CONSIDERACIONES ACERCA DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA FISCALÍA EUROPEA

Por

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ LÓPEZ Titular de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Burgos Profesor Colaborador Honorífico de la Universidad de Burgos

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Europeo 53 (2021)

RESUMEN: El objeto del presente trabajo consiste en analizar el control jurisdiccional de la Fiscalía Europea. A tal fin se abordan los distintos ámbitos de actuación de la Fiscalía en que dicho control está llamado a incidir de manera más acusada y se efectúan diversas consideraciones en relación con el modelo diseñado en el reglamento comunitario que rige la Fiscalía Europea. Concretamente se examinan la naturaleza de la Fiscalía y la atribución del control jurisdiccional, la determinación de la jurisdicción nacional, inicio y conclusión de la investigación, medidas de investigación y aseguramiento de fuentes de prueba y admisibilidad de la prueba.

PALABRAS CLAVE: Fiscalía Europea, Control jurisdiccional, Jurisdicción, Investigación, Enjuiciamiento.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- NATURALEZA DE LA FISCALÍA EUROPEA Y ATRIBUCIÓN DEL CONTROL JURISDICCIONAL. III.- DETERMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL. IV.- INICIO Y CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN. V.- MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE FUENTES DE PRUEBA. VI.- ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA. VII. CONCLUSIONES.

REFLECTIONS ON JURISDICTIONAL CONTROL OVER THE EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE

ABSTRACT: The purpose of this work is to carry out a brief analysis of the jurisdictional control of the European Public Prosecutor's Office. To this end, the different areas of action of the Public Prosecutor's Office in which said control is called upon to have a more pronounced impact are addressed, and various considerations are made in relation to the model designed in the community regulation that governs the European Prosecutor's Office. Specifically, the nature of the Prosecutor's Office and the attribution of jurisdictional control, the determination of national jurisdiction, initiation and conclusion of the investigation, investigative measures and assurance of sources of evidence and admissibility of evidence are examined.

KEYWORDS: European Public Prosecutor's Office, Jurisdictional control, Jurisdiction, Investigation, Prosecution.

Fecha de recepción: 25.08.2020.

Fecha de aceptación: 22.1.2021.

I. INTRODUCCIÓN¹

Al analizar el control jurisdiccional de la Fiscalía Europea el punto de partida no puede ser otro que sumarse a la más firme demanda de dicho control con apoyo en las exigencias de democracia e imperio de la ley que fundamentan la Unión Europea². A este respecto, compartimos indudablemente la postura de que el control ha de ser jurisdiccional, en lugar de político, pues este primero asegura más la autonomía de la institución de la Fiscalía Europea y constituye una garantía para los justiciables, al permitir articular un derecho al recurso jurisdiccional efectivo contra actos de un órgano que puede atentar contra sus libertades³.

El artículo 86.3 TFUE contempla el control jurisdiccional, pero en una forma inconcreta que remite al futuro desarrollo reglamentario y, por tanto, deja al legislador comunitario un amplio margen de maniobra para diseñarlo⁴. De ahí el debate generado en torno a la ubicación y alcance del control, que se convirtió en uno de los aspectos más controvertidos de la Fiscalía Europea. A este debate pretende contribuir el presente trabajo, en el que se intenta adoptar un criterio sistemático que aborde los diversos ámbitos y actuaciones sobre los que ha de proyectarse el control jurisdiccional. Concretamente se examinan la naturaleza de la Fiscalía y la atribución del control jurisdiccional, la determinación de la jurisdicción nacional, inicio y conclusión de la investigación, medidas de investigación y aseguramiento de fuentes de prueba y admisibilidad de la prueba.

Se pretende, en definitiva, obtener una panorámica completa del control jurisdiccional que no se limite a un examen desde el prisma de la naturaleza orgánica y funcional de la

¹ El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación "Los protagonistas del futuro proceso penal en el marco de la Unión Europea" (BU 092G18). Entidad financiadora: Consejería de Educación. Junta de Castilla y León. Con especial agradecimiento al Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional por su apoyo.

² El control jurisdiccional está presente, como era previsible y deseable, en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en adelante), cuyo artículo 86.3 dispone que "Los reglamentos contemplados en el apartado 1 fijarán el Estatuto de la Fiscalía Europea (...) las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos procesales realizados en el desempeño de sus funciones". El apartado primero, por su parte, establece que "Para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, el Consejo podrá crear, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, una Fiscalía Europea a partir de Eurojust (...)".

³ GIUDICELLI-DELAGE, G., "Conclusions", en DELAGE, P-J. (coord.), *Le contrôle judiciaire du parquet européen nécessité, modèles, enjeux*, Société de Législation Comparée, Paris, 2015, p. 323.

⁴ LIGETI, K.; FRANSSEN, V., "Le contrôle juridictionnel dans les Projets de Parquet Européen", DELAGE, P-J. (coord.), *Le contrôle judiciaire du parquet européen nécessité, modèles, enjeux*, Société de Législation Comparée, Paris, 2015, p. 152.

Fiscalía Europea, sino que también contraste este diseño con la articulación del control en las distintas fases y estadios de la investigación penal y enjuiciamiento en que está llamada a desplegar su actuación dicha Fiscalía.

II. NATURALEZA DE LA FISCALÍA EUROPEA Y ATRIBUCIÓN DEL CONTROL JURISDICCIONAL

El análisis del control jurisdiccional de la Fiscalía Europea debe venir precedido de una reflexión de carácter general acerca de la naturaleza jurídica del órgano, ya que la atribución y ubicación del control están íntimamente afectadas por el grado de "nacionalización" o "comunitarización" asignada a la Fiscalía. Ello se relaciona con la circunstancia de que la naturaleza orgánica y funcional influye en la normativa aplicable, de origen nacional y comunitario, que es uno de los factores decisivos para la delimitación del alcance y atribución del control jurisdiccional.

A la luz del artículo 86 TFUE se ha hablado de un carácter "híbrido" del modelo de Fiscalía Europea, por presentar elementos supranacionales (comunitarios) y nacionales. Más en concreto, se ha afirmado que es supranacional en el sentido de que la Fiscalía Europea es un órgano supranacional, independiente de los Estados miembros y de las autoridades nacionales encargadas de la persecución penal; y nacional en el sentido de que los procesos penales son seguidos ante tribunales penales nacionales competentes que deciden de acuerdo con sus leyes⁵. Sin embargo, en realidad lo "híbrido" no es la Fiscalía Europea, que se configura como un órgano indudablemente comunitario, aunque se sirva de Fiscales Delegados⁶. Lo "híbrido" es el modelo de Derecho Penal Europeo⁷.

⁵ SATZGER, H., "The future of European public prosecutor and the national prosecution: potential conflicts and how they could be avoided", en ASP, P. (ed.), *The European public prosecutor's office: legal and criminal policy perspectives*, Jure Bokhandel, Estocolmo, 2015, p. 78. También CSONKA, P. atribuye carácter híbrido a la Fiscalía Europea, si bien con el argumento de que, aunque la investigación es supranacional, se exige que se envíe el resultado de la investigación al juez nacional ("Le choix du juge national par la Commission", en DELAGE, P-J. (coord.), *Le contrôle judiciaire du parquet européen nécessité, modèles, enjeux*, Société de Législation Comparée, Paris, 2015, p. 250).

⁶ Así, el artículo 3.1 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (DO L 283/1, de 31.10.2017), dispone que "Se crea la Fiscalía Europea como órgano de la Unión", y el apartado primero del artículo 8, dedicado a la "*Estructura de la Fiscalía Europea*", establece que "La Fiscalía Europea será un órgano indivisible de la Unión, que funcionará como una fiscalía única con estructura descentralizada".

⁷ Hacemos nuestra la clasificación de SIEBER, U., "El futuro del Derecho Penal Europeo. Una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo", en ARROYO ZAPATERO, L.A. y NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010, pp. 168 y ss. Precisamente el autor pone como ejemplo de modelo mixto una Fiscalía Europea que emplee Derecho de origen nacional.

El carácter híbrido del modelo se manifiesta claramente en la supranacionalidad orgánica de la Fiscalía Europea (órgano comunitario) y la "nacionalidad" procesal en el enjuiciamiento, caracteres que aparecen deslindados en el Reglamento⁸. Mas no es en estos ámbitos en los que se expresa sustancialmente la tensión inherente al modelo, sino en la fase de investigación, pues es en ella en la que existía un amplio margen para otorgar mayor relevancia a la supranacionalidad del órgano o, por el contrario, acentuar la proyección nacional de su actuación. Es decir, las fricciones aparecen al incidir sobre una misma etapa de la persecución de los delitos los dos elementos que determinan la condición mixta del modelo: la supranacionalidad (no sólo representada por el carácter orgánico, sino también por la armonización comunitaria de ciertas decisiones de la Fiscalía Europea y el "área única comunitaria" que subyace al Reglamento) y la "nacionalidad" que, en el plano del Derecho Penal Europeo, determina (potenciada) una cooperación más reducida9. La disyuntiva radicaba, en definitiva, en una configuración de la Fiscalía Europea, en lo que a la investigación se refiere, más orientada a una combinación de supranacionalidad y cooperación acentuada o a una cooperación de menor alcance¹⁰.

Proyectado lo anterior sobre el control jurisdiccional de la Fiscalía Europea, se entiende que la opción que se planteó entre un control centralizado a nivel comunitario (posiblemente mediante una Sala especializada creada *ad hoc* en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) y un control descentralizado a través de los jueces de garantías en cada uno de los Estados miembros no presente un perfil tan nítido¹¹. La disyuntiva existía, pero no con un alcance general, pues las propuestas ofrecían soluciones relativas que reconocían un margen de control al TJUE y a los órganos judiciales

⁸ El artículo 36 del Reglamento se ocupa de la "Presentación del escrito de acusación ante los órganos jurisdiccionales nacionales", en línea con el artículo 86.2 TFUE, que dispone que la Fiscalía Europea "Ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones".

⁹ Esta tensión se manifiesta en que "desde un punto de vista nacional un fiscal europeo supranacional amenaza con "inmiscuirse" en el proceso nacional y la jerarquía nacional entre los cuerpos de persecución; desde un punto de vista comunitario, la dependencia de los tribunales nacionales y cuerpos de persecución nacionales en el Estado miembro constituiría un obstáculo considerable a una persecución efectiva", SATZGER, H., "The future...", op. cit., p. 78.

Omo se señala en SIEBER, U. ("El futuro...", op. cit., p. 222), "la cuestión decisiva consiste más bien en saber en qué medida y en qué ámbitos el modelo básico de cooperación del Derecho penal europeo (también ampliamente consagrado por el Tratado de Lisboa) puede continuar su desarrollo a través de nuevas reglas del Derecho de la cooperación y elementos particulares supranacionales nuevos para llegar a un Derecho penal europeo mixto cooperativo-supranacional".

¹¹ Esta opción se plantea en ESPINA RAMOS, J. A., "¿Hacia una fiscalía europea?", en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 119.

nacionales¹². Muestra de ello es la imagen que proporcionaba la Propuesta de Reglamento, en su redacción inicial y en lo tocante a la intervención de órganos jurisdiccionales, que se resumió de la siguiente forma: el juez nacional es el juez del Derecho aplicable; el juez del Derecho Comunitario es el TJUE, llamado a pronunciarse en la forma y con los límites previstos en el TFUE; y el juez externo sobre las supuestas violaciones de derechos fundamentales surgidas en la aplicación del Derecho de origen interno es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante)¹³.

El modelo mixto de Derecho Penal Europeo que subyace en el Reglamento y su repercusión en el control jurisdiccional de la Fiscalía Europea explica que, planteada en términos absolutos, la solución al control jurisdiccional resulte insatisfactoria. Así, no puede compartirse íntegramente la afirmación de que el diseño plasmado en el Reglamento presenta una contradicción fundamental consistente en prever el establecimiento de un órgano comunitario que opera en una única área legal y no proveer a este órgano de una supervisión judicial a nivel comunitario ¹⁴. Es cierto que la dimensión comunitaria de la Fiscalía Europea reclama un control jurisdiccional a nivel comunitario de determinadas decisiones en que se manifiesta esa proyección trasnacional de la Fiscalía. Pero también lo es que el control a nivel comunitario no puede llegar al extremo de proyectarse directamente sobre aplicaciones de puro Derecho de origen nacional, que necesariamente aparece en la ejecución de los actos de investigación y aseguramiento de fuentes de prueba ¹⁵.

¹² Acerca de los distintos proyectos, LIGETI, K.; FRANSSEN, V., "Le contrôle...", op. cit., pp. 127 y ss.

