PROCURADORIA EUROPEIA E CRIMINALIDADE ECONÓMICO-FINANCEIRA

LA FISCALÍA EUROPEA ANTE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA

Anabela Miranda Rodrigues
Adán Nieto Martín
María Acale Sánchez
Miguel João Costa
(eds.)

AIDP
Association Internationale de Droit Pénal
International Association of Penal Law
Asociación Internacional de Derecho Penal

idpee
INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU

1 2 9 0
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

PROCURADORIA EUROPEIA E CRIMINALIDADE ECONÓMICO-FINANCEIRA

LA FISCALÍA EUROPEA ANTE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA

Anabela Miranda Rodrigues
Adán Nieto Martín
María Acale Sánchez
Miguel João Costa
(eds.)

FDUC

TÍTULO
Procuradoria Europeia e Criminalidade Económico-Financeira
La Fiscalía Europea ante la Delincuencia Económica y Financiera

EDIÇÃO
Anabela Miranda Rodrigues
Adán Nieto Martín
María Acale Sánchez
Miguel João Costa

CONCEPÇÃO GRÁFICA
Ana Paula Silva

ISBN
978-972-9464-24-9

COIMBRA

FDUC
2023

PROCURADORIA EUROPEIA E CRIMINALIDADE ECONÓMICO-FINANCEIRA

LA FISCALÍA EUROPEA ANTE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA

Colóquio Internacional dos Grupos Português e Espanhol da AIDP
Instituto de Direito Penal Económico e Europeu e
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Coimbra, 30 de junho & 1 de julho de 2022

AIDP
Association Internationale de Droit Pénal
International Association of Penal Law
Asociación Internacional de Derecho Penal

idpee
INSTITUTO DE DIREITO PENAL
ECONÓMICO E EUROPEU

1 2 9 0
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

PÁGINA INTENCIONALMENTE DEIXADA EM BRANCO.

Procuradoria Europeia e Criminalidade Económico-Financeira

Grupo Português da AIDP

30 de junho e 1 de julho de 2022

La Fiscalía Europea ante la Delincuencia Económica y Financiera

Grupo Español de la AIDP

30 de junio y 1 de julio de 2022

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Colégio da Trindade

José Eduardo Guerra
(Procuradoria Europeia)
Joana Amaral Rodrigues
(Universidade Católica Portuguesa)
Margarida Oliveira Santos
(Universidade do Minho)
Nuno Brandão
(Universidade de Coimbra)

María Concepción Sabadell Carnicero
(Fiscalía Europea)
Mar Jimeno Bulnes
(Universidad de Burgos)
Andrea Planchadell Gargallo
(Universitat Jaume I)
Coral Arangüena Fanego
(Universidad de Valladolid)

- Evento presencial com transmissão Zoom | Evento presencial con transmisión por Zoom
- Acesso livre mediante inscrição | Acceso libre mediante inscripción: www.fd.uc.pt/idpee/eventos.html
- Certificado: 10€

AIDP

idpee

1 2 [illegible] 9 9 FACULDADE DE DIREITO UNIVERSIDADE D COIMBRA

PÁGINA INTENCIONALMENTE DEIXADA EM BRANCO.

Procuradoria Europeia e Criminalidade Económico-Financeira

La Fiscalía Europea ante la Delincuencia Económica y Financiera

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Colégio da Trindade

30 de junho | 30 de junio - 2022

14:00	**Abertura | Apertura** - Jónatas Machado (Diretor da FDUC) - John Vervaele (Presidente da AIDP) - Anabela Miranda Rodrigues (Presidente do Grupo Português da AIDP) - Adán Nieto Martín (Presidente del Grupo Español de la AIDP)
15:00	**A Procuradoria Europeia Vista de Dentro | La Fiscalía Europea Vista desde el Interior** - José Eduardo Guerra (Procurador Português na Procuradoria Europeia) - María Concepción Sabadell Carnicero (Fiscal Español en la Fiscalía Europea)
16:00	Debate
16:30	Pausa
17:00	**Aspetos Institucionais | Aspectos Institucionales** - Joana Amaral Rodrigues (Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa) - Mar Jimeno Bulnes (Universidad de Burgos)
17:50	Debate

01 de julho | 01 de julio - 2022

09:30	**Estrutura e Competência Material | Estrutcura y Competencia Material** - Margarida Oliveira Santos (Universidade do Minho) - Andrea Planchadell Gargallo (Universitat Jaume I)
10:10	Debate
10:45	Pausa
11:00	**Jovens Penalistas: Trabalhos | Jóvenes Penalistas: Trabajos** - Inês Pereira de Sousa | - Alejandro Hernández | - Catarina Vilarinho | - Olga Vicente
12:15	Debate
13:00	Almoço | Almuerzo
14:30	**Investigação e Garantias Processuais | Investigación y Garantías de Protección** - Nuno Brandão (Universidade de Coimbra) - Coral Arangüena Fanego (Universidad de Valladolid)
15:10	Debate
16:00	**Encerramento | Clausura**

- Evento presencial com transmissão Zoom
- Acesso livre mediante inscrição
- Certificado: 10 €

www.fd.uc.pt/idpee/eventos.html

1290 UNIVERSIDADE DE COIMBRA

AIDP

idpee

PÁGINA INTENCIONALMENTE DEIXADA EM BRANCO.

ÍNDICE

PRÓLOGO 13

Anabela Miranda Rodrigues · Adán Nieto Martín
María Acale Sánchez · Miguel João Costa

I
INTRODUÇÃO
INTRODUCCIÓN

1. A Procuradoria Europeia: Um Gigante com Pés de Barro Nacionais? 21
John A.E. Vervaele

II
A PROCURADORIA EUROPEIA VISTA DE DENTRO
LA FISCALÍA EUROPEA VISTA DESDE EL INTERIOR

2. As Investigações Transfronteiriças 51
José Eduardo Guerra

3. Las Salas Permanentes 67
Concepción Sabadell Carnicero

III
ASPETOS INSTITUCIONAIS
ASPECTOS INSTITUCIONALES

4. As Relações da Procuradoria Europeia com os seus Parceiros 87
Joana Amaral Rodrigues

5. La Fiscalía Europea: Un Breve Recorrido por la 'Institución' . 113
Mar Jimeno Bulnes

IV
ESTRUTURA E COMPETÊNCIA MATERIAL
ESTRUCTURA Y COMPETENCIA MATERIAL

6. O Exercício das Competências da Procuradoria Europeia num Quadro Legislativo Multinível: A Caminho de uma Revisão do Regulamento da Procuradoria Europeia? 175
Margarida Oliveira Santos

7. La Fiscalía Europea en España: Una Cuestión de Competencia 205
Andrea Planchadell-Gargallo

V
INVESTIGAÇÃO E GARANTIAS PROCESSUAIS
INVESTIGACIÓN Y GARANTÍAS DE PROTECCIÓN

8. Procuradoria Europeia: Investigação e Defesa 237
Nuno Brandão

9. Proceso Penal e Investigación de la Fiscalía Europea: Especial Consideración de su Actuación en Materia Cautelar Real 251
Coral Arangüena Fanego

VI
TRABALHOS DE JOVENS PENALISTAS
TRABAJOS DE JÓVENES PENALISTAS

10. Desafios ao Funcionamento da Procuradoria Europeia: Entre o Primado e a Subsidiariedade? 271
Inês Pereira de Sousa

11. Resolución de Conflictos de Competencia entre la Fiscalía Europea y las Autoridades Nacionales: Sobre la Problemática Bicefalia Española 307
Alejandro Hernández López

12. A Procuradoria Europeia: Efeito *Trompe l'Oeil?* 345
Catarina Vilarinho

13. The Right to a Defence and to a Fair Trial under the Proceedings of the European Public Prosecutor's Office: Do the Choice of Forum Rules Effectively Safeguard the Principles of Equality of Arms and Legal Certainty? 365
Olga Vicente Sarasúa

PÁGINA INTENCIONALMENTE DEIXADA EM BRANCO.

PRÓLOGO

A presente publicação oferece-se como o resultado do Colóquio relativo ao tema da *Procuradoria Europeia e Criminalidade Económico-Financeira,* realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nos dias 30 de junho e 1 de julho de 2022, por iniciativa dos grupos português e espanhol da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP), respetivamente AIDP-GP e AIDP-GE.

Esta realização conjunta é a terceira desde que o AIDP-GP assumiu um novo rosto, em outubro de 2019, reforçando o impulso dado em 2020, com a organização, na Universidade de Cádis, da Conferência relativa a temas de política criminal que são desafios urgentes em ambos os países. Seguiu-se, em 2022, na Universidade Miguel Hernández, de Elche, outra atividade conjunta, então dedicada ao tratamento das novas questões suscitadas pela entrada da Inteligência Artificial no Direito Penal e que interpelam as nossas academias de forma idêntica. Em Coimbra, encontrámo-nos a falar uma linguagem comum na Capela do Convento da Trindade, em face da entrada em funcionamento desse «gigante com pés de barro», como o Presidente da AIDP, *John Vervaele*, apelidou a Procuradoria Europeia, na conferência com que nos honrou na abertura do Colóquio. Com traço rigoroso e sábio, ofereceu-nos uma *visão realista* da Procuradoria Europeia – com uma posição «única» e «sem precedentes» na União Europeia (UE) –, que pode aprender a fazer o seu caminho a partir da

lição colhida sobre a fiscalização administrativa exercida por diversos organismos da UE em vários domínios – a *European Securities and Market Authority* (ESMA) ou o *European Anti-Fraud Office* (OLAF), para só referir dois exemplos – e dos seus contributos, traduzidos já em pontos fortes e fracos ou falhas de *performance*.

O tema desta nossa iniciativa impôs-se-nos pela oportunidade. A Procuradoria Europeia entrou em funcionamento, por Decisão da Comissão (publicada a 26 de maio de 2021), em 1 de junho de 2021, e foi apresentado o primeiro – e, até ao momento, único – Relatório Anual que diz respeito aos sete meses iniciais da sua atividade prosseguida até dezembro de 2021. Nele se pode ler que a Procuradoria Europeia recebeu 2.832 comunicações e abriu 576 investigações, sendo os prejuízos causados ao orçamento da UE estimados em € 5,4 mil milhões; para além disso, a 31 de dezembro de 2021, tinha 515 investigações ativas, sendo que 17,6% delas respeitavam a fraude ao IVA, com prejuízos estimados em € 2,5 mil milhões, e 27,5% tinham uma dimensão transfronteiriça – isto é, referiam-se a atos cometidos no território de vários países ou que causaram prejuízos a vários países. Tínhamos, pois, os primeiros dados referentes à sua atividade operacional. O Comissário para a Justiça *Didier Reynders* tinha falado, havia pouco tempo, de resultados «espantosos» num tão curto espaço de tempo e referido que «a Procuradoria Europeia está a 'tapar um buraco' no orçamento da União Europeia» (*ECLAN Anual Conference «EPPO OneYear in Action: Towards Resolving Complexity and Bringing Added Value*», Brussels, 1 June 2022). Era, pois, o tempo certo para entender o que se escondia por detrás dos números e ir para além de uma sua leitura imediatista que aponta para o sucesso.

Foi o que se procurou fazer com este Colóquio, que reuniu, em encontro improvável, a academia e profissionais da área de ambos os países numa reflexão conjunta – aberta, crítica, consistente e positiva. De certo modo, a querer acrescentar ao processo maturado da institucionalização da Procuradoria Europeia, cujas decisões políticas fundantes beneficiaram sempre de um rico e profundo debate teórico. Basta pensar no significado que encerrou o *Corpus Iuris*, elaborado em 1977, sob a direção de *Mireille Delmas-Marty*, e na sua 2.ª edição, em 2000, também sob a direção de *John Vervaele*.

É importante não esquecer o que é o esteio da criação da Procuradoria Europeia: a proteção de interesses financeiros da União, valor emergente a partir do momento em que foram alocadas fontes financeiras próprias à Comunidade Económica Europeia na década de setenta. A sensibilidade particular que desperta a forma como se gerem e utilizam os dinheiros públicos – que as mais recentes crises demonstram que não são infinitos ou inesgotáveis – exige medidas para proteger o que é apontado como a «quintessência» dos interesses da União (*Ligeti, Antunes e Giuffrida*, «Introduction», *The European Public Prosecutor's Office at Launch. Adapting National Systems: Transforming EU Criminal Law*, Edited by *Katalin Ligeti, Maria João Antunes* and *Fabio Giuffrida*, Wolters Kluwer / CEDAM, 2020) e lutar contra as infrações lesivas destes interesses. A entrada em vigor do Tratado de Lisboa, com a consagração da base legal que permitia a criação de uma Procuradoria Europeia, proporcionou a sua institucionalização.

Com o Regulamento do Conselho 2017/1939, de 12 de outubro de 2017, nasceu, depois de longa conceção, a Procuradoria Europeia, como um «órgão indivisível», que «funciona como entidade única», no Luxemburgo, «com estrutura descentralizada» e que é «organizada a nível central e a nível descentralizado» (artigo 8.º, n.os 1 e 2, do Regulamento). A esta estrutura complexa (De Angelis, «The European Public Prosecutor's Office (EPPO) – Past, Present, and Future», *eucrim* 4/2019) alia-se uma definição da sua competência material centrada, mas nem por isso menos imprecisa, na proteção dos interesses financeiros da União e que não deixa de estar em discussão desde já. No seu discurso na *Sorbonne*, em setembro de 2017, o Presidente *Emmanuel Macron* referiu, entre as suas propostas para o relançamento da UE, a extensão da competência da Procuradoria Europeia ao terrorismo transfronteiriço («Les Principales Propositions d'Emmanuel Macron pour Relancer le Projet Européen», *Le Monde*, 27 Septembre 2017). Um forte significado teve, no mesmo sentido, a apresentação pela Comissão de uma Comunicação, em 12 de setembro de 2018, para lançar o debate sobre as competências futuras da Procuradoria Europeia (Bruxelas, 12.9.2018, COM(2018) 641 final). A questão discute-se, ainda, em relação à proteção do ambiente, visto como um

domínio em que a competência da Procuradoria seria potencialmente bem-vinda. Sem que se deixe de fazer notar, todavia, que, sem surpresa, alguns Estados-Membros já deram voz à sua clara oposição a tal alargamento de competências. De uma forma simplista, poderá dizer-se que, se a Procuradoria tiver êxito e reforçar a proteção do orçamento supranacional, não será de estranhar que se faça o caminho de lhe atribuir competências em novos domínios da criminalidade, nos que se vêm referindo ou noutros. Mais profundamente, todavia, já a este nível se reflete a tensão de forças contrárias que estiveram ligadas à sua origem e à gestação que conheceu, integradoras e intergovernamentais, que, adivinha-se, vão marcar por anos a sua existência. Por sobre tudo isto, sobressaem os desafios para o Estado de Direito, quando despontam as fragilidades da fiscalização jurisdicional do Tribunal de Justiça em relação aos atos de investigação e ação penal da Procuradoria Europeia, um órgão europeu colocado, em domínios relevantes da sua atuação, fora do controlo jurisdicional europeu.

A obra que agora se dá à estampa analisa e discute em toda a sua complexidade estes temas, a partir de uma visão «de dentro» da Procuradoria Europeia, dada pelo Procurador Português *José Eduardo Guerra* e pela Fiscal Espanõla *María Concepción Sabadell Carnicero*, ambos na Procuradoria Europeia, bem como de uma apreciação de aspetos institucionais desta entidade, considerada em si mesma, por *Mar Jimeno Bulnes*, e nas suas relações com os seus parceiros por *Joana Amaral Rodrigues*.

Da perspetiva do «acréscimo de eficácia», ligada à celeridade, que a Procuradoria Europeia pode trazer às «investigações transfronteiriças», o Procurador Português aborda o «novo 'mecanismo de atribuição'» de recolha de prova em contexto transfronteiriço estabelecido no Artigo 31.º do Regulamento, chamando a atenção, num quadro de preocupação com os direitos fundamentais das pessoas envolvidas, para as potencialidades de «simplificação» que encerra e para as melhorias de que pode beneficiar. Já a Procuradora Espanhola analisa detalhadamente as «Salas Permanentes», designadamente, abordando a sua composição, número e funcionamento, centrando-se fundamentalmente «en sus funciones de dirección y supervisión de los

procedimentos». Concluindo que «las salas permanentes intervienen a lo largo de toda la tramitación de forma muy intensa y relevante», faz incidir a sua atenção nos «contrapesos dirigidos a garantizar el desarrollo de las funciones de los Fiscales Europeos Delegados com independencia interna».

A Professora de Burgos, *Mar Jimeno Bulnes*, depois de recordar a origem e a evolução que conheceu a Procuradoria Europeia, não ilude o tema a que se tem dado menos atenção, o da sua natureza jurídica, antes de passar ao tratamento dos princípios de base das suas atividades. Este enquadramento teórico, bem como a detalhada consideração da Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, que, em Espanha – à semelhança do que se verificou em Portugal, com a Lei n.º 112/2019, de 10 de setembro –, adaptou à ordem jurídica interna o Regulamento europeu, permitiu-lhe, com segurança, guiar-nos para a identificação que oferece dos pontos fortes e fracos da Procuradoria Europeia. Esta perspetiva institucional interna da Procuradoria Europeia completa-se com o estudo de *Joana Amaral Rodrigues*, da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa, que se debruça sobre os aspetos institucionais «de *dimensão externa*, assentes nas relações da Procuradoria com os seus 'parceiros'» – conferindo atenção, em particular, às relações com o OLAF, a Eurojust e os Estados-Membros da União que não participam na cooperação reforçada –, onde evidencia as questões jurídicas que emergem da regulação dessas relações. Mostrando, assim, como o «valor acrescentado da Procuradoria Europeia» tem de passar por «convocar especiais exigências de complementaridade e cooperação» entre ela e os seus «parceiros», «com máxima redução das margens de conflito, em prol de uma eficiente – mas igualmente "*fair*", desde o ponto de vista das garantias processuais – resposta à criminalidade.»

São aspetos-chave para se compreender que *criatura europeia* temos hoje entre nós os que se relacionam com a sua «estrutura e competência material» e a «investigação e garantias processuais», sobre os quais versam as contribuições recolhidas nos Capítulos IV e V deste livro.

As questões de estrutura e de competência da Procuradoria Europeia entretecem-se, como bem transparece dos textos de *Margarida Santos* e de *Andrea Planchadell-Gargallo*. As Professoras da Universi-

dade do Minho e da Universidade Jaume I, de Madrid, refletem sobre a competência material da Procuradoria Europeia e o exercício dessa competência no quadro de «interação legislativa multinível» em que estes tópicos se inscrevem, com referência aos conflitos que emergem da inserção do *modelo* de investigação decorrente da conceção de uma Procuradoria Europeia nos ordenamentos jurídico-processuais penais português e espanhol – ali, mais ligeiros, e, aqui, mais exacerbados. Neste contexto, *Margarida Santos* aponta para a necessidade de alteração do Regulamento, no âmbito da cláusula de revisão constante no n.º 2 do artigo 119.º do Regulamento e, mais ambiciosamente, para uma «'autónoma' Procuradoria Europeia» que permita a «incorporação» no Regulamento «revisto, *rectius* reformado, da definição das infrações penais que enformam o exercício transnacional da ação penal, seja à luz do artigo 86.º ou 325.º do TFUE». *Andrea Planchadell-Gargallo* trata os conflitos entre a Fiscalía Europea e a Fiscalía nacional por referência ao conhecido «caso de las mascarillas», analisando o Auto núm. 20424/2022, de 9 de junio de 2022, relativo a uma questão de competência (Cuestión de competência 20947/2021) em um outro caso, para assinalar que «lo interessante es que el Tribunal Supremo aprovecha que es la primera ocasión en que va a pronunciarse sobre las competencias de la Fiscalía Europea para dejar por escrito importantes consideraciones» e expressando as suas dúvidas de que a Fiscalía Europea possa «convertirse en uno de los protagonistas en la lucha contra el fraude en el seno de la Unión (…), atendiendo a las competencias que se le atribuyen y a cómo se puedan dirimir los posibles conflictos con los órganos nacionales.»

Nuno Brandão e *Coral Arangüena Fanego* centram-se na apreciação de questões decorrentes das regras processuais a ter em conta nas investigações conduzidas pela Procuradoria Europeia. O Professor de Coimbra situa-se no âmbito da «tensão entre investigação e defesa que o Regulamento deixa adivinhar», para salientar, de um lado, o «reforço da posição da defesa fruto da previsão multinível de direitos fundamentais», suscitando a entrada em cena do «princípio do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais consagrado no artigo 53.º da Carta», e, de outro lado, quanto ao problema das «au-

torizações judiciais nas investigações transfronteiriças (Artigo 31.º do Regulamento)», aprecia as Orientações emitidas a este respeito, em janeiro de 2022, pela Procuradoria. A Professora da Universidade de Valladolid centra-se na regulação das investigações, pelo que diz respeito ao domínio específico das medidas cautelares patrimoniais ou reais e às dificuldades suscitadas, no sistema processual penal espanhol, pelo facto de que «el modelo que se sigue dentro del procedimento especial para la actuación de la Fscalia Europea se aparta totalmente del que acoge la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Concluindo, neste sentido, depois de análise detalhada do regime estabelecido para aquelas medidas cautelares pela Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, que o legislador espanhol «permite al Fical Europeo Delegado adoptar medidas cautelares reales de oficio e *inaudita parte* y sin estar condicionado por mínimo punitivo alguno en los delitos investigados y con relación a los cuales se acuerdan tales medidas cautelares.»

No último capítulo, disponibilizam-se um conjunto textos apresentados por jovens penalistas, selecionados no âmbito das respostas obtidas a partir de uma «chamada de artigos». O leitor tem aqui a oportunidade, acompanhado pelo olhar perscrutador de *Inês Pereira de Sousa*, de repensar alguns desafios ao funcionamento da Procuradoria Europeia, e, conduzido pela mão firme de *Alejandro Hernández López*, penetrar no emaranhado de problemas relativos à resolução de conflitos de competência entre a Fiscalía Europea e as Autoridades Nacionais, à luz do que apelida expressivamente de «bicefalia española»; ou, ainda, agora na visão de *Catarina Vilarinho*, voltar ao tema do alargamento da competência material da Procuradoria Europeia, e, com *Olga Vicente Sarasúa*, ficar atento às exigências de salvaguarda dos direitos de defesa e a um *fair trial*, pelo que diz respeito à escolha de *forum* nos casos em que a Procuradoria Europeia é competente, por referência ao disposto no artigo 26.º, n.º 5, do Regulamento.

Com este Colóquio quisemos continuar a participar no desígnio que assinalámos à AIDP na publicação fruto da nossa atividade conjunta em Cádis (*Reformas Penales en la Península Ibérica: A «Jangada de Pedra»*?, *María Acale Sánchez, Anabela Miranda Rodrigues e Adán Nieto Martín* (coordenadores), BOE, 2021). Os congressos interna-

cionais que organiza são «el momento de influir y tomar partido en assuntos de política criminal internacional». E os congressos nacionais «deben servir para discutir y participar como colectivo en la política criminal de cada país».

Acrescentamos agora. O encontro entre diferentes gerações de penalistas que estas realizações proporcionam faz da AIDP «raiz e asa» no cumprimento desta missão.

Nas palavras da mensagem do seu Presidente, inscrita no sítio da AIDP, uma organização aberta a todos quantos se devotam ao estudo do direito penal ou se preocupam com a sua aplicação e onde há um lugar especial para os Jovens Penalistas.

Anabela Miranda Rodrigues
Professora Catedrática na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Presidente do Grupo Português da AIDP

Adán Nieto Martín
Profesor Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Castilla la Mancha; Presidente del Grupo Español de la AIDP

María Acale Sánchez
Profesora Catedrática de Derecho Penal en la Universidad de Cádiz; Vicepresidente del Grupo Español de la AIDP

Miguel João Costa
Professor Auxiliar Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Secretário do Grupo Português da AIDP

A PROCURADORIA EUROPEIA:
UM GIGANTE COM PÉS DE BARRO NACIONAIS? *

JOHN A.E. VERVAELE

Professor Catedrático Emérito na Universidade de Utrecht
Presidente da AIDP

1. Introdução

O impressionante desenvolvimento de agências, organismos e instituições da União Europeia (UE)[1] foi aprofundado ainda mais

---

* Versão adaptada de John A.E. Vervaele, "Outlook on the European Public Prosecutor's Office: A Giant with National Clay Feet?", in Michiel Luchtman / Katalin Ligeti / John A.E. Vervaele (eds.), *EU Enforcement Authorities: Punitive Law Enforcement in a Composite Legal Order*, Londres: Bloomsbury, 2023, traduzida por Miguel João Costa e Afonso Queiró Lima, que por opção não escrevem segundo o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

[1] Miroslava Scholten / Michiel Luchtman (eds.), *Law Enforcement by EU*

em Junho de 2021, com o início de actividades operacionais por parte da Procuradoria Europeia (PE). Após mais de 30 anos de discussões políticas e académicas[2], uma base legal para o seu estabelecimento foi consagrada no artigo III-274.º do Tratado não ratificado que estabelece uma Constituição para a Europa, de 2014[3], que foi praticamente copiado para o artigo 86.º do Tratado sobre o Funcionamento da UE (TFUE). Este preceito atribui competência à PE para "investigar, processar judicialmente e levar a julgamento (…) os autores e cúmplices das infrações lesivas dos interesses financeiros da União (…) e exerce[r], perante os órgãos jurisdicionais competentes dos Estados-Membros, a ação pública relativa a tais infrações"[4]. O artigo estabelece claramente que a função da PE é a de um organismo de investigação e procuradoria da UE, ou seja, é responsável pela abertura e pela condução de investigações judiciais, pela prática de actos de prossecução processual e pelo exercício da acção pública perante os órgãos jurisdicionais competentes dos Estados-Membros. O n.º 3 do mesmo artigo também

---

authorities: Implications for Political and Judicial Accountability, Cheltenham: Elgar, 2017; Miroslava Scholten / Alex Brenninkmeijer (eds.), *Controlling EU Agencies: The Rule of Law in a Multi-Jurisdictional Legal Order*, Cheltenham: Elgar, 2020.

[2] Mireille Delmas-Marty (ed.), *Corpus Juris Introducing Penal Provisions for the Purpose of the Financial Interests of the European Union*, Paris: Economica, 1997; Mireille Delmas-Marty / John A.E. Vervaele (eds.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States: Penal Provisions for the Protection of European Finances*, vol. 1-4, Cambridge: Intersentia, 2001; Comissão Europeia, "Livro Verde sobre a Protecção Penal dos Interesses Financeiros Comunitários e a Criação de um Procurador Europeu", COM (2001) 715 final; Katalin Ligeti (ed.), *Toward an European Public Prosecutor for the European Union, Vol. 1*, Oxford: Hart (2012); Comissão Europeia, "Commission staff working document impact assessment: Accompanying the Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office" (SWD (2013) 274 final).

[3] Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (2004) OJ C 310/01.

[4] Versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2012), JO C 326/47, artigo 86.º, n.º 2.

contém instruções claras sobre o que o regulamento previsto no n.º 1 deve prever: deve "defin[ir] o estatuto da Procuradoria Europeia, as condições em que esta exerce as suas funções, as regras processuais aplicáveis às suas atividades, bem como as regras aplicáveis à fiscalização jurisdicional dos atos processuais que a Procuradoria Europeia realizar no exercício das suas funções". Após negociações muito intensas sobre a proposta da Comissão para um regulamento em 2013[5], a maioria dos Estados-Membros,[6] com base na cooperação reforçada, adoptou o Regulamento da PE em 2017[7], com o objectivo de uma investigação criminal reforçada e mais eficaz de fraudes contra o orçamento da UE, inclusive no âmbito da fraude intracomunitária ao IVA[8], no do branqueamento de capitais e no dos crimes de corrupção (crimes PIF) com ela relacionados[9]. A PE não é o primeiro actor no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (ELSJ) da UE. A Europol, a Rede Judiciária Europeia e a Eurojust existem há algumas décadas, mas têm funções apenas de coordenação e suporte, pelo que não se lhes encontram confiados poderes policiais de investigação nem poderes judiciais. A posição da PE

---

[5] Comissão Europeia, "Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia", COM (2013) 534 final.

[6] Juntaram-se, por fim, 22 Estados-Membros. A Dinamarca e a Irlanda optaram por não participar; a Suécia, a Polónia e a Hungria decidiram não aderir por enquanto.

[7] Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017, que implementa a cooperação reforçada para a criação da Procuradoria Europeia 2017) OJ L 238/1.

[8] Em 2015, o Tribunal de Contas Europeu (TCE) publicou um relatório especial em "Luta contra a fraude ao IVA intracomunutário: São necessárias mais medidas." (Relatório especial n.º 24, 2015), e, https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/38316bbe-e1d3-11e5-8a50-01aa75ed71a1, consultado em 7 de Fevereiro de 2023.

[9] Diretiva (UE) 2017/1371 de 15 de Julho de 2017 relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do Direito Penal [2017] OJ L198/29.

é única e sem precedentes, na medida em que tem competência para investigar e promover o processo penal relativamente àqueles crimes. Os suspeitos são, em regra, pessoas singulares, mas também podem ser pessoas jurídicas, no caso de Estados-Membros que estabeleçam a sua responsabilidade penal pela prática desses crimes.

Isto significa, obviamente, que os Estados-Membros da UE transferiram para a UE uma parte da sua soberania relativa ao exercício do *ius puniendi*, ainda que a PE tenha de deduzir a acusação perante tribunais criminais nacionais e que a sua competência material seja muito limitada. No futuro, por decisão unânime dos Estados-Membros participantes, esta competência, que é limitada aos crimes PIF, poderá ser alargada a criminalidade grave com dimensão transfronteiriça[10]. Alguns Estados-Membros e a Comissão já se pronunciaram no sentido de que crimes como os de terrorismo e os crimes ambientais graves constituem bons candidatos a essa extensão substantiva.

No âmbito administrativo, os Estados-Membros já aceitaram no passado partilhar competências com organismos da UE em diferentes âmbitos. Importa avaliar o carácter compósito e híbrido deste regime, com vista a determinar se e em que medida a Direcção-Geral da Concorrência (DG Comp), o Banco Central Europeu (BCE), a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA) e o Organismo Europeu de Luta Anti-Fraude (OLAF) são relevantes para este novo organismo no domínio da justiça penal, bem como a identificar as lições que a PE – enquanto produto de um esforço comum dos poderes legislativo, executivo e judicial nos planos europeu e nacional – pode retirar das virtudes, falhas e lacunas da actividade já desenvolvida por aqueles outros organismos europeus de aplicação da lei[11].

---

[10] Artigo 86.º, n.º 4, TFUE.

[11] NdT: no original, «*EU enforcement bodies*»; ao longo deste texto, a expressão

Antes dessa avaliação, porém, justificam-se alguns detalhes adicionais sobre a génese legislativa da PE. De facto, a proposta da Comissão de 2013 e o Regulamento adoptado de 2017 diferem substancialmente no que diz respeito aos princípios gerais, ao desenho institucional, a funções e competências e às respectivas garantias processuais – e, assim, nas modalidades do seu carácter híbrido e compósito.

2. A PE em construção legislativa

2.1. A Proposta da Comissão de 2013

A Comissão Europeia demorou de 2009 a 2013 para submeter a sua proposta, após consultar cuidadosamente os Estados-Membros[12]. A Comissão estava plenamente convencida – e, na minha opinião, correctamente – de que a PE não poderia ter sucesso no combate ao alto nível de impunidade na área das fraudes aduaneira, de subsídios, de IVA, etc., se fosse um organismo completamente centralizado. Por outras palavras, a PE deveria ter uma estrutura bipartida, mais especificamente uma vertente centralizada e uma vertente descentralizada. Nesta proposta, a vertente centralizada é

«*law enforcement*» ou apenas «*enforcement*» é traduzida para «*cumprimento da lei*», «*aplicação da lei*» ou outras expressões idênticas, consoante se afigurou mais adequado em contexto, não pretendendo esta variação exprimir uma diferença vincada entre distintas acepções do termo «*enforcement*».

[12] Katalin Ligeti / Michele Simonato, "The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?", *New Journal of European Criminal Law* 4 (2013), pp. 7 ss.; Anne Weyembergh / Chloé Brière, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO): Study for LIBE*, Bruxelas: Parlamento Europeu, 2016, PE 571.399. Para um comentário detalhado artigo por artigo, cf. Hans-Holger Herrnfeld / Dominik Brodowski / Christoph Burchard, *European Public Prosecutor's Office: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Oxford: Nomos, Beck, Hart, 2020, p. 798.

constituída pelo Procurador-Geral Europeu e pelos seus Adjuntos. A parte descentralizada pelos Procuradores Europeus Delegados (PEDs) nos Estados-Membros participantes, com capacidade para liderar as autoridades nacionais (principalmente as policiais e as administrativas). Os PEDs constituem o nível operacional, mas actuam sob as instruções e em nome do Procurador-Geral Europeu e aplicam o direito europeu e o direito nacional subsidiário. A Comissão Europeia estava também convicta de que a PE deveria ser um organismo judiciário indivisível e supranacional de actuação no ELSJ com base nos princípios gerais da UE. Naturalmente, a PE deveria ser independente e imparcial e respeitar a Carta dos Direitos Fundamentais da UE (CDFUE). Inovador, contudo, era o facto de o território comum dos Estados-Membros ser entendido como um espaço jurídico único, onde a PE poderia exercer competência exclusiva para estes tipos de infracções. Com base nesta territorialidade Europeia, a Comissão propunha a parcial harmonização de medidas de investigação, incluindo técnicas especiais de investigação, como vigilância em tempo real e acções encobertas, e de garantias processuais a observar, incluindo todos os direitos fundamentais de defesa. A proposta incluía também a harmonização dos processos penais nacionais, na medida implicada pela exigência de autorização judicial prévia para a prática das medidas de investigação mais intrusivas da PE.

No plano do exercício da acção penal, a proposta continha uma definição de um conjunto de actos autónomos, relativos ao arquivamento do processo, a transacções e a escolhas de foro. As provas apresentadas pela PE deveriam ser admissíveis se os tribunais nacionais não considerassem que a sua admissão afectaria a justiça do processo ou os direitos de defesa (artigos 47.º e 48.º da CDFUE), mesmo que a *lex loci* previsse regras diferentes e mais rigorosas para a obtenção e a admissibilidade de tais provas.

No plano da sindicância judicial, no entanto, a Comissão preconizava a PE como uma autoridade nacional e excluía que as disposições de direito nacional, quando aplicáveis (complementarmente

ao Regulamento), constituíssem disposições de direito da UE para os efeitos de intervenção do Tribunal de Justiça a título prejudicial ao abrigo do artigo 267.º do TFUE.

2.2. O Regulamento de 2017

As negociações tripartidas (entre a Comissão, o Conselho e o Parlamento Europeu) resultaram numa PE que permanece um órgão indivisível da União e opera como órgão singular; ao abrigo, porém, de um acervo de princípios gerais e de um desenho institucional inteiramente distintos – e, especialmente, com um forte reforço do nível descentralizado e da legislação interna relacionada[13]. Importa aqui sinalizar brevemente as principais mudanças. A organização do nível central complexificou-se, sendo agora integrada pelo Procurador-Geral Europeu (e seus Delegados), um Colégio de 22 Procuradores Europeus e as Câmaras Permanentes (integrada por dois Procuradores Europeus e pelo Procurador-Geral). O trabalho operacional e de investigação é fundamentalmente levado a cabo no nível descentralizado, pelos PEDs, cuja competência se cinge ao território respectivo e que aplicam a lei nacional. Os PEDs podem ser simultaneamente procuradores nacionais, têm as mesmas competências que estes no âmbito da investigação e acção penal e já não têm competência exclusiva, embora o Regulamento contenha regras sobre a avocação do processo por parte da PE. O Regulamento prevê apenas os poderes de investigação que o direito nacional deve disponibilizar relativamente aos crimes mais graves, abstendo-se de empreender uma harmonização parcial das medi-

---

[13] John A.E. Vervaele, "The European Public Prosecutor's Office (EPPO): Introductory Remarks", in Willem Geelhoed / Lendeert H. Erkelens / Arjen W.H. Meij (eds.), *Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, Berlim: Springer, 2018, pp. 11-20.

das de investigação. Uma vez que estas medidas são agora as que o direito nacional prevê, também a harmonização das garantias processuais e dos direitos defesa desapareceu do Regulamento. Quanto aos direitos dos indivíduos visados, o Regulamento refere apenas a CDFUE e as Directivas sobre direitos processuais aprovadas ao abrigo do artigo 82.º do TFUE. No mais – *v.g.*, a apresentação de provas, a realização de perícias e exames ou a inquirição de testemunhas –, estabelece apenas que se aplicam os direitos previstos no direito nacional. Não surpreende, pois, que tenha também desaparecido do Regulamento o princípio orientador de um espaço jurídico único ou de uma territorialidade Europeia.

Na verdade, a vertente operacional da PE consiste num conjunto de 140 PEDs que actua ao abrigo da jurisdição nacional respectiva, que aplica as normas processuais penais internas e que está, por isso, limitado ao seu território. Os PEDs têm, conforme referido, as mesmas competências de investigação e acção penal que os procuradores nacionais. Só excepcionalmente pode o Procurador Europeu, ao abrigo do artigo 28.º, n.º 4, conduzir pessoalmente a investigação criminal e avocá-la do PED responsável – e mesmo aí deve aplicar o direito nacional. No seu *website* a PE orgulha-se, por exemplo, do sucesso dos seus Gabinetes de Veneza e de Palermo, mas na realidade esses processos são conduzidos pelos PEDs italianos, ao abrigo da lei italiana, aprovados e monitorizados pela Câmara Permanente e supervisionados pelo Procurador Europeu Italiano[14].

Nas investigações transfronteiriças, o PED responsável, dada a limitação territorial do seu mandato, precisa de emitir pedidos ou ordens de cooperação judiciária. Se for necessária a entrega de um suspeito, utiliza-se o Mandado de Detenção Europeu (MDE); para as medidas de investigação, estabelece-se um sistema *sui gene-*

---

[14] European Public Prosecutor's Office, "News", em https://www.eppo.europa.eu/pt/node/7, consultado em 7 de Fevereiro de 2023.

ris entre os PEDs. De todo o modo, nestes casos transnacionais, os procuradores europeus, os suspeitos e seus defensores e o tribunal nacional competente terão de lidar com prova obtida ao abrigo de regras nacionais distintas.

Quanto a esta matéria da prova, o artigo 37.º contém uma 'regra de admissibilidade obrigatória'[15] nos termos da qual "[o]s meios de prova apresentados ao órgão jurisdicional pela Procuradoria Europeia ou pelo demandado não devem ser recusados unicamente pelo facto de terem sido recolhidos noutro Estado-Membro ou em conformidade com o direito de outro Estado-Membro". Aberta a debate permanece, todavia, a questão de saber se o tribunal competente não poderá averiguar da observância de direitos fundamentais na obtenção da prova.

2.3. O quadro normativo subsidiário da PE

2.3.1. As leis nacionais de transposição

Em rigor, um Regulamento goza de aplicabilidade directa; mas o Regulamento da PE de 2017, além do considerável impacto que tem sobre a administração da justiça penal nacional, confia ao direito nacional a resolução de muitos problemas importantes. Esta é a razão por que desde 2017 os Estado-Membros têm laborado nas suas disposições internas com vista à incorporação da PE. Em 2022, a Direção-Geral de Justiça da Comissão lançou uma avaliação sobre a forma como os Estados-Membros estão a adaptar os seus sistemas nacionais ao Regulamento da PE[16], identificando

---

[15] NdT: no original, "*a mandatory inclusion rule*", por contraste com a expressão '*exclusionary rule*', que entre nós faríamos corresponder a 'proibição de prova'.

[16] Comissão Europeia, "Call for proposals for action grants to promote judicial cooperation in civil and criminal matters", JUST/2022/PR/JCOO/CRIM/0004.

uma lista de mais de 30 disposições que considerou merecedoras de atenção particular e sublinhando que, em grande medida, o Regulamento se suporta no direito dos Estados-Membros. Claro que a Comissão está ciente de que as leis nacionais de transposição variam muito na sua abordagem e no seu conteúdo. Daí ter já notado que muitas delas apenas regulam certos aspectos do funcionamento da PE, confiando a normas já existentes a regulação dos demais, sem adaptação às especificidades da PE, o que poderá não ser compatível com o Regulamento[17]. Alguns exemplos prendem-se com o facto de as competências dos juízes de instrução poderem precludir certos poderes dos PEDs e mesmo do Procurador Europeu supervisor; também com o de os tribunais poderem determinar o encerramento de investigações e processos em vez das Câmaras Permanentes do Gabinete Central da PE. É muito evidente que esta espécie de decisões pode enfraquecer a posição da PE enquanto *dominus* da investigação e da acção penal por crimes da sua competência. Outros preceitos relacionam-se com aspectos como o da partilha de informação e do direito de avocação do nível nacional para o da PE; a Comissão pretende apurar os limites e os obstáculos existentes nestes domínios.

É demasiado cedo para formular conclusões sobre as 'leis de implementação', mas os PEDs estão confrontados com significativos desafios operacionais no seu trabalho quotidiano. Em parte decorrentes do facto de se tratar de uma novidade, mas em outra parte decorrentes de inventivas interpretações normativas e práticas nacionais destinadas a manter os processos sob o controlo nacional.

---

17 *Ibid.*, § 3.2.

2.3.2. Soft Law *da UE*

Desde o início das suas operações, a PE adoptou já um volumoso conjunto de regras, acordos e arranjos de cooperação, tanto com a Comissão Europeia e outras instituições da UE (como o Banco Europeu de Investimento e o Tribunal de Contas da UE) como com outras agências do ELSJ (como o OLAF, a EUROPOL e a Eurojust). Além desta dimensão de cooperação horizontal, a PE tem aprofundado também a sua articulação com autoridades nacionais, numa relação vertical, de que é recente e precursor exemplo o da colaboração com a *Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo* italiana (DNA)[18]. Embora a Itália tenha 15 PEDs, esses PEDs e a PE não são automaticamente reconhecidos como autoridades competentes, à luz do Código de Processo Penal italiano, para todas as trocas de informação com a DNA. Na legislação italiana de transposição, a PE e os seus PEDs foram excluídos do âmbito de aplicação do artigo 371-bis do Código de Processo Penal italiano, que estabelece a cadeia de partilha de informações entre os procuradores *antimafia* e as outras autoridades[19]. O arranjo concluído com a PE vem oferecer uma base para consulta, coordenação e auxílio mútuo, com vista, *inter alia*, a prevenir conflitos de jurisdição e a permitir a partilha de informações estratégicas, operacionais ou relativas a casos concretos.

---

[18] European Public Prosecutor's Office, "Working arrangement between the European Public Prosecutor's Office (EPPO) and the National Antimafia and Counter Terrorism Directorate (DNA)", em www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-12/WA%20%28EN%29%20EPPO%20-%20The%20National%20Antimafia%20and%20Counter%20Terrorism%20Directorate%20%28DNA%29.pdf, consultado em 7 de Fevereiro de 2023.

[19] Decreto Legislativo del 2 febbraio 2021, n. 9 – Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea «PE», (21G00012), GU n. 30 del 05-02-2021.

O conjunto de autoridades nacionais previstas no Regulamento como competentes para a troca de informações e a cooperação com os PEDs em relação a certas operações é, em virtude da remissão operada no Regulamento, definido pelo direito nacional. Essas autoridades diferem consoante se trate de, por exemplo, fraudes ao IVA ou fraudes na obtenção de subsídios. A atribuição de competências feita pelo direito nacional determinará a medida de cooperação que os PEDs podem esperar.

Por sua vez, o Colégio, enquanto principal órgão de gestão da PE, também adoptou um conjunto de normas internas, como o regulamento interno da PE, uma decisão sobre as funções e os procedimentos da Câmara Permanente e orientações sobre *whistleblowing*. O regulamento interno também regula aspectos importantes da relação entre o nível central e o descentralizado. Tornou-também se muito claro que o PED competente é a força motriz dos actos processuais, tendo ainda deveres de inserção de dados sobre os casos no Sistema de Gestão de Processos e o dever de reportar regularmente à Câmara Permanente que haja (aleatoriamente) sido incumbida de monitorizar as investigações. O artigo 47.º contém disposições sobre a reapreciação das instruções das Câmaras Permanentes, a requerimento do PED, pela própria Câmara Permanente ou pelo Procurador-Geral. Por outro lado, o artigo 48.º contém elementos interessantes sobre a fiscalização interna dos actos praticados pelo PED, quando o direito do respectivo Estado-Membro preveja a fiscalização interna de actos no âmbito da estrutura do seu próprio Ministério Público. A fiscalização é conduzida pelo Procurador Europeu supervisor, que informará a Câmara Permanente competente. Por outras palavras, a fiscalização interna do Ministério Público nacional é assumida pelo Gabinete Central da PE. Se a investigação for excepcionalmente assumida pelo Procurador Europeu supervisor, este deve enviar um requerimento à Câmara Permanente para aprovação.

3. Avaliação da PE à luz de uma análise comparativa das agências de cumprimento da lei da UE

Não seria possível, nesta breve resenha, oferecer uma análise profunda das simetrias e assimetrias ou mesmo falhas e disfunções intrínsecas da PE no confronto com outras agências europeias. De uma análise comparativa resultam, todavia, tópicos de reflexão certamente relevantes para a PE e para actores legislativos, executivos e judiciais – tanto europeus quanto nacionais. Todos eles têm competências que lhes permitem concretizar o valor acrescentado da PE no âmbito do ELSJ.

Importa começar por retratar algumas características comuns e salientes diferenças entre a PE e aquelas outras agências, especialmente a DG Comp, o BCE, a ESMA e o OLAF.

3.1. Comparando a PE: traços comuns e diferenças importantes

Em 2012, no Conselho de Ministros, a Comissão Europeia e o Parlamento Europeu adoptaram uma declaração conjunta e um conjunto abrangente de princípios orientadores (uma abordagem comum), a fim de reforçar a coerência, a eficácia e a responsabilidade das agências da UE[20]. A UE sentiu, de facto, a necessidade de intervir com vista a alinhar a chamada 'agencificação' da sua governança executiva, também dita 'governança descentralizada'[21]. O

---

[20] Comissão Europeia, "Agências europeias – perspectivas futuras" (Comunicação) COM (2008) 135 final.

[21] Parlamento Europeu, "EU Agencies, Common Approach and Parliamentary Scrutiny: European Implementation Assessment", em www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/627131/EPRS_STU(2018)627131_EN.pdf, consultado em 7 de Fevereiro de 2023.

facto de as agências de execução da lei da UE se desviarem daquela abordagem comum em vários aspectos não surpreende. Estas agências não são agências reguladoras, mas agências de cumprimento ou execução da lei, sendo notório que mesmo o OLAF, o BCE, o Mecanismo de Estabilidade Europeu (ESM) e a DG Comp têm particularidades no confronto com agências reguladoras, atenta a sua dimensão (embora administrativa) de execução da lei[22]. Esta abordagem comum também não tem em conta que a maioria destas agências tem um carácter consideravelmente híbrido e opera numa ordem jurídica compósita. Por fim, essas agências – e bem assim, com toda a certeza, as de carácter judicial – não se deixam alinhar pelo esquema da governança executiva da UE, devendo antes assentar nos esteios da imparcialidade e da independência[23]. O trabalho de racionalização das agências europeias com competências repressivas está ainda por encetar. Uma parte do problema reside no facto de, no âmbito da implementação das políticas da UE de mercado comum e/ou no ELSJ, o espaço comum e os objectivos e interesses comuns não redundarem automaticamente numa ordem jurídica integrada no plano da execução da lei, muito mais se assemelhando a um emaranhado de interesses conflituantes.

A ausência de uma abordagem comum para as agências de execução da lei da UE não significa, contudo, que não possam identificar-se denominadores comuns. Ainda que OLAF, BCE, ESMA e DG Comp tenham mandatos limitados à execução administrativa e ao mercado interno, não deixam de partilhar muitos traços com a PE. Todos eles se ocupam, de uma forma ou de outra, da

---

22 Cf. Miroslava Scholten / Michiel Luchtman (eds.), *op. cit.*

23 Cf. John A.E Vervaele, 'Judicial and Political Accountability for Criminal Investigations and Prosecutions by a European Public Prosecutor's Office in the EU: The Dissymmetry of Shared Enforcement', in Miroslava Scholten / Michiel Luchtman (eds.), *op. cit.*, pp. 247 ss.

investigação e da recolha de prova sobre alegadas violações de normas de direito da União. Todos eles têm poderes operacionais de investigação atinentes ao conceito de espaço único europeu ou de territorialidade europeia, embora para a PE a essência do artigo 86.º do TFUE tenha sido transformada num sistema europeu de jurisdições territoriais nacionais. Todos eles, à excepção do OLAF, formulam acusações administrativas ou judiciais e impõem sanções ou praticam actos de prossecução processual. Há, pois, relevantes semelhanças nas suas missões, mandatos e tarefas, bem como no encadeamento dos actos processuais que praticam. Em virtude do carácter punitivo dos procedimentos e das sanções em causa, todos eles estão adstritos à observância de direitos fundamentais básicos, garantias processuais e direitos de defesa. Todos eles, por outras palavras, trabalham no campo da acção punitiva, em que o equilíbrio entre a eficácia (a espada da justiça) e o carácter justo e equitativo do processo (o escudo da justiça) resulta do seu enquadramento normativo, da sua aplicação prática e da supervisão desta por parte dos tribunais (principalmente supranacionais).

Ainda que as suas missões e tarefas sejam semelhantes, a sua configuração também apresenta diferenças importantes. A PE é, antes de mais, a única autoridade judicial supranacional com funções executivas, o que significa que dispõe de poderes de investigação muito mais coercivos – e, assim, intrusivos para liberdades e direitos fundamentais – do que aqueles de que dispõem outras agências administrativas. Ademais, a PE pode exercer a acção penal perante tribunais nacionais e requerer a aplicação de penas privativas da liberdade. A segunda grande diferença é a de que, sendo embora a PE um organismo europeu único, a sua força operacional está enxertada nas ordens jurídicas dos Estados-Membros. O direito aplicável quanto aos poderes de investigação dos PEDs é em grande medida nacional, como o são as garantias processuais e os parâmetros de controlo judicial aplicáveis. No seu trabalho, os PEDs estão também muito dependentes das autoridades (policiais, administrativas, etc.) nacionais. Em terceiro lugar, a posição pro-

cessual de um suspeito ou arguido difere muito da de um indivíduo visado por uma investigação administrativa. Os direitos do suspeito ou arguido são regulados quase exclusivamente pelo direito nacional, que apenas em parte se encontra já harmonizado. O suspeito ou arguido não tem, além disso, acesso direto aos tribunais da UE.

O contraste entre BCE, ESMA, e DC Comp, por um lado, e a PE, por outro, é, pois, acentuado, sendo muito menor a dependência dos primeiros relativamente ao direito nacional no que respeita a poderes, garantias processuais, meios de impugnação, etc. Mas 'agencificação' ou 'verticalização' da UE não significa que estas agências e as suas operações sejam totalmente isoladas das ordens jurídicas nacionais; bem pelo contrário. Agências como a DG Comp, o BCE e a ESMA estabelecem redes com os seus homólogos nacionais, trocam informações, decidem da alocação de investigações e empreendem investigações conjuntas, recorrendo ao direito interno e às autoridades nacionais em caso de resistência ou de necessidade de autorização nacional para a utilização de poderes coercivos. Operam, por conseguinte, num quadro também compósito, embora seja aí bem maior a preponderância do direito da UE. Nas áreas respectivas, as funções e os poderes das autoridades nacionais têm sido objeto de harmonização. Têm, além disso, a vantagem de operarem num sector especializado, com a consequência de os destinatários das normas de direito europeu em causa constituírem um grupo preciso e de a comunidade de agências nacionais constituir um círculo especializado e fechado em cujo âmbito pode com facilidade estabelecer-se uma rede de cooperação. A jurisprudência do TJUE sobre a sua actividade tem revelado princípios gerais muito importantes de direito da UE no domínio punitivo, em temas como *nemo tenetur*, *ne bis in idem*, presunção de inocência, direitos de defesa, direito a um julgamento justo, etc.

Certamente que este *acquis* pode ter valor no âmbito da PE. Justificam-se, porém, duas observações. Uma é a de que o carácter judicial da sua actuação pode obviamente envolver um nível mais alto de garantias processuais, predominantemente impostas pelo

direito nacional, quando comparado com o âmbito administrativo punitivo. Outra é a de que, no momento presente, esse *acquis* ainda é, em certa medida, sectorial; falta uma abordagem geral tanto no plano legislativo como no da aplicação prática jurisdicional[24].

Parece haver algumas semelhanças interessantes entre o OLAF e a PE, pelo menos em primeira observação. Desde logo, têm, de momento, a mesma competência material: a protecção dos interesses financeiros da União. Portanto, ambos têm de lidar com fraudes ao IVA, fraudes aduaneiras e fraudes na obtenção de subsídios e com os respectivos crimes de corrupção e de branqueamento de capitais. Depois, enfrentam ambos dificuldades decorrentes da grande variedade de áreas políticas sobre que incidem tais competências e da grande variedade de agências de aplicação da lei que lhes está associada, o que coloca desafios significativos à troca de informação e à cooperação operacional na realização de investigações. Além disso, o OLAF tem-se mostrado igualmente muito dependente do direito nacional, pelo menos quanto à actividade de investigação dos seus inspectores, visto que as normas europeias em causa remetem a regulação de inúmeros aspectos para os direitos nacionais – que de resto não as complementam perfeitamente, criando lacunas de regulação.

De todo o modo, o ponto de fractura é o de que, quando entrevistam os indivíduos visados e examinam as suas instalações, os inspectores do OLAF aplicam em primeira linha os regulamentos da UE e apenas subsidiariamente o direito nacional. O facto de as investigações do OLAF se regerem primacialmente pelo direito da UE tornou-se mais claro depois do acórdão *Sigma Orionis* do

---

[24] NdT: no original, «*a general approach is lacking both at the legislative and praetorian level*».

TJUE[25] e da última reforma do Regulamento do OLAF[26]. Somente em caso de resistência por parte do indivíduo visado – circunstância esta em que o OLAF precisará da assistência de autoridades nacionais para aceder a certas instalações, registos comerciais, bens armazenados, etc. – será aplicável o direito nacional.

O Regulamento do OLAF contém disposições, não apenas sobre as medidas de investigação, mas também, em medida significativa, sobre as garantias processuais aplicáveis durante as inspecções – o que não significa, porém, que as investigações do OLAF possam ser automaticamente impugnadas perante os tribunais da UE. Isto por duas ordens de razões principais. Primeiro, porque o OLAF não tem poderes sancionatórios, mas antes transfere os seus relatórios não vinculativos e as suas recomendações para as autoridades nacionais. Depois, porque o TJUE entende que a transmissão destes relatórios não altera a posição jurídica do sujeito visado; que não faz emergir uma prerrogativa de acesso direto aos tribunais da UE: se o seu conteúdo for utilizado num processo punitivo, poderá ser contestado apenas no plano nacional – o que já levantou importantes questões sobre o valor probatório de tais relatórios[27].

O contraste entre o OLAF e a PE é, assim, maior do que um primeiro olhar sugere. A configuração da PE apresenta as claras vantagens de o seu Gabinete Central ter 140 PEDs com reais poderes de investigação nos Estados-Membros e de essas investigações

---

[25] Processo T-48/16 *Sigma Orionis SA contra Comissão, Europeia* [2018] ECLI:EU:T:2018:245.

[26] Regulamento (UE, Euratom) 2020/2223 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de dezembro de 2020 que altera o Regulamento (UE, Euratom) 883/2013 no que respeita à cooperação com a Procuradoria Europeia e à eficácia dos inquéritos do Organismo Europeu de Luta Antifraude (Regulamento OLAF) [2020] OJ L437/49.

[27] O acesso aos tribunais da UE está essencialmente cingido a casos de responsabilidade extra-contratual.

serem concentradas, através do procedimento de avocação e do Sistema de Gestão de Processos, num único organismo Europeu, monitorizado pelas Câmaras Permanentes e pelos Procuradores Europeus. Este procedimento ascendente (*bottom-up*) contrasta de modo acentuado com o procedimento descendente (*top-down*) do OLAF, se bem que afinal ambos dependam da disponibilidade das autoridades nacionais para transmitirem informações e cooperarem. Embora o OLAF tenha uma dimensão europeia mais vincada do que a PE, na verdade ainda se suporta nas autoridades nacionais para obter informações e realizar várias operações conjuntas de investigação. Os PEDs também não são donos e senhores do seu próprio castelo. A sua posição em relação a outros actores judiciários nacionais e à cadeia de aplicação da lei (policial-judicial e administrativa-judicial) reveste diferentes modalidades nos Estados-Membros. Esta cadeia não se encontra definida pelo Regulamento da PE, mas foi antes deixada integralmente na esfera da autonomia interna. Não devendo esquecer-se ainda que em muitos Estados-Membros, sobretudo no domínio do IVA e do controlo aduaneiro, a investigação cabe *de jure* ou *de facto* a órgãos policiais e administrativos com poderes judiciários e total ou ampla autonomia relativamente aos procuradores.

3.2. Desafios para a PE

3.2.1. Fluxo de informação

A transmissão de informações à PE será um factor decisivo no seu funcionamento. Tanto para a instauração como para a avocação de processos; tanto no decurso de uma investigação como na tomada de decisões relativas à prossecução processual. O fluxo de informação não está decerto limitado ao círculo interno de procuradores nacionais e da PE (PEDs-Gabinete Central). Antes se estende à mais ampla comunidade de autoridades nacionais de aplicação da lei com competências relacionadas com diferentes áreas de

intervenção política da União, da aduaneira à dos subsídios – esta última, ela própria, muito diversificada, abrangendo a agricultura, a pesca, o ambiente, o transporte e a energia, etc. Em muitos Estados-Membros, esse abrangente círculo de autoridades não está formal ou estruturalmente ligado à actividade dos procuradores, caso em que o fluxo de informação para a PE não será certamente automático. Podem existir, além disso, obstáculos jurídicos de monta à partilha de informação, consoante a natureza (policial, administrativa) dessas autoridades ou o propósito da partilha. Mesmo dentro do círculo interno pode haver problemas. Em face do fragmentado conjunto de infracções decorrente da transposição, o âmbito da actuação não será claro para todos os operadores.

A minha primeira avaliação da legislação de transposição e da prática relacionada com a PE mostra já que o legislador e os procuradores nacionais desenvolveram margens de manobra para contornarem a obrigação de transmissão de informação e manter os autos no âmbito nacional. De facto, há sinais de que algumas autoridades nacionais qualificam certas infracções de forma a não ficarem adstritas a denunciarem o caso à PE, por exemplo levando em conta apenas o prejuízo ao IVA nacional para efeitos do limiar de aplicação, ou subsumindo a infracção de deveres aduaneiros em tipos legais de crime de tráfico. Na verdade, a dimensão interna pode ter muito mais preponderância do que aparenta ter.

Este fenómeno não é certamente novo, encontrando paralelo no que ocorreu já em relação à Europol, à Eurojust ou ao OLAF. É espantoso que o legislador europeu não tenha conseguido ou querido estabelecer obrigações mais robustas e precisas de transmissão e partilha de informação. A experiência na DG Comp, no BCE e na ESMA tem aqui utilidade. Deixando-se por definir quem deve transmitir e partilhar informação e por que meios deve fazê-lo, abre-se um risco de que esses deveres redundem em poderes discricionários, susceptíveis de prejudicar o fluxo de informação recebido pela PE e, desse modo, o seu próprio funcionamento.

3.2.2. Poderes de investigação equivalentes na ordem jurídica interna

Dentro da sua própria jurisdição, os PEDs, mesmo sendo também procuradores nacionais, não dispõem automaticamente do mesmo conjunto de poderes de investigação que esses procuradores. De facto, o Regulamento da PE reserva algumas medidas de investigação para as infracções mais graves, sem harmonizar os meios de implementação e deixando margem para ulteriores restrições quanto a certas medidas de investigação especiais. É certo que o direito nacional (a caixa de ferramentas) se aplica, mas já não é certo que medidas de investigação (o conteúdo da caixa) podem ser aplicadas nem de que modo os PED as aplicarão. A legalidade do processo, incluindo uma definição clara e precisa dos poderes de investigação, é essencial – não apenas para os procuradores, mas também, claro, para os suspeitos. A incerteza quanto ao direito aplicável é a pior inimiga de uma investigação eficiente e justa. As experiências da DG Comp, do BCE e da ESMA mostram a importância de clarificar essa caixa de ferramentas comum. A vantagem reside também em ela poder ser utilizada no plano central ou, por delegação, no descentralizado. É evidente que esta caixa de ferramentas comum facilita a definição de metas e políticas operacionais partilhadas.

Ela está, porém, também ausente do Regulamento da PE e não é sequer claro que o Procurador Europeu supervisor, caso assuma o comando de uma investigação conduzida pelo PED, disponha dos mesmos poderes de investigação.

3.2.3. Investigações transacionais no ELSJ

Em comparação com a DG Comp, o BCE, a ESMA e o OLAF, a PE não opera num espaço jurídico único ou num espaço de territorialidade Europeia. O modelo assenta em investigações em todas as jurisdições internas, o que obviamente coloca vários desafios. Em primeiro lugar, os poderes de investigação e as suas modali-

dades não serão os mesmos em todas as jurisdições. Em segundo lugar, a aposta no plano nacional requer, para investigações transnacionais, a implementação de um sistema de cooperação judicial nos 22 Estados-Membros participantes. Como ponto de partida, a Câmara Permanente escolhe o PED responsável para o caso, com base em critérios jurisdicionais previstos no Regulamento. O PED recorrerá então à cooperação necessária. Para a detenção e a entrega de pessoas há o MDE; para a recolha de prova, um sistema *sui generis* de investigação transfronteiriça foi estabelecido. O PED responsável, em conformidade com o seu direito nacional, incumbirá um homólogo de outra jurisdição de practicar actos de investigação. Se a lei do Estado-Membro deste segundo PED exigir autorização judicial, ele procurará obtê-la. Se a não exigir, mas ela for exigível à luz da lei do PED responsável, caberá a este obtê-la. A medida de investigação deverá estar prevista no direito nacional ou em instrumentos jurídicos de cooperação judiciária ou de reconhecimento mútuo. Este procedimento é supervisionado pela Câmara Permanente.

O modelo de uma caixa de ferramentas única num espaço jurídico único – o modelo usado pela DC Comp, o BCE e a ESMA e, em parte, pelo OLAF – foi completamente afastado durante a negociação do Regulamento. A PE não pode operar num espaço jurídico único, devendo recorrer ao direito nacional e aos instrumentos de cooperação. A alocação de acções de investigação entre PEDs é, obviamente, mais flexível do que no âmbito dos instrumentos clássicos de auxílio judiciário mútuo (cartas rogatórias) e mesmo no dos de reconhecimento mútuo, como a Ordem de Investigação Europeia; porém, os tipos de medidas de investigação e as suas modalidades são fortemente regulados pelo direito nacional. O resultado é uma caixa de ferramentas transnacional imprevisível e dependente das jurisdições envolvidas, bem como do tipo de actos de investigação que se mostrem necessários. O que de novo contrasta fortemente com os meios de cooperação informal e com o funcionamento em rede das agências da UE que actuam no âmbito administrativo, cujas medidas comuns de

investigação, no essencial, podem ser aplicadas na lógica de um espaço jurídico único. Um modelo baseado num princípio de territorialidade europeia é radicalmente diferente de um modelo baseado nas jurisdições nacionais.

3.2.4. Os direitos do suspeito no ELSJ

Os indivíduos visados pelas investigações da DG Comp, do BCE, da ESMA e até da OLAF sabem, em grande medida, que garantias processuais estão consagradas, que meios impugnatórios estão disponíveis e que tribunais são competentes. Esta regulação contém, pois, um conjunto comum não apenas de medidas de investigação mas também de garantias processuais. Deve ainda assim notar-se que este quadro normativo, no que diz respeito aos organismos mais recentes (o BCE e a ESMA), não aprendeu as lições necessárias da DG Comp e do OLAF, caracterizando-se por lacunas e incógnitas e pela falta de uma abordagem horizontal.

Bem mais difícil, contudo, é a situação dos indivíduos visados por investigações da PE[28]. Os seus direitos e os meios impugnatórios disponíveis dependem inteiramente do direito nacional aplicável, que apenas em parte se encontra harmonizado no que respeita a garantias processuais. Tais indivíduos estão, assim, sujeitos a parâmetros de protecção muito díspares, consoante a jurisdição nacional onde a PE está a operar e as escolhas de jurisdição feitas pelas Câmaras Permanentes ou até pelo PED que dá início ao processo e se torna competente para ele.

Nos processos transnacionais isso pode, obviamente, criar situações complicadas para o suspeito, que, num mesmo processo realizado numa única jurisdição, estará sujeito a parâmetros de protecção

---

[28] Lorena Bachmaier Winter (ed.), *The European Public Prosecutor's Office: The Challenges Ahead*, Cham: Springer, 2018.

divergentes durante a investigação. A jurisdição onde o processo se realiza aplicará o seu direito processual, incluindo, naturalmente, as regras relativas ao julgamento e à apreciação da prova. Mas a questão de saber em que jurisdição o processo se realizará, sobretudo em casos transnacionais complexos, não é sempre previsível e dependerá, uma vez mais, da decisão tomada pela Câmara Permanente.

Se um suspeito for directa e individualmente afectado por uma decisão da PE, mesmo pelo seu Gabinete Central – como, por exemplo, aquela decisão sobre a jurisdição onde o julgamento será realizado –, os meios de impugnação são apenas os que estiverem previstos na ordem jurídica interna. Este sistema do Regulamento da PE é único no direito da UE, uma vez que o Regulamento incorporou uma presunção legal de que os actos processuais da PE que produzam efeitos jurídicos só podem ser sindicados pelos tribunais nacionais competentes. A exclusão dos tribunais da UE é uma opção duvidosa à luz do direito europeu e tem sido criticada por eminentes especialistas[29]. Os recursos existentes não estão harmonizados e dependem em exclusivo do direito nacional. O facto de a via directa para os tribunais da UE estar bloqueada e de ser muito limitada para os juízes no âmbito do reenvio prejudicial concorre para que sejam muito reduzidas as possibilidades de os tribunais da UE estabelecerem princípios comuns e verificarem a observância de direitos fundamentais. Isto contrasta de modo claro com o que acontece com a DG Comp, o BCE e a ESMA. Resta saber se essa presunção legal de que as decisões da PE constituem

---

[29] Arjen Meij, "Some explorations into the EPPO's administrative structure and judicial review", in Leendert H. Erkelens / Arjen W.H. Meij / Marta Pawlik, *The European Public Prosecutor's Office. An extended arm or a two-headed dragon?*, A Haia / Berlim / Heidelberg: M.C. Asser Press / Springer, 2015; Geneviève Giudicelli-Delage / Stefano Manacorda / Juliette Tricot (dir.) e Pierre Jérôme Delage (coord.), *Le Contrôle Judiciaire du Parquet Européen: Nécessité, Modèles, Enjeux*, Collection de l'UMR de Droit Comparé de Paris n.º 37, Société de Legislation Comparée, 2015.

decisões nacionais do ponto de vista da sua impugnabilidade sobreviverá a uma hipotética apreciação por parte dos tribunais da UE e mesmo do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

4. Conclusões

No confronto com outras agências europeias de cumprimento da lei, a PE tem de trilhar caminho numa área onde não há uma autêntica política comum partilhada pelos Estados-Membros e pela UE. As difíceis negociações em torno da Diretiva PIF e, assim, da competência material da PE, especialmente no campo do IVA e da fraude relativa à contratação pública, reflectem a ausência de objectivos comuns e a resistência dos Estados-Membros. Isto denota que os legisladores nacionais (Governos, Parlamentos) não vêem o combate à fraude europeia como um interesse comum carecido de tratamento num espaço igualmente comum. Neste contexto, é muito duvidoso que a PE possa contar com operadores plenamente conscientes da sua dimensão e obrigações europeias. Em certos Estados-Membros isso pode acontecer mesmo com os PEDs, quando estes combinem estas funções com as suas clássicas funções enquanto procuradores nacionais. É decerto esse o caso da grande e diversificada comunidade de autoridades nacionais de cumprimento da lei nos Estados-Membros, bem como dos tribunais penais a que os PED trarão estes casos. O facto de o trabalho operacional estar fortemente encapsulado numa única jurisdição nacional (a do PED competente) também não ajuda muito. Diferentes tradições jurídicas e culturais terão, outrossim, o seu impacto sobre a forma de actuação da PE nas ordens jurídicas nacionais e na cooperação das autoridades nacionais com a PE[30].

---

[30] Michiel Luchtman, "Het Europees Openbaar Ministerie in Nederland: Over zijn Prioritaire Bevoegdheid, Verhouding tot het OM en de Bestuursrechtelijke Handhavingskolom", *Delikt en Delinkwent* 54 (2021), p. 694.

Estas dúvidas sobre a existência e a força de uma dimensão europeia na comunidade nacional de investigação e acção penal significam que o espírito e o dinamismo europeus terão de derivar sobretudo dos Procuradores Europeus e das Câmaras Permanentes (para a vertente operacional) e do Colégio (para a vertente política)[31]: muito dependerá do conteúdo que eles derem às suas funções nos anos vindouros e da forma como moldarem o seu trabalho no ELSJ. De momento, poderiam retirar grande lição da experiência com a DG Comp, o BCE, a ESMA e o OLAF, mesmo tendo em conta as suas relevantes diferenças de configuração. O Gabinete Central da PE terá de encontrar formas de organizar em rede todos os organismos envolvidos. Aspectos essenciais dessa rede seriam a definição de regras específicas sobre partilha de informação e alocação de processos e a cooperação na investigação, na prossecução processual e no âmbito do julgamento. Fortalecer a dimensão europeia das autoridades nacionais pode também abrir caminho a novas formas de cooperação no ELSJ.

Em comparação com a DG Comp, o BCE e mesmo o OLAF, o Regulamento da PE de 2017 não mune a PE de poderes de investigação passíveis de utilização num espaço jurídico único e defere inteiramente aos direitos nacionais a definição dos poderes de investigação e das garantias processuais aplicáveis. Poderia dizer-se que o mandato contido no artigo 86.º do TFUE não foi cumprido pelo direito secundário da União, na medida em que o Regulamento não contém regras claras sobre poderes de investigação, garantias processuais e questões probatórias. A PE vê-se numa circunstância difícil em comparação com as agências europeias que actuam no

---

[31] John A.E. Vervaele, "The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration", in Paul Demaret / Inge Govaere / Dominik Hanf (eds.), *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe*, Bruxelas: Lang, 2005, pp. 277-298.

âmbito administrativo. De facto, estas podem operar num quadro procedimental compósito que garante um certo grau de coerência e de previsibilidade quanto ao direito substantivo e adjectivo aplicável e quanto à protecção dos sujeitos visados. A incerteza constitui uma enorme desvantagem para a PE e envolve ainda um risco demasiado elevado de discricionariedade na tomada de certas decisões processuais. Jurisdições mais atractivas de um prisma de prossecução processual podem causar parcialidade na escolha do foro para a investigação e/ou o julgamento (*forum shopping*). Uma vez que estas decisões só podem ser impugnadas perante tribunais nacionais, estes tribunais ficam numa situação muito difícil, pois não dispõem de ferramentas para determinar a jurisdição apropriada no ELSJ.

Em teoria, os indivíduos visados recebem protecção adequada no direito nacional a que os PEDs estão adstritos. A sua protecção parece, assim, estar assegurada. Isto, porém, não leva em conta que o Gabinete Central da PE toma as decisões importantes (*v.g.* de abertura e arquivamento de investigações, de escolha de foro para a investigação e o julgamento) e que os direitos e as vias de recurso disponíveis para os indivíduos visados ainda diferem muito entre os Estados-Membros. Em comparação com os indivíduos visados pelos processos administrativos da UE, essas garantias são incertas (estando dependentes do direito nacional aplicável) ou vedadas pelo Regulamento da PE. Mais problemático ainda é o facto de a intervenção dos tribunais da UE estar praticamente excluída e de lhes ser assim muito difícil estabelecer parâmetros comuns neste campo.

A apreciação comparativa feita conduz à conclusão final de que vários dos grandes desafios ao estabelecimento da PE resultam de uma falha na sua configuração[32]. Certas assimetrias entre os níveis vertical e nacional e a transnacionalidade entre os Estados-Mem-

---

[32] NdT: no original, «*failure by design*».

bros podem conduzir a severas disfunções no funcionamento da PE, prejudicando o seu valor acrescentado e a sua legitimidade, assente no combate à impunidade no ELSJ em respeito pelos valores da UE, em particular pelos direitos fundamentais dos suspeitos. A PE é por definição um organismo híbrido e compósito, mas o seu sucesso só pode ser assegurado se a definição jurídica dos seus poderes, das garantias aplicáveis, dos meios de impugnação disponíveis e da sua responsabilidade jurídica[33] não estiverem incrustados de modo tão profundo na narrativa do Estado-Nação como se fez no Regulamento da PE. Para evitar que a PE se assemelhe mais a uma hidra do que a um organismo uno e que o Gabinete Central (o gigante) fique preso no barro nacional[34], as futuras revisões do Regulamento terão de levar em consideração que a protecção penal de interesses comuns a todo o ELSJ requer a harmonização das infracções, dos poderes de investigação e das garantias processuais – e, certamente, mais vias de acesso aos tribunais da UE[35].

Um interessante ponto de comparação pode encontrar-se na proposta de uma nova Autoridade Europeia para o Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo (ACBC)[36]. Todas as obrigações de entidades privadas e as infrac-

---

[33] NdT: no original, «*legal accountability*».

[34] Cf. também Constance Chevallier-Govers / Anne Weyembergh, *La Création du Parquet Européen: Simple Évolution ou Révolution au sein de l'Espace Judiciaire Européen?*, Bruxelas: Bruylant 2021.

[35] Cf. também, para um exemplo inspirador, o modelo de regras para o processo da PE, o resultado de um projecto de pesquisa transnacional liderado por Katalin Ligeti, *Model Rules for the Procedure of the EPPO* (2013), em https://orbilu.uni.lu/bitstream/10993/42085/1/Model%20Rules%20and%20explanatory%20notes%20EN.pdf, consultado em 7 de Fevereiro de 2022.

[36] Comissão Europeia, "Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que cria a Autoridade para o Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo e altera os Regulamentos (UE) n.os 1093/2010, (UE) 1094/2010 e (UE) 1095/2010", COM (2021) 421 final.

ções administrativas para que a ACBC terá competência de investigação e sancionamento serão transferidas da 5.ª Directiva de combate ao branqueamento de capitais[37] para um conjunto único de regras da UE em matéria de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo num novo Regulamento[38] e, assim, harmonizadas e dotadas de aplicabilidade directa. A 6.ª nova Diretiva de combate ao branqueamento de capitais harmonizará apenas determinadas obrigações das autoridades estaduais[39]. Os poderes de investigação e sancionamento da ACBC serão ainda estabelecidos no seu Regulamento, o que significa que o direito aplicável é o da UE, ainda que a ACBC realize inspecções conjuntas que incluam inspectores das autoridades nacionais. Os meios de impugnação estarão previstos no Regulamento e o TJUE terá competência plena. Resta saber qual será o resultado das negociações sobre este novo quadro regulatório, mas o défice de eficácia nestas matérias no plano nacional tem sido tão sério que um modelo de coordenação nacional não mais constitui uma opção legítima. O modelo proposto é também, certamente, uma referência interessante para reflexão sobre a PE no futuro.

---

[37] Diretiva (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 2018 que altera a Diretiva (UE) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e que altera as Diretivas 2009/138/CE e 2013/36/UE [2018] OJ L156/43.

[38] Comissão Europeia, "Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo", COM (2021) 420; Comissão Europeia, "Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo às informações que acompanham as transferências de fundos e de determinados criptoativos (reformulação)", COM (2021) 422.

[39] Comissão Europeia, "Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos mecanismos a criar pelos Estados-Membros para prevenir a utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e que revoga a Diretiva (UE) 2015/849", COM (2021) 423.

Entretanto, a *praxis* da PE nos próximos anos indicará as lacunas e as falhas do Regulamento da PE mais urgentemente carecidas de correcção. Será também necessária ulterior investigação jurídica destinada a avaliar se e em que medida os Estados-Membros participantes adaptaram a sua legislação e as suas práticas nacionais em conformidade com os objectivos do artigo 86.º do TFUE e do Regulamento da PE, bem como a avaliar a forma como os Estados-Membros não participantes estão a lidar com este novo actor à luz da obrigação de cooperação leal do direito europeu. Ulterior investigação jurídica sobre o reconhecimento da PE como autoridade competente para os efeitos dos instrumentos jurídicos do Conselho da Europa será também conveniente, em face do valor acrescentado da PE em casos cujas implicações se fazem sentir para lá da União.

AS INVESTIGAÇÕES TRANSFRONTEIRIÇAS

JOSÉ EDUARDO GUERRA

Procurador Europeu Português na Procuradoria Europeia

1. Introdução

A Procuradoria Europeia (PE) *é um órgão indivisível da União e* funciona como uma "*entidade única*"[1] composta por um nível cen-

---

[1] Hans-Holger Herrnfeld / Dominik Brodowski / Christoph Burchard, *European Public Prosecutor's Office: Artcle by Article Commentary*, Baden-Baden, Oxford: Nomos, Beck, Hart, 2020, p. 284: "uma frase desenvolvida como um compromisso nas negociações do Conselho como uma indicação de que o EPPO deve ser capaz de 'funcionar sobre as fronteiras dos Estados-Membros participantes sem recorrer às tradicionais formas de assistência judiciária mútua ou de reconhecimento mútuo', e no pressuposto que a cooperação transfronteiriça no seio da PE deve ser ainda mais fácil e mais eficaz do que a cooperação transfronteiriça

tral – no Luxemburgo – e um nível descentralizado com polos locais em cada um dos vinte e dois Estados-Membros participantes.

Uma centralização supranacional com uma estrutura descentralizada[2], nas palavras de Lorena Bachmaier Winter. Entendeu o Legislador, e assim o explicou no Considerando 20 do Regulamento[3], que esta estrutura organizacional permitiria – citamos – "*uma tomada de decisão rápida e eficiente na condução das investigações e ações penais, independentemente de estas envolverem um ou mais Estados-Membros*".

Mas, após a rejeição da "*single legal area*" que a Proposta da Comissão pretendia criar, o que o Regulamento nos traz é a solução possível para um eficaz exercício transnacional da ação penal.

Estamos ainda longe da livre circulação de provas e muito longe de uma (sonhada por uns, rejeitada por outros) jurisdição *única* Europeia.

Aliás, a necessidade de encontrar soluções adequadas ao exercício *transnacional* da ação penal existe exatamente porque a União é composta por Estados soberanos que não abdicaram do, nem delegaram o poder de "*declarar o direito*".

E foi neste contexto que a PE foi criada e é neste contexto que atua: o artigo 4.º do Regulamento, sob a epígrafe "Funções", deixa claro que "*a Procuradoria Europeia faz as investigações e pratica os atos próprios da ação penal, exercendo a ação pública perante os órgãos jurisdicionais competentes dos Estados-Membros (…).*"

---

entre as autoridades judiciais dos Estados-Membros" (tradução informal nossa). O documento citado pelo autor é o Council document 13509/1/14, State of Play/ Orientation debate, 3.10.2014.

[2] Lorena Bachmaier Winter, "Cross-Border Investigations Under the EPPO Proceedings and the Quest for Balance", in Lorena Bachmaier Winter (ed.), *The European Public Prosecutor's Office: The Challenges Ahead*, Cham: Springer, 2018, p. 118.

[3] Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017, que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia, JO L *283*, 31.10.2017, p. 1-71.

Para além disso, diz-nos o Regulamento no seu artigo 13.º, n.º 1, *"Os Procuradores Europeus Delegados agem em nome da Procuradoria Europeia nos respetivos Estados-Membros (…)*".

Em síntese:

– A competência da PE corresponde inteiramente *à* extensão da jurisdição dos Estados-Membros participantes (artigo 22.º do Regulamento);
– A competência territorial dos Procuradores Europeus Delegados (PED) corresponde (e aqui simplifico) ao território do respetivos Estados-Membros de origem; e
– O funcionamento da PE como uma *entidade única* nada tem que ver com a ideia de uma *single legal area,* mas *é sinónimo de maior agilização e eficácia das investigações e procedimentos penais transnacionais,* sem que daí decorra qualquer supressão ou fusão de jurisdições.

2. O artigo 31.º do Regulamento PE como uma base jurídica autónoma

Como é que se consegue, então, esse acréscimo de eficácia se as fronteiras legais continuam a existir e os Estados que participam nesta cooperação reforçada mantêm inalteradas as respetivas jurisdições?

Sabemos bem como tantas vezes a cooperação judiciária foi apontada como o calcanhar de Aquiles do combate à criminalidade grave, internacional e organizada ou como os tempos de resposta ou a inadequação dos instrumentos de cooperação serviram, justa ou injustamente, de bode expiatório para o fracasso de investigações complexas que envolviam vários países.

Ciente das limitações que os instrumentos de cooperação, mesmo os mais avançados – como os baseados no princípio do reconhecimento mútuo – impunham à eficácia e à celeridade de investigações transfronteiriças, o legislador, fundando-se no conceito de "entidade única" como elemento caracterizador da PE, desenhou o artigo 31.º do Regulamento como uma *base jurídica autónoma*,

sui generis, para as investigações da PE que exigissem a recolha de prova num Estado-Membro participante distinto daquele em que estava pendente o processo respetivo.

Este novo "*mecanismo de atribuição*" substitui, em regra, tanto os instrumentos de assistência judiciária mútua ditos tradicionais como aqueles que se fundam no princípio do reconhecimento mútuo.

A experiência recolhida ao longo deste primeiro ano de operações da Procuradoria Europeia demonstra que a cooperação entre procuradores europeus delegados efetuada nos termos do disposto no artigo 31.º é, de facto, mais rápida e menos burocrática do que a que, genericamente, tem lugar entre procuradores nacionais de diferentes Estados Membros.

Ao contrário da cooperação internacional, que assenta em pedidos dirigidos a autoridades estrangeiras, que os executarão ou não com algum grau de discricionariedade, ou da cooperação fundada no princípio do reconhecimento mútuo, que assenta na emissão de uma decisão que tem de passar por um processo de reconhecimento para que possa ser executada no país de destino, o artigo 31.º estabelece um mecanismo (que se pretendeu) simplificado de recolha de prova em contexto transfronteiriço, que se efetiva pela mera *atribuição*, por um procurador europeu delegado a outro, de medidas de obtenção de prova.

Como refere Lorena Bachmaier Winter: "*O sistema de cooperação transfronteiriça adotado no regulamento parece ir um passo mais além na aplicação do princípio do reconhecimento mútuo na execução da recolha transfronteiriça de provas: um pedido ou uma ordem deixará de ser enviado mas, ao invés, o PED competente irá simplesmente atribuir a medida de investigação. A 'atribuição' não está sujeita a qualquer tipo de procedimento de reconhecimento nem sujeita a condições. Intencionalmente, o termo 'reconhecimento' é ignorado, muito provavelmente para deixar claro que a autoridade que presta a assistência não efetua qualquer supervisão da necessidade, adequação*

ou proporcionalidade da medida, nem do princípio ne bis in idem *ou de qualquer outra formalidade*"[4].

Também Herrnfeld, Brodowski e Burchard referem que "*O resultado das difíceis negociações sobre o artigo 31º são agora regras complexas, que – exceto para a regra específica estabelecida no parágrafo 6 – evitam qualquer referência ao conceito de reconhecimento mútuo.*"[5]

Com efeito, e cito o n.º 1 do artigo 31.º, "*Os Procuradores Europeus Delegados atuam em estreita cooperação e assistem-se e consultam-se mutuamente no âmbito dos processos transfronteiriços. Caso uma medida tenha de ser tomada num Estado-Membro que não o Estado-Membro do Procurador Europeu Delegado competente, este último decide adotar a medida necessária e atribui a sua execução a um Procurador Europeu Delegado localizado no Estado-Membro onde a medida deve ser executada*".

Este preceito estabelece um quadro de estreita cooperação e de consulta regular entre os PED envolvidos em investigações transfronteiriças tendo, por isso, o Colégio de Procuradores Europeus estabelecido a obrigação de os PEDs (e os Procuradores Europeus quando seja caso disso) atuarem sempre em estreita cooperação e de se consultarem regularmente com o objetivo de encontrar as formas mais eficazes e eficientes de realizar a respetiva investigação transfronteiriça, evitando encargos burocráticos desnecessários e assegurando um mecanismo eficaz em termos de custos e tempo[6].

Como se disse, o Procurador Europeu Delegado competente, nos termos do n.º 1 do artigo 31.º*, decide adotar a medida* e *atribui*

---

[4] Lorena Bachmaier Winter, *op. cit.*, p. 122.

[5] Hans-Holger Herrnfeld / Dominik Brodowski / Christoph Burchard, *op. cit.*, pp. 286-287.

[6] Decisão do Colégio de Procuradores Europeus de 26 de Janeiro de 2022 adotando orientações sobre a aplicação do artigo 31 do Regulamento (EU) 2017/1939, Princípios Gerais, ponto 4.

a sua execução a um Procurador Europeu Delegado localizado no Estado-Membro onde a medida deve ser executada.

Este poder de atribuição, bem como a competência para adotar medidas, vem regulado com mais detalhe no n.º 2 do mesmo artigo que, no que agora nos importa, estabelece que "*O Procurador Europeu Delegado competente pode atribuir a execução de quaisquer medidas ao seu dispor nos termos do artigo 30.º. A justificação e a adoção dessas medidas regem-se pelo direito do Estado-Membro do Procurador Europeu Delegado competente. (…)*".

Ou seja, *a decisão sobre a adoção da medida* é *uma competência do PED titular do processo*, tal como é uma competência sua a atribuição dessa medida a um PED (não concretizado) de outro Estado-Membro participante.

Para além disso, *a justificação e a adoção da medida rege-se pelo direito do Estado do PED titular do processo*.

Os aspetos processuais e procedimentais da adoção e da atribuição destas medidas não mereceram, porém, a atenção do legislador, o que não deixa de ser surpreendente se tivermos em conta que se trata de uma inovação legal que cria um mecanismo *sui generis* de obtenção de prova em investigações transfronteiriças.

3. As orientações do Colégio de Procuradores Europeus sobre a aplicação do artigo 31.º do Regulamento PE

É neste quadro de escassez normativa que devem ser lidas e compreendidas as orientações do Colégio de Procuradores Europeus sobre a aplicação do artigo 31.º há pouco referido.

O que se pretendeu foi introduzir clareza de procedimentos e estabelecer boas práticas que acrescentassem segurança jurídica a este novo mecanismo.

Por exemplo: quando o PED competente adota fundamentadamente (justifica) uma medida terá, forçosamente, de avaliar a verificação dos requisitos de necessidade e proporcionalidade impostos pelo n.º 5 do artigo 30.º para que uma das medidas ali previstas possa ser ordenada.

No entanto, tendo em conta que o juízo de necessidade e de proporcionalidade que o PED competente terá de efetuar implica, por exemplo, a afirmação da impossibilidade de utilização de meios menos intrusivos no Estado-Membro do PED assistente, fácil será de perceber a utilidade das regras do Colégio que impõem aos PEDs obrigações de estreita cooperação e de consulta regular.

Como referi, a *justificação* e a *adoção* das medidas transfronteiriças regem-se pelo direito do Estado-Membro do Procurador Europeu Delegado titular do processo (o PED competente) mas, tal como na cooperação clássica e no reconhecimento mútuo, *locus regit actum* e as medidas atribuídas são executadas nos termos do Regulamento EPPO e do direito do Estado-Membro do Procurador Europeu Delegado assistente – artigo 32.º do Regulamento.

Existem, no entanto, formalidades e procedimentos exigidos pela lei processual do Estado em que o processo se desenrola que, se não forem devidamente cumpridos, podem colocar em risco a validade da prova obtida. Tais formalidades e procedimentos devem, por isso, ser expressamente indicados pelo Procurador Europeu Delegado competente e devem ser seguidos pelo PED assistente sempre que não contendam ou contrariem princípios fundamentais do direito do Estado-Membro "assistente".

Este entrelaçar de ordenamentos jurídicos ao longo do ciclo de execução de uma medida, constitui outro exemplo em que o cumprimento das regras de estreita cooperação e de consulta regular é absolutamente crucial para que se alcance com êxito e celeridade o resultado pretendido.

Ao ler o artigo 31.º do Regulamento ficamos com a ideia de que existem três momentos separados em que esta "relação" se desenrola: a "*justificação/adoção*", a "*atribuição*" e a "*execução*". Na verdade, a prática mostra-nos uma realidade muito mais fluída em que a justificação/adoção e a atribuição constituem um processo decisório contínuo, muitas vezes enriquecido com contribuições do futuro executor.

O culminar deste processo é a "atribuição" propriamente dita que (e cito as orientações do Colégio) constitui "*o ato processual fundamental que o PED competente deve transmitir ao PED assistente (…)*"[7].

Ora, como já dissemos, este ato processual fundamental vem muito escassamente regulado no artigo 31.º do Regulamento, o que levou o Colégio, através das orientações referidas, a determinar que o ato de atribuição deverá conter, pelo menos, os seguintes elementos:

- O objeto e as razões da atribuição;
- As informações necessárias disponíveis sobre a(s) pessoa(s) em causa;
- Um resumo dos factos que são objeto da investigação, a respetiva qualificação jurídica, bem como as disposições legais aplicáveis, quer do Regulamento EPPO quer do direito nacional do EDP competente;
- Uma descrição das medidas de investigação atribuídas e das provas a serem obtidas;
- Informações sobre a existência de motivos razoáveis para crer que a medida específica em questão poderá fornecer informações ou provas úteis para a investigação, e que permitam ao PED assistente formular o juízo de "eficácia equivalente" a que se refere o nº 5 do artigo 31º do Regulamento; e, por fim,
- Quando necessário, as formalidades e procedimentos exigidos pela legislação nacional do PED competente, que devem ser expressamente indicados, e que devem ser respeitados durante a execução da medida atribuída.

---

[7] Decisão do Colégio de Procuradores Europeus de 26 de janeiro de 2022 adotando orientações sobre a aplicação do artigo 31.º do Regulamento (EU) 2017/1939, Secção Dois, ponto 14.

3.1. A intervenção judicial

Com a intenção de facilitar a execução das medidas atribuídas por um PED a outro, o Regulamento permite a *dispensa de dupla autorização judicial*, fixando prioritariamente no juiz do Estado Membro assistente a responsabilidade de autorizar ou recusar a medida.

Como se pode ler no Considerando 72 do Regulamento, "*Nos processos transfronteiriços, o Procurador Europeu Delegado competente deverá poder contar com Procuradores Europeus Delegados assistentes quando for necessário tomar medidas noutros Estados-Membros. Quando tais medidas estejam sujeitas a uma autorização judicial, deverá ser claramente indicado qual o Estado-Membro em que a autorização deve ser obtida, e, em qualquer caso, só deverá haver uma única autorização*".

Na prática, esta novidade confrontou-nos com questões difíceis e o recente pedido de decisão prejudicial formulado pelo Tribunal de Segunda Instância de Viena junto do Tribunal de Justiça da União Europeia mostra bem como o artigo 31.º do Regulamento e, em especial, o seu n.º 3, *levantam problemas delicados de aplicação.*

Muito resumidamente, o Tribunal austríaco pretende saber o seguinte:

– Em primeiro lugar, se o artigo 31.º, n.º 3, e o artigo 32.º do Regulamento devem ser interpretados no sentido de que, no contexto de investigações transfronteiriças e sendo necessária autorização judicial para que uma medida possa ser levada a cabo no Estado-Membro do PED assistente, deve ser efetuada (pelo órgão judicial competente) uma avaliação dos aspetos materiais do caso, tais como a responsabilidade penal, o juízo de suspeição, a verificação dos critérios de necessidade e proporcionalidade.
– Depois, se essa avaliação deve levar em conta o facto de a admissibilidade da medida ter sido já judicialmente apreciada no Estado Membro do PED competente.

– Por fim, caso a resposta à primeira questão seja negativa ou a resposta à segunda afirmativa, pretende o Tribunal saber até onde deve ir a autorização judicial no Estado Membro do PED assistente.

Esta última pergunta tem especialmente sentido porque a justificação e a adoção da medida transfronteiriça se regem, como vimos, pelo direito do Estado-Membro do Procurador Europeu Delegado competente. Ora, significará isto que está vedada ao juiz do Estado-Membro assistente a verificação dos requisitos de necessidade e de proporcionalidade como, de certa forma, acontece no reconhecimento mútuo?

Ou, não sendo o caso, terá o juiz do Estado "assistente" que verificar tais requisitos à luz do direito do Estado Membro do PED competente?

E, a ser assim, quais seriam os efeitos jurídicos de tais decisões no Estado Membro do PED competente, designadamente quando existissem decisões judiciais divergentes em vários Estados Membros assistentes quanto à admissibilidade de uma medida, resultantes de atribuições de medidas da mesma natureza a diversos PEDs assistentes por um mesmo PED competente?

Numa Procuradoria criada para funcionar como um "*single office*" por forma a dar resposta adequada e eficaz ao exercício transnacional da ação penal, a importância das normas que regem as investigações transfronteiriças impõe-se por si mesma e torna redundante qualquer explicação.

No entanto, o legislador consagrou-lhes três artigos num diploma que contém cento e vinte e, para além disso, decidiu dispensar – por desapropriados e incompatíveis com o conceito de *single office*[8] – a aplicação de instrumentos de legais da União sedimentados

---

[8] Hans-Holger Herrnfeld / Dominik Brodowski / Christoph Burchard, *op. cit.*, p. 286.

em décadas de negociação, concertação e experiência. Mas voltaremos a este assunto um pouco adiante.

Ciente das dificuldades causadas pela aplicação prática deste preceito e do risco para a validade da prova que a sua aplicação à luz do Considerando 72 comporta, o Colégio de Procuradores Europeus emitiu orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 31.º que, afastando-se de uma leitura demasiado literal do preceito, partem antes de uma análise do seu enquadramento normativo mais vasto para o interpretar em conformidade com o Direito da União. Assim:

(i) Sempre que, nos termos do primeiro parágrafo do n.º 3 do artigo 31.º, for necessária uma autorização judicial nos termos da lei do Estado Membro do PED assistente, este deve obter a autorização em conformidade com a lei do seu Estado Membro.

(ii) O PED assistente não deve ser solicitado a fornecer ao tribunal competente do seu Estado-Membro mais ou provas diferentes das que o procurador nacional apresentará quando executar uma decisão europeia de investigação equiparável.

(iii) De acordo com a regra de que a justificação e a adoção das medidas se regem pela lei do Estado-Membro do PED competente, o tribunal competente do Estado-Membro do PED assistente não deve avaliar a "justificação" e as "razões substantivas" que determinaram a adoção da medida.

(iv) Se a autorização judicial for recusada, o PED competente retira a atribuição.

(v) Quando, no entanto, a lei do Estado-membro do PED assistente não exige uma autorização judicial, mas essa autorização é exigida pela lei do Estado-Membro do PED competente, cabe a este último, em conformidade com o 3.º parágrafo do n.º 3 do artigo 31.º, obter a autorização junto do juiz ou tribunal competente do seu Estado-membro e, sendo concedida, deve enviá-la ao PED assistente juntamente com a atribuição da medida.

Até aqui, as orientações seguem de perto o Regulamento e não se afastam do que poderíamos chamar os consensos da cooperação judiciária no espaço da União.

O tema complica-se, porém, quando tanto a legislação do Estado-Membro do PED competente como a legislação do Estado-Membro do PED assistente requerem uma autorização judicial.

O Regulamento não se refere direta e expressamente a esta situação, mas das várias formulações constantes dos diversos parágrafos do n.º 3 do artigo 31.º, resulta clara a preponderância que o legislador atribuiu à autorização judicial a conceder pelo do Estado-Membro do PED assistente.

Com efeito, quando o direito do Estado-Membro do Procurador Europeu Delegado assistente exigir uma autorização judicial da medida esta tem de ser obtida (1.º parágrafo do n.º 3 do artigo 31.º); mas quando o direito do Estado-Membro do Procurador Europeu Delegado competente exigir uma autorização judicial da medida esta só tem de ser obtida se a lei do Estado-Membro do Procurador Europeu Delegado assistente não a exigir (3.º parágrafo do n.º 3 do artigo 31.º).

Este é, de resto, o entendimento expresso no considerando 72, que nos diz que, "*em qualquer caso, deve haver apenas uma autorização*" judicial.

A ideia é atrativa e, à superfície, até parece acrescentar celeridade e eficácia à solução do problema das medidas transfronteiriças. Porém, o que verificámos, na prática, foi que a existência de uma única autorização judicial criava situações juridicamente muito complexas, com elevadíssimo risco de erosão das garantias processuais, uma vez que as autoridades judiciais competentes para autorizar atos potencialmente compressores de direitos fundamentais poderiam não estar em posição de avaliar os fundamentos materiais de tais atos.

Para além disso, do lado do Estado-Membro do PED competente, esta verdadeira subtração à área de reserva judicial de matérias que lhe pertencem poria, sem dúvida, em causa a validade da prova assim

recolhida no Estado-Membro assistente e constituiria uma violação, além do mais, do princípio da tutela jurisdicional efetiva[9].

Em síntese, a aplicação da regra da autorização judicial única conduzir-nos-ia a uma situação em que a justificação e a adoção da medida – ou seja a avaliação dos fundamentos substanciais, a necessidade e a proporcionalidade – seriam levadas a cabo de acordo com a legislação do Estado-Membro do PED competente por decisão deste mesmo Procurador, e a autorização judicial seria concedida no Estado-Membro do PED assistente por um Tribunal a quem caberia uma verificação formal, adjetiva, da medida. Em alternativa (de exequibilidade duvidosa) o Tribunal "assistente" avaliaria os fundamentos materiais da medida à luz do direito do Estado "competente". Já atrás nos interrogámos sobre os efeitos jurídicos desta decisão no Estado-Membro "competente", mas cabe agora interrogarmo-nos também sobre as implicações práticas (tradução integral do processo?) e processuais (qual o regime dos recursos que fossem interpostos?) de uma tal opção.

O Regulamento não contém disposições específicas sobre recursos no âmbito do artigo 31º. Contudo, o n.º 1 do artigo 42.º do Regulamento aplica-se plenamente aos atos processuais praticados e às decisões adotadas neste contexto e que produzem efeitos jurídicos em relação a terceiros. Mais importante ainda, aplica-se o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE e vias de recurso devem, necessariamente, ser concedidas que permitam pôr em causa as razões substantivas da medida no Estado-Membro do PED competente.

Por estes motivos que aqui sumariamente se deixam descritos, considerou o Colégio que o Considerando 72 do Regulamento da PE não pode ser aplicado em todas as situações, sob pena de violação

---

[9] Sobre esta matéria é interessante ver o Acórdão do TJUE no Caso C-852/19 (*Gavanozov II*), de 11 de Novembro de 2021.

do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE e do artigo 42.º, n.º 1, do Regulamento e decidiu que sempre que a adoção de uma medida de investigação deva ser tomada por via de uma decisão que esteja sujeita a recurso no Estado-Membro do PED competente, tal adoção deverá ser sempre sujeita, nesse Estado-Membro, à decisão da autoridade nacional competente para o efeito e cuja decisão seja recorrível para os efeitos do artigo 47.º da Carta.

3.2. A execução da medida de investigação

Recebida a medida que lhe foi atribuída pelo PED competente (na realidade, a distribuição da medida a um concreto PED assistente é uma competência do respetivo PE supervisor), o PED assistente só tem que a concretizar ou solicitar a um *órgão de polícia criminal* que o faça.

Como disse logo de início, não há aqui qualquer ato de reconhecimento que torne a medida exequível.

Também não estão previstas quaisquer causas de recusa, pelo menos não no sentido em que estas existem nos instrumentos fundados no princípio do reconhecimento mútuo. No entanto, o PED assistente deve informar o(a) respetivo(a) PE supervisor(a) e consultar o PED competente para que, bilateralmente, possam encontrar uma solução, quando considere que:

(i) A atribuição é incompleta ou contém um erro manifesto relevante;
(ii) A medida não pode ser executada no prazo fixado na atribuição por razões justificadas e objetivas;
(iii) Medidas alternativas menos intrusivas produziriam os mesmos resultados que a medida atribuída; ou
(iv) A medida atribuída não existe ou não estaria disponível em casos nacionais equiparáveis nos termos do direito do seu Estado-Membro.

Se nenhuma solução for encontrada no prazo de sete dias e, ainda assim, a atribuição se mantiver, o assunto deve ser levado a decisão da Câmara Permanente competente (artigo 31.º, n.º 7), que, na medida do necessário, ouvirá os PEDs envolvidos e decidirá de acordo com a lei nacional aplicável e com o Regulamento se a medida deve ser levada a cabo ou substituída por outra – artigo 31.º, n.º 8.

Apesar de as medidas serem adotadas de acordo com a lei do Estado-Membro do PED competente, a referência à lei nacional aplicável, neste preciso contexto, só pode ser entendida como a lei do Estado-Membro do PED assistente já que o que se pretende evitar é que este último possa receber da Câmara Permanente instruções para levar a cabo uma medida contrária ao seu direito nacional.

4. Uma reflexão final

Para terminar, importa referir que a aplicação prática do artigo 31.º não pode ser mais pesada, burocrática e demorada do que a aplicação dos instrumentos que pretendeu substituir.

Infelizmente, ensina-nos a prática que nem sempre a aplicação do artigo 31.º do Regulamento resulta mais eficaz ou célere do que a da Diretiva 2014/41 relativa à decisão europeia de investigação ou do Regulamento 2018/1805 relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda.

Temos vindo a chamar a atenção para os problemas que aqui se levantam e cuja solução poderia passar por uma extensão do campo de aplicação do n.º 6 do artigo 31.º para além dos casos de "*(…) a medida atribuída não existir numa situação exclusivamente nacional, mas sim numa situação transfronteiriça abrangida por instrumentos jurídicos em matéria de reconhecimento mútuo ou de cooperação transfronteiriça (…).*"

Gostaria de terminar com uma citação da Professora Anabela Miranda Rodrigues que reflete, com precisão cirúrgica, aquilo que são também as minhas preocupações e a minha esperança: "*Este é o*

tempo de o direito penal europeu dar sinais inequívocos de que está ao serviço do arguido, da vítima e do condenado. E, assim, de se construir, não como um ordenamento de segurança, mas como um ordenamento de liberdade"[10].

[10] Anabela Miranda Rodrigues, "Direito Penal Europeu Pós-Lisboa – Um Direito Penal Funcionalista?", in Margarida Santos / Mário Ferreira Monte / Fernando Conde Monteiro (coord.), *Os Novos Desafios da Cooperação Judiciária e Policial na União Europeia e da Implementação da Procuradoria Europeia*, Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos / Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 33.

LAS SALAS PERMANENTES

CONCEPCIÓN SABADELL CARNICERO

Fiscal Española en la Fiscalía Europea

1. Introducción

La estructura de la Fiscalía Europea es uno de los no tan escasos aspectos que sufrieron profundas modificaciones desde la propuesta de la Comisión de julio de 2013[1] hasta su final regulación 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 (en lo sucesivo, el Reglamento). Así, la estructura vertical con el Fiscal Europeo en la cúspide como órgano decisorio unipersonal, director de las actividades

[1] Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea (COM(2013) 534 final), 7.7.2013.

de la Fiscalía Europea y supervisor de las investigaciones incoadas por los Fiscales Europeos Delegados propuesta por la Comisión se abandonó, sustituyéndose por una estructura colegiada, preferida por los Estados, conforme había sido igualmente planteado por el *Sénat* francés, la *Camera Deputatilor* de Rumanía y la *Kamra tad-Deputati* de Malta en sendos dictámenes motivados emitidos por incumplimiento del principio de subsidiariedad[2].

De esa forma, la Fiscalía Europea ha quedado constituida como un órgano único e indivisible conformada por un nivel central, situado en Luxemburgo, integrado, básicamente, por el Colegio, las Salas Permanentes, el Fiscal General Europeo y los Fiscales Europeos; y un nivel descentralizado establecido en cada uno de los Estados Miembros[3], constituido por los Fiscales Europeos Delegados, encargados de la tramitación de los procedimientos[4].

La estructura central en Luxemburgo, a través del Colegio, formado por el Fiscal General Europeo y los Fiscales Europeos, dota de coherencia a la estrategia de las investigaciones y de la acción penal de la Fiscalía Europea mediante decisiones sobre asuntos estratégicos y cuestiones generales que surgen de casos particulares, sin que pueda pronunciarse sobre cuestiones operativas referidas a concretos procedimientos[5]. Estas decisiones sobre asuntos particulares corresponden en el nivel central a las Salas Permanentes; órganos constituidos por tres Fiscales Europeos que ejercen la supervi-

---

[2] Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo y a los Parlamentos nacionales sobre la revisión de la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea en relación con el principio de subsidiariedad, de conformidad con el Protocolo n.º 2 (COM(2013) 851 final), 27.11.2013.

[3] Todas las referencias a Estados Miembros, salvo que se indique lo contrario, han de entenderse en el sentido del artículo 2.1 del Reglamento, *i.e.*, a aquéllos que participan en la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

[4] Artículo 8 del Reglamento.

[5] Artículo 9 del Reglamento.

sión y dirección de los procedimientos tomando las decisiones más relevantes respecto de los mismos, coordinan las investigaciones en los procedimientos transfronterizos y garantizan la ejecución de las decisiones tomadas por el Colegio[6].

Se aprecia así la extraordinaria relevancia de las Salas Permanentes, apuntada por múltiples autores como Ingrid Maschl-Clausen[7], en el cumplimiento del objetivo de la Fiscalía Europea de mejorar la protección de los intereses financieros de la Unión dotando a sus Estados Miembros de una estrategia común en este tipo de investigaciones penales contribuyendo, así, como destaca Thomas Elholm[8], a crear un sentido y un sentimiento común de justicia en este ámbito.

Por otra parte, estos órganos evidencian dos de las características esenciales de la Fiscalía Europea: su supranacionalidad y su independencia. En efecto, a diferencia de lo que sucede en general en las Fiscalías de sus Estados Miembros, en la Fiscalía Europea el órgano jerárquico superior no es unipersonal, sino colegiado. Además, está compuesto por tres Fiscales Europeos de distintas nacionalidades que aseguran una supervisión no únicamente vinculada al Estado Miembro en el que se desarrolla la investigación.

Lo expuesto, unido a la escasa regulación de estos órganos en el Reglamento y a su prácticamente nula mención en las legislaciones nacionales[9], permite inferir que una visión interna y práctica puede aportar claridad en torno a este órgano de la Fiscalía Europea.

---

6 Artículo 10 del Reglamento.

7 Ingrid Maschl-Clausen, "The Permanent Chambers at the Heart of the EPPO's Decision-Making", *eucrim* 1/2021, pp. 55-56.

8 Thomas Elholm, "EPPO and a common sense of justice", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 28 (n.º 2) (2021), pp. 212-228.

9 La legislación de Luxemburgo sí las menciona en la ley que implementa el Reglamento (Loi du 22 juillet 2022 modifiant le Code de procédure pénale aux fins de la mise en œuvre du règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen).

Para ello, desde ese punto de vista esencialmente práctico, abordaremos en primer lugar la composición, número y procedimiento de las Salas Permanentes desarrollando a continuación las funciones de estos órganos, centrándonos fundamentalmente en sus funciones de dirección y supervisión de los procedimientos.

2. Composición, Número y Procedimiento de las Salas Permanentes

Como advertíamos anteriormente, no obstante la relevancia de las Salas Permanentes y su carácter novedoso, y probablemente, como señala C. Burchard[10], debido a la necesidad de alcanzar una solución consensuada a las discrepancias surgidas en torno a determinadas cuestiones sobre su funcionamiento, la regulación que de las mismas contiene el Reglamento, fundamentalmente en su artículo 10, es reducida. En efecto, la misma se limita en esencia a establecer las bases de su composición, funciones y procedimiento atribuyendo al Colegio su desarrollo, el cual se ha ido realizando a través de diferentes decisiones[11].

---

[10] Christoph Burchard, "Article 10: The Permanent Chambers", in Hans-Holger Herrnfeld / Dominik Brodowski / Christoph Burchard (eds.), European *Public Prosecutor's Office: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Oxford: Nomos, Beck, Hart, 2020, p. 77.

[11] Entre estas decisiones, todas ellas publicadas en la página web de la Fiscalía Europea www.eppo.europa.eu, destacan: Reglamento Interno de la Fiscalía Europea adoptado mediante Decisión del Colegio de la Fiscalía Europea 003/2020, de 12 de octubre de 2020, modificado y ampliado mediante Decisión 085/2021, de 11 de agosto de 2021, y Decisión 026/2022, de 29 de junio de 2022; Decisión del Colegio de la Fiscalía Europea 15/2020, de 25 de noviembre de 2020, sobre las Salas Permanentes, modificada por Decisión 85/2021, de 11 de agosto de 2021; Decisión del Colegio de la Fiscalía Europea 23/2020, de 2 de diciembre de 2020, estableciendo orientaciones generales sobre procedimientos simplificados y sobre delegación de funciones de las Salas Permanentes; Decisión del Colegio de la Fiscalía Europea 66/2021, de 26 de mayo de 2021, sobre funciones y procedimientos de las Salas

Así, en relación con la concreta composición y número de Salas Permanentes, el Reglamento únicamente estipula que se deben tener debidamente en cuenta las necesidades de funcionamiento de la Fiscalía Europea, así como que estarán compuestas por un Presidente, que habrá de ser el Fiscal General Europeo, uno de sus adjuntos u otro Fiscal Europeo, y otros dos miembros permanentes[12].

En atención a esa disposición, el Colegio acordó en noviembre de 2020[13] que, por el momento, el número de Salas Permanentes fuera quince y que ninguna de ellas fuera especializada.

Asimismo, se decidió que cada uno de los veintidós Fiscales Europeos fuera miembro de una, dos o tres Salas Permanentes, dependiendo de su carga de trabajo, estimando ésta con base, esencialmente, en el número de casos bajo su supervisión, el número de Fiscales Europeos Delegados bajo su coordinación y otras tareas específicas que les hubieran sido asignadas. Igualmente, el Colegio acordó que cada Sala Permanente contara con personal de la Fiscalía Europea, concretado posteriormente en un asistente legal y un asistente administrativo[14], para apoyar su trabajo con el fin de garantizar una supervisión adecuada y exhaustiva de cada uno de los procedimientos.

Por último, en relación con el funcionamiento de las Salas Permanentes, en la misma decisión de noviembre de 2020 se acordó que las Salas Permanentes se reunirían con carácter general al me-

---

Permanentes, modificada por Decisión 27/2022, de 29 de junio de 2022; Decisión del Colegio de la Fiscalía 28/2022, de 29 de junio de 2022, sobre planificación de reuniones y continuidad de la actividad de las Salas Permanentes.

12 Artículo 10.1 del Reglamento.

13 Decisión del Colegio de la Fiscalía Europea 15/2020, de 25 de noviembre de 2020, sobre las Salas Permanentes, modificada por Decisión 85/2021, de 11 de agosto de 2021.

14 Decisión 066/2021 del Colegio, de 26 de mayo de 2021, sobre funciones y procedimientos de las Salas Permanentes modificada el 29 de junio de 2022.

nos dos veces al mes, sin perjuicio de celebrar reuniones de forma extraordinaria cuando algún asunto urgente lo requiriera. En todo caso, corresponde al Presidente la convocatoria de las reuniones, así como la fijación del orden del día, al que se incorporarán las cuestiones que en su caso proponga alguno de los otros dos miembros permanentes[15].

En la práctica, entre junio y diciembre de 2021, las Salas Permanentes celebraron 282 reuniones[16].

3. Funciones de las Salas Permanentes

Como advertíamos al principio, las Salas Permanentes son órganos supervisores, decisores y garantes de la coherencia de las investigaciones de la Fiscalía Europea, correspondiéndoles en particular:

- Supervisar y dirigir las investigaciones y acusaciones realizadas por los Fiscales Europeos Delegados;
- Coordinar las investigaciones y acciones penales en los asuntos transfronterizos; y
- Garantizar la ejecución de las orientaciones generales acordadas en el Colegio[17].

3.1. Supervisión y dirección de los procedimientos

Como hemos reiterado, corresponde a las Salas Permanentes la supervisión de los procedimientos que se les asignen.

---

[15] Artículo 3 de la Decisión del Colegio de la Fiscalía Europea 15/2020, de 25 de noviembre de 2020, sobre las Salas Permanentes, modificada por Decisión 85/2021, de 11 de agosto de 2021.

[16] Informe anual de la Fiscalía Europea correspondiente a 2021.

[17] Artículo 10.2 del Reglamento.

La asignación de un concreto procedimiento a una determinada Sala Permanente se realiza inmediatamente después de su registro mediante un sistema aleatorio y automático que excluye en todo caso la(s) Salas Permanente(s) de la(s) que forme parte el Fiscal Europeo Supervisor[18]. Este último condicionante no se establece en el Reglamento, pero el Colegio entendió fundamental incorporarlo para asegurar la independencia en las investigaciones de la Fiscalía Europea, evitando, como apuntaba Christoph Burchard[19], intromisiones nacionales (o su apariencia). De este modo, serán tres Fiscales Europeos procedentes de Estados Miembros distintos de aquél en que se tramita el procedimiento quienes lo supervisen y dirijan o, utilizando los términos de los considerandos del Reglamento, lo vigilen y dirijan[20].

Esta función de vigilancia, en el sentido de *observar [algo o a alguien] con atención, con el fin de tomar las medidas oportunas ante cualquier anomalía*[21], se efectúa por la Sala Permanente durante toda la tramitación del procedimiento, tanto en su fase de investigación como en la de enjuiciamiento y en la de eventual recurso, con carácter general y salvo los supuestos excepcionales de utilización del procedimiento escrito[22], en reuniones a las que asiste el correspondiente Fiscal Europeo Supervisor[23].

Incluso, con anterioridad a esas fases, en los supuestos en que el Fiscal Europeo Delegado al que se le haya asignado el caso considere que no procede ejercer la competencia, la Sala Permanente, en la

---

18 Artículo 19.2 del Reglamento Interno de la Fiscalía Europea.

19 *Op. cit.*

20 Considerandos 24 y 25 del Reglamento.

21 Diccionario Panhispánico de dudas de la Real Academia Española.

22 Artículo 10.8 del Reglamento y 24 del Reglamento Interno de la Fiscalía Europea.

23 Artículo 10.9 del Reglamento.

forma anteriormente expuesta, puede tomar la decisión de ordenarle ejercerla e incoar el correspondiente procedimiento[24]. Durante los 6 primeros meses de actividad operativa de la Fiscalía Europea, las Salas Permanentes tomaron 29 decisiones con ese contenido[25].

Asimismo, en este momento anterior a la incoación de la investigación, las Salas Permanentes podrán asignar un caso a un Fiscal Europeo Delegado cuando no se haya iniciado investigación alguna[26].

Por último, en esta fase previa al inicio de la investigación, resulta especialmente relevante la facultad de la Sala Permanente de ordenar el inicio de la investigación a un Fiscal Europeo Delegado distinto de aquél que en principio tuviera competencia sobre el procedimiento en casos debidamente justificados y atendiendo, por orden de prioridad, a: a) el lugar de residencia habitual del sospechoso; b) la nacionalidad del sospechoso; y c) el lugar donde se haya producido el principal perjuicio financiero[27].

Una vez incoado, durante la fase de investigación, el procedimiento, con carácter general, es examinado de forma periódica[28], cada 4 o 6 meses dependiendo de la complejidad del procedimiento, así como en cualquier momento en el que surja una cuestión relevante que así lo aconseje. En el primer caso, la iniciativa corresponde a la Sala Permanente, quien comunicará al Fiscal Europeo Delegado encargado del procedimiento (en lo sucesivo, el Fiscal Europeo Delegado encargado) la fecha aproximada prevista para la revisión del caso a fin de que presente un informe sobre el estado del procedimiento que reflejará, entre otras cuestiones, un resumen de las diligencias de investigación previstas y ejecutadas y los

---

24 Artículo 10.4 a) y b) del Reglamento.

25 Informe anual de la Fiscalía Europea correspondiente a 2021.

26 Artículo 10.4 d) en relación con el artículo 26.3 del Reglamento.

27 Artículo 26.4 del Reglamento.

28 Artículo 45 del Reglamento Interno de la Fiscalía Europea.

cambios que se hayan producido en el alcance de la investigación[29]. En el segundo caso, la iniciativa partirá del Fiscal Europeo Delegado encargado, quien dará cuenta de las cuestiones surgidas y sus implicaciones a la Sala Permanente mediante el correspondiente informe. En ambos supuestos, las comunicaciones entre las Salas Permanentes y los Fiscales Europeos Delegados se efectuarán por escrito, en inglés, lengua de trabajo de la Fiscalía Europea[30], y a través del sistema de gestión de casos (CMS).

Tras recibir esos informes, se incluirá la revisión del caso en el orden del día de la reunión de la Sala Permanente correspondiente. En estas reuniones, la revisión de cada caso comienza con una exposición del mismo, generalmente realizada por el asistente legal de la Sala Permanente, tras la que informa el Fiscal Europeo Supervisor[31] y se debaten las distintas cuestiones que pudieran surgir en torno a la concreta investigación. En el supuesto de que no procediera dar instrucciones al Fiscal Europeo Delegado encargado o adoptar una decisión, se finaliza la revisión del caso señalándose el plazo en el que se procederá a un nuevo examen del mismo. En el caso de que se acuerde dar alguna instrucción a un Fiscal Europeo Delegado o sea necesario tomar una decisión por la Sala Permanente, se procederá a la deliberación y a la correspondiente votación en las que participará el Fiscal Europeo Supervisor[32], salvo en los casos a los que posteriormente nos referiremos. Las decisiones se adoptan por mayoría simple contando con voto de calidad la Presidencia en caso de empate[33].

---

29 Artículo 44 del Reglamento Interno de la Fiscalía Europea.

30 Decisión del Colegio de la Fiscalía Europea 3/2020, de 30 de septiembre de 2020, sobre el régimen lingüístico interno.

31 Decisión 066/2021 del Colegio de 26 de mayo de 2021 sobre funciones y procedimientos de las Salas Permanentes modificada el 29 de junio de 2022.

32 Artículo 10.9 del Reglamento.

33 Artículo 10.6 del Reglamento.

Como hemos señalado, tras el examen del caso, la Sala Permanente puede decidir dar instrucciones al Fiscal Europeo Delegado encargado. Estas instrucciones, como expresamente establece el Reglamento[34], han de darse en casos específicos cuando sea necesario para la gestión eficiente de la investigación, en interés de la justicia o para garantizar el funcionamiento coherente de la Fiscalía Europea y han de respetar la legislación nacional aplicable. Desde junio hasta diciembre de 2021, se dio una sola instrucción de este tipo por las Salas Permanentes[35].

Asimismo, como hemos referido, tras el examen del caso, la Sala Permanente puede tomar alguna decisión. Durante la fase de instrucción los supuestos en los que la decisión corresponde a la Sala Permanente no son numerosos, aunque sí muy relevantes, a saber[36]: 1) en los casos de investigaciones transfronterizas, la reasignación del caso a un Fiscal Europeo Delegado de otro Estado Miembro, así como la acumulación o escisión de los procedimientos con su correspondiente asignación a un Fiscal Europeo Delegado; 2) la reasignación del caso a un Fiscal Europeo Delegado del mismo Estado Miembro a propuesta del Fiscal Europeo supervisor; 3) la aprobación de la decisión del Fiscal Europeo de dirigir él mismo la investigación; 4) la remisión del caso a las autoridades nacionales cuando los hechos objeto de investigación no constituyan un delito competencia de la Fiscalía Europea; o ésta no pueda continuar ejerciéndola; o no resulte necesario investigar ese caso a nivel de la Unión atendida la gravedad del delito o la complejidad de los procedimientos si el perjuicio causado o que pudiera causar a los intereses financieros de la Unión fuera inferior a 100.000 euros; y 5) la delegación de sus poderes de dirección y supervisión en el Fis-

---

34 Artículo 10.5 del Reglamento.

35 Informe anual de la Fiscalía Europea de 2021.

36 Artículos 10.4 e) y f); 10.7; 28.4 y 34 del Reglamento.

cal Europeo Supervisor en determinadas circunstancias y conforme a los criterios fijados por el Colegio en su decisión 23/2020[37].

Como resulta de la anterior relación de decisiones, durante la fase de investigación, no en todos los procedimientos la Sala Permanente tomará alguna decisión y sólo lo hará, como apunta Katalin Ligeti[38], en situaciones de crisis. Frente a ello, como destaca la misma autora, cuando la investigación se da por concluida, la intervención de las Salas Permanentes es ineludible y especialmente relevante, por cuanto la decisión sobre cómo proceder a continuación les corresponde a ellas, si bien precedida de una propuesta del Fiscal Europeo Delegado encargado[39]. En concreto, a la Sala Permanente le corresponde decidir sobre llevar un caso a juicio; archivar un caso por concurrir alguna de las causas previstas en el Reglamento[40]; aplicar un procedimiento simplificado[41] o remitir el caso a las autoridades nacionales[42].

Si se hubiera decidido llevar a juicio el caso, durante la fase de enjuiciamiento la Sala Permanente continúa ejerciendo sus funcio-

---

37 Decisión 23/2020 del Colegio de la Fiscalía Europea 23/2020, de 2 de diciembre de 2020, por la que se establecen directrices sobre procedimientos simplificados y sobre la delegación de competencias de las salas permanentes.

38 Katalin Ligeti "The Structure of the EPPO: Features and Challenges", *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu* (Zagreb) 27 (n.º 1) (2020), pp. 33-53.

39 Artículo 35 del Reglamento.

40 El artículo 39 del Reglamento relaciona como únicas causas de archivo del procedimiento: "a) fallecimiento del sospechoso o acusado o liquidación de una persona jurídica sospechosa o acusada; b) enajenación mental del sospechoso o acusado; c) amnistía concedida al sospechoso o acusado; d) inmunidad concedida al sospechoso o acusado, a menos que haya sido retirada; e) expiración del plazo de prescripción nacional para ejercer la acción penal; f) el caso de un sospechoso o acusado ya ha sido juzgado en sentencia firme en relación con los mismos hechos; g) ausencia de pruebas pertinentes."

41 Artículo 40 del Reglamento.

42 Artículo 34 del Reglamento.

nes de supervisión y dirección, pudiendo dar instrucciones a los Fiscales Europeos Delegados en la misma forma y con los mismos requisitos expuestos respecto de las instrucciones dadas durante la fase de investigación[43].

Incluso, después de finalizado el juicio, las Salas Permanentes continúan ejerciendo su labor de dirección del procedimiento por cuanto es a ellas a quienes corresponde decidir sobre la presentación o no de recurso contra la Sentencia, si bien, nuevamente, contando con una previa propuesta del Fiscal Europeo Delegado encargado[44].

En definitiva, las Salas Permanentes intervienen a lo largo de toda la tramitación del procedimiento, de una forma muy intensa y relevante, pudiendo dar instrucciones a los Fiscales Europeos Delegados y adoptando algunas de las decisiones más importantes de un caso. Por ello, tanto en el Reglamento como en las decisiones del Colegio se han implementado contrapesos dirigidos a garantizar el desarrollo de las funciones de los Fiscales Europeos Delegados con independencia interna.

Entre esos contrapesos destacan la prohibición establecida en el Reglamento de que la Sala Permanente instruya al Fiscal Europeo Delegado para no incoar una investigación o para archivar un caso que éste haya propuesto llevar a juicio[45], así como la posibilidad de que los Fiscales Europeos Delegados puedan instar la revisión de las instrucciones recibidas a través del procedimiento regulado en el Reglamento Interno, que atribuye la decisión final sobre la legalidad de la instrucción a una Sala Permanente distinta de la que emitió la instrucción[46].

---

[43] Artículo 10.5 del Reglamento y artículo 60.3 del Reglamento Interno de la Fiscalía Europea.

[44] Artículo 36.7 del Reglamento.

[45] Artículo 36.1 del Reglamento.

[46] Artículo 47 del Reglamento Interno de la Fiscalía Europea.

Otro de los contrapesos a las importantes funciones de las Salas Permanentes, dirigido a evitar un posible conflicto de intereses (o su apariencia) del Fiscal Europeo supervisor, especialmente en los supuestos en los que se ve afectado más de un Estado Miembro, es la exclusión de aquél en la toma de determinadas decisiones. Así, no podrá votar, aunque sí participar en las deliberaciones referidas a: a) la delegación o revocación de la delegación de los poderes de decisión de la Sala Permanente en el Fiscal Europeo supervisor; b) la instrucción a un Fiscal Europeo Delegado para que inicie una investigación si la deliberación se refiere además a si el caso ha de asignarse al Fiscal Europeo Delegado del Estado Miembro al que la información fue atribuida para su verificación o a otro Fiscal Europeo Delegado de otro Estado Miembro; c) la reasignación a un Fiscal Europeo Delegado de otro Estado Miembro incluidos los supuestos de acumulación y escisión de procedimientos; y d) llevar a juicio un procedimiento cuando más de un Estado miembro tenga jurisdicción sobre el caso[47].

Por otra parte, resulta relevante destacar que el investigado no es ajeno a las decisiones tomadas en el nivel central por las Salas Permanentes. Así, el Reglamento impone que las decisiones e instrucciones de las Salas Permanentes anteriormente referidas se incluyan en el expediente nacional[48] y, a tal efecto, éstas se emiten en el idioma del procedimiento[49] e incluyen el fundamento de la decisión y la identificación de los Fiscales Europeos que la tomaron, siendo firmadas por el Presidente de la Sala Permanente. De

---

[47] Artículo 10.9 del Reglamento y Decisión del Colegio de la Fiscalía Europea 66/2021, de 26 de mayo de 2021, sobre funciones y procedimientos de las Salas Permanentes, modificada por Decisión 27/2022, de 29 de junio de 2022.

[48] Artículo 10.8 del Reglamento.

[49] Decisión del Colegio de la Fiscalía Europea 66/2021, de 26 de mayo de 2021, sobre funciones y procedimientos de las Salas Permanentes, modificada por Decisión 27/2022, de 29 de junio de 2022.

ese modo, las partes del procedimiento conocen las decisiones de las Salas Permanentes y su fundamentación.

Finalmente, en relación con las funciones de dirección y supervisión, C. Rodríguez-Medel[50] se plantea si esta supervisión se realiza efectivamente en la práctica y Zlata Đurđević[51] cuestiona si Fiscales Europeos que desconocen el idioma del procedimiento pueden realmente supervisarlo, una duda que podría ser extendida al desconocimiento en profundidad de los distintos sistemas jurídicos nacionales. En la práctica, estas cuestiones se van solventado a través de distintos mecanismos. Así, en relación con la cuestión legislativa, además del Fiscal Europeo Supervisor, cada Sala Permanente cuenta con un asistente legal que la auxilia en este ámbito. Las cuestiones lingüísticas también se han ido resolviendo al establecer que las comunicaciones e informes que emiten los Fiscales Europeos Delegados hayan de realizarse en inglés por ser la lengua de trabajo de la Fiscalía Europea y al incorporarse al Sistema de Gestión de Casos una aplicación que permite la traducción de la documentación de los procedimientos. Finalmente, es cada vez más habitual que las Salas Permanentes inviten a las reuniones a los Fiscales Europeos Delegados encargados a fin de que sean éstos, como mejores conocedores del caso, quienes los expongan y expliquen.

3.2. Coordinación de las investigaciones y acciones penales en los asuntos transfronterizos

Uno de los principales objetivos de la Fiscalía Europea es el de superar los obstáculos que hasta su creación eran habituales en las

---

[50] Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *Fiscalía Europea, primer año de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 y de la Ley Orgánica 9/2021 – LOFE*, Madrid: edición propia, 2022, p. 65.

[51] *Apud* Katalin Ligeti, *op. cit.*, p. 42.

investigaciones transfronterizas. Para ello se estableció en el artículo 31 del Reglamento un sistema novedoso y específico para la práctica de diligencias que hayan de realizarse en un Estado Miembro distinto de aquél en que se tramita el procedimiento. Este sistema *sui generis* consiste básicamente en la asignación de la ejecución de la medida a uno de los Fiscales Europeos Delegados del Estado Miembro en que haya de practicarse sin necesidad, con carácter general, de acudir a los instrumentos de reconocimiento mutuo o de asistencia mutua.

Este sistema es analizado por José Eduardo Guerra en otro capítulo, por lo que nos limitaremos a analizar cuáles son las funciones que desempeñan las Salas Permanentes en este ámbito, concretadas básicamente en resolver las discrepancias que puedan surgir entre el Fiscal Europeo Delegado encargado y el Fiscal Europeo Delegado que haya de ejecutar la medida en su Estado Miembro (en lo sucesivo, Fiscal Europeo Delegado asistente)[52].

Al respecto, conviene destacar, como apunta Lorena Bachmaier Winter[53], que el Reglamento elude deliberadamente referirse a causas de denegación de la ejecución de la asignación; sin embargo, sí recoge algunas cuestiones que puede plantear el Fiscal Europeo Delegado asistente en relación con la ejecución de la medida[54] que

---

[52] Artículo 31.8 del Reglamento

[53] Lorena Bachmaier Winter, "Las investigaciones transfronterizas en el marco del proceso de la Fiscalía Europea", in Lorena Bachmaier Winter (coord.), *La Fiscalía Europea*, Madrid: Marcial Pons, 2018, pp. 152-153.

[54] El artículo 31.5 del Reglamento refiere como tales que: "a) la asignación está incompleta o contiene algún error manifiesto importante; b) no cabe llevar a efecto la medida dentro del plazo establecido en la asignación por razones justificadas y objetivas; c) una medida alternativa y menos intrusiva alcanzaría los mismos resultados que la medida asignada, o d) la medida asignada no existe o no cabría recurrir a ella en un caso nacional similar en virtud de la legislación de su Estado miembro".

algunos autores, como Chloé Brière[55] y Rosa Morán[56], encuentran en cierta medida semejantes a los motivos de denegación del reconocimiento previstos en la Directiva sobre la Orden Europea de Investigación[57]. No obstante, el propio Reglamento establece una forma para solucionar posibles discrepancias entre los Fiscales Europeos Delegados atribuyendo esa función precisamente a las Salas Permanentes.

Así, en el caso de que en un plazo de siete días los Fiscales Europeos Delegados, tras consultar con el correspondiente Fiscal Europeo Supervisor, no se pusieran de acuerdo en la ejecución de la medida, y en los supuestos en los que el Fiscal Europeo Delegado asistente no haya ejecutado la medida prevista en el plazo establecido, corresponde a la Sala Permanente decidir si ha de ejecutarse la medida por el Fiscal Europeo Delegado asistente o si éste ha de ejecutar otra sustitutoria y en qué plazo[58]. En ese sentido, como apunta Chloé Brière[59], la Sala Permanente actúa como un "árbitro" que toma una decisión definitiva sobre el mantenimiento de la delegación o sobre la necesidad de ejecutar una medida alternativa, evitando así un bloqueo de la situación.

Por otra parte, éste es otro de los supuestos en que el Fiscal Europeo Supervisor está privado de su derecho de voto, precisamente para mantener la independencia como "árbitro" de la Sala Permanente[60].

---

55 Chloé Brière, "Le Parquet Européen: analyse critique d'une réussite tempérée par d'importants défis à relever", *Cahiers de Droit Européen* 55 (n.º 1) (2019), pp. 149 y ss.

56 Rosa Ana Morán Martínez, "Investigaciones transfronterizas y cooperación judicial internacional en la Fiscalía Europea", *Revista del Ministerio Fiscal* 9 (2020), p. 34.

57 Relacionados en el artículo 11 de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

58 Artículo 31.5 a 7 del Reglamento.

59 *Op. cit.*

60 Artículo 10.9 del Reglamento.

En definitiva, las Salas Permanentes evitan el posible bloqueo y retraso de las investigaciones por discrepancias en la ejecución de medidas que han de practicarse en otro Estado Miembro, asegurando el buen fin del procedimiento.

3.3. Aseguramiento del cumplimiento de las orientaciones generales del Colegio

Como ya indicábamos anteriormente, el Colegio es el órgano encargado de establecer la política de la Fiscalía Europea en materia de investigación y ejercicio de la acción penal y de definir una estrategia coherente en ese ámbito. En ese sentido, le corresponde adoptar decisiones sobre cuestiones estratégicas y sobre cuestiones generales surgidas en casos concretos.

Sin embargo, el establecimiento de esta coherencia exige la ineludible participación de las Salas Permanentes.

Así, es en su seno, con motivo de la supervisión de casos particulares, donde se detectan cuestiones que pueden afectar con carácter general a las investigaciones de la Fiscalía Europea y, por ello, el Reglamento les atribuye la función de someter al Colegio dichas cuestiones con el fin de que éste pueda adoptar las decisiones correspondientes[61]. En concreto, esta información se transmite por el Presidente de la correspondiente Sala, pudiendo someter una propuesta al respecto[62].

Son, además, estos órganos quienes pueden examinar si en los concretos procedimientos se han cumplido las orientaciones generales dadas por el Colegio e, incluso, como ya hemos visto, están facultados para dar instrucciones al Fiscal Europeo Delegado encargado cuando sea necesario, entre otras cuestiones, para garanti-

---

61 Artículo 10.4 c) del Reglamento.

62 Artículos 5 y 21 del Reglamento Interno de la Fiscalía Europea.

zar el funcionamiento coherente de la Fiscalía Europea.

En definitiva, como advertíamos al principio y destaca el Reglamento[63], es a las Salas Permanentes a las que corresponde garantizar la coherencia de las actividades de la Fiscalía Europea.

4. Conclusiones

Como hemos destacado a lo largo de este artículo, con la definitiva estructura de la Fiscalía Europea se han otorgado muy relevantes funciones a las Salas Permanentes.

Así, las Salas Permanentes reflejan la excepcionalidad de la Fiscalía Europea, como único órgano supranacional con potestades para investigar y llevar a juicio a los partícipes en los delitos de su competencia, y su característica esencial, la independencia. En efecto, como hemos expuesto, la atribución de la supervisión y dirección de un procedimiento a una Sala Permanente constituida por tres Fiscales Europeos procedentes de Estados Miembros distintos de aquél en que se tramita evita su excesiva vinculación, e incluso la apariencia de ésta, con dicho Estado.

Por otra parte, como hemos señalado, las Salas Permanentes juegan igualmente un papel fundamental en el objetivo de la Fiscalía Europea de superar las dificultades de las investigaciones transfronterizas al resolver las eventuales discrepancias que surjan en relación con medidas que hayan de practicarse en un Estado Miembro distinto de aquél en que se tramite el procedimiento, evitando el bloqueo de las investigaciones, y al decidir, con base en los criterios establecidos en el Reglamento, en qué Estado Miembro va a tramitarse un procedimiento, evitando así conflictos de jurisdicción entre los Estados Miembros.

---

[63] Considerando 25 del Reglamento.

Finalmente, corresponde igualmente a las Salas Permanentes detectar y elevar al Colegio aquellas cuestiones generales que surjan de casos particulares con el fin de que éste pueda establecer orientaciones generales y criterios uniformes y asegurar el cumplimiento de los mismos dando al efecto, en su caso, las instrucciones correspondientes.

En definitiva, las Salas Permanentes han de jugar un esencial papel en la consecución de los objetivos de la Fiscalía Europea de mejorar la protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea superando la fragmentación de las investigaciones en los delitos transfronterizos y estableciendo una política uniforme en la investigación y el ejercicio de la acción penal en el ámbito de su competencia que genere una protección equivalente de los intereses financieros de la Unión en todos los Estados Miembros.

PÁGINA INTENCIONALMENTE DEIXADA EM BRANCO.

AS RELAÇÕES DA PROCURADORIA EUROPEIA COM OS SEUS PARCEIROS

JOANA AMARAL RODRIGUES

Professora Auxiliar Convidada da Faculdade de Direito
da Universidade Católica (Escola de Lisboa)
Advogada

1. Introdução

O Regulamento (UE) 2017/1939[1], com os seus 121 considerandos e 120 artigos destinados a dar execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia, suscita inú-

[1] Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017, que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia (JO L 283, de 31.10.2017).

meras questões e continuará a ser fonte de debate nas esferas judiciária e académica.

Essa problematização é, na verdade, conforme com a ambição deste projeto – o de criação de um órgão da União com competência para "*investigar, instaurar a ação penal e deduzir acusação e sustentá-la na instrução e no julgamento contra os autores e seus cúmplices nas infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União*" (artigo 4.º), tal como previstas na "Diretiva PIF"[2] –, cujos trabalhos embrionários datam de há cerca de 25 anos[3], demonstrativos da complexidade do empreendimento jurídico-institucional.

Cabendo-nos abordar os aspetos institucionais da Procuradoria Europeia, constata-se que, sob esta temática geral, é possível enunciar um número considerável de questões: desde logo, os aspetos institucionais de dimensão propriamente interna, essencialmente materializados no Capítulo III do Regulamento (e que convocam,

---

[2] Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal (JO L 198, de 28.7.2017).

[3] O Ministério Público Europeu começou a ganhar forma no *Corpus Juris*, em primeira versão de 1997 – cfr. Mireille Delmas-Marty (dir.), *Corpus Juris, introducing provisions for the purpose of the financial interests of the European Union* / *Corpus Juris, portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l' Union européenn*, Paris: Economica, 1997; Mireille Delmas-Marty / J.A.E. Vervaele (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States* / *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États Membres*, Antwerpen, Groningen, Oxford: Intersentia, 2000-2001. O *Corpus Juris*, pese embora a sua relevância e o aturado estudo que lhe serviu de base, nunca passou do papel. Mas foi inquestionavelmente decisivo, na medida em que foi simultaneamente impulsionador do debate e fonte de inspiração dos trabalhos da Comissão nos anos seguintes (que viriam a condicionar decisivamente o texto do atual artigo 86.º do TFUE). Uma síntese do *Corpus Juris* e das suas propostas fundamentais, bem como da evolução do debate até à consagração da Procuradoria Europeia no artigo 86.º do TFUE, pode ser encontrada em Joana Amaral Rodrigues, *Um Ministério Público Europeu: algures entre o optimismo e a resistência? Da protecção dos interesses financeiros comunitários às possibilidades de desenho do novo órgão*, Coimbra: Almedina, 2012, respetivamente em pp. 83-108 e pp. 109-158.

por exemplo, os temas que relevam da estrutura da Procuradoria Europeia); mas também, noutra perspetiva, os aspetos institucionais de *dimensão externa*, assentes nas relações da Procuradoria com os seus "parceiros", tal como disciplinadas, designadamente, no Capítulo X do Regulamento[4]. Daremos especial atenção a esta última dimensão, em particular às relações da Procuradoria com o Organismo Europeu de Luta Antifraude, a Eurojust e os Estados-Membros (EM) da União que não participam na cooperação reforçada.

Como unir todas as peças deste complexo *puzzle* institucional, sobretudo considerando a geometria variável que vingou, com a Procuradoria instituída em cooperação reforçada e Estados-Membros não participantes, e bem assim a pré-existência, respetivos mandatos e experiência acumulada de outros intervenientes na "luta contra a fraude"?

2. Relações com o OLAF

O Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF) e a Procuradoria Europeia têm em comum uma competência centrada na proteção dos interesses financeiros da União, convergindo no objetivo da *luta contra a fraude* lesiva desses interesses[5]. Todavia, para além

---

[4] Para uma análise exaustiva dos artigos 99.º a 105.º do Regulamento, Hans-Holger Herrnfeld / Dominik Brodowski / Christoph Burchard, *European Public Prosecutor's Office: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Oxford: Nomos, Beck, Hart, 2020, pp. 579-643.

[5] Sobre as relações da Procuradoria com o OLAF, cfr., designadamente, Dominik Brodowski, "Article 101", in Hans-Holger Herrnfeld / Dominik Brodowski / Christoph Burchard (eds.), cit., pp. 595-610; Anne Weyembergh / Chloé Brière, "The future cooperation between OLAF and the European Public Prosecutor's Office", *New Journal of European Criminal Law* 9 (n.º 1) (2018), pp. 291-299; Anne Weyemberg / Inés Armada / Chloé Brière, *The inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area*, Study for the LIBE Committee, 2014, disponível em: https://www.europarl.europa.eu/

dos aspetos distintivos respeitantes ao tempo e modo da sua criação institucional, e respetiva implementação – o OLAF foi instituído, há mais de 20 anos, pela Decisão da Comissão de 28 de abril de 1999, substituto da Unidade de Coordenação da Luta Antifraude (UCLAF)[6] –, é possível sublinhar concretas notas diferenciadoras.

Por um lado, o OLAF pertence ao que Weyembergh e Brière têm identificado de "*administrative track*", ao passo que a Procuradoria pertence ao "*criminal justice track*"[7]. As competências do OLAF cingem-se a investigações de cariz administrativo – está em causa uma resposta administrativa à fraude, corrupção e infrações conexas lesivas dos interesses financeiros da União, abrangendo-

RegData/etudes/STUD/2014/510000/IPOL_STU(2014)510000_EN.pdf [última consulta: 31.10.2022]; Angelo Marletta, "Interinstitutional Relationship of European Bodies in the Fight against Crimes Affecting the EU's Financial Interests", *eucrim* 3/2016, pp. 141-144.

[6] Cfr. Decisão da Comissão de 28 de abril de 1999, que institui o OLAF (1999/352/CE, CECA, Euratom). Em 25 de maio de 1999, foram aprovados o Regulamento (CE) n.º 1073/99 do Parlamento e do Conselho e o Regulamento (Euratom) n.º 1074/99 do Conselho relativos aos inquéritos efetuados pelo OLAF, tendo-lhe sido atribuída, logo nessa origem, a função de exercer as competências da Comissão em matéria de inquéritos administrativos externos – nos EM ou em países terceiros, em conformidade com os acordos de cooperação em vigor –, bem como a função de efetuar inquéritos administrativos internos (independentes), no seio das instituições, órgãos e organismos comunitários; isto no respeitante à fraude, corrupção e outras atividades ilegais lesivas dos interesses financeiros comunitários. Em 2013, o OLAF viu o seu quadro jurídico reforçado com a aprovação do Regulamento n.º 883/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de setembro de 2013, relativo aos inquéritos efetuados pelo OLAF, revogando os anteriores Regulamentos n.º 1073/1999 e n.º 1074/1999 (JO L 248, 18.9.2013). Veja-se ainda, com importância, o Regulamento (Euratom, CE) n.º 2185/96 do Conselho, de 11 de novembro de 1996, relativo às inspeções e verificações no local efetuadas pela Comissão para proteger os interesses financeiros das Comunidades Europeias contra a fraude e outras irregularidades (JO L 292, de 15.11.1996) e o Regulamento (CE, Euratom) n.º 2988/95 do Conselho, de 18 de dezembro de 1995, relativo à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias (JO L 312, de 23.12.1995).

[7] Anne Weyembergh / Chloé Brière, "The future cooperation…", cit., *passim*.

-se tanto crimes, como irregularidades. Por outro lado, à Procuradoria compete investigar, instaurar a ação penal e deduzir acusação e sustentá-la na instrução e no julgamento, uma resposta de cariz matricialmente penal, visando em primeira linha (isto é, sem prejuízo do alargamento da sua competência material) as infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União tal como previstas na Diretiva PIF.

Também os respetivos poderes, designadamente em matéria de investigação, são muito diversos. Nos termos do Regulamento relativo aos inquéritos efetuados pelo OLAF (Regulamento n.º 883/2013), este efetua, por um lado, *inspeções* e *verificações no local* nos Estados-Membros (incluindo nos não participantes na instituição da Procuradoria) e, sob certas condições, em países terceiros, bem como nas instalações de organizações internacionais – os designados *inquéritos externos*, previstos no artigo 3.º do seu Regulamento; por outro, realiza *inquéritos internos* (previstos no artigo 4.º) nas instituições, órgãos, organismos e agências europeus (incluindo, noutra dimensão relacional, aqui como destinatária da ação do OLAF, na própria Procuradoria).

No âmbito desses inquéritos, estando prevista a possibilidade de ouvir "uma pessoa em causa" (suspeito, bem entendido) ou uma testemunha em qualquer momento durante o inquérito, e mais estando previstas medidas para garantir o acesso a instalações e documentos (cfr., designadamente, artigos 3.º e 4.º[8]), o Organis-

[8] Note-se, todavia, que os poderes do OLAF se encontram ainda dispersos por numerosa legislação setorial. Veja-se, nesse sentido, Michele Simonato, "OLAF Investigations in a Multi-Level System. Legal obstacles to Effective Enforcement", *eucrim* 3/2016, p. 137: "[o] quadro jurídico da UE não contém um código exaustivo dos poderes do OLAF; ao invés, é o resultado estratificado de diferentes disposições. A proteção dos interesses financeiros da União ('domínio PIF') é de natureza horizontal, abrangendo diferentes áreas das políticas da UE (agricultura, fundos estruturais, direitos aduaneiros, etc.). Os instrumentos horizontais adotados no domínio PIF (nomeadamente os relativos aos inquéritos do OLAF) não substi-

mo procura reunir provas de acusação e de defesa. Os inquéritos pretendem-se realizados de forma objetiva e imparcial, no respeito do princípio da presunção de inocência e das (parcas) garantias processuais previstas no Regulamento do OLAF, designadamente o direito à não autoincriminação (cfr. artigo 9.º). A Procuradoria Europeia, por sua vez, tem poderes de investigação muito mais abrangentes (veja-se, em catálogo mínimo, o artigo 30.º do Regulamento da Procuradoria), como é próprio de um órgão de ação penal, ainda que dependente, numa relevante extensão, do direito processual penal nacional dos Estados-Membros, que também dita as garantias processuais associadas[9].

A diferenciação dos seus poderes é ainda evidente uma vez terminada a fase de investigação[10]. No termo de um inquérito realizado pelo OLAF, é elaborado um relatório, que designadamente integra os factos comprovados e a sua qualificação jurídica preliminar, o im-

---

tuíram os instrumentos setoriais anteriormente adotados em cada área de política: ao invés, fazem algumas referências aos instrumentos existentes por forma a especificar o conteúdo das disposições gerais horizontais [nota nossa: cfr. artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento OLAF]. Acresce que os poderes do OLAF não são determinados de forma plena pelo direito da União, mas frequentemente remetem para as normas nacionais" (tradução nossa). De relevar, ainda, que o OLAF não dispõe de meios coercivos, pelo que o artigo 3.º, n.º 5, do Regulamento OLAF, prevê que "a autoridade competente do Estado-Membro em causa presta, sem demora injustificada, ao pessoal do Organismo a assistência necessária para o *exercício efetivo* das suas competências".

[9] Sobre a questão, Pedro Caeiro / Joana Amaral Rodrigues, "A European contraption: reflections on the relationship between the competence of the EPPO and the scope of Member States' jurisdiction over criminal matters", in Katalin Ligeti / Maria João Antunes / Fabio Giuffrida (eds.), *The European Public Prosecutor's Office at launch. Adapting National System, Transforming EU Criminal Law*, Milan: Wolters Kluwer / CEDAM, 2020, pp. 57-83; Michiel Luchtman / John Vervaele, "European Agencies for Criminal Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office)", *Utrecht Law Review*, 10 (n.º 5) (2014), pp.132-150.

[10] Assinalando-o, Anne Weyembergh / Chloé Brière, "The future cooperation…", cit., p. 69.

pacto financeiro estimado, o respeito das garantias processuais (tal como limitadamente previstas no artigo 9.º) e as conclusões do inquérito, o qual é acompanhado de *recomendações* sobre o seguimento que lhe deverá ser dado (artigo 11.º). Estas recomendações indicam eventuais medidas disciplinares, administrativas, de recuperação financeira e/ou judiciais a tomar, conforme o caso, *pelas instituições, órgãos, organismos e agências e pelas autoridades competentes dos Estados-Membros em causa.*

Do exposto resulta que o OLAF não tem poderes de direta promoção de um processo criminal, nem mesmo de um processo sancionatório administrativo – não tem, pois, verdadeiros poderes de *enforcement*, já que a decisão de iniciar um processo penal, contraordenacional, ou de outra natureza (por exemplo, disciplinar), mantém-se na exclusiva dependência das autoridades nacionais[11]. Aliás, já tem sido apontado que o seguimento judicial das recomendações do OLAF se tem revelado um verdadeiro "calcanhar de Aquiles"[12]. São muito diferentes, em comparação, os poderes da Procuradoria quando se confrontam as disposições do Capítulo V ("Regras processuais aplicáveis às investigações, medidas de investigação, ação penal e alternativas à ação penal") do respetivo Regulamento. E assim é necessariamente, atenta a sua função, vertida no artigo 86.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e concretizada no Regulamento, de "investigar, processar judicialmente e levar a julgamento", "exerce[ndo], perante os órgãos jurisdicionais competentes dos Estados-Membros, a ação pública relativa [às infrações lesivas dos interesses financeiros da União]".

---

[11] Michele Simonato, "OLAF Investigations in…", cit., p. 137, mencionando que essa falta de poderes pode levar à consideração do OLAF como um "*toothless tiger*", contrapõe com a possível severidade das consequências da sua investigação.

[12] Nesse sentido, Anne Weyemberg / Inés Armada / Chloé Brière, "The inter-agency cooperation…", cit., p. 32; também assim, Angelo Marletta, "Interinstitutional Relationship of…", cit., p. 143.

Assim, apesar de se tratar de duas criações institucionais da União, que convergem num objetivo comum de resposta contra a fraude lesiva dos seus interesses financeiros, estamos perante dois figurinos estruturalmente diferentes, com mandatos distintos, e inclusive com uma competência territorial distinta[13]. Ainda assim, os riscos de sobreposição não são despiciendos, preocupação que o legislador europeu quis neutralizar, pelo menos em perspetiva de *law in books*, através da definição de regras destinadas a assegurar uma intervenção complementar (e não conflituante). Isto sem prejuízo de o OLAF manter os seus plenos poderes nos "casos PIF" em que a Procuradoria não tem competência (porque estão em causa irregularidades ou crimes que permanecem na competência dos Estados-Membros), não exerce a sua competência ou que envolvam Estados-Membros não participantes.

O Regulamento da Procuradoria, no seu artigo 101.º, prevê os termos da relação com o OLAF, que qualifica como "estreita" e "baseada na cooperação *mútua* no âmbito dos respetivos mandatos e no intercâmbio de informações", visando, em especial, "assegurar que são utilizados todos os meios disponíveis para proteger os interesses financeiros da União, através da complementaridade [ideia-chave] e do apoio do OLAF à Procuradoria" (cfr. n.º 1). O Regulamento do OLAF, por sua vez, foi alterado no final de 2020, por forma a "espelhar" – nesse quadro normativo específico, que o Regulamento da Procuradoria não poderia unilateralmente alterar – essas disposições de relacionamento[14]. Vejamos as linhas de força

---

[13] Sinaliza-o Dominik Brodowski, "Article 101", cit., p. 601: "nem todos os Estados-Membros participam na Procuradoria", pelo que "a competência territorial do OLAF (…) é mais abrangente e cobre toda a área da União" (tradução nossa).

[14] Cfr. Regulamento (UE, Euratom) 2020/2223 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de dezembro de 2020, que altera o Regulamento (UE, Euratom) n.º 883/2013 no que respeita à cooperação com a Procuradoria Europeia e à eficácia dos inquéritos do OLAF (JO L 437, de 28.12.2020). O Regulamento do

desse referido relacionamento, reportando-nos, necessariamente, tão só aos seus eixos essenciais.

Para além do intercâmbio de informação, com a Procuradoria a ter acesso indireto, com base num sistema "respostas positivas/negativas", às informações registadas no sistema de gestão de processos do OLAF (em que a correspondência entre os dados de um e outro sistema espoleta o intercâmbio de informação – cfr. o n.º 5 do referido artigo 101.º), destaca-se que a Procuradoria pode solicitar ao OLAF que apoie ou *complemente* a sua atividade, nomeadamente (i) fornecendo informações, análises (incluindo forenses), conhecimento especializado e apoio operacional, (ii) facilitando a coordenação de ações específicas das autoridades administrativas nacionais competentes e dos órgãos da União e (iii) conduzindo inquéritos administrativos a pedido da Procuradoria (n.º 3).

Mais se sublinha, pela sua particular importância, a definição de uma regra de precedência da atuação da Procuradoria Europeia, segundo a qual sempre que a Procuradoria conduza uma investigação criminal, o OLAF não abre qualquer inquérito administrativo paralelo sobre os mesmos factos (n.º 2); e interrompe mesmo um inquérito eventualmente em curso (cfr. artigo 12.º-D, n.º 1, do Regulamento OLAF). Estão todavia contempladas exceções: a Procuradoria pode, como referido, solicitar, ela mesma, o apoio do OLAF na condução de inquéritos administrativos e o OLAF pode, em determinadas circunstâncias específicas, por sua iniciativa, realizar inquéritos complementares (leia-se, paralelos) tendo em vista medidas não-penais (cfr. artigo 12.º-F do Regulamento OLAF, sem correspondência

---

OLAF, na sua mais recente e consolidada versão, dá corpo a estes princípios fundamentais, em especial nos seus artigos 12.º-C ("Denúncia de conduta criminosa à Procuradoria Europeia"), 12.º-D ("Não duplicação de investigação"), 12.º-E ("Apoio do Organismo à Procuradoria Europeia"), 12.º-F ("Inquéritos complementares"), 12.º-G ("Modalidades de cooperação e intercâmbio de informações com a Procuradoria Europeia").

no Regulamento da Procuradoria). E está igualmente previsto que a Procuradoria forneça ao OLAF informações sobre os casos em que tenha decidido não promover uma investigação ou os casos que tenha arquivado, a fim de permitir que o OLAF pondere as medidas administrativas subsequentes adequadas (para efeitos, portanto, de uma sua intervenção subsidiária – cfr. o n.º 4 do artigo 101.º do Regulamento da Procuradoria).

Os regulamentos, para suportar estas soluções, referem-se à necessidade de "evitar a sobreposição de esforços" (cfr., por exemplo, considerando 103 do Regulamento da Procuradoria), num aparente argumento de eficiência. No entanto, a doutrina vem notando que este risco de sobreposição se prende com uma hipótese de violação do princípio *ne bis in idem*[15], atenta a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), acompanhada no essencial pela jurisprudência Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que vêm relevando, a partir dos critérios *Engel* e *Bonda*[16], a natureza materialmente criminal de certos processos de feição administrativa.

As regras de precedência e cooperação definidas, ainda que associadas à possibilidade de inquéritos complementares (paralelos) do OLAF sob certas condições, afiguram-se, pelo menos em perspetiva teórica, de molde a fazer cumprir as exigências de "*complementaridade*" estrita exigidas, pela jurisprudência do TEDH e do TJUE em

---

[15] Nesse sentido, Anne Weyembergh / Chloé Brière, "The future cooperation…", cit., p. 72; e Dominik Brodowski, "Article 101", cit., pp. 601-603.

[16] Cfr. Acórdão do TEDH, *Engel e o. c. Noruega*, n.os 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, de 8.6.1976; Acórdão do TJUE, de 5.6.2012, *Bonda* (C-489/10). O TJUE voltaria a recuperar o critério *Bonda* em *Fransson* (C-617/10), *Menci* (C-524/15) e *Garlson* (C-537/16), concluindo, nestes últimos dois casos, pela efetiva natureza penal da sanção e do procedimento reconhecidos como "administrativos" pelo direito interno, e daí pela aplicabilidade do *ne bis in idem*, deixando o primeiro caso para decisão pelo órgão jurisdicional de reenvio.

matéria de *ne bis in idem* (na vertente *bis*), para a admissibilidade da duplicação de investigações/procedimentos – pense-se nos Acórdãos *A e B c. Noruega* e *Menci*[17]. No entanto, só a *praxis* poderá verdadeiramente revelar se esta complementaridade é efetiva, reveladora de um "*todo coerente*", e isenta de crítica jurisprudencial.

Note-se, para efeitos de compreensão da regra de precedência acima referida, que os instrumentos não concretizam o que sejam "*os mesmos factos*" (*idem*). Apenas se refere, nos considerandos[18], que para efeitos da aplicação do requisito de não duplicação das investigações, a noção de "mesmos factos" deverá ser considerada à luz da jurisprudência do TJUE acerca do princípio *ne bis in idem*. Ou seja, que o critério relevante será o da identidade dos factos materiais, entendido como a existência de um conjunto de *circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas no tempo e no espaço*. Recorde-se, com efeito, o critério fixado no *leading case Van Esbroeck*, em sede de aplicação do artigo 54.º da Convenção de Aplicação do Acordo Schengen, que em *Mantello* o Tribunal veio estender também ao domínio de interpretação do princípio *ne bis in idem* enquanto motivo de não execução obrigatória do Mandado de Detenção Europeu; e que mais tarde, em *Menci*, estendeu à dimensão do princípio enquanto direito fundamental previsto no artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (todos,

---

[17] Acórdão do TEDH, *A. e B. c. Noruega*, n.os 24130/11 e 29758/11, de 15.11.2016; Acórdão do TJUE, de 20.3.2018, *Menci* (C-524/15). Quanto a este último, refira-se que no mesmo dia foram proferidos outros dois Acórdãos em matéria de *ne bis in idem*: Acórdão do TJUE, de 20.3.2018, *Garlsson* (C-537/16) e Acórdão do TJUE, de 20.3.2018, *Di Puma* (C-596/16 e C-597/16). Em ambos os casos o TJUE admitiu, como afirmação de princípio, a possibilidade de uma duplicação de procedimentos e sanções, na condição de a implicada restrição ao *ne bis in idem* poder ser considerada compatível com a pauta de proporcionalidade prevista no artigo 52.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

[18] Especificamente, no considerando 10 do referido Regulamento 2020/2223, que altera do Regulamento n.º 883/2013.

no que aqui releva, incidindo sobre o segmento do *idem* enquanto "conceito autónomo" de direito da União)[19].

Poderá antever-se algumas dificuldades no reconhecimento dos específicos contornos desta *identidade*, tal como se tem experienciado, também no contexto nacional, na relação entre o Ministério Público e as autoridades administrativas com competências sancionatórias, com vários casos já apreciados nos tribunais europeus (em matéria, por exemplo, fiscal ou bancário-financeira). A articulação entre o OLAF e a Procuradoria, no intercâmbio de informação, será, também para este efeito, de importância crítica.

Concluindo, diríamos, com Weyembergh e Brière[20], que a criação de uma Procuradoria Europeia competente no âmbito da investigação e ação penal no "domínio PIF" não significa que o OLAF tenha perdido o seu lugar, não só porque a relevância do OLAF para a proteção dos interesses financeiros da União se mantém, dada a importância da complementaridade de ambas as "vias" (administrativa e criminal), mas também porque a Procuradoria se veio a instituir em cooperação reforçada, com Estados-Membros não participantes mas abrangidos pela competência deste Organismo.

3. Relações com a Eurojust

Às relações entre a Procuradoria Europeia e a Eurojust dedica-se o artigo 100.º do Regulamento 2017/1939, a ler em conjugação

---

[19] Cfr., respetivamente, Acórdão do TJUE, de 9.3.2006, *Van Esbroeck* (C-436/04), Acórdão do TJUE, de 16.11.2010, *Mantello* (C-261/09), Acórdão do TJUE, de 20.3.2018, *Menci* (C-524/15). Para uma análise desta jurisprudência, permitimo-nos remeter para Joana Amaral Rodrigues, "Relações entre a Convenção e o direito penal europeu", in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Volume I, Lisboa: UCE, 2019, pp. 200 e ss., com referências.

[20] Anne Weyembergh / Chloé Brière, "The future cooperation…", cit., p. 81.

com as disposições "espelho" do Regulamento 2018/1727 ("Regulamento Eurojust") e com o acordo de cooperação entretanto celebrado[21]. Logo o inaugural artigo 3.º do Regulamento da Procuradoria, depois de estabelecer que esta é instituída como um órgão da União e tem personalidade jurídica, consagra que a Procuradoria "*coopera com a Eurojust e conta com o seu apoio*", o que bem demonstra a centralidade desta relação.

Note-se que o TFUE, no artigo 86.º, consagra a instituição da Procuradoria "a partir da Eurojust", uma expressão claramente ambígua, e que o atual Regulamento interpreta do seguinte – e algo esvaziado – modo: "a Procuradoria Europeia deverá ser instituída a partir da Eurojust, o que implica que o presente regulamento deverá estabelecer uma estreita relação entre ambas baseada na cooperação mútua" (considerando 10). Na verdade, tem-se notado que nenhum dos textos aprovados estabelece uma Procuradoria "*a partir da Eurojust*", mas antes optam por criá-la e assentá-la numa especial relação com este parceiro[22].

A Eurojust – também pertencente ao "*criminal justice track*", para voltar a usar a expressão de Weyembergh e Brière –, criada

---

[21] Regulamento (UE) 2018/1727 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, que cria a Agência da União Europeia para a Cooperação Judiciária Penal (Eurojust), e que substitui e revoga a Decisão 2002/187/JAI do Conselho (JO L 295, 21.11.2018); e *Working Arrangement between EPPO and Eurojust*, disponível em: https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-02/Working-Arrangement-Eurojust-EPPO.pdf *[último acesso: 31.10.2022]*. Sobre as relações entre a Procuradoria Europeia e a Eurojust, cfr., designadamente, Dominik Brodowski, "Article 100", in Hans-Holger Herrnfeld / Dominik Brodowski / Christoph Burchard (eds.), cit., pp. 583-595; Jorge A. Espina Ramos, "The Relationship Between Eurojust and the European Public Prosecutor's Office", in Lorena Bachmaier Winter (ed.), *The European Public Prosecutor's Office: The Challenges Ahead*, Cham: Springer, 2018, pp. 87-101; Filippo Spiezia, "The European Public Prosecutor's Office: How to Implement the Relations with Eurojust?", *eucrim* 2/2018, pp. 130-137.

[22] Nestes termos, Jorge A. Espina Ramos, "The Relationship Between…", cit., p. 99.

em 2002, tem por função apoiar e reforçar a coordenação e a cooperação entre os ministérios públicos nacionais no que se refere aos crimes graves que sejam da respetiva competência material (cfr. artigo 3.º), caso esses crimes afetem dois ou mais Estados-Membros, ou exijam uma ação penal em bases comuns (artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento Eurojust; artigo 85.º do TFUE), facilitando, por via da sua intervenção, a investigação e ação penal conduzidas ao nível nacional. A Eurojust tem as suas funções operacionais definidas no artigo 4.º do seu Regulamento, destacando-se, para além de funções de assistência, cooperação e coordenação (n.º 1), a possibilidade de solicitar às autoridades competentes dos Estados-Membros que, entre o mais (n.º 2), efetuem investigações sobre atos específicos ou instaurem ações penais concretas, se coordenam entre si, constituam equipas de investigação conjunta, mais arbitrando a Eurojust conflitos de jurisdição (ainda, n.º 4). A Eurojust atua através de membros nacionais (sem prejuízo de intervenção colegial – cfr. artigo 5.º), com o estatuto de procurador, juiz ou equivalente (artigo 7.º, n.º 4), com competências definidas no artigo 8.º[23] e acesso aos registos nacionais nos termos do artigo 9.º.

A Eurojust tem a sua competência material orientada às formas graves de criminalidade, incluindo-se no elenco os "crimes contra os interesses financeiros da União", pelo que existe aqui, bem como no domínio das infrações indissociavelmente ligadas, potencial de sobreposição entre a Eurojust e a Procuradoria.

Quanto, pois, às suas relações recíprocas, o artigo 100.º do Regulamento da Procuradoria, depois de adjetivar essa relação de

---

[23] Como sinaliza Dominik Brodovski, cit., os membros da Eurojust normalmente não conduzem investigações eles mesmos, mas ao invés facilitam a troca de informações, a emissão e execução de pedidos de auxílio judiciário mútuo ou de reconhecimento mútuo e procuram resolver as dificuldades que resultam de situações transnacionais.

"estreita" e "baseada na cooperação mútua", di-la assente no desenvolvimento de três tipos de laços: operacionais, administrativos e de gestão (n.º 1).

Relativamente ao *link* operacional (n.º 2), a Procuradoria pode associar a Eurojust às suas atividades relativas a processos *transfronteiriços*, incluindo: a) partilhando informações sobre as suas investigações; b) convidando a Eurojust ou os seus membros nacionais a prestarem apoio na transmissão das suas decisões ou pedidos de auxílio judiciário mútuo a Estados-Membros da União que sejam membros da Eurojust, *mas que não participem na instituição da Procuradoria*, ou a *países terceiros*, bem como a prestarem apoio na execução de tais decisões ou pedidos *nesses Estados-Membros não participantes ou em países terceiros*.

Desde um ponto de vista de partilha de informação (n.º 3), a Procuradoria tem acesso indireto, com base num sistema de respostas positivas/negativas, às informações registadas no sistema de gestão de processos da Eurojust (em que sempre que seja detetada uma correspondência entre os dados de um e outro sistema, é subsequentemente promovido o intercâmbio de informação), mais se estabelecendo – materializando uma cooperação que deverá ser mútua – a reciprocidade do acesso pela Eurojust.

O Regulamento não concretiza a que se reportam os laços administrativos e de gestão, mas o n.º 4 do artigo 100.º estatui que a Procuradoria pode contar com o apoio e os recursos da administração da Eurojust, e que a Eurojust pode prestar serviços de interesse comum à Procuradoria (não obstante as suas sedes geograficamente distantes, Haia e Luxemburgo). A proposta da Comissão especificava, no texto do regulamento, os concretos serviços a serem prestados pela Eurojust à Procuradoria, mas o regulamento é agora omisso, deixando a regulação dessa gestão para acordo de cooperação.

O Regulamento da Procuradoria é, no mais, algo lacónico na forma como disciplina as relações entre a Procuradoria e a Eurojust. É no Regulamento Eurojust que encontramos previsões com maior potencial de esclarecimento – este instrumento, aprovado

em 2018, foi já negociado com o Regulamento da Procuradoria em perspetiva e contém uma mais abrangente previsão das relações entre ambos, em especial no que toca às suas esferas de intervenção.

Como regra geral, a Eurojust é genericamente competente e *pode exercer* a sua competência também relativamente a infrações PIF, desde estas "lesem dois ou mais Estados-Membros, ou exijam uma ação penal em bases comuns". E a Eurojust mantém-se plenamente competente relativamente às formas graves de criminalidade, incluindo quanto a crimes PIF, que afete *apenas* Estados-Membros não participantes na cooperação reforçada (cfr. considerando 5 do Regulamento Eurojust).

No entanto, em desvio à regra geral de competência, sempre que a Procuradoria ativa e exerce a sua competência, a Eurojust fica impedida de exercer a sua (artigo 3.º, n.º 1). Como refere Dominik Brodowski[24], na medida em que, neste caso, a investigação e ação penal já é centralizada num outro órgão da União, cuja intervenção por sua vez inibe as autoridades nacionais de exercerem a sua própria competência (cfr. artigo 25.º, n.º 1, aqui do Regulamento da Procuradoria), envolver a Eurojust traria mais complexidade sem ganho substancial. Não obstante, está previsto que sempre que a específica investigação conduzida pela Procuradoria envolva *(também) um Estado-Membro* que não participa na cooperação reforçada, então, nesse caso, a Eurojust intervém, a pedido desse Estado-Membro ou da Procuradoria Europeia (cfr. artigo 3.º, n.º 1, *in fine*).

Por outro lado, a Eurojust exerce ainda a sua competência em relação aos crimes que afetam os interesses financeiros da União, em casos que envolvem os Estados-Membros que participam na cooperação reforçada, mas em relação aos quais a Procuradoria não tem competência (a competência está definida como partilhada) ou

---

[24] Dominik Brodowski, "Article 100", cit., p. 587.

decide não a exercer (cfr., quanto a este ponto, essencialmente, o artigo 3.º, n.º 2) – nestes casos, a investigação e o exercício da ação penal mantém-se na plena esfera do Estado-Membro (uma vez que a competência da Procuradoria recuou), persistindo a possibilidade de intervenção da Eurojust. Mas nesta hipótese, a Eurojust, a Procuradoria Europeia e o Estado-Membro consultam-se mutuamente e cooperam entre si, o que se tem entendido como uma forma de a Procuradoria proteger a sua competência, especialmente em casos transnacionais complexos ou em casos em que apenas no decurso da investigação se torne evidente que a Procuradoria deve, afinal, exercer a sua competência, criando-se assim as condições para o garantir[25].

O artigo 50.º do Regulamento Eurojust replica, em grande medida, o artigo 100.º do Regulamento da Procuradoria, mas adita que a Eurojust trata sem demora injustificada os pedidos de apoio da Procuradoria Europeia e, se for caso disso, como se emanassem de uma autoridade nacional competente em matéria de cooperação judiciária (n.º 2). E mais enuncia que, no que se refere a questões operacionais relevantes para a competência da Procuradoria Europeia, a Eurojust informa a Procuradoria das suas atividades relativas a processos transfronteiriços e, se for caso disso, associa-a a elas, nomeadamente: a) partilhando com a Procuradoria informações sobre os seus processos, incluindo dados pessoais, em conformidade com as disposições aplicáveis do presente regulamento; e b) solicitando o apoio da Procuradoria Europeia (n.º 4).

Concluindo, novamente com Dominik Brodowski, "estas duas agências/órgãos devem juntar forças e criar uma estruturada relação de trabalho na investigação, sempre conscientes das suas próprias e específicas funções e enquadramento jurídico, ao invés de lutar por competências, protagonismo e recursos" [26]. Também Espina Ramos

---

[25] Cfr., neste sentido, *ibidem*, p. 588.

[26] Dominik Brodowski, "Article 100", cit., p. 589 (tradução nossa).

é de opinião que "a Procuradoria Europeia foi criada para poder fazer precisamente aquilo que a Eurojust não pode fazer: atuar direta e autonomamente em *casos PIF próprios* ["*EPPO-owned cases*"] (…). Assim, pressupõe uma estrutura vertical, desenhada para lidar operacionalmente com as investigações e ações penais enquanto *dominus* do caso, por oposição ao papel horizontal desempenhado pela Eurojust, focado na coordenação e em promover a cooperação" [27].

Na verdade, podemos afirmar que a Procuradoria é muito mais do que a Eurojust, mas também, num certo sentido, muito menos. Por um lado, muito mais porque é um verdadeiro órgão de investigação e ação penal (ainda que fortemente dependente do direito nacional, é certo). Mas por outro, muito menos, porque assente numa cooperação reforçada, com Estados-Membros a não participarem na sua instituição, e porquanto a respetiva competência está limitada, pelo menos por enquanto, a um núcleo muito mais restrito do que aquele correspondente à competência material da Eurojust, podendo afirmar-se persistir ainda muito espaço "competencial" deixado a esta.

Será interessante observar como as relações entre ambos se vão processar e o tipo de desafios que se vão manifestar – se numa lógica de complementaridade, como está suposto nos Regulamentos, ou de um certo "antagonismo concorrencial" que sempre esteve muito presente nas discussões sobre a mais-valia, ou não, da criação da Procuradoria em face da Eurojust[28].

Em nota final, sublinhamos que da análise dos catorze pareceres fundamentados dos Parlamentos nacionais, no âmbito do

---

[27] Jorge A. Espina Ramos, "The Relationship Between…", cit., p. 89 (tradução nossa).

[28] Para uma análise sobre a forma como a criação da Eurojust implicou, à data, no debate sobre a criação de um Ministério Público Europeu, Joana Amaral Rodrigues, *Um Ministério Público…*, cit., pp. 138 e ss.

controlo de subsidiariedade da proposta da Comissão[29], resulta que uma das objeções principais manifestada nessas pronúncias é, precisamente, não ter a Comissão demonstrado por que razão os mecanismos já existentes, assentes na articulação entre a ação dos Estados-Membros e a ação de órgãos já em funcionamento (Eurojust, Europol e OLAF) não é suficiente e mais eficaz quando comparada com a criação de um órgão supranacional. Vários Parlamentos assinalam que o potencial da Eurojust não estaria aprofundado e que esta poderia e deveria ser reforçada, num discurso, portanto, de alternativa à Procuradoria Europeia[30].

---

[29] A Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia [COM (2013) 534 final – 17.7.2013] foi objeto do único, até à data, "cartão amarelo" dirigido a propostas que relevam do Capítulo 4 do Título V do TFUE. Com efeito, a referida proposta foi alvo de catorze *pareceres fundamentados* dos Parlamentos nacionais, representando dezoito votos num total de cinquenta e seis, o suficiente para, nos termos do artigo 7.º, n.º 2, do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, desencadear a reanálise. A Comissão procedeu à reanálise da proposta, sintetizando as objeções e procurando dar-lhes resposta, mas decidiu mantê-la sem alterações – cfr. COM (2013) 851 final – 27.11.2013.

[30] Uma análise detalhada sobre os pareceres dos PN e a resposta da Comissão pode ser encontrada em Irene Wieczorek, "The EPPO Draft Regulation Passes the First Subsidiarity Test: An Analysis and Interpretation of the European Comission's Hasty Approach to National Parliament's Subsidiarity Arguments", *German Law Journal* 16 (n.º 5) (2015), pp. 1247-1270. Da leitura das várias pronúncias, parece-nos ser de concluir estar em causa a invocação de três grandes argumentos de subsidiariedade: a) que a Comissão não justifica adequadamente a proposta à luz das exigências procedimentais da subsidiariedade, sobretudo considerando as capacidades, efetivas e potenciais, dos mecanismos postos em prática; b) que não existe uma genérica insuficiência dos EM na *luta* contra a criminalidade lesiva dos interesses financeiros da União, sobretudo quando se perspetivam as medidas nacionais articuladas com os mecanismos de semi-integração postos em prática (OLAF, Eurojust e Europol); c) que a ação da União, através da implementação de um órgão supranacional, não tem mais-valia relativamente ao cenário existente, eventualmente reforçado (assim escrevemos em Joana Amaral Rodrigues, *O Direito Penal Europeu e a dupla subsidiariedade: competência penal da União Europeia, condições do seu exercício*

4. Relações com os Estados-Membros não participantes

Finalmente, cumpre dedicar uma palavra ao artigo 105.º do Regulamento, ou seja, às relações com os Estados-Membros da União que não participam na cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria[31], não estando consequentemente vinculados pelo Regulamento – atualmente, a Hungria, a Polónia, por enquanto a Suécia, bem como a Dinamarca e a Irlanda. Trata-se de realidade que a Comissão não contemplava na sua proposta de 2013, otimista de uma participação plena, entretanto não confirmada.

Os crimes abrangidos pela competência material da Procuradoria podem ter – e já se demonstrou terem[32] – uma forte conexão com um dos Estados-Membros não participantes. Todavia, o Regulamento não é vinculativo para estes Estados-Membros, não obstante estes estarem vinculados, conforme lembram os considerandos do Regulamento de acordo com o artigo 4.º, n.º 3, do TUE, ao dever de cooperação leal.

---

e compatibilidade com o paradigma da proteção subsidiária de bens jurídicos, Coimbra: Almedina, 2019, p. 254).

[31] Sobre as relações da Procuradoria com os EM não participantes, cfr., designadamente, Dominik Brodowski, "Article 105", in Hans-Holger Herrnfeld / Dominik Brodowski / Christoph Burchard, cit., pp. 635-643; Nicholas Franssen, "The future judicial cooperation between the EPPO and non-participating Member States", *New Journal of European Criminal Law* 9 (n.º 3) (2018), pp. 291-299; Constanza Di Francesco Maesa, "Repercussions of the Establishment of the EPPO via Enhanced Cooperation", *eucrim* 3/2017, pp. 156-160.

[32] Cfr. os dados do primeiro Relatório Anual da Procuradoria, revelando 48 casos com relação com os EM não participantes: *EPPO 2021 Annual Report*, p. 48, disponível em: https://www.eppo.europa.eu/en/documents?keywords=&category=19 [último acesso: 12.11.2022].

O artigo 105.º prevê a cooperação com a Procuradoria em dois níveis. Por um lado, a cooperação pode incluir a celebração de acordos, que incluam a troca de informação estratégica, o destacamento de agentes de ligação para a Procuradoria e a designação de pontos de contacto nestes Estados tendo em vista a facilitação da cooperação (foi já celebrado um acordo, com as autoridades da Hungria[33]). Num outro aspeto, que se nos afigura mais crucial, está a previsão da cooperação judiciária entre a Procuradoria e esses Estados-Membros não participantes, em concretos processos penais, estabelecendo-se no artigo 105.º, n.º 3, em primeira linha, um específico instrumento jurídico relativo à cooperação em matéria penal e de entrega entre a Procuradoria e as autoridades competentes dos Estados-Membros não participantes. Todavia, não obstante a Comissão estar interpelada para o propor[34], tal instrumento específico não surge no horizonte, estando as discussões (ainda) centradas na base jurídica adequada para o fundar, de entre os artigos 82.º, n.º 1, 86.º, n.º 3 e 325.º, n.º 4, do TFUE.

Na falta de um tal instrumento específico regulador dessa cooperação, e na medida em que o Regulamento da Procuradoria não vincula, como referido, os Estados-Membros não participantes, o n.º 3 do artigo 105.º abre uma alternativa com o objetivo de estabelecer a Procuradoria enquanto "autoridade competente" para efeitos dos instrumentos jurídicos *atualmente em vigor* no domínio da cooperação judiciária em matéria penal. Para o efeito, estatui-se que os Estados-Membros que participam na cooperação reforçada,

---

[33] Cfr. *Working Arrangement between EPPO and the Office of the Prosecutor General of Hungary*, disponível em: https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-04/Working_arrangement_Hungary.pdf [último acesso: 31.10.2022].

[34] Cfr. considerando 110 do Regulamento da Procuradoria e ainda a interpelação do Conselho em *Draft Regulation implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office - Draft Council Declarations* (9476/17).

estes vinculados pelo regulamento, devem unilateralmente notificar que a Procuradoria atuará enquanto *autoridade competente* para efeitos de execução dos atos da União aplicáveis em sede cooperação judiciária em matéria penal, nas suas relações com os Estados-Membros não participantes. Tal parece basear-se na ideia da Procuradoria enquanto "sucessor legal" das autoridades judiciárias nacionais quanto aos crimes da respetiva competência, ainda que tal se entenda duvidoso, na medida em que a Procuradoria não tem uma competência plena, exclusiva, nem mesmo em relação às infrações PIF[35] – vejam-se os artigos 22.º e 25.º do Regulamento.

Como contraponto, será expectável – é esse o objetivo da norma e o espírito do Regulamento – que os Estados-Membros não participantes, destinatários últimos dessa notificação, aceitem a designação e consequentemente aceitem a validade dos pedidos dirigidos pela Procuradoria, no quadro dos instrumentos de cooperação relevantes. Veremos se tal é, ou não, *whishful thinking*, sendo muito duvidosa a obrigatoriedade dessa aceitação exclusivamente fundada no dever de cooperação leal[36]; e é importante notar que os *working arrangements* que venham a ser celebrados não poderão, por si só, prever obrigações legais em matéria de cooperação judiciária que se sobreponham aos instrumentos em vigor.

Pense-se num exemplo prático para ilustrar, em traços largos, do que trata o artigo 105.º, n.º 3, perspetivando a Decisão Europeia de Investigação. Apesar de na Diretiva 2014/41/UE[37] se referir o "Estado de emissão" (a cuja definição a Procuradoria não cor-

---

[35] Assim, Nicholas Franssen, "The future judicial…", cit., p. 295.

[36] Concordamos com Nicholas Franssen, *ibidem*, quando afirma que os EM não participantes não podem obstaculizar ao funcionamento da Procuradoria, mas que é duvidoso que este genérico princípio seja uma base jurídica suficiente para os obrigar a cooperar com a Procuradoria num concreto "caso PIF".

[37] Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal (JO L 130, de 1.5.2014).

responde), as suas normas deverão, nos termos pressupostos pelo artigo 105.º do Regulamento, ser interpretadas como assumindo-se a Procuradoria enquanto "autoridade de emissão". Assim, prevendo o artigo 5.º da referida diretiva que a autoridade de emissão preenche uma decisão europeia de investigação e informa sobre "as disposições de direito penal do Estado de emissão aplicáveis", deverá interpretar-se o preceito como referindo-se à Procuradoria, enquanto autoridade de emissão competente, e ao direito do Estado-Membro cujo Procurador Europeu Delegado esteja encarregado da direção do processo nos termos do princípio base do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento.

Outro exemplo – pois o artigo 105.º, n.º 3, também se refere a *entrega* – é o da decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu[38], entendendo-se assim a Procuradoria, para efeitos da decisão-quadro, como "autoridade judiciária de emissão".

O desafio interpretativo – "onde se lê, deve ler-se" – é manifesto se pensarmos nos múltiplos instrumentos potencialmente em causa: cada instrumento da União convocável deverá ser interpretado como referindo-se à Procuradoria Europeia, nas respetivas menções ao *Estado-Membro/autoridade de emissão*, e mais se referindo, nas remissões para o direito nacional, ao direito nacional do Estado-Membro cujo Procurador Europeu Delegado esteja encarregado da direção do processo.

Em síntese, enquanto não existir um específico instrumento jurídico relativo à cooperação em matéria penal e de entrega entre a Procuradoria e as autoridades competentes dos Estados-membros não participantes – desejável, pelo garantir de certeza e segurança

---

[38] Decisão-quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros (2002/584/JAI) (JO L 190, de 18.7.2002).

jurídica – a Procuradoria ficará dependente[39]: a) que os Estados-membros participantes, nas suas relações com os não participantes, notifiquem a Procuradoria Europeia enquanto *autoridade competente*; b) que os Estados-Membros não participantes aceitem essa designação e consequentemente a validade dos pedidos emitidos pela Procuradoria, no quadro dos instrumentos de cooperação relevantes; c) que cada instrumento da União possa ser interpretado como referindo-se à Procuradoria Europeia e ao direito nacional do Estado-Membro cujo Procurador Europeu Delegado esteja encarregado da direção do processo, o que nem sempre se revelará uma tarefa interpretativa isenta de dúvida[40].

Refira-se, a este propósito, que a Procuradoria notificou a Comissão, em fevereiro deste ano, de recusas de cumprimento por parte da Polónia, por este Estado-Membro ter condicionado o reconhecimento da Procuradoria enquanto autoridade competente a uma prévia alteração do respetivo Código de Processo Penal, mais se invocando sistemáticas recusas de cooperação (num cenário de vinte e três processos abertos com conexões com a Polónia), com a Comissão a invocar mesmo o regulamento do regime geral de condicionalidade para proteção do orçamento da União – conhecido como o regulamento da "*rule of law*"[41].

---

[39] Assim, Dominik Brodowski, "Article 105", cit., p. 643.

[40] Cfr., para desenvolvimento e outras questões problemáticas, Nicholas Franssen, "The future judicial…", cit., em especial pp. 295 e ss.

[41] Cfr. *Letter sent to European Commission regarding Poland's refusal to cooperate with the EPPO*, disponível em: https://www.eppo.europa.eu/en/news/letter-sent-european-commission-regarding-polands-refusal-cooperate-eppo [último acesso: 31.10.2022]; e Regulamento (UE, Euratom) 2020/2092 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2020, relativo a um regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da União (JO L 433I, de 22.12.2020).

5. Conclusão

O Capítulo X do Regulamento (UE) 2017/1939, dedicando-se a disciplinar as relações de cooperação abordadas no presente texto – e ainda as relações da Procuradoria com a Europol, com outras instituições, órgãos e organismos da União e com países terceiros e organizações internacionais –, encerra questões jurídicas de notória importância, pese embora a localização sistemática aparentemente menos nobre das normas que o integram.

O valor acrescentado da criação de uma Procuradoria Europeia é pretendido num quadro geral, que, para além das já intrincadas características de organização híbrida (com um nível central e um nível descentralizado) e de subsistente heterogeneidade normativa pela coexistência de sistemas jurídicos plurais apenas parcialmente harmonizados, assenta ademais numa cooperação reforçada que tem como contraponto a não pertença de alguns Estados-Membros, numa teia de relações acrescidamente complexificada pela pluralidade e heterogeneidade institucional.

Do exposto resulta a necessidade de convocar especiais exigências de complementaridade e cooperação entre a Procuradoria Europeia e os seus vários "parceiros", com máxima redução das margens de conflito, em prol de uma eficiente – mas igualmente "*fair*", desde o ponto de vista das garantias processuais – resposta à criminalidade.

LA FISCALÍA EUROPEA:
UN BREVE RECORRIDO POR LA "INSTITUCIÓN" *

MAR JIMENO BULNES

Catedrática de Derecho Procesal en la Universidad de Burgos

Bisogna rendersi conto che la mafia è un fenmeno terribilmente serio e grave, e che va combattuto non pretendono l'eroísmo di inermi cittadini, ma coinvolgendo nella lotta le forze migliore delle istituzioni
(Giovanni Falcone, Palermo 1939 – Capaci 1992)

* La presente contribución se enmarca dentro de proyectos investigadores del Plan Nacional "El Derecho Procesal Civil y Penal desde la perspectiva de la Unión Europea: la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia" (Ref. PID-2021-124027NB-100) del que la autora es investigadora principal y autonómico "El uso de las Tics en la cooperación jurídica penal internacional: construyendo la sociedad digital andaluza de futuro" (Ref. PY18-1059) coordinado por la profesora Leticia Fontestad Portalés.

1. Introducción

Sin duda podría decirse que el reconocido y tristemente asesinado Giovanni Falconi, una de cuyas famosas declaraciones da inicio a este trabajo, pudiera ser el primer ejemplo en aquel tiempo de "fiscal europeo" procurando dar una dimensión trasnacional a su labor como fiscal italiano a partir de la persecución y lucha contra la criminalidad organizada en su modalidad de "mafia siciliana", una constante lacra en su región a la fecha y aún hoy día[1]. Hoy, sin embargo, tras largos avatares y un dilatado nacimiento a lo largo de más de 20 años desde el inicial y ambicioso proyecto *Corpus Iuris* puede decirse al fin que la construcción de la Fiscalía Europea o EPPO en inglés (*European Public Prosecutor's Office*), como también es conocida, no es ya un mero proyecto sino una realidad[2], tanto en sede europea como nacional, a partir de la promulgación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017[3] así como

---

[1] *In genere* y recientemente, Francisco Vega Agredano, "La consolidación de la delincuencia organizada transnacional", *Revista General de Derecho Penal* 37 (2022), https://www.iustel.com, con examen también entre otros aspectos de características y tipología (por cierto, pp. 6 y ss en alusión a la mafia). De interés para la comprensión del fenómeno de la mafia en el contexto y lugar, entre la numerosa bibliografía, John Dickie, *Historia de la mafia siciliana: cosa nostra*, Madrid: Debate, 2006.

[2] En esta línea Luca Pressacco, "Indagini e promovimento dell'azione penale del Pubblico Ministero Europeo", *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale* (n.º 4) (2021), pp. 1353-1395, esp. p. 1354. En alusión a esta misma realidad Peter Csonka / Adam Juszczak / Elisa Sason, "The establishment of the European Public Prosecutor's Office. The road from vision to reality", *eucrim* 3/2017, pp. 125-135.

[3] DOUE de 31 de octubre de 2017, n.º L 283, pp. 1-71. Para un sumario examen de sus 121 considerandos y 120 artículos como recuerda el propio autor en fecha reciente Salvador Guerrero Palomares, "La protección de los intereses financieros de la UE a través de la Directiva PIF y de la creación de la Fiscalía Europea", en Paulo Ramón Suárez Xavier / Leticia Fontestad Portalés (dirs.), *Seguridad y*

de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio en el caso de nuestro país.

Se adopta un modelo complejo[4] y sin duda original fruto de la ardua negociación en una Unión Europea a la fecha de 28 Estados Miembros, cuya falta de consenso ha hecho necesario acudir al mecanismo de la cooperación reforzada[5] como método de mayor cooperación (*verstärkte Zusammenarbeit*) propio de una Europa que marcha a dos velocidades por lo que atañe al marco del espacio judicial europeo[6] o, en sentido estricto, Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ)[7]. Ha sido también muy variada durante su proceso de creación la nomenclatura utilizada para identificar a

los retos de la jurisdicción en el siglo XXI: Justicia, sostenibilidad y paz, Madrid: Colex, 2022, pp. 75-99, esp. pp. 83 y ss. Un examen más amplio y entre la numerosa literatura existente ya en la materia, por todos, Lorena Bachmaier Winter (coord.), *La Fiscalía Europea*, Madrid: Marcial Pons, 2018, y *The European Public Prosecutor's Office. The challenges ahead,* Cham: Springer, 2018.

[4] En crítica a esta complejidad, la que constituye una de las principales desventajas del modelo, véase el informe preparado para el Comité LIBE por parte de Anne Weyembergh y Chloé Brière, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO),* Bruselas: Parlamento Europeo, 2016, disponible en servidor oficial de la institución https://www.europarl.europa.eu, esp. p. 15.

[5] Al respecto Lucana Estévez Mendoza, "La instauración de la Fiscalía Europea como cooperación reforzada: problemas orgánicos y procesales", *Revista de Estudios Europeos* (n.º extraordinario monográfico 1 (2017), pp. 106-122.

[6] Así Dominik Brodowski, "Strafverfolgung im Namen Europas. Die Europäische Staatsanwaltschaft als Meilenstein supranationaler Kriminalpolitik", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 169 (n.º 8) (2022), pp. 421-423, esp. p. 424. En nuestro país a la fecha, sobre la construcción del ELSJ a dos velocidades bajo el mecanismo de cooperación reforzada, Raquel Borges Blázquez, "Proceso penal y Unión Europea: la construcción de la Europa de la libertad, la seguridad y la justicia", en Suárez Xavier y Fontestad Portalés, *Seguridad y los retos de la jurisdicción en el siglo XXI… op. cit.*, pp. 101-120, esp. pp. 113 y ss.

[7] Título V, artículos 67-89 TFUE. Sobre el mismo, por todos y recientemente en la bibliografía, Mar Jimeno Bulnes (dir.) y Cristina Ruiz López(coord.), *La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal: su influencia en el proceso español,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, *passim.*

esta institución u órgano[8], cuestión sobre la que tampoco parece existir consenso en la literatura nacional y extranjera adoptando en este sentido una terminología ambivalente en su examen[9]. En todo caso no hay duda de la introducción de un nuevo actor de carácter supranacional en la política criminal europea[10] y aún estatal o, en terminología más propia del lejano Oeste como alguien ha calificado, un "nuevo sheriff en la ciudad"[11].

A fecha que se redactan estas líneas ya ha tenido lugar la presentación del primer informe anual para el año 2021 en el que se pone de relieve importantes cifras relativas a las investigaciones realiza-

---

[8] En palabras de John Vervaele, uno de los promotores del proyecto *Corpus Iuris* en su día "the European Public Prosecutor's Office (EPPO) is a conundrum, it is an enigma, it is a mysterious, it is a Trojan horse, it is a white elephant, it is a two headed dragon" concluyendo por su parte que se trata de un *controversial body* en exposición de 5 razones para ello; así John A.E. Vervaele, "The European Public Prosecutor's Office (EPPO): introductory remarks", en Willem Geelhoed, Lendeert H. Erkelens y Arjen W.H. Meij (eds.), *Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, Berlin: Springer, 2018, pp. 11-26, esp. p. 12. Precisamente una de estas terminologías se adopta como rúbrica en la obra colectiva editada por Leendert H. Erkelens, Arjen W.H. Meij y Marta Pawlik, *The European Public Prosecutor's Office. An extended arm or a two-headed dragon?,* The Hague & Berlin Heidelberg: M.C. Asser Press & Springer, 2015, en comentario a la propuesta legislativa a la fecha existente.

[9] A modo de ejemplo el propio Pressacco, "Indagini e promovimento dell'azione penale del Pubblico Ministero Europeo", *op. cit.*, p. 1355 en referencia a la *Procura europea* como *istituzione* y *organismo* a la par.

[10] No en vano la Fiscalía Europea ha sido calificada como "weltweit erste 'echte' supranationale Strafverfolgungsbehörde" entendiendo aquí tiene lugar su calificación, ya ni siquiera como institución u órgano sino como "agencia"; de este modo Dominik Brodowski, "Strafverfolgung im Namen Europas…", *op. cit.*, p. 422. En nuestro país ampliamente Anna Fiodorova, "Fiscalía Europea: un nuevo actor en la persecución por delitos" en Enrique Ortega Burgos (dir.), *Derecho Penal 2020*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 197-222.

[11] En concreto Alejandro Ayala González, "Hay un nuevo sheriff en la ciudad: algunas notas sobre la Fiscalía Europea de la cuestión de competencia resuelta por el ATS núm 20424/2022, de 9 de junio", *Diario La Ley* (n.º 10137) 10 de octubre de 2022, https://diariolaley.laleynext.es.

das por parte de la Fiscalía Europea en aquellos Estados Miembros en los que opera desde su entrada en funcionamiento el 1 de junio de 2021[12]. Del mismo modo ya se ha producido en los últimos tiempos la primera condena con motivo de una investigación llevada a cabo por la Fiscalía Europea siendo dictada sentencia en Eslovaquia a fecha de 22 de noviembre de 2021 según noticia recogida en la propia página oficial de la Fiscalía Europea[13]. También, por supuesto, la Fiscalía Europea ha desplegado actividad en nuestro país, si bien hoy día de la única resolución jurisdiccional dictada de la que se tiene conocimiento es el ATS 20424/2022, de 9 de junio de 2022, resolviendo precisamente cuestión de competencia – si de competencia puede hablarse para la fiscalía[14] – entre fiscalía española y europea a favor de esta última en el famoso "asunto de las mascarillas"[15].

---

[12] Vid. *2021 Informe anual,* Fiscalía Europea, Luxemburgo, 2022, disponible en la página oficial https://www.eppo.europa.eu/en/documents (fecha de última consulta: 25 de octubre de 2022) con examen de cifras para cada uno de los Estados miembros participantes.

[13] En https://www.eppo.europa.eu/en/news/first-conviction-eppo-case-former-slovak-mayor-sentenced-3-years-conditional-imprisonment, con somera descripción del caso relativo a condena a 3 años de prisión e inhabilitación de un antiguo alcalde de municipio localizado en el Este de Eslovaquia por falsificación documental con objeto de obtener ayuda del fondo social europeo, cuyo importe se estimó en cantidad de € 93.000. Así también en recordatorio de esta y otra casuística, especialmente en relación con Bélgica, Basil Saen y Camille Leroy, "Aperçu et premiers constats au premier anniversaire du Parquet européen", *Revue de droit penal et de criminologie* 102 (n.º 6) (2022), pp. 631-644, esp. p. 632, por lo que a esta primera noticia respecta.

[14] Me sumo a la argumentación de Ernesto Pedraz Penalva, "De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano", en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid: Akal 1990, pp. 43-58, *passim*, para quien el concepto de competencia está indisolublemente asociado al de jurisdicción. No obstante, a efectos simplificativos y dado que esta es la terminología legal así como doctrinalmente utilizada, también se hará uso igualmente de la misma.

[15] ECLI:ES:TS:2022:9109A. Entre las reseñas a la fecha Lorena Bachmaier Winter "Fiscalía Europea vs. Fiscalía española", *Diario del Derecho Iustel*, 12 de abril de 2022, ULR: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_

No pretende ser esta contribución un tratado expositivo y completo sobre la Fiscalía Europea para la que ya existe abundante bibliografía de gran utilidad para comentario de legislación europea y española como la que acompaña estas páginas. Más bien se desea realizar ahora un breve recorrido sobre algunos de sus aspectos que pudieran aquí considerarse fundamentales; unos, objeto de mayor examen, ciertamente, como es el caso de la larga trayectoria de su creación junto a su fundamento o razón de ser[16] y otros sobre los que creo la atención ha sido menor como es el caso de su naturaleza jurídica anticipada en el título de esta contribución, siquiera para lo que no es. Tras mención a título indicativo de sus principios y funciones se desea realizar análisis de sus debilidades y fortalezas sin olvidar asimismo el panorama español acometiendo de este modo una primera valoración, siquiera provisional, de la "institución" a fin de poder determinar si ciertamente supone una verdadera revolución en el seno del ELSJ como era su deseo[17].

---

iustel=1221522 (fecha de última consulta: 25 de abril de 2022) así como Carlos Gómez Jara, "Sobre la competencia de la Fiscalía Europea: un reto pendiente", *Legal Today*, 30 de marzo de 2022, ULR: https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/sobre-la-competencia-de-la-fiscalia-europea-un-reto-pendiente-2022-03-30/ (fecha de última consulta: 25 de octubre de 2022).

[16] Por todos, aquí y ahora, Mar Jimeno Bulnes, "La estrategia de la cooperación judicial penal europea en materia de intereses financieros", en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Nicolás Rodriguez-García (eds.), *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 267-294.

[17] De esta opinión Ana Montesinos García, "La nueva fiscalía antifraude europea", *Revista General de Derecho Europeo* (n.º 46) (2018), pp. 159-207, esp. p. 206, calificando la creación de la Fiscalía como "un verdadero hito en la consecución de un espacio de libertad, seguridad y Justica". En defensa de su carácter "revolucionario", si bien de momento aún traducido en deseo según reconoce la propia autora, Louise Seiler, "Le Parquet européen: una révolution sans bouleversements", *Revue de droit penal et de criminologie* 99 (n.os 11-12) (2019), pp. 1188-1215; con mayores reticencias, siquiera anticipadas en el título, Constance Chevallier-Govers y Anne Weyembergh, (coords.), *La création du Parquet européen. Simple évolution ou révolution au sein de l'espace judiciaire européen?*, Bruxelles: Bruylant, 2021.

2. Origen, antecedentes y fundamento legal

Indiscutiblemente el origen de la Fiscalía europea tiene un marcado acento económico[18], lo cual tampoco resulta sorprendente en el panorama de la Unión Europea, por cuanto este mismo carácter tuvo el propio nacimiento de las entonces Comunidades Europeas como bien es sabido[19]. Desde Bruselas se desconfía de la protección de los intereses financieros de la Unión desplegada por los distintos Estados Miembros y de ahí la opción de acudir por vez primera[20] a la creación de una institución u organismo de carácter supranacional dentro del marco de la Unión Europea bajo una estructura de carácter vertical que con eficacia afronte la defraudación de las arcas europeas[21]. Supone un cambio de estrategia para hacer frente

---

[18] Así John A.H. Vervaele, "The European Public Prosecutor's Office (EPPO)…", *op. cit.*, p. 14.

[19] Igualmente lo recuerda Mª Ángeles Pérez Marín, "La futura Fiscalía Europea", en Mar Jimeno Bulnes (dir.), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar,* Barcelona: Bosch, pp. 265-310, esp. p. 266. Desde la perspectiva económica Jesús Manuel Urbez García, "La CEE. Antecedentes históricos, realidad actual y perspectivas de futuro", *Acciones e investigaciones sociales* (n.º 2) (1994) pp. 173-194, esp. p. 177 en alusión a la situación económica existente en Europa durante el período de posguerra tras la II Guerra Mundial. Así también, desde una perspectiva histórica-jurídica Rogelio Pérez Bustamante, "La Unión Europea", *Mediterráneo económico* 22 (2012), pp. 239-248, esp. p. 242, en referencia a la construcción de la Unión monetaria como primera iniciativa en este sentido.

[20] Así lo pone de relieve y recuerda Jorge A. Alves Costa, "La creación de la Fiscalía Europea", en Coral Arangüena Fanego (ed.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 85-100, esp. p. 91.

[21] En palabras de González Cano se trata de la "lucha contra el fraude de las arcas europeas"; así Mª Isabel González Cano, "Fiscalía Europea y represión

a la que la Unión Europea considera desidia de los gobiernos nacionales que, aun cuando, parece, manejan el 80% de fondos europeos en sus presupuestos anuales, muestran escasa preocupación por su defraudación[22]. Por ello la Unión Europea se pone manos a la obra entendiendo que hay necesidad de proceder a una acción a nivel europeo supranacional[23].

Conviene a este respecto recordar que la Unión Europea se ocupa de articular la protección de "sus" intereses financieros como objetivo prioritario y así la regulación emprendida en el artículo 325 TFUE, hoy reconocido su efecto directo[24]. De este modo, bajo la rúbrica "lucha contra el fraude" se dispone textualmente que "la Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal

del fraude contra los intereses financieros de la Unión Europea", en Nicolás Rodriguez-García, Adán Carrizo González-Castell y Fernando Rodriguez-López (eds.), *Corrupción, compliance, represión y recuperación de activos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 153-186, esp. p. 153.

[22] En esta línea y con esta cifra Nicolás Rodriguez García, "Aprendiendo del pasado en el proceso de creación de la Fiscalía Europea", *Revista General de Derecho Europeo* 31 (2013), https://www.iustel.com, p. 14.

[23] Sobre esta necesidad de acción como fundamento del Nacimiento de la Fiscalía Europea en particular Lothar Kuhl, "The european Public Prosecutor's Office – More effective, equivalent, and independent criminal prosecution against fraud?", *eucrim* 3/2017, pp. 135-143, esp. p. 137.

[24] En concreto mediante STJUE de 8 de septiembre de 2015, *Procedimiento penal entablado contra Ivo Taricco y otros,* C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555, entendiendo el alto Tribunal que "estas disposiciones de Derecho primario de la Unión imponen a los Estados miembros una obligación de resultado precisa y no sujeta a condición alguna en cuanto a aplicación de la norma que contienen" (FJ 51) y que, "por consiguiente, en virtud del principio de primacía del derecho de la Unión, las disposiciones del artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, producen el efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, de hacer inaplicable de pleno derecho, por el propio hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contraria de la legislación nacional existente" (FJ 52). Ello aun cuando dicha sentencia no constituye el primer precedente en este sentido y así ha de recordarse la clásica sentencia *Amministrazione delle Finanze dello Stato contra Spa Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas… que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión" (artículo 325.1 TFUE); pero, item más, no sólo se impone un nivel de actuación europeo sino también nacional[25] pues se conmina a los Estados miembros la obligación de adoptar "para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros" (artículo 325.2 TFUE)[26]. Por ello que la protección de intereses financieros de la Unión adquiere en el seno de los Estados miembros el mismo nivel e importancia que la protección de los intereses financieros nacionales y así lo puso de relieve en su día el TJUE en el conocido como caso del "maíz griego"[27]; dicho sea de paso, esta casuística se cita como origen, ya no sólo de la propia protección de los intereses financieros de la Unión en el marco europeo y nacional, sino incluso embrión del nacimiento de la propia Fiscalía Europea[28].

---

[25] Así Mª Ángeles Pérez Marín, *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea: el camino hacia una jurisdicción penal común,* Barcelona: Atelier, 2013, p. 206.

[26] Sobre la interpretación y puesta en práctica de este precepto en sede judicial europea con consecuencias en Derecho interno, Bruna Capparelli, "Tutela dell' interesse finanziario europeo e proceso penale interno", en Víctor Moreno Catena y Mª Isabel Romero Prada (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro Homenaje a la Profª Mª Isabel González Cano,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 45-120, esp. pp. 77 y ss.

[27] *Comisión contra Grecia*, sentencia de 21 de septiembre de 1989, C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339, disponible en buscador oficial de la institución judicial, así http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es (fecha de última consulta: 25 de octubre de 2022). En concreto se indica como "los Estados miembros deben procurar, en particular, que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones análogas de fondo y de procedimiento a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan una índole e importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio a la sanción" (FJ 24).

[28] En concreto Ester Herlin-Karnell, "The establishment of a European

De este modo la protección de los intereses financieros de la Unión Europea se halla en el punto de mira de todos los informes procedentes de las instituciones europeas. A modo de ejemplo y dentro de las numerosas cifras citadas por la Unión Europea así como por bibliografía y academia – en algunos casos, mostrando reticencia a su credibilidad[29]– pueden enunciarse las presentadas en el propio Informe Provisional sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea elaborado por el Parlamento Europeo, a fecha de 18 de marzo de 2015[30];

Public Prosecutor's Office: between 'Better regulation' and subsidiarity", en Geelhoed *et al., Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office… op. cit.*, pp. 41-58, esp. p. 48.

[29] En particular André Klip, "The substantive Criminal Law jurisdiction of the European Prosecutor's Office", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 20 (n.º 4) (2012), pp. 367-376, esp. 368, considerando que dicho fraude a los intereses financieros de la Unión no supera a la postre un porcentaje del 0.004% del presupuesto europeo con manejo en este caso las cifras del presupuesto anual de la UE para 2013 estimado en una cuantía de € 150 billones; por ello, a su juicio, el argumento económico no basta por sí solo para justificar la creación de la Fiscalía Europea. También se muestra escéptico sobre la veracidad de tales datos Gerard Conway, "The future of a European Public Prosecutor in the Area of Freedom, Security and Justice", en Maria Fletcher, Ester Herlin-Karnell y Claudio Matera (eds.), *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice,* London: Routledge, 2016, pp. 176-200, esp. p. 179. En todo caso amplia información relativa al presupuesto de la Unión, incluida su cuantía, preparación y adopción, puede encontrarse en enlace https://ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/annual-eu-budget/all-annual-budgets_es (fecha de consulta: 27 de octubre de 2022), teniendo lugar ya a la fecha la preparación del presupuesto anual para 2023.

[30] Ponente: Monica Macovei, A8-0055/2015, PE546.675v02-00, p. 3, disponible en página web oficial de la institución http://www.europarl.europa.eu así como en el documento de trabajo de la Comisión acompañando a la misma propuesta de reglamento, cual es el *Commission Staff Working Document, Impact Assessment*, WSD(2013) 274 final, esp. pp. 7 y ss. Entre la literatura, con alusión a este mismo informe y cifras, Mercedes Llorente Sánchez-Arjona, "La Fiscalía Europea y la investigación de la criminalidad organizada y económica", en Mª Isabel González Cano (dir.), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea. Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 317-366, esp. p.

según el mismo dicho fraude transnacional asciende a cifras que señalan una cuantía anual aproximada de € 500 millones considerando podría llegar a alcanzar incluso los € 3.000 millones anuales. Por ello que para la Unión constituye objetivo prioritario la protección de tales intereses financieros emergiendo la vía penal como cauce idóneo y de ahí la articulación de un instrumento institucional específico a añadir a los ya existentes[31], si bien con estructura y características propias.

Dejando al margen antecedentes más remotos que sitúan el comienzo de las negociaciones para la gestación de la futura Fiscalía Europea en 1991 a partir de la promulgación de alguna normativa específica[32], 1988 en el sentido inmediatamente apuntado o incluso 1976 a partir de la propuesta legislativa existente a la fecha de reforma de los tratados fundacionales[33], hay cierto consenso en con-

---

324; en particular sobre anterior informe del Parlamento Europeo, Wouter Van Ballegooij, "European Public Prosecutor's Office – A view on the state of play and perspectives from the European Parliament", en Geelhoed *et al., Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office… op. cit.*, pp. 27-38, esp. pp. 239 y ss.

[31] En suma, instrumentos orgánicos de cooperación judicial de inmediata y posterior referencia; por todos, aquí y ahora, Mar Jimeno Bulnes, "La administración de justicia en la cooperación judicial europea", en Pilar Martín Ríos y Mª Ángeles Pérez Marín (dirs.), *La administración de justicia en España y América*. José Martín Ostos (*Liber Amicorum*), vol II, Sevilla: Astigi, 2021, pp. 1019-1058.

[32] Así Directiva 91/308/CEE relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueamiento de capitales, DOCE de 28 de junio de 1991, n.º L 166, pp. 77-82; en esta línea Mª Ángeles Pérez Marín, "El futuro órgano instructor común: una propuesta para la organización de la Fiscalía Europea y para el control de su actividad", *Cuadernos de Política Criminal* 108 (2012), pp. 141-174, esp. p. 143. Precisamente esta autora realiza revisión de antecedentes y origen de la Fiscalía Europea en múltiples trabajos destacando ahora a modo de ejemplo Mª Ángeles Pérez Marín, "La futura Fiscalía Europea", *op. cit.*, pp. 292 y ss.

[33] En esta línea Félix Vacas Fernández, "The European Public Prosecutor's Office; a mayor step towards political integration or another middle-ground European agency in the name of pragmatism", *Revista General de Derecho Europeo* 51 (2020), pp. 252-280, esp. p. 253.

siderar que el antecedente desde luego más directo del nacimiento de la Fiscalía Europea se encuentra en 1997 a partir de la redacción del conocido como *Corpus Iuris*[34]; no en vano en el seno del mismo tiene ya lugar la previsión de una figura específica entonces conocido como Ministerio Publico Europeo (MPE). En todo caso se trata de un camino lento[35] que avanza con gran dificultad a lo largo

---

[34] Tal es el nombre que recibe el proyecto preparado por los profesores Mireille Delmas-Marty y John Vervaele publicado tras oportuna revisión en 4 volúmenes bajo el título *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Antwerpen: Intersentia, 2000-2001; versión española editada por Enrique Bacigalupo Zapater y Mª Luisa Silva Castaño, *Un Derecho Penal para Europa. Corpus Juris 2000. Un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, Madrid: Dykinson, 2004, pp. 55 y ss., en relación con la Fiscalía Europea. Dicha revisión es conocida como la "versión Florencia" en alusión al segndo texto preparado en 2000 en Florencia y de ahí el nombre, por cuanto éste era el lugar de reunión del grupo de expertos, en concreto en la sede del Instituto Europeo ubicado en San Domenico de Fiésole; de este modo el proyecto realiza un estudio comparado de los sistemas procesales penales de los distintos Estados miembros a fin de analizar el impacto de la introducción de la nueva institución. Entre la abundante bibliografía y además de varia de la ya citada, Silvia Allegrezza, "Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari del'Unione. *Idee di ieri*, chances *di oggi, prospettivi di domani*", *Diritto Penale Contemporaneo,* 31 de octubre de 2013, disponible a la fecha en servidor https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/fascicoli ; así también una exposición del origen de la institución en el primer *Corpus Iuris* de 1997 hasta la fecha entonces se realiza por Katalin Ligeti, "La Oficina del Fiscal Europeo. ¿Cómo aplicar las reglas aplicables al procedimiento?", *Revista General de Derecho Penal* 15 (2011), https://www.iustel.com, pp. 4 y ss. Del mismo modo, en particular y ampliamente Juan Luis Gómez Colomer, "La protección procesal penal de la Unión europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto 'corpus iuris')", *Revista de Derecho Penal y Criminología* 6 (2000), pp. 139-176 y de primera mano John A.E. Vervaele, "La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Corpus Juris 2000 y de la Fiscalía Europea", *Revista Penal* 9 (2002), pp. 134-148, esp. pp. 140 y ss. Por último, *in genere,* sobre tales orígenes Martijn Zwiers, *The European Public Prosecutor's Office. Analysis of a multilevel criminal justice system*, Mortsel: Intersentia, 2011, con exposición de modelos de fiscalía, principios, estructura y competencia a la fecha.

[35] Expresión que tomo de Teresa Bene, "El modelo procesal italiano y la Fiscalía Europea", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* 3 (2018), pp. 448-455, esp. p. 449.

de más de cinco lustros y el que da lugar a una gestación, como ha sido calificada, "*lunga e travagliata*" bajo el acuerdo de "algunos" (y no pocos) Estados Miembros[36]; por ello que también durante cierto tiempo este nacimiento fue calificado incluso de *work in progress*, como si de un *paper* se tratara[37].

En aras de la síntesis cabe recordar como la idea de crear una Fiscalía Europea surge inicialmente del Presidente del Parlamento europeo a la fecha[38] dando respuesta a la misma la Comisión mediante el nombramiento de un grupo de expertos que bajo la dirección de la profesora Mireille Delmas-Marty lanza el citado proyecto *Corpus Iuris* con participación de todas las tradiciones jurídicas y sistemas legales nacionales; dentro del mismo se enmarca la propuesta de creación del entonces llamado Ministerio Público Europeo o MPE[39], propuesta que cobra especial importancia siendo si cabe lo más recordado de dicho proyecto. Ello si bien el diseño aquí planteado difiere del modelo actual, por cuanto se contemplaba el establecimiento de un órgano supranacional incardinado por completo en el organigrama de la Unión Europea[40] y

---

[36] Así Lucio Camaldo, "L'istituzione della Procura Europea: il nuevo órgano investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali", *Cassazione Penale* 3 (2018), pp. 958-976, esp. p. 959.

[37] De nuevo Luicio Camaldo, "*Work in progress* sulla Procura Europea: alcuni emendanti proposti nella recente risoluzione del Parlamento Europeo", *Cassazione Penale* 7/8 (2014), pp. 2696-2704.

[38] Así Klaus Hänsch, presidente del Parlamento Europeo en fechas de 19 de julio de 1994-13 de enero de 1997. Al respecto Chloé Brière, "Le Parquet Européen: analyse critique d'une réussite tempérée par d'importants défis à relever", *Cahiers de Droit Européen* 55 (n.º 1) (2019), pp. 149-188, esp. p. 154.

[39] Vid. artículo 18 y comentario al respecto de Juan Luis Gómez Colomer, "La protección procesal penal de la Unión europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto 'corpus iuris')", *op. cit.*, esp. pp. 128-129.

[40] No en vano se hablaba de competencias exclusivas del Fiscal Europeo a diferencia de las también competencias compartidas con los Fiscales Europeos Delegados y aquellas susceptibles de delegación en una autoridad nacional actuando

partiendo de un espacio judicial único el que ahora no tiene lugar; ello aún cuando tampoco el *Corpus Iuris* planteaba la instauración de una jurisdicción europea especializada como en algún momento ha sido después sugerido[41]. No obstante, la previsión de una autoridad supranacional en el ámbito de la cooperación judicial penal causa ampollas en el seno de la soberanía nacional de los Estados miembros; de ahí la existencia de gran debate y controversia sobre la instauración de una iniciativa de este tipo, lo que hizo aparcar la idea durante varios años.

Sin embargo, la Comisión no ceja en su empeño y por ello a partir de la década de los 2000 comienza a lanzar diversas iniciativas y comunicaciones mostrando de nuevo su interés por la protección de los intereses financieros de la Unión[42]; item más, tuvo lugar

ésta como órgano comunitario; en esta línea Mª Ángeles Pérez Marín, *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea… op. cit.*, p. 296. En cambio, ahora las competencias son compartidas entre Fiscalía Europea y Estados miembros, aún el derecho de avocación de la primera; así Anna Fiodorova, "Fiscalía Europea…", *op. cit.*, p. 205.

41 A imagen y semejanza del Tribunal de la Función Pública constituido en su día a partir del actual artículo 257 TFUE y antaño artículo 225A TCE. En alguna medida y sin llegar a este extremo, sobre la posibilidad de otorgar alguna competencia en Luxemburgo, siquiera para el control judicial de los actos de la Fiscalía Europea e incluso planteamiento de cuestión prejudicial Gerard Conway, "Holding to account a posible European Public Prosecutor. Supranational governance and accountability across diverse legal traditions", *Criminal Law Forum* 24 (n.º 3) (2013), pp. 371-401, esp. pp. 392 y ss; en nuestro país J.A.Espina Ramos, "¿Hacia una Fiscalía Europea?", en Coral Arangüena Fanego, *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal… op. cit.*, pp. 101-120, esp. p. 119. Sobre las previsiones del *Corpus Iuris* a este respecto Rodriguez García, "Aprendiendo del pasado en el proceso de creación de la Fiscalía Europea", *op. cit.*, p. 23 recordando ya a la fecha la competencia de la jurisdicción nacional para el enjuiciamiento de los delitos investigados por tal MPE al que califica de "único punto de convergencia en la arquitectura institucional europea en materia penal".

42 Así, en concreto, *Comunicación de la Comisión "Contribución complementaria de la Comisión a la Conferencia Intergubernamental sobre las reformas institucionales – La protección penal de los intereses financieros de la Comunidad: el Fiscal Europeo",* Bruselas, 29 de septiembre de 2000, COM (2000) 608 final.

propuesta por su parte en la Conferencia Intergubernamental de Niza celebrada en el mismo año la inclusión de un nuevo artículo 280 bis TCE que viniera a añadirse al antaño artículo 280 TCE regulatorio a la fecha de la protección de los intereses financieros de la Unión[43], hoy contemplada en el artículo 325 TFUE arriba anticipado. No obstante, a raíz de esta última se le encomendó la elaboración del *Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo*, con fecha de 11 de diciembre de 2001[44], el que aún observa fuerte influencia del *Corpus Iuris*, pese al cambio de nomenclatura siendo sustituida la denominación de Ministerio Público Europeo o MPE por la de Fiscal Europeo en singular[45]; influencia que va a ir perdiéndose en el largo recorrido legislativo del instrumento normativo en cuestión en tanto en cuanto, entre otras cuestiones, va a ir complicándose a todas luces la estructura de la futura Fiscalía Europea[46].

---

[43] Más ampliamente sobre esta base legal a la fecha Walter Van Gerven, "Constitutional conditions for a Public Prosecutor's Office at the european level", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 8 (n.º 3) (2000), pp. 296-318, esp. pp. 297 y ss.

[44] COM (2001) 715 final. A la fecha Juan Manuel Fernández Aparicio, "El nacimiento del Fiscal europeo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 8 (n.º 17) (2004), pp. 219-236, esp. pp. 231 y ss, con previa exposición de los distintos modelos de fiscalía nacionales a la fecha existentes. Desde una perspectiva muy crítica Cyrille Fijnaut y Marc S. Groenhuijsen, "A European Public Prosecution service: comments on the Green Paper", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 10 (n.º 4) (2002), pp. 331-336, esp. p. 335 considerando su competencia resulta en exceso limitada existiendo delitos de mayor importancia y proponiendo en su lugar la cooperación intergubernamental entre los Estados Miembros; de forma expresa califica a dicho PPS europeo de "cuerpo extraño" (*Fremdkörper*).

[45] De hecho, entre la literatura aún se conserva la anterior nomenclatura a la fecha; a modo de ejemplo Ana Mª Lourido Rico, "La creación de un ministerio público europeo en el marco de la cooperación judicial penal de la Unión Europea", *Justicia* 3-4 (2002), pp. 145-168.

[46] En concreto el Libro Verde aún prevé sólo la existencia de Fiscal Europeo y

Tras el fracaso del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa y la previsión contenida en el artículo III-274[47] tiene que llegar finalmente el Tratado de Lisboa para dar cabida al vigente artículo 86.1 TFUE en su conocida redacción "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"; sirva recordar que es la primera vez que se encuentra base jurídica en los propios tratados fundacionales y así Derecho Europeo primario u originario (por tanto, de naturaleza "constitucional") para la creación de un instrumento orgánico de cooperación judicial, aquí en materia penal[48]. No obstante, en previsión de las dificultades para llevar a cabo tamaña empresa ya se articula inmediatamente a continuación una vía de escape que haga posible su creación, siquiera con carácter potestativo[49], cual es la redacción del artículo 86.1.III TFUE; este

Fiscales Europeos Delegados advirtiendo que "la organización de la fiscalía europea se basará en una distribución de tareas entre el Fiscal Europeo, que *centralizará el mínimo necesario a escala comunitaria*, y los fiscales europeos delegados, pertenecientes a los sistemas judiciales nacionales, que ejercitarán la acción del Ministerio Fiscal de forma concreta" (p. 29, la cursiva es propia).

47 Firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, DOUE de 16 de diciembre de 2004, n.º C 310. Un comentario a este precepto le dedica Pérez Marín, *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea*…, *op cit.*, pp. 274 y ss.

48 Así lo recuerda Valsamis Mitsilegas y Niovi Vavoula, "European Union Criminal Law", en Herwig C.H. Hofman, Gerard C. Rowe y Alexander H. Türk (eds.), *Specialized Administrative Law of the European Union: a sectoral review*, Oxford: Oxford University Press, 2018, pp. 153-188, esp. p. 154; de hecho, califican a este articulado de "significant constitutional innovation" (p. 156). En referencia también a la regulación emprendida en Lisboa Delia Carolina Doreste Armas, "El espacio judicial europeo y la fiscalía europea como órgano de investigación y persecución penal versus modelo procesal español", *Diario La Ley*, n.º 8981, 17 de mayo de 2017, , https://diariolaley.laleynext.es, pp. 10 y ss.

49 En cuanto la opinión mayoritaria en la literatura es que no existe mandato legal contenido en el a artículo. 86 TFUE para proceder de modo imperativo a

precepto, en suma, permite acudir al procedimiento de cooperación reforzada con reunión al menos de nueve Estados miembros como última oportunidad[50] para continuar la tramitación legislativa en suspenso por falta de unanimidad.

De este modo y tras arduas negociaciones un considerable grupo de Estados miembros bajo el liderazgo de Alemania, Francia y España[51] se pusieron manos a la obra afrontando el desafío de llevar a cabo la creación de la Fiscalía Europea y así la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea de fecha de 17 de julio de 2013[52] con planteamiento a la fecha

---

la creación de la Fiscalía Europea; por todos, aquí y ahora, Mª Pía Calderón Cuadrado, "La Fiscalía Europea. Alguna clave para su entendimiento", *Revista Boliviana de Derecho* 29 (2020), pp. 230-265, esp. p. 241, si bien reconoce su creación "se convirtió en objetivo de la Unión". En contra, en cambio, se manifiesta Vervaele, quien refiere que la propia adhesión a los tratados implica acoger obligaciones y deberes por parte de los Estados miembros en aras de la consecución de los objetivos de la Unión, entre ellos la construcción del ELSJ (textualmente, "the realization of the AFSJ is not an option, it is a duty under the Treaties"): "The European Public Prosecutor's Office (EPPO)…", *op. cit.*, p. 18.

[50] De este modo Espina Ramos, "¿Hacia una Fiscalía Europea?", *op. cit.*, esp. p. 109. Sobre las consecuencias del empleo de esta cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, Julian J.E. Schutte, "Establishing enhanced cooperation under Article 86 TFEU" y Szymon Pawelec, "Implications of enhanced cooperation for the EPPO model and its functioning", ambos en Erkelens *et al., The European Public Prosecutor's Office… op. cit.*, pp. 195-208 y pp. 209-227; téngase en cuenta que a la fecha comentario tiene aún lugar sobre la propuesta legislativa aún en tramitación por lo que ya era de prever la dificultad de alcanzar la unanimidad para su aprobación.

[51] La cooperación reforzada tiene lugar por parte de 16 Estados miembros según recuerda la propia normativa y así Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, República checa y Rumanía. Sobre el papel de España en particular como uno de los países impulsores de la iniciativa David Vilas Álvarez, "The EPPO implementation. A perspective from Spain", *eucrim* 2/2018, pp. 124-130, esp. p. 125. Sobre las dificultades del proceso de negociación *in genere*, Csonka *et al.,* "The establishment of the European Public Prosecutor's Office…", *op. cit.*, esp. p. 125.

[52] COM (2013) 534 final; igualmente de interés el documento de trabajo

de un organismo central encabezado por un Fiscal Europeo con competencia exclusiva en lugar del actual de carácter colegiado con competencia compartida con Estados miembros; era obvio que la propuesta inicial de la Comisión contemplaba un modelo de fiscalía centralizado y reforzado por oposición al finalmente adoptado[53]. No en vano el texto fue largamente debatido a lo largo de las diversas presidencias del Consejo Europeo con ulterior redacción de nueva propuesta durante la presidencia letona siendo la misma finalizada a fecha de 2016 durante la presidencia holandesa y pu-

que acompaña a dicha propuesta y así *Commission Staff Working Document, Impact Assessment*, e informe del Comité LIBE, arriba citados. En comentario de dicha propuesta e informe de impacto, en particular Lorena Bachmaier Winter, "The potential contribution of a European Public Prosecutor in light of the Proposal for a Regulation of 17 July 2013", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 23 (n.º 2) (2015), pp. 121-144; así también Michele Caianello, "The Proposal for a Regulation on the establishment of an European Public Prosecutor's Office: everything changes, or nothing changes?", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 21 (n.º 2) (2013), pp. 115-125, con examen de sus ventajas o fortalezas. También de interés los trabajos de Michèle Coninsx, "The European Commission's legislative proposal: a overview of its main characteristics" así como Katalin Ligeti y Anne Weyembergh, "The European Public Prosecutor's Office: certain constitutional issues", ambos en Erkelens *et al., The European Public Prosecutor's Office… op. cit.*, pp. 21-38 y 53-77, con examen de sus distintas secciones y apartados; desde una perspectiva bastante crítica Marta Pawlik y André Klip, "A disappointing first draft for a European Public Prosecutor's Office", igualmente en anterior volumen, pp. 183-192. En nuestro país, a modo de ejemplo, Mª Luisa Escalada López, "Los instrumentos de cooperación judicial europea: hacia una futura Fiscalía Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 18 (n.º 47) (2014), pp. 89-127, esp. pp. 118 y ss al igual que Llorente Sánchez-Arjona, "La Fiscalía Europea y la investigación de la criminalidad organizada y económica", *op. cit.*, pp. 332 y ss, con referencia ambas también a los antecedentes antes descritos.

[53] Así en particular Helmut Satzger, "La Fiscalía Europea y su coordinación con las fiscalías nacionales: en pro de un modelo de complementariedad", en Bachmaier Winter (ed.), *La Fiscalía Europea… op. cit.*, pp. 77-96, esp. pp. 79 y ss poniendo de relieve diferencia entre ambos modelos de fiscalía fuerte y débil.

diendo ser esta última presentada bajo la presidencia eslovaca[54]; el nuevo texto fruto de tales negociaciones reúne así sugerencias y recomendaciones procedentes, ya no sólo de los distintos Estados miembros participantes sino también de las propias instituciones europeas[55]. Finalmente se llega a la promulgación del ya anunciado 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[56] (en adelante RFE) bajo el acuerdo

---

[54] Así John Vervaele, "Judicial and political accountability for criminal investigations and prosecutions by a European Public Prosecutor's Office in the EU: the dissymmetry of shared enforcement", en Miroslava Scholten y Michiel Luchtan (eds.), *Law enforcement by EU authorities*, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 247-271, esp. pp. 258 y ss, en referencia también a la negociación previa acaecida durante presidencia de Luxemburgo en 2015. Sobre la negociación de la Propuesta durante las anteriores presidencias Anna Damaskou, "The European Public Prosecutor's Office. Breaking new institution of the EU legal order", *New Journal of European Criminal Law* 6 (n.º 1) (2015), pp. 126-153, esp. pp. 143 y ss, con referencia también a textos parciales elaborados durante la presidencia griega e italiana en 2014.

[55] En este sentido resulta fundamental 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, P7_TA(2014)0234, ULR https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2014-0234_ES.html#top (fecha de última consulta: 27 de octubre de 2022) con inclusión de enmiendas al texto inicial de 2013; también de interés el Dictamen del comité de las Regiones – Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea, DOUE de 26 de abril de 2014, n.º C 126, pp. 37-41. Ello si bien la propia creación de fiscales regionales procedente del Comité de las Regiones no fue aceptada; así lo recuerda Conway, "The future of a European Public Prosecutor in the Area of Freedom, Security and Justice", *op. cit.*, pp. 187 y ss, examinando también otras propuestas desde los parlamentos nacionales.

[56] Además de la bibliografía citada, un breve y didáctico comentario se realiza por Ana Montesinos García, "Un paso adelante en la construcción de un espacio europeo de justicia penal: la fiscalía europea". *La Ley Penal* 133 (2018), https://revistas.laley.es; así también Mª Ángeles Pérez Marín, "Instrumentos orgánicos de cooperación judicial; en especial, la fiscalía europea", en Mar Jimeno Bulnes (dir.) y Rodrigo Miguel Barrio (coord.), *Espacio judicial europeo y proceso penal,* Madrid: Tecnos, 2018, pp. 29-55. Un comentario más sumario sobre dicha norma y

de 16 países a los que se fueron sumando otros Estados Miembros hasta alcanzar a fecha de hoy la cifra de 22[57].

3. Naturaleza jurídica: institución, agencia u órgano

Entrando ya en el proceloso examen de la norma reglamentaria compuesto de 121 considerandos más 120 artículos según se recuerda[58] y no sin advertir la imposibilidad de llevar a cabo un completo examen del mismo así como de la "institución", se comienza por comentar un aspecto al que quizás no se le ha prestado la debida atención, siquiera hasta la fecha, cuál es su naturaleza jurídica, tema que no es baladí. En empleo indistinto de la nomenclatura de institución, órgano e incluso agencia conviene advertir cual es aquí la correcta resultando hoy el misterio desvelado a partir de la redacción del artículo 3.1 RFE: "se crea la Fiscalía Europea como órgano de la Unión", además con personalidad jurídica propia como reconoce el posterior artículo 3.2 RFE y aun cuando pueda considerarse un órgano ciertamente "controvertido" como se le ha calificado en alguna ocasión[59]. De este modo la Fiscalía Euro-

antecedentes se realizan por Francesco De Angelis, "The European Public Prosecutor's Office (EPPO): past, present, and future", *eucrim* 4/2019, pp. 272-276 y, de nuevo, Mª Ángeles Pérez Marín, "The European Public Prosecutor's Office: protecting the Union's financial interests through Criminal Law", *eucrim* 1/2020, pp. 36-41.

57 En 2017 Letonia el 19 de abril, Austria y Estonia el 7 de junio e Italia el 22 de junio; en 2018 y hasta la fecha, Holanda el 1 de agosto y Malta el 22 de agosto. Véase información disponible en página web del Consejo https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eppo/ (fecha de última consulta: 27 de octubre de 2022); así también breve reseña sobre tales y anteriores antecedentes en servidor oficial de la Fiscalía Europea https://www.eppo.europa.eu/es/node/8 .

58 De nuevo Guerrero Palomares, "La protección de los intereses financieros de la UE a través de la Directiva PIF y de la creación de la Fiscalía Europea", *op. cit.*, p. 83; el autor realiza un interesante, didáctico y sintético examen de dicha normativa.

59 Así Vervaele, "The European Public Prosecutor's Office (EPPO)…", *op. cit.*, p. 12 bajo el epígrafe "The European Public Prosecutor's Office: a controversial body".

pea no se trata así ni de institución ni de agencia *stricto sensu* pese a que todavía a fecha de hoy ambas concepciones son utilizadas en ocasiones por la literatura para identificar al órgano que nos ocupa en un sentido amplio[60].

En primer lugar y desde la perspectiva europea y/o antaño comunitaria, la Fiscalía Europea no puede tratarse de una institución pues, al menos hasta ahora y sin óbice de que la situación pueda variar en un futuro[61], la Fiscalía Europea no está incluía en el elenco de instituciones enumeradas en el artículo 13 TUE; por ello difícilmente podría entenderse como tal a pesar del uso indistinto de esta nomenclatura. Dada la sucesiva adición que ha tenido lugar de distintas instituciones europeas a las cuatro clásicas iniciales[62], nada

---

[60] A modo de ejemplo Bachmaier Winter, "La Fiscalía Europea: retos pendientes", en Bachmaier Winter, *La Fiscalía Europea*, *op. cit.*, pp. 13-21, esp. p. 13; de forma especial, como acompaña su título, Camaldo, "L'istituzione della Procura Europea…". Sobre su papel como agencia en cuestión Vervaele, "Judicial and political accountability for criminal investigations and prosecutions by a European Public Prosecutor's Office in the EU…", *op. cit.*, p. 260, siendo calificada de *enforcement agency* (p. 261).

[61] Así ha ocurrido con otras instituciones hoy día desde la inicial promulgación de los tratados fundacionales; de hecho, el inicial a artículo 4.1 TCEE resultado de la firma del Tratado de Roma el 27 de marzo de 1957 preveía únicamente cuatro instituciones, cuales son el Parlamento Europeo o entonces Asamblea, Consejo, Comisión y Tribunal de Justicia siendo añadido el Tribunal de Cuentas por el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (DOCE de 29 de julio de 1992, n.º C-191) en modificación del entonces nuevo artículo 4 TCE; por su parte los artículos 189-248 TCE contemplaban a la fecha junto con las instituciones originales en último lugar al Tribunal de Cuentas (artículos 246-248 TFUE). De este modo la introducción del Consejo Europeo y el Banco Central Europeo tiene lugar mediante el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (DOUE de 17 de diciembre de 2007, n.º C-306) dando lugar a nueva redacción del entonces artículo 9 TUE. Versión disponible de todos los tratados citados se encuentra en ULR https://www.europarl.eu/about-parliament/es/in-the-past/the-parliament-and-the treaties (fecha de última consulta: 28 de octubre de 2022).

[62] A fecha de hoy y resultado de la modificación de los tratados fundacionales emprendidas por Tratado de Lisboa el actual artículo 13 TFUE añade el Consejo Europeo, el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas a las cuatro

impide que en un futuro pudiera ser también incluida la Fiscalía Europea pero hoy por hoy no es el caso. A mayor abundamiento, formar parte de la arquitectura institucional europea supone participar también del sistema de contrapesos (*checks and balances*) existente entre las mismas así como procurar el necesario equilibrio institucional entre los intereses de los Estados miembros y de la Unión siendo ésta tarea harto difícil; sirva aquí recordar que objetivo de la Unión no es la cooperación en sí misma sino la "integración" y de ahí el carácter supranacional de esta última organización[63].

En segundo lugar, tampoco puede reputarse en sentido estricto que la Fiscalía Europea constituya una agencia pese al proceso de "agencificación" que sufre el ELSJ desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa a partir de la creación de agencias reguladoras y descentralizadas con funciones "a la carta"[64]. Ciertamente y este sería un argumento a favor la Fiscalía Europea, la misma se crea "a partir de Eurojust" según dispone el artículo 86.4 TFUE, precepto, cuya interpretación ha sido tantas veces discutida durante el período

instituciones originales, esto es, Parlamento Europeo, Consejo, Comisión y Tribunal de Justicia. Sobre la arquitectura institucional tras esta última reforma de los tratados en particular, José Porras Ramirez, "La arquitectura institucional de la Unión Europea: consideraciones críticas tras su reforma en el Tratado de Lisboa", *Revista de Estudios Políticos* 156 (2012), pp. 125-166.

63 Así Porras Ramirez, "La arquitectura institucional de la Unión Europea…", *op. cit.*, p. 127. Sobre el fenómeno de la integración europea, también desde una perspectiva crítica y desde la firma del Tratado de Lisboa, Joseph H.H. Weiler, "Descifrando el ADN político y jurídico de la integración europea: un estudio exploratorio", *Revista Española de Derecho Constitucional* 32 (n.º 96) (2012), pp. 13-40.

64 Así Montserrat Pi Llorens, "El nuevo mapa de las agencias europeas del espacio de libertad, seguridad y justicia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 21 (n.º 56) (2017) pp. 77-177, esp. pp. 83 y ss. Sobre la controversia de este proceso de "agencificación" en el ELSJ al que se suma la creación de la Fiscalía Europea también Carlos Gómez-Jara Díez y Ester Herlin-Karnell, "Prosecuting EU financial crimes: the European Prosecutor's Office in comparison to the US Federal regime", *German Law Journal* 19 (n.º 5) (2018), pp. 1191-1220, esp. pp. 1196 y ss.

de incógnita sobre el nacimiento de la Fiscalía Europea[65]. Sin embargo, las relaciones de la Fiscalía Europea con la "madre" Eurojust han de entenderse más de proximidad que de procedencia[66] a la luz del propio Reglamento europeo; no en vano los artículos 100-102 predican la colaboración de la nueva Fiscalía Europea con tales agencias de naturaleza administrativa y penales, así, de forma esencial, Eurojust[67]

---

[65] Sobre las posibles interpretaciones a este respecto, por todos, Pérez Marín, *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea…*, *op. cit.*, pp. 287 y ss, entendiendo que en todo caso ha de tratarse de un órgano con estructura colegiada al igual que Eurojust.

[66] En esta línea y sobre la interpretación de dicho artículo 86.1 TFUE véase Ligeti, y Weyembergh, "The European Public Prosecutor's Office…", *op. cit.*, pp. 69 y ss, quienes, por cierto, califican a la Fiscalía Europea de *new judicial body*.

[67] Decisión 2002/187/JAI del Consejo de 28 de febrero de 2002 por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de la delincuencia, DOCE de 6 de marzo de 2002, n.º L 63, pp. 1-13, hoy sustituida por Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial penal (Eurojust), DOUE de 21 de noviembre de 2018, n.º L 297, pp. 138-183; también de interés sobre tales relaciones la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de octubre de 2016, sobre la Fiscalía Europea y Eurojust (2016/2750(RSP)), DOUE de 19 de junio de 2018, n.º C 215, pp. 18-20. En la literatura en particular Jorge A. Espina, Joachim Ettenhofer, François Falletti, y Anne Weyembergh, "Institutional framework for EU criminal justice cooperation. Refining relations between the EJN, Eurojust and the EPPO", *eucrim* 3/2020, pp. 218-221, esp. pp. 220 y ss, con propuestas concretas al respecto; así también Espina, "La relación entre Eurojust y la Oficina de la Fiscalía Europea", en Bachmaier Winter, *La Fiscalía Europea*, *op. cit.*, pp. 125-143, en examen tanto de los vínculos institucionales como operativos y/o prácticos. También de interés a la fecha Michiel J.J.P. Luchtmann y John A.E. Vervaele, "Agencias europeas de justicia penal y aplicación compartida (Eurojust y Fiscalía Europea)", *Justicia* 1 (2015), pp. 385-434, por cierto, calificando a la Fiscalía Europea de agencia en el sentido ya arriba expresado; igualmente, sobre esta relación de "amor-odio", muy gráfico, Catherine Deboyser, "European Public Prosecutor's Office and eurojust: 'love match or arranged marriage'?", en Erkelens *et al., The European Public Prosecutor's Office…*, *op. cit.*, pp. 79-97. Finalmente, Filippo Spieza, "The European Public Prosecutor's Office. How to implement the relations with Eurojust?", *eucrim* 2/2018, pp. 130-137 así como Anne Weyembergh y Chloé Brière, "Relations between the EPPO and Eurojust – Still a privileged partnership?", en Geelhoed *et al, Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office, op. cit.*, pp. 171-186, esp. pp. 179 y ss, en especial referencia a las "cuestiones operativas" (*operational matters*).

pero también con Europol[68] y OLAF[69]. Por tanto, la Fiscalía Europea no tiene por qué resultar acreedora de la misma naturaleza jurídica que Eurojust, más aún cuando la propia normativa le concede un estatuto propio en calidad de órgano en la línea arriba indicada y aun cuando el artículo 3.3 RFE reconoce de modo primordial dicha cooperación entre Fiscalía Europea y Eurojust.

---

[68] Decisión 2009/371/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se crea la Oficina Europea de Policía (Europol), DOUE de 15 de mayo de 2009, n.º L 121, pp. 37-65, es hoy regulada por Reglamento (UE) 2016/974 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol), DOUE de 24 de mayo de 2016, n.º L, pp. 53-114, en cuyo distinto articulado se realiza mención a la necesaria colaboración de Europol con Eurojust y OLAF, quienes podrán tener acceso a la información obtenida por la primera (artículo 21). Sobre la propia evolución de Europol desde su creación como organismo intergubernamental hasta su conversión en agencia europea Alexandra De Moor y Gert Vermeulen, "The Europol Council Decision: transforming Europol into an agency of the European Union", *Common Market Law Review* 47 (n.º 4) (2010), pp. 1089-1121; en particular relación con la Fiscalía Europea y en examen de la relación todos estos organismos o agencias Valentina Covolo, "From Europol to Eurojust – towards a European Public Prosecutor. Where does OLAF fit in?", *eucrim* 2/2012, pp. 83-88.

[69] Decisión 1999/352/CE de la Comisión de 28 de abril de 1999 por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), DOCE de 31 de mayo de 1999, n.º L 136, pp. 20-22, en sustitución del anterior "grupo operativo de coordinación de lucha contra el fraude" y quien se ocupa de llevar a cabo "investigaciones administrativas externas" en materia de fraude y/o corrupción que perjudique los intereses financieros de la Unión u otras disposiciones comunitarias con carácter independiente. Al respecto y en general sobre esta materia Mª Ángeles Pérez Marín, "La estructura orgánica de la Unión Europea en la lucha contra el fraude y contra la delincuencia organizada transnacional: presente y futuro", *Revista Internacional Consinter de Direito* II (n.º V) (2017), https://revistaconsinter.com/es/revistas/ano-iii-numero-v/direito-penal-e-criminologia/la-estructura-organica-de-la-union-europea-en-la-lucha-contra-el-fraude-y-contra-la-delincuencia-organizada-transnacional-presente-y-futuro/ Sobre las relaciones entre Fiscalía Europea y OLAF en particular Anne Weyembergh y Chloé Brière, "The future cooperation between OLAF and the European Public Prosecutor's Office", *New Journal of European Criminal Law* 9 (n.º 1) (2017), pp. 62-82, esp. pp. 71 y ss señalando en páginas anteriores las oportunas diferencias entre ambas instituciones así como la importancia de la "complementariedad" entre OLAF y Fiscalía Europea.

Item más; se pasa de un modelo de cooperación horizontal como hasta ahora tenía únicamente lugar a un modelo de cooperación vertical y por ello que, en sentido estricto y en la línea afirmada, la Fiscalía Europea se trata de órgano, aún colegiado, de carácter supraestatal. Así, por una parte y de modo concreto, se ha arbitrado un modelo de Fiscalía de carácter descentralizado, híbrido y trasnacional[70]; ciertamente y por lo que respecta a la primera característica, el artículo 8.2 RFE recuerda que no sólo opera un nivel descentralizado sino también un nivel central con enumeración de sus componentes para cada uno de ellos en preceptos siguientes. Por otra parte, se trata de un órgano colegiado con estructura vertical y bicéfala complementario tanto de Eurojust en la línea anticipada como de las fiscalías nacionales, por cuanto será necesaria la delimitación de competencias entre fiscalías europea y estatal[71]. Sin duda, la cuestión de la competencia de la Fiscalía Europea junto con su estructura centralizada y descentralizada son las características, no sólo más originales sino también complejas del nuevo órgano según coincide en señalar la literatura[72]; en todo

---

[70] Así Brodowski, "Strafverfolgung im Namen Europas…", op. cit., pp. 425 y ss con examen de cada una de estas características. En referencia también a esta naturaleza híbrida en particular Alexandre Met-Domestici, "The hybrid architecture of the EPPO. From the Commission's Proposal to the final Act", *eucrim* 3/2017, pp. 143-149 así como Hans Holger Herrnfeld, "The EPPO's hybrid structure and legal framework: issues of implementation. – a perspective from Germany", *eucrim* 2/2018, pp. 117-121, con examen ambos de su estructura organizativa.

[71] Al respecto González Cano, "Fiscalía Europea y represión del fraude contra los intereses financieros de la Unión Europea", *op. cit.*, pp. 160 y ss. En particular, Satzger, "La Fiscalía Europea y su coordinación con las fiscalías nacionales…", *op. cit.*, esp. pp. 88 y ss.

[72] En esta línea Seiler, "Le Parquet européen…", *op. cit.*, p. 1196. De forma similar y en particular Arjen Meij, "Some explorations into the EPPO's administrative structure and judicial review", en Erkelens *et al., The European Public Prosecutor's Office…, op. cit.*, pp. pp. 105 y ss aludiendo a la falta de precedente en la singular estructura de la Fiscalía Europea. En nuestro país Lucana Estévez, "La

caso y ciertamente, por lo que atañe a dicha estructura organizativa de la Fiscalía Europea, ha existido una profunda remodelación desde la inicial Propuesta de Reglamento del Consejo[73] completándose hoy día su regulación por el Reglamento interno de la Fiscalía Europea[74].

Así, de forma concreta y en atención al artículo 8.3 RFE, el nivel central se ocupa por una oficina de este tipo situada en Luxemburgo[75] en la que se integra el Colegio, las Salas Permanentes, el Fiscal General Europeo, los Fiscales Adjuntos al Fiscal General Europeo, los Fiscales Europeos y el Director Administrativo[76], cuya composición y funciones para cada uno de ellos se contemplan en posteriores preceptos. A la fecha el nombramiento de Fiscal General Europea (*European Chief Prosecutor*) por un período no renovable de siete años a partir de 31 de octubre de 2019 ha recaído

instauración de la Fiscalía europea como cooperación reforzada…", *op. cit.*, pp. 111 y ss, señalando a este respecto las dificultades para instaurar la Fiscalía Europea a partir del modelo colegiado diseñado, precisamente, parece, a instancia de España.

73 Al respecto Antonio Martinez Santos, "El estatuto de independencia de la Fiscalía Europea y sus garantías", en Bachmaier Winter, *La Fiscalía Europea*, *op. cit.*, pp. 23-51, esp. pp. 30 y ss, con examen de dicha evolución legislativa así como de cada uno de los integrantes de tal estructura organizativa de la Fiscalía Europea. En esta última línea, con exposición de estructura acompañada de gráfica Montesinos García, "La nueva fiscalía antifraude europea", *op. cit.*, pp. 173 y ss.

74 DOUE de 21 de enero de 2021, n.º C 22, pp. 3-31, compuesto de 72 artículos relativos y adoptado en virtud del artículo 21 RFE.

75 Esta es su sede conforme se indica en artículo 106.2 RFE. Véase dirección postal en servidor oficial y así https://www.eppo.europa.eu/en/contact: 11 Avenue John F. Kennedy, 1855 Luxembourg.

76 Igualmente, un cuadro de su estructura así como una relación de sus miembros se dispone en ULR https://www.eppo.europa.eu/en/structure-and-characteristics (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022). En el caso del Director Administrativo, a la fecha Olivier Ramsayer, una breve reseña se localiza en ULR https://www.eppo.europa.eu/en/administrative-director-eppo (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022); en concreto, su mandato tiene lugar por 4 años conforme artículo 18.3 RFE mientras que sus funciones y, en concreto, las tareas administrativas a desarrollar por su parte se encuentran enumeradas en artículo 19.4 RFE.

en Laura Codruta Kövesi[77], ex jefa de la unidad de anticorrupción en Rumanía siendo bastante probable la influencia de su experiencia profesional al cargo de la Dirección Nacional Anticorrupción (*Directia Nationala Anticoruptie* o DNA) en su país; de este modo y en atención a su cometido, la Fiscalía Europea resulta en bastante medida comparable a la Fiscalía Especial contra la Corrupción y Criminalidad Organizada existente en nuestro país[78]. Al mismo tiempo y dentro de este nivel central ha tenido también lugar el nombramiento de los 22 Fiscales Europeos por un período no renovable, bien de seis años o bien de tres años a partir de 29 de julio de 2020, recayendo el mismo en M.ª Concepción Sabadell Carnicero para el caso de España[79]; su función consiste básicamente en la supervisión de las tareas a desarrollar por los Fiscales Europeos Delegados conforme dispone el artículo 12.1 RFE[80].

---

[77] Artículo 1 Decisión (UE) 2019/1798 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de octubre de 2019, por la que se nombra a la Fiscal General Europea de la Fiscalía Europea, DOUE de 28 de octubre de 2019, n.º L 274, pp. 1-2. Una breve reseña se encuentra en ULR https://www.eppo.europa.eu/en/european-chief-prosecutor (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022).

[78] Así Rodriguez García, "Aprendiendo del pasado en el proceso de creación de la Fiscalía Europea", *op. cit*., p. 7.

[79] Artículos 1 y 2 Decisión de Ejecución (UE) 2020/1117 del Consejo, de 27 de julio de 2020, por la que se nombra a los fiscales europeos de la Fiscalía Europea, DOUE de 29 de julio de 2020, n.º L 244, pp. 18-20. Igualmente se encuentra organigrama completo con fotografía en ULR https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/college-of-the-european-public-prosecutor-s-office-eppo/ (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022). De especial interés la entrevista que le realiza Sonia Calaza López en *Diario La Ley* de 13 de octubre de 2022, n.º 10149, disponible en https://diariolaley.laleynext.es.

[80] Textualmente, "los Fiscales Europeos supervisarán las investigaciones y acciones penales de las que sean responsables los Fiscales Europeos delegados encargados del caso en su Estado miembro de origen". En su día se sugirió pudiera ocupar dicho puesto los miembros nacionales de Eurojust, a menudo procedentes de la fiscalía; así puede comprobarse para cada Estado miembro en servidor oficial de este último organismo y en concreto ULR https://www.eurojust.europa.eu/states-and-partners/member-states (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022).

Por su parte, el nivel descentralizado se integra por tales Fiscales Europeos Delegados, también conocidos como FED y radicados en los distintos Estados miembros según expresa el artículo 8.4 RFE; lógicamente, dichos fiscales europeos delegados son ya nombrados en atención a los distintos procedimientos legislativos nacionales. La única condición que impone la normativa europea y así el artículo 13.2 RFE es que al menos exista nombramiento de dos Fiscales Europeos Delegados por Estado miembro; así, por ejemplo, en el caso de España han sido siete los Fiscales Europeos Delegados designados[81]. De modo concreto, el artículo 13.1 RFE indica sus funciones y así la actuación "en nombre de la Fiscalía Europea en sus respectivos Estados miembros" disponiendo de "las mismas potestades que los fiscales nacionales en materia de investigación, ejercicio de la acción penal y apertura de juicios". A mayor abundamiento, el posterior artículo 13.4 RFE les reconoce la posibilidad de "ejercer asimismo funciones de fiscales nacionales", claro está, con un límite y así "en la medida en que ello no les impida cumplir con sus obligaciones establecidas en el presente Reglamento; por ello su calificación en la literatura como fiscales de "doble sombrero" (*double hat*)[82] utilizando uno u otro según su ámbito de actuación.

---

[81] En concreto Ohiana Azcue Labayen, Víctor Joaquín González-Herrero González, Gloria Yoshiko Kondo Pérez, Mª Elena Lorente Pablo, Olga Muñoz Mota, Laura Pellón Suárez de Puga y Pablo Rafael Ruz Gutiérrez conforme indica artículo 1 Orden JUS/337/2021, de 6 de abril, por la que se resuelve el procedimiento selectivo para la designación de Fiscales Europeos Delegados, convocado por la Orden JUS/30/2021, de 22 de enero (BOE de 12 de abril de 2021, n.º 87, pp 40348-40349). Igualmente de interés la entrevista que les realiza Sonia Calaza López en *Diario La Ley* de 3 de noviembre de 2022, n.º 10162, disponible en https://diariolaley.laleynext.es.

[82] Entre muchos, Vervaele, "Judicial and political accountability for criminal investigations and prosecutions by a European Public Prosecutor's Office in the EU…", *op. cit.*, p. 255; así también en nuestro país Pérez Marín, "Instrumentos orgánicos de cooperación judicial…", *op. cit.*, pp. 42 y ss, con referencia a la complejidad que añade al sistema de la Fiscalía Europea su doble vinculación. En duda sobre tal compartimentación de tareas y funciones en ámbito europeo y nacional Simone White, "A decentralised European Public Prosecutor's Office. Contradiction in terms or highly workable solution?", *eucrim* 2/2012, pp. 67-75, esp. pp. 68 y ss bajo el subtítulo "two hats not better than one?".

4. Principios y funciones

En atención a los principios que rigen la Fiscalía Europea ha de advertirse su regulación expresa en el artículo 5 RFE bajo la rúbrica "principios básicos de las actividades". No obstante, ha de aludirse igualmente a otros principios que encuentran regulación en distinto articulado de la normativa europea así como, de forma inicial, al principio de subsidiariedad que ni siquiera encuentra mención específica más allá de su mención en el considerando 12; bajo el mismo se argumenta que, conforme a dicho principio establecido en el artículo 5 TUE[83], "las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, debido a su dimensión y efectos, se pueden combatir mejor a escala de la Unión". Debe recordarse a este respecto que la materia de cooperación judicial constituye una

---

[83] Textualmente, "en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendída, a escala de la Unión" (artículo 5.3 TUE). Para una particular interpretación de dicho precepto Éléonore Gauthier, "Spending power, social policy, and the principle of subsidiarity", *Review of Constitutional Studies/ Revue d'études constitutionnelles* 22 (n.º 2) (2017), pp. 261-280, esp. pp. 271 y ss, puesto en relación con el federalismo canadiense en este caso.; así también, *in genere,* Gabriél A. Moens y John Trone, "The principle of subsidiarity in EU judicial and legislative practice: panacea or placebo?", *Journal of Legislation* 41 (n.º 1) (2015), pp. 65-102. Sobre la aplicación de dicho principio de subsidiariedad a la Fiscalía Europea Ester Herlin-Karnell, "The establishment of a European Public Prosecutor's Office: between 'better regulation' and subsidiarity concerns", en Geelhoed *et al., Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office, op. cit.*, pp. 41-57, esp. p. 53 recordando como ha de tener aquí también lugar la aplicación del Protocolo n.º 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anexo al Tratado de Lisboa, DOUE de 9 de mayo de 2008, n.º C-115, pp. 206-209.

competencia compartida entre Estados miembros y Unión Europea; más aún en materia penal[84], por cuanto la misma pervivió en mayor medida que la civil con carácter intergubernamental hasta la definitiva regulación conjunta de ambas áreas en el actual Tratado de Lisboa[85]. Como justificación para la implantación de la Fiscalía Europea en virtud de este principio de subsidiariedad se argumenta la mejor protección de tales intereses financieros mediante la vía penal, si bien recordando que esta no es la única protección que tiene lugar para tales intereses financieros protegidos también a partir de la vía administrativa como ha tenido lugar hasta ahora[86].

Por su parte y en la línea anticipada, el artículo 5 RFE procede a desglosar los que considera "principios básicos" de la Fiscalía Eu-

---

[84] Por todos, aquí y ahora, Nicolás Alonso Moreda, *La dimensión institucional de la cooperación judicial en materia penal en la Unión europea: magistrados de enlace. Red Judicial Europea y Eurojust,* San Sebastián: Universidad del País Vasco, 2010, pp. 48 y ss así como Marta Muñoz De Morales Romero, *Derecho Penal Europeo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 91 y ss. En esta materia y muy recientemente, lo que justifica ahora su cita, Pedro Caeiro, "Constitution and development of the European Union's penal jurisdiction: responsability, self-reference and attribution", *European Law Journal* 2022, https://doi.org/10.1111/eulj.12443, en defensa de la creación de una verdadera jurisdicción penal europea.

[85] Sobre la evolución de la cooperación judicial en materia penal y/o policial en particular y a la fecha Mar Jimeno Bulnes, "La cooperación judicial y policial en el ámbito de la Unión Europea", *Revista del Poder Judicial* (n.º 50) (1998), pp. 79-118 y "Origen y evolución de la cooperación judicial en la Unión Europea", en Mar Jimeno Bulnes (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales,* Barcelona: Bosch, 2007, pp. 29-65; en particular sobre las reformas emprendidas en el seno de la misma tras firma de Tratado de Lisboa también Mar Jimeno Bulnes, "La conclusión del Tratado de Lisboa: avances y concesiones en materia de cooperación judicial penal", *Diario La Ley,* n.º 7023, 30 de septiembre de 2008, pp. 1-9 así como "Las implicaciones del Tratado de Lisboa en la cooperación judicial europea en materia penal", en Arangüena Fanego, *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia…,* op. cit., pp. 29-70.

[86] Así, en concreto, Kai M. Lohse, "The European Public Prosecutor: issues of conferral, subsidiarity and proportionality", en Erkelens *et al., The European Public Prosecutor's Office*…, *op. cit.*, pp. 165-182, esp. p. 178.

ropea, si bien cabría incluir otros no expresamente contemplados en la norma europea como es el caso del principio de complementariedad reclamado desde algún sector doctrinal[87]. Entre los aquí contemplados se cita de forma expresa y aún no muy sistemática los principios de legalidad y proporcionalidad en artículo 5.2 RFE, principio de imparcialidad en artículo 5.4 RFE, el que parece un derecho a una "investigación sin dilaciones indebidas" en artículo 5.5 RFE y principio de cooperación leal en artículo 5.6 RFE[88]. Ya particular discusión ocasionó en su día durante la fase de negociación la sujeción al principio de legalidad por oposición al de oportunidad (*expediency*) vigente en algunos Estados miembros[89]; por ello la sugerencia también entonces de proveer una aproximación legislativa entre las legislaciones procesales nacionales en materia penal de modo previo a la instauración de la Fiscalía Europea[90].

---

[87] En particular, Satzger, "La Fiscalía Europea y su coordinación con las fiscalías nacionales…", op. cit., esp. pp. 82 y ss; así también González Cano, "Fiscalía Europea y represión del fraude contra los intereses financieros de la Unión Europea", *op. cit.*, pp. 160 y ss.

[88] Al respecto, en examen de los principios contenidos en artículos 5 y 6 RFE véase Vacas Fernández, "The european Public Prosecutor's office…", *op. cit.*, pp. 261 y ss.

[89] En particular Holanda y así la crítica a este respecto procedente de la literatura de este país, tanto por lo que atañe a la preferencia por la *mandatory prosecution* por parte de la Unión Europea como incluso en relación a la propia creación de la Fiscalía Europea; de este modo Fijnaut y Groenhuijsen, "A European Public Prosecution service…", *op. cit.*, pp. 330 y ss así como Klip, "The substantive Criminal Law jurisdiction of the European Prosecutor's Office", *op. cit.*, pp. 374 y ss. En particular defensa del principio de oportunidad siguiendo el ejemplo de este país con propuesta de modelo para el desarrollo de funciones por parte de la Fiscalía Europea Willem Geelhoed, "Embedding the European Public Prosecutor's Office in jurisdictions with a wide scope of prosecutorial discretion: the Dutch example", en Celina Nowak (ed.), *The European Public Prosecutor's Office and national authorities*, Milano: CEDAM, 2016, pp. 87-102, esp. pp. 90 y ss.

[90] Así, en concreto, Francesco de Angelis, "L'espace judiciaire pénal européen: une visión se concrétise", *Revue du Droit de l'Union Européenne* 2 (2011), pp. 187-193, esp. p. 190; el autor defiende que la creación de una Fiscalía Europea no puede sino entrañar la exigencia de un Derecho penal común, aún limitado a

Incluso se propuso a la fecha disponer de un sistema mixto donde se hallaren presentes ambos principios y, así, por tanto, también con entrada del de oportunidad en su modalidad de oportunidad reglada ante la diversidad de modelos o sistemas legales vigentes en unos y otros países[91], aquí en concreta relación con la tradicional alternativa entre principio de legalidad y oportunidad por lo que respecta al inicio de acción penal por parte del Ministerio Fiscal.

En relación con tales principios el Preámbulo de la norma europea añade algún otro principio olvidado ahora en este articulado como es el principio de equidad conjuntamente con el de imparcialidad[92]. En efecto, el considerando 65 refiere expresamente que "las investigaciones y el ejercicio de la acción penal de la Fiscalía Europea deben regirse por los principios de proporcionalidad, imparcialidad y equidad hacia el sospechoso o acusado" exigiendo así "buscar todo tipo de pruebas, tanto inculpatorias como exculpatorias, ya sea *motu propio* o a petición de la defensa". Esta última manifestación realiza referencia a otra concreta proclamación incluida en el artículo 5.1 RFE, para algunos también recogida a modo de principio, cual es el respeto por parte de las actividades desarrolladas por la Fiscalía Europea de "los derechos consagrados en

---

la tipificación de determinadas infracciones. En relación con dicha aproximación legislativa sustantiva y procesal en el ámbito de la cooperación judicial penal europea a la fecha Ana Mª Vicario Pérez, "La asimilación y la aproximación legislativa como formas de europeización del Derecho Penal sustantivo y procesal de los Estados miembros de la Unión", en Suárez Xavier y Fontestad Portalés, *Seguridad y los retos de la jurisdicción en el siglo XXI… op. cit.*, pp. 161-182, esp. pp. 173 y ss.

[91] En esta línea González Cano, "Fiscalía Europea y represión del fraude contra los intereses financieros de la Unión Europea", *op. cit.*, esp. p. 173. Sobre los distintos modelos procesales penales en general Mar Jimeno Bulnes, "El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI", *Justicia* 2 (2013), pp. 207-310, esp. pp. 268 y ss por lo que aquí atañe.

[92] Así lo recuerda Fiodorova, "Fiscalía Europea…", *op. cit.*, p. 216, quien además de los citados añade otros principios como el principio acusatorio y principio de equivalencia.

la Carta" entendiendo por tales aquellos contenidos en Título VI (artículos 47-50) Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[93]. Del mismo modo y conjuntamente con tales derechos entran aquí en consideración los derechos procesales hoy reconocidos en el ámbito de la Unión Europea por parte de las distintas directivas dictadas a este tenor y las que encuentran mención expresa en el artículo 41.2 RFE[94], si bien su única enumeración carente de

---

[93] DOUE de 30 de marzo de 2010, n.º C 83, pp. 389-403. Sobre la aplicación de la Carta en el ámbito de la actuación de la Fiscalía Europea en particular Valsamis Mitsilegas y Fabio Giuffrida, "The European Public Prosecutor's Office and human rights", en Geelhoed *et al., Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office, op. cit*., pp. 59-98, esp. pp. 61 y ss.

[94] En concreto Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, DOUE de 26 de octubre de 2010, n.º L 280, pp. 1-7; Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, DOUE de 1 de junio de 2012, n.º L142, pp. 1-10; Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, DOUE de 6 de noviembre de 2013, n.º L 294, pp. 1-12; Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, DOUE de 11 de marzo de 2016, n.º L 65, pp. 1-11; Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención, DOUE de 4 de noviembre de 2016, n.º L 297, pp. 1-8. Al respecto*, in genere*, Coral Arangüena Fanego y Montserrat De Hoyos Sancho (dirs.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2018 y *Garantías procesales de investigados y acusados en procesos penales en la Unión Europea. Buenas prácticas en España*, Cizur Menor: Thomson Reuters & Aranzadi, 2020; en relación con la Fiscalía Europea, desde una perspectiva bastante crítica en relación con esta temática y la norma europea en general Giulio Illuminati, "La protección de los derechos fundamentales de los sospechosos y acusados en los procedimientos transfronterizos", en Bachmaier Winter, *La Fiscalía*

mayor desarrollo en el posterior articulado ha sido también objeto de clara crítica[95].

No obstante, la característica más significativa de la nueva regulación es, sin duda, la independencia que se predica de la Fiscalía Europea en el artículo 6 RFE, el gran caballo de batalla siquiera en las fiscalías nacionales[96]. De este modo se indica expresamente en el artículo 6.1 RFE que "la Fiscalía Europea será independiente" extendiendo esta nota para todos sus componentes, quienes "actuarán en interés de la Unión en su conjunto (…) y no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ninguna persona ajena a la Fiscalía Europea, de ningún Estado miembro de la Unión Europea o institución, órgano u organismo de la Unión en el desempeño de sus obligaciones"; por ello y en lógica correspondencia se impone también paralelamente obligación al respecto tanto a Estados

Europea, *op. cit.*, pp. 229-253, esp. pp. 235 y ss así como, en la misma obra, Nuria Díaz Abad, "El marco legal de la protección de los derechos fundamentales de los acusados o sospechosos en los procesos de a Fiscalía Europea", pp. 255-276, esp. pp. 260 y ss.

95 De nuevo Fiodorova, "Fiscalía Europea…", *op. cit*. p. 218, si bien aquí la autora emprende defensa en favor del legislador europeo entendiendo que esta escueta regulación obedece a dos razones y así "a la estructura descentralizada de la Fiscalía Europea y a la falta de armonización completa previa de las garantías procesales". Así también al respecto Mitsilegasy Giuffrida, "The European Public Prosecutor's Office and human rights", *op. cit.*, pp. 66 y ss.

96 Sobre la independencia de la Fiscalía Europea en particular por parte de la norma europea Jorge A. Alves Costa, "Independência, legalidade e imparcialidade da Procuradoria Europeia – Contributo para garantia e densificação dos direitos processuais de suspeitos e arguidos", *Revista de Estudios Europeos*, n.º extraordinario monográfico 1 (2019), pp. 274-285, esp. pp. 281 y ss; así también Martinez Santos, "El estatuto de independencia de la Fiscalía Europea y sus garantías", *op. cit*., pp. 28 y ss, precisamente cuestionando la similitud de la independencia de la Fiscalía Europea con la proclamada para los órganos jurisdiccionales nacionales. Muestra también su sorpresa respecto de este requisito para la fiscalía, incluida la europea, Montesinos García, "La nueva fiscalía antifraude europea", *op. cit*., p. 181.

miembros como a la Unión Europea, cuyas instituciones, órganos y organismos en su totalidad "respetarán la independencia de la fiscalía europea y no intentarán influir en ella en el ejercicio de sus funciones" en presunción de lo que pueda ocurrir. En contrapartida la Fiscalía Europea habrá de practicar la rendición de cuentas ante las instituciones europeas enumeradas en el artículo 6.2 RFE junto con la elaboración de informes anuales relativos a su actividad según indica el posterior artículo 7 RFE; no en vano, dicha independencia acarrea necesariamente la responsabilidad de la Fiscalía Europea, aún aquí ausente su mención[97], a modo y semejanza de cualesquiera órganos jurisdiccionales pese a la evidente diferencia en su naturaleza jurídica.

En cuanto a las funciones desarrolladas por la Fiscalía Europea asumidas ya a fecha de 1 de junio de 2021 conforme estableció la oportuna Decisión de la Comisión Europea[98], su regulación se realiza en el artículo 4 RFE y así se le encomienda a una tarea triple tarea consistente, en suma, de proceder a la investigación, ejercicio de acción penal y acusación respecto de un concreto tipo de delitos cuales son aquellos "que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión previstos en la Directiva (UE) 2017/1371"; esta última

---

[97] Sobre la necesidad de mantener el necesario equilibrio entre responsabilidad e independencia Conway, "Holding to account a possible European Public Prosecutor…", *op. cit.*, pp. 374 y ss, también con examen de dicha responsabilidad (*accountability*) en sendas tradiciones del *Common Law* y *Civil Law* así como en recordatorio de la ausencia de esta mención a la responsabilidad en la norma europea. En examen igualmente de independencia y responsabilidad por parte de la Fiscalía Europea como dos caras de la misma moneda Weyembergh y Brière *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

[98] Artículo 1 Decisión de Ejecución (UE) 2021/856 de la Comisión de 25 de mayo de 2021, por la que se determina la fecha en la que la Fiscalía Europea asume sus funciones de investigación y ejercicio de la acción penal, DOUE de 28 de mayo de 2021, n.º L 188, pp. 100-102. Dicha decisión fue dictada al amparo del artículo 120.2.II RFE.

no es otra que la conocida como Directiva PIF y así Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal[99]. No obstante, ante la inexistencia de una jurisdicción penal europea conocedora de un proceso penal supranacional como sería en su caso deseable[100] y más para el enjuiciamiento de esta modalidad delictiva, sobre la que ya se ha expuesto la dificultad de identificar propiamente el fraude causado a la Unión Europea[101], dicho ejercicio de acción penal y formulación de acusación ha de tener lugar "ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros" que no son otros que los órganos de la jurisdicción ordinaria nacional con

---

[99] DOUE de 28 de julio de 2017, n.º L 198, pp. 29-41, objeto de transposición en España mediante la Ley Orgánica 1/2019 de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, para trasponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financieros y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional (BOE de 21 de febrero de 2019, n.º 45, pp. 16698-16712). Entre la literatura, a modo de ejemplo, Constanza di Francesco Maesa, "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* 3 (2018), pp. 1455-1469, en examen de origen, antecedentes y contenido; así también Rosaria Sicurella, "A blunt weapon for the EPPO? Taking the Edge off the proposed PIF Directive", en Geelhoed *et al.*, *Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, *op. cit.*, pp. 99-127 desde una perspectiva bastante crítica. En neustro país, por todos, Pérez Marín, *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea…, op. cit.*, pp. 134 y ss.

[100] Me sumo al deseo de Bachmaier Winter, "The potential contribution of a European Public Prosecutor in light of the Proposal for a Regulation of 17 July 2013", *op. cit.*, p. 142. Más aún cuando a la fecha y así la elaboración de la Propuesta del Reglamento citada la competencia para este tipo de delitos se otorgaba a la Fiscalía Europea en exclusiva y fue precisamente a raíz de las dificultades surgidas en el proceso de negociación de la misma cuando se propone su compartición con los Estados miembros como ahora tiene lugar; así lo recuerda Weyembergh y Brière, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO), op. cit.*, pp. 19 y ss.

[101] Así Vervaele, "The European Public Prosecutor's Office…", *op. cit.*, pp. 14 y ss.

competencia penal. Desde luego, esta reducida competencia de la Fiscalía − si de competencia puede hablarse para la fiscalía en la línea ya anticipada − ha sido una de las cuestiones más criticadas sobre el nuevo órgano[102] y a ello se realizará referencia en su momento.

Precisamente de la denominada "competencia y ejercicio de la competencia" de la Fiscalía Europea se ocupa el Capítulo IV y así artículos 22-24 RFE con desglose de los distintos criterios de atribución competencial; en suma, competencia material (artículo 22), territorial y personal (artículo 23) de la Fiscalía Europea. No es propósito aquí y ahora entrar de lleno en el examen de cada uno de estos criterios[103] pero sirva ahora recordar de forma sumaria respecto de cada uno de ellos que, en virtud de tales preceptos, los requisitos son los siguientes: a) el daño causado a los intereses financieros de la Unión suponga un "perjuicio total de al menos 10 millones de euros" (competencia material que ha de añadir además la competencia por conexión en su caso[104]); b) la comisión delictiva

---

[102] Ya en su día Ormazábal Sánchez manifestaba, en palabras textuales, "el reduccionismo que entraña circunscribir la creación de aquella Fiscalía únicamente a los intereses financieros de la Unión Europea"; así Guillermo Ormazábal Sánchez, "Hacia una autoridad de persecución criminal común para Europa (Reflexiones acerca de la conveniencia de crear una Fiscalía europea y sobre el papel de EUROJUST", *La Ley Penal* 56 (2009), https://revistas.laley.es, p.12.

[103] En particular, Mª Ángeles Pérez Marín, "La competencia de la Fiscalía Europea: criterios materiales y territoriales para su determinación", *Revista Internacional Consinter de Direito* VIII (2019), pp. 255-284, esp. pp. 263 y ss por lo que respecta a tales criterios de atribución; así también David Vilas Álvarez, "La competencia material de la Fiscalía Europea", en Bachmaier Winter, *La Fiscalía Europea, op. cit.*, pp. 53-76, esp. pp. 58 y ss en alusión a los concretos supuestos contemplados en la Directiva PIF por lo que atañe a este criterio material de atribución competencial. Por último, *in genere,* González Cano, "Fiscalía Europea y represión del fraude contra los intereses financieros de la Unión Europea", *op. cit.*, pp. 162 y ss en referencia a un diseño de competencia material "estática y dinámica" de la Fiscalía Europea.

[104] Así Vilas Álvarez, "La competencia material de la Fiscalía Europea", *op. cit.*, pp. 66 y ss; también en particular Eric Stibon, "Ancillary crimes and *ne bis in*

tenga lugar de forma total o parcial "en el territorio de uno o varios de los Estados miembros" (competencia territorial) y c) la autoría corresponda a "un nacional de un Estado miembro" (competencia personal) a aplicar en defecto del anterior con las condiciones allí impuestas[105]. Por su parte, la cuestión de cualesquiera conflictos de competencias entre Fiscalía Europea y fiscalía nacional se resuelve a favor de la primera a partir del llamado "derecho de avocación" que contempla el artículo 25.1 RFE[106] y así la *vis attractiva* respecto de la competencia de la fiscalía nacional a practicar en la forma reglamentariamente descrita en el posterior artículo 27 RFE[107]; dicho derecho no está tampoco

idem ", en Geelhoed *et al., Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, *op. cit*., pp. 129-140.

[105] Así las reglas contenidas en los aptdos. b) y c) del artículo 23 RFE; en suma y textualmente cuando el delito en cuestión haya "sido cometido por un nacional de un estado miembro, siempre que un Estado miembro sea competente respecto de este tipo de delito cuando se haya cometido fuera de su territorio" o haya sido cometido "por una persona sujeta al Estatuto de los funcionarios o al régimen aplicable a los otros agentes en el momento de la perpetración del delito, siempre que un Estado miembro sea competente respecto de ese tipo de delito cuando se haya cometido fuera de su territorio".

[106] De modo textual, "la Fiscalía Europea ejercerá su competencia iniciando una investigación de conformidad con el artículo 26, o bien decidiendo ejercer su derecho de avocación de conformidad con el artículo 27. Cuando la Fiscalía Europea decida ejercer su competencia, las autoridades nacionales competentes no ejercerán la suya respecto del mismo comportamiento constitutivo de delito".

[107] Básicamente "una vez que reciba toda la información pertinente de conformidad con el artículo 24, apartado 2, la Fiscalía Europea adoptará su decisión a propósito de ejercer o no su derecho de avocación lo antes posible, aunque no después de que transcurran cinco días desde la fecha en que reciba la información procedente de las autoridades nacionales, e informará a estas de su decisión. El Fiscal General Europeo podrá, en determinados casos específicos, adoptar la decisión motivada de prorrogar este plazo por un período máximo de cinco días e informara de ello a las autoridades nacionales" (artículo 27.1 RFE). Entre la bibliografía a modo de ejemplo Francisco Salvador Gil García, "La terminación anticipada de la causa en el Reglamento de la Fiscalía Europea y su incidencia en el proceso penal español", *Revista de Estudios Europeos* 75 (2020), pp. 242-260, esp. pp. 244 y ss en descripción de dicha facultad de la Fiscalía Europea; así también Pérez Marín, "La competencia de la Fiscalía Europea…", *op. cit*., pp.279 y ss.

exento de críticas en virtud de la vigencia de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad antes mencionados[108].

Por lo que atañe al desarrollo de tales funciones de investigación, ejercicio de la acción penal y formulación de acusación ante los órganos jurisdiccionales nacionales su regulación se realiza igualmente en sucesivo articulado del Reglamento en cuestión. Sin ánimo tampoco de llevar a cabo su tratamiento y simplemente de forma sumaria se describen los preceptos ocupados en cada una de las tres tareas que conforman la misión de la Fiscalía Europea[109] y así: a) Realización de la investigación con previsión de concretas medidas para ello en artículo 30 RFE[110] llamando sorprendentemente la atención no exista referencia alguna a la posibilidad de empleo de la Orden Europea de Investigación (OEI)[111], más aún

---

[108] En esta línea Satzger, "La Fiscalía Europea y su coordinación con las fiscalías nacionales…", *op. cit.*, p. 90, por cuanto supone una importante limitación de la soberanía estatal de los Estados miembros proponiendo en su lugar un principio y/o modelo de complementariedad.

[109] División tripartita también utilizada por Fiodorova, "Fiscalía Europea…", *op. cit.*, p. 215. En cambio, otros autores amplían sus funciones a número de 4, cuales son "investigar (descubrir a los autores y los cómplices), incoar el procedimiento penal, solicitar la apertura de juicio y ejercer la acción penal"; así Montesinos García, "La nueva fiscalía antifraude europea", *op. cit.*, p. 181 describiendo en páginas siguientes todo el funcionamiento y normas de procedimiento de la FE conforme la normativa europea. Así también de interés el examen realizado por González Cano, "Fiscalía Europea y represión del fraude contra los intereses financieros de la Unión Europea", *op. cit.*, pp. 171 y ss enlazando fases procedimentales y principios.

[110] En particular exposición de la problemática de esta investigación en relación con los llamados delitos PIF para los que resulta aquí competente la Fiscalía Europea Tom Willems, "Asking the right questions. Interviewing in PIF investigations", *eucrim* 2/2018, pp. 137-140.

[111] En crítica implícita también a esta ausencia Silvia Allegrezza y Anna Mosna, "Admisibilidad de la prueba transnacional en los procedimientos de la Fiscalía Europea", en Bachmaier Winter, *La Fiscalía Europea*, *op. cit.*, pp. 173-193, esp. pp. 185 y ss, entendiendo existe una regresión al modelo de asistencia jurídica mutua previo a la OEI; así también Andras Csúri, "Towards an inconsistent European

cuando existe mención expresa a las investigaciones transfronterizas en posterior artículo 31 RFE y reconociendo lógicamente la posibilidad del recurso a la misma[112]; b) Ejercicio de acción penal con normas relativas a la "remisión y transferencia de diligencias a las autoridades nacionales" en artículo 34 así como previsión de supuestos alternativos, tales como el archivo del caso o sobreseimiento contemplado en artículo 39 RFE[113] y el acuerdo o confor-

regime of cross-border evidence: the EPPO and the European Investigation Order", en Geelhoed *et al., Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, *op. cit*., pp. 141-153, si bien aquí el autor describe sendos modelos de cooperación, de carácter horizontal mediante la OEI y de carácter vertical mediante la FE. Esta última es regulada bajo la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, DOUE de 1 de mayo de 2014, n.º L 130, pp. 1-36 y transpuesta al ordenamiento jurídico español por Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión europea, para regular la Orden Europea de Investigación, BOE de 12 de junio de 2018, n.º 142, pp. 60161-60206; por todos a la fecha Mar Jimeno Bulnes, "Orden europea de investigación en materia penal, en Mar Jimeno Bulnes (ed.), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar,* Barcelona: Bosch, pp. 151-208. Así también información sobre la misma puede encontrarse igualmente en observatorio EUROCOORD derivado de proyecto europeo bajo mismo acrónimo coordinado por la autora https://www3.ubu.es/eurocoord/.

[112] Así Lorena Bachmaier Winter, "Las investigaciones transfronterizas en el marco del proceso de la Fiscalía Europea", en Bachmaier Winter, *La Fiscalía Europea*, *op. cit*.., pp. 145-172, esp. pp. 161 y ss. En relato de experiencia personal en ejercicio de tales investigaciones transfronterizas desde su posición como Fiscal Delegado de Cooperación Internacional en la Audiencia Provincial de Sevilla José Manuel Rueda Negri, "Investigaciones transfronterizas de la Fiscalía Europea y su incidencia en materia probatoria", en Moreno Catena y Romero Prada, *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea… op. cit*., pp. 173-190, participando de una visión crítica de la regulación realizada por la norma europea a este respecto.

[113] En particular Michele Caianello, "La decisión sobre el archivo de la causa: *¿res iudicata* o transferencia de la competencia?", en Bachmaier Winter, *La Fiscalía Europea, op. cit*., pp. 195-210, poniendo el autor de relieve como ello supone una concesión al principio de oportunidad imperante en otros Estados miembros y

midad entre Fiscalía Europea e investigado, supuesto contemplado en el artículo 40 RFE bajo la denominación de "procedimiento simplificado" o simplemente transacción para alguna literatura[114]; c) Formulación de acusación ante la jurisdicción nacional del correspondiente Estado miembro conforme dispone el artículo 36 y con posibilidad de aportación de material probatorio obtenido en diferente Estado miembro según dispone el artículo 37 RFE, estableciéndose así una regla amplia de admisibilidad probatoria mutua distante así del clásico principio de *forum regit actum*[115]; con todo, se recuerda, a la fecha no existe aún una normativa europea concreta de reconocimiento mutuo y/o aproximación legislativa en esta materia pese a los intentos realizados por parte de la Comisión ya en su día y la que sería aquí especialmente procedente[116].

así se cita Francia, Inglaterra y Gales; no obstante, también de interés el modelo de Holanda en la línea ya señalada; así Geelhoed, "Embedding the European Public Prosecutor's Office in jurisdictions with a wide scope of prosecutorial discreiton…", *op. cit.*, pp. 92 y ss. Desde la perspectiva española en particular Gil García, "La terminación anticipada de la causa en el Reglamento de la Fiscalía Europea y su incidencia en el proceso penal español", *op. cit.*, pp. 247 y ss procediendo a comparación entre normativa europea y estatal.

114 En concreto Antonio Zárate Conde y Mercedes de Prada Rodriguez, "Reflexiones sobre la transacción en el marco de la Fiscalía Europea", en Bachmaier Winter, *La Fiscalía Europea, op. cit.*, pp. 211-228, esp. pp. 222 y ss por lo que respecta a la regulación de este articulado; así también de interés su examen relativo a la compatibilidad de esta transacción con la conformidad prevista en la ley procesal penal española (pp. 224 y ss).

115 Así Lucana Estévez, "La instauración de la Fiscalía europea como cooperación reforzada…", *op. cit.*, p. 118.

116 De esta opinión Brière, "Le Parquet Européen…", *op. cit.*, pp. 181 y ss; en particular sobre esta temática Allegrezza y Mosna, "Admisibilidad de la prueba transnacional en los procedimientos de la Fiscalía Europea", *op. cit.*, esp. pp. 188 y ss en comentario al artículo 37 RFE. Respecto a la intencionalidad de la Comisión Europea recuerdo en su día asistir a la fecha a reunión de expertos convocada en sede de esta institución por parte de Caroline Morgan (DG Justicia y consumidores, Comisión Europea) en la que tuvo lugar discusión sobre propuesta aún informal en materia de admisibilidad probatoria resultando patente la fuerte

Finalmente interesa aquí destacar el control jurisdiccional (*judicial review*) existente en virtud del artículo 42 RFE sobre los actos practicados por la Fiscalía Europea procedentes de cualesquiera de sus componentes y el cual tendrá lugar, de nuevo ante los órganos jurisdiccionales nacionales de conformidad con la regulación realizada en el ordenamiento jurídico interno[117]. Ello no es sino una vez más consecuencia de la característica de responsabilidad inherente a la independencia de la Fiscalía Europea en el sentido antes expuesto[118]. Con todo, dicho control jurisdiccional de carácter nacional ha sido objeto de crítica por resultar aún insatisfactorio entendiendo que el mismo a todas luces resultaría más completo y efectivo de tener lugar, no sólo ante la jurisdicción nacional con carácter interno sino también con carácter externo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) o cualesquiera otros órganos jurisdiccionales europeos[119] como en su día fue igualmente propuesto y más arriba comentado. A la fecha, no obstante, hay que recordar que el TJUE conserva competencia para pronunciarse

oposición por parte de algunos Estados miembros a cualquier iniciativa legislativa en esta línea (Bruselas, 2006).

117 Textualmente y en general, "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 mismos e aplicará a los casos en que la Fiscalía Europea se abstenga de adoptar los actos procesales destinados a surtir efectos frente a terceros que está jurídicamente obligada de adoptar en virtud del presente Reglamento" (artículo 42.1 RFE). Sobre esta temática en particular Juan José González López, "Consideraciones acerca del control jurisdiccional de la Fiscalía Europea", *Revista General de Derecho Europeo* 53 (2021), n.º 53, pp. 163-196.

118 De nuevo Conway, "Holding to account a possible European Public Prosecutor…", *op. cit.*, pp. 390 y ss.

119 En esta línea González López, "Consideraciones acerca del control jurisdiccional de la Fiscalía Europea", *op. cit.*, esp. p. 194; asimismo Pérez Marín, "El futuro órgano instructor común…", *op. cit.*, p. 167 además de otra literatura más arriba citada.

con carácter prejudicial de cuestiones promovidas por órganos jurisdiccionales nacionales respecto de la validez de actos procesales procedentes de la Fiscalía Europea además de las ordinarias[120] así como para conocer de los procedimientos contenciosos de anulación e indemnización allí descritos − entre otros − conforme se indica en dicho articulado.

5. El escenario en España

Como ya ha sido en algún momento anticipado nuestro país jugó parece un papel fundamental a la hora de poner en marcha la Fiscalía Europea, fruto del carácter europeísta y proactivo que reúne España en el seno siquiera de las instituciones europeas. De modo concreto fue uno de los Estados miembros más entusiastas en la creación de la nueva institución antes y después de la firma del Tratado de Lisboa así como durante el período de negociaciones en empleo ya del mecanismo de cooperación reforzada[121]. Tanto más

---

[120] Así, en concreto y conforme el artículo 42.2 RFE, "la interpretación o la validez de las disposiciones del Derecho de la Unión, incluido el presente Reglamento" y "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", sin duda uno de los puntos más conflictivos del funcionamiento del nuevo órgano. A este respecto permanece la duda de si dentro del concepto de "órgano jurisdiccional nacional" tendrá cabida el Ministerio Fiscal conforme la jurisprudencia del TJUE dictada en los últimos años con ocasión de la orden de detención europea en una suerte de *case-by-case basis*; así Mar Jimeno Bulnes, "Problemas actuales del funcionamiento de la orden europea de detención y entrega", en Moreno Catena y Romero Prada, *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea… op. cit.*, pp. 385-432, esp. pp. 410 y ss (en la misma obra aún de mayor interés el trabajo de Florentino Gregorio Ruiz Yamuza, "El Ministerio Fiscal como autoridad judicial de emisión en la DM OEDE. Notas en relación con la jurisprudencia reciente del TJUE", en pp. 331-384).

[121] En esta línea Vilas Álvarez, "The EPPO implementation…", *op. cit.*, p. 125 resaltando a este respecto el papel de España y Francia desde diciembre de 2016 en adelante. Sobre el papel de Francia a este tenor Pauline Dubarry y

resulta en alguna (o bastante) medida paradójica esta defensa del nuevo órgano cuanto nuestro país es "uno de los Estados en el que la adaptación del sistema procesal interno al funcionamiento de la Fiscalía europea se presenta más difícil" como ha sido expresado desde la proximidad a la institución[122]; sirva recordar el modelo procesal penal existente a fecha de hoy en nuestro país, donde (aún) pervive la figura del juez instructor y donde el fiscal (aún) no tiene encomendada la dirección de la instrucción, excepción hecha del proceso penal de menores[123]. No en vano hay quien tiene la esperanza de que la Fiscalía Europea se convierta en verdadero "revulsivo para que, de una vez por todas, la clase política aborde finalmente la elaboración

---

Emmanuelle Wachenheim, "La naissance d'un Parquet européen – les enjeux de sa mise en oeuvre en France", *eucrim* 2/2018, pp. 121-124, esp. p. 122 resaltando la labor de este país desempeñada junto a Alemania en búsqueda de un modelo colegiado del nuevo órgano. Parece así estos tres fueron los países decisivos en la creación de la Fiscalía Europea: Alemania, Francia y España.

122 Rosa Ana Morán Martinez, "Prólogo", en Bachmaier Winter, *La Fiscalía Europea*, *op. cit.*, pp. 7-11, esp. p. 8; la autora era a la fecha Fiscal de Sala coordinadora de la Sección de Cooperación Internacional en España y en la actualidad Fiscal de Sala Jefe de la Fiscalía Antidroga según figura en ULR https://www.fiscal.es/fiscalías-especiales (fecha de última consulta: 5 de noviembre de 2022). En sentido similar y como prueba del especial interés español, a modo de ejemplo, la obra colectiva dirigida por Jorge A. Espina Ramos y Isabel Vicente Carbajosa, *La futura fiscalía europea*, Madrid: Ministerio de Justicia, 2009.

123 Para un examen comparado de modelos procesales penales véase entre la bibliografía Jimeno Bulnes, "El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*…", *op. cit.*, pp. 262 y ss por lo que atañe a este aspecto; in genere, José Martín Pastor, *El Ministerio Público y el proceso penal en Europa*, Barcelona: Atelier, 2019. Así también de gran interés el estudio realizado a instancias de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo (LIBE), Elodie Sellier y Anne Weyembergh, *Criminal procedural laws across the European Union – A comparative analysis of selected main differences and the impact they have over the development of EU legislation,* PE 604.977, agosto 2018, disponible en enlace https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/70e80c5d-b64e-11e8-99ee-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF (fecha de última consulta: 5 de noviembre de 2022).

de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal"[124].

A fecha de hoy y tras la asunción de funciones por parte de la Fiscalía Europea el pasado 1 de junio de 2021 según ha sido arriba expuesto, España tuvo necesidad de dictar la normativa oportuna a fin de hacer posible la operatividad y funcionamiento de la Fiscalía Europea en nuestro país. En verdad no se trata de la adaptación o desarrollo del Reglamento europeo en cuanto norma de aplicación directa a diferencia de la directiva conforme el artículo 288 TFUE pero sí se hacía patente la falta de cauce o instrumentos oportunes para poner en práctica las disposiciones y obligaciones contraídas a raíz del dictado de la normativa europea y, en suma, la creación de la Fiscalía Europea[125]. De este modo se procedió a la promulgación de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea[126] (en adelante LOFE), cuya sumaria referencia se realiza ahora sin pretensión de examinar ni mucho menos la totalidad de su articulado.

---

[124] Palabras de José Ramón Navarro, a la sazón presidente de la Audiencia Nacional en noticia de prensa elaborada por Carlos Berbel, "La nueva Fiscalía Europea va a hacer más eficaz el sistema judicial", *El Confidencial*, 3 de diciembre de 2019, disponible en https://confilegal.com/20191203-la-nueva-fiscalia-europea-va-a-hacer-mas-eficaz-el-sistema-judicial-segun-el-presidente-de-la-an (fecha de última consulta: 5 de noviembre de 2022). Así también, ya a la fecha, Víctor Moreno Catena, *Fiscalía europea y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 23 y ss bajo la expresión de que "la necesidad obliga".

[125] En esta línea Begoña Vidal Fernández, "La actuación de la Fiscalía Europea en el proceso penal español regulada en la LO 9/2021", *Revista de Derecho y Proceso Penal* 66 (2022), pp. 139-173, esp. p. 139; la autora realiza detenido examen del articulado de la nueva norma.

[126] BOE de 2 de julio de 2021, n.º 157, pp. 78523-7851. Además de la bibliografía inmediatamente citada también realiza una aproximación al contenido de dicha norma Andrea Planchadell Gargallo, "Ley Orgánica 9/2021 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (BOE del 2 de julio)", *Revista de Derecho y Proceso Penal* 63 (2021), pp. 207-222.

En suma y con carácter general se trata de una extensa normativa[127], por cuanto integra un total de 131 artículos contenidos en seis títulos además de un título preliminar a los que se añaden dos disposiciones adicionales, una transitoria y nueve finales; estas últimas y en especial las dos primeras resultan de particular relevancia pues en su mayor parte producen la modificación de importante normativa procesal y sustantiva en nuestro país. De este modo tiene lugar la modificación y adición de diverso articulado del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF)[128], la introducción del nuevo artículo 541bis Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), además de la adición o modificación de otro articulado[129], modificación del artículo 1.3 Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (LOTJ), modificación de artículos 24.1, 132 y 306.I Código Penal así como adición de disposición adicional séptima Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea o LRM; sin embargo y contra todo pronóstico, no opera modificación alguna respecto de la aún vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)[130], quizás a la espera de producirse su sustitución en un futuro próximo. A mayor abundamiento, la

---

127 Para otros, en cambio, escasa; así José Luis Rodriguez Lainz, "La intervención de comunicaciones y otras medidas de investigación tecnológica en el procedimiento de investigación ante la fiscalía europea", *Diario La Ley*, n.º 10022, 4 de marzo de 2022, https://diariolaley.laleynext.es, esp. p. 3.

128 Modificación de art. 3.4 así como adición de arts. 4.1 bis y 21 bis además de adición de dos párrafos a la Disposición Adicional primera.

129 Modificación de arts. 23.2.b), 57.1.2º y 3º, 65.5º, 351.a) y c) y adición arts. 57.3, 61.2.II, 65.1º.f), 73.4.II, 88.II y III, 348 bis.6.

130 Así lo preveían por ejemplo Teresa Armenta Deu, "Fiscalía Europea. Su incidencia en el ordenamiento procesal penal español", y Juan Luis Gómez Colomer, "La inserción de la Fiscalía Europea en el sistema procesal penal español", ambos en Moreno Catena y Romero Prada, *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea… op. cit.*, pp. 145-171, esp. pp. 153 y ss así como pp. 217-240, esp. pp. 231 y ss, realizando detenido examen respecto de concretas modificaciones de la LECrim.

entrada en vigor de la nueva norma acaeció al día siguiente de la publicación en BOE conforme disposición final novena así que el reto ha sido importante para poner rápidamente − y quizás con excesiva premura − en marcha un mecanismo a todas luces disruptivo con nuestro sistema procesal penal; no en vano el funcionamiento de la Fiscalía Europea observa dificultad extra en España dada la propia estructura de la investigación que conforme a la ley procesal penal ordinaria reside (aún, si es el caso) bajo la dirección del Juez de Instrucción[131].

En efecto, la propia norma en su Preámbulo se hace eco de la particular problemática que el funcionamiento de la Fiscalía Europea representa en nuestro país "dada la singularidad que a día de hoy representa la instrucción judicial", recordando que "el modelo que implanta el Reglamento, en sintonía con la mayoría de los Estados de la Unión, atribuye la dirección de la investigación penal a la Fiscalía Europea, siendo también la autoridad que decidirá sobre su terminación, postulando o no la continuación el ejercicio de la acción penal"; igualmente incide en como el Reglamento europeo, el que ahora se pretende "encajar y adaptar" en palabras del mismo texto, "constituye el impulso definitivo a la reforma estructural del proceso penal español"[132] advirtiendo de este modo el deseo del legislador patrio. En concreto y de modo contrario a la afirmación realizada − no sin bastante razón − por la normativa europea[133], el legislador español entiende que "la implantación de la Fiscalía

---

131 Así Planchadell Gargallo, "Ley Orgánica 9/2021 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (BOE del 2 de julio)", *op. cit.*, p. 207.

132 Preámbulo LOFE, aptdos. I *in fine* y II *ab initio*.

133 En concreto y así mencionado, considerando 15 RFE, textualmente: "el presente Reglamento no afecta a los sistemas nacionales de los Estados miembros en lo que respecta al modo en que se organizan las investigaciones penales".

europea requiere, inevitablemente, la articulación de un nuevo sistema procesal, de un modelo alternativo al de instrucción judicial que permita que el Fiscal europeo delegado asuma las funciones de investigación y promoción de la acción penal, al tiempo que una autoridad judicial nacional, configurada con el estatus de auténtico tercero imparcial, se encarga de velar por la salvaguardia de los derechos fundamentales"[134]. Como ha sido expresado de una forma bastante gráfica, el nuevo esquema procesal penal constituye "una isla de investigación criminal al modo europeo continental predominante, en un tormentoso océano de esquema inquisitivo, que no inquisitorial, que aun preserva la vigente LECRIM"[135].

En consecuencia y conforme al nuevo artículo 541 bis LOPJ, "la Fiscalía Europea será responsable de investigar y ejercer la acción penal ante el órgano de enjuiciamiento competente en primera instancia y vía de recurso contra los autores y demás participantes en los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión Europea en los que, con arreglo al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, ejerza de forma efectiva su competencia". En línea similar y dentro del todavía Título Preliminar (Disposiciones generales, artículos 1-3 LOFE), se pronuncia el artículo 2 LOFE determinando así el ámbito de actuación de la nueva Fiscalía Europea, en este caso desde la perspectiva de su nivel descentralizado ocupado por los Fiscales Europeos Delegados

---

[134] Aptdo. II.II Preámbulo LOFE. Dicha autoridad judicial nacional es el juez de garantías con funciones enumeradas en artículo 8 LOFE constituido en los órganos jurisdiccionales de enjuiciamiento conforme se indica en artículo 7.3 LOFE.

[135] Rodriguez Lainz, "La intervención de comunicaciones y otras medidas de investigación tecnológica en el procedimiento de investigación ante la fiscalía europea", *op. cit.*, p. 4. Me permito insistir que, en efecto, el término correcto es "inquisitivo" y no "inquisitorial", siendo este último la traducción del primero en inglés; por todos, Mar Jimeno-Bulnes, "American criminal procedure in a European context", *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 21 (n.º 2) (2013), pp. 409-459, esp. pp. 420 y ss.

o FED en la línea arriba anticipada. Resta advertir que, dada la inexistencia de reforma alguna de la norma estatutaria que regula el Ministerio Fiscal español, parece ciertamente, como fue en su día sugerido[136], que la Fiscalía Europea, más que integrarse en la fiscalía española, coexiste con ella para los procesos penales en los que la primera resulte competente; a mayor abundamiento, la inserción de tal artículo 541 bis LOPJ tiene lugar en la norma orgánica bajo sendas rúbricas de "Libro VII Del Ministerio Fiscal, la Fiscalía Europea y demás personas e instituciones que cooperan con la administración de justicia" y "Título I Del Ministerio Fiscal y la Fiscalía Europea", en concreto tras el artículo 541 LOPJ enunciativo de las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal (español).

La norma española en suma incorpora la regulación, tanto de aspectos orgánicos como procesales de la Fiscalía Europea, ocupándose de los primeros sendos dos primeros títulos y de los segundos los restantes cuatro. Así, en primer lugar, en relación con tales aspectos orgánicos, se contemplan las funciones y principios de la Fiscalía Europea en España (Título I, artículos 4-13 LOFE) así como el estatuto de la misma y "el de"[137] sus Fiscales Europeos Delegados (Título I, artículos 14-16 LOFE), quienes ocupan el anunciado nivel descentralizado del nuevo órgano en los distintos Estados miembros en la línea tantas veces indicada. De este modo se atribuye competencia a los mismos para proceder a la investigación y ejercicio de acción penal respecto de tales delitos que perju-

---

136 Así, en concreto, Gómez Colomer, "La inserción de la Fiscalía Europea en el sistema procesal penal español", *op. cit.*, p. 226. Por cierto que el silencio a este respecto en el servidor oficial de la institución española es absoluto, por cuanto, realizada búsqueda en fecha reciente, no figura su incardinación en modo alguno en el menú de https://www.fiscal.es (ni siquiera en seno del área especializada de cooperación internacional o bien, incluso de delitos económicos).

137 Pese a la ausencia de dicho artículo y preposición entiendo que el objeto de regulación es básicamente el estatuto jurídico de tales FED.

diquen los intereses financieros de la Unión de conformidad con normativa europea y nacional[138]; como se recordará, cuestión discutida en su día fué, en concreto, la simultaneidad de ejercicio de funciones en fiscalía europea y española por parte de tales Fiscales Europeos Delegados[139] y así la antaño denominación de fiscales "de doble sombrero" ya mencionada. Con todo la cuestión parece ya hoy definitivamente resuelta a favor de su competencia exclusiva en virtud de la situación administrativa de servicios especiales prevista en artículo 15 LOFE[140] y no en régimen de comisión de servicios como

---

[138] En suma Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal (Directiva PIF) y LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuyo concreto articulado respecto de los delitos objeto ahora de investigación por parte de la Fiscalía Europea o, en sentido estricto, FED se enumera en artículo 4.2 LOFE; así y sumariamente, delitos contra la Hacienda de la UE con las condiciones allí descritas, defraudación de subvenciones y ayudas europeas, delito de blanqueo de capitales en perjuicio de los intereses financieros de la UE además de delitos de cohecho y malversación que perjudiquen los intereses financieros de la UE así como, por último, delitos relativos a participación en organización criminal para la comisión de cualesquiera delitos anteriores. Sobre dicha competencia en particular a la fecha Francisco Salvador Gil García, "Consideraciones generales sobre el sistema de atribución y ejercicio de la competencia de la Fiscalía Europea en el proceso penal español: análisis y evaluación de sus principales elementos de interacción", en Moreno Catena y Romero Prada, *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea*…, *op, cit*., pp. 241-264, esp. pp. 249 y ss, lógicamente entonces sólo a la luz del reglamento europeo.

[139] Al respecto Mª Ángeles Pérez Marín, "Una revisión de la actuación de la Fiscalía Europea en España. La afectación de los derechos y garantías procesales de las partes", en Moreno Catena y Romero Prada, *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea… op, cit*., pp. 265-293, esp. pp. 280 y ss.

[140] Textualmente, "los Fiscales europeos delegados estarán en situación de servicios especiales desde el momento de su toma de posesión hasta su cese", período durante el cual les será aplicable el estatuto específico previsto en el Reglamento europeo; en concreto su estatuto jurídico se regula en artículo 17 RFE, donde se establece los requisitos para la designación de los FED así como el procedimiento de destitución llegado el caso. Igualmente y pese al silencio a este respecto de la normativa español, habrá de tenerse en cuenta los artículos 33-35 Reglamento

proponía en su día el Anteproyecto así como el Consejo Fiscal en su informe[141]. Por lo que atañe a la competencia *stricto sensu* o competencia judicial como refiere el artículo 7 LOFE ésta se atribuye a la Audiencia Nacional con carácter ordinario, a salvo de los supuestos de aforamiento en favor del Tribunal Supremo o Tribunal Superior de Justicia; dicho sea de paso, en todos estos órganos jurisdiccionales se constituirá un Juez de garantías con las funciones descritas en posterior artículo 8 LOFE[142] y cuya crítica ya se vertió en su día en

interno de la Fiscalía Europea así como la Decisión n.º 001/2020 del Colegio de la Fiscalía Europea, de 29 de septiembre de 2020, por la que se establecen las normas sobre las condiciones de empleo de los Fiscales Europeos Delegados, disponible en ULR https://www.eppo.europa.eu/en/documents ; a esta última se remite el artículo 33.1 Reglamento interno.

[141] Así artículo 15.1 Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al 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, disponible en ULR http://leyprocesal.com/leyprocesal/dm/anteproyecto-de-ley-organica-por-la-que-se-adapta-el-ordenamiento-nacional-al-reglamento-ue-20171939 (fecha de última consulta: 6 de noviembre de 2022), precepto que disponía a la fecha textualmente: "Los Fiscales europeos delegados estarán en situación de servicio activo desde el momento de su nombramiento hasta su destitución". Del mismo modo Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al 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, 12 de marzo de 2021, disponible en buscador oficial https://www.fiscal.es/documentación, p. 27, proponiendo que los FED "estén en servicio activo desde el momento de su nombramiento hasta su destitución, teniendo en cuenta que ejercerán funciones de investigación y acusación ante la jurisdicción nacional" siendo esta "la solución adoptada en países de nuestro entorno como Portugal… o Francia". Por cierto, en relación con ambos países y para esta temática, respectivamente, Pedro Miguel Freitas, "Procuradoria europeia: impacto em Portugal?", en Moreno Catena y Romero Prada, *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea… op. cit.*, pp. 191-215, esp. pp. 194 y ss así como Dubarry y Wachenheim, "La naissance d'un Parquet européen…", *op. cit.*, pp. 122-123.

[142] En suma y conforme posterior articulado: autorización de diligencias sumariales restrictivas de derechos fundamentales (artículos 69-76 LOFE), adopción de medidas cautelares personales (artículos 62 y 86 LOFE), incidente para

el preceptivo informe del Consejo Fiscal respecto de las en su día contempladas en el correspondiente Anteproyecto[143].

En segundo lugar, respecto a los aspectos procesales de la normativa comentada, según el esquema legislativo propuesto los mismos atañen al procedimiento de investigación de la fiscalía europea (Título III, artículos 17-63 LOFE), control judicial de la investigación (Título IV, artículos 64-106 LOFE) y conclusión del procedimiento de investigación (Título V, artículos 107-131 LOFE). Dada la imposibilidad de proceder al tratamiento de dicho articulado solamente se realiza un comentario general del mismo con remisión a la bibliografía ya existente[144] en examen de las distintas etapas y actuaciones que conforman el mismo. Así simplemente será hecha aquí referencia a dos aspectos concretos como son, por una parte, el modelo del procedimiento articulado para la inves-

aseguramiento de prueba personal (artículos 96-106 LOFE), declaración de secreto de sumario (artículo 65 LOFE), dictado de auto de apertura de juicio oral (artículo 127 LOFE) o bien alternativamente auto de sobreseimiento (artículo 124 LOFE), resolución de recursos interpuestos contra decretos de los FED (artículos 90 y 91 LOFE) y adopción de medidas de protección de testigos y peritos a instancias del FED (artículo 45 LOFE)

143 Así Informe del Consejo Fiscal, cit., p. 10 entendiendo que las facultades otorgadas al juez de garantías en dicho texto "van más allá de la protección de los derechos fundamentales" y "exceden de la actividad jurisdiccional prevista en el artículo 117.4 CE, que los circunscribe a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y a la garantía de cualquier derecho". Ciertamente en su día Anteproyecto arriba citado disponía además de las arriba mencionadas alguna otra función como era, en concreto, "resolver sobre las peticiones de medidas cautelares reales y autorizar la utilización provisional o la realización anticipada de los bienes embargados en los términos establecidos por la presente ley" (artículo 8.3º).

144 A modo de ejemplo y ya citados los trabajos de Planchadell Gargallo, "Ley Orgánica 9/2021 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (BOE del 2 de julio)" y Vidal Fernández, "La actuación de la Fiscalía Europea en el proceso penal español regulada en la LO 9/2021".

tigación practicada por la Fiscalía Europea respecto de los delitos que le es atribuida competencia así como, por otra, la intervención de las partes procesales dentro del mismo.

De este modo y con carácter general, si bien el Preámbulo LOFE anticipa la articulación de "un procedimiento especial para la investigación por parte de los Fiscales europeos delegados de aquellos delitos cuyo conocimiento les corresponde en virtud de la norma europea"[145], éste en modo alguno encuentra reproducción en posterior articulado y por ello habrá de entenderse inexistente; ello más aún cuando, en la línea señalada, no ha operado modificación alguna de la ley procesal penal ordinaria y, en suma, Libro IV De los procedimientos especiales (artículos 750-846) LECrim[146] además de la remisión realizada en anterior artículo 2.2 LOFE a las reglas del procedimiento abreviado ya antes anunciada. Distinto sería el caso de tener lugar la definitiva promulgación del aún Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado el 24 de noviembre de 2020, cuyo Título IV del Libro VIII (artículos 818-835) instaura un verdadero "procedimiento especial para la instauración de la Fiscalía Europea"[147]. Con todo, nada obsta como

---

145 Aptdo. I.I Preámbulo LOFE

146 En contra Rodriguez Lainz, "La intervención de comunicaciones y otras medidas de investigación tecnológica en el procedimiento de investigación ante la fiscalía europea", *op. cit*., p. 4, quien considera que la falta de regulación expresa a este respecto, textualmente, "no significa en modo alguno que desde el punto de vista dogmático podamos hablar de un procedimiento especial" entendiendo que dicha categorización puede otorgarse "bien por razón de su objeto o por la necesidad de aplicar lo que se denomina una garantía reforzada (supuesto de las personas aforadas); o incluso por su carácter de *procedimiento acelerado*". A la postre considera aquí que "el objeto mismo del procedimiento de investigación en torno a delitos que pueden afectar a los intereses financieros de la Unión Europea podría facilitar sin duda su consideración como tal".

147 Al respecto, Begoña Vidal Fernández, "El procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020", *Revista Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las*

así ocurre en otros supuestos tenga lugar la regulación de especialidades relativas a la fase de investigación en el marco de la actuación de la Fiscalía Europea.

En cuanto a las partes intervinientes en este procedimiento de investigación de la Fiscalía Europea que no es tal, cabe advertir que la norma española respeta en bastante medida las particularidades del proceso penal previsto en nuestra legislación ordinaria; así, por una parte, se contempla la participación de la víctima en su doble condición de persona física o jurídica[148] y su intervención como acusador/a particular prevista en artículos 36-41 LOFE y, por otra, se dispone la acumulación de la acción civil a la penal, siquiera por lo que respecta a esta acusación particular según establece expresamente el artículo 37 LOFE con posibilidad de ejercicio únicamente de la acción civil por parte de la víctima en virtud del mismo precepto[149]. En todo caso, dicha acumulación de acciones ha de entenderse opera también en el supuesto del ejercicio de acción penal por parte del Ministerio Público a tenor del contenido de los escritos de calificación provisional descrito en el posterior artículo 115 LOFE[150] y pese al silencio a este respecto del artículo 114

Universidades Españolas 4 (2021), pp. 233-272, incidiendo también en la necesidad de proceder a la deriva del modelo acusatorio a fin de procurar el engarce de la FE en el proceso penal español.

148 Así artículo 36.1.II LOFE, textualmente, "a los efectos de la presente ley orgánica tendrán la consideración de víctima las personas o entidades ofendidas por la infracción o que hayan sufrido un perjuicio derivado de la comisión del delito". Precisamente ya fue defendido en su día el particular interés de estas últimas en participar en los procesos penales derivados de los delitos contemplados en la Directiva PIF de competencia de la Fiscalía Europea; así Vilas Álvarez, "The EPPO implementation…", *op. cit.*, p. 128.

149 En suma y textualmente, "la acción civil podrá ejercitarse conjuntamente con la penal por la acusación particular. No obstante, las víctimas podrán ejercitar solamente la acción civil, personándose en calidad de actores civiles" (artículo 37.1 LOFE).

150 Textualmente, "la calificación provisional incluirá, en su caso, la reclamación de las responsabilidades civiles derivadas de los hechos punibles y

LOFE en única previsión de la acción penal; sirva a este respecto el recordatorio por parte del Preámbulo de la norma en cuestión reconociendo esta posibilidad[151]. Se excluye, en cambio, la acusación popular a tenor de la redacción del artículo 36.5 LOFE y así, explícitamente, "en el procedimiento previsto en esta ley orgánica no se admitirá la personación como acusación popular"; ello pese a la opinión contraria manifestada en su día por parte del informe del Consejo Fiscal a este respecto entendiendo que la institución de la acusación popular "forma parte de nuestra tradición histórica" además de citar los beneficios que la misma reportaría en el presente procedimiento[152].

Finalmente y en contrapartida, los artículos 26-35 LOFE recogen el estatuto de la persona investigada, si bien nada se indica sobre la condición de la misma a diferencia de anterior artículo 36.1.II respecto al ejercicio de acusación particular y así la posibilidad de persona investigada física y/o jurídica[153]. En virtud de

las consecuencias accesorias" (artículo 15.2 LOFE). En contra a la fecha, no sin cierta razón, Gómez Colomer, "La inserción de la Fiscalía Europea en el sistema procesal penal español", *op. cit*., p. 234 manifestando que "por las particularidades de la FE no parecería acertado otorgarle la posibilidad de ejercer la acción civil acumuladamente a la penal en esos procesos".

151 En concreto aptdo. IV.XIV, textualmente, "los Fiscales europeos delegados como las acusaciones particulares personadas estarán legitimados activamente para el ejercicio conjunto de la acción civil con la penal".

152 Informe del Consejo Fiscal, *cit*., pp. 40-41, entendiendo que "algunos de los delitos competencia de la Fiscalía Europea resultan idóneos para que los ciudadanos puedan defender una visión de la legalidad penal alternativa a la del Ministerio Fiscal, como puede ser el caso de las infracciones que protegen intereses difusos o de los delitos de corrupción política como ejemplos más representativos", entre los cuales se cita "el cohecho y la malversación de caudales públicos" hoy contemplados en artículo 4.2. c) LOFE.

153 En particular y como única bibliografía encontrada en la materia Ana María Vicario Pérez, "Fiscalía Europea versus OLAF. Una propuesta en torno a la peculiar atribución de competencias sobre investigaciones contra personas jurídicas", en proceso de revisión en *Revista Española de Derecho Europeo* y "La instrucción de los Fiscales Europeos Delegados en los procesos penales contra personas jurídicas ¿una oportunidad perdida para conformar un verdadero proceso penal para las

la actual regulación de la responsabilidad penal en sede sustantiva y procesal penal ordinarias sería consecuente incluir aquí también ambos supuestos[154], más aún cuando las modalidades delictivas aquí contemplada y así los llamados "delitos PIF" pueden atender en muchos casos a específica autoría por parte de personas jurídicas. No obstante, la dificultad puede atender al reconocimiento de los concretos derechos procesales de la persona investigada como así ocurre también en el proceso penal ordinario, por cuanto la redacción del artículo 26 LOFE parece en mayor medida pensada para las personas físicas resultando confusa y aún discutible la aplicación de determinadas garantías a las personas jurídicas[155]. Todavía menor receptividad a esta posibilidad parece advertirse en el articulado homólogo de la norma europea y así el artículo 41 RFE bajo la rúbrica "alcance de los derechos procesales de los sospechosos y acusados", redacción indudablemente pensada para la investigación y/o imputación de personas físicas; a mayor abundamiento, se realiza aquí remisión específica de las distintas directivas existentes en materia de garantías procesales en la línea arriba comentada, las cuales, o bien manifiestan silencio respecto de su vigencia para las personas jurídicas o bien incluso las excluyen expresamente de su ámbito de aplicación[156].

entidades?", comunicación presentada en *VII Processulus, Encuentro de jóvenes investigadores en Derecho Procesal "El proceso en tiempos de cambio"*, Universidad Miguel Hernández (Elche, 19-20 de mayo de 2022), en ambos casos a favor de la extensión de la competencia de la FE a los delitos cometidos por personas jurídicas pese al silencio legal a este respecto; mi agradecimiento a la autora por la puesta a disposición de sendos originales pendientes de publicación.

154 Por todos, Mar Jimeno Bulnes, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los modelos de *compliance:* un supuesto de anticipación probatoria", *Revista General de Derecho Penal* 32 (2019), https://www.iustel.com.

155 Al respecto Jimeno Bulnes, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los modelos de *compliance…*", *op. cit.*, pp. 37 y ss, con bibliografía allí citada; particular problemática plantean el derecho al silencio, derecho a la no autoincriminación y/o derecho a la presunción de inocencia.

156 Así lo recuerda Montserrat de Hoyos Sancho, "Sobre la necesidad de

6. Reflexión final

Ciertamente la Fiscalía Europea emerge en el ámbito europeo y ahora español como la "joya de la corona" respondiendo a un principio de "mejor regulación" o *better regulation* en el argot de las instituciones europeas[157]. De este modo entre sus fortalezas se reconoce el valor añadido que aporta el nuevo órgano, ya no sólo para la Unión Europea sino también para sus ciudadanos/as aún la limitación de su competencia a los denominados delitos PIF o delitos que perjudican los intereses financieros de la Unión[158]. Se advierte así que no basta la cooperación judicial horizontal proporcionada desde las agencias europeas y en particular Eurojust con base en el principio del reconocimiento mutuo para la consecución de los objetivos de la Unión, especialmente en materia penal. Por ello que la introducción de un órgano supranacional en colaboración con anteriores agencias inaugura un nuevo modelo de cooperación vertical a fin de hacer frente, al menos ahora, al fraude transfronterizo y supone, sin duda, un importante hito (*milestone*)

armonizar las garantías procesales en los enjuiciamientos de personas jurídicas en el ámbito de la Unión europea. Valoración de la situación actual y algunas propuestas", *Revista General de Derecho Procesal* 43 (2017), https://www.iustel.com, p. 3. Por ejemplo, es el caso concreto de la Directiva (UE) 2016/343 relativa al derecho a la presunción de inocencia arriba citada, cuyo artículo 2 en relación con su ámbito de aplicación expresamente dispone que "la Directiva se aplica a las personas físicas que sean sospechosas o acusadas en procesos penales".

157 Así Herlin-Karnell, "The establishment of a European Public Prosecutor's Office…", *op. cit.*, pp. 50 y ss, con referencia a la denominada *Better Regulation Agenda*, resultado de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo "Legislar mejor: obtener mejores resultados para una Unión más fuerte", Bruselas, 14 de septiembre de 2016, COM(2016) 615 final.

158 En esta línea Vervaele, "The European Public Prosecutor's Office (EPPO)…", *op. cit.*, p. 17.

en el ELSJ[159]. Además, se añade por último, la creación de la Fiscalía europea supone un revulsivo en favor de la necesidad de proceder a la aproximación legislativa en el ámbito de la Unión Europea ante las diferencias manifestadas en los sistemas penales sustantivos y procesales de los Estados miembros[160].

Pero la instauración de la Fiscalía Europea conforme la regulación actual presenta también debilidades que han sido apuntadas desde diversos sectores doctrinales. Así, la primera de ellas resulta del nacimiento del nuevo órgano mediante la fórmula de la cooperación reforzada, hecho que denota la falta de consenso entre los Estados miembros desde su inicio ante la imposibilidad de obtener la unanimidad en el seno del Consejo, lo cual debilita sin duda su papel además de presentar incertidumbre *pro futuro* en el supuesto de ampliación de su competencia entre otras dificultades[161]. Precisamente y en segundo lugar, tal es la segunda debilidad apuntada ante la decepción causada por la limitada competencia atribuida *ab initio* desaprovechando la oportunidad de abarcar otros delitos

---

159 Así y ya arriba citada Montesinos García, "La nueva fiscalía antifraude europea", *op. cit.*, p. 206; en línea similar Gómez-Jara Díez y Herlin-Karnell, "Prosecuting EU financial crimes…", *op. cit.*, p. 1197.

160 Por todos aquí, en examen de esta y otras fortalezas, Caianello, "The Proposal for a Regulation on the establishment of an European Public Prosecutor's Office…", *op. cit.*, pp. 118 y ss; se cita así la rentabilidad del modelo al disponer de estructura descentralizada, el importante papel de los Estados miembros, la existencia de un sistema normativo integrado multinivel y la libre circulación probatoria.

161 En esta línea Brière, pp. 158 y ss, manifestando respecto de la posible ampliación de competencia de la Fiscalía Europea en virtud del artículo 86.4 TFUE la necesidad de que dicha unanimidad a alcanzar por el Consejo Europeo tenga lugar por parte de todos los Estados miembros en consonancia con lo advertido por la Comisión en iniciativa cuya cita se realizará de inmediato. En particular, sobre esta problemática, Constanza di Francesco Maesa, "Repercussions of the establishment of the EPPO via enhanced cooperation. EPPO's added value and the possibility to extend its competence", *eucrim* 3/2017, pp. 156-160.

con evidente componente transfronterizo[162]; incluso se proponía, a la larga, la extensión de competencia al listado de los 32 "eurodelitos", de ordinario enumerados en los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales[163] para la supresión del principio de doble incriminación entre Estados miembros, claro está que estuviera presente el carácter transfronterizo de los mismos afectando a más de un Estado miembro. No en vano la posibilidad de ampliación competencial está prevista en el artículo 86.4 TFUE y alguna iniciativa viene pergeñándose en el seno de la Comisión Europea, siquiera para causa concreta[164] de la que de momento no se tiene mayor noticia.

También en relación con la actual competencia de la Fiscalía Europea puede enunciarse, en tercer lugar, ulterior debilidad que antes y después ha puesto de relieve diversa literatura con especial referencia a las reglas ahora contenidas en la actual norma europea[165]; en suma, el riesgo de *forum shopping* a la hora de determinar

---

[162] En concreto delitos de medio ambiente y/o tráfico de seres humanos y alimentario, abuso de mercado y/o infracción del Derecho a la competencia con consecuencias penales según exponía ya en su día Ormazábal Sánchez, "Hacia una autoridad de persecución criminal común para Europa…", *op. cit.*, p. 12; en línea similar, Doreste Armas, "El espacio judicial europeo y la fiscalía europea como órgano de investigación y persecución penal versus modelo procesal español", *op. cit.*, p. 19.

[163] A modo de ejemplo y por todos aquí listado de delitos contemplado en Anexo D de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, cit.

[164] Así Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Europeo "Una Europa que protege: una iniciativa para ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a los delitos de terrorismo transfronterizos", Bruselas, 19 de septiembre de 2018, COM (2018) 641 final. Al respecto di Francesco Maesa, "Repercussions of the establishment of the EPPO via enhanced cooperation… ", *op. cit.*, pp. 158 y ss.

[165] En concreto, artículo 26.4 RFE enumerando la prelación de criterios, cuales son los siguientes: "a) el lugar de residencia habitual del sospechoso o acusado; b) la nacionalidad del sospechoso o acusado; c) el lugar donde se haya

el Estado miembro competente para el posterior enjuiciamiento de los delitos investigados desde la Fiscalía Europea y así la posibilidad fraudulenta de proceder a la elección del foro más ventajoso en los supuestos en que éste pudiera ser múltiple[166]. Adicionalmente y en cuarto lugar, se advierte otra debilidad, en concreto, desde la perspectiva orgánica, cual es la complejidad de la estructura multinivel de la Fiscalía Europea con la dificultad añadida de procurar su engarce en procedimientos nacionales de muy diversa índole[167] y cuyo mayor exponente pudiera ser precisamente el nuestro en la línea ya comentada; por ello la recomendación de proceder a paralela armonización/aproximación legislativa de carácter sustantivo y procesal, tal y como ha sido también más arriba comentado. También, por último y ya en quinto lugar en su caso, se critica la escasa protección e importancia que el texto europeo procura a los

producido el principal perjuicio financiero". Al respecto y advirtiendo este riesgo de *forum shopping*, Guerrero Palomares, "La protección de los intereses financieros de la UE a través de la Directiva PIF y de la creación de la Fiscalía Europea", *op. cit*., pp. 89 y ss; así también González López, "Consideraciones acerca del control jurisdiccional de la Fiscalía Europea", op. cit., p. 195 proponiendo el control jurisdiccional por parte del TJUE "u otro órgano comunitario". Desde la literatura extranjera a modo de ejemplo Conway, "Holding to account a posible European Public Prosecutor…", *op. cit*., p. 394.

166 En particular sobre esta temática Fabio Giuffrida, "Cross-border crimes and the European Public Prosecutor's office", *eucrim* 3/2017, pp. 149-155, esp. pp. 152 y ss; así también Michele Panzavolta, "La elección del foro nacional en los procedimientos de la Fiscalía Europea: ¿Quién resulta competente?", en Bachmnaier Winter, *La Fiscalía Europea*, *op. cit*., pp. 97-123, esp. pp. 114 y ss. En relación con la previsión realizada a la fecha por la Propuesta de Reglamento del Consejo Michiel Luchtmann, "Forum choice and judicial review under the EPPO's legislative framework", en Geelhoed *et al., Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office, op. cit*., pp. 155-170, esp. pp. 157 y ss.

167 Aquí y ahora Hibert Legal, "EPPO's *raison d'être* : the challenge of the insertion o fan EU body in procedures mainly governed by national Law", en Geelhoed *et al., Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, *op. cit*., pp. 189-191, poniendo la dificultad de su supervivencia en un contexto normativo muy diverso en el territorio de la UE.

derechos fundamentales y garantías procesales[168], motivo por el que se realizan sugerencias proponiendo la creación de organismos a este respecto en el seno de la Unión para contrarrestar el poder de la Fiscalía Europea[169].

En todo caso y pese a los malos augurios por parte de algunos[170], la Fiscalía Europea ya ha comenzado su andadura no sin cierto éxito, tal y como pronostican las cifras del primer informe anual presentado en el año en curso desde Luxemburgo. Así, en siete meses de funcionamiento desde su inicio el 1 de junio de 2021 y a fecha de cierre de 31 de diciembre se indica han sido recibidas 2.832 denuncias y se han abierto 576 investigaciones quedando entonces 515 en curso, estimándose un perjuicio de daños al presupuesto de la UE en cuantía de € 5.400 millones[171]. Por lo que respecta a nuestro país, también hay datos de su operatividad, más allá de las crónicas de los medios de comunicación y así a fecha de 31 de diciembre de 2021 se cifran en número de 80 las denuncias recibidas, 7 las investigaciones activas, € 40,6 millones la estimación

---

168 De este modo y entre otros, Damaskou, "The european Public Prosecutor's Office…", *op. cit.*, pp. 141 y ss extendiendo su opinión respecto de lo que considera inadecuada protección en materia de protección de datos.

169 Así Conway, "Holding to account a posible European Public Prosecutor…", *op. cit.*, p. 397, proponiendo la creación de *Eurodefender* a modo de *amicus curiae*.

170 Así Alex Brenninkmeijer, "The European Public Prosecutor's Office: a chronicle of a failure foreseen", en Geelhoed *et al., Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, *op. cit.*, pp. 193-197; ya el título lo dice todo y el contenido lo que muestra es una gran decepción con la entonces Propuesta de Reglamento entendiendo que la misma podría haber sido más ambiciosa.

171 Así *2021 Informe anual*, *cit.*, pp. 5 y 10; igualmente se manifiesta que un 17,6 % de las investigaciones abiertas (¿o pendientes?) se referían a fraudes del IVA estimándose un perjuicio de € 2.500 millones mientras que el 27,5% de tales investigaciones tenían carácter transfronterizo. Con todo desde la Fiscalía Europea centralizada en Luxemburgo todavía se estima que "el nivel de detección del fraude contra los intereses financieros de la UE está por debajo de un nivel óptimo que varía considerablemente entre los Estados miembros" (p. 10). Igualmente, el número de inculpaciones cifradas en 5 parece todavía igualmente reducido.

de los perjuicios causados, € 1,6 millones el valor de bienes decomisados y aún 0 el número de inculpaciones[172]. Con todo parece tales números no han sido del agrado de la Fiscal General Europea que ha recriminado a España la falta de colaboración en el primer año de funcionamiento de la Fiscalía Europea, siquiera conforme a titular de prensa[173].

*

Termino la presente contribución reproduciendo de nuevo una cita de Giovanni Falconi, no menos cierta: "*Uomini passano, le idee restano e continueranno a camminare sulle gambe di altri uomini*." Así ocurrirá con la Fiscalía Europea que permanecerá en el tiempo gracias al esfuerzo de personas e instituciones en su favor.

---

[172] *2021 Informe anual*, *cit.*, pp. 56 y ss, señalándose otros datos de interés como la procedencia de las denuncias, número de avocaciones, tipología delictiva investigada, largo etcétera.

[173] En concreto, noticia del diario *El País* a fecha de 26 de julio de 2022, disponible en ULR https://elpais.com/espana/2022-07-26/la-fiscalia-europea-recrimina-a-espana-falta-de-colaboracion-y-recursos.html (fecha de última consulta: 6 de noviembre de 2022).

O EXERCÍCIO DAS COMPETÊNCIAS DA PROCURADORIA EUROPEIA NUM QUADRO LEGISLATIVO MULTINÍVEL:

A CAMINHO DE UMA REVISÃO DO REGULAMENTO DA PROCURADORIA EUROPEIA? [*]

MARGARIDA SANTOS

Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho
Membro Integrado do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov)

---

[*] Este texto corresponde, com algumas adaptações, à comunicação apresentada na Conferência intitulada "Procuradoria Europeia e Criminalidade Económico-Financeira", organizada pelos Grupos Português e Espanhol da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), na Faculdade de Direito de Coimbra, no dia 1 de julho de 2022. Agradecemos, na pessoa da Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues, mais uma vez, a oportunidade de voltarmos a um tema que há alguns anos nos tem ocupado. Um agradecimento é igualmente devido ao Professor Doutor Miguel João Costa, por toda a partilha generosa de ideias. Para maiores desenvolvimentos, ver, entre outros, o nosso *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia: uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia*, Lisboa, Rei dos Livros, 2016.

1. Considerações introdutórias

Numa altura em que celebramos um ano de "atuação" da Procuradoria Europeia, gostaríamos de deixar três primeiros apontamentos iniciais, sustentados em 3 expressões: regozijo (contido), novo modelo de intervenção penal e complexidade.

Em primeiro lugar, uma palavra de valorização e de regozijo pelo caminho que tem sido trilhado, apesar das dificuldades, dúvidas de interpretação dos instrumentos jurídicos que enformam a base jurídica da Procuradoria Europeia, e dos inúmeros "vazios". Olhar hoje e aqui neste lugar para os Procuradores Europeus e para os Procuradores Europeus Delegados significa, desde logo, *sentir* a realidade de um projeto que já se discute há cerca de 25 anos, quando em 1997, foi publicado o projeto de *Corpus Juris* relativo às disposições penais sobre a proteção dos interesses financeiros da Comunidade[1], tendo depois existido uma segunda versão deste estudo em 2000[2].

---

[1] Cf. Mireille Delmas-Marty (dir.), *Corpus Juris Introducing Provisions for the Purpose of the Financial Interests of the European Union / Corpus Juris Portant Dispositions Pénales pour la Protection des Intérêts Financiers de l'Union Européenne*, Paris: Economica, 1997. Refira-se, ainda, que este projeto publicado em 1997 surge, precisamente, por via do impulso, em 1995, de uma reunião dos Presidentes das Associações de Direito Penal Europeu, na Universidade de Urbino (Itália), onde a ideia de um espaço jurídico europeu para a proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias foi lançada. Em sequência, a Comissão Europeia confiou a um grupo de peritos (sob a direcção de Delmas-Marty) a tarefa de elaborar princípios orientadores em relação à proteção dos interesses financeiros da União no âmbito de um espaço jurídico europeu único, tendo o relatório sido entregue, como referido, em 1997. Ver, para maiores desenvolvimentos, entre outros, Francesco de Angelis, "The European Public Prosecutor's Office (EPPO): Past, Present, and Future", *eucrim* 4/2019, p. 272, e Margarida Santos, *Para um (novo) modelo... op. cit.*, pp. 223 e ss.

[2] Cf. Mireille Delmas-Marty / J. A. E. Vervaele (eds.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States / La Mise en Oeuvre du Corpus Juris dans les*

Um segundo apontamento preliminar – tendo no horizonte o tema amplo da estrutura e do âmbito material de atuação da Procuradoria Europeia – é devido para sublinhar que com a criação deste órgão novo promoveu-se, necessariamente, uma mudança de paradigma. O Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017, que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia (Regulamento da Procuradoria Europeia) enceta "um novo modelo de intervenção penal na União Europeia", um "*tertium genus* de intervenção penal"[3].

Em terceiro lugar gostaríamos de, a partir da leitura do objeto material de atuação da Procuradoria Europeia, das normas de exercício e de não exercício, dar conta da complexidade deste modelo, assente num "aparelho demasiado complicado"[4], onde proliferam as referências dinâmicas, nomeadamente para o direito nacional. Ou seja, há uma evidente complexidade legislativa a vários níveis, decorrente de uma interação entre o direito da União Europeia, o direito nacional, as regras processuais internas (vg. o Regulamento interno da Procuradoria Europeia[5]), bem como várias outras deci-

États Membres (4 Vols.), Antuérpia / Groningen / Oxford: Intersentia, 2000. Esta última versão constitui uma revisão do *Corpus Juris*, onde se procede a um estudo comparativo relativo à análise da sua necessidade, da sua legitimidade e da sua viabilidade, ponderando o impacto que pode ter um Procurador Europeu nos sistemas penais dos Estados-Membros.

[3] Cf. Margarida Santos, *Para um (novo) modelo... op. cit.*, entre outras na p. 343.

[4] A expressão, no original "over-complicaded contraption", é de Pedro Caeiro / Joana Amaral Rodrigues, "A European Contraption: the relationship between the competence of the EPPO and the scope of member states's jurisdiction over criminal matters", in Katalin Ligeti / Maria João Antunes / Fabio Giuffrida (eds.), *The European Public Prosecutor´s Office at Launch, Transforming EU Criminal Law*, Milão: Wolters Kluwer, 2020, p. 83.

[5] Adotado pela Decisão 003/2020 do Colégio da Procuradoria Europeia, de 12 de outubro de 2020, e alterado e completado pela Decisão 085/2021, de 11 de agosto de 2021, e pela Decisão 026/2022, de 29 de junho de 2022, do Colégio da Procuradoria Europeia.

sões adotadas pelo Colégio[6] e várias outras orientações / *guidelines*[7]. Numa palavra, existe uma interação legislativa multinível, combinando-se instrumentos de *hard law* e de *soft law*.

Se começámos por evidenciar o nosso regozijo, não podemos deixar de encarar já, num momento introdutório, que ele é "contido", face às dúvidas e dificuldades de, em vários momentos, se alcançar uma solução, sobretudo nesta interação entre as normas do regulamento e as normas nacionais, sem que a interpretação seja, por vezes, tortuosa, numa "área jurídica [que se pretendia] única", tal como estava contemplado na versão inicial da Proposta de Regulamento[8].

Neste contexto, pretendemos no âmbito deste trabalho refletir sobre o exercício da competência da Procuradoria Europeia, num

---

[6] Cf., por exemplo, a Decisão sobre as Câmaras Permanentes, adotada pela Decisão 015/2020 do Colégio da Procuradoria Europeia, de 25 de novembro de 2020, e alterada pela Decisão 085/2021 de 11 de agosto de 2021 e a Decisão sobre as Funções e os Procedimentos das Câmaras Permanentes adotada pela Decisão 027/2022 do Colégio da Procuradoria Europeia, de 29 de junho de 2022.

[7] Em https://www.eppo.europa.eu/en/documents?keywords=Guidelines&category=All. Cf., por exemplo, a Decisão 029/2021 do Colégio da Procuradoria Europeia, de 21 de abril de 2021, que adota orientações operacionais sobre a investigação, a política de avocação e de reenvio de processos, alterada pela Decisão 007/2022, de 7 de fevereiro de 2022, e pela decisão 026/2022, de 29 de junho de 2022, do Colégio da Procuradoria Europeia.

[8] *Vd*. Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia (COM(2013) 534 final), artigo 25.º. Como se sabe, esta proposta acabou por ganhar um cunho bem diferente no decurso do *iter* legislativo, passando, por exemplo, a incluir uma estrutura colegial da Procuradoria e uma "competência concorrente" da Procuradoria Europeia e dos Ministérios Públicos nacionais. Ou seja, o desenho da Procuradoria Europeia deixou cair alguns contornos (ainda que matizados) de uma eventual "Procuradoria federal", com caraterísticas de supranacionalidade, optando-se por um modelo híbrido, assente, de forma marcada, nos processos penais nacionais. Para um desenvolvimento das várias mudanças seguidas na Proposta até ao texto final do Regulamento, ver Margarida Santos, *Para um (novo) modelo... op. cit*., pp. 235 e ss.

quadro multinível, deixando, sempre que oportuno, um apontamento sobre a perspetiva portuguesa. Em especial, dá-se conta da necessidade de existência de um exercício transnacional da ação penal, bem como da premência de se salvaguardarem direitos e princípios fundamentais; reflete-se sobre o objeto material de atuação da Procuradoria Europeia, espelhando algumas dúvidas e desafios. A título antecipatório, podemos deixar já destapar que antevemos a necessidade de se alterar o Regulamento da Procuradoria Europeia, de forma, por exemplo, a clarificar este exercício e não exercício da competência da Procuradoria Europeia, nomeadamente no contexto da cláusula de revisão constante do artigo 119.º do Regulamento[9].

2. A necessidade de se ter dado o passo em frente e a premência de se salvaguardarem direitos e princípios fundamentais

Avançando para o primeiro ponto – breve – relativamente à necessidade de se ter dado este passo em frente (ainda que com base numa cooperação reforçada com 22 Estados Membros participantes[10]), gostaríamos de fazer uso das palavras Mireille Delmas-Marty[11], em 2000, que têm um pouco por toda a parte sido relembradas:

---

[9] Referindo-se a esta possibilidade sobretudo por causa do artigo 22.º, n.º 4, do Regulamento da Procuradoria Europeia, ver já Danilo Ceccarelli, "The EPPO and the Fight against VAT Fraud: a Legal Obstacle in the Regulation?", *eucrim* 1/2021, p. 48.

[10] A Dinamarca, a Irlanda, a Hungria, a Polónia e a Suécia não participam na Procuradoria Europeia. A Suécia deverá aderir à Procuradoria Europeia em 2023 – cf. Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, "Trigésimo terceiro relatório sobre a proteção dos interesses financeiros da União Europeia e a luta contra a fraude", 2021 (COM(2022) 482 final), publicado a 23.9.2022, disponível em https://anti-fraud.ec.europa.eu/system/files/2022-10/pif-report-2021_pt.pdf, p. 15.

[11] Cf. Mireille Delmas-Marty, "Foreword", in Mireille Delmas-Marty / J. A. E. Vervaele (eds.), *op. cit.*, p. 7.

> "*Eppur si Muove!*
>
> *The earth revolves around the sun and law also moves on. Such things are as difficult to accept of the Millennium as they were in Galileo's time. Even in Florence, where he lived.*
>
> *Law moves on, under the double influence of the market and of human rights, in a process of emancipation from the state*".

O Regulamento da Procuradoria Europeia resulta de um processo longo, marcado por uma negociação jurídico-política difícil, com avanços e recuos. Afigura-se a versão "possível", numa matéria sensível, e cujo texto não é isento de dúvidas e incertezas, pelo que várias possibilidades se encontram ainda em aberto[12], em determinados domínios, até porque, desde logo, o Regulamento da Procuradoria Europeia assenta, em grande medida, nos direitos (substantivo e processual) dos Estados-Membros.

E se dúvidas, nomeadamente empíricas, ainda existissem acerca da necessidade/da mais valia de criação de um modelo supranacional de exercício da ação penal quanto aos crimes lesam os interesses financeiros da União Europeia, o primeiro Relatório Anual da Procuradoria Europeia de 2021[13] (referente a 7 meses de atividade) revela-nos números importantes a confirmarem a necessidade que a Comissão sublinhava[14]: 2.832 comunicações de ilícitos criminais; foram abertas 576 investigações, sendo que a 31 de dezembro de 2021 havia 515 investigações ativas sobre prejuízos totais estimados em cerca de € 5,4 mil milhões; a Procuradoria Europeia solicitou

---

[12] Ver já a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho Europeu, "Uma Europa que protege: uma iniciativa destinada a alargar as competências da Procuradoria Europeia aos crimes terroristas transnacionais" (COM(2018) 641 final), p. 9.

[13] Em https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2022-03/EPPO_Annual_Report_2021.pdf, pp. 5 e 10.

[14] *Vd*. a Exposição de Motivos da Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia (COM(2013) 534 final).

a apreensão de € 154,3 milhões, tendo sido concedida a apreensão de € 147 milhões[15].

Aponta-se, ainda, neste relatório, que "(…) o nível de deteção de fraudes que afetam os interesses financeiros da UE é insuficiente e varia significativamente de Estado-Membro para Estado-Membro. Tal é particularmente visível na vertente das receitas do orçamento da UE, com vários Estados-Membros a não detetarem qualquer fraude grave ao IVA, bem como um número surpreendentemente baixo de comunicações relativas a fraude aduaneira"[16].

Este problema de dificuldade na deteção deve ser por isso primordial no contexto da atuação da Procuradoria Europeia[17]. Sobretudo no contexto atual (mundial) difícil em que nos inserimos. De facto, quem imaginaria que "numa atmosfera sombria de alegada crise contínua e invocada desilusão europeia", se concretizaria a ideia em torno da Criação de uma Procuradoria Europeia?[18] Como

---

[15] Em Portugal, havia 9 investigações ativas, uma estimativa de prejuízos totais de € 158,2 milhões e apreensões no valor de € 3,3 milhões: cf. Relatório Anual da Procuradoria Europeia de 2021, *cit.*, p. 48.

[16] *Id.*, p. 10.

[17] Daí que a Procuradora-Geral Europeia tenha referido que: "No próximo ano, estaremos aptos a reforçar a nossa cooperação com todas as autoridades competentes, tanto a nível nacional como europeu. A nossa mensagem é simples: melhorar o nível de proteção dos interesses financeiros da UE começa por aumentar o nível de deteção da fraude na UE. As diferenças entre os Estados-Membros a este respeito são há muito tempo significativas, e conto também com o contributo do OLAF para aquilo que claramente precisa de ser um esforço conjunto": cf. Laura Kovesi, "Prefácio", in Relatório Anual da Procuradoria Europeia de 2021, *cit.*, p. 5.

[18] Como questiona Francesco de Angelis, *op. cit.*, p. 272, cujas palavras expressivas vale a pena recordar: "Who would have thought that, in a gloomy atmosphere of continuously alleged crisis and invoked European disillusion, the European Union would create a new jurisdictional central body: the European Public Prosecutor's Office (EPPO)? Of course, after the Corpus Juris group of eminent European experts proposed it in 1997, we waited in expectation for another 20 years. In this case, «*perseverare*» was not «*diabolicum*»".

refere Anabela Miranda Rodrigues, "as ameaças, as incertezas e a instabilidade – as *crises*" revelam as "vulnerabilidades e as dificuldades que [os Estados] enfrentam em lidar com as questões político-criminais", permitindo compreender que a "crença na eficácia da política criminal estadual está abalada"[19].

E aqui aproveitamos para sublinhar a necessidade de definição de uma verdadeira e autónoma política criminal europeia[20]. De facto, afigura-se urgente traçar um rumo mais claro[21], mais consistente e coerente[22], que "aspir[e] a um nível mais elevado de racionalidade e po[ssa] servir de inspiração para um modelo global"[23].

---

[19] Cf. Anabela Miranda Rodrigues, *Direito Penal Económico: Uma Política Criminal na era Compliance,* Coimbra: Almedina, 2019, p. 17.

[20] Para maiores desenvolvimentos, ver Margarida Santos, "A implementação da Procuradoria Europeia – a emergência de um modelo de intervenção penal entre a cooperação e a integração penal?", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 5 (n.º 2) (2019), pp. 1005 e ss. Ver, ainda, a estratégia da UE para a União da Segurança para o período 2020-2025, que define os instrumentos e as medidas a desenvolver "para garantir a segurança do nosso mundo físico e digital: luta contra o terrorismo e a criminalidade organizada, passando pela prevenção e deteção de ameaças híbridas e o aumento da resiliência das nossas infraestruturas críticas, até ao reforço da cibersegurança e à promoção da investigação e da inovação" (em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_20_1379); também a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a Estratégia da UE para a União da Segurança (COM(2020) 605 final).

[21] Aliás, das diferenças de perspetivas das várias instâncias da União Europeia dá-nos conta Anabela Miranda Rodrigues, *Direito Penal Económico... op. cit.*, pp. 90-91, onde se sublinha que a visão do Conselho Europeu (por exemplo olhando para o programa de Estocolmo) se aproxima da visão funcionalista da Comissão, enquanto o Conselho e o Parlamento Europeu sublinham os limites da intervenção penal.

[22] Cf. "Communication from the commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law" (COM (2011) 573 final), p. 3: "(…) it is particularly important to ensure that EU legislation on criminal law, in order to have a real added value, is consistent and coherent".

[23] A expressão, ainda que em tom indagatório, é de Pedro Caeiro, "Reaction

Importa já acentuar igualmente que este exercício transnacional da ação penal híbrido nos moldes traçados pode colocar em causa princípios estruturantes do sistema de justiça penal, visto aqui no contexto de um "espaço penal europeu", como seja o do princípio da legalidade e a sua inerente certeza e previsibilidade e o princípio da reserva do juiz natural. Ou seja, os cidadãos europeus, têm de conseguir compreender, de forma clara, quais são os comportamentos puníveis, e, de igual modo, como temos vindo a sublinhar[24], quem é competente para os perseguir e exercer a ação penal, e, nessa medida, qual será o Tribunal competente para exercer a jurisdição.

Feito este enquadramento geral, importa agora entrar na estrutura e competência material da Procuradoria Europeia.

3. Do artigo 86.º do TFUE ao texto final do Regulamento da Procuradoria Europeia, sobretudo quanto à estrutura e objeto da Procuradoria Europeia

Com a aprovação do Tratado de Lisboa, no n.º 1 do artigo 86.º do TFUE, foi finalmente expressamente inserida uma base jurídica para a instituição de uma Procuradoria Europeia no artigo 86.º do TFUE, remetendo-se a definição da sua estrutura e das funções para um regulamento.

No n.º 1 do artigo 86.º do TFUE, estabelece-se a possibilidade de o Conselho criar uma Procuradoria Europeia a partir da Eurojust. O

---

to 'European Criminal Justice in the global context: challenges and perspectives'", in Pedro Caeiro (org.), *Proceedings of the Conference 'European Criminal Law in the Global Context: Values, Principles and Policies' (Abstracts)*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, p. 22.

[24] Cf. Margarida Santos, *Para um (novo) modelo... op. cit.*, nomeadamente pp. 144 e ss.

n.º 2 deste artigo "define" o âmbito material de atuação da Procuradoria Europeia: "infrações lesivas dos interesses financeiros da União" contempladas no n.º 1, prevendo-se, nos termos do n.º 4 deste artigo, a possibilidade de o Conselho estender o âmbito de competência material da Procuradoria ao combate à "criminalidade grave com dimensão transfronteiriça". Esta decisão pode ser simultânea ou posterior à criação da Procuradoria e será adotada por unanimidade do Conselho, após aprovação do Parlamento e consulta à Comissão.

Como já noutro escrito apontámos, o artigo 86.º do TFUE abarcou, de certa forma, os dois domínios de criminalidade, sintetizando os dois entendimentos existentes acerca da "mais-valia" da Procuradoria Europeia[25].

Na esteira do n.º 3 do artigo 86.º do TFUE, o regulamento definirá as condições em que a Procuradoria Europeia exerce as suas funções, as regras processuais aplicáveis às suas atividades e as que regem a admissibilidade dos meios de prova, bem como as regras aplicáveis à fiscalização jurisdicional dos atos da Procuradoria Europeia.

Nesta medida, "[o] texto do artigo 86.º do TFUE, na sua ambiguidade e dependendo da interpretação que se colha, parece dar margem para que se desenvolvam «diferentes» modelos de intervenção penal na UE"[26].

Em 17 de julho de 2013, a Comissão adotou a Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia[27].

---

[25] Ver *Ibid.*, pp. 294 e ss.; Katalin Ligeti, "Approximation of substantive criminal and the establishment of the European Public Prosecutor's Office", in Francesca Galli / Anne Weyemberg (eds.). *Approximation of Substantive Criminal Law in the EU – The Way Forward*, Bruxelas: Editions de l'Université de Bruxelles, 2013, pp. 75 e 76.

[26] Cf. Margarida Santos, *Para um (novo) modelo... op. cit.*, p. 234, para onde remetemos para maiores desenvolvimentos.

[27] Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia (COM(2013) 534 final).

A opção tomada pela Comissão Europeia em 17 de julho de 2013 em cingir-se, pelo menos num primeiro momento, à proteção dos interesses financeiros transparece a necessidade de obtenção de consenso político, face aos argumentos existentes, que acabam por espelhar a vontade de manutenção do exercício da ação penal no foro nacional. A par disso, a própria Comissão Europeia foi "justificando" a opção com base na necessidade de se ser promovida uma verdadeira "democracia económica"[28].

Após um intenso debate, com avanços e recuos, onde inexistiu unanimidade, foi então publicado, em 31 de outubro de 2017, o Regulamento da Procuradoria Europeia.

Podemos já adiantar, que, comparando com a versão (inicial) apresentada pela Comissão Europeia com o texto do Regulamento, verifica-se "uma limitação da ambição de integração, inexistindo a verdadeira revolução preconizada na Proposta elaborada pela Comissão em 2013. Com efeito, assistiu-se a uma mudança da própria estrutura da Procuradoria Europeia e a uma redução dos instrumentos e medidas de investigação constantes da inicial proposta, que sempre nos fizeram questionar da eficácia da Procura-

---

[28] Cf. Margarida Santos, "A Procuradoria Europeia, a democracia económica e a ação penal dos crimes que lesem os interesses financeiros da União Europeia", in Maria Miguel Carvalho / Ana Flávia Messa / Irene Patrícia Nohara (coords.), *Democracia Económica e Responsabilidade Social nas Sociedades Tecnológicas,* Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2019, p. 190. Ver, a título de exemplo, a Exposição de Motivos constante da Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia (COM(2013) 534 final), onde se justifica a necessidade de prevenção e repressão dos crimes que lesam os interesses financeiros da União Europeia, num período de consolidação orçamental. Ver também, neste sentido, Peter Csonka, "General presentation of the proposal and main issues: the state of negotiations, solutions reached and main issues to be resolved", in Margarida Santos / Mário Ferreira Monte / Fernando Conde Monteiro (coords.), *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos / Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, pp. 69 e 70.

doria Europeia no exercício da ação penal relativamente aos crimes que lesem os interesses financeiros da UE"[29].

À luz do Regulamento da Procuradoria Europeia, a Procuradoria Europeia é um órgão da União dotado de personalidade jurídica (artigo 3.º), que goza de garantias de independência (artigo 6.º) e que responde perante o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão Europeia pelas atividades gerais, aos quais apresenta um relatório anual (artigo 6.º, n.º 2).

No que concerne ao estatuto e estrutura da Procuradoria Europeia (artigos 8.º e ss. do Regulamento da Procuradoria Europeia), a Procuradoria Europeia "é um órgão indivisível da União e funciona como entidade única com estrutura descentralizada" (artigo 8.º, n.º1), sendo organizada a nível central pela Procuradoria Central (constituída pelo Colégio[30], pelas Câmaras Permanentes[31], pelo Procurador-Geral Europeu[32], pelos Procuradores-Gerais Europeus Adjuntos[33], pelos Procuradores Europeus[34] e pelo Diretor Administrativo[35] – n.º 3, do artigo 8.º) e a nível descentralizado (enformado pelos Procuradores Europeus Delegados, localizados nos Estados-Membros[36]).

---

[29] Margarida Santos, "Conclusões: A Procuradoria Europeia e a futura arquitetura para a justiça criminal na UE – questões emergentes", in Margarida Santos / Mário Ferreira Monte / Fernando Conde Monteiro (coords.), *op. cit.*, p. 220.

[30] Cf. artigo 9.º do Regulamento da Procuradoria Europeia.

[31] Cf. artigo 10.º do Regulamento da Procuradoria Europeia.

[32] Cf. artigo 11.º do Regulamento da Procuradoria Europeia.

[33] Sendo nomeados dois Procuradores-Gerais Europeus Adjuntos para coadjuvar o Procurador-Geral Europeu no desempenho das suas funções e substituí-lo em caso de ausência ou impedimento (artigo 11.º, n.º 2).

[34] Cf. artigo 12.º do Regulamento da Procuradoria Europeia.

[35] Sobre as responsabilidades do Diretor Administrativo, que gere a Procuradoria Europeia em termos administrativos e orçamentais e é o seu representante legal para estes efeitos, ver artigo 19.º do Regulamento da Procuradoria Europeia.

[36] Cf. artigo 13.º do Regulamento da Procuradoria Europeia.

Para analisar a competência material da Procuradoria Europeia e o seu exercício importa atentar sobretudo nos artigos 22.º a 25.º do Regulamento da Procuradoria Europeia, na Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal (Diretiva PIF) e na Decisão-Quadro 2008/841/JAI, tal como transposta para o direito nacional.

Com efeito, na esteira do Regulamento da Procuradoria Europeia (artigo 22.º, n.º 1), *(i)* a título principal[37], a competência da Procuradoria Europeia diz respeito às infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União nos termos da Diretiva PIF, tal como transposta para o direito nacional, o que inclui a fraude lesiva dos interesses financeiros da UE[38], o branqueamento de capitais, a corrupção e a apropriação ilegítima (artigo 3.º e 4.º da Diretiva PIF), sendo igualmente competente, *a título secundário*, *(ii)* quanto às infrações relativas à participação numa organização criminosa – tal como definidas na Decisão-Quadro 2008/841/JAI, tal como transposta para o direito nacional[39] –, se a atividade criminosa dessa organização consistir sobretudo na prática daquelas infrações (n.º 3 do mesmo artigo) e *(iii)* quanto a "qualquer outra infração penal que esteja indissociavelmente ligada" àquelas infrações lesivas dos interesses financeiros, sendo que relativamente àquelas infrações

---

[37] Seguimos aqui o enquadramento já operado em Margarida Santos, "A Procuradoria Europeia e o exercício transnacional da ação penal relativamente aos crimes que lesem os *interesses financeiros da União Europeia*", *Julgar* 39 (2019), pp. 64 e ss.

[38] Este artigo 22.º, n.º 1, do Regulamento, esclarece, na linha do estipulado no artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva PIF, que relativamente a um dos tipos de fraude – às fraudes relativamente aos recursos próprios do IVA – a Procuradoria Europeia só é competente quando os atos ou omissões intencionais em causa *(i)* estejam relacionados com o território de dois ou mais Estados-Membros e *(ii)* envolvam prejuízos totais de pelo menos € 10 milhões.

[39] Tal como definidas na Decisão-Quadro 2008/841/JAI, tal como transposta para o direito nacional.

"conexas" a competência só pode ser exercida nos termos do artigo 25.º, n.º 3, do Regulamento da Procuradoria Europeia[40].

Ou seja, a "definição" da *competência* material da Procuradoria Europeia está sobretudo centrada no artigo 22.º do Regulamento (*Competência material da Procuradoria Europeia*), complementado pelo artigo 23.º (*Competência territorial e pessoal da Procuradoria Europeia*) e pelos artigos 24.º e sobretudo 25.º (*Exercício da competência da Procuradoria Europeia*) que "fixam" regras de exercício da competência. Nesta medida, ao referir-se à competência em vez de jurisdição, não são modificadas as regras nacionais relativas à jurisdição prescritiva, nem judicativa, nem, pelo menos em parte, os limites da competência das autoridades nacionais competentes

---

[40] Uma questão fortemente debatida relaciona-se com a própria opção da base legal da competência material da Procuradoria Europeia, que em abstrato, poderia assentar nos artigos 83.º, 86.º ou 325.º, todos do TFUE. Depois das difíceis negociações, acabou por vingar a base legal do artigo 83.º, n.º 2, do TFUE. Cremos, contudo, tal como alguma doutrina perfilha, que seria preferível que a base legal fosse a do artigo 86.º do TFUE (ou eventualmente a do 325.º do TFUE), onde o regulamento da Procuradoria Europeia igualmente definisse as infrações sob a alçada da Procuradoria Europeia. Sobre este assunto já nos dedicamos noutra sede: Margarida Santos, "O quadro legislativo (substantivo) da Procuradoria Europeia – Algumas reflexões", in Helena Mota et. al. (coords.). *XX Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Vol. II. Coimbra: Almedina, 2017, e Margarida Santos, "The definition of the competence *ratione materiae* of the European Public Prosecutor's Office and the substantive legality principle – the way forward", *Portuguese Law Review* 0 (n.º 1) (2016). Mais recentemente ver, por exemplo, Rosaria Sicurella / Martina Costa, "Chapter III: Substantive Criminal Law Issues", in Rosaria Sicurella / Zlata Durdevic / Katalin Ligeti / Martina Costa (eds.), *Handbook – A practical guide on the EPPO for defence lawyers who deal with cases investigated and prosecuted by the EPPO in their day-to-day practice*, disponível em https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/75011/EULAW-D3.1-Training-Tool.pdf?sequence=-1&isAllowed=y, pp. 39 e ss., e Dominik Brodowski, "Article 22: Material competence of the EPPO", in Hans-Holger Herrnfeld / Dominik Brodowski / Christoph Burchard, *European Public Prosecutor's Office: Article -by-Article Commentary*, Baden-Baden / Oxford: Nomos / Beck / Hart, 2021, pp. 144 e ss.

para o exercício da ação penal (pelo menos em parte, na medida em que a competência das autoridades nacionais pode ser limitada se a Procuradoria Europeia exercer a sua competência nos termos do artigo 27.º, em conjugação com o artigo 25.º, n.º 1, ambos do Regulamento da Procuradoria Europeia)[41]. Na verdade, nem o artigo 22.º do Regulamento da Procuradoria Europeia, nem a Diretiva PIF, nem a Decisão-Quadro estabelecem, por si só, infrações criminais, daí se fazer referência neste contexto a uma "referência dinâmica" para as normas nacionais. Neste sentido, apesar da expressão duvidosa usada no artigo 22.º "infrações penais (…) que estão previstas na Diretiva (…) tal como transposta para o direito nacional" / "infrações (…) definidas na Decisão-Quadro (…) tal como transposta para o direito nacional", a Diretiva/Decisão-Quadro estabelece regras mínimas relativamente à definição das infrações e das sanções (artigo 83.º, n.os 1 e 2 do TFUE)[42]. Neste sentido, em último termo, relevante é a análise da norma incriminadora nacional, tendo por horizonte o princípio da legalidade da intervenção penal, ainda que se possa falar numa (re)leitura deste princípio na relação (de diálogo) entre o legislador nacional e o legislador penal da UE[43]. O que significa, neste cruzamento de legisladores, que, por exemplo, se o legislador nacional for além das "regras mínimas" contempladas na Diretiva (por exemplo punindo a fraude lesiva dos interesses financeiros a título de negligência), está a "ampliar" o que poderia ser um âmbito material da Procura-

---

41 Assim, também, Dominik Brodowski, "Article 22...", *op. cit.*, p. 146. Refira-se, no entanto, que a porta aberta deixada no artigo 22.º, n.º 3, do Regulamento, no contexto das infrações penais "indissociavelmente ligada[s]", acaba por interferir com esses limites da competência das autoridades nacionais a quem cabe o exercício da ação penal.

42 Assim Dominik Brodowski, "Article 22…", *op. cit.*, p. 146.

43 Ver Margarida Santos, *Para um (novo) modelo... op. cit.*, pp. 77 e ss. e 144 e ss.

doria Europeia mais restrito centrado na conduta dolosa[44].

Olhando para as opções gizadas no texto do Regulamento da Procuradoria Europeia e, desde logo, na Diretiva PIF, somos de entendimento – como já defendíamos (num momento anterior ao do exercício efetivo da Procuradoria Europeia) e agora constatamos – que o modelo gizado se afigura um modelo espartilhado, que gera assimetrias no exercício da ação penal por parte da Procuradoria Europeia, desde logo em função da legislação penal aplicável.

O nível de harmonização pretendido na Diretiva PIF, especialmente no que diz respeito às sanções máximas aplicáveis (inexistem as sanções mínimas como previsto na versão inicial da Proposta PIF[45]), à autoria e cumplicidade, à responsabilidade das pessoas coletivas e aos prazos de prescrição (finalmente inseridos) afigura-se «modesto»"[46] se pensarmos que está em causa um exercício supranacional da ação penal.

Ou seja, esta margem concedida aos Estados-Membros reduz o impacto da diretiva nos sistemas de justiça criminal dos Estados-Membros, permitindo uma "coerência intersistemática", enquanto garante o objetivo de coerência (quanto à criminalização da conduta) no seio da UE, mas "contraria a clareza e a facilidade da cooperação transfronteiriça" face às divergências "das leis que

---

[44] Assim, Pedro Caeiro / Joana Amaral Rodrigues, *op. cit.*, p. 64. Em sentido diferente, a menos que exista uma cláusula aberta na Diretiva / margem para os Estados-Membros na transposição, Dominik Brodowski, "Article 22...", *op. cit.*, pp. 166-167. Segundo o Autor, nestas situações de cláusula aberta / margem concedida, "(…) the EPPO's competence extends as far as national law, as tis still na implementation of the PIF-Directive".

[45] Ver artigo 8.º ("Penas de prisão mínimas") e artigo 9 ("Tipos de sanções mínimas aplicáveis às pessoas coletivas"), da Proposta de Diretiva sobre a proteção dos interesses financeiros (COM(2012) 363 final).

[46] Cf. Margarida Santos, "A Procuradoria Europeia, a democracia económica e a ação penal dos crimes que lesem os interesses financeiros da União Europeia", *op. cit.*, p. 195.

implementam uma e a mesma Diretiva"[47].

Neste sentido, uma vez que o exercício transnacional da ação penal assenta (sobretudo) na transposição nacional da Diretiva PIF as divergências no contexto da sua transposição assumem contornos relevantes e comprometem o exercício transnacional da ação penal coerente, consistente e eficaz, e a realização de um exercício "transnacional" da ação penal que não viole o princípio da igualdade. Ou seja, esta margem que é conferida aos Estados-Membros e a opção de recurso à legislação nacional permite que os "elementos mínimos" da Diretiva, por exemplo, sejam interpretados de forma diferente nos Estados-membros[48]. Além disso, esta ambiguidade da Diretiva, ao permitir interpretações diferentes, como se tem sublinhado, faz com que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) esteja numa "posição enfraquecida" para "redefinir uma interpretação europeia comum ampla", podendo ser difícil de perspetivar a necessidade de reenvio prejudicial[49]. Não obstante, sendo a interpretação da Diretiva PIF um elemento fundamental para determinar a competência material da Procuradoria Europeia, pode (*rectius*, deve) o TJUE ser chamado no contexto desta interpretação (artigo 42.º, n.º 2, alínea b) e c) do Regulamento) "e, assim, indiretamente, dar também mais orientações aos legisladores nacionais sobre como implementar corretamente a diretiva PIF"[50].

---

47 Assim Dominik Brodowski, "Article 22…", *op. cit.*, p. 148 (tradução nossa).

48 Assim também, por exemplo, *Ibid.*, p. 148.

49 Assim também, por exemplo, *Ibid.*, pp. 148 e 149. Nas palavras do Autor: "(…) the judiciary is in a particularly weak role to redefine a common, union-wide interpretation: in national criminal law cases, the interpretation of the *national criminal laws* is decisive, though it may be influenced – to the detriment of the accused: only within their wording – by a Directive. Therefore, there is hardly ever a basis for a preliminary ruling procedure before the ECJ".

50 Cf. *Ibid.*, p. 149 (tradução nossa).

Não obstante, e olhando para o cenário português, perspetiva-se difícil este "cruzamento" com o TJUE, podendo ser um ponto de fricção – ainda que discreto – da legislação interna relativamente ao Regulamento. Numa palavra, em causa em causa pode estar a não conformidade da legislação portuguesa com o artigo 25.º, n.º 6 do Regulamento e o artigo 42.º, n.º 2, do Regulamento da Procuradoria Europeia[51].

---

51 Com efeito, de acordo com o artigo 26.º, n.º 5, deste Regulamento da Procuradoria Europeia, em caso de desacordo entre a Procuradoria Europeia e os ministérios públicos nacionais a respeito da questão de saber se a conduta criminosa está abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 22.º, n.º 2 ou n.º 3, e do artigo 25.º, n.os 2 e 3, as autoridades nacionais competentes para decidir da atribuição de competências relativas à ação penal a nível nacional decidem quem é competente para investigar o caso. Os Estados-Membros especificam qual a autoridade nacional que tomará decisões em matéria de atribuição de competências. Neste sentido, o artigo 7.º da Lei n.º 112/2019, de 10 de setembro, estabelece que o Procurador-Geral da República decide sobre a atribuição de competência para a investigação em caso de desacordo entre a Procuradoria Europeia e o Ministério Público nacional sobre a questão de saber se a conduta criminosa é abrangida pelos n.os 2 ou 3 do artigo 22.º e pelo artigo 25.º do Regulamento da Procuradoria Europeia. Ora, este magistrado não é considerado um "órgão jurisdicional" na aceção do artigo 267.º do TFUE, tal como interpretado pelo TJUE (ver, por exemplo o Acórdão do TJUE de 31 de maio de 2005, processo C-53/03, *Syfait v. GlaxoSmithKlein*, (29) (CELEX:62003CJ0053), e o direito nacional não lhe permite pedir a este Tribunal que se pronuncie sobre uma questão prejudicial para a interpretação daqueles artigos do Regulamento da Procuradoria Europeia. Além disso, o direito nacional também não parece contemplar a possibilidade de os sujeitos processuais (*v.g.*, arguido e assistente, ou mesmo os procuradores europeus delegados ou os procuradores europeus) de colocarem em causa a decisão da autoridade nacional sobre os conflitos de competência perante os tribunais nacionais para que estes possam solicitar ao TJUE a sua pronúncia sobre uma questão prejudicial na matéria. Neste seguimento, pode igualmente existir alguma dificuldade na aplicação do artigo 42.º, n.º 2 do Regulamento da Procuradoria Europeia. De acordo com este artigo 42.º, n.º 2, nos termos do artigo 267.º do TFUE, o TJUE é competente para decidir, a título prejudicial, sobre a validade dos atos processuais da Procuradoria Europeia, na medida em que uma tal questão de validade seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros diretamente com base no direito da União [al. a)];

sobre a interpretação ou a validade de disposições do direito da União, incluindo o presente regulamento [al. b)]; sobre a interpretação dos artigos 22.º e 25.º do presente regulamento em relação a qualquer conflito de competências entre a Procuradoria Europeia e as autoridades nacionais competentes [al. c)]. Neste sentido, aplicando o Regulamento, o juiz de instrução (se estiver em causa a fase de instrução) ou o Tribunal (na fase de julgamento) deverá poder analisar este conflito, se o arguido ou o assistente o colocarem. E, nesta medida, o juiz nacional deve poder solicitar ao TJUE, em conformidade com o artigo 267.º TFUE, a sua pronúncia sobre uma questão prejudicial. No entanto, os tribunais nacionais (portugueses) – e, nessa medida, também o TJUE – estarão em posição de verificar a competência da Procuradoria Europeia apenas "incidentalmente", no caso de outro ato processual da Procuradoria Europeia ser colocado em causa. Esta circunstância parece, por isso, não estar em linha com o âmbito e objetivo do Regulamento da Procuradoria Europeia. De resto, como também aponta Hans-Holger Herrnfeld, se a autoridade nacional para decidir o conflito de competências no contexto do artigo 25.º, n.º 6, do Regulamento da Procuradoria Europeia, não é um Tribunal [como acontece em Portugal], então a al. c), do n.º 2, do artigo 42.º, do Regulamento da Procuradoria Europeia, requer que os Estados-Membros assegurem que existem "remédios jurídicos" contra as decisão daquela autoridade [no caso português, do Procurador-geral da República], para que o Tribunal nacional possa remeter a questão ao TJUE no contexto desta alínea c) – assim, Hans-Holger Herrnfeld, "Article 42: Judicial review", in Hans-Holger Herrnfeld / Dominik Brodowski / Christoph Burchard, *op. cit.*, pp. 432-433.

Como é reforçado no considerando 87 do Regulamento da Procuradoria Europeia: "Justifica-se, pois, que os atos processuais da Procuradoria Europeia que se destinem a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros sejam objeto de fiscalização pelos órgãos jurisdicionais nacionais competentes de acordo com os requisitos e formalidades previstos no direito nacional. Tal deverá assegurar que os atos processuais da Procuradoria Europeia adotados antes da acusação e destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros (…) sejam objeto de fiscalização jurisdicional pelos órgãos jurisdicionais nacionais". E na esteira do considerando 88: "A legalidade dos atos processuais da Procuradoria Europeia que se destinem a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros deverá ser objeto de fiscalização jurisdicional nos órgãos jurisdicionais nacionais. A esse respeito, dever-se-ão assegurar vias de recurso eficazes de acordo com o disposto no artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE. Além disso, tal como salientado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, as normas (…) processuais nacionais que regem as ações de proteção dos direitos individuais conferidos pelo direito da União não devem ser menos favoráveis do que as normas que regem as ações nacionais semelhantes (princípio da equi-

Desde logo, como temos sublinhado, revela-se fundamental "a realização de um exame minucioso das implementações nacionais da Diretiva PIF, com consequências em caso de falhas ou inconsistências na legislação nacional"[52], não obstante as limitações quanto à aferição do alcance destas "regras mínimas", se for mantida a interpretação da Comissão Europeia das "regras mínimas" constantes do artigo 83.º do TFUE[53].

Olhando para o relatório da Comissão sobre a proteção dos interesses financeiros da União europeia e a luta contra a fraude[54], no que diz respeito à transposição da Diretiva PIF, pode afirmar-se que são necessárias medidas para resolver as questões de (des) conformidade, sublinhando-se que "(…) é necessário transpor corretamente as definições, sanções, regras de competência e prazos de prescrição da Diretiva PIF aplicáveis a fraudes e a outros crimes lesivos dos interesses financeiros da UE, a fim de permitir à

valência) nem tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito da União (princípio da efetividade)". De resto, como enfatiza Hans-Holger Herrnfeld, *op. cit.*, p. 422, "(…) judicial review should be possible in respect of the EPPO's decisions on the choice of the Member State whose courts will be competent to hear the prosecution (…). While that Recital does not necessarily require Member States to provide for a specific remedy enabling the suspect or another relevant person to separately challenge the EPPO's decision on which EDP is competent to handle the case and/or the Member State where the EPPO files the indictment, Member States's law will need to insure that their courts can, at the latest at the trial stage, indeed exercise judicial review of whether the criteria set out in Article 26(4) have been adhered to".

52 Cf. Margarida Santos, "A Procuradoria Europeia, a democracia económica e a ação penal dos crimes que lesem os interesses financeiros da União Europeia", *op. cit.*, p. 195. Ver Angelo Marletta, "The material competence of the European Public Prosecutor's Office (EPPO) and the PIF Directive", in Margarida Santos / Mário Ferreira Monte / Fernando Conde Monteiro (coords.), *op. cit.*, p. 94, nota 34.

53 Cf. Dominik Brodowski, "Article 22…", *op. cit.*, p. 149.

54 Cf. Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, "Trigésimo terceiro relatório...", *cit.*, p. 28.

Procuradoria Europeia conduzir inquéritos e exercer a ação penal de modo eficaz". Neste âmbito, neste Relatório dá-se conta que foram já instaurados processos por infração contra dezassete Estados-Membros, onde se inclui o Estado português[55].

Uma transposição adequada exige, por isso, uma ação legislativa adicional por parte dos Estados-Membros para alinhar a sua legislação nacional com os requisitos (mínimos) da Diretiva PIF.

Além do mais, e uma das temáticas mais problemáticas, nos termos do artigo 22.º do Regulamento, a Procuradoria Europeia também é competente no âmbito de outras infrações penais "indissociavelmente ligada[s]", de acordo com o artigo 25.º n.º 3, do Regulamento[56].

---

[55] Em dezembro de 2021, a Comissão instaurou processos por infração contra oito Estados-Membros (Croácia, Finlândia, Grécia, Letónia, Luxemburgo, Portugal, Roménia e Espanha) por não terem transposto corretamente a Diretiva PIF, sendo que em fevereiro de 2022, a Comissão instaurou processos contra cinco Estados-Membros (Bélgica, Chipre, Eslováquia, Eslovénia e Suécia), e em maio de 2022, a Comissão instaurou processos por infração contra mais quatro Estados-Membros (Estónia, Hungria, Malta e Países Baixos): cf. *Ibid.*, p. 28.

[56] Como se refere no considerando 54 do Regulamento: "A investigação eficiente de infrações lesivas dos interesses financeiros da União e o princípio *ne bis in idem* podem exigir, em alguns casos, um alargamento da investigação a outras infrações ao abrigo do direito nacional, nos casos em que estas estejam indissociavelmente ligadas a uma infração lesiva dos interesses financeiros da União. A noção de infrações indissociavelmente ligadas deverá ser analisada à luz da jurisprudência pertinente que, para a aplicação do princípio *ne bis in idem*, mantém como critério relevante a identidade dos factos materiais (ou factos substancialmente idênticos), entendidos no sentido da existência de uma série de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas no tempo e no espaço". Contudo, como alguma doutrina tem apontado, mais do que uma garantia fundamental para o arguido, o *ne bis in idem* neste caso representa "uma regra operacional e processual". Como aponta, por exemplo, Danilo Ceccarelli, "The EPPO and the Fight against VAT Fraud: a Legal Obstacle in the Regulation?", *eucrim* 1/2021, p. 48: "The '*ne bis in idem* principle' is a fundamental guarantee for the defendant, whereas in this case the Regulation has an entirely different purpose, i.e. setting out an operational and procedural rule in order to establish which prosecutor's office is competent. Common practice and criminal procedure law in Member States allow − and often oblige − national pros-

Relembre-se que no n.º 4 do artigo 22.º sublinha-se que a Procuradoria Europeia não é competente em matéria de infrações penais relacionadas com impostos diretos nacionais, inclusive infrações a elas indissociavelmente ligadas. A estrutura e o funcionamento da administração fiscal dos Estados-Membros não são afetados pelo presente regulamento. Está, por isso, excluída a possibilidade de a Procuradoria Europeia exercer a ação penal relativamente a infrações penais relacionadas com impostos diretos relacionadas com a fraude ao IVA[57]. Ora cumpre perguntar: será que faz sentido esta exclusão? Fará sentido "partir" a investigação?[58]

Um apontamento é ainda devido para dar conta da interpretação inalcançável da norma constante do artigo 25.º do Regula-

---

ecutors to investigate and prosecute connected offences in the same proceedings, even if they are not 'inextricably linked'. This is done in the interest of justice and in order to ensure the consistency of the prosecutorial action". Ou, em sentido semelhante, Pedro Caeiro / Joana Amaral Rodrigues, *op. cit.*, p. 66: "(…) the criteria used by the Court to define the limits of punitive power are hardly related to the reasons that justify the creation of the EPPO and the establishment of its competence, which should be found in the protection of European legal interests". Neste sentido, sublinham os Autores que o exercício destas competências apenas com base no artigo 25.º, n.º 3, do Regulamento "(…) rebalances the sharing of competence between the EPPO and the national authorities by retrieving the functional approach (the protection of EU legal interests) that underlies the whole construction".

[57] Ver, por exemplo, o quadro ilustrativo traçado por Danilo Ceccarelli, *op. cit.*, p. 47: "In case of simulated transactions in a 'carousel fraud', an economic operator might not only illegally claim VAT reimbursement but also deduct from the taxable base the expenses related to the simulated purchase. Both the VAT and the direct tax offences would be committed via one and the same false or incorrect tax statement. In addition, in the context of a foreign company that avoids creating a permanent establishment in an EU Member State with the purpose of avoiding taxes, the charges might include both direct taxation and VAT as a consequence of non-disclosing information related to both taxes. Therefore, it can be well submitted that, in such cases, VAT and direct tax offences would be "inextricably interlinked".

[58] Alguma doutrina tem alertado para a falta de clareza desta norma e para esta exclusão que pode ser relevante no contexto do exercício da ação penal da Procuradoria Europeia – Rosaria Sicurella / Martina Costa, *op. cit.*, p. 46.

mento da Procuradoria Europeia, que estabelece exceções e contra exceções ao exercício da competência da Procuradoria Europeia. Com efeito, este artigo afigura-se altamente complexo, ficando-se com dúvidas sobre o exercício e o não exercício da competência.

Relativamente ao exercício da competência da Procuradoria Europeia, na esteira do artigo 25.º, n.º 1, do Regulamento da Procuradoria Europeia, no caso de a Procuradoria Europeia decidir exercer a sua competência (abrindo a investigação ao abrigo do artigo 26.º ou mediante a decisão de fazer uso do seu direito de avocação ao abrigo do artigo 27.º), as autoridades nacionais competentes não exercerão a sua competência relativamente àquele facto criminoso. Não obstante, nos termos do n.º 6, do artigo 25.º, se não houver acordo entre a Procuradoria Europeia e os ministérios públicos nacionais quanto à questão de saber se o facto criminoso cai no leque de competências que *supra* designamos de competências a *título secundário* as entidades nacionais competentes decidem a quem compete investigar o caso[59].

Os n.os 2 e 3 do artigo 25.º, do Regulamento da Procuradoria Europeia estabelecem *limitações* ao exercício da Procuradoria Europeia.

Nos termos do n.º 2, se uma infração penal que cabe na alçada da Procuradoria Europeia *tiver lesado ou for suscetível de lesar os interesses financeiros da União em menos de 10 mil euros*, a Procuradoria Europeia só pode exercer a sua competência em duas situações: *(i)* se "[o] processo tiver repercussões a nível da União que exijam que a Procuradoria proceda a uma investigação" – al. a); ou *(ii)* se "[o]

---

[59] Artigo 25.º, n.º 6: "Em caso de desacordo entre a Procuradoria Europeia e os ministérios públicos nacionais a respeito da questão de a conduta criminosa estar abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 22.º, n.º 2 ou n.º 3, do artigo 25.º, n.º 2 ou n.º 3, as autoridades nacionais competentes para decidir da atribuição de competências relativas à ação penal a nível nacional decidem quem é competente para investigar o caso. Os Estados-Membros especificam qual a autoridade nacional que tomará decisões em matéria de atribuição de competências."

s funcionários ou outros agentes da União Europeia, ou membros das instituições da União, puderem ser suspeitos de ter cometido a infração" – al. b).

Além disso, nos termos do n.º 3, a Procuradoria Europeia não irá exercer a sua competência relativamente às infrações penais que cabem na sua competência e reenviará o caso às entidades nacionais competentes nos termos do artigo 34.º, em duas distintas situações. Por um lado, *i)* nas situações em que a sanção máxima prevista no direito nacional para uma infração abrangida pela competência a *título principal* (22.º, n.º 1) da Procuradoria Europeia for de *severidade igual ou inferior* à da sanção máxima para uma infração indissociavelmente ligada (artigo 22.º, n.º 3), a não ser que esta última infração tenha sido instrumental para cometer aquela infração – al. a)[60]; por outro, *ii)* nas situações em que se presuma que o prejuízo causado ou suscetível de ser causado aos interesses financeiros da União Europeia pela prática de qualquer infração da competência da Procuradoria Europeia (com exceção da fraude relativa às despesas não relacionadas com a contratação pública; da fraude relativa às despesas relacionadas com a contratação pública

---

[60] Como se estabelece no considerando 55 do Regulamento: "A Procuradoria Europeia deverá ter o direito de exercer a sua competência quando as infrações estejam indissociavelmente ligadas e a infração lesiva dos interesses financeiros da União seja preponderante *em termos de gravidade da infração em causa*, conforme refletida nas sanções máximas suscetíveis de ser impostas." E no considerando 56: "No entanto, a Procuradoria Europeia deverá ter também o direito de exercer a sua competência no caso de infrações indissociavelmente ligadas em que a infração lesiva dos interesses financeiros da União *não seja preponderante em termos de níveis de sanções, mas em que se considere que a outra infração indissociavelmente ligada tem caráter acessório por ser meramente instrumental para a infração lesiva dos interesses financeiros da União, em particular quando essa outra infração tenha sido cometida com a principal finalidade de criar as condições para cometer a infração lesiva dos interesses financeiros da União*, como por exemplo uma infração estritamente destinada a garantir os meios materiais ou legais para cometer a infração lesiva dos interesses financeiros da União, ou para assegurar o lucro ou o produto da mesma" (itálico nosso).

e da fraude em relação a receitas provenientes dos recursos próprios do IVA)[61] não ultrapassa o prejuízo causado ou suscetível de ser causado a outra *vítima* – al. b)[62].

Por último, em caso de desacordo entre a Procuradoria Europeia e os ministérios públicos nacionais a respeito da questão de a conduta criminosa estar abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 22.º, n.º 2 ou n.º 3 (infrações ligadas à organização crimi-

---

[61] Artigo 25.º, n.º 3, al. b), segundo parágrafo: "O primeiro parágrafo, alínea b), do presente número não se aplica às infrações referidas no artigo 3.º, n.º 2, alíneas a), b) e d), da Diretiva (UE) 2017/1371, tal como transposta para o direito nacional".

[62] Não obstante, face ao disposto no n.º 4, deste artigo, a Procuradoria Europeia poderá exercer a sua competência mesmo nas situações em que o prejuízo causado ou suscetível de ser causado aos interesses financeiros da UE não ultrapassa o prejuízo causado ou suscetível de ser causado a outra vítima com o consentimento das entidades nacionais competentes, se este órgão da UE estiver melhor posicionado para o efeito: "A Procuradoria Europeia pode, com o consentimento das autoridades nacionais competentes, exercer a sua competência em relação às infrações referidas no artigo 22. º, nos casos que, de outro modo, seriam excluídos devido à aplicação do n.º 3, alínea b), do presente artigo, se se afigurar que a Procuradoria Europeia está mais bem colocada para proceder à investigação ou à instauração da ação penal".

Como se esclarece no considerando 60: "Caso não possa exercer a sua competência num caso específico por haver motivos para crer que o prejuízo causado ou suscetível de ser causado aos interesses financeiros da União não excede o prejuízo causado, ou suscetível de ser causado, a outra vítima, a Procuradoria Europeia deverá no entanto poder exercer a sua competência desde que esteja mais bem colocada para investigar ou intentar uma ação penal do que as autoridades do ou dos Estados-Membros em causa. Poderá afigurar-se que a Procuradoria Europeia está mais bem colocada sempre que, por exemplo, seja mais eficaz deixar a Procuradoria Europeia ocupar-se da investigação e ação penal relativas à infração penal em causa devido a esta ter natureza e escala internacional, quando essa infração envolva uma organização criminosa, ou sempre que um tipo específico de infração possa constituir uma ameaça grave para os interesses financeiros da União ou o crédito das instituições da União e a confiança dos seus cidadãos. Nesses casos, a Procuradoria Europeia deverá poder exercer a sua competência com o consentimento das autoridades nacionais competentes do(s) Estado(s)-Membro(s) quando tenha ocorrido um prejuízo para essa(s) outra(s) vítima(s)".

nosa ou indissociavelmente ligadas), ou do artigo 25.º, n.º 2 ou n.º 3, as autoridades nacionais competentes para decidir da atribuição de competências relativas à ação penal a nível nacional decidem quem é competente para investigar o caso. Sendo certo que, de acordo com este artigo, os Estados-Membros especificam qual a autoridade nacional que tomará decisões em matéria de atribuição de competências. No caso português, de acordo com o artigo 7.º da Lei n.º 112/2019, de 10 de setembro, compete ao Procurador-Geral da República decidir da atribuição da competência para a investigação em caso de desacordo entre a Procuradoria Europeia e o Ministério Público nacional sobre a inscrição da conduta criminosa no âmbito de aplicação dos n.os 2 ou 3 dos artigos 22.º e 25.º do Regulamento da Procuradoria Europeia. Ou seja, numa palavra, não há competência para decidir se uma ação é uma infração PIF ou não (artigo 22.º, n.º 1, do Regulamento)[63].

Um apontamento ainda se impõe para novamente dar conta do cenário português, indicando o outro ponto de fricção – ainda que igualmente discreto – da legislação interna relativamente ao Regulamento: em causa está a compatibilidade do artigo 4.º da Lei n.º 112/2019 com os artigos 24.º, n.os 1, 2 e 3, e 25.º, n.º 6 (e, de forma mais indireta, com os 24.º, n.os 5 e 7, 25.º, n.º 1, e 27.º, n.º 7). Com feito, de acordo com o artigo 4.º da Lei n.º 112/2019, compete ao Ministério Público, após a aquisição da notícia do crime, comunicar à Procuradoria Europeia, para o efeito do exercício da sua competência, as situações a que se referem os n.os 2 e 3 do artigo 24.º do Regulamento da Procuradoria Europeia.

---

[63] Neste contexto, revela-se importante analisar a Decisão do Colégio da Procuradoria Europeia 029/2021 que adota orientações operacionais sobre a investigação, a política de avocação e de reenvio de processos, alterada pela Decisão 007/2022, de 7 de fevereiro de 2022, e pela Decisão 026/2022, de 29 de junho de 2022, que aclara, mas não clarifica esta matéria.

Do mesmo modo, no Ponto II da Instrução n.º 1/21 da Procuradora-Geral da República sublinha-se que compete ao magistrado do Ministério Público titular do inquérito, aquando da sua abertura ou durante a investigação, a apreciação sobre se a situação concreta integra infração penal relativamente à qual a Procuradoria Europeia possa exercer a sua competência em conformidade com os artigos 22.º e 25.º, n.os 2 e 3 do Regulamento da Procuradoria Europeia (n.º 1). Além disso, nos termos do n.º 2, concluindo nesse sentido, o magistrado do Ministério Público competente elabora comunicação a efetuar à Procuradoria Europeia, sendo que obtida a *concordância do seu imediato superior hierárquico*, transmite-a ao Procurador Europeu Delegado da respetiva área territorial, dela dando conhecimento ao ponto de contacto designado no Departamentos de Investigação e Ação Penal (DIAP) regional competente.

Neste sentido, os procuradores nacionais devem informar diretamente a Procuradoria Europeia, após obterem a *concordância do seu imediato superior hierárquico* (ponto II.2 da Instrução n.º 1/21 do Procuradora-Geral da República). Isto significa que as autoridades nacionais devem comunicar os factos ao Ministério Público nacional, que deve informar diretamente a Procuradoria Europeia. Ora, a necessidade de obter o acordo do superior hierárquico nacional antes de transmitir a notícia do crime ao Procurador Europeu Delegado (nas situações aí contempladas) pode não ser compatível com o disposto no Regulamento da Procuradoria Europeia. Neste sentido, esta opção de comunicação mais "centralizada" e a eventual necessidade de uma autorização prévia por parte do superior hierárquicos poderá, pelo menos em teoria, funcionar como um "filtro" que pode colocar em causa a obrigação de comunicar diretamente à Procuradoria Europeia a prática de conduta criminosa nos termos do artigo 24, n.º 1, do Regulamento da Procuradoria

Europeia[64]. Importa, pois, garantir que na prática judiciária esta opção – que compreendemos – não coloque em causa os propósitos do Regulamento da Procuradoria Europeia.

4. Considerações finais

As normas de exercício de competência da Procuradoria Europeia não se afiguram claras. Este ano de exercício da Procuradoria Europeia veio demostrar o paradoxo que grande parte da doutrina tem vindo a alertar. O artigo 22.º do Regulamento, associado à Diretiva PIF e à Decisão-Quadro e respetivas transposições nacionais não se releva suficiente para sustentar a mudança de paradigma que necessariamente um exercício transnacional da ação penal a cargo de um órgão da União Europeia convoca.

Numa palavra, do exposto resulta que os desafios e complexidades que a intervenção penal (nacional e da União Europeia)

---

[64] Além disso, de acordo com o ponto IV da Instrução n.º 1/21 da Procuradora-Geral da República, os Departamentos Regionais de Investigação Criminal e Acção Penal (DIAP), e o Departamento Central de Investigação e Acção Penal (DCIAP) nos casos da sua competência material, são os departamentos competentes para receber os pedidos de consulta da Procuradoria Europeia para efeitos de decisão sobre o exercício, ou não, do seu direito de avocação e, se disso for caso, os transmitir ao Ministério Público competente para efeitos de pronúncia, o qual, mediante prévia concordância do seu imediato superior hierárquico, comunica a sua posição ao Procurador Europeu Delegado competente, dela dando conhecimento ao ponto de contacto respetivo.São igualmente competentes, por exemplo, para receber as comunicações da Procuradoria Europeia sobre a sua decisão de exercer o direito de avocação nos termos do artigo 27.º do Regulamento da Procuradoria Europeia e, se disso for caso, as transmitir ao Ministério Público competente para efeitos de conhecimento de que foi, ou não, exercido o direito de avocação, bem como para receber da Procuradoria Europeia e transmitir, via hierárquica, ao Ministério Público competente, as decisões de reenvio a que se reporta o artigo 34.º do Regulamento da Procuradoria Europeia, o qual, mediante prévia concordância do seu imediato superior hierárquico, transmite a sua posição ao Procurador Europeu Delegado competente, dela dando conhecimento ao ponto de contacto respetivo.

enfrenta no momento presente são inúmeros, e caem em diferentes domínios (institucionais, processuais e substantivos), cobrindo temáticas como as relacionadas com a estrutura da Procuradoria Europeia e sua interseção com os sistemas nacionais, as da própria definição do âmbito material de atuação da Procuradoria Europeia e as do exercício da ação penal, do controlo judiciário e da intervenção do TJUE.

Nesta medida, não obstante a estrutura da Procuradoria Europeia ser "talhada" para que exista maior coerência nas decisões deste órgão único, a base jurídica, por si só, dificilmente permitirá um exercício verdadeiramente transnacional uniforme da ação penal. Nesta medida, e pensando desde logo com maior premência no exercício da Procuradoria Europeia (e no não exercício) revela-se necessário, além do exame minucioso da transposição nacional da Diretiva PIF e da Decisão Quadro 2008/841/JAI, uma clarificação, através da revisão do Regulamento da Procuradoria Europeia. Pensamos, no entanto, que esta monitorização – ainda que exigente –, e a respetiva revisão do Regulamento da Procuradoria Europeia não são suficientes para eliminar a fragmentariedade existente neste contexto. Impõe-se, pois, quando existir vontade política para se avançar para uma "autónoma" Procuradoria Europeia, "começando do início", uma reforma dos Tratados, a permitir que o Regulamento estabeleça as norma incriminadoras e respetivas sanções[65], ou pelo menos, como temos vindo a defender, a incorporação neste Regulamento da Procuradoria Europeia revisto, *rectius* reformado, da definição das infrações penais que enformam o exercício transnacional da ação penal, seja à luz do artigo 86.º ou do artigo 325.º do TFUE[66].

---

65 Pedro Caeiro / Joana Amaral Rodrigues, *op. cit.*, p. 83.

66 Margarida Santos, *Para um (novo) modelo... op. cit.*, entre outras, p. 348.

PÁGINA INTENCIONALMENTE DEIXADA EM BRANCO.

LA FISCALÍA EUROPEA EN ESPAÑA:
UNA CUESTIÓN DE COMPETENCIA

ANDREA PLANCHADELL-GARGALLO

Profesora Catedrática de Derecho Procesal
en la Universitat Jaume I, Castellón

1. Introducción

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 (en adelante Rto.FE)[1], supone un

[1] Sobre los antecedentes y distintas posibilidades que surgieron durante la elaboración del Reglamento, v., Victor Moreno Catena, *Fiscalía Europea y Derechos Fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 9 y ss.; Helmut Satzger, "La Fiscalía Europea y sus coordinación con las Fiscalías nacionales: En pro de un modelo de complementariedad", y Antonio Martínez Santos, "El estatuto de independencia de la Fiscalía Europea y sus garantías", en Lorena Bachmaier Winter

cambio fundamental en cómo concebir la Fiscalía en España y las funciones que está llamada a cumplir en un proceso penal[2]; cam-

(coord.), *La Fiscalía Europea*, Madrid: Marcial Pons, 2018, pp. 78 y ss.; María del Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 y de la Ley Orgánica 1/2021 – LOFE*, Madrid: edición propia, 2022, p. 12; Ana Montesinos García, "La nueva Fiscalía para combatir el fraude y la corrupción trasfronteriza: Orígenes, estructura y competencia material", en Silvia Barona Vilar (ed.), *Claves de la Justicia Penal. Feminización, Inteligencia artificial, Supranacionalidad y Seguridad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 471 y ss.; María Ángeles Pérez Martín, "La futura Fiscalía Europea", en Mar Jimeno Bulnes, *Aproximación legislativa vs reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo*, Barcelona: Bosch, 2018, p. 265 y ss.; Enrique César Luño Robredo, "La nueva Fiscalía Europea", en José Miguel Martín Rodríguez, *El Mercado único en la Unión Europea: Balance y Perspectivas Jurídico-Políticas*, Madrid: Vervuert, 2020, pp. 1107 y ss.; Pía Calderón Cuadro, "La Fiscalía Europea. Alguna clave para su entendimiento", en *Revista Boliviana de Derecho* 29 (2020), pp. 230 y ss.; Lucana María Estévez Mendoza, "La instauración de la Fiscalía Europea como cooperación reforzada: Problemas orgánicos y procesales", en *Revista de Estudios Europeos* 1 (2017), pp. 108 y ss.; María Luisa Escalada López, "Los instrumentos de cooperación judicial europea: Hacia una futura Fiscalía Europea", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 47 (2014), pp. 117 y ss.; Ana Montesinos García,, "La nueva Fiscalía antifraude europea", en *Revista General de Derecho Europeo*, 46 (2018), pp. 160 y ss.; Mercedes Llorente Llorente Sánchez-Arjona, "Hacia la creación de la fiscalía europea: Estudio de la Propuesta de Reglamento de 17 de julio de 2013", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 118, 2016, pp. 238 y ss.; Idem, "La fiscalía europea y la investigación de la criminalidad organizada y económica", en María Isabel González Cano (Dir.), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 325 y ss.

Mencionando los antecedentes, es obligada la referencia al *Corpus Juris* del año 2000, v., Mireillle Delmas-Marty y John Vervaele (eds), *La aplicación del Corpus Juris en los Estados Miembros*, Utrecht: Intersentia, 2000; Juan-Luis Gómez Colomer, "La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude: (el Proyecto Corpus Iuris)", en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 6 (2000), pp. 139 y ss.; Nicolás Rodríguez García, "Aprendiendo del pasado en el proceso de creación de la Fiscalía Europea", en *Revista General de Derecho Europeo* 31 (2013).

[2] Victor Moreno Catena, *Fiscalía Europea y Derechos Fundamentales…*, *op. cit.*, pp. 23 y ss.; Javier Alberto Zaragoza Aguado, "El Ministerio Fiscal

bios que han llevado a la aprobación de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

Si bien otros países de nuestro entorno, como Portugal, cuentan con un Fiscal instructor al estilo de la Fiscalía europea, no debemos olvidar que en España seguimos contando, pese a los teóricos esfuerzos por revertir la situación, con la figura del Juez instructor[3]. Nuestro modelo de Fiscalía, por tanto, es muy distinto a los modelos vigentes en la mayoría de Europa, de ahí que los cambios que supone la introducción de la Fiscalía Europea sean para nosotros de mayor trascendencia[4], mientras no se reforme la Ley de Enjuiciamiento Criminal para introducir la instrucción por el Fiscal[5]. La

Español y la Fiscalía Europea. Su configuración institucional. La autonomía y la independencia en su estatuto jurídico. Conflictos de competencia y mecanismos de resolución. La Fiscalía Europea y la orden europea de detención", en *Revista del Ministerio Fiscal* 9 (2020), pp. 60 y ss.; Miryam Segura Rodríguez, "La Fiscalía Europea y el proceso penal español", en *Revista del Ministerio Fiscal* 9 (2020), pp. 14 y ss. Consideraciones al respecto encontramos en el Auto del Tribunal Supremo núm. 20424/2022, de 9 de junio de 2022.

[3] Con todo, no podemos afirmar el desconocimiento de la figura del Fiscal instructor, introducida para el proceso para exigir responsabilidad penal a los menores y las funciones instructores, muy limitadas, que se reconocen a la Fiscalía en el procedimiento abreviado. A ellos, debe añadirse que en los tres proyectos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los últimos doce años se otorga la instrucción al Ministerio Fiscal.

[4] Víctor Moreno Catena, *Fiscalía Europea y Derechos Fundamentales…*, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

No obstante, sin entrar en valoraciones al respecto, como pone de manifiesto María del Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento…*, *op. cit.*, p. 18, no han faltado países que han mantenido sus Jueces de instrucción, como Bélgica, Eslovenia y Luxemburgo. V., en el caso belga, Yves Van Den Berge, "Role of the Belgian Investigative Judge in EPPO cases", en *eucrim* 1/2021, *EPPO Now Operational, Perspectives from European Prosecutors*, pp. 63 y 64.

[5] Sobre la regulación en el Anteproyecto, v. Begoña Vidal Fernández, "Ac-

Fiscalía Europea irrumpe, pues, en un sistema procesal penal en que la dirección de la investigación se atribuye a un órgano jurisdiccional.

La Ley Orgánica 9/2021 crea un proceso penal especial en que la instrucción se atribuye al Ministerio Fiscal, Fiscal europeo, convirtiéndolo en director de la investigación en los delitos que determinan el ámbito objetivo de esta norma[6], remitiéndose al procedimiento abreviado regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en todo lo no previsto en ella, con independencia de la pena que lleve aparejada el delito[7]. Por tanto, la compleja realidad española, en el momento en que se escriben estas páginas, es la siguiente: La instrucción del proceso penal corresponde al Juez instructor, salvo en el caso de los delitos que entran dentro del ámbito de aplicación de esta norma (conocidos como delitos PIF), cuya instrucción corresponderá a la Fiscalía Europea. Esta duplicidad de posibles instructores, como veremos en el punto 3 va a plantear, y ya ha planteado, problemas competenciales importantes, entre otras cuestiones problemáticas en las que no podemos entrar, pero de las que se da cuenta en esta obra colectiva[8].

---

tuación de la Fiscalía Europea del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas (APDPUE)* 4 (2021).

[6] Juan-Luis Gómez Colomer, "La inserción de la Fiscalía Europea en el sistema procesal penal español", pp. 218 y ss., y Teresa Armenta Deu, "Fiscalía Europea: Su incidencia en el ordenamiento procesal español", pp. 145 y ss., ambos en Víctor Moreno Catena y Maribel Romero Pradas (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profesora Isabel González Cano*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

[7] María del Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento…*, *op. cit.*, p. 35, considera que esta remisión al procedimiento abreviado no excluye "la aplicación de la LECrim en los demás aspectos", de forma que también serán de aplicación las normas del procedimiento ordinario, en lo no previsto en la Ley Orgánica 9/2021 ni en el procedimiento abreviado.

[8] V., también, Raúl Sánchez Gómez, "La Fiscalía Europea (naturaleza, atribuciones y principios de actuación)", en María Isabel González Cano (coord.), *Integración europea y justicia penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 284.

2. La estructura de la Fiscalía Europea

La estructura de la Fiscalía Europea se establece en los artículos 8 a 13 del Reglamento, configurándose como un órgano indivisible de la Unión Europea (artículo 3. 1 y 2 Rgto.FE) pero que actúa funcionalmente como una fiscalía única, aunque con estructura descentralizada en los Estados miembros. Estamos ante un órgano propio de la Unión Europea, independiente de los Estados, instituciones, organismos y agencias de la Unión Europea, cuya composición permite distinguir dos niveles[9]:

---

[9] Esta estructura dista de la originalmente prevista en la propuesta de 2013, pero es la plasmación de un acuerdo al respecto, v., Alexandre Met-Domestici, "The Hybrid Architecture of the EPPO: From the Commission´s Proposal to the Final Act", en *eucrim* 3/2017, *The European Criminal. Law Associations' forum*, pp. 143-149; Antonio Martínez Santos, "El Estatuto de independencia de la Fiscalía Europea y sus garantías", en Lorena Bachmaier Winter (coord.), *La Fiscalía Europea…*, *op. cit.*, pp. 31 y ss.; María del Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento…*, *op. cit.*, pp. 45 y ss.; Ana Montesinos García, "La nueva Fiscalía para combatir el fraude y la corrupción trasfronteriza: Orígenes, estructura y competencia material", en Silvia Barona Vilar (ed.), *Claves de la Justicia Penal…*, *op. cit.*, pp. 478 y ss.; Juan-Luis Gómez Colomer, "La inserción de la Fiscalía Europea en el sistema procesal penal español", pp. 224 y ss., y Francisco Salvador Gil García, "Consideraciones generales sobre el sistema de atribución y ejercicio de la competencia de la Fiscalía Europea en el proceso penal español. Análisis y evaluación de sus principales elementos de interacción", ambos en Víctor Moreno Catena y Maribel Romero Pradas (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea…*, *op. cit.*, pp. 244 y ss., quien en la p. 248, refiere el modelo como "de doble sombrero"; María Ángeles Pérez Martín, "El futuro órgano instructor común: una propuesta para la organización de la Fiscalía europea y para el control de su actividad", en *Cuadernos de Política Criminal* 108 (2012), pp. 141 y ss.; Jaime Goyena Huerta, "La Fiscalía Europea y su intervención en el ordenamiento jurídico español", en *Revista Aranzadi Doctrinal* 9 (2021) (BIB 2021\4764); Pía Calderón Cuadrado, "La Fiscalía Europea…", *op. cit.*, pp. 250 y ss.; Lucana María Estévez Mendoza, "La instau-

2.1. A nivel central se prevé una oficina, situada en la sede de la Fiscalía Europea, integrada por:

a) El Colegio (artículo 9 Rto.FE): integrado por el Fiscal General Europeo (en adelante FGE) y un Fiscal europeo por cada estado miembro. El Colegio está encargado de realizar un seguimiento general de las actividades de la fiscalía, adoptando decisiones sobre asuntos estratégicos y cuestiones generales que puedan surgir en casos particulares, para garantizar la coherencia, eficiencia y sistematicidad de la estrategia de la acción penal de la FE en los distintos estados miembros. Sus decisiones, salvo que el Reglamento prevea lo contrario, se adoptan por mayoría simple.

b) Las Salas Permanentes (artículo 10 Rto.FE): presididas por el FGE o por uno de los Fiscales adjuntos a éste o por un Fiscal europeo nombrado al efecto. Entre las Salas permanentes debe procurarse un reparto proporcional de la carga de trabajo, carga que – salvo casos excepcionales – se establecerá aleatoriamente.

   Las Salas Permanentes supervisan y dirigen las investigaciones y acusaciones realizadas por los Fiscales europeos delegados. En concreto, y siguiendo lo establecido por el Reglamento, las Salas, tras examinar la propuesta del Fiscal Europeo Delegado, adoptan una de las siguientes decisiones:

---

ración de la Fiscalía Europea…", *op. cit.*, pp. 111 y ss.; Ana Montesinos García, "La nueva Fiscalía antifraude europea", en *Revista General de Derecho Europeo* 46 (2018), pp. 173 y ss.

No debemos olvidar que esta estructura responde a la finalidad de garantizar su independencia, tanto respecto de la propia Unión Europea y sus órganos, como de los Estados miembros; y a su vez, a alcanzar decisiones rápidas y eficaces en la investigación del delito y su posible enjuiciamiento. Cuestión distinta es si se consigue o no realmente.

i) Llevar un caso a juicio de conformidad con el articulo 36, apartados 1, 3 y 4;
ii) Archivar un caso de conformidad con el articulo 39, apartado 1, letras a) a g);
iii) Aplicar un procedimiento simplificado de ejercicio de la acción penal y ordenar al Fiscal europeo delegado que adopte las actuaciones necesarias para poner fin al caso conforme al artículo 40;
iv) Remitir un caso a las autoridades nacionales de conformidad con el artículo 34, 1, 2, 3 ó 6;
v) Recibir una investigación de conformidad con el artículo 39, 2.

En caso contrario, las Salas adoptarán las siguientes decisiones, de conformidad con las condiciones y procedimientos establecidos en el Reglamento:

i) Ordenar al Fiscal europeo delegado que inicie una investigación, de conformidad con las normas del artículo 26. 1 a 4, si no se hubiera iniciado ya;
ii) Ordenar al Fiscal europeo delegado que ejerza el derecho de avocación del artículo 27.6;
iii) Someter al Colegio asuntos estratégicos o cuestiones generales que surjan de casos particulares conforme al artículo 9.2;
iv) Asignar un caso conforme al artículo 26. 3;
v) Reasignar un caso conforme al artículo 26. 5 o al artículo 28.3;
vi) Aprobar la decisión de un Fiscal Europeo de dirigir él mismo la investigación conforme al artículo 28. 4.

c) El Fiscal General Europeo (artículo 11 Rto.FE), que está al frente de la Fiscalía Europea, organizando sus trabajos y dirigiendo sus actividades.
d) Los Fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo (artículo 11 Rto.FE), que le asistirán en el ejercicio de sus funciones y, en su caso, susitituirán.

e) Los Fiscales europeos (artículo 12 Rto.FE) supervisan las investigaciones y acciones penales de las que sean responsables los Fiscales europeos delegados encargados de un caso en el Estado miembro. Tienen la obligación de presentar resúmenes de los casos bajo su supervisión y, cuando proceda, propuestas de decisión que habrá de adoptar la Sala Permanente, a partir de las propuestas de decisión elaboradas por los FED.
f) El director administrativo.

2.2. El nivel descentralizado se integra por los Fiscales europeos delegados, establecidos en los Estados miembros, quienes igualmente cuentan con la asistencia del personal de la Fiscalía Europea para el desempeño de sus funciones (artículo 13 Rto.FE)[10]. A estos Fiscales les corresponde ejercer las funciones de la Fiscalía Europea en sus Estados miembros. Si bien el Reglamento deja bien claro que se les atribuyen las mismas facultades que a los fiscales nacionales en materia de investigación, ejercicio de la acción penal y apertura de juicios, en el caso español es evidente que sus funciones instructoras van más allá de lo que actualmente puede reconocerse en los procesos abreviados, debiendo plantearse su equiparación al juez instructor. Les corresponde dirigir tanto las investigaciones por ellos iniciadas, como las que se les haya asignado expresamente o las que les corresponda asumir haciendo uso del derecho de avocación. En el ejercicio de sus funciones, seguirán la dirección e instrucciones de la Sala Permanente a cargo del caso y las instrucciones del Fiscal europeo supervisor. Cada Estado miembro contará al menos con dos Fiscales europeos delegados, pudiendo ejercer también funciones de fiscales nacionales, siempre que no les impida cumplir con sus funciones como fiscales europeos. Nue-

[10] En España hay en este momento siete Fiscales delegados.

vamente, en el caso español, éstas serán distintas cuando actúen como Fiscal europeo y como fiscal nacional, lo que no deja de ser, cuanto menos, "curioso".

3. Competencia material de la Fiscalía Europea

3.1. Competencia objetiva de la Fiscalía Europea

La competencia material, en palabras del Reglamento, se establece de forma especialmente compleja. En general, podemos decir que la Fiscalía Europea se convierte, en el ámbito de la Unión Europea, en protagonista de la lucha contra el fraude contra los intereses financieros de la Unión[11], ante la, en no pocas ocasiones, ineficacia de las autoridades nacionales en la persecución de los mismos. Como seguidamente se explica, nos vamos a encontrar con delitos cuya investigación, a priori, se atribuye directamente a la Fiscalía Europea en aplicación del artículo 22 Rgto.Fe. Ahora bien, acto seguido se prevé que, concurriendo determinadas circunstancias, no será competente el Fiscal Europeo, sino las autoridades nacionales (en nuestro caso, un Juez de instrucción); añadiendo otros supuestos en que la Fiscalía europea puede decidir no investigar, inhibiéndose a favor de las autoridades nacionales. En este sentido, se plasman relativamente, a nivel competencial, los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea[12].

---

[11] María Isabel González Cano, "Justicia penal y Fiscalía Europea. Consideraciones sobre el sistema de atribución de la competencia material", en Silvia Barona Vilar (ed.), *Claves de la Justicia Penal. Feminización…*, *op. cit.*, p. 440. Dejamos fuera el debate sobre la posible ampliación de sus competencias.

[12] Helmut Satzger, "La Fiscalía Europea y su coordinación con las Fiscalías nacionales: En pro de un modelo de complementariedad", en Lorena Bachmaier Winter (coord.), *La Fiscalía Europea…*, *op. cit.*, pp. 82 y 85 y ss., quien analiza el

Es decir, estamos ante una atribución competencial prevista con carácter exclusivo, pero no excluyente en el caso de los artículos 22. 2 y 3 y 25. 2 y 3 Rgto.FE[13], siendo la competencia de la Fiscalía Europea preferente a la de la autoridad nacional[14]. Esta

papel que el principio de complementariedad podría haber jugado "a la hora de hacer valer los principios de subsidiariedad y proporcionalidad", p. 89; Teresa Armenta Deu, "Fiscalía Europea: Su incidencia en el ordenamiento procesal español", pp. 145 y ss., en Víctor Moreno Catena y Maribel Romero Pradas (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea…*, *op. cit.*, p. 148, considera que de haber seguido este principio, como se ha hecho con la Corte Penal Internacional, se hubiera alcanzado una situación más ventajosa para el órgano europeo. Como indica David Vilas Álvarez, "La competencia material de la Fiscalía Europea", en Lorena Bachmaier Winter (coord.), *La Fiscalía Europea…*, *op. cit.*, p. 54, "el alcance de tales competencias materiales de la Fiscalía Europea y su ejercicio definitivo ha sido el eje determinante de la negociación del Reglamento…"; Maria Isabel González Cano, "Justicia penal y Fiscalía Europea. Consideraciones sobre el sistema de atribución de la competencia material", en Silvia Barona Vilar (ed.), *Claves de la Justicia Penal…*, *op. cit.*, pp. 441 y ss.; María Ángeles Pérez Marín, "La competencia de la Fiscalía Europea: criterios materiales y territoriales para su determinación*", Revista Internacional Consinter de Direito* V (n.º 8) (2019), pp. 255-284.

[13] Las consecuencias de este problema ya se apuntaban por Víctor Moreno Catena, *Fiscalía Europea y Derechos Fundamentales…*, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

María del Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento…*, *op. cit.*, p. 31, se refiere a "un sistema de competencias compartidas…, basado en el derecho de avocación de la Fiscalía Europea" (Considerandos 13 y 22 Rgto.FE), v., también, pp. 92 y 93. El adjetivo compartidas se utiliza también por María Isabel González Cano, "Justicia penal y Fiscalía Europea. Consideraciones sobre el sistema de atribución de la competencia material", en Silvia Barona Vilar (ed.), *Claves de la Justicia Penal…*, *op. cit.*, p. 443; Francisco Salvador Gil García, "Consideraciones generales sobre el sistema de atribución y ejercicio de la competencia de la Fiscalía Europea en el proceso penal español. Análisis y evaluación de sus principales elementos de interacción", en Víctor Moreno Catena y Maribel Romero Pradas (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea…*, *op. cit.*, p. 254; Antonio Roma Valdés, "La investigación de la Fiscalía Europea y el derecho de defensa", en Coral Arangüena Fanego y Monsterrat De Hoyos Sancho (dirs.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 579.

[14] En atención al Considerando 58 Rgto.FE "La competencia de la Fiscalía Europea respecto de los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la

configuración, creemos, supondrá uno de los principales problemas prácticos de esta figura; problemas que ya se han producido a través de "conflictos de competencia" por la pretensión de que determinados comportamientos delictivos sean conocidos por las autoridades nacionales y no por la Fiscalía Europea, a los que nos referiremos en las siguientes páginas[15].

3.1.1. Competencia "positiva"

La Fiscalía Europea es competente para la investigación y persecución de los delitos que atenten contra los intereses financieros de la Unión Europea, siempre y cuando todo o parte del delito se haya cometido en el territorio de uno o varios Estados miembros o por uno de sus nacionales, por miembros del personal de la Unión o de sus instituciones; y ello sin perjuicio de cómo dicho delito se haya calificado por el Derecho nacional.

Conforme al artículo 22 Rgto. FE, la Fiscalía Europea será competente para investigar (y ejercer la acción penal) en los siguientes casos:

a) Delitos establecidos en la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, la denominada Directiva PIF, tal y como se hayan transpuesto por la legislación nacional[16] (artículo 22. 1 Rgto. FE).

Unión debe, por regla general, tener prioridad sobre las reclamaciones nacionales de competencia, de forma que dicha Fiscalía pueda orientar y garantizar la coherencia de las investigaciones y el ejercicio de la acción penal a escala de la Unión. En lo que respecta a dichos delitos, las autoridades de los Estados miembros deben abstenerse de actuar, a menos que sean necesarias medidas urgentes, hasta que la Fiscalía Europea haya decidido si procede asumir una investigación".

[15] V., María del Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento…*, *op. cit.*, pp. 94 y ss.

[16] Trasladando esta previsión al derecho español, la competencia del Fiscal

b) También será competente respecto de delitos relativos a la participación en una organización delictiva definida en la Decisión Marco 2008/841/JAI, tal y como esta se haya transpuesto por la legislación nacional, siempre y cuando la actividad delictiva de dicha organización se centre en cometer alguno de los delitos a que hace referencia el apartado 1 de este artículo 22.
c) Su competencia se extiende también a cualquier otro delito que este "indisociablemente vinculados con un comportamiento constitutivo de delito incluido en el ámbito de aplicación del apartado 1" del mismo artículo 22; competencia que se ejerce de conformidad con el artículo 25. 3 Rgto.FE.

---

europeo delegado, en virtud del artículo 4 de la LO 9/2021, alcanza a los siguientes delitos (con referencia al Código penal español):

"a) De los delitos contra la Hacienda de la Unión no referidos a impuestos directos nacionales, tipificados en los artículos 305, 305 bis y 306. En el supuesto de ingresos procedentes de los recursos propios del impuesto sobre el valor añadido, los Fiscales europeos delegados solo serán competentes cuando los hechos estén relacionados con el territorio de dos o más Estados miembros y supongan, como mínimo, un perjuicio total de 10 millones de euros.

b) De la defraudación de subvenciones y ayudas europeas prevista en el artículo 308.

c) Del delito de blanqueo de capitales que afecten a bienes procedentes de los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión; de los delitos de cohecho cuando perjudiquen o puedan perjudicar a los intereses financieros de la Unión y del delito de malversación cuando perjudique de cualquier manera los intereses financieros de la Unión.

Asimismo, de los delitos tipificados en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, cuando afecten a los intereses financieros de la Unión.

d) Del delito relativo a la participación en una organización criminal tipificado en el artículo 570 bis, cuya actividad principal sea la comisión de alguno de los delitos previstos en los apartados anteriores."

3.1.2. Competencia "negativa"

En esta atribución competencial encontramos limitaciones importantes, que determinan que no conocerá la Fiscalía Europea, sino las autoridades nacionales competentes para la investigación del delito:

a) En el supuesto de los delitos mencionados en el artículo 3, apartado 2, letra d), de la Directiva (UE) 2017/1371[17], respecto a los que Fiscalía Europea solo será competente cuando tengan relación con el territorio de dos o más Estados miembros y supongan un perjuicio total de al menos 10 millones de Euros.
b) La segunda, contempla los delitos referentes a los impuestos directos nacionales, incluidos los delitos indisociablemente unidos a ellos.

3.1.3. Competencia "condicionada"

Junto con la interpretación de qué es indisociablemente unido, estamos ante otro de los supuestos en que la competencia de la Fis-

---

[17] En virtud de esta literal, se considerará fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión en materia de ingresos procedentes de los recursos propios del IVA, cualquier acción u omisión cometida en una trama fraudulenta transfronteriza en relación con:

"i) el uso o la presentación de declaraciones o documentos relativos al IVA falsos, inexactos o incompletos, que tenga por efecto la disminución de los recursos del presupuesto de la Unión,

ii) el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información relativa al IVA, que tenga el mismo efecto; o

iii) la presentación de declaraciones del IVA correctas con el fin de disimular de forma fraudulenta el incumplimiento de pago o la creación ilícita de un derecho a la devolución del IVA."

calía Europea viene determinadas por la interpretación que se haga de determinadas circunstancias concurrentes en la comisión del delito o sus resultados, lo que plantea no pocas dudas de seguridad jurídica en la determinación de su competencia y, que como hemos indicado, puede ser un foco de no pocos conflictos competenciales, como de hecho ya ha ocurrido en nuestro país en el escaso tiempo que lleva funcionando la Fiscalía Europea. En este sentido, el artículo 25 Rgto.FE condiciona el ejercicio de la competencia del órgano europeo, iniciando una investigación de conformidad con el artículo 26 o ejerciendo su derecho de avocación en virtud del artículo 27, a las siguientes circunstancias[18]:

a) Cuando un delito incluido en el ámbito del artículo 22 Rgto.FE cause o pueda causar un perjuicio para los intereses financieros de la Unión cuya cuantía sea inferior a 10.000 Euros, la Fiscalía únicamente ejercerá su competencia cuando[19]:
   i) El asunto tenga repercusiones a escala de la Unión que requieran que la Fiscalía Europea lleve a cabo una investigación; o
   ii) Sean sospechosos de haber cometido dichos delitos funcionarios u otros agentes de la Unión o miembros de las instituciones de la Unión.

La Fiscalía Europea consultará, en estos casos, a las autoridades nacionales u órganos de la Unión competente, para establecer si se cumplen o no estos dos criterios limitadores. La LO 9/2021 establece que la autoridad nacional a la que se hará la consulta es el Ministerio Fiscal (artículo 13.3).

---

[18] David Vilas Álvarez, "La competencia material de la Fiscalía Europea", en Lorena Bachmaier Winter (Coord.), *La Fiscalía Europea*, *op. cit.*, pp. 70 y ss.; Ana Montesinos García, "La nueva Fiscalía antifraude europea", *op. cit.*, pp. 170 y 171.

[19] Se da entrada así a razones de oportunidad, v., Pía Calderón Cuadrado, "La Fiscalía Europea…", *op. cit.*, p. 258.

En atención al Considerando 59 Rgto.FE "Debe considerarse que un asunto particular va a tener repercusiones a escala de la Unión cuando, entre otras cosas, un delito tenga carácter y magnitud transnacionales, o cuando el delito en cuestión implique a una organización delictiva, o cuando, dado el carácter específico del delito, este pueda representar una grave amenaza para los intereses financieros de la Unión o para el prestigio de las instituciones de la Unión y la confianza que los ciudadanos de la Unión depositan en ellas".

b) También se abstendrá de ejercer su competencia respecto de todo delito comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 22 Rgto.FE, previa consulta con las autoridades nacionales competentes que asumirán la competencia, cuando (artículo 34 Rgto.FE)[20]:

i) La sanción máxima establecida por la legislación nacional para un delito incluido en el ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1, sea igual a o menos severa que la sanción máxima establecida para un delito indisociablemente vinculado a que se refiere el artículo 22, apartado 3, salvo en caso de que este último delito haya sido instrumental para cometer el delito incluido en el ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1; o

ii) Exista algún motivo para suponer que el perjuicio causado o que se puede causar a los intereses financieros de la Unión no es mayor que el perjuicio causado o que puede causarse a otra víctima. No obstante, en este caso, cuando se considere que la Fiscalía Europea está en mejores condiciones para investigar o ejercer la

---

[20] María Isabel González Cano, "Justicia penal y Fiscalía Europea. Consideraciones sobre el sistema de atribución de la competencia material", en Silvia Barona Vilar (ed.), *Claves de la Justicia Penal*…, *op. cit.*, pp. 457 y 458, se refiere a estos supuestos como "desistimiento por escasa relevancia de los hechos".

> acción penal, será ésta la que asumirá la competencia, con el consentimiento de las autoridades nacionales competentes que se inhibirán.

A este respecto, el Considerando 60 Rgto.FE afirma que "Cuando la Fiscalía Europea no pueda ejercer su competencia en un caso particular porque haya motivos para suponer que el perjuicio ocasionado o que pueda ocasionarse a los intereses financieros de la Unión no es mayor que el perjuicio ocasionado o que pueda ocasionarse a otra víctima, la Fiscalía Europea debe, sin embargo, poder ejercer su competencia siempre que esté en mejores condiciones para investigar o ejercer la acción penal que las autoridades del Estado o Estados miembros correspondientes. Podría entenderse que la Fiscalía Europea está en mejores condiciones, entre otros casos, cuando sea más eficaz dejar a la Fiscalía Europea investigar o ejercer la acción penal sobre el correspondiente delito debido a su carácter y magnitud transnacionales, o cuando el delito implique a una organización delictiva, o cuando, dado el carácter específico del delito, este pueda constituir una grave amenaza para los intereses financieros de la Unión o para el prestigio de las instituciones de la Unión y la confianza que los ciudadanos de la Unión depositan en ellas. En tales casos, la Fiscalía Europea debe poder ejercer su competencia con la aprobación de las autoridades nacionales competentes del Estado o Estados miembros, cuando se haya causado perjuicio a otra víctima o víctimas".

La letra b) del párrafo primero de este apartado no se aplicará a los delitos mencionados en el artículo 3, apartado 2, letras a), b) y d), de la Directiva (UE) 2017/1371 tal como se haya transpuesto por la legislación nacional.

3.1.4. La indeterminación de los criterios competenciales

Una lectura, incluso no muy atenta de los criterios competenciales establecidos en el artículo 22 y derivados del artículo 25 del Reglamento, permiten vislumbrar que algunos de ellos no van a

ser fáciles de interpretar, lo que lógicamente llevará, insistimos, a conflictos entre las autoridades nacionales y europeas. Sin perjuicio de lo que seguidamente diremos, lo cierto es que la utilización por el legislador, europeo (y nacional), de expresiones como "indisociablemente unido", "preponderancia", "relevancia", carácter "instrumental", que la investigación por el órgano europeo "resulte más beneficiosa", que la Fiscalía Europea se encuentre en "mejores condiciones para investigar o ejercer la acción penal" o valoraciones sobre la cuantía del daño o del perjuicio causado "a otra víctima", "repercusiones a escala de la Unión", no ayudan a resolver los conflictos competenciales que puedan surgir[21].

De todos estos criterios, tomemos como ejemplo el de la conexión (indisociablemente unido) por ser uno de los más complicados. En este sentido, cuando los hechos que se investigan sean constitutivos de uno o varios delitos que guardan conexión con los delitos contra intereses financieros de la Unión Europea, entra en juego un criterio de preponderancia o relevancia en virtud del cual, finalmente, conocerá el órgano europeo o el nacional; es decir, si los delitos no PIF (conexos con un delito PIF) son más relevantes, la competencia de la Fiscalía Europea cede a favor de la Fiscalía nacional, y viceversa[22]. Igualmente, asumirá el conocimiento del

---

[21] Víctor Moreno Catena, *Fiscalía Europea y Derechos Fundamentales…*, *op. cit.*, p. 48; David Vilas Álvarez, "La competencia material de la Fiscalía Europea", en Lorena Bachmaier Winter (coord.), *La Fiscalía Europea…*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.; Raúl Sánchez Gómez, "La Fiscalía Europea (naturaleza, atribuciones y principios de actuación)", en María Isabel González Cano (coord.), *Integración europea y justicia penal…*, *op. cit.*, pp. 298.

El Auto del Tribunal Supremo núm. 20424/2022, de 9 de junio, que analizamos en las páginas finales, afirma claramente que "la normativa alumbrada para delimitar estas competencias es especialmente alambicada sinuosa y oscura", de ahí que no descarte *a priori* la consulta al TJUE.

[22] La Propuesta de Reglamento, de 17 de julio de 2013 COM (2013) 534 final, se refería a que los hechos constitutivos sean idénticos y estén vinculados de

asunto la Fiscalía Europea si el delito conexo es instrumental al delito competencia de este órgano.

Este concepto de delitos indisociablemente vinculados "debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia pertinente, la cual mantiene como criterio importante, para la aplicación del principio de *ne bis in idem*, la identidad de los hechos materiales (o hechos que sean sustancialmente iguales), entendida como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisociablemente vinculadas entre sí en el tiempo y en el espacio" (Considerando 54)[23]. Pese a esta aclaración que pretende el Considerando citado, creemos que no será fácil, en todos los casos, establecer cuando se produce esta relación inescindible que inclina el conocimiento del asunto a un órgano u otro[24].

---

forma inextricable con aquellos que atentan contra los intereses financieros de la Unión Europea. El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española define inextricable como "Que no se puede desenredar, muy intrincado y confuso". Como indica Víctor Moreno Catena, *Fiscalía Europea y Derechos Fundamentales…*, *op. cit.*, p. 47, posiblemente nos encontramos además con un problema de traducción, dado que el término original inglés *inextricably* en otras versiones se ha traducido como inseparable o indisolublemente unido (*untrennbar*, en la alemana, *indissolubilmente collegati* en la italiana o *indissociavelmente relacionadas* en la portuguesa).

[23] El Colegio, en Decisión 29/2021, de 21 de abril de 2021 (modificada por la Decisión 26/2022, de 29 de junio de 2022), apartado 3.2 d), ha considerado que esta relación existe cuando: a) La decisión sobre el ejercicio de la acción penal puede conllevar la aplicación del principio *ne bis in ídem*; b) Exista identidad en la conducta ("actividad material") y en la intencionalidad con que se realizaron los hechos; c) Las actividades llevadas a cabo forman parte del plan o estrategia criminal para alcanzar los mismos objetivos; d) La conducta presuntamente delictiva se une a la conexa en el tiempo, el espacio o el objeto, creando un todo inseparable; e) Los hechos están unidos de tal forma, que su separación en diferentes procedimientos conllevaría una separación artificial de los mismos respecto de la conducta practicada. V., María del Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento…*, *op. cit.*, p. 105; Ana Montesinos García, "La nueva Fiscalía para combatir el fraude y la corrupción trasfronteriza: Orígenes, estructura y competencia material", en Silvia Barona Vilar (ed.), *Claves de la Justicia Penal…*, *op. cit.*, pp. 492; Idem, "La nueva Fiscalía antifraude europea", *op. cit.*, pp. 169 y 170.

[24] José Eduardo Guerra, "The material competence of the EPPO and the con-

Por tanto, un criterio altamente indeterminado, como es el de la preponderancia, adquiere, pese a las no pocas dudas de interpretación que generará, especial relevancia. En función del mismo, el Estado miembro puede acabar cediendo la persecución de delitos que afecten a sus intereses financieros a la Fiscalía Europea[25].

Será clave, pues, cómo deba interpretarse "preponderante o más relevante"[26]. El primer problema que encontramos es que se plantean dudas sobre si puede o no acudirse por parte de la Fiscalía nacional al TJUE para aclarar esta cuestión, y otras de similares características, que sería la solución más lógica[27]; aspecto éste que se

cept of inextricably linked offences", en *eucrim* 1/2021, *EPPO Nox Operational perspectives from European Prosecutors*, pp. 49 y 50; María del Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento…*, *op. cit.*, p. 105.

[25] Como indica Víctor Moreno Catena, *Fiscalía Europea y Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pp. 42 y 43, esto implica que "… el Estado cederá la persecución de los delitos contra sus propios intereses financieros a la investigación de la FE; en segundo lugar, si ésta decide la jurisdicción competente, podrá incluso verse sometido a la decisión de un tribunal extranjero y en tercer lugar, lo que es más importante, el Estado tendrá que pasar por una posible transacción que la FE ofrezca y alcanza al sospechoso o acusado, sin posibilidad de control…". podrían acabar juzgados por un tribunal extranjero o tener a que aceptar el acuerdo al que haya llegado la Fiscalía Europea con el acusado respecto a los mismos, con escasas o nulas posibilidades de control.

[26] Víctor Moreno Catena, *Fiscalía Europea y Derechos Fundamentales…*, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

[27] El artículo 42 Rgto.FE establece expresamente que el TJUE El Tribunal de Justicia será competente, de conformidad con el artículo 267 del TFUE, para pronunciarse con carácter prejudicial sobre 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. V., también, María del Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento…*, *op. cit.*, p. 125, quien considera que no está prohibida en el Derecho español acudir al TJUE, sino diferida al momento en que se judicialice la investigación por la Fiscalía Anticorrupción; a la presentación de una denuncia ante el Juzgado de Instrucción o cuando el Juez de Garantías deba adoptar una decisión sobre si los hechos son o no idénticos; Carlos Gómez-Jara Díez, "Sobre la competencia de la Fiscalía europea: Un reto pendiente", *Legal Today*, 30 de marzo de

trata específicamente en un capítulo de esta obra colectiva. Lo cierto es que la única referencia, también abstracta, la encontramos en los Considerandos 54 y ss.[28], en virtud de los que dicho predominio debe determinarse conforme a criterios como las repercusiones financieras del delito para la Unión Europea, para los presupuestos nacionales, el número de víctimas y otras circunstancias relacionadas con la gravedad del delito y las sanciones aplicables.

3.2. La competencia territorial de la Fiscalía Europea

En cuanto a la competencia territorial el artículo 23 Rgto.FE establece que la Fiscalía Europea tendrá competencia respecto de los delitos a que se hace referencia en el artículo 22 cuando los mismos[29]:

2022, disponible en https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/sobre-la-competencia-de-la-fiscalia-europea-un-reto-pendiente-2022-03-30/ (último acceso de 31 de octubre de 2022).

Como veremos en el *epígrafe E)* esta es una de las divergencias entre la Fiscalía General española y la Fiscalía Europea en uno de los supuestos mediáticos que a puesto en evidencia la trascendencia de estos conflictos (el caso de las mascarillas de la Comunidad de Madrid).

[28] Como indica Pía Calderón Cuadrado, "La Fiscalía Europea. Alguna clave para su entendimiento", *op. cit.*, p. 254 "… los considerandos han adquirido un protagonismo adicional pues llegan a ofrecer soluciones que, en buena técnica, «deberían estar incluidas en las decisiones normativas»", siendo el entrecomillado del texto citado de José Ángel Espina Ramos, J.A., "La relación entre Eurojust y la oficina de la Fiscalía Europea", en Lorena Bachmaier Winter (coord.), *La Fiscalía Europea…*, *op. cit*.

[29] Michele Panzavolta, "La elección de foro nacional en los procedimientos de la Fiscalía Europea: ¿Quién resulta competente?, en Lorena Bachmaier Winter (coord.), *La Fiscalía Europea…*, *op. cit*., pp. 109 y ss.; Francisco Salvador Gil García, "Consideraciones generales sobre el sistema de atribución y ejercicio de la competencia de la Fiscalía Europea en el proceso penal español. Análisis y evaluación de sus principales elementos de interacción", en Víctor Moreno Catena y Maribel Romero Pradas (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea…*, *op. cit*., pp. 253 y ss.; en la misma obra, María Ángeles Pérez Martín,

a) Hayan sido cometidos total o parcialmente en el territorio de uno o varios de los Estados miembros;
b) Hayan sido cometidos por un nacional de un Estado miembro, siempre que un Estado miembro sea competente respecto de ese tipo de delito cuando se haya cometido fuera de su territorio; o
c) Hayan sido cometidos fuera de los territorios a que se refiere la letra a) por una persona sujeta al Estatuto de los funcionarios o al régimen aplicable a los otros agentes en el momento de la perpetración del delito, siempre que un Estado miembro sea competente respecto de ese tipo de delito cuando se haya cometido fuera de su territorio.

La LO 9/2021, en su artículo 4. 1 establece que los Fiscales europeos delegados son competentes en el conjunto del territorio nacional para investigar y ejercer la acción penal ante el órgano de enjuiciamiento competente en primera instancia y vía de recurso contra los autores y demás partícipes de los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión Europea[30].

3.3. Las cuestiones de competencia

A la vista de lo indicado en las páginas previas, cómo se resuelvan los posibles conflictos competenciales entre las autoridades europeas

"Una revisión de la actuación de la Fiscalía Europea en España. La afectación de los derechos y garantías de las partes", pp. 270; Raúl Sánchez Gómez, "La Fiscalía Europea (naturaleza, atribuciones y principios de actuación)", en María Isabel González Cano (coord.), *Integración europea y justicia penal…*, *op. cit.*, p. 300.

[30] María del Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento…*, *op. cit.*, p. 113, considera que la mención al territorio nacional en este artículo se debe a una errata, ya que una interpretación acorde con la Directiva PIF supone que también extiende su competencia respecto a delitos cometidos fuera del territorio español por españoles o extranjeros nacionalizados.

y nacionales va a ser determinante del eficaz y adecuado funcionamiento de la Justicia en estos casos. Punto de partida debe ser, no obstante, el carácter preferente o prevalente que tiene, en determinados supuestos, la competencia de la Fiscalía Europea, por lo que, en esos casos, no deberíamos plantearnos el posible conflicto.

Siguiendo a Rodríguez-Medel Nieto nos podemos encontrar con estos conflictos en cinco supuestos[31]:

1º) Respecto a los delitos de participación en organizaciones delictivas que tengan como objetivo delitos PIF;
2º) En el caso, obvio, de los delitos "indisociablmente" vinculados a los delitos PIF;
3º) Que el delito PIF lo sea por cuantía inferior a 10.000 Euros y haya duda sobre la concurrencia de los requisitos adicionales (repercusión en la Unión y que se estén implicados funcionarios o miembros de las instituciones de la UE).
4º) En los casos en que el delito PIF tenga prevista en la legislación nacional una pena igual o inferior a la establecida para el delito vinculado indisociablemente al delito PIF; y
5º) Tratándose de un delito PIF relativo a un fraude de impuestos distintos al IVA y los vinculados al mismos, cuyos efectos se pueda considerar que han afectado con mayor fuerza a víctimas distintas a la Unión Europea.

---

[31] María del Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento…*, *op. cit.*, p. 116 y 117, quien añade, además, que no podrá producirse un conflicto respecto a los delitos PIF de cuantía superior a 10.000 Euros en los que no concurran delitos vinculados ni pueda entenderse que se hayan visto afectadas víctimas distintas a la Unión Europea; ni en los delitos de fraude de IVA transfronterizo con perjuicio superior a 10 millones de Euros. Ello no impide que si la autoridad nacional se considerara competente no pudiera plantear una cuestión prejudicial.

Respecto a cómo resolver estos problemas, en primer lugar, y como ya apuntamos en el punto anterior, debemos tomar en consideración que el artículo 42 Rgto.FE permite, en caso de dudas respecto a la interpretación de los artículos 22 y 25 del Reglamento en relación con cualquier conflicto de competencia entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales competentes, plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE.

En segundo lugar, debemos tomar en consideración que el artículo 25 Rgto.FE, al regular el ejercicio de la competencia de la Fiscalía Europea, se refiere a la consulta con las autoridades nacionales para establecer si se cumplen o no los criterios indicados en el apartado 2 de dicho artículo (recordemos, la repercusión del asunto, la nacionalidad de los funcionarios presuntos autores del delito). En el caso del apartado 3 de este artículo, expresamente se establece que la Fiscalía Europea podrá ejercer su competencia en los supuestos en él indicados (cuando la sanción prevista por la legislación nacional para el delito conexo sea mayor que la prevista para el delito PIF, salvo en caso de instrumentalidad, o cuando el perjuicio causado a víctimas distintas a la Unión Europea pueda considerarse mayor), con el consentimiento de las autoridades nacionales, por entender que la primera está en mejores condiciones para investigar el delito o ejercer la acción penal. En este sentido, nos preguntamos si la Fiscalía Europea, órgano creado para ello, no estará siempre en mejores condiciones que la nacional para llevar la investigación.

Si realizadas estas consultas, que en el fondo se resuelven en una suerte de acuerdo respecto a quién va a investigar y ejercer la acción penal[32], se mantienen las diferencias, nos encontraríamos realmente ante el verdadero conflicto. Ante estos conflictos, el Reglamento

---

[32] La Propuesta de Reglamento era más clara al respecto, pues en su artículo 13 preveía expresamente que la Fiscalía Europea y las autoridades fiscales nacionales se consultaran mutuamente para determinar cuál de ellas es competente.

no establece previsión alguna, más allá de lo indicado en el artículo 25.6[33], por lo que tenemos que acudir a la norma nacional de transposición[34], es decir, a Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, que tampoco es de gran utilidad para resolver una cuestión de especial trascendencia.

El artículo 9 regula las cuestiones de competencia en caso de discrepancia entre la Fiscalía Europea y la autoridad nacional sobre si el o los delitos a investigar están dentro del ámbito material regulado en los artículos 22. 2 ó 3 y 24. 2 ó 3, pues en el caso de los delitos del 22. 1, no hay conflicto alguno, al ser competente siempre la Fiscalía Europea:

a) Si el conflicto se produce entre la Fiscalía Europea y la Fiscalía nacional, la cuestión de competencia se resuelve por la persona titular de la Fiscalía General del Estado, en los términos previstos en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, previa audiencia a la Junta de Fiscales de Sala[35].

---

[33] En caso de discrepancia entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales que ejercen la acción penal sobre la cuestión de determinar si el comportamiento constitutivo de delito está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 22, apartados 2 o 3, o del artículo 25, apartados 2 o 3, las autoridades nacionales competentes en materia de atribución de competencia para el ejercicio de la acción penal a escala nacional decidirán quién será competente para la investigación del caso. Los Estados miembros designarán a la autoridad nacional que decidirá en materia de atribución de competencia.

[34] El Colegio, en la Decisión 29/2021, indica que tanto la autoridad nacional como la Fiscalía Europea pueden plantear el conflicto.

[35] Críticamente, Carlos Gómez-Jara, "Sobre la competencia de la Fiscalía europea…", *cit.*; Lorena Bachmaier Winter, "Fiscalía Europea vs. Fiscalía española" en ABC Sevilla, de 11 de abril de 2022 (disponible en https://www.abc.es/opinion/abci-lorena-bachmaier-winter-fiscalia-europea-fiscalia-espanola-202204112216_noticia.html, último acceso 30 de octubre de 2022; también

b) Si la discrepancia lo es entre la Fiscalía Europea y un Juzgado de instrucción que ya estuviera conociendo del asunto (Juzgado Central de Instrucción, Magistrado del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia, en caso de aforados), se tramita como una cuestión de competencia que resolverá la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo[36], previo informe del Ministerio Fiscal.

En el orden jurisdiccional penal, las cuestiones de competencia se regulan en los artículos 19 a 47 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, distinguiendo entre cuestiones positivas y negativas y en atención al procedimiento adecuado para enjuiciar el delito[37].

Este artículo 9 añade, finalmente, que estas disposiciones se entienden "sin perjuicio de los dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el juicio oral y en el artículo 42.2.c) del Reglamento en materia de interpretación de los artículos 22 y 25", es decir, la remisión a la resolución de la cuestión prejudicial por el TJUE[38].

---

disponible, para quien no tenga suscripción a dicho periódico en https://www.almendron.com/tribuna/fiscalia-europea-vs-fiscalia-espanola/, último acceso 31 de octubre de 2022), quien afirma que "… el hecho de que la Fiscalía española tenga la última palabra acerca de cuándo debe actuar la Fiscalía Europea supone un misil a la línea de flotación de esta que cuestiona su propia razón de ser, la cual consiste precisamente en contrarrestar la posible inacción de las fiscalías nacionales en casos de corrupción en la gestión de fondos europeos". V., también, María del Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento…*, *op. cit.*, pp. 123 y 124, quien no obstante nos indica que es una solución "generalizada en las diferentes legislaciones".

[36] María del Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento…*, *op. cit.*, p. 126, considera – creemos que acertadamente – que ésta debería haber sido la solución en todo caso, evitando así los problemas que se han puesto de manifiesto al decidir la Fiscalía General del Estado.

[37] Juan-Luis Gómez Colomer, "Extensión y límites de la jurisdicción y competencia", en Juan-Luis Gómez Colomer y Silvia Barona Vilar (coord.), *Derecho Procesal I. Introduccion al Derecho Procesal…*, *op. cit.*, pp. 116 y ss.

[38] Sobre las dudas respecto a si la Fiscalía General española puede o no plan-

3.4. Ejemplos de conflicto competencial

En España, tal y como hemos anunciado en diversas ocasiones en las páginas previas, ya se han producido "conflictos" entre la Fiscalía Europea y la Fiscalía nacional. Uno de los supuestos en que ha surgido el conflicto ha sido especialmente mediático por alguna de las personas implicadas y, también, por su relación con la situación de pandemia en uno de sus peores momentos; nos referimos al conocido como "caso de las mascarillas"[39]. En éste, ante la no

tear la cuestión prejudicial ante el TJUE, en tanto que el Reglamento se refiere siempre a órganos jurisdiccionales, v., María del Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento…*, *op. cit.*, p. 129 y 130.

[39] En este caso, en que estaba implicado el hermano de la presidenta del Gobierno de la Comunidad de Madrid se planteaba que la empresa Priviet Sportive pagó algo más de medio millón de euros en abril de 2020 por comprar en Corea del Sur y traer a España 250.000 mascarillas que vendió al Gobierno regional por más de un millón y medio de euros. Según la información aportada por el dueño de Priviet —amigo de la familia de la presidenta— esta empresa pagó 480.170,30 euros a la compañía coreana K Beauty & Media por 250.000 mascarillas FFP2. La compra se abonó el 2 de abril de 2020 en dos pagos, uno de 240.122,66 eros y otro de 240.047,64. A ese gasto, Priviet tuvo que sumar el transporte aéreo para traerlas a España, 76.871,13 euros. Las mascarillas fueron recogidas en el aeropuerto de Madrid Barajas por la empresa Procoex, con la que se había contratado por 6.501,24 euros la recogida y entrega del material en el pabellón 10 del hospital de IFEMA, un trabajo que se realizó en dos días (17 y 20 de abril). En total, Priviet Sportive gastó 563.542,67 euros en comprar, transportar a España y entregar las mascarillas a la Comunidad de Madrid. Esta operación dejó a la empresa unos beneficios de casi un millón de euros (948.957,33). Priviet Sportive percibió el pago de las mascarillas mediante una transferencia por importe de 1.512.500 euros ordenada por la Administración General de la Comunidad de Madrid. De ese dinero, Tomás Díaz Ayuso recibió una comisión que la Fiscalía cifra en 234.203,52 euros: 175.000 provenientes de los trabajos realizados para Priviet en relación con distintas ofertas, entre ellas la investigada en este caso; y 59.203,52 euros de un *bonus* pactado por la obtención del contrato de las mascarillas con la Comunidad de Madrid.

Información extraída literalmente del periódico El País, basada en el decreto de archivo del caso por la Fiscalía Anticorrupción (https://elpais.com/espa-

inhibición de la Fiscalía Anticorrupción española a favor de la Fiscalía Europea, algunos de los presuntos hechos delictivos quedan en la competencia de las autoridades nacionales, mientras que otros – propios del ámbito del Reglamento estudiado – se investigan por la Fiscalía Europea, pese a la conexión entre los mismos. Es decir, aplicando lo establecido en el artículo 9. 1 LO 9/2021, la Fiscalía General del Estado se considera competente para conocer de los delitos de tráfico de influencias, prevaricación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, fraude y falsedad por entender que no se trata de delitos "indisociablemente vinculados"; delitos respecto de los que finalmente se decretó el archivo el 23 de junio de 2022. Los posibles delitos de malversación, fraude a los intereses financieros de la UE y cohecho, siguen investigados por la Fiscalía Europea.

Lo cierto es que la decisión de continuar con el conocimiento de los referidos delitos generó malestar en la Fiscalía Europea[40]. Así se pone de manifiesto en el comunicado realizado por este órgano de 30 de marzo de 2022[41], afirmando, en primer lugar, que la decisión se ha tomado por la Fiscalía General del Estado, superior jerárquico a la autoridad nacional, y a quien considera parcial en el asunto; en segundo lugar, se indica que la decisión se ha tomado sin prestar audiencia a las partes en el conflicto de competencia,

---

na/2022-06-23/la-empresa-de-la-que-cobro-el-hermano-de-ayuso-vendio-por--15-millones-a-la-comunidad-de-madrid-mascarillas-que-le-costaron-500000.html, último acceso de 31 de octubre de 2022). Más información concreta se puede encontrar en https://www.newtral.es/contrato-mascarillas-hermano-ayuso-archivo--fiscalia/20220623/ (último acceso de 31 de octubre de 2022).

[40] Puede verse noticias al respecto en https://www.swissinfo.ch/spa/contratos-mascarillas_fiscal%C3%ADa-europea-cree-que-decisión-española-en-caso-ayuso-no-se-ajusta-a-ue/47475656 (último acceso de 31 de octubre de 2022); https://www.elconfidencial.com/espana/2022-03-30/fiscalia-europea-delgado-desafiar-caso-ayuso_3400164/ (último acceso de 31 de octubre de 2022).

[41] Puede consultarse en https://www.eppo.europa.eu/en/news/eppos-statement-decision-fiscal-general-del-estado (último acceso de 31 de octubre de 2022).

durante una reunión de los Fiscales de Sala. Finalmente, añade que la normativa española, que regula la resolución de estos conflictos, no establece ningún tipo de recurso para reconsiderar esta decisión, lo que evita que el TJUE pueda ejercer su mandato exclusivo de corregir la interpretación del derecho de la Unión Europea y, siempre en palabras de la Fiscalía Europea, supone un desafío a la supremacía del derecho de la Unión[42].

Sin perjuicio de que las personas implicadas en este caso sirvieran para dar visibilidad mediática a los problemas que la falta de determinación de los criterios competencias fijados en el Reglamento van a ocasionar en la práctica, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en el Auto núm. 20424/2022, de 9 de junio de 2022, sobre alguna de estas inquietudes con ocasión del planteamiento de una cuestión de competencia (Cuestión de competencia 20947/2021), en un caso distinto y con menor repercusión en los medios[43], en que se plantea un posible caso de fraude de subvenciones de la Unión Europea[44]. Estamos ante el primer auto de ese tipo dictado por el Tribunal Supremo, que trae causa de una causa iniciada por un Juzgado de Primera Instancia por una querella interpuesta por el Ministerio Público contra el director de una entidad por un supuesto delitos de fraude de subvenciones de

---

[42] Clarificador es el artículo, ya referido, en el periódico ABC Sevilla por Lorena Bachmaier Winter, "Fiscalía Europea vs. Fiscalía española", *cit.*). V., también, Javier Muñoz Cuesta, "Cuestiones de competencia entre la Fiscalía Europea y los juzgados de instrucción", en *Revista Aranzadi Doctrina* 10 (2022).

[43] Si bien despertó algún interés en medios especializados, v., https://confilegal.com/20220616-el-supremo-da-la-competencia-a-la-fiscalia-europea-frente-a--un-juzgado-de-instruccion-en-un-supuesto-fraude-a-la-ue/ (último acceso de 31 de octubre de 2022).

[44] En este supuesto, el conflicto se produce entre un Juzgado de instrucción, concretamente el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Getafe), que plantea una cuestión de competencia negativa con la Fiscalía Europea. El Ministerio Fiscal dictaminó a favor de la atribución del asunto al órgano europeo.

la UE, cuya investigación fue realizada por la OLAF, entendiendo que había un fraude de fondos que superarían los 100.000 euros.

Si bien el Tribunal Supremo, a lo largo de los doce Fundamentos Jurídicos de su Auto, analiza otras cuestiones relacionadas con el caso, el Tribunal Supremo parte en su análisis de la no disociabilidad de los hechos y afirma que "la discrepancia entre ambos órganos – Fiscalía Europea y Juzgado de Instrucción de Getafe – se concreta en un tema de derecho transitorio", que analiza en el Fundamento Tercero, concretamente si se aplica el Reglamento a los hechos atendiendo a la fecha de comisión. En este sentido, conforme al Reglamento, la Fiscalía Europea es competente en relación con cualquier infracción de su competencia cometida después del 20 de noviembre de 2017, siempre que la investigación no estuviese finalizada con presentación de una acusación ante el correspondiente tribunal.

Lo interesante, para nosotros en estas paginas, es que, al hilo de la resolución de esta cuestión, el Tribunal Supremo aprovecha para analizar la situación de "discrepancia" que lleva al planteamiento de la cuestión de competencia, por su carácter "inédito en nuestro ordenamiento", y consciente de que se producirán "en el futuro nuevas controversias similares a ésta". Como expresamente reconoce el Tribunal Supremo "lo novedoso del escenario invita a remontarnos por encima del asunto concreto concernido para fijar unas primeras pautas que puedan orientar en ulteriores cuestiones de competencia que inevitablemente surgirán, especialmente en los primeros años de rodaje de la nueva normativa, en buena medida rupturista por la necesidad de homologación con los modelos europeos".

En el Fundamento Jurídico cuarto pone de manifiesto las importantes consecuencias procesales que se derivan de resolver estas cuestiones de competencia, en tanto que "supone no sólo fijar el órgano que ha de investigar, sino también el modelo procesal que regirá la investigación". Si una cuestión de competencia, como la ahora planteada, se resuelve a favor de la Fiscalía Europea, será está la que llevará a cabo la investigación y ejercerá la acción penal; pero

también supondrá un cambio en el órgano de enjuiciamiento, que pasará a ser la Audiencia Nacional (artículo 65.1, f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial), lo que supone una alteración en la competencia objetiva. El artículo 65.1 f) LOPJ atribuye a la Audiencia Nacional la competencia cuando se trate de "delitos atribuidos a la Fiscalía Europea en los artículos 22 y 25 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, cuando aquella hubiera decidido ejercer su competencia".

Partiendo de lo indicado, el auto se centra en cómo debe interpretarse la frase final de dicho literal pues parece permitir entender que la Fiscalía Europea tiene discrecionalidad para decidir si asume o no el conocimiento de un asunto[45], descartando dicha interpretación. Reconoce el Tribunal Supremo que "Se mantiene, ciertamente, algún espacio, aunque reducido, para decisiones no estrictamente regladas: la normativa atribuye a la Fiscalía Europea la posibilidad de ejercer o no ejercer su competencia respecto de algunos -solo algunos- asuntos, siempre de acuerdo con las orientaciones más generales que con una eficacia *ad intra* se fijen por tal órgano". El Tribunal Supremo es consciente de las consecuencias de afirmar lo contrario, pues supondría que uno de los actores del proceso (en este caso la Fiscalía Europea) acabaría decidiendo el órgano competente tanto para la instrucción como para el enjuiciamiento del delito, "dudosamente compatible con el derecho al juez ordinario por la ley"; y más si esta decisión no está sometida a revisión jurisdiccional.

Así, teniendo en cuenta la regulación de la competencia de la Fiscalía Europea, el Tribunal Supremo considera que "El Fiscal Europeo delegado puede autolimitar su competencia solo para inves-

---

[45] Literalmente se afirma "(…) sugiere una cierta discrecionalidad de la Fiscalía Europea que se impondría en todo caso (haría falta no solo una atribución legal competencial sino además una decisión no cuestionable de asumir ese concreto asunto, conforme a sus disposiciones internas: haber decidido ejercer sus competencias) (…)".

tigar determinadas defraudaciones (inferiores a 100.000 euros y con sometimiento a las directrices generales, con relación a lo previsto en el artículo 34. 3 Rgto.FE). Está habilitado para rechazar la avocación de ciertos casos, cuya competencia le podría corresponder, en virtud de criterios propios, aunque sometido a unas reglas y control internos. No deja de suscitar esa reglamentación algunas incógnitas. Pero en general no tiene la última palabra para decidir qué asuntos están comprendidos en su ámbito de competencias y cuáles no tratándose de cuestiones regladas".

Por coherencia interna cuando hay hechos indisociablemente vinculados a los atribuidos a la Fiscalía Europea la ley parte de la preferencia de su competencia, que solo cede excepcionalmente – artículos 22 y 25 del Reglamento. El problema allí resuelto, en alguna manera es análogo al aquí examinado: hechos inescindibles que en parte son cronológicamente competencia de la Fiscalía europea, lo que debe arrastrar a los anteriores.

En el auto analizado se parte de que el Reglamento 2017/1939 sienta unos principios de preferencia de la Fiscalía Europea frente a las autoridades judiciales nacionales. Entiende, siguiendo el tenor del Reglamento, que la Fiscalía Europea debe poder ejercer su competencia siempre que esté en mejores condiciones para investigar o ejercer la acción penal que las autoridades del Estado o Estados miembros correspondientes. Podría entenderse que "la Fiscalía Europea está en mejores condiciones, entre otros casos, cuando sea más eficaz dejar a la Fiscalía Europea investigar o ejercer la acción penal sobre el correspondiente delito debido a su carácter y magnitud transnacionales, o cuando el delito implique a una organización delictiva, o cuando, dado el carácter específico del delito, este pueda constituir una grave amenaza para los intereses financieros de la Unión o para el prestigio de las instituciones de la Unión y la confianza que los ciudadanos de la Unión depositan en ellas".

Y sigue considerando que "De la legislación europea se deduce, por tanto, un principio de preferencia de la Fiscalía Europea en busca de mayor eficacia para el interés protegido. En este caso nos

encontraríamos entre la especialidad y los medios materiales y humanos de una Fiscalía supranacional, cuyo único objeto es la protección de los intereses financieros de la Unión, frente a un Juzgado mixto (civil y penal), que carece de especialidad y cuyos limitados recursos materiales y humanos se extienden a competencias civiles y penales en un amplio abanico que comprende tanto resolver un monitorio, conocer de un divorcio o enjuiciar delitos leves".

Insistimos en que si bien el fundamento de la cuestión de competencia se resuelve en un tema de transitoriedad, lo interesante es que el Tribunal Supremo aprovecha que es la primera ocasión en que va a pronunciarse sobre las competencias de la Fiscalía Europea para dejar por escrito importantes consideraciones.

4. Consideración final

Sin duda alguna la Fiscalía Europea está llamada a jugar un papel fundamental en la lucha contra determinada delincuencia en el ámbito de la Unión Europea. Es evidente que el fraude, junto con la corrupción, suponen una grave amenaza para la seguridad y los intereses financieros, afectando al desarrollo económico no sólo de la Unión Europea, sino también al de los países que la integran.

Si realmente creemos que a Fiscalía Europea debe convertirse en uno de los protagonistas en la lucha contra el fraude en el seno de la Unión, el ágil funcionamiento de la misma, en especial en la asunción de la investigación del delito y el desarrollo de la misma, se convierte en una pieza clave de esta estrategia de la Unión. Ahora bien, en las páginas previas hemos puesto de manifiesto las no pocas dudas de que esto vaya a ser así, atendiendo a las competencias que se le atribuyen y a cómo se puedan dirimir los posibles conflictos con los órganos nacionales.

La compleja realidad de esta criminalidad ha dejado en evidencia las dificultades que la aplicación del Reglamento y de la LO 9/2021 van a suponer en nuestro país y que, desde luego, no van a facilitar una eficaz lucha contra el fraude en el seno de la Unión; lucha contra el fraude que es la razón de ser de este órgano.

PROCURADORIA EUROPEIA:
INVESTIGAÇÃO E DEFESA

NUNO BRANDÃO

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

1. Introdução: um modelo desequilibrado

Nas análises sobre a regulação processual a ter em conta nas investigações conduzidas pela Procuradoria Europeia vem-se sublinhando a necessidade de também aqui ser desejável a definição de um regime normativo que estabeleça compromissos razoáveis entre as necessidades da investigação criminal e os interesses da defesa. A este propósito, há um lamento frequente dos autores que se debruçam sobre o tema: o Regulamento preocupou-se muito mais

com a investigação do que com a defesa[1], daí tendo resultado uma regulação desequilibrada, em favor da primeira e em detrimento da segunda. Um juízo que partilho.

Um outro plano de desequilíbrio que se vem assinalando é o que se prende com as diferenças entre os direitos e garantias de defesa consoante o Estado-Membro onde a investigação esteja centrada. Sendo o estatuto do arguido definido essencialmente pela legislação nacional desse Estado, as pessoas investigadas poderão ter mais ou menos direitos em função da jurisdição escolhida pela Procuradoria Europeia para a promoção do processo. Não existindo uma regulação processual penal comum aos Estados que integram a Procuradoria Europeia e tendo sido adoptado um paradigma de investigação descentralizada, um desequilíbrio desta ordem seria sempre inevitável. Ou bem que se seguia o modelo que o Regulamento acabou por acolher, não havendo uniformidade entre os estatutos dos arguidos nas diversas jurisdições; ou bem que se criava uma espécie de código de processo penal para os processos da Procuradoria Europeia[2], com a consequente bifurcação de processos dentro dos Estados, com uns a seguir a legislação processual nacional e outros a legislação processual europeia. Entre um desequilíbrio e outro parece-me que se escolheu, e bem, o mal menor[3].

---

[1] Cf., *v. g.*, Giulio Illuminati, "Protection of fundamental rights of the suspect or accused in transnational proceedings under the EPPO", in Lorena Bachmaier Winter (ed.), *The European Public Prosecutor's Office: The Challenges Ahead*, Cham: Springer, 2018, pp. 180 e ss., e Dominik Brodowski, "Article 41" (nm. 62 e ss.), in Hans-Holger Herrnfeld / Dominik Brodowski / Christoph Burchard, *European Public Prosecutor's Office: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Oxford: Nomos, Beck, Hart, 2021.

[2] Sobre o afastamento desta via, Hans-Holger Herrnfeld, "Introduction" (nm. 13 e ss.), in Hans-Holger Herrnfeld / Dominik Brodowski / Christoph Burchard, *op. cit.*

[3] A favor da direcção oposta, considerando que o Regulamento deveria ter previsto regras processuais exclusivamente aplicáveis aos processos da Procuradoria Europeia, Giulio Illuminati, *op. cit.*, p. 185.

Neste texto procurarei lançar algumas pistas de reflexão sobre vários planos de tensão entre investigação e defesa que o Regulamento deixa adivinhar.

2. Uma Procuradoria em busca de um processo

A via de investigação descentralizada que se seguiu acabou por desembocar num cenário curioso, que parece constituir uma originalidade da Procuradoria Europeia: ter a seu cargo uma investigação aparentemente desprovida de uma lei processual que a regule.

À primeira vista, com efeito, a investigação confiada à Procuradoria Europeia parece não estar subordinada a um corpo normativo que dite os termos em que poderá ser realizada. Repare-se que nem mesmo as medidas de investigação previstas no artigo 30.º do Regulamento – que, com maior propriedade, porventura, deveríamos designar de meios de obtenção de prova – são aí directamente disponibilizadas aos Procuradores Europeus Delegados[4]. Pelo contrário, o que o artigo 30.º, n.º 1, do Regulamento determina é que os Estados-Membros devem assegurar que os seus Procuradores Europeus Delegados possam recorrer a tais medidas, instituindo as normas legais necessárias para o efeito. Temos, pois, um órgão, a Procuradoria Europeia, a quem é cometida a função de proceder, em exclusivo, à investigação de certas infracções criminais, mas para a qual não se prevê uma regulação que estabeleça os princípios que a devem orientar e as regras para os procedimentos que nela se devem desenvolver.

E, todavia, quando chega a hora de se pôr em campo, a Procuradoria Europeia tem ao seu dispor a lei processual do Estado-Membro onde a investigação estará sedeada.

---

[4] Dominik Brodowski, "Article 30" (nm. 28), in Hans-Holger Herrnfeld / Dominik Brodowski / Christoph Burchard, *op. cit.*

Como é óbvio, seria inconcebível e incompatível com o princípio do Estado de Direito que a investigação se pudesse desenrolar num espaço livre de Lei. O princípio da legalidade processual é crucial para que o processo seja *fair* e não se basta com a previsão de umas quantas regras esparsas que definam de forma fragmentada aspectos particulares do procedimento criminal. Exige antes uma regulação normativa tão abrangente quanto possível que abarque, de modo articulado e conglobante, o estatuto dos diversos sujeitos e participantes processuais e os procedimentos probatórios e outros necessários para a descoberta da verdade material e para a realização da justiça nos casos concretos.

Do espírito e da letra do Regulamento resulta claramente a ideia de que os processos em que a Procuradoria Europeia procede à investigação criminal são processos *da* Procuradoria Europeia. Não são processos do Ministério Público nacional do Estado onde a investigação está sedeada e nem sequer processos nacionais a cargo de um órgão da União: são processos, repete-se, cujo *dominus* é um órgão da União, tratando-se, por isso, de *processos europeus*.

Seja como for, esses processos têm de ter, como vimos, uma lei processual que os regule. O artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento começa por estabelecer que as investigações feitas pela Procuradoria Europeia se regem pelo Regulamento. Havendo clara consciência de que o Regulamento está muitíssimo longe de, por si só, dar cumprimento ao princípio da legalidade processual, o mesmo artigo 5.º, n.º 3, acrescenta que o direito nacional se aplica na medida em que a matéria em causa não seja regulada pelo Regulamento e ainda que, salvo disposição em contrário do Regulamento, o direito nacional aplicável é o do Estado-Membro cujo Procurador Europeu Delegado esteja encarregue da direcção do processo. Em caso de conflito entre o Regulamento e a lei nacional, prevalece o disposto no Regulamento.

A legislação processual nacional é subsidiariamente aplicável não só, portanto, à investigação propriamente dita, mas, mais do que

isso, ao processo globalmente considerado[5]. De modo que o estatuto processual dos vários sujeitos e participantes processuais envolvidos no processo resulta fundamentalmente do direito nacional.

No que diz respeito aos particulares, esta ideia é confirmada pelo disposto no artigo 41.º, n.º 3, do Regulamento, de acordo com o qual "os suspeitos e os arguidos, bem como as demais pessoas envolvidas em processos da Procuradoria Europeia, gozam de todos os direitos processuais previstos pelo direito nacional aplicável, incluindo a possibilidade de apresentar meios de prova, solicitar a nomeação de peritos ou uma peritagem e a audição de testemunhas, e de solicitar que a Procuradoria Europeia obtenha tais medidas em nome da defesa".

Postas assim as coisas, nos casos investigados em Portugal, a pessoa que seja alvo da investigação adquirirá a qualidade processual de arguido nos termos gerais dos artigos 57.º a 59.º do Código de Processo Penal (CPP) e será titular dos direitos e deveres processuais que o direito português atribui ao arguido[6]. E o mesmo se diga do ofendido: se assim o desejar, pode adquirir a qualidade de assistente, passando assim a gozar do estatuto que entre nós se prevê para esse sujeito processual (artigo 68.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, do CPP português). Tratando-se de um processo que corra exclusivamente no nosso país e envolva pessoas habitualmente residentes em Portugal, visto o processo da perspectiva destes sujeitos praticamente tudo se processará em termos idênticos ao que sucederia se o caso fosse investigado sob a direcção do Ministério Público português, no âmbito de um inquérito aberto de acordo com o nosso Código de Processo Penal.

---

[5] Hans-Holger Herrnfeld, "Article 5" (nm. 10 e s.), in Hans-Holger Herrnfeld / Dominik Brodowski / Christoph Burchard, *op. cit*.

[6] Cf. Jorge de Figueiredo Dias / Nuno Brandão, *Direito Processual Penal. Os Sujeitos Processuais*, Coimbra: Gestlegal, 2022, pp. 219 e ss. e 238 e ss.

3. O reforço da posição da defesa fruto da previsão multinível de direitos fundamentais

A conformação dos processos confiados à Procuradoria Europeia pelos direitos nacionais dos Estados-Membros onde correm significa, para arguidos e suspeitos que por eles sejam visados, a titularidade dos direitos, liberdades e garantias fundamentais que o sistema jurídico nacional lhes assegure. E será assim mesmo que a Lei Fundamental nacional vá aí mais longe do que o direito da União, sendo para eles mais "generosa" do que este (artigo 41.º, n.º 3, do Regulamento)[7].

Assim, por exemplo, diferentemente do que vale no direito da União, uma pessoa colectiva arguida num processo penal dirigido por uma Procurador Europeu Delegado português beneficia nele do direito à não autoincriminação[8]; prerrogativa que não lhe é reconhecida, por exemplo, pela Directiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2016 relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal, só aplicável às pessoas singulares (artigo 2.º)[9].

A inversa, porém, pode ser igualmente verdadeira. Antes de mais, o processo deve respeitar plenamente os direitos dos suspeitos e dos arguidos consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Assim o garante o artigo 41.º, n.º 1, do Re-

---

[7] Dominik Brodowski, "Article 41" (nm. 31 e s.), *op. cit*.

[8] Acórdãos do Tribunal Constitucional português n.º 461/2011, n.º 340/2013 e n.º 298/2019, todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt, e Maria João Antunes, *Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 65 e ss.

[9] Cf. ainda, com interesse, o Acórdão do TJUE de 02.02.2021, no caso *DB c. Consob*, processo C-481/19.

gulamento, convergindo a doutrina na ideia de que as disposições da Carta são aplicáveis a todos os estádios do processo aberto pela Procuradoria Europeia[10]. Mal se compreenderia, na verdade, que um processo criminal promovido por um órgão da União pudesse ficar à margem da Carta dos Direitos Fundamentais da União. Daqui resulta a possibilidade de previsão, por via do direito da União, de direitos fundamentais de natureza processual que o direito nacional não reconhece de todo ou que reconhece mas com uma extensão inferior.

Como exemplo desta segunda hipótese parece-me poder ser apontado o princípio *ne bis in idem*, cuja compreensão pelo Tribunal de Justiça[11] aponta para uma aplicabilidade substancialmente mais lata do que aquela que resultaria da concepção que em relação a ele é assumida pelo Tribunal Constitucional português[12].

A recente jurisprudência *Gavanozov II* do Tribunal de Justiça[13] relativa ao direito a uma tutela judicial previsto no artigo 47.º da Carta é ilustrativa da primeira hipótese, isto é, de direitos fundamentais que o direito da União reconhece, mas o direito nacional não: actos da competência do Ministério Público que entre nós não reclamariam qualquer imediata intervenção judicial *ex ante* ou mesmo *ex post*, como a buscas a instalações de uma sociedade co-

---

[10] Valsamis Mitsilegas / Fabio Giuffrida, "The European Public Prosecutor's Office and Human Rights", in Willem Geelhoed / Leendert H. Erkelens / Arjen W.H. Meij, *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, A Haia: T.M.C. Asser Press, 2018, pp. 61 e ss., e Christoph Burchard, "Article 5" (nm. 13 e ss.), in Hans-Holger Herrnfeld / Dominik Brodowski / Christoph Burchard, *op. cit*.

[11] Cf. a jurisprudência *Luca Menci*: Acórdãos do TJUE de 20.03.2018 nos casos *Luca Menci*, processo C-524/15, *Di Puma*, processos C-596/16 e C-597/16, e *Garlsson Real Estate*, processo C-537/16.

[12] Por último, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 298/2021.

[13] Acórdão de 11.11.2021 (Proc. C-852/19).

mercial[14] ou a inquirição de uma testemunha por videoconferência, são tidos como potencialmente lesivos de direitos fundamentais consagrados pela Carta a um ponto tal que a impossibilidade de um seu controlo judicial *ex post* representará uma violação do direito à acção consagrado no artigo 47.º da Carta.

O que com isto pretendemos significar é que este duplo chapéu a que os processos da competência da Procuradoria Europeia se encontram sujeitos é susceptível de diminuir o desequilíbrio que a eles é comummente apontado. Haverá, aliás, que ter em conta o princípio do nível mais elevado de protecção dos direitos fundamentais consagrado no artigo 53.º da Carta, de acordo com o qual "em qualquer caso de interacção ou concurso de diferentes normas de direitos fundamentais, a sua coordenação por via interpretativa [faz-se] no sentido que assegurar a maior protecção possível do(s) direito(s) em causa"[15].

A exigência de que o processo instaurado pela Procuradoria Europeia se desenvolva com pleno respeito pelos direitos dos arguidos consagrados na Carta (artigo 41.º, n.º 1, do Regulamento) deverá ainda relevar num sentido adicional, eventualmente necessário para em concreto contrariar ou mitigar uma das disfunções a que o modelo de processo instituído pelo Regulamento pode dar azo. Estou a pensar naqueles casos em que o processo começa por ser investigado num certo Estado-Membro e depois é julgado noutro. Situações dessa natureza são especialmente propícias a gerar soluções desequilibradas. De acordo com a máxima da compensação das situações processuais, há uma interdependência entre o conteúdo das diversas fases processuais: direitos de defesa, digamos

---

[14] Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 593/2008.

[15] Mariana Canotilho, "Artigo 53.º", in Alessandra Silveira / Mariana Canotilho (coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 610.

assim, mais curtos na fase de investigação tendem a justificar direitos de defesa mais extensos na fase de julgamento e vice-versa. Para a defesa, o risco maior associado à transferência do processo de uma jurisdição para outra é o da possibilidade de utilização em julgamento no novo Estado-Membro de provas produzidas no anterior e que, em princípio, não poderiam ser nele reproduzidas numa audiência que nele tivesse lugar, por força dos princípios da imediação e do contraditório[16]. Risco que deverá ser acautelado se necessário mediante invocação do princípio do processo equitativo previsto no artigo 47.º da Carta, no seguinte sentido: uma prova adquirida durante a investigação que não poderia ser reproduzida num julgamento que se realizasse no Estado-Membro onde foi produzida, em princípio também não poderá ser utilizada num julgamento que se faça noutro Estado-Membro.

4. A regulação da intervenção judicial

O último tópico que me proponho abordar é o relativo à intervenção dos tribunais judiciais nacionais no âmbito das investigações conduzidas pela Procuradoria Europeia. Matéria que tem suscitado dúvidas e sobre a qual a própria Procuradoria Europeia tomou já uma posição interna[17] cuja compatibilidade com o Regulamento é por demais questionável.

Em geral, durante a investigação, os tribunais nacionais poderão entrar em cena quando seja necessário a prática de um certo acto processual que careça de uma autorização judicial prévia, quando

---

[16] A questão foi abordada por Vânia Costa Ramos no colóquio "European Public Prosecutor's Office, One Year in Action", disponível em https://youtu.be/efV5QVxGyVE.

[17] College Decision 006/2022, de 26.01.2022, "Adopting Guidelines of the College of the EPPO on the application of Article 31 of Regulation (EU) 2017/1939".

se justifique um controlo judicial de um acto sujeito a autorização judicial que haja sido praticado ou quando actos da competência da Procuradora Europeia devam ser submetidos a um escrutínio judicial depois de serem realizados (*v. g.*, para validação judicial ou para verificação de invalidade em relação a eles arguida).

O Regulamento trata separadamente estas diversas formas de intervenção judicial, distinguindo ainda entre actos que têm lugar no Estado-Membro onde a investigação decorre e actos que sejam praticados em investigações transfronteiriças. São estes últimos que suscitam mais questões.

O artigo 42.º do Regulamento, relativo à "fiscalização jurisdicional", refere-se a actos da competência da Procuradoria Europeia susceptíveis de afectar terceiros, determinando que tais actos são objeto de fiscalização pelos órgãos jurisdicionais nacionais competentes de acordo com os requisitos e formalidades previstos no direito nacional. O se e o quando desse controlo judicial ficam assim na dependência daquilo que for previsto pelo direito nacional para actos de tal natureza praticados pelo Ministério Público. Se o direito nacional não admitir um escrutínio judicial ou se só o admitir em fases posteriores do processo a possibilidade de uma intervenção judicial de controlo de tais actos parece ficar prejudicada. Sem embargo, quando o acto em questão atente contra direitos fundamentais de terceiros, deverá ficar salvaguardada a possibilidade de uma imediata apreciação judicial, mesmo que o direito nacional a não preveja. Exigência que decorre do direito à tutela judicial efectiva previsto no artigo 47.º da Carta[18].

É outra a sede normativa dos actos judiciais que se fundem em normas nacionais que coloquem a realização de certo acto processual na dependência de uma autorização ou de uma ordem judicial.

---

[18] Hans-Holger Herrnfeld, "Article 42" (nm. 35), in Hans-Holger Herrnfeld / Dominik Brodowski / Christoph Burchard, *op. cit.*

Esse tipo de intervenção judicial encontra-se regulada não no artigo 42.º, mas antes nos artigos 30.º e 31.º do Regulamento, relativos a investigações nacionais e transfronteiriças, respectivamente. São essas igualmente as normas a considerar no âmbito da fiscalização *ex post* de actos levados a cabo sob autorização judicial e de actos que deveriam ter contado com uma prévia anuência judicial, mas foram levados avante sem ela.

Centrar-me-ei nas autorizações judiciais nas investigações transfronteiriças (artigo 31.º do Regulamento), aquelas que têm despertado maior debate. Sendo exigida uma autorização judicial para um determinado acto de investigação que o Procurador Delegado Europeu competente pretenda atribuir a um seu homólogo de outro Estado-Membro, importa saber que Estados reclamam uma tal autorização. O considerando 72 declara que em tais casos "só deverá haver uma única autorização".

Não há problemas de maior quando apenas um dos Estados envolvidos exija a autorização. Se ela somente for requerida pelo Estado da emissão é aí que deve ser obtida, pelo Procurador Delegado Europeu competente (artigo 31.º, n.º 3, 3). Se for imposta só pelo Estado da execução, caberá ao Procurador Delegado Europeu assistente requerê-la no seu Estado, em conformidade com o direito desse Estado-Membro (artigo 31.º, n.º 3, 1).

Onde as opiniões se têm dividido é naqueles casos em que ambos os Estados impõem a sujeição do acto de investigação a uma prévia autorização judicial. O artigo 31.º, n.º 3, não se refere expressamente a essa situação, mas deverá ter-se em conta o primeiro segmento desse preceito ("Se o direito do Estado-Membro do Procurador Europeu Delegado assistente exigir uma autorização judicial da medida, este último deve obter essa autorização em conformidade com o direito desse Estado-Membro"), bem como a referida máxima de que só deverá haver uma única autorização, constante do Considerando 72. A doutrina que se tem debruçado sobre o tema extrai daqui a ideia de que a autorização judicial deve ser requerida no Estado de execução da medida, não tendo a ques-

tão de passar por um juiz do Estado de emissão[19]. Nesse sentido, deverá aquele debruçar-se o mérito do pedido e aplicar o direito do Estado a que pertence.

Esta interpretação conta com a oposição da Procuradoria Europeia, que, em Janeiro de 2022, emitiu Orientações sobre o artigo 31.º do Regulamento no sentido de que em situações desta natureza será de obter uma dupla autorização: primeiro no Estado da emissão, que se deverá debruçar sobre o fundo da pretensão da Procuradoria Europeia, à luz do direito do respectivo Estado; e depois no Estado da execução, cujo juiz se deverá abster de entrar no mérito do pedido e da sua proporcionalidade e necessidade. Entendimento que se funda sobretudo em razões de ordem prática, mas que é justificado com a necessidade de garantir às pessoas afectadas a possibilidade de suscitarem um controlo judicial do acto após a sua concretização. Controlo que, de facto, pode ser de difícil exequibilidade nas medidas de investigação de natureza oculta.

Não vejo como a posição da Procuradoria Europeia nesta matéria se possa compaginar com aquilo que é expressamente estatuído pelo Regulamento. Se este afirma, preto no branco, que num caso em que o Estado de execução imponha uma autorização esta deve ser decidida de acordo com o direito deste Estado-Membro não me parece que o juiz desse Estado se possa abster de verificar se estão reunidos todos os pressupostos formais e materiais de que depende a admissibilidade da medida requerida, tendo em conta o direito do seu Estado. Além disso, não percebo por que razão se há de recear pela inviabilidade de um controlo *ex post*: se foi possível requerer a autorização *ex ante*, com certeza que, em regra, também será possível remeter o processo ao juiz do Estado de execução se alguma pessoa afectada arguir a sua invalidade. Por último, e de-

---

[19] Hans-Holger Herrnfeld, "Article 31" (nm. 5 e ss.), in Hans-Holger Herrnfeld / Dominik Brodowski / Christoph Burchard, *op. cit.*

cisivamente, não pode desconsiderar-se que a tomada de decisões desta natureza, por norma com significado para os direitos fundamentais das pessoas por elas afectadas, carecem de uma ponderação que avalie, em concreto, a sua adequação, proporcionalidade e necessidade em função dos fins a que está vinculada. Para além da possível verificação de indícios de crime que a sustentem, a medida requererá ainda, via de regra, um exame à luz do princípio da proibição do excesso. Para o efeito, poderão ser relevantes factos e circunstâncias relativos às próprias pessoas visadas, localizadas no Estado de execução. E desse ponto de vista o juiz do Estado de execução estará mais bem colocado do que o do Estado de emissão para realizar um tal escrutínio, também por aí se justificando que a decisão sobre a medida deva ser confiada àquele e não a este.

Uma coisa, em todo o caso, me parece segura: a posição da Procuradoria Europeia sobre os poderes de cognição do juiz do Estado de execução não o vincula. Se este considerar que, por força da remissão que o Regulamento faz para a sua lei nacional, lhe é imposta uma decisão que pondere a existência de indícios do crime imputado e a compatibilidade da medida de investigação requerida com o princípio da proibição do excesso, deverá ter ao seu dispor todos os elementos do processo que lhe permitam tomar tal decisão de forma devidamente informada. E se tais partes do processo não lhe forem facultadas não lhe restará senão negar a autorização requerida, com prejuízo para a pretensão investigatória da Procuradoria Europeia.

5. Consideração conclusiva

No presente estado de coisas, quando ainda vamos em apenas um ano de funcionamento da Procuradoria Europeia, pesem embora os desequilíbrios e problemas assinalados, será prematuro reclamar já por alterações de fundo ao conteúdo do Regulamento (UE) 2017/939 do Conselho (doravante, Regulamento). Parece-me preferível aguardar pelos primeiros embates entre a Procura-

doria Europeia e as defesas nos numerosos processos que têm sido abertos para a partir deles ponderar se aquele desequilíbrio que parece existir no papel se manifesta na vida concreta dos processos e em que termos se faz sentir. A jurisprudência e a doutrina terão aí uma palavra a dizer. O entretecimento das malhas normativas formadas pelo Regulamento e pelas legislações nacionais aplicáveis aos processos da responsabilidade da Procuradoria Europeia que esta e os tribunais realizarão nos processos por essa Europa fora mostrarão se o quadro normativo que temos é suficiente para alcançar as almejadas soluções de equilíbrio ou se, pelo contrário, a elas só chegaremos mediante uma reforma do Regulamento.

PROCESO PENAL E INVESTIGACIÓN DE LA FISCALÍA EUROPEA:
ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE SU ACTUACIÓN EN MATERIA CAUTELAR REAL

CORAL ARANGÜENA FANEGO

Catedrática de Derecho Procesal en la Universidad de Valladolid*

1. Introducción

La aprobación 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, ha requerido de una adaptación y encaje en los sistemas procesales nacionales, razón por

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Proceso Penal y Unión Europea. Análisis y propuestas. PID2020-116848GB-I00" (Plan nacional I+D+i. Ministerio de Ciencia e Innovación).

la que en la propia norma europea se estableció un amplio plazo desde su entrada en vigor hasta su efectiva entrada en funcionamiento.

En el sistema procesal penal español estos ajustes han resultado particularmente complejos dada la singularidad que a día de hoy representa la instrucción judicial. El modelo que implanta el Reglamento, en sintonía con la mayoría de los Estados de la Unión, atribuye la dirección de la investigación penal a la Fiscalía Europea, siendo también la autoridad que decidirá sobre su terminación, postulando o no a continuación el ejercicio de la acción penal.

Ante tal circunstancia, se ha hecho necesaria una regulación que insertara en la legislación española las figuras previstas en el Reglamento, evitando antinomias y anudando nuestro sistema procesal a la nueva institución europea. Esto se ha llevado a cabo por medio de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (LOFE, en adelante).

La reforma que ha realizado la citada ley orgánica ha supuesto tanto la modificación de leyes de rango orgánico[1], como también medidas de naturaleza estrictamente procesal: novedades procedimentales que impone un nuevo sistema de investigación bajo la dirección del Fiscal Europeo Delegado (FED, en adelante).

La consecuencia inmediata es que en el sistema procesal penal español conviven ahora dos modelos diametralmente distintos. No sólo (o no tanto), porque la investigación se atribuya a un órgano no jurisdiccional (modelo ya existente en España en la jurisdicción de menores)[2] sino más bien por las potestades que se le confieren, no previstas hasta la fecha en ningún texto procesal aunque

---

[1] Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial y la Ley 50/1981 por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

[2] Regulado en la Ley orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor.

sí en el Reglamento (*v.gr.* medidas cautelares reales susceptibles de adopción de oficio e *inaudita parte* por el propio FED) o por prever modalidades investigadoras particulares que aún sometidas a control judicial no están expresamente previstas en el Reglamento (investigación bajo régimen de secreto "interno") sin olvidar que la investigación no está sometida a plazo (como sí lo está en la legislación española la instrucción judicial de los procesos por delitos graves y menos graves[3], como también lo están las diligencias preprocesales de la Fiscalía[4]).

De entre las muchas cuestiones que pueden analizarse en el seno de esta nueva normativa, me detendré únicamente en la novedosa regulación que en ella se ha hecho de las medidas cautelares. Y, más concretamente, de las medidas cautelares reales puesto que, como acabo de apuntar, el modelo que se sigue dentro del procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea se aparta totalmente del que acoge la Ley de Enjuiciamiento Criminal constituyendo un buen ejemplo de cómo este nuevo procedimiento se ha "incrustado" en nuestro viejo sistema procesal, según gráfica expresión empleada por el Tribunal Supremo español en la primera resolución que ha dictado en relación con la LOFE[5].

2. Cuestiones generales sobre la regulación de las medidas cautelares reales en la LOFE

La LOFE dedica el capítulo V del Título III (procedimiento de investigación) a las medidas cautelares patrimoniales o reales.

---

[3] Artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

[4] Artículo 5.2 de la Ley 50/1981 por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

[5] Auto núm. 20424/2022, de 9 de junio, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo resolviendo la cuestión de competencia /20947/2021.

Dicha regulación se completa con las disposiciones sobre la materia recogidas tanto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) como en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley Hipotecaria y demás disposiciones concordantes, atendida la cláusula de supletoriedad recogida en el artículo 52.3 LOFE que, en lo que concierne a la LECrim reitera, para esta materia específica, la recogida con carácter general en el artículo 2.2 LOFE.

Según veremos a continuación, en esta materia la LOFE va mucho más allá de lo que prevé el Reglamento (UE) 2017/1939 que únicamente exigía (artículo 30), con carácter general, conferir al FED las mismas facultades de las que dispusieran los fiscales en el procedimiento nacional en casos similares y, con carácter específico y siempre que el delito objeto de investigación viniera castigado con una pena máxima de al menos cuatro años de prisión, poder ordenar o solicitar (según la legislación nacional prevea) las medidas necesarias para preservar la integridad de la prueba y las necesarias para inmovilizar los instrumentos o productos del delito, incluidos los activos, a efectos de un futuro decomiso.

Lejos de ello, en la LOFE se confieren al FED unas facultades de las que carece en el proceso penal nacional para poder ordenar, incluso de oficio, y sin necesidad de convalidación judicial posterior cualquier medida cautelar real que sea necesaria para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho punible por el que se procede, con independencia de su gravedad.

3. Objeto y presupuestos

Punto de partida es recordar que las reales son medidas que, recayendo de forma exclusiva sobre el patrimonio (bienes y derechos dice el artículo 52.2) del legalmente obligado a su prestación, (encausado[6]

---

[6] Tomamos la denominación en sentido amplio, comprensiva del investigado y del acusado al que se refiere el artículo 52.2 LOFE

o tercero civilmente responsable) están previstas para conjurar el peligro marginal del necesario transcurso del tiempo hasta la resolución definitiva, que puede hacer ilusoria la efectividad del pronunciamiento jurisdiccional[7].

El objeto de este aseguramiento cautelar lo constituyen las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho punible por el que se procede, comprendiendo por tanto la responsabilidad civil (restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de perjuicios), multa, costas procesales y eventual decomiso (artículo 53 LOFE).

En lo que se refiere a los presupuestos que deben concurrir para su adopción, ninguno de los preceptos dedicados a las medidas cautelares reales se ocupa esta cuestión ni aparece en ellos tal rúbrica. Sin embargo, los tradicionales presupuestos de toda medida cautelar han de exigirse también en las que se adoptan en este procedimiento especial y, de alguna manera, sí aparecen recogidos y/o exigidos en la norma (*v.gr.* artículo 57.1) aun cuando no formulados con la claridad debida.

Soslayando la imprecisión de la LOFE:

a) el *fumus boni iuris* (o, más bien, *fumus commissi delicti*[8]) debe acreditarse mediante la concurrencia de los indicios racionales de criminalidad de persona determinada (artículo 53)[9] o de respon-

---

[7] Se trata de una definición que con mínimas variaciones ya empleé en mi monografía (1991) *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Barcelona: J.M. Bosch, 1991, p. 119.

[8] Como hace más de medio siglo propuso en la doctrina italiana R. Guarniello, "La discrezionalità del giudice in tema di cattura e di libertà provvisoria", *Rivista di Diritto Processuale* (1966), p. 523. Véase monográficamente sobre este concepto Daniele Negri, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino: Giapichelli, 2004.

[9] La LOFE (artículos 53 y 54) al igual que hoy hace la LECrim (artículo 589) y la jurisprudencia, maneja el término "indicios" con un sentido muy distinto al de hecho base de una presunción; se trata de indicios de acreditación para poder imputar y ordenar una medida cautelar [véase sobre esta cuestión Juan Luis Gómez

sabilidad civil de un tercero con arreglo a las disposiciones del Código Penal (artículo 55.1) para lo cual serán decisivos los actos de investigación realizados por el Fiscal.

Tratándose del encausado, para decidir sobre la procedencia de las medidas cautelares el FED deberá atenerse a los "cargos formulados" en la primera comparecencia precisando el artículo 27.2.II que por tales han de entenderse "los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica" que deben serle comunicados desde que el procedimiento se dirija contra él en la primera comparecencia que regula dicho artículo.

Tratándose del tercero civilmente responsable recuérdese que los indicios de responsabilidad civil añaden la exigencia de que el ilícito penal haya causado un daño resarcible o un perjuicio material o moral y exista una relación de causalidad con el sujeto contra el cual se adoptan las medidas[10].

b) el *periculum in mora* o riesgo de daño marginal derivado del peligro latente de que el transcurso del tiempo necesario para llegar a la sentencia que ponga fin al proceso pueda ser aprovechado para realizar actos que frustren su eficacia, debe ser afirmado por el solicitante (o justificado por el FED si las acuerda de oficio) apuntando el riesgo específico que se trate de evitar con la medida, pero sin que la LOFE diga nada sobre el particular.

Sí incluye la LOFE a este respecto una previsión de carácter general similar a la que se contiene en el artículo 728.1.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil referida al carácter "actual" del peligro; me

---

Colomer, *El indicio de cargo y la presunción judicial de culpabilidad en el proceso penal,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 72-76].

[10] Teresa Armenta Deu, *El nuevo proceso abreviado. Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, de 24 de octubre de 2002, Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 15. *Vid.*, asimismo, Ricardo Juan Sánchez, *La responsabilidad civil en el proceso penal (Actualizado a la Ley de Juicios Rápidos)*, Madrid: La Ley, 2004, pp. 471-503.

refiero a la prohibición de solicitar por acusadores particulares y actores civiles medidas con las que se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas durante largo tiempo, puesto que el *periculum* aquí resulta inexistente a no ser que se justifiquen cumplidamente las razones por las que dichas medidas no se solicitaron hasta ahora (artículo 57.2).

Además, y para valorar el grado de peligro resulta de utilidad conocer la situación de la persona investigada, razón por la cual y sin perjuicio de la obligación de manifestación de bienes que debe hacer el encausado a la que alude el artículo 53.3 LOFE (y sobre la que después volveremos), el FED podrá realizar por sí (a través del Punto Neutro Judicial[11] y Registros Públicos[12]) o, de ser precisa, con autorización del Juez de garantías las diligencias necesarias para su averiguación.

4. Características

Aunque tampoco hay alusión expresa en la ley a las características que acompañan a estas medidas, no cabe duda de que revisten las tradicionales notas de instrumentalidad, provisionalidad, proporcionalidad, variabilidad, revocabilidad y homogeneidad pero no identidad con las medidas ejecutivas, algunas de las cuales se

---

[11] Posibilidad abierta tras el Acuerdo de colaboración suscrito entre el CGPJ y la Fiscalía Europea de 2 de febrero de 2022.

[12] Gracias a los Acuerdos suscritos con el Consejo General del Notariado español de 13 de septiembre de 2021 y con el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, de 1 de septiembre de 2021 para la obtención de publicidad formal de los registros y consulta de la titularidad real de sociedades mercantiles. Sobre el modo de realizar la averiguación patrimonial, *vid.* Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 y de la Ley Orgánica 9/2021 – LOFE*, Madrid: edición propia, 2022, pp. 336-338.

encuentran enunciadas con meridiana claridad en la LOFE (así la de variabilidad en el artículo 60) y/o en el Reglamento FE (así la proporcionalidad en el artículo 30.4) mientras que otras, aunque no lo estén, forman parte de la propia esencia de las medidas cautelares.

A este respecto, llama poderosamente la atención que haya desaparecido, con relación a las que se acuerdan en el seno de este procedimiento especial, la característica de "jurisdiccionalidad" puesto que, apartándose de la solución recogida con carácter general en la LECrim y en otras normas procesales penales (como la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor), atribuye a los FED la facultad de adoptar medidas cautelares reales, ya de oficio, ya a instancia de parte (arts. 53-55 LOFE).

Se aparta totalmente de la inicial regulación que se recogía en el Anteproyecto de ley orgánica por el que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 (APLOFE)[13] que seguía una regulación bastante pareja al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 (ALECrim)[14] manteniendo la característica de jurisdiccionalidad de estas medidas, de modo que la legitimación del FED se limitaba a instar su adopción del Juez de garantías salvo que se tratara de una situación de urgencia, caso en que podía acordar directamente y con carácter provisional la intervención de bienes y efectos para garantizar la efectividad del decomiso así como el bloqueo de cuentas bancarias, debiendo ser este decreto convalidado por el Juez de garantías en el plazo de cuarenta

---

[13] Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al 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, aprobado el 24 de noviembre de 2020 por el Consejo de Ministros.

[14] Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, también aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020, pero no remitido a las Cortes generales.

y ocho horas, previa audiencia de las partes. Asimismo, se seguía la solución del ALECrim de condicionar la adopción de medidas cautelares reales a la petición de parte, sin poder ser adoptadas de oficio por el Juez de garantías.

Lejos de ello la LOFE, acogiendo las indicaciones que se habían hecho en el Informe del Consejo Fiscal al APLOFE[15], regula de forma absolutamente novedosa las medidas cautelares reales apartándose tanto de la solución inicial del APLOFE como de la que da la vigente LECrim y brinda el ALECrim (del que sólo recoge alguna cuestión menor o "periférica") de modo que, según veremos al analizar a continuación el procedimiento, se deja en manos del FED la potestad cautelar en materia patrimonial.

Pese a no existir en principio obstáculo alguno para la adopción por el FED de las medidas cautelares reales, al no ser restrictiva de derechos fundamentales[16], suscita ciertas dudas su total "desjudicialización".

---

[15] Páginas 53 a 57 del *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al 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*, de 12 de marzo de 2021, considerando que las medidas cautelares reales no son medidas que, en general afecten a derechos fundamentales, que muchas de ellas pueden ser adoptadas por autoridades administrativas en procedimientos sancionadores y que el Reglamento FE en su artículo 30.1 d) indica como una de las medidas que deben ser competencia del FED la incautación de bienes y efectos para garantizar el decomiso.

[16] Así por ejemplo Luis Rodríguez Sol, "Medidas cautelares reales decididas o propuestas por el Fiscal Europeo en el proceso penal español tramitado en España", *Revista del Ministerio Fiscal* 9 (2020), p. 122, indica que resulta difícil admitir que, en la investigación de graves delitos económicos, el fiscal no pueda ordenar cautelarmente y por tiempo limitado el saldo de una cuenta bancaria, y que sí lo puedan hacer la Agencia Tributaria o los entes locales para la obtención de fines – como es el cobro de un tributo o de una multa (*vid.* Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación; en particular, los artículos 75 y ss., que contienen las normas sobre embargos en el procedimiento de apremio. Incluso las propias entidades bancarias, en aplicación de la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terro-

Obsérvese que no se prevé ninguna suerte de convalidación judicial (como si sucede, en principio, con las medidas adoptadas en materia tributaria – artículo 81 de la Ley General Tributaria española- una vez que se abre un proceso penal que exige –artículo 614 bis LECrim – que el Juez se pronuncie sobre el mantenimiento o no de las medidas previamente adoptadas por la Administración)[17].

Por otra parte, no deja de ser paradójico que lo que se achaca o critica en la actualidad al Juez de instrucción (entre otras cosas, que sea el órgano investigador quien acuerda las medidas cautelares realizando una valoración de la concurrencia o no de los indicios

---

rismo, pueden bloquear unilateralmente las cuentas de sus clientes en determinados supuestos (*vid.* Memoria de Reclamaciones 2018 del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones, del Banco de España) – claramente inferiores en un plano axiológico al fin que persigue el Fiscal en sus investigaciones, y que no es otro que "promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley" (artículo 124 CE). Tampoco le parece muy lógico que se le permita al fiscal adoptar una medida cautelar como la detención, que incide sobre el derecho fundamental a la libertad, y no se le permita, en cambio, acordar el embargo provisional de bienes de los sospechosos, que afecta solo al derecho de propiedad, el cual no tiene la consideración de fundamental en nuestra Constitución. En nuestra opinión, sin embargo, omite que la detención en una medida precautelar o muy interina que exige una regularización judicial posterior de la situación del detenido en el plazo máximo de setenta y dos horas, cosa que no ocurre con las medidas cautelares reales adoptadas por el FED salvo impugnación por la via del artículo 91 LOFE.

[17] Materia sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español afirmando *obiter dicta* el carácter jurisdiccional de las medidas cautelares reales pues, según se recoge en la sentencia 141/2020, de 19 de octubre (Fundamento Jurídico 4), la finalidad perseguida por esta normativa tributaria (artículo 81.8) es, por un lado, sustraer la competencia de adopción y ejecución de las medidas cautelares en los procesos penales por delitos contra la hacienda pública al orden jurisdiccional penal en favor de la administración tributaria y, por otro, *en atención a que esas medidas lo son en garantía de eventuales responsabilidades pecuniarias que se deriven de la comisión de un ilícito penal, garantizar de manera inmediata el control último por parte de los órganos judiciales penales sobre la adopción, mantenimiento y modificación de dichas medidas cautelares.*

racionales de criminalidad) se incorpore ahora para el FED con el añadido de que puede él directamente (de oficio) adoptarlas.

5. Catálogo de medidas cautelares reales

A diferencia de las cautelares personales en que la LOFE de modo indirecto y mediante su remisión a la LECrim (artículo 77) sigue un sistema de *numerus clausus*, tratándose de las reales se sigue un sistema de *numerus apertus* pues si bien se enumeran algunas de las medidas específicas que pueden adoptarse como tales (*v.gr.* anotación preventiva, embargo, prohibición de disponer – artículo 55.2 – o caución sustitutoria – artículo 59) hay en realidad una remisión expresa por la vía del artículo 52.3 a las que puedan estar previstas en otras leyes, singularmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley Hipotecaria.

El FED puede adoptar de oficio o a instancia de parte todo tipo de medidas cautelares reales dirigidas al aseguramiento de las responsabilidades de carácter patrimonial lo que incluye: las dirigidas al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias (multa, costas, responsabilidad civil); las dirigidas al aseguramiento del decomiso de efectos, instrumentos y productos del delito (no sólo en caso de urgencia, como en el ALECrim); y las dirigidas al aseguramiento de la responsabilidad civil de un tercero.

También puede acordar la utilización provisional y la realización anticipada de los bienes decomisados cautelarmente (y con este fin puede encomendar la localización, conservación y administración de estos bienes a la Oficia de Recuperación y Gestión de Activos).

Tratándose de medidas dirigidas frente a personas jurídicas y otro tipo de entidades o grupos carentes de personalidad jurídica, la LOFE en su artículo 54 enumera cuatro (suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos, intervención judicial, suspensión cautelar del derecho a obtener subvenciones) que, sin embargo, no son de naturaleza cautelar real sino personal como

con mayor corrección aparecen sistemáticamente ubicadas en la LECrim (artículo 544 quáter)[18] al limitar la esfera de actuación en el tráfico mercantil o los derechos de la empresa o entidad[19]. Esto plantea un problema añadido puesto que por la vía de un simple cambio de *nomen iuris* y/o de ubicación sistemática se desnaturaliza la institución y se somete a un tratamiento cautelar real (con posibilidad de adopción *ex officio* por el FED) a medidas que en puridad no lo son y cuyas peculiaridades hubieran exigido, cuanto menos, un tratamiento diverso[20] fijando, entre otros extremos, un plazo máximo de duración como el que rige para las que se adoptan en el proceso penal LECrim atendido su artículo 544 quáter en relación con el artículo 33.7 *in fine* del Código Penal[21].

Adviértase, además el diferente trato que experimentan en este proceso especial para la actuación de la Fiscalía Europea (susceptibles de adopción de oficio por el FED, de plano, con contradicción diferida y limitada a la impugnación de las medidas –una vez adoptadas- ante el Juez de garantías) con relación al que reciben en el proceso penal común de la LECrim (exigiendo petición de parte, celebración de vista y auto resolutorio del Juez de instrucción susceptible de apelación con tramitación preferente).

---

[18] Artículo, recordemos, ubicado en el Título VII del Libro II LECrim, título éste que junto el que le precede (el VI) regulan las distintas medidas cautelares personales que pueden adoptarse en el proceso penal.

[19] Sobre este extremo *vid.* Coral Arangüena Fanego, "Medidas cautelares personales frente a persona jurídica", en Ignácio Díez-Picazo Giménez y Jaime Vegas Torres (coord..), *Derecho, Justicia, Universidad: liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos – Vol. 1*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 93-124.

[20] A juicio de Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *op. cit.*, pp. 376-377, es éste, precisamente, uno de los aspectos que exigiría una profunda revisión de la LOFE al haber prescindido de llevar a una mínima regulación del sujeto pasivo "persona jurídica" en este tipo de procedimientos.

[21] Así lo indicaba el *Informe del Consejo Fiscal… cit.*, pp. 56 y 57.

Esto choca, en nuestra opinión, con uno de los principios básicos que deben regir la intervención de las partes en el procedimiento (y que puede deducirse del Considerando 88 del Reglamento (UE) 2017/1939) como es el principio de equivalencia, conforme al cual las normas procesales nacionales que rigen las acciones destinadas a la protección de derechos individuales otorgados por el Derecho de la Unión Europea no deben ser menos favorables que las que rigen acciones similares en el derecho nacional.

6. Procedimiento

Respecto al procedimiento de adopción de las medidas cautelares reales, es una materia que el Reglamento difiere expresamente a las legislaciones nacionales (artículo 30.5 i. f.).

El problema es que la regulación que la LOFE lleva a cabo en sus artículos 56 a 63 es escasa y abre demasiados interrogantes.

6.1. Competencia

El FED es el órgano competente para adoptar medidas cautelares reales de todo tipo, pudiendo hacerlo tanto de oficio como a instancia de parte, con independencia además de que se dirijan frente al investigado o frente al tercero civilmente responsable, apartándose totalmente de la solución vigente hoy en la LECrim (que tratándose del tercero prevé su adopción a instancia de parte[22]) y de la prevista en el ALECrim que pasa por condicionar la adopción de medidas cautelares reales en todo caso a la petición de parte, al igual que sucede en el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

---

[22] No así tratándose del investigado, a la vista de lo dispuesto en el artículo 589 LECrim.

Ahora bien, existe un momento preclusivo para hacerlo que viene marcado por aquél hasta el cual extiende el FED su competencia en la fase de investigación, toda vez que si las medidas se adoptan, modifican o alzan en un momento posterior, será el Juez de garantías en la fase intermedia (artículo 115.4 en relación con artículo 127 LOFE) o el órgano competente para el enjuiciamiento si la causa ya se encuentra en fase de plenario, quién deberá resolver la solicitud cautelar.

Por otra parte hay que tener presente que pueden acordarse medidas cautelares reales transfronterizas acudiendo a un mecanismo de asistencia privilegiado de Delegado a Delegado (FED encargado del caso que adopta la medida y FED asistente en el país donde deba aquélla ejecutarse) cuya regulación no aparece recogida en la LOFE sino en el Reglamento (UE) 2017/1939 (artículo 31) y que de ser necesaria exigiría que el FED encargado del caso informara al Fiscal Europeo supervisor, se efectuara el registro en el sistema de gestión de casos que generará una notificación automática al Fiscal Europeo del Estado miembro en que deba llevarse a cabo la medida y posterior asignación a un Delegado en dicho Estado miembro para ejecución que se desarrollará conforme a la legislación de dicho Delegado asistente, sin perjuicio de observar en la medida de lo posible las formalidades y procedimientos expresamente indicados por el Delegado encargado[23].

6.2. Legitimación

La LOFE confiere legitimación activa a las acusaciones personadas[24] para solicitar las medidas ante el FED. El actor civil para el

---

[23] Sobre esta materia nos remitimos al amplio análisis de Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *op. cit.*, pp. 344 y ss.

[24] Téngase en cuenta que en España nuestro modelo de ejercicio de la acción

aseguramiento de la responsabilidad civil *stricto sensu* (artículo 56.I en relación con artículo 37.3 LOFE). La acusación particular para el aseguramiento de cualquier responsabilidad pecuniaria, incluido el decomiso (artículo 56.II LOFE).

Desde el punto de vista de la legitimación pasiva, además del investigado (o acusado), que puede ser una persona física o jurídica, también la ostentan los terceros civilmente responsables con arreglo a las disposiciones del Código Penal.

6.3. Solicitud cautelar y actuaciones posteriores

La solicitud cautelar deducida por cualquier de las acusaciones personadas (acusación particular y/o actor civil) deberá cumplir los requisitos establecidos en el artículo 57.1 LOFE, esto es, formularse con claridad y precisión expresando la concreta medida que se interesa, la persona (investigado o tercero civilmente responsable) frente a la que se exige, la concurrencia de los presupuestos que justifican su adopción (*fumus* y *periculum*) y la cantidad en que se estiman las responsabilidades pecuniarias a asegurar mediante la medida cautelar. Idénticos extremos serán los que deberá barajar y valorar el FED cuando sea él quien directamente y sin mediar petición de parte adopte la medida; recuérdese que, como hemos adelantado, puede hacerlo de oficio el FED[25].

---

penal presenta significativas peculiaridades (sin monopolio de este ejercicio por el Ministerio Fiscal), y en este punto el legislador español ha considerado que también en el procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea había que dar entrada al acusador particular (no así al popular) y al actor civil.

[25] Si bien y como indica Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *op. cit.*, p. 338, tal adopción de oficio en cuanto al aseguramiento de la responsabilidad civil en sentido estricto se refiere resulta cuanto menos sorprendente dado que con posterioridad no podrá deducir en su escrito de calificación pretensión civil alguna si hubiera acusación particular o actor civil personado en la causa (artículo 115.3 LOFE).

Guarda silencio la LOFE sobre el carácter contradictorio o no del procedimiento. Una lectura del artículo 57, que es el precepto que dedica específicamente a su regulación y que conecta acto seguido con el artículo 58 regulador de la resolución del FED, parece dar a entender que la contradicción será en todo caso diferida, bien por la vía de impugnación del decreto del FED ante el Juez de garantías (artículo 63), bien solicitando la reducción de la medida cautelar adoptada (artículo 60.2), bien ofreciendo caución sustitutoria para conseguir el alzamiento de la inicialmente adoptada (artículo 59).

Obsérvese que el artículo 57 citado únicamente se ocupa de precisar los requisitos de la solicitud de parte (cuando media ésta), de establecer una más que discutible -en términos de legalidad y eficacia[26]- obligación del investigado de manifestar sus bienes, y de facultar al FED cuando sea necesario conocer la situación patrimonial del investigado por no haber dado resultado la referida manifestación de bienes, a realizar u ordenar que se realice la investigación patrimonial, sin perjuicio de solicitar autorización al Juez de garantías para aquellas actuaciones que así lo exijan por estar reservadas a la autoridad judicial.

Con ello da a entender que las medidas se adoptarán de plano y sin celebración de vista porque asume que, con carácter general,

---

[26] Dudoso en términos de legalidad, dado que la manifestación de bienes puede tener un significado incriminatorio, lo que iría en contra del derecho constitucional del investigado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable por lo cual, en términos de eficacia, deviene inoperante ya que del incumplimiento del referido deber no podría derivarse consecuencia negativa alguna. Sobre este extremo *vid.* Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *op. cit.*, pp. 334 y 335. Asimismo, y en relación con la obligación que en sentido similar se recoge en el ALECrim *vid.* Sergio Berenguer Pascual, "Limitaciones al derecho de defensa en el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal", *Diario La Ley* n.º 9760 de 10 de diciembre de 2020.

se darán las razones de urgencia a que la propia LEC alude para hacerla innecesaria en determinados supuestos (artículo 733.2), del mismo modo que tampoco se contempla en el sistema de la LECrim atendidos sus artículos 589 y 764.

6.4. Resolución

El decreto del FED adoptando una medida cautelar deberá ser motivado, haciendo expresión de los presupuestos concurrentes que justifican su adopción en el caso concreto (*fumus commissi delicti* y *periculum in mora*). Determinará la cantidad líquida suficiente para cubrir las responsabilidades pecuniarias incrementada en un tercio (esto es, siguiendo el mismo régimen que el artículo 589 LECrim), fijará la medida o medidas que se acuerden, así como el régimen a que hayan de estar sometidas y se pronunciará, cuando proceda, sobre la utilización provisional y realización de los bienes y efectos decomisados y sobre la atribución a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos de su conservación y administración.

7. Impugnación del decreto sobre medidas cautelares reales

El Juez de garantías[27] con relación a las medidas cautelares reales se limitará a revisar el decreto en los casos en que éste haya sido impugnado conforme al procedimiento previsto en el artículo 91 LOFE[28], siendo su auto resolutorio recurrible en apelación (artículo 63).

---

[27] En España, excepción hecha de los supuestos de aforamiento, actuará como Juez de garantías los Juzgados Centrales de Instrucción (Cfr. artículos 57.3, 73.4.II y 88.II de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

[28] Se trata de una impugnación que se tramitará por escrito ante el Juez de garantías, debiendo presentarse el escrito de impugnación por la representación del solicitante dentro de los cinco días siguientes a la notificación del decreto, dándose traslado posterior al FED y partes personadas por cinco días para alegaciones y posterior resolución mediante auto del Juez de garantías dentro de los cinco días siguientes.

Será a través de dicha impugnación cuando el afectado por la medida pueda vez cumplida la debida contradicción pudiendo denunciar tanto la adopción de la medida cautelar en sí, como su alcance o extensión, el régimen a que se someta, así como eventuales decisiones sobre utilización provisional o realización anticipada de los bienes sujetos.

Por su parte, la acusación particular y el actor civil podrán impugnar el decreto denegatorio de la medida que hubieren solicitado, además de efectuar las alegaciones por escrito que estimen oportunas con relación a la impugnación que hubiere efectuado el investigado, una vez conferido el oportuno traslado por el Letrado de la Administración de Justicia (artículo 91.2 LOFE).

8. Modificación y extinción de las medidas

La modificación de las medidas, intrínseca a su nota de variabilidad o revocabilidad, se prevé en los arts.59 y 60 LOFE.

El primero de ellos regula la sustitución de la medida inicialmente acordada por caución ofrecida por la parte obligada en cantidad suficiente para asegurar la efectividad de la sentencia de condena que pudiera llegar a dictarse. Nuevamente, y ante la parquedad del precepto que la prevé, hay que entender que su tramitación será por escrito y que resolverá el FED de plano mediante decreto, si bien y al menos tratándose de medidas adoptadas en garantía de las responsabilidades civiles la solución más lógica sería dar audiencia al actor civil para alegaciones sobre la conveniencia de aceptar la caución ofrecida[29].

El artículo 60, por su parte, regula la ampliación y reducción de la medida cautelar inicialmente adoptada ante la variación al alza o

---

[29] Tampoco hay previsión alguna sobre donde se ingresará esta caución de constituirse con dinero en efectivo, problema advertido de nuevo por Carmen Rodríguez-Medel Nieto, *op. cit.*, p.340.

a la baja de las cantidades inicialmente fijadas en el decreto cautelar del FED, ampliación o reducción que podrá acordarse, de oficio o a instancia de parte, por nuevo decreto del FED.

En cuanto a la extinción de las medidas, