en cuenta la fase en la que se encuentra la investigación y, por supuesto, la existencia de razones que aconsejen la escisión. Acordada, sería necesario designar uno o varios Fiscales y determinar los órganos que serán competentes para continuar la investigación de los nuevos procesos surgidos.

Cuando los considerandos del Reglamento refieren que se deberá garantizar que los asuntos escindidos continuarán bajo la supervisión de la Sala Permanente que tenía la competencia sobre el proceso, o procesos acumulados⁵⁷, cabe deducir

⁵⁵ Reglamento del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, de 12 de octubre de 2017, considerando 67: “A fin de proteger de manera óptima los derechos de la defensa, el sospechoso o acusado deber, en principio, ser objeto únicamente de una sola investigación o acción penal de la Fiscalía Europea. En caso de que un delito haya sido cometido por varias personas, la Fiscalía Europea debe, en principio, iniciar un solo procedimiento y llevar a cabo investigaciones conjuntamente respecto de todos los sospechosos o acusados”.

⁵⁶ *Ibidem*, considerando 68.

⁵⁷ *Ibidem*, considerando 68 *in fine*. En este considerando se indica, además, que la escisión de una causa puede justificarse si con ello se aumenta la eficacia de la investigación, cuando el proceso contra uno

que lo que está intentando decir el legislador es que los nuevos asuntos escindidos seguirán siendo investigados por la Fiscalía –toda vez que una Sala Permanente no tiene ningún tipo de atribución con respecto a procedimientos cuyo objeto o circunstancias concretas excluyan su competencia– y que, por lo tanto, será necesario, en su caso, designar un Fiscal Delegado en cada uno de los Estados que ahora pudieran resultar jurisdiccionalmente competentes.

Aunque efectivamente es posible que lo expuesto suceda, creemos que, en realidad, habrá de estarse a las circunstancias de cada caso. De este modo, el asunto escindido puede haber sido asumido por la Fiscalía porque la infracción que conforma su objeto sea de su competencia, pero no es extraño a las previsiones del legislador que el proceso acumulado haya surgido por encontrarse la Fiscalía en mejor situación para investigar –ART. 25.4 RFE–, porque entre los hechos se apreciara una posible conexión o porque todos ellos estén vinculados por una cierta analogía –que no necesariamente conexión en sentido técnico– que así lo hubiera aconsejado. Sin embargo, una vez separadas las causas, la Fiscalía puede dejar de estar en esa situación de preferencia, es posible que alguna de las causas pudiera resultar de la competencia de los órganos nacionales por tratarse de delitos que no son de los previstos en el art. 22 RFE o, por ejemplo, el nuevo Fiscal Delegado designado para la causa escindida podría considerar, siguiendo criterios de oportunidad, que no se justifica continuar la investigación⁵⁸.

En el mismo sentido, el art. 34.2 RFE indica que pueden dejar de cumplirse las condiciones que justifican el ejercicio de la competencia de la Fiscalía, circunstancia que obligaría a la Sala Permanente a remitir el asunto de forma obligatoria a las autoridades nacionales⁵⁹. Del mismo modo, cuando el daño causado a los intereses financieros fuera inferior a 100.000 euros, el Colegio podrá entender que no está justificado continuar la investigación ni ejercer la investigación penal a nivel de la Unión, por lo que también deberá remitir el caso a las autoridades nacionales o derivarlo a la vía administrativa cuando ello redunde en un beneficio para la resolución del asunto⁶⁰. Por otro lado, el Reglamento permite a las Salas Permanentes remitir el asunto a las autoridades nacionales en los casos relativos a los delitos previstos en el art. 3.2.a) y b) de la Directiva (UE) 2017/1371⁶¹, cuando el daño causado a las demás víctimas fuera mayor, o pudiera ser más elevado, que el daño causado a los intereses financieros de la Unión.

En otro orden de cosas, algunas consideraciones han de hacerse con respecto al órgano que, dentro de la Fiscalía, advierte que se dan los supuestos que excluyen su competencia y sobre el órgano que, constatada la anterior circunstancia, acuerda

de los sospechosos se concluyera más rápidamente, aunque continúen los procedimientos contra los demás o si se pudiera acortar la duración de la medida cautelar acordada para uno de los sospechosos.