¹³ SOTIS, C., "Garantie judiciaire et Droit applicable. «La force d'une idée»", en DELAGE, P-J. (coord.), *Le contrôle judiciaire du parquet européen nécessité, modèles, enjeux*, Société de Législation Comparée, Paris, 2015, p. 290. Esta visión no se corresponde, sin embargo, con lo factible a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales y no es la plasmada en el Reglamento.

¹⁴ MITSILEGAS, V., "The European Public Prosecutor before the Court of Justice. The Challenger of effective judicial protection", en DELAGE, P-J. (coord.), *Le contrôle judiciaire du parquet européen nécessité, modèles, enjeux*, Société de Législation Comparée, Paris, 2015, p. 85.

¹⁵ El criterio que rechazamos tiene manifestación en la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea, que en su apartado 5.vii postulaba la modificación del artículo 36, cuyos apartados 1 y 2 se refundirían en un único apartado con el siguiente tenor: "A efectos de control jurisdiccional, la Fiscalía Europea se considerará una autoridad nacional a efectos de control jurisdiccional en lo relativo a todas las medidas procesales que adopte durante su función de incoación ante el tribunal competente. Para el resto de acciones u omisiones de la Fiscalía Europea, se considerará como organismo de la Unión". Esto es, limitaba el control judicial nacional a la fase de enjuiciamiento, que no puede ser sustraída al mismo por preverlo el artículo 86.2 TFUE.

El control directo por el TJUE se apoyaría en los artículos 263, 265 y 268 TFUE, es decir, en la naturaleza comunitaria de la Fiscalía¹⁶. Mas, aunque se trata de un órgano de la Unión Europea, ciertas decisiones, cuales son las relativas a las medidas contempladas en el artículo 30 del Reglamento, presentan una imbricación Derecho comunitario-Derecho de origen nacional, cuyas exigencias se superponen, que impide contemplar la actuación de la Fiscalía Europea como la exclusiva acción de un órgano de la Unión sometido al Derecho de la misma¹⁷. Como se advertía en el análisis de los "Elementos jurídicos de la Propuesta" del Reglamento, "las investigaciones de la Fiscalía Europea también están estrechamente relacionadas con cualquier posible imputación y surtirán efecto principalmente en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros", y "en la mayoría de los casos, también las llevarán a cabo las autoridades policiales y judiciales, que actuarán conforme a las instrucciones de dicha Fiscalía y, en algunos casos, tras haber obtenido también la autorización de un órgano jurisdiccional nacional"18. Asimismo, se ha apuntado que, de resultas de la necesidad de celeridad y acceso directo al juez por los sospechosos y las víctimas, el control jurisdiccional es mejor por los jueces nacionales y que las jurisdicciones de la Unión Europea no tienen experiencia en el control directo de los actos de investigación y mal pueden controlar su validez a la luz del Derecho de origen nacional¹⁹. De este modo, la naturaleza orgánicamente comunitaria de la Fiscalía no es suficiente para el control jurisdiccional a nivel comunitario, sino que, para que opere ese control, ha de añadirse a esa naturaleza

¹⁶ Es la postura de MITSILEGAS, V. ("The European...", op. cit., pp. 79 y 80), en que se apela a que en todos los casos se trata de actos adoptados por un órgano comunitario para reclamar el control jurisdiccional a nivel comunitario.

¹⁷ Es el criterio que se expresaba en el apartado 3.3.5 ("Capítulo V: control jurisdiccional"), ubicado en el análisis de los "Elementos jurídicos de la Propuesta" (Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea, COM (2013) 534 final), al sostener que, "por tanto, los órganos jurisdiccionales nacionales deben disponer del control jurisdiccional de todas las actuaciones de investigación e incoación de procedimientos penales impugnables que hayan emprendido la Fiscalía Europea, y los órganos jurisdiccionales de la Unión no deben poseer competencias directas en cuanto a dichas actuaciones, en virtud de los artículos 263, 265 y 268 del Tratado, puesto que dichos actos no deben considerarse competencia de la UE a efectos de control jurisdiccional".

¹⁸ Apartado 3.3.5 ("Capítulo V: control jurisdiccional"). A ellas se añade en CSONKA, P. ("Le Choix...", op. cit., pp. 251 y 252) una razón suplementaria: la notificación a la Comisión por 14 Parlamentos nacionales de la consideración de que la Propuesta de Reglamento violaría el principio de subsidiariedad. Esta apreciación estaría en la base de la decantación por el juez nacional.

¹⁹ LIGETI, K.; FRANSSEN, V., "Le contrôle...", op. cit., pp. 129 y 130. La eficacia y eficiencia de la Fiscalía se destaca en ESCALADA LÓPEZ, Mª. L., "Instrumentos orgánicos: en especial, redes judiciales europea en materia civil, mercantil y penal", en JIMENO BULNES, M. (dir.), *Nuevas aportaciones al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Hacia un Derecho Procesal Europeo de naturaleza civil y penal*, Comares, Granada, 2014, p. 78.

una dimensión funcionalmente comunitaria que se manifiesta en la aplicación de Derecho comunitario en sus actos²⁰.

Y en relación con la postura anterior, aún menos factibles se han revelado los intentos de centralizar no sólo la Fiscalía Europea, sino también el Derecho aplicable y la organización judicial encargada de su control, todo ello a nivel comunitario. Como se ha señalado, está largamente demostrado que los modelos de unificación penal en el contexto de pluralismo jurídico no existen: en todos los casos ha de concurrir un margen de reglamentación reservado a la regulación nacional²¹.

En el otro extremo, tampoco es admisible que el control jurisdiccional se sitúe exclusivamente en el nivel de las autoridades judiciales de los Estados miembros. Es ésta, como se ha señalado, la orientación a la que respondían los últimos proyectos, con el objetivo subyacente de evitar la creación de un órgano judicial penal comunitario²². Se manifestaba en la Propuesta de Reglamento, en su versión inicial, no sólo en la radicación a este nivel del control de los actos de investigación y aseguramiento de fuentes de prueba, sino también en la omisión de referencias al control de otras decisiones (inicio de la investigación, archivo o ejercicio de la acción pública, transacción) que por simples motivos de operatividad no podrían encomendarse a autoridades nacionales y que parecía posible afirmar que serían propios de un órgano judicial de ámbito comunitario²³.

Como se ha indicado, la competencia atribuida directamente por el TFUE a un órgano de la Unión (la Fiscalía Europea) impide que el Derecho derivado considere la Fiscalía Europea una autoridad íntegramente nacional a efectos de su control jurisdiccional, con

²⁰ En este sentido, en el apartado 3.3.5 ("Capítulo V: control jurisdiccional"), ubicado en el análisis de los "Elementos jurídicos de la Propuesta" (Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea, COM (2013) 534 final), se afirmaba que, "por consiguiente, la Fiscalía Europea constituye un órgano de la Unión cuya actuación revestirá importancia principalmente en los ordenamientos jurídicos nacionales".

Y, como se señala en TRAVERSA, E., "I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura Europea (EPPO): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza", *Archivio penale*, nº 3, 2019, p. 34, la previsión de que la Fiscalía Europea operará en un contexto de normas casi enteramente de origen nacional y mínimamente armonizados hace lógico que el control de la legitimidad de los actos en materia de proceso penal se atribuya a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

²¹ SOTIS, C., "Garantie judiciaire...", op. cit., p. 283.

²² MANACORDA, S., "La localisation de la garantie juridictionnelle du Parquet Européen", en DELAGE, P-J. (coord.), *Le contrôle judiciaire du parquet européen nécessité, modèles, enjeux*, Société de Législation Comparée, Paris, 2015, p. 271.

²³ En este sentido, se ha apuntado que el razonamiento de la Comisión conduce a minimizar la naturaleza comunitaria de la Fiscalía Europea en nombre de la dimensión nacional de su intervención, TRICOT, J., "Le contrôle juridictionnel du Parquet Européen dans le Projects législatifs. Observations critiques sur la Proposition de Règlement portant création du Parquet Européen", en DELAGE, P-J. (coord.), *Le contrôle judiciaire du parquet européen nécessité, modèles, enjeux*, Société de Législation Comparée, Paris, 2015, p. 160.

la consecuente exclusión de la protección aparejada al sistema de recursos ante el TJUE²⁴. Su naturaleza comunitaria justifica la postura de que el Reglamento puede instituir la Fiscalía Europea, así como establecer la reglamentación aplicable al control jurisdiccional, pero con esa facultad limitada a la adaptación de las condiciones de acceso a la Corte de Luxemburgo sobre la base de las particularidades típicas de la investigación penal (por ejemplo, la exigencia de secreto)²⁵. Mas la dimensión "nacional" de la Fiscalía no permite contemplarla desde esa exclusiva óptica. Además, ahondar en la "nacionalización" de la Fiscalía Europea resulta igualmente contrario al objetivo de un Derecho Penal supranacional en que se enmarca el Fiscal Europeo²⁶.

A lo anterior ha de añadirse la necesidad de salvaguardar el Derecho comunitario, de la que es muestra el criterio del TJUE en relación con la Carta de Derechos Fundamentales²⁷. La extensión de las previsiones comunitarias sobre derechos fundamentales al Derecho de origen nacional, afirmada por la jurisprudencia del TJUE, convertía en rechazable la previsión de que la Fiscalía Europea fuera considerada autoridad nacional a efectos del control judicial cuando adoptara medidas procesales en el desarrollo de sus funciones. Una atribución exclusiva del control jurisdiccional a los órganos nacionales (sin alusión a la cuestión prejudicial) habría supuesto no sólo obviar completamente la naturaleza comunitaria de la Fiscalía Europea, sino también excluir cualquier supervisión comunitaria de la incidencia efectiva de la Carta de Derechos Fundamentales en uno de los ámbitos es que está llamada a desempeñar un papel más esencial. Por ello debe valorarse muy positivamente la previsión del artículo 42.2 del

²⁴ NEGRI, D., "Le contrôle judiciaire du parquet européen dans les Traités et La Charte: un «convive de pierre» face à la volonté de puissance de l'organe de poursuite supranational", en DELAGE, P-J. (coord.), *Le contrôle judiciaire du parquet européen nécessité, modèles, enjeux*, Société de Législation Comparée, Paris, 2015, p. 61. En esta línea, en MITSILEGAS, V. ("The European…", op. cit., p. 78), se sostiene que el hecho de que el Tratado de Lisboa prevea normas específicas concernientes al control judicial de la Fiscalía Europea no implica que ello pueda suponer una exclusión total del control judicial de la Unión Europea.

²⁵ NEGRI, D., "Le contrôle...", op. cit., p. 62.

²⁶ NIETO MARTÍN, A., "The Treaty if Lisbon and the Stockholm Programme: the consolidation of European criminal law", en ARROYO ZAPATERO, L.A. and NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *European Criminal Law: an overview*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010, p. 48.

²⁷ Afirma la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de febrero de 2013, Akerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, que "cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta, en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, apartado 60)".

Reglamento de que "el Tribunal de Justicia será competente, de conformidad con el artículo 267 del TFUE, para pronunciarse con carácter prejudicial sobre: a) la validez de actos procesales de la Fiscalía Europea, en la medida en que dicha cuestión de la validez se plantee ante cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro directamente sobre la base del Derecho de la Unión".

La solución adecuada es, en consecuencia, intermedia, y la cuestión, articularla en función del Derecho aplicable²⁸. Un control por la Unión Europea parece deseable y necesario, no solamente porque la Fiscalía Europea, como todo órgano de la Unión, debe ser controlado por esa jurisdicción (incluso bajo la hipótesis de que ese órgano aplique reglas de Derecho de origen nacional, aunque con las matizaciones que expondremos), sino también porque esta opción contribuye a un control uniforme para todos los ciudadanos de la Unión²⁹. Mas este control no tiene por qué ser directo en todos los casos.

De los diferentes criterios que se han empleado para clasificar las acciones de la Fiscalía Europea, ha de atenderse al que toma en consideración el Derecho aplicado. Así, cabe distinguir tres actuaciones:

- Las realizadas en aplicación exclusiva de Derecho comunitario, como son las organizativas previstas en el Reglamento.
- Las realizadas en aplicación de Derecho de origen nacional limitado o matizado por normas comunitarias³⁰. Es el caso de las medidas de investigación y/o aseguramiento de fuentes de prueba que comportan afección a derechos fundamentales.
- Las realizadas en aplicación exclusiva de Derecho de origen nacional, si bien por reenvío de la normativa comunitaria que rige la Fiscalía Europea. Es el caso de las competencias en materia de intervención en el juicio oral.

Éste es el criterio reflejado en el artículo 42 del Reglamento³¹.

²⁸ LIGETI, K. e FRANSSEN, V., "Le contrôle...", op. cit., p. 129.

²⁹ LIGETI, K. e FRANSSEN, V., "Le contrôle...", op. cit., pp. 129 y 130.

³⁰ Son ejemplo de los "sistemas de varios niveles" que, como se apunta en SIEBER, U. ("El futuro...", op. op. cit., p. 177), surgen como forma mixta de modelos cooperativos y supranacionales y en los que rigen simultáneamente, y en parte para los mismos hechos, Derecho nacional y supranacional.

³¹ Dispone dicho precepto que:

[&]quot;1. Los actos procesales de la Fiscalía Europea destinados a surtir efectos jurídicos frente a terceros serán objeto de control jurisdiccional por los órganos jurisdiccionales nacionales competentes de conformidad con los requisitos y procedimientos establecidos en el Derecho nacional. Lo mismo se aplicará a los casos en que la Fiscalía Europea se abstenga de adoptar los

Ciertamente una distinción como la planteada no está exenta de posibles objeciones. La sujeción a solo Derecho comunitario o de origen nacional, o a ambos mediante un sistema de reenvío con fijación de normas comunitarias que lo enmarcan depende de la decisión previa que se adopte respecto del carácter más "nacional" o "federal" de la Fiscalía Europea. Sin duda es así, como apuntamos, y es esta circunstancia, la que, precisamente, convierte la determinación de los criterios en función de los cuales aplicar Derecho de origen nacional, comunitario o ambos en la cuestión clave y básica para, con apoyo en la decisión que se adopte en cada caso, atribuir el control jurisdiccional.

En consonancia con lo expuesto, examinaremos tres grupos de actuaciones precisadas de un análisis particularizado desde la óptica del control jurisdiccional, por pertenecer a la zona de fricción a que se aludió anteriormente: el inicio y fin de la investigación, las medidas de investigación y aseguramiento de las fuentes de prueba y

actos procesales destinados a surtir efectos jurídicos frente a terceros que está jurídicamente obligada de adoptar en virtud del presente Reglamento.

- 2. El Tribunal de Justicia será competente, de conformidad con el artículo 267 del TFUE, para pronunciarse con carácter prejudicial sobre:
- a) la validez de actos procesales de la Fiscalía Europea, en la medida en que dicha cuestión de la validez se plantee ante cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro directamente sobre la base del Derecho de la Unión:
- b) la interpretación o la validez de las disposiciones del Derecho de la Unión, incluido el presente Reglamento;
- c) la interpretación de los artículos 22 y 25 del presente Reglamento en relación con cualquier conflicto de competencia entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales competentes.
- 3. No obstante lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, las decisiones de la Fiscalía Europea por las que se archive un caso, en la medida en que sean impugnadas directamente con arreglo al Derecho de la Unión, serán objeto de control jurisdiccional ante el Tribunal de Justicia de conformidad con el artículo 263, párrafo cuarto, del TFUE.
- 4. El Tribunal de Justicia será competente, de conformidad con el artículo 268 del TFUE, para conocer de cualquier litigio relativo a la indemnización por daños causados por la Fiscalía Europea.
- 5. El Tribunal de Justicia será competente, de conformidad con el artículo 272 del TFUE, en relación con cualquier litigio relacionado con cláusulas compromisorias contenidas en contratos celebrados por la Fiscalía Europea.
- 6. El Tribunal de Justicia será competente, de conformidad con el artículo 270 del TFUE, para pronunciarse sobre cualquier litigio relacionado con asuntos de personal.
- 7. El Tribunal de Justicia será competente respecto de la destitución del Fiscal General Europeo o de los Fiscales Europeos, de conformidad, respectivamente, con el artículo 14, apartado 5, y con el artículo 16, apartado 5.
- 8. El presente artículo se entiende sin perjuicio del sometimiento a control jurisdiccional por parte del Tribunal de Justicia, de conformidad con el artículo 263, párrafo cuarto, del TFUE, de las decisiones de la Fiscalía Europea que afecten a los derechos sobre los datos de los interesados en virtud del capítulo VIII y de las decisiones de la Fiscalía Europea que no son actos procesales, como las decisiones de la Fiscalía Europea relativas al derecho de acceso público a los documentos, o las decisiones por las que se destituye a Fiscales Europeos Delegados adoptadas en virtud del artículo 17, apartado 3, del presente Reglamento, o cualesquiera otras decisiones administrativas".

Al respecto, TRAVERSA, E., "I tre principali...", op. cit., pp.7 y ss.

el control de la admisibilidad de los medios de prueba obtenidos³². Todo ello con el pórtico del control de la jurisdicción.

III. DETERMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL

Esta problemática se plantea fundamentalmente una vez concluida la investigación, cuando la Fiscalía Europea decide presentar el caso para su enjuiciamiento.

El artículo 27.4 de la Propuesta de Reglamento, en su versión inicial, proporcionaba una serie de criterios para la elección (lugar de comisión del delito, lugar de residencia del acusado, lugar en que se hallen las pruebas y lugar donde residan las víctimas directas), matizados por la previsión de que la decisión se tomaría "teniendo en cuenta la correcta administración de la justicia"³³. Sin embargo, no contemplaba el control jurisdiccional de la elección, lo que fue objeto de múltiples reproches³⁴.

Otro tanto sucede en gran medida en el artículo 36 del Reglamento, que, si bien introduce como criterio general el de presentación del escrito de acusación en el Estado miembro del Fiscal encargado (lo cual, por otra parte, no hace sino trasladar las objeciones que se exponen seguidamente a la determinación del Fiscal encargado), prevé que, "no obstante, tomando en consideración el informe presentado de conformidad con el artículo 35, apartado 1, la Sala Permanente podrá decidir solicitar el ejercicio de la acción penal en un Estado miembro diferente, si existen razones suficientemente justificadas para hacerlo, teniendo en cuenta los criterios fijados en el artículo 26, apartados 4 y 5, y encargárselo en consecuencia a un Fiscal Europeo Delegado en dicho Estado miembro"³⁵.

³² El esquema de análisis a que nos acogemos se corresponde con los momentos de la fase preparatoria que en MANACORDA, S. ("La localisation...", op. cit., pp.257 y 258) se identifican como objeto de la exigencia de control jurisdiccional.

³³ Fueron reiteradas las críticas a la lista del artículo 27.4 de la Propuesta del Reglamento en su versión inicial, del que se señalaba que no pretendía ser exhaustivo, porque únicamente se prevenía que el tribunal nacional competente se determinaría "teniendo en cuenta los siguientes criterios", lo que no excluía que pudieran ser consideradas otras circunstancias. A ello se suma que se trataba de criterios difícilmente predecibles en el momento de comisión del delito, respecto de lo cual se afirma en ZIMMERMANN, F. ("Choice of forum and choice of law under the future regulation on the establishment of a european public prosecutor's office", en ASP, P. (ed.), *The european public prosecutor's office: legal and criminal policy perspectives*, Jure Bokhandel, Estocolmo, 2015, p. 164) que el legislador comunitario, sin perjuicio de un cierto grado de flexibilidad, debe definir con la mayor precisión posible la ley de qué Estado miembro se aplicará durante las diferentes fases del proceso.

³⁴ Defecto que se mantendría en la reformulación italiana (que introdujo la novedad de una revisión por la Cámara Permanente competente, artículo 27.2, que no era un órgano jurisdiccional, como se constataba en el artículo 9 de la reformulación), si no prevaleciera la opción 2 del artículo 33, que contemplaba el control de legalidad por el TJUE de la competencia accesoria y la elección de la jurisdicción nacional.

³⁵ El artículo 26, en sus apartados cuarto y quinto establece que "Los casos serán, en principio, iniciados y conocidos por un Fiscal Europeo Delegado del Estado miembro en el que se sitúe el

Las carencias atribuidas a tal elección no sólo se manifiestan en un peligro de *forum shopping*, sino que también suponen eventuales riesgos para el ejercicio de la acción pública, cual es el de que los medios de prueba obtenidos no superen el control de admisibilidad como consecuencia de las divergencias entre Estados miembros en lo tocante a los requisitos para la aceptación de los mismos³⁶.

Por lo que respecta al riesgo de *forum shopping*, ya presente en fase de investigación, éste se advierte, incluso de manera más rotunda, al analizar la eventual incoación de un procedimiento penal ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Así, se ha señalado que la decisión de la Fiscalía Europea conlleva la elección del órgano judicial de enjuiciamiento y, consecuentemente, de la jurisdicción nacional y Derecho aplicable al enjuiciamiento³⁷. Y ha de resaltarse, en este sentido, la trascendencia que la determinación de la jurisdicción presenta desde la óptica del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley³⁸. Como se ha advertido, "The location of a trial is of crucial

centro de la actividad delictiva o, si se han cometido varios delitos conexos que sean competencia de la Fiscalía Europea, por un Fiscal Europeo Delegado del Estado miembro en el que se haya cometido la mayor parte de los delitos. Un Fiscal Europeo Delegado de un Estado miembro distinto de aquel que tenga competencia sobre el caso únicamente podrá iniciar una investigación, o la Sala Permanente competente únicamente podrá ordenarle que la inicie, cuando esté debidamente justificado desviarse de la norma establecida en la frase anterior, teniendo en cuenta los siguientes criterios, por orden de prioridad:

- a) el lugar de residencia habitual del sospechoso o acusado;
- b) la nacionalidad del sospechoso o acusado;
- c) el lugar donde se haya producido el principal perjuicio financiero", y
- "Hasta que se adopte la decisión de formular escrito de acusación de conformidad con el artículo 36, la Sala Permanente competente podrá, en los casos relativos a la competencia de más de un Estado miembro y previa consulta con los Fiscales Europeos y/o los Fiscales Europeos Delegados afectados, decidir lo siguiente:
 - a) reasignar el caso a un Fiscal Europeo Delegado en otro Estado miembro;
- b) acumular o escindir casos y, respecto de cada uno de ambos supuestos, elegir al Fiscal Europeo Delegado encargado, si dichas decisiones redundan en beneficio general de la justicia y se ajustan a los criterios para la elección del Fiscal Europeo Delegado encargado de conformidad con el apartado 4 del presente artículo".
- ³⁶ FLORE, D., "Contrôle judiciaire et Droit applicable: quelques éléments de réflexion", en DELAGE, P-J. (coord.), *Le contrôle judiciaire du parquet européen nécessité, modèles, enjeux*, Société de Législation Comparée, Paris, 2015, p. 303. En esta línea, MORENO CATENA, V., *Fiscalía Europea y derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, pp. 52 y ss., y DI FRANCESCO MAESA, C., "Directive (EU) 2017/1371 on the Fight Against Fraud to the Union's Financial Interests by Means of Criminal Law: A Missed Goal?", *European Papers*, vol. 3, nº 3, 2018, p. 1467. La repercusión de la elección de una u otra jurisdicción desde la óptica de las normas procesales se expone en ZIMMERMANN, F., "Choice of forum...", op. cit., pp. 154 y ss.
- ³⁷ TRICOT, J., "Le contrôle...", op. cit., p. 170. En el mismo sentido, la *Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on a proposal to establish a European Public Prosecutor's Office*, mantiene que, "While some flexibility is needed, strategic choices on jurisdiction (in which Member State to prosecute the case) may lead the EPPO to pursue a case in a particular national system because it offers swifter proceedings, sentencing practices that are more favourable to the prosecution or greater availability of prosecutorial powers".
- ³⁸ Así, en MANACORDA, S. ("La localisation...", op. cit., pp. 261 y 262) se afirma que la discrecionalidad de la Fiscalía que se desprendía del artículo 28 de la Propuesta de Reglamento y de la referencia a la "correcta administración de la justicia" (artículo 27.4) implicaban el riesgo de entrar en contradicción con las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH

importance to the ability to mount an effective defence. Individuals must have certainty as to which jurisdiction (forum) they will be subject to as early as possible (foreseeability) in order to familiarise themselves with the relevant legal procedures. This is particularly true when the forum the EPPO chooses is not the home state of the accused. The choice of jurisdiction can also affect the principle of equality before the law, which requires that similar cases are dealt with in similar proceedings"³⁹.

Ahora bien, la problemática aparejada a la omisión de un control jurisdiccional de la determinación de la jurisdicción competente (que se ha denominado "garantía judicial de la localización") no debe confundirse con la "localización de la garantía judicial"⁴⁰. Por un lado se plantea el requisito de que esa determinación sea sometida a control jurisdiccional, como requisito para la legitimidad de la actuación de la Fiscalía Europea. Por otro, se aborda, admitida la exigencia anterior, si el control debe atribuirse a un órgano comunitario o nacional.

En lo relativo a la primera cuestión, la omisión de una referencia expresa al control jurisdiccional de la decisión sobre el Estado miembro de presentación del escrito de acusación no puede servir para excluirlo una vez manifestada esa decisión mediante la presentación de dicho escrito. La evidente afectación a los derechos fundamentales, particularmente al juez ordinario predeterminado por la ley, conduce a subsumir esa presentación en el supuesto del artículo 42.1 del Reglamento ("actos procesales de la Fiscalía Europea destinados a surtir efectos jurídicos frente a terceros"), sujetos al control jurisdiccional por los órganos jurisdiccionales nacionales del Estado miembro en que se presente el escrito de acusación, pero con igual aplicación de la cuestión prejudicial prevista en el apartado 2.a) del mismo precepto⁴¹.

en adelante) y la Carta de Derechos Fundamentales respecto de la predeterminación del juez. También en esta línea, SOTIS, C., "Garantie judiciaire...", op. cit., pp. 275 y 276.

³⁹ Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on a proposal to establish a European Public Prosecutor's Office. En ZIMMERMANN, F. ("Choice of forum...", op. cit., pp. 156 y ss.), se analiza la elección de jurisdicción desde la óptica del principio de legalidad y de la efectividad de la defensa. Estas fricciones podrían llevar a concluir que contraviene el artículo 7 CEDH, en línea con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de enero de 2013, caso Camilleri c Malta. No obstante, se señala en ESTÉVEZ MENDOZA, L. Mª. ("La instauración de la Fiscalía Europea como cooperación reforzada: problemas orgánicos y procesales", Revista de Estudios Europeos, nº extraordinario-monográfico 1, 2017, pp. 114-115) que la jerarquía de los criterios del artículo 26.4, así como la atribución de la decisión a la Sala Permanente reducen el riesgo de forum shopping.

⁴⁰ Estas expresiones son empleadas en MANACORDA, S., "La localisation...", op. cit., p. 272.

⁴¹ Esta interpretación está avalada por el Considerando 87 del Reglamento: "Los actos procesales relativos a la elección del Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales sean competentes para conocer del asunto, lo que se determinará sobre la base de los criterios establecidos en el presente Reglamento, están destinados a producir efectos jurídicos ante terceros y, por consiguiente, deben estar sujetos al control jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales nacionales, a más tardar durante la fase del juicio". En relación con el significado

En lo tocante a la segunda cuestión, ciertamente el control de la determinación de la jurisdicción no tendría por qué atribuirse al TJUE u otro órgano comunitario, ni siquiera en el caso de la decisión de ejercicio de la acción pública, pues podría examinarse por el órgano judicial nacional ante la que se ejercitase. Mas a esta opción se opone, por un lado, el carácter comunitario de las reglas que fijan la jurisdicción competente, que hacen necesaria la posibilidad de un pronunciamiento comunitario sobre la elección. Por otro, la atribución a un órgano comunitario directamente, y no como eventual solución de controversias competenciales, permitiría agilizar la resolución de los conflictos que pueden surgir cuando los órganos judiciales de distintos Estados miembros se inhiban de conocer de la acción pública ejercitada o se repute inadecuada la aceptación de la jurisdicción por el órgano judicial del Estado miembro ante el que se ha ejercitado.

A este respecto, frente a las dudas planteadas acerca del carácter nacional o comunitario del "Derecho sobre el Derecho aplicable", vinculadas a la dimensión constitucional que se asigna a esta competencia por implicar el poder de decidir sobre el reparto entre poderes (comunitario y de origen nacional), la clave se halla en el principio de subsidiariedad⁴³. La omisión en el Reglamento de los criterios de determinación de la jurisdicción competente implicaría someterse a la diversidad de criterios nacionales en lo tocante a la fijación del alcance de la jurisdicción nacional y, en definitiva, sufrir una incertidumbre absoluta acerca del órgano judicial competente (con las implicaciones consiguientes para el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley), cuya fijación quedaría en manos no sólo de la normativa nacional, sino, lo que es más relevante, en las de la Fiscalía Europea, que elegiría el Estado miembro (y la normativa nacional, en consecuencia) a que dirigirse para ejercitar la acción pública. En este contexto, bien puede entenderse que el objetivo pretendido no puede alcanzarse sino a nivel comunitario, por su escala y efectos⁴⁴.

De este modo, al optarse por fijar los criterios de determinación de la jurisdicción en el Reglamento, el mecanismo de control habría de haberse centralizado en el TJUE u otro

de la expresión "actos procesales destinados a surtir efectos jurídicos frente a terceros", TRAVERSA, E., "I tre principali...", op. cit., pp. 36 y ss.

⁴² No parece adecuado, aunque tan sólo sea desde un postulado práctico, que la solución de la concurrencia de inhibiciones se difiera, como se hace en SOTIS, C. ("Garantie judiciaire...", op. cit, p. 292), al TEDH, vía alegación de la vulneración del artículo 6.1 CEDH.

⁴³ Las dudas apuntadas se plantean en SOTIS, C., "Garantie judiciaire...", op. cit., p. 275. Contemplamos la subsidiariedad, en este caso, como principio que pretende reaccionar a la inadecuación de los órganos nacionales. Acerca de ello, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 341 y ss.

⁴⁴ El respeto o no del principio de subsidiariedad era uno de los puntos controvertidos de la Propuesta, como se analiza en FUGLSANG MADSEN SØRENSEN, H.B. and ELHOLM, T., "EPPO and the principie of subsidiarity", en ASP, P. (ed.), *The european public prosecutor's office: legal and criminal policy perspectives*, Jure Bokhandel, Estocolmo, 2015, pp. 35 y ss.

órgano comunitario. Si bien el TJUE es apto para pronunciarse sobre el conflicto de atribuciones de extenderse a esta materia la cuestión prejudicial, como se ha apuntado, no nos hallamos ante un supuesto de imbricación Derecho de origen nacional-Derecho comunitario, en que el mecanismo apropiado es el conocimiento por el órgano judicial nacional con intervención prejudicial del TJUE como homogeneizador de la aplicación del Derecho comunitario, sino de una estricta aplicación de Derecho comunitario que debe atribuirse a un órgano de este ámbito⁴⁵. Además, la elección de la jurisdicción se efectúa por la Fiscalía Europea a un nivel comunitario, aunque se manifieste a nivel nacional, por lo que parece necesario situar en este plano el control. E igualmente coincidimos con que excluir el control jurisdiccional a nivel comunitario de la elección del tribunal nacional competente supone negar un remedio efectivo contra actos que tienen significativas consecuencias para la protección de los derechos fundamentales, incluidos el respeto al principio de legalidad (previsibilidad) e igualdad ante la ley⁴⁶.

Otro tanto cabe decir de la determinación del Fiscal Europeo Delegado encargado del caso en fase de investigación, a pesar del avance que supuso la determinación de los criterios en el artículo 26 del Reglamento frente a la Propuesta de Reglamento en su versión inicial⁴⁷. La determinación de los criterios en el Reglamento debería sustentar la atribución al TJUE de la competencia para enjuiciar su aplicación. Sin embargo, ante el silencio del artículo 26, ha de entenderse, al igual que sucede respecto de la presentación del escrito de acusación, que se trata de un acto procesal que afecta a terceros, dada su repercusión en la esfera de derechos del sospechoso al determinar el Estado miembro en que se desarrolla la investigación, de manera que su control corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que realiza su labor el Fiscal Delegado encargado; ello sin perjuicio de la eventual cuestión prejudicial. Esta idea precisa, no obstante, de un mayor desarrollo.

Respecto de la fase de investigación ha de tenerse presente la dicotomía que aparece o puede presentarse entre el lugar de inicio de la investigación y el de realización de los actos de investigación. En lo relativo a estos últimos, el criterio es el de lugar de obtención de la prueba⁴⁸. Es simple y la previsión de que se pueda realizar la asignación a varios Fiscales Delegados salva la crítica formulada en relación con el

⁴⁵ La aptitud del TJUE en los términos expuestos se mantiene en SOTIS, C., "Garantie judiciaire...", op. op. cit., p. 293.

⁴⁶ MITSILEGAS, V., "The European...", op. cit., p. 84.

⁴⁷ ZIMMERMANN, F., "Choice of forum...", op. cit., pp. 168 y 169. La reformulación italiana del artículo 21 supuso, sin duda, un avance en lo tocante a esta cuestión, al fijar criterios previsibles: *forum delicti commissi* y foco de la actividad criminal si son varios los Estados miembros competentes.

⁴⁸ Es el criterio que se desprende del artículo 28 del Reglamento.

Proyecto de que no daba respuesta adecuada a la circunstancia eventual de que la obtención puede llevarse a efecto en varios Estados miembros simultáneamente⁴⁹. Mas, su configuración en el Reglamento refleja la postura adoptada para articular la práctica de medidas en distintos Estados miembros.

Aunque no se menciona expresamente, se advierte que el Reglamento acoge el planteamiento de "territorio jurídico único" a que se refería el artículo 25.1 de la Propuesta de Reglamento en su versión inicial⁵⁰. El Derecho aplicable es, de acuerdo con ello, el de todos los Estados miembros concernidos, pero de forma fraccionada a la medida, o parte de ella, que deba realizarse o llevarse a efecto en cada uno de ellos. A este respecto, el artículo 26.4 de la Propuesta de Reglamento en su versión inicial preveía que "Los Estados miembros garantizarán que las medidas de investigación a que hacen referencia las letras a) a j) del apartado 1 se someten a la autorización previa de la autoridad judicial competente del Estado miembro en que van a ejecutarse", de modo que, cuando se ejecutara en varios, debería someterse a la autorización de la autoridad judicial de cada Estado miembro en que se realice⁵¹.

El Reglamento, en su artículo 31, al ocuparse de las "Investigaciones transfronterizas", dispone que el Fiscal Europeo Delegado encargado podrá "asignar" cualquier medida a la que pueda recurrir de conformidad con el artículo 30, dedicado a las "Medidas de investigación y otras medidas". En tal caso, la motivación y adopción de la medida debe ajustarse a la legislación del Estado miembro del Fiscal Europeo encargado y el Fiscal Europeo Delegado asistente deberá obtener autorización judicial cuando así lo exija la legislación de su Estado miembro. Se aprecia en lo expuesto que la idea subyacente es la del "territorio jurídico único", pues no se distingue un Estado miembro competente y otros de los que se recaba su colaboración, sino que la medida se aplicará como una sola, aunque proyectada sobre distintos Estados a cuyo Derecho de origen nacional, matizado por las previsiones del Reglamento, debe ajustarse en la

⁴⁹ MANACORDA, S., "La localisation...", op. cit., p. 271.

Se explica en los antecedentes de la consulta que la Presidencia italiana dirigió a los Ministros el 3 de octubre de 2014 (Expediente interinstitucional: 2013/0255 (APP)): "La Presidencia resumiría el principio subyacente de la disposición de la siguiente manera: El concepto de territorio jurídico único significa que la Fiscalía Europea no tendrá que recurrir en su actividad a los instrumentos que facilitan la asistencia mutua o el mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales. La Fiscalía Europea operará como una fiscalía única, y toda la cooperación y la interacción entre la fiscalía central y los fiscales europeos delegados con base en los distintos Estados miembros participantes, así como entre los fiscales europeos delegados entre sí, se organizarán teniendo plenamente en cuenta este principio".

⁵¹ Las previsiones del artículo 26 relativas a la autorización se presentaban como una manifestación de la optimización del modelo de cooperación mediante la definición de los presupuestos de la cooperación, que en este caso pasan por la autorización para el solo caso de que sea la Fiscalía la que acuerde la medida. Acerca de esta optimización, SIEBER, U., "El futuro...", op. cit., pp. 190 y ss. Esta optimización desapareció en la reformulación italiana.

parte que se ejecute en cada Estado miembro respectivo⁵². En este sentido, la articulación de las "investigaciones transfronterizas" no se construye sobre la base del Estado miembro, sino de la Fiscalía Europea; de ahí que se omita cualquier alusión a los mecanismos de asistencia o reconocimiento mutuo y, en su lugar, se emplee el término "asignar" para identificar las relaciones, no entre Estados, sino entre Fiscales Europeos Delegados.

IV. INICIO Y CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El inicio de la investigación se vincula en el Reglamento a la apreciación por la Fiscalía Europea de "motivos razonables para creer que se está cometiendo o se ha cometido un delito respecto del que sea competente la Fiscalía Europea" (artículo 26.1). La conclusión de la investigación puede derivar en la acusación ante un órgano jurisdiccional nacional, la remisión del caso a las autoridades nacionales competentes, el archivo o un procedimiento simplificado de ejercicio de la acción penal por acuerdo (artículo 35 del Reglamento).

No se escatimaron reproches a la Propuesta de Reglamento en lo tocante a los criterios de incoación del procedimiento penal (sustancialmente coincidentes con los del Reglamento), calificados de "flexibles, no jerarquizados, imprecisos y dominados por una cláusula de naturaleza discrecional"⁵³. Aún más, se ha afirmado que el silencio sobre el control jurisdiccional de la incoación o no del procedimiento penal es particularmente rechazable e insostenible, no sólo por la imprevisibilidad de los criterios, sino también por sus repercusiones, ya apuntadas, en la determinación de la jurisdicción nacional de enjuiciamiento⁵⁴.

Conviene destacar que el control sobre la decisión de perseguir el delito se ha identificado como propio de una interpretación amplia del control jurisdiccional, frente a la restrictiva que lo limitaría a la supervisión de las actividades de investigación penal⁵⁵. La exigencia de control jurisdiccional está relacionada con el principio de oportunidad y su aplicación a decisiones (investigar o no, archivar la investigación o ejercitar la acción

⁵² LIGETI, K. e FRANSSEN, V., "Le contrôle...", op. cit., p. 150.

⁵³ MANACORDA, S., "La localisation...", op. cit., pp. 271 y 272.

⁵⁴ TRICOT, J., "Le contrôle...", op. cit., p. 170.

⁵⁵ ALLEGREZZA, S., "Le contrôle judiciaire du parquet au prisme des traditions nacionales: le contrôle des mesures d'enquête de l'avant-procès", en DELAGE, P-J., *Le contrôle judiciaire du parquet européen nécessité, modèles, enjeux*, Société de Législation Comparée, Paris, 2015, p. 43.

pública ante el órgano judicial de enjuiciamiento) sobre las difiere el Derecho de origen nacional de los diversos Estados miembros⁵⁶.

La complejidad y divergencia que plantea en los Estados miembros la aplicación del principio de legalidad o de oportunidad a este tipo de decisiones otorga mayor relevancia al carácter trasnacional de la Fiscalía Europea, pues la ausencia de control jurisdiccional implicaría una fractura entre los sistemas nacionales en que el ejercicio de la acción pública es obligatorio y aquellos en que no, con riesgo para el principio de igualdad ante la ley⁵⁷. En relación con ello, coincidimos en la necesidad de un control jurisdiccional del ejercicio de la acción pública, con fundamento en la salvaguarda del principio de igualdad ante la ley58. Este control debe incluir necesariamente las decisiones contempladas en los artículos 26 y 35 del Reglamento y habría sido recomendable que se atribuyera a órganos judiciales de la Unión Europea, sin perjuicio del correspondiente a los órganos de origen nacional⁵⁹. Y se hace especialmente perentorio dado que el Reglamento, a fin de permitir a la Fiscalía Europea el desarrollo de una política de persecución que garantice una protección equivalente y eficaz de los intereses financieros de la Unión, la dota de poderes autónomos, de modo que la Fiscalía es competente para el ejercicio de la acción pública, para determinar la jurisdicción competente, para decidir el proceso y para concluir una transacción⁶⁰.

La conveniencia de ubicar en el nivel comunitario el control responde a los motivos ya apuntados. Tales decisiones de la Fiscalía Europea corresponden a la "política criminal" comunitaria de que se pretende que dicho órgano sea instrumento y, por ende, se adoptan a un nivel comunitario, lo cual es apropiado no sólo para garantizar una actuación unitaria de la Fiscalía en todo el territorio de la Unión, sino también para asegurar la igualdad en la aplicación de la ley, que sería en este caso el Reglamento. A

⁵⁶ MATÍN DELPÓN, J. L., "El principio de oportunidad: análisis de Derecho comparado", *Anales de la Facultad de Derecho*, nº 28, 2011, pp. 187-206.

⁵⁷ BERNARDI, A. y MORELLI, F., "Les contôles judiciaires dans le modèle italien", en DELAGE, P-J. (coordination), *Le contrôle judiciaire du parquet européen nécessité, modèles, enjeux*, Société de Législation Comparée, Paris, 2015, pp. 122 y 123.

⁵⁸ BERNARDI, A. y MORELLI, F., "Les contôles...", op. cit., pp.122 y 123.

⁵⁹ En esta línea, afirma la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea (DO C 378/151, de 9.11.2017) en su apartado 5.vii, que "el derecho a la tutela judicial efectiva debe defenderse en todo momento en el marco de las actividades del Fiscal Europeo en toda la Unión; por consiguiente, las decisiones que adopte el Fiscal Europeo deben poder ser objeto de control judicial ante el tribunal competente; en este contexto, las decisiones que adopte el Fiscal Europeo antes del juicio o al margen de este, tales como las que se contemplan en los artículos 27, 28 y 29 sobre la competencia, el archivo del caso o las transacciones, deben poder ser objeto de las tutelas previstas ante los tribunales de la Unión". También representativo de esta postura, NEGRI, D., "Le contrôle...", op. cit., p. 66.

⁶⁰ LIGETI, K. e FRANSSEN, V., "Le contrôle...", op. cit., p. 147.

unas decisiones comunitarias debe asociarse un control también en este ámbito so pena de generar los riesgos expuestos de *forum shopping* y desigualdad en la aplicación de la ley procesal en un campo en que la fijación del Derecho aplicable puede ser, y es conveniente que sea, exclusivamente comunitaria. Sin embargo, lo cierto es que, con la excepción del artículo 42.3 del Reglamento, que incomprensiblemente limita el control comunitario directo al archivo del caso, el resto de decisiones (inicio, acuerdo) únicamente quedan sujetas al control por los órganos jurisdiccionales nacionales, merced a su interpretación como actos procesales destinados a surtir efectos jurídicos frente a terceros, y al prejudicial del TJUE (artículo 42.2.a)), sin posibilidad de control al amparo del artículo 263, párrafo cuarto, TFUE.

V. MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE FUENTES DE PRUEBA

Partimos de que el control jurisdiccional se efectúa particularmente sobre las medidas restrictivas de derechos, ya se trate de actos de investigación y/o de aseguramiento de fuentes de prueba⁶¹. Aplicado a nuestro ámbito de estudio, este control se apoya en el reenvío al Derecho de origen nacional del Estado miembro en cuyo territorio se ejecuta la medida, ya expuesto, de modo que el Derecho comunitario se proyecta únicamente sobre las medidas más restrictivas, en tanto que respecto de las no contempladas en el Reglamento se deja intacta la diversidad nacional⁶².

No cabe duda de que la renuncia a la armonización de las medias de investigación y la opción por una simple determinación de un elenco de medidas de que puede valerse la Fiscalía Europea incide decisivamente en la atribución de la competencia de control jurisdiccional⁶³. Si se hubiera llevado o llevara a cabo esa armonización (supuesto, más que difícil, prácticamente imposible en estos momentos), habría cabido pensar en asignar la competencia a un órgano comunitario⁶⁴. Pero, al no haberse hecho así y mantenerse la diversidad nacional, la imbricación Derecho comunitario-Derecho de origen nacional se presenta muy acentuada y difícilmente deslindable, máxime atendida la naturaleza comunitaria de la Carta de Derechos Fundamentales.

Procede retomar la idea ya apuntada de que, si bien el control de la aplicación del Reglamento y, en un marco más amplio, de la Carta de Derechos Fundamentales, podría

⁶¹ MANACORDA, S., "La localisation...", op. cit., pp. 257 y 258.

⁶² TRICOT, J., "Le contrôle...", op. cit., p. 165.

⁶³ Al respecto, se señala en LIGETI, K.; FRANSSEN, V. ("Le contrôle...", op. cit., pp. 146 y 147) que, a fin de reducir el impacto supranacional de la Fiscalía Europea, la Comisión se abstuvo de crear reglas de armonización en materia de medidas de investigación.

⁶⁴ En CSONKA, P. ("Le Choix...", op. cit., p. 252), se manifiesta su persuasión de que los tiempos no son propicios a la introducción de un sistema de persecución fundado en una armonización o una unificación del Derecho Penal y del proceso penal europeo.

encomendarse directamente al TJUE o a un órgano específicamente creado al efecto, no parece adecuado desde la óptica del principio de subsidiariedad y en lo tocante a la adopción de medidas de investigación y aseguramiento de fuentes de prueba que se obre de este modo, y no es la solución adoptada en el Reglamento⁶⁵. Esta idea aparece avalada por la condición de "juez comunitario" que se atribuye al juez nacional, merced al control difuso de la aplicación del Derecho comunitario propio del sistema jurídico de la Unión Europea⁶⁶. También por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que presiden el Derecho comunitario e imponen al legislador una suerte de auto-restricción consistente en modificar lo menos posible la arquitectura jurisdiccional y, consecuentemente, situar el control jurisdiccional a nivel nacional en la mayor medida que resulte factible⁶⁷.

Atribuida la competencia a los órganos judiciales nacionales para conocer de los actos de investigación y aseguramiento de fuentes de prueba que se desarrollen en el territorio de su Estado miembro, resulta claro que el órgano judicial en cuestión no sólo controlará la aplicación de su Derecho de origen nacional, sino también del Derecho comunitario (en este caso, del Reglamento), ya que los actos referidos se hallan constreñidos por las reglas y límites fijados en el Reglamento⁶⁸. Es en atención a esta última circunstancia que se plantea el potencial de la cuestión prejudicial para articular junto con el control jurisdiccional nacional otro a nivel de órgano comunitario⁶⁹.

Prevista la aplicación de la cuestión prejudicial (artículo 42.2), ciertamente la intervención del TJUE por medio de ella será susceptible de proporcionar al órgano

⁶⁵ Se ha señalado, en este sentido, que la interpretación del artículo 86.3 TFUE podría justificar que se acudiera al artículo 257 TFUE para crear un tribunal especializado competente para autorizar las medidas de investigación coercitivas ordenadas por la Fiscalía Europea (LIGETI, K.; FRANSSEN, V., "Le contrôle…", op. cit., p. 146).

⁶⁶ Esta característica se resalta en SOTIS, C. ("Garantie judiciaire...", op. cit., p. 280), quien destaca igualmente que es esa idea la que ha permitido dotar a la reglas de la Unión Europea de una gran capacidad de penetración (primacía y efecto directo), así como que por vía de los jueces nacionales se desarrolla una actitud de particular respeto de las reglas comunitarias. En este sentido, se advierte en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I. ("La eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales de la Unión Europea sobre el ámbito penal", en DÍEZ PICAZO, L.Mª. y NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal Europeo*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 130) que la eficacia vertical de los derechos fundamentales de la Unión Europea también se proyecta sobre el juez nacional cuando actúa como juez de aplicación del Derecho europeo.

⁶⁷ TRICOT, J., "Le contrôle...", op. cit., p. 159.

⁶⁸ SOTIS, C., "Garantie judiciaire...", op. cit., p. 292.

⁶⁹ Al respecto, se destaca en JIMENO BULNES, M. ("Perspectiva actual del Espacio Judicial Europeo en materia civil y penal. Especial incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", en JIMENO BULNES, M. (dir.), *Nuevas aportaciones al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Hacia un Derecho Procesal Europeo de naturaleza civil y penal*, Comares, Granada, 2014, p. 35) "la importancia del procedimiento prejudicial en la construcción del Derecho de la Unión Europea en general y ahora Derecho procesal europeo".

nacional criterios de solución de las fricciones que surjan entre el Derecho de origen nacional y el comunitario, que se manifestarán a través de múltiples mecanismos de resolución (interpretación conforme al Reglamento, inaplicación, inaplicación con aplicación contextual de otra regla de origen nacional, etc.)⁷⁰. Y es preciso destacar que esta intervención está llamada a desplegarse con un alcance más amplio que el de la compatibilidad con el Reglamento, dado que la Carta de Derechos Fundamentales también forma parte del Derecho comunitario⁷¹. De ahí que se haya extendido a la conformidad con la Carta la eficacia del reenvío al TJUE, con el añadido de que el Tribunal comunitario habrá de tener en cuenta, al ejercer su función, la doctrina del TEDH originada en el desarrollo de la suya⁷². Ahora bien, como ha advertido el Alto Tribunal, para que así sea es preciso que la normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión⁷³.

La importancia de la Carta radica, como se ha apuntado, en que está destinada a erigirse en el cuadro de referencia para la garantía de los derechos fundamentales de los sospechosos y en el límite de los actos de investigación del Fiscal, a la vez que hace

⁷⁰ SOTIS, C., "Garantie judiciaire...", op. cit., p. 292.

Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, recuerda que "conforme al artículo 6 TUE, apartado 1, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta, «la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados»" y, en consonancia con ello, examina la cuestión planteada en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo (artículo 47 de la Carta). Muestra de ello es la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de mayo de 2014, Spasic, C-129/14, EU:C:2014:586.

Sobre el impacto de tal aplicación se advierte en NIETO MARTÍN, A., "Le Parquet Européen et l'organisation judiciaire au sein de l'Union", en DELAGE, P-J. (coordination), *Le contrôle judiciaire du parquet européen nécessité, modèles, enjeux*, Société de Législation Comparée, Paris, 2015, p. 315; aquí se señala que, en este punto, la Propuesta de Reglamento estaba hecha a la luz de los casos apuntados.

⁷² SOTIS, C., "Garantie judiciaire...", op. cit., p. 292. Así se hace, de hecho, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107.

⁷³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de febrero de 2013, Akerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, en que se señala que "En efecto, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en esencia, los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas. El Tribunal de Justicia ya ha indicado que, por este motivo, no puede apreciar a la luz de la Carta una normativa nacional que no se inscriba en el marco del Derecho de la Unión. Por el contrario, cuando una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia debe proporcionar, en el marco de una remisión prejudicial, todos los elementos de interpretación necesarios para que el órgano jurisdiccional nacional pueda apreciar la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuyo cumplimiento debe garantizar (véanse, en particular, en este sentido, las sentencias de 18 de junio de 1991, ERT, C-260/89, Rec. p. I-2925, apartado 42; de 29 de mayo de 1997, Kremzow, C-299/95, Rec. p. I-2629, apartado 15: de 18 de diciembre de 1997, Annibaldi, C-309/96, Rec. p. I-7493, apartado 13; de 22 de octubre de 2002, Roquette Frères, C-94/00, Rec. p. I-9011, apartado 25; de 18 de diciembre de 2008, Sopropé, C-349/07, Rec. p. I-10369, apartado 34; de 15 de noviembre de 2011, Dereci y otros, C-256/11, Rec. p. I-11315, apartado 72, y de 7 de junio de 2012, Vinkov, C-27/11, apartado 58)".

posible que las personas afectadas por la investigación se beneficien del derecho al juez europeo, es decir, del derecho a que sea la jurisdicción europea la que fije los derechos fundamentales⁷⁴. Es previsible que a través de la intervención del TJUE por medio del reenvío judicial se obtenga progresivamente un núcleo más común y uniforme de reglas⁷⁵. Pero no es posible desconocer que esta armonización se ve afectada sustancialmente por los límites de la cuestión prejudicial. En este punto se plantea un debate de gran importancia, a saber, el alcance que ha de darse a la cuestión prejudicial, pues en función de éste dicho mecanismo jurisdiccional permitirá asegurar una adecuada homogeneización de las garantías procesales y, en general, iusfundamentales, así como de la aplicación del Reglamento, o bien se tornará un instrumento de escasa utilidad que amparará la diversidad en el tratamiento de cuestiones que reclaman un criterio coincidente en la totalidad de la Unión Europea.

Aunque textualmente el artículo 267 TFUE sólo contempla que el TJUE se pronuncie sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, se apunta que, en la práctica, se ha convertido en un instrumento de conocimiento indirecto de las fricciones entre las normas de origen nacional y las comunitarias⁷⁶. Este desbordamiento de sus límites iniciales suscita una controversia acerca de la conveniencia o no de ahondar en esta línea.

Al respecto, se ha insistido en que, adquirida esa condición de instrumento indirecto de compatibilidad de las normas de origen nacional con el Derecho comunitario, es fundamental que sus competencias sigan limitándose a la interpretación o enjuiciamiento de la validez de las reglas de Derecho comunitario, sin adentrarse en la de la de las normas de origen nacional⁷⁷. Esta orientación se manifiesta en el Considerando 88 del Reglamento, que afirma que, "sin embargo, lo órganos jurisdiccionales nacionales no pueden plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales referentes a la validez de los actos procesales de la Fiscalía Europea en relación con el Derecho procesal nacional o las medidas nacionales de transposición de Directivas, aun cuando el presente Reglamento haga referencia a los mismos".

⁷⁴ NIETO MARTÍN, A., "Le Parquet...", op. cit., p. 316.

⁷⁵ Sería el resultado de los "anticuerpos normativos" que se atribuyen en SOTIS, C. ("Garantie judiciaire...", p. 292) a la hibridación entre reglas comunitarias y de origen nacional.

⁷⁶ SOTIS, C., "Garantie judiciaire...", op. cit., p. 280.

⁷⁷ SOTIS, C., "Garantie judiciaire...", op. cit., p. 281.

Coincidimos con el rechazo manifestado a esta postura78. La afección a los derechos fundamentales no sólo es consustancial a la investigación penal, sino que es uno de sus aspectos más esenciales, sin duda el más relevante para los ciudadanos. Es impensable tratar de deslindar del ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales una de las actuaciones estatales en que con mayor intensidad se ven injeridos los derechos fundamentales, cual es el proceso penal, y, dada tal imposibilidad, excluir la normativa nacional que incida en los derechos fundamentales de la confrontación con la Carta de Derechos Fundamentales supone cercenar infundadamente el alcance de la cuestión prejudicial y constreñirla a un medio de homogeneización del Reglamento y otras eventuales disposiciones que, ni remotamente, gozan de tanta proyección sobre la actuación de la Fiscalía Europea. A lo anterior se suma que la posibilidad de control por un órgano comunitario de las actuaciones de la Fiscalía Europea con incidencia en los derechos fundamentales constituye una previsión imprescindible para superar las objeciones que en esta materia pueden formularse a la admisibilidad de las pruebas, como expondremos. No se trata de someter a cuestión prejudicial todo el Derecho de origen nacional que se relacione con la actividad de la Fiscalía Europea, pero sí de aplicar la doctrina jurisprudencial que proyecta la cuestión prejudicial sobre la normativa de origen nacional ubicada en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el cual incluye, por expreso mandato del TUE, la Carta de Derechos Fundamentales⁷⁹.

Por otra parte, y al hilo de esta cuestión, no resulta apropiado que la labor enjuiciadora de los derechos fundamentales se encomiende exclusivamente al TEDH, sin perjuicio de recordar su campo de actuación. Es cierto que se plantea una aparente duplicidad de normas tuitivas de los derechos fundamentales (Carta de Derechos Fundamentales y CEDH), con las consiguientes dudas que ello genera⁸⁰. Pero esta suma de protecciones no ha de conducir a identificar como órgano adecuado para la uniformización en esta materia al TEDH⁸¹. El control de la conformidad con la Carta de

⁷⁸ Como se afirma en NIETO MARTÍN, A. ("Le Parquet...", op. cit., p. 316), existe una contradicción entre la jurisprudencia actual del TJUE y el considerando 39 de la Propuesta de Reglamento ("Asimismo, conviene aclararse que las cuestiones relativas a la interpretación de las disposiciones de la legislación nacional que adquieran carácter aplicable en virtud del presente Reglamento deben tratarlas únicamente los órganos jurisdiccionales nacionales. Por consiguiente, dichos órganos jurisdiccionales no remitirán al Tribunal de Justicia casos relativos a la interpretación de la legislación nacional a que hace referencia el presente Reglamento"), comparable al Considerando 88 del Reglamento citado, cuyas aseveraciones son contrarias al espíritu y la letra de la sentencia Akerberg, que expresamente indica que el hecho de que las leyes nacionales sean adoptadas a fin de adaptar el derecho nacional a las Directivas no modifica la necesidad de respetar los derechos fundamentales enunciados en la Carta.

⁷⁹ En esta línea, TRAVERSA, E., "I tre principali...", op. cit., p. 43.

⁸⁰ FLORE, D., "Contrôle judiciaire...", op. cit., p. 305.

⁸¹ Así, en CAIANIELLO, M. ("The Proposal for a Regulation on the Establishment of an European Public Prosecutor's Office: everything changes or nothing changes?", *European Journal of Crime*,

Derechos Fundamentales no es la única atribución del TJUE, sino que se incardina en el más amplio de la totalidad del Derecho comunitario, lo cual atribuye al TJUE un alcance superior al del TEDH, sin perjuicio de que, como hemos expuesto, deba tener presente la doctrina de este último⁸². Por otro lado, en la medida en que la Carta de Derechos Fundamentales se presenta como parte del Derecho comunitario, es preciso que un órgano que ostente tal condición, comunitaria, y a nivel de todo el territorio de la Unión Europea, sea el encargado de perfilar una configuración a tal nivel de los derechos fundamentales. Y, finalmente, no cabe desconocer la mayor agilidad y vinculación de que son susceptibles los pronunciamientos del TJUE.

En cambio, resulta positiva la consideración de la Fiscalía Europea como autoridad comunitaria a los efectos de que sus actos puedan ser sometidos al TJUE a través del mecanismo del artículo 267 TFUE. Ello frente al Considerando 38 de la Propuesta de Reglamento, al afirmar que, "los órganos jurisdiccionales nacionales no deben tener la posibilidad de remitir al Tribunal de Justicia cuestiones relativas a la validez de los actos de la Fiscalía Europea, ya que dichas actuaciones no deben considerarse actos de un órgano de la Unión a efectos de control jurisdiccional" Compartimos igualmente el rechazo a esa restricción, contraria a la naturaleza comunitaria de la Fiscalía Europea Le Puede parecer, afirmado lo precedente, que existe una contradicción entre nuestra anterior defensa de la vinculación de la Fiscalía al ordenamiento nacional para descartar el control directo de sus actos por el TJUE y la presente invocación de su carácter comunitario para sujetarlos a la cuestión prejudicial. Esta circunstancia reclama una mayor justificación de nuestra postura.

La Fiscalía Europea presenta una naturaleza comunitaria pero enmarcada en un modelo híbrido, como ya comentamos, que hace inadecuada una contemplación de la misma exclusivamente limitada a su dimensión comunitaria. Un control directo implicaría desconocer la estrecha conexión de la actuación de la Fiscalía con los ordenamientos de

Criminal Law and Criminal Justice, nº 21, 2013, p. 124), se plantea que, con la adhesión de la UE al CEDH, el TEDH podría desempeñar el papel de último recurso y proporcionar reglas para la actuación de la Fiscalía Europea.

⁸² Al respecto, se afirma que "la cuestión de cómo controlar-cuál debería ser el control de las actividades de los fiscales en la fase pre-judicial de los procedimientos-parece de particular importancia, tanto desde el punto de vista de la actuación interna como de las interacciones entre el juez nacional y la Fiscalía europea. La respuesta a esta cuestión dada por el TEDH es, en mi opinión, simple: efectividad del control", NOWAK, C., "Judicial control of the Prosecutor's activities in the Light of the ECHR", *Eucrim*, nº 2, 2014, p. 62.

⁸³ En relación con lo expuesto, se afirma en LIGETI, K.; FRANSSEN, V. ("Le contrôle...", op. cit., pp. 148 y 149) que el resultado de la lectura del artículo 36, apartados 1 y 2 de la Propuesta, es la idea de base de excluir los actos de la Fiscalía Europea del control de validez y de la interpretación por el TJUE en el marco de la prejudicialidad.

⁸⁴ NIETO MARTÍN, A., "Le Parquet...", op. cit., p. 317. Esa condición comunitaria lleva al autor a afirmar que la primacía del ordenamiento jurídico de la Unión ha de conducir a la aplicación de la Carta al caso.

origen nacional. Mas, al mismo tiempo, tampoco cabe obviar que la Fiscalía continúa siendo un órgano comunitario, sometido al Derecho comunitario, y que el Derecho de origen nacional y el comunitario presentan una imbricación muy acentuada en el marco de la investigación penal. Es por ello que, descartado un control directo, es la cuestión prejudicial el mecanismo apropiado para asegurar simultáneamente el control por las autoridades nacionales de la aplicación del Derecho de origen nacional y comunitario, a la vez que el examen por el TJUE de la aplicación del Derecho comunitario y, en conexión con ello, de los actos de las autoridades nacionales que entran en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (mediante la resolución de la fricción entre la normativa nacional y el Derecho comunitario, Carta de Derechos Fundamentales incluida), así como de la interpretación y validez de los actos de la Fiscalía Europea a la luz del Derecho comunitario, que engloba la Carta de Derechos Fundamentales.

Configurada de este modo, se evitarían los reproches que se han hecho a la atribución institucionalmente jerárquica al TJUE de la competencia para enjuiciar la validez e interpretación de las normas nacionales, de acuerdo con los cuales ello entrañaría una duplicidad e inevitable conflicto frontal entre las decisiones del órgano comunitario y las de las más altas instancias judiciales nacionales (Tribunales Constitucionales y de Casación)85. El análisis de la normativa de origen nacional se limitaría a aquellos ámbitos en que puede plantearse una fricción entre dicho Derecho y el comunitario, y no al Derecho de origen nacional en su conjunto, pero sin que ello suponga excluir sin razón normativa alguna una parte esencial del Derecho comunitario como es la Carta de Derechos Fundamentales. Por este motivo abogamos por una concepción de la cuestión prejudicial que contemple su planteamiento cuando el órgano judicial nacional estime que la medida restrictiva de derechos fundamentales que se pretende adoptar o se ha adoptado puede ser disconforme con el Derecho comunitario, incluidas las garantías de la Carta de Derechos Fundamentales⁸⁶. Ello sin perjuicio de que también proceda en caso de apreciación de discrepancia con el Reglamento u otras normas de Derecho comunitario⁸⁷.

No es admisible en caso alguno reducir el control de este tipo de medidas al ámbito puramente interno de los Estados miembros. Como se ha señalado, sería contrario a la

⁸⁵ SOTIS, C., "Garantie judiciaire...", op. cit., p. 281.

⁸⁶ NIETO MARTÍN, A., "Le Parquet...", op. cit., p.318. Ello supondrá, sin duda, la necesidad de superar las reticencias de los Estados miembros a que el TJUE extienda su control a medidas procesales internas a que se alude en NEGRI, D., "Le contrôle...", op. cit., p.58.

⁸⁷ Son más las objeciones que pueden hacerse a la cuestión prejudicial, pero también solubles, como se analiza en NIETO MARTÍN, A., "Modelos de organización judicial en el Derecho Penal Europeo", en DÍEZ PICAZO, L.Mª. y NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal Europeo*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 160 y ss.

regla legal y un cambio a la protección judicial efectiva si los actos de un cuerpo de la Unión Europea que pueden tener profundas consecuencias para los derechos fundamentales, como son los actos y decisiones de investigación adoptados por la Fiscalía Europea, fueran sustraídos al escrutinio judicial por la Unión Europea⁸⁸.

Actualmente es consolidada la doctrina jurisprudencial que restringe los motivos de inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales⁸⁹. Y desde la óptica del órgano judicial nacional, debe insistirse en la obligatoriedad de plantear la cuestión⁹⁰. No se trata, en todo caso, de que necesariamente se deba plantearla, pero sí de que se motive su denegación, como reclama la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de septiembre de 2011, caso *Ullens de Schooten y Rezabek c. Bélgica*. Esta exigencia de motivación ha de ser un acicate para que se garantice bien una interpretación *favor libertatis*, bien la labor uniformizadora del TJUE.

Al margen de la aplicación del Derecho comunitario, Carta de Derechos Fundamentales incluida, se suscita la cuestión relativa a la relación entre el Derecho del Estado miembro de ejecución de la medida y el Derecho del Estado miembro de enjuiciamiento⁹¹. Al respecto, se plantea qué referencia ha de tomarse en caso de indeterminación en fase de investigación del Estado de enjuiciamiento (supuesto en que pueden diferir el de ejecución y el de enjuiciamiento) y, a la inversa, de ser posible la determinación, si se debería acudir a la normativa del Estado de futuro enjuiciamiento.

⁸⁸ MITSILEGAS, V., "The European...", op. cit., pp. 79 y 80.

⁸⁹ Como se advierte en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, "A este respecto, en primer lugar hay que recordar que, en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que se ha de pronunciar, apreciar a la luz de las particularidades del asunto tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (véase en particular la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros, C-78/08 a C-80/08, Rec. p. I-7611, apartado 30 y jurisprudencia citada).29 La presunción de pertinencia inherente a las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales sólo puede excluirse de forma excepcional si es evidente que la interpretación solicitada de las disposiciones del Derecho de la Unión a las que se refieren las cuestiones no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véase en ese sentido en especial la sentencia Paint Graphos y otros, apartado 31 y jurisprudencia citada)".

⁹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de febrero de 2013, Akerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105: "A estos efectos, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales deban interpretar las disposiciones de la Carta, tienen la posibilidad y, en su caso, la obligación de plantear una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 TFUE". A este respecto, la doctrina del acto aclarado (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 1982, caso *CILFIT*) contribuye a decantar las dudas a favor del planteamiento de la cuestión.

⁹¹ FLORE, D., "Contrôle judiciaire...", op. cit., p. 304.

Se trata de una cuestión que también reviste trascendencia desde la óptica del control judicial, ya que éste se vincula a la medida de investigación, por lo que el reconocimiento mutuo introduciría un control por dos Estados de diferente manera al supuesto de sujeción al Derecho de los Estados en que se ejecuten las medidas.

No parece factible acudir a las reglas aplicadas en el marco de la asistencia penal mutua, pues, a diferencia de lo que sucede en los casos en que, ante la eventualidad de practicar una diligencia de investigación o aseguramiento en otro Estado, se solicita la colaboración de este segundo, en el caso de la Fiscalía Europea, al margen del inicio de la investigación de un Estado miembro, y de aplicarse el "área única comunitaria", no existe una referencia jurisdiccional nacional desde el inicio de la investigación, sino que es el territorio de la Unión Europea el que se presenta como marco de actuación. Así, la Fiscalía Europea no se encontrará con la tesitura de efectuar una investigación en el territorio de un Estado miembro y precisar la práctica de medidas en otros distintos, sino con la investigar en el territorio de la Unión Europea (concebida como un todo) delitos que afectan a la Unión Europea, lo cual implicará la adopción de medidas en uno o varios Estados miembros.

Por otro lado, incluso de no haber optado por el "área única comunitaria", ante la práctica imposibilidad de fijar criterios que permitan identificar desde los primeros estadios de la investigación al Estado de enjuiciamiento (máxime atendidos los criterios flexibles para determinarlo que se prevén en la Propuesta de Reglamento), la única referencia posible sería el Derecho del Estado miembro de ejecución de cada medida, conforme al cual habrá de efectuarse el control de las que se practiquen en el territorio de su Estado.

Es más, aunque la determinación del Estado de enjuiciamiento fuera posible, la referencia debería continuar siendo el Estado de ejecución, ya que existe una clara contradicción entre el carácter supranacional de la investigación y el nacional del enjuiciamiento que impide que se dote a la investigación de un carácter "interno" (esto es, de una perspectiva territorial estatal), pues el ámbito de actuación de la Fiscalía es la Unión Europea. Y desde una perspectiva "soberanista" también se reivindicaría la sujeción al Derecho del Estado de ejecución. Y, en todo caso, cabe relativizar la trascendencia de hacer coincidir el Estado donde se desarrolle la investigación con el Estado donde se desarrolle el enjuiciamiento, ya que la principal repercusión de la investigación en el enjuiciamiento son las fuentes de prueba obtenidas y, en un sentido más amplio, las medidas de investigación practicadas, y el Derecho aplicable a éstas no

viene dado por el Estado en que se desarrolle la investigación, sino por el Estado en que se ejecuten⁹².

No procede, por último, dejar de destacar que la pretensión de hacer coincidir Estado de investigación y Estado de enjuiciamiento viene a acentuar, aun más, el carácter "nacional" de la Fiscalía Europea y a intentar configurarla a modo de fiscal nacional que desarrolla la investigación y se somete a enjuiciamiento en un mismo Estado, sin perjuicio de que deba acudir eventualmente a practicar medidas en otros⁹³. En definitiva, supone diluir la dimensión supranacional de la Fiscalía Europea y, accesoriamente, el control judicial comunitario, que se presentaría como superfluo, a pesar de que en todo caso es necesario, dada la presencia de una organización comunitaria como es la Fiscalía Europea. Ello sin contar con que esta perspectiva implica infravalorar el carácter frecuentemente transfronterizo de las investigaciones (con la posibilidad de que se haga conveniente reconducir la investigación iniciada en un Estado a otro), así como renunciar a una progresiva armonización en materia de derechos fundamentales y al reconocimiento mutuo en materia probatoria⁹⁴.

VI. ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA

Para concluir, resulta necesario efectuar algunas consideraciones acerca de esta cuestión, pues en buena medida el criterio que se adopte respecto de ella vendrá determinado por el aplicado a los supuestos anteriormente examinados.

Se ha señalado que el control efectuado por un órgano judicial sobre la prueba obtenida en otro Estado miembro puede conllevar el control sobre la conformidad al Derecho de origen nacional de ese Estado o sobre la conformidad a los derechos fundamentales de la Carta⁹⁵. Sin embargo, las previsiones del artículo 37 del Reglamento responden al propósito de evitar un control de este tipo, al establecer, como se ha apuntado, una suerte de reconocimiento mutuo en esta materia, tampoco exento de dificultades, dadas las críticas a que se está sometiendo actualmente esta técnica⁹⁶.

⁹² ZIMMERMANN, F., "Choice of forum...", op. cit., p. 170.

⁹³ El rechazo a esta tendencia podría explicar la no consideración del Estado en que se desarrolle la investigación como criterio para determinar el de enjuiciamiento, de que se advierte en ZIMMERMANN, F., "Choice of forum...", op. cit., p. 170.

⁹⁴ La eventual necesidad sobrevenida de cambio de Estado de investigación se apunta en HELENIUS, D., "Admissibility of Evidence and the European Public Prosecutor's Office", en ASP, P. (ed.), *The European public prosecutor's office: legal and criminal policy perspectives*, Jure Bokhandel, Estocolmo, 2015, p. 192.

⁹⁵ FLORE, D., "Contrôle judiciaire...", op. cit., p. 306.

⁹⁶ MANACORDA, S., "La localisation...", op. cit., p. 271.

Al respecto, se ha planteado que si, como consecuencia del reconocimiento mutuo las decisiones judiciales tienen el mismo valor en unos Estados que en otros, la observancia estricta de las normas nacionales se considerará menos relevante por los jueces y muchas infracciones procesales terminarán siendo consideradas inofensivas, en tanto la corrección del procedimiento como un todo se respete⁹⁷. Sin negar que esta relajación de la exigencia pueda producirse, no parece que sea reprochable al reconocimiento mutuo aplicado a la admisibilidad de la prueba, pues el control de la normativa nacional tiene lugar por los órganos nacionales respectivos en fase de investigación, en tanto el de la adecuación al Reglamento cuenta con la salvaguarda de la cuestión prejudicial.

Asimismo, se han formulado críticas a la extensión del reconocimiento mutuo al ámbito de la ley penal fundadas en que sin una considerable armonización de los sistemas penales nacionales este mecanismo podría causar la pérdida de derechos de defensa fundamentales, especialmente por vía del *forum shopping*⁹⁸. Se trata de un riesgo real, pero que se podría evitar o paliar con una fijación clara y controlada a nivel comunitario del criterio de elección de la jurisdicción nacional, por la que apostamos.

Si se acepta que la investigación tiene una dimensión supranacional, no cabe acudir al control de la admisibilidad de la prueba para cuestionar desde la óptica del Derecho del Estado de enjuiciamiento la legalidad de actos de investigación practicados conforme al Derecho de origen nacional de otros Estados. La imparcialidad no puede convertirse en un medio para rechazar medios de prueba por desacuerdo con la regulación de

Artículo 37.1: "No se inadmitirán las pruebas presentadas a un órgano jurisdiccional por los fiscales de la Fiscalía Europea o por el acusado por el mero hecho de que las pruebas hayan sido obtenidas en otro Estado miembro o de conformidad con el Derecho de otro Estado miembro".

Así se desprende del Considerando 80: "Las pruebas presentadas por la Fiscalía Europea al órgano jurisdiccional no deben ser inadmitidas por la mera razón de que han sido obtenidas en otro Estado miembro, o de conformidad con la legislación de otro Estado miembro, siempre que el órgano jurisdiccional que conozca del caso considere que la admisión de dichas pruebas respeta la imparcialidad del procedimiento y los derechos de la defensa del sospechoso o acusado con arreglo a la Carta. El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por el artículo 6 del TUE y por la Carta, especialmente su título VI, por el Derecho internacional y por los acuerdos internacionales en los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, incluido el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros en sus respectivos ámbitos de aplicación. De conformidad con dichos principios, y dentro del respeto de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros, como dispone el artículo 67, apartado 1, del TFUE, nada de lo dispuesto en el presente Reglamento podrá interpretarse en el sentido de que impide que el órgano jurisdiccional que conozca de un caso aplique los principios fundamentales del Derecho nacional en materia de imparcialidad del procedimiento que son de aplicación en sus sistemas nacionales, incluido en los sistemas de derecho consuetudinario".

⁹⁷ CAIANIELLO, M., "The Proposal...", op. cit., p. 118.

⁹⁸ SATGER, H., "The future...", op. cit., pp.76 y 77. Al respecto, GLESS, S., "Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 116, nº 2, 2007, pp. 360 y 361.

origen nacional de otros Estados, sino que habrá de examinarse únicamente a la luz de los derechos fundamentales⁹⁹. De igual modo, una solución como la de incorporar al principio de admisibilidad la condición de que, además de los derechos fundamentales, la prueba sea conforme con "los principios legales fundamentales del Estado miembro en que el tribunal se encuentra" vendría a suponer, en la práctica, una limitación semejante a la dada por el *forum regit actum*¹⁰⁰. Se convertiría a la Fiscalía europea en una especie de fiscal nacional.

Es cierto que las diferencias entre los distintos Estados miembros no se limitan a la óptica de los derechos fundamentales, sino también a la forma de obtención de las fuentes de prueba y que el reconocimiento mutuo reclama una base de reglas comunes, pero las dificultades que se plantean no han de conducir a una solución minimalista, como es la de tomar como referencia la legislación de un Estado miembro 101. El reconocimiento mutuo (con matizaciones) en la admisibilidad de la prueba debe ser el corolario de una concepción que reconozca la dimensión supranacional de la investigación, en el sentido de llamada a desplegarse muy habitualmente en el territorio de diversos Estados miembros y a ser protagonizada por un órgano comunitario. El hecho de que el control de las medidas de investigación se sujete a control nacional (con la importante adición de la cuestión prejudicial) no ha de suponer que este control nacional por los órganos judiciales de los Estados miembros se acabe presentando como el control judicial por el órgano del Estado miembro encargado del enjuiciamiento, pues, de ser así, la Fiscalía Europea actuaría poco más que como una fiscalía nacional y la acción comunitaria, apoyada en la subsidiariedad, devendría ineficaz 102.

⁹⁹ Así ha de entenderse, aunque el Reglamento no haga referencia en su articulado, pues no puede desconocerse, como se apunta en el Considerando 87, que "los actos adoptados por la Fiscalía Europea durante sus investigaciones están estrechamente relacionados con la acusación a la que pueden dar lugar y por ende tienen efectos en el sistema jurídico de los Estados miembros. En muchos casos tales actos serán aplicados por las autoridades policiales nacionales, actuando conforme a las instrucciones de la Fiscalía Europea, en algunos casos tras haber obtenido autorización de un órgano jurisdiccional nacional".

¹⁰⁰ Por esta cláusula se aboga en HELENIUS, D., "Admissibility of...", op. cit., p. 211. Ciertamente la aplicación de dicha regla puede constituir en determinados contextos un avance, pero en modo alguno equiparable al reconocimiento mutuo, como se apunta en PÉREZ GIL, J., "Convenio de asistencia judicial penal", en JIMENO BULNES, M. (coord..), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 261.

¹⁰¹ Es la postura por la que se inclinan de las tres que plantean (unificación de las normas de obtención de las fuentes de prueba, referencia a la ley de un Estado miembro específico y aceptación del reconocimiento mutuo) en HAMRAN, L. and SZABOVA, E., "European Public Prosecutor's Office-*Cui bono*?", *New Journal of European Criminal Law*, 2013, pp. 54-56.

¹⁰² Al respecto, en Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, Informe provisional sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea (COM(2013)0534 - 2013/0255(APP)) (A8-0055/2015), se " Pide al Consejo que garantice la admisibilidad de las pruebas que reúna la Fiscalía Europea respetando plenamente la legislación

Cuestión distinta es el control de los medios de prueba, que sí forma parte de la labor de enjuiciamiento y que, por ende, ha de efectuarse con arreglo al Derecho del Estado de enjuiciamiento 103. Aunque el artículo 37 del Reglamento extiende el reconocimiento a la presentación, parece difícil compeler a los Estados a que admitan fuentes de prueba articuladas a través de medios expresamente rechazados por su ordenamiento. La admisión del medio de prueba entra de lleno en el enjuiciamiento y se escinde de la primera fase de investigación.

Sobrevolando a ambos queda el control desde la óptica de los derechos fundamentales¹⁰⁴. Este aspecto sustancial debe relacionarse con el riesgo de conducir a un proceso penal desequilibrado, con particular peligro para los derechos individuales, que implica una absoluta admisibilidad de la prueba¹⁰⁵. La solución viene dada por la posibilidad de control por una instancia comunitaria a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales, pues, en la medida en que este control se articule efectivamente, no podrá admitirse que en sede de enjuiciamiento se cuestione la conformidad a los derechos fundamentales (que han de incluir necesariamente los procesales) de una medida que ha superado el baremo de la Unión Europea y, por ende, las exigencias comunes a toda ella¹⁰⁶. Ello se sumaría al establecimiento en el Reglamento de unos estándares comunes (autorización previa, proporcionalidad), conveniente en aras a facilitar el reconocimiento mutuo¹⁰⁷.

Así, de no haberse planteado previamente cuestión prejudicial, habrá de admitirse, por los motivos ya expuestos, la posibilidad de que se plantee una cuestión prejudicial en el momento de la admisión de la prueba, a fin de valorar si en la obtención de la fuente de prueba se han vulnerado derechos fundamentales¹⁰⁸. La referencia del Considerando

europea y nacional pertinente en toda la Unión, ya que es crucial para asegurar la eficacia de los procedimientos penales incoados, de conformidad con el artículo 6 del TUE, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos".

¹⁰³ Es decir, la inadmisibilidad puede venir dada por su carácter o forma de presentación a juicio, como se advierte en HELENIUS, D., "Admissibility of...", op. cit, , pp. 180 y 181.

¹⁰⁴ Como se afirma en SIEBER, U. ("El futuro...", op. cit., p. 188), el "umbral de tolerancia" frente a sistemas extranjeros ha de ser trazado sobre la base de los derechos humanos y de los derechos fundamentales europeos.

¹⁰⁵ HELENIUS, D., "Admissibility of...", op. cit., pp. 195-196.

¹⁰⁶ Como se afirma en HELENIUS, D. ("Admissibility of...", op. cit., p. 197), la solución elegida en la Propuesta de Fiscalía europea es hacer la presunción condicionada a que la admisión de la prueba sea compatible con los derechos fundamentales.

¹⁰⁷ Se señala en HELENIUS, D. ("Admissibility of...", op. cit., p. 186) que, desde el punto de vista de la garantía e los derechos individuales, el establecimiento de unos estándares procesales comunes en relación con la obtención de pruebas en el largo plazo parece preferible a combinaciones *ad hoc* de *lex fori* y *lex loci*.

¹⁰⁸ NIETO MARTÍN, A., "Le Parquet...", op. cit., p. 318.

80 del Reglamento a "los derechos de la defensa del sospechoso o acusado con arreglo a la Carta" tiene sentido por tratarse de derechos fundamentales procesales, cuya eventual vulneración habitualmente se suscitará al admitir los medios de prueba, pero ello no ha de suponer un obstáculo para el examen de las injerencias en otros derechos fundamentales¹⁰⁹. Habría sido deseable, no obstante, una previsión expresa en el articulado en este sentido¹¹⁰.

De este modo, se conseguiría articular de un modo razonablemente coherente el carácter comunitario de la Fiscalía Europea con la imbricación Derecho de origen nacional-Derecho comunitario que se presenta en la investigación y dejar al órgano nacional competente lo que propiamente corresponde al enjuiciamiento. Todo ello en el marco de una garantía de los derechos fundamentales suficientemente uniformizada a través de la labor del TJUE en fase de investigación y, eventualmente, de enjuiciamiento, a través de la cuestión prejudicial aplicada con un alcance amplio.

VII. CONCLUSIONES

La Fiscalía Europea se presenta como un órgano indudablemente comunitario, aunque con estructura descentralizada, enmarcado en un modelo "híbrido" de Derecho Penal Europeo. El carácter "híbrido" del modelo se manifiesta en la supranacionalidad orgánica de la Fiscalía Europea y la "nacionalidad" procesal en el enjuiciamiento y tiene como principal foco de tensión la fase de investigación penal, en que las alternativas se mueven en la disyuntiva entre un control centralizado a nivel comunitario y un control descentralizado a través de los jueces de garantías en cada uno de los Estados miembros.

Planteada en términos absolutos, la solución al control jurisdiccional resulta insatisfactoria. La dimensión comunitaria de la Fiscalía Europea reclama un control jurisdiccional a nivel comunitario de determinadas decisiones en que se manifiesta su proyección trasnacional. Pero el control a nivel comunitario no puede llegar al extremo de proyectarse directamente sobre aplicaciones de puro Derecho de origen nacional, que

Si se hubiera planteado en un momento anterior (fase de investigación) sería invocable la doctrina del TJUE manifestada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de marzo de 1963, caso *Da Costa y acumulados*, que exime de la obligatoriedad de planteamiento cuando la cuestión fuera idéntica a otra ya examinada por el Tribunal, de aplicación con carácter general a supuestos en que se susciten cuestiones coincidentes con otras analizadas, sea en relación con otros procesos o Estados miembros.

¹⁰⁹ En HELENIUS, D. ("Admissibility of...", op. cit.., pp. 200 y 201), se advertía de la insuficiente cobertura de los derechos fundamentales que entrañaba la referencia exclusivamente a los artículos 46 y 47 de la Carta que se hacía en el artículo 30 de la Propuesta de Reglamento.

¹¹⁰ Se entienden las críticas en ESTÉVEZ MENDOZA, L. Mª. ("La instauración...", op. cit., pp. 117-118) al régimen de admisión de pruebas.

necesariamente aparece en la ejecución de los actos de investigación y aseguramiento de fuentes de prueba.

El criterio reflejado en el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, permite distinguir tres tipos de actuaciones: las realizadas en aplicación exclusiva de Derecho comunitario, las realizadas en aplicación de Derecho de origen nacional limitado o matizado por normas comunitarias y las realizadas en aplicación exclusiva de Derecho de origen nacional, si bien por reenvío de la normativa comunitaria que rige la Fiscalía Europea.

En relación con la determinación del Estado miembro de enjuiciamiento Derecho, las reglas contenidas en el Reglamento generan un riesgo de *forum shopping*, así como para el ejercicio de la acción pública. Su control jurisdiccional debe entenderse atribuido a los órganos jurisdiccionales nacionales del Estado miembro en que se presente el escrito de acusación, pero con aplicación de la cuestión prejudicial. Habría sido adecuado, frente a ello, centralizarlo en el TJUE u otro órgano comunitario. Otro tanto cabe decir de la determinación del Fiscal Europeo Delegado encargado del caso en fase de investigación.

El control de las decisiones relativas al inicio y conclusión de la investigación habría de haberse encomendado a órganos judiciales de la Unión Europea, por corresponder tales decisiones a la "política criminal" comunitaria de que se pretende que la Fiscalía Europea sea instrumento. Sin embargo, con la excepción del archivo del caso, el resto de decisiones (inicio, acuerdo) únicamente quedan sujetas al control por los órganos jurisdiccionales nacionales.

Por lo que respecta a la realización de actos de investigación, el criterio consistente en el lugar de obtención de la prueba debe reputarse apropiado sobre la base del "área única comunitaria" subyacente en el Reglamento. En relación con ello, es preciso ahondar en la eficacia de la cuestión prejudicial como medio para proporcionar a los órganos jurisdiccionales nacionales criterios de solución de las fricciones que surjan entre el Derecho de origen nacional y el comunitario y que esta intervención se despliegue con un alcance más amplio que el de la compatibilidad con el Reglamento, dado que la Carta de Derechos Fundamentales también forma parte del Derecho comunitario.

En cuanto a la admisibilidad de la prueba, el Reglamento apuesta por el reconocimiento mutuo, lo que no es reprochable pues el control de la normativa nacional tiene lugar por los órganos nacionales respectivos en fase de investigación, en tanto el de la adecuación al Reglamento cuenta con la salvaguarda de la cuestión prejudicial. La imparcialidad no puede convertirse en un medio para rechazar medios de prueba por

ISSN: 1696-9634, núm. 53, Enero (2021)

lustel

desacuerdo con la regulación de origen nacional de otros Estados, sino que habrá de examinarse únicamente a la luz de los derechos fundamentales. Cuestión distinta es el control de los medios de prueba, que sí forma parte de la labor de enjuiciamiento y que, por ende, ha de efectuarse con arreglo al Derecho del Estado de enjuiciamiento.