⁵⁸ Véase art. 27.8 RFE, entre otros,

⁵⁹ “Cuando una investigación dirigida por la Fiscalía Europea revele que han dejado de cumplirse las condiciones específicas para el ejercicio de su competencia establecidas en el artículo 25, apartados 2 y 3, la Sala Permanente competente decidirá remitir el caso a las autoridades nacionales competentes sin dilación indebida y antes de iniciar el ejercicio de la acción penal ante los tribunales nacionales”.

⁶⁰ Art. 34.3 RFE.

⁶¹ El apartado a) se refiera al fraude cometido en materia de gastos no relacionados con contratos públicos y el apartado b) al cometido en materia de gastos relacionados con los contratos públicos, al menos cuando se comentan con ánimo de lucro ilegítimo para el autor u otra persona, causando una pérdida para los intereses financieros de la Unión.

la remisión de las diligencias a las autoridades nacionales. En este sentido, en el procedimiento que ha de seguirse, previsto en el art. 34 RFE y cuyo contenido también refiere los presupuestos de remisión, no se hace ninguna mención al Fiscal Europeo Delegado cuando, en realidad, será éste el que, en la mayoría de las ocasiones, esté tramitando el asunto y quien, en consecuencia, aprecie en primer lugar la falta de competencia –original o sobrevenida– de la Fiscalía. Por lo tanto, deberá ser este órgano el que deba dar el primer paso en el procedimiento para remitir las diligencias a las autoridades nacionales.

Sin embargo, dicho artículo establece de forma expresa que el órgano que decidirá sobre la remisión será la Sala Permanente con competencia para ello, esto es la Sala que hubiera estado supervisando la investigación, de forma que el Fiscal Delegado debería informar a la Sala a través de su Fiscal Europeo supervisor, siendo aquélla la que tome la decisión definitiva, emitiendo unas orientaciones sobre la cuestión debatida –la remisión–. Pero el procedimiento puede ser más complejo, pues la Sala deberá comunicar su decisión al Fiscal General Europeo quien, a su vez, en tres días podrá solicitar a la Sala una revisión para asegurarse de que esta decisión garantiza la coherencia de la política de remisión de la Fiscalía Europea –art. 34.4 RFE–.

Con respecto a esta intervención de la Sala Permanente, podría entenderse que no siempre será necesaria a fin de determinar o no la remisión especialmente si las orientaciones se emitieran con carácter general, esto es, justificando los supuestos que, de una forma genérica en todos los casos, permitieran confirmar que concurren los requisitos para la remisión. Sin embargo, parece que la Sala siempre deberá ser informada por el Fiscal encargado de la investigación, no necesariamente a efectos de que emita unas orientaciones sino de comprobar que las condiciones indicadas en el informe son conformes con la política de la Fiscalía. Si, por el contrario, en un asunto se apreciaran circunstancias nuevas que con anterioridad no hubieran sido conocidas por la Sala Permanente, se deberá seguir el trámite previsto en el art. 34 a fin de que ésta pueda pronunciarse sobre la nueva situación.

La remisión del asunto principal conllevaría, en su caso, la del delito conexo, pero las autoridades nacionales no están obligadas a aceptar el asunto. En tal caso, la Fiscalía seguirá manteniendo su competencia para todos los delitos y, como tal, podrá continuar con la investigación, podrá sostener la acusación o, incluso, podrá acordar el archivo de las actuaciones cuando se cumplan algunas de las condiciones previstas para ello en el art. 39.1 RFE.

3.3 La reasignación de la competencia

La reasignación de la competencia consiste en remitir el asunto a un Fiscal Delegado diferente de aquél que está concurriendo o ha conocido de la investigación, ya sea porque éste no pueda tramitar la investigación o ejercer la acción penal o porque deje de seguir las instrucciones de la Sala competente o del Fiscal Europeo⁶².

Digamos que esta circunstancia no alteraría el órgano funcionalmente competente para conocer de la fase de enjuiciamiento pues, en una aplicación “aproximada” de criterios de “competencia funcional”, lo normal es que los órganos jurisdiccionales del Estado en el que se tramitó la investigación sean los que

⁶² Art. 28.3 RFE.

conozcan del enjuiciamiento –art. 36.3 RFE–. Efectivamente, la competencia objetiva y territorial fijan el órgano que debe desarrollar la investigación en un Estado concreto, actuando entonces los criterios de competencia funcional del ordenamiento nacional como elemento que permite concretar el órgano competente para conocer de las demás fases del proceso⁶³.

Si la reasignación se hace al Fiscal Delegado de otro Estado miembro, antes de concluya la investigación, los criterios de competencia funcional se aplicarán en atención al ordenamiento de este nuevo Estado. Pero la reasignación puede consistir en la remisión de la causa al Fiscal Delegado de un Estado distinto porque se entienda, una vez finalizada la investigación, que éste se encuentra en mejor posición para conocer del enjuiciamiento.

Así, cuando finaliza la investigación, el Fiscal Delegado debe remitir un informe al Fiscal supervisor haciendo una propuesta con relación al órgano jurisdiccional ante el que debe presentarse la acusación o, por el contrario, argumentando que el caso debe ser archivado⁶⁴. Para el primer supuesto, el art. 35.3 RFE indica de forma clara que el Fiscal Delegado deberá justificar que se dan las circunstancias del art. 26.4 y 5, que permiten remitir la causa a otro Estado miembro, decayendo en su competencia del Fiscal Delegado que hasta ese momento hubiera intervenido.

Será la Sala Permanente el órgano que adopte la decisión definitiva, pudiendo reasignar el asunto al Fiscal Delegado de un Estado que hasta entonces no ha actuado y que será el que deba sostener la acusación. El plazo fijado para resolver dicha situación es de veintidós días, que comenzará a contar desde que el Fiscal Delegado presente la propuesta de llevar el asunto a juicio, considerándose aceptada la misma cuando la Sala no resuelva en este plazo –art. 36.1 y 2–.

Obviamente, y dado que la alteración del ordenamiento en el que se desarrollará el enjuiciamiento puede afectar a las partes del proceso y a las víctimas que se hubieren personado, pues la diferente regulación podría perjudicar sus derechos –estamos pensando especialmente en el derecho de defensa–, frustrar los intereses que perseguían con el proceso u obstaculizar las expectativas que legítimamente se formaron conforme al ordenamiento en el que se investigó⁶⁵, se deberá prever necesariamente un régimen de recursos frente a este tipo de decisiones de la Sala Permanente, promoviendo el control jurisdiccional externo de los actos de la Fiscalía. Sería deseable que el sistema de recursos fuera homogéneo en todos los Estados miembros o, al menos, que se garantizaran idénticas posibilidades de actuación con objeto de sortear aquellas diferencias que pudieran redundar en un claro perjuicio de las partes.

Finalmente, y a tenor de lo previsto en el art. 28.4 RFE, en casos excepcionales el Fiscal Europeo supervisor podrá tomar la decisión de dirigir personalmente la investigación si ello es lo más adecuado en interés de la investigación o del ejercicio de la acción penal cuando el mecanismo de reasignación no haya funcionado.

⁶³ Art. 36.5 RFE.

⁶⁴ Véanse arts. 35.1 RFE, relativo a la conclusión de la investigación y art. 39 sobre el archivo de la causa.

⁶⁵ DALLASTA DEL GROSSI, V.C., “Los derechos de los investigados y la paridad de armas en la cooperación jurídica internacional penal en el ámbito de la Unión Europea: el futuro derecho fundamental a la defensa”, *Crítica penal y poder*, 2017, n° 12, pp. 168-202.

VI LA ASUNCIÓN DE LA COMPETENCIA A TRAVÉS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE AVOCACIÓN

1 Cuestiones básicas del derecho de avocación

La Fiscalía Europea ejercerá su competencia de oficio. En el sentido que refiere el RFE, un Fiscal Europeo Delegado deberá iniciar la investigación una vez tenga conocimiento de que, con arreglo a la legislación nacional, es competente por tratarse de hechos que constituyen una infracción prevista en el art. 22 del Reglamento. Dejamos a salvo, lógicamente, los casos en los que concurran circunstancias que excluyan su competencia –que el daño causado no exceda de 10.000 euros o que sean aplicables criterios que descarten la conexión–⁶⁶, en cuyo caso la Fiscalía no podría tramitar la investigación salvo en los supuestos excepcionales que ya hemos visto.

También la actuación de la Fiscalía puede activarse a instancia de parte, y encontramos varias referencias al respecto. Así, el art. 24 RFE establece que las instituciones, órganos y autoridades de la Unión y de los Estados miembros que sean competentes con arreglo al Derecho nacional, informarán a la Fiscalía de cualquier comportamiento que pudiera ser constitutivo de un delito respecto del cual ésta deba ejercer su competencia⁶⁷. El mismo artículo, en su apartado 2, continúa diciendo que cuando una autoridad –judicial o policial– inicie una investigación y considere que la Fiscalía pudiera ser competente, deberá informar de forma inmediata. En el mismo sentido, una autoridad –judicial o policial– que hubiera iniciado una investigación deberá informar a la Fiscalía sobre la tramitación de la causa cuando entendiera que, en atención al art. 25.3, ésta no irá a ejercer su competencia.

Como consecuencia, la Fiscalía, además de iniciar su investigación de oficio, podrá asumir un asunto a instancia de parte, esto es, a partir de la puesta en conocimiento de la situación por parte de otra autoridad. En tal caso, la Fiscalía Europea, según el art. 26.2 RFE, deberá informar a los órganos que le comunicaron la situación que ha decidido iniciar o asumir la investigación.

En todos esos casos la Fiscalía también deberá informar a la Sala Permanente si decide asumir su competencia y ejercitar, por lo tanto, el derecho de avocación⁶⁸. Pero, igualmente, podrá avocar un asunto cuando, por otros medios distintos a la

⁶⁶ Entre otros, arts. 25 y 34.

⁶⁷ En este sentido, el considerando 51 aconseja que las autoridades nacionales, con objeto de cumplir la obligación de informar a la Fiscalía Europea, se doten de mecanismos eficaces para efectuar una evaluación preliminar de las denuncias que le llegue y que podrán recurrir, en su caso, a los servicios de la OLAF. Asimismo, el considerando 53 admite que la obligación de comunicación es esencial para el funcionamiento de la Fiscalía Europea y que debe interpretarse en sentido amplio para garantizar que las autoridades nacionales también informen de aquellos supuestos en los que no sea posible determinar, por ejemplo, el daño causado o la pena aplicable. Por otro lado, y aunque la Fiscalía está facultada para solicitar a las autoridades nacionales información, no se justifica que haga uso de esta posibilidad de forma periódica cuando se trate de delitos menores.

⁶⁸ La comunicación debe producirse un plazo de cinco días desde la fecha en que reciba la información, aunque en casos excepcionales el Fiscal General Europeo podrá ampliar ese plazo en otros cinco días (art. 27.1 RFE).

información referida en el art. 24.2, tenga conocimiento de que los órganos nacionales están tramitando una investigación para la que, supuestamente, pudiera resultar competente. En esta ocasión, el art. 27.3 *in fine*, fija que el plazo para decidir sobre la avocación será el establecido en el apartado 1, esto es, cinco días desde que recibe la información.

Realmente, lo que está haciendo el legislador no es otra cosa que arbitrar las vías para que la Fiscalía analice su propia competencia cuando aparentemente cumpla los requisitos previstos en el Reglamento para ello, de modo que sea el propio órgano el que compruebe si el presunto delito se ciñe a las previsiones del art. 22 RFE o si su competencia puede derivarse de las circunstancias que recoge el art. 25, apartados 2 y 3. En tales casos, y cuando decida ejercer el derecho de avocación, deberá ordenar a las autoridades nacionales que suspendan las diligencias de investigación que estuvieran tramitando, si no lo hubieran hecho ya, y les remitan la causa –art. 27.5 RFE–.

No obstante, con carácter general las autoridades nacionales que informan al Fiscal Delegado deberán suspender la investigación desde ese justo momento, pero tendrán que adoptar las medidas urgentes e imprescindibles para garantizar el normal desarrollo del proceso y el ejercicio de la acción penal.

2 Órgano competente para ejercer el derecho de avocación

La avocación podrá ser ejercida por el Fiscal Europeo Delegado del Estado cuyas autoridades hayan iniciado la investigación –art. 27.6 RFE– pero, al respecto, deberíamos hacer alguna consideración. Realmente es la Fiscalía, como órgano supranacional, la que hace uso de este derecho, pero, en la mayoría de los casos, al corresponder la investigación de forma efectiva al Fiscal Delegado, será éste quien deba tomar la primera decisión. Por lo tanto, el verbo “podrá”, que se utiliza en dicho precepto parece querer decir que de entre todos los Fiscales que componen la Fiscalía Europea corresponderá ejercer la avocación el que pudiera ser competente para la concreta investigación, esto es, con carácter general el Fiscal Delegado, teniendo en cuenta, no obstante, que los actos de éste no dejan de ser actos de la Fiscalía⁶⁹.

Sin embargo, ello no significa que un Fiscal pueda asumir inmediatamente la investigación, pues su actuación se rige por el principio de legalidad que así lo impediría si no se hubiera comprobado previamente el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. Por otro lado, y en otra manifestación del principio de dependencia jerárquica que inspira la actuación de la Fiscalía⁷⁰, el art. 27.6.II establece que el Fiscal Delegado deberá poner en conocimiento de la Sala Permanente, a través del Fiscal Europeo de su Estado, que no ejercerá el derecho de avocación con objeto de que aquélla tome una decisión de acuerdo con el art. 10.4 RFE⁷¹. Aunque parecería que el

⁶⁹ Por ejemplo, el art. 28.4 indica que sólo “(e)n casos excepcionales, tras haber obtenido la aprobación de la Sala Permanente competente, el Fiscal Europeo supervisor podrá tomar la decisión motivada de dirigir personalmente la investigación (...)”.

⁷⁰ CLUNY, A., “A independência da Procuradoria Europeia: um marco na cultura judiciária da Europa”, en *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 157-177.

⁷¹ Así viene previsto en el art. 27.6.II RFE.

procedimiento es menos rígido cuando, *sensu contrario*, un Fiscal Delegado decidiera comunicar una propuesta para que la Fiscalía avocara y asumiera un asunto, entendemos que la confirmación de la Sala Permanente sería, en cualquier caso, necesaria⁷².

Tras la verificación, la Sala Permanente podría considerar que la Fiscalía no puede, o no debe, ejercer el derecho de avocación. Esta decisión deberá ser inmediatamente puesta en conocimiento de las autoridades nacionales porque ello significa que éstas continuarán quedando a cargo de la investigación. Igualmente, éstas quedan obligadas a informar puntualmente de cualquier hecho nuevo o cualquier cambio del que pudiera deducirse de una forma más evidente que la Fiscalía es el órgano competente y pueda hacer uso, si lo considera oportuno, de la avocación.

Como hemos podido apreciar, en general el legislador parece dejar un amplio margen de decisión en los casos en los que la cuantía de los daños causados fuera inferior a 100.000 euros. En estas ocasiones, el Colegio puede entender, aplicando criterios de oportunidad, que el nivel de gravedad del delito o que la complejidad del asunto no justifica la investigación ni el sostenimiento de la pretensión, por lo que remitirá las correspondientes orientaciones sobre la materia para que los Fiscales Delegados puedan decidir sobre la “no avocación” si se encuentran con un asunto al que resultaran de aplicación tales orientaciones. Exactamente, en el texto podemos leer que el Colegio remitirá “unas orientaciones generales que permitan a los Fiscales Europeos Delegados decidir, de manera independiente y sin dilación indebida, no avocar el caso”.

Si realmente se tratara de una decisión del Fiscal Delegado, éste debería poder optar por no avocar el caso o por ejercer este derecho dependiendo de la apreciación de aquellos criterios de oportunidad argumentados por el Colegio. Sin embargo, creemos que es interesante reparar en la redacción del art. 27.8, pues de ella puede concluirse que el Fiscal Europeo Delegado no podrá apartarse de la decisión del Colegio. Efectivamente, el texto indica que aquél deberá decidir concretamente sobre la “no avocación”, pareciendo que no puede avocar la causa cuando, en función de aquellos criterios de oportunidad, el Colegio haya decidido la no asunción del asunto. Si el texto del Reglamento hubiera sido redactado sobre la idea de que el Fiscal Delegado debería tomar una decisión con respecto a la “avocación” una vez emitidas las orientaciones, hubiera cabido más claramente la posibilidad de que el Fiscal se pronunciara, en uno u otro sentido, sobre la posibilidad de asumir investigación.

En tanto que en este supuesto lo que parece imponerse es la no avocación, no podemos compartir la idea de que la decisión habrá sido tomada por el Fiscal Delegado de forma “independiente”, pues dicha independencia interna no existe.

VII VALORACIÓN FINAL

El legislador europeo ha organizado la Fiscalía como un cuerpo homogéneo y descentralizado pues algunos de sus órganos se situarán en la sede central y otros, como los Fiscales Europeos Delegados ejercerán sus funciones en cada uno de los Estados miembros. La intervención de estos últimos será fundamental ya que estarán directamente en contacto con la causa penal surgida, tramitarán la investigación y conocerán todas aquellas circunstancias que, en su caso, puedan modificar o alterar la competencia de la Fiscalía, excluyendo su participación en el asunto.

⁷² Compruébese, en este sentido, la regulación del art. 27.1 con relación a los arts. 26.1 y 2 y 24 RFE.

Hemos visto, también, que la Fiscalía es el órgano competente para investigar las infracciones penales que afecten a los intereses financieros de la Unión y hemos intentado poner de manifiesto la complejidad de delimitar la competencia material. Así, no sólo deberá asumir aquellos ilícitos que se encuentran inextricablemente unidos a las infracciones penales que afecten a estos intereses por circunstancias que determinan la conexión, sino que es necesario conocer cuáles son los criterios que permiten discernir cada uno de los comportamientos que caen bajo su competencia. Como hemos indicado a lo largo del texto, el fraude y los ilícitos relacionados con ese tipo de infracción no se manifiestan de forma autónoma porque suelen estar vinculados con otros delitos o son consustanciales a la propia naturaleza de la infracción cometida.

Es comprensible, por tanto, que a partir del Reglamento (UE) 2017/1939) la Fiscalía se convierta en el núcleo que aglutine la estrategia contra el fraude. Sin embargo, es necesario ir más allá y reflexionar si esta función, que es la base de las previsiones del Reglamento, significa que la competencia de este órgano se encuentra definitivamente acotada. Nosotros pensamos que no es así porque la Fiscalía debe ser vista como el medio para combatir la criminalidad organizada en general y no sólo aquella de naturaleza económico-financiera prevista en el Reglamento. En esta reflexión nos sirve de referencia el TFUE.

Efectivamente, a pesar de que el apartado 1 del art. 86 fija la competencia básica, y por ahora única de la Fiscalía –combatir las infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión–, el apartado 4 faculta al Consejo Europeo para ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave con dimensión transfronteriza y que, por lo tanto, afecte a varios Estados miembros.

Parece, pues, que nos encontramos en los inicios de una nueva etapa pues la instauración de la Fiscalía y la definición de sus competencias irán, son seguridad, evolucionando para formar parte de una jurisdicción penal común y atender las necesidades del espacio de libertad, seguridad y justicia en la lucha contra los delitos transfronterizos recogidos en el art. 83.1 TFUE. El Reglamento de 2017 es, por lo tanto, el primer paso. Queda aún por determinar, cuál es la verdadera trascendencia que tendrá la Fiscalía Europea.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, K., CARO CORIA, D., MALARINO, E. (coords.), *Lavado de activos y compliance: perspectiva internacional y derecho comparado*, Jurista Editores E.I.R.I., Lima 2015; ROTSCH, T. “Criminal compliance”, *Indret, Revista para el análisis del derecho*, 2012, nº 1, <http://www.indret.com/pdf/876a.pdf>.

CLUNY, A., “A independência da Procuradoria Europeia: um marco na cultura judiciária da Europa”, en *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 157-177.

CSONKA, P., JUSZCZAK, A., SASON, E., “The establishment of the european public prosecutor’s office: the road from vision to reality”,

Eucrim: the European Criminal Law Associations' forum, 2017, nº 3, pp. 125-135.

DALLASTA DEL GROSSI, V.C., “Los derechos de los investigados y la paridad de armas en la cooperación jurídica internacional penal en el ámbito de la Unión Europea: el futuro derecho fundamental a la defensa”, *Crítica penal y poder*, 2017, nº 12, pp. 168-202.

DE HOYOS SANCHO, M., “Sobre la necesidad de armonizar las garantías procesales en los enjuiciamientos de personas jurídicas en el ámbito de la Unión Europea. Valoración de la situación actual y algunas propuestas”, *Revista General de Derecho Procesal*, 2017, nº 43.

DE SOUSA MÉNDES, P., “Os poderes do OLAF na luta contra as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União e dos Estados-Membros”, em M.F. Palma, A., Silva Dias, P., de Sousa Mendes (coords.), *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 419-428.

DELMAS-MARTY, M, VERVAELE, J., *Un derecho penal para Europa. Corpus Juris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios* (Ed. de E. Bacigalupo y M.L. Silva Castaños), Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

GIUFFRIDA, F., “Cross-border crimes and the European Public Prosecutor’s Office”, *Eucrim: the European Criminal Law Associations' forum*, 2017, nº 3, pp. 149-156

GÓMEZ TOMILLO, M., *Compliance penal y política legislativa*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, A., “Crimen transfronterizo y determinación de la jurisdicción en el espacio de libertad, seguridad y justicia:: Hacia una nueva normativa sobre resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción penal?”, *Revista de estudios europeos*, 2018, nº 71, pp. 220-233.

KUHL, L., “The European Public Prosecutor’s Office – more effective, equivalent, and independent criminal prosecution against fraud?”, *Eucrim: the European Criminal Law Associations' forum*, 2017, nº 3, pp. 135-143.

LUCHTMAN, M., VERVAELE, J., “Agencias europeas de justicia penal y aplicación compartida (Eurojust y Fiscalía Europea), *Justicia, Revista de Derecho Procesal*, 2015, nº 1, pp. 385-434.

MARTÍN QUERALT, J., “La Fiscalía Europea y los delitos contra la Hacienda Pública comunitaria”, *Carta Tributaria*, 2017, nº 33.

MORENO CATENA, V., *Fiscalía Europea y Derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

NIETO MARTÍN, A., ARROYO ZAPATERO, L.A., (coord. y dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

NIETO MARTÍN, A., WADE, M., MUÑOZ DE MORALES, M., “Federal Criminal Law and the European Public Prosecutor’s Office”, en K. Ligeti (ed.), *Toward a prosecutor for the European Union*, ed. Bek/Hart, Oxford, 2013, pp. 781-802, esp. pp. 797 a 799.

PÉREZ MARÍN, M.A., *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea: el camino hacia una jurisdicción penal común*, Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, p. 161.

PÉREZ MARÍN, M.A., “La estructura orgánica de la Unión Europea en la lucha contra el fraude y contra la delincuencia organizada transnacional: presente y futuro”, *Revista Internacional Consinter de Direito*, 2017, 2º semestre, año 3, nº 5, <https://editorialjurua.com/revistaconsinter/>.

RUIZ MAGAÑA, I., “La Fiscalía Europea como órgano instructor: actos de imputación y garantías procesales del sujeto pasivo”, *Revista de Estudios Europeos*, 2017, nº extra 1, pp. 123-144.

SANTOS, M., *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia*, Rei dos Livros, Carcavelos, 2016.

URBANO CASTRILLO, E. de, “La responsabilidad penal del compliance officer”, **Revista Aranzadi Doctrinal**, 2016, nº 4, pp. 205-214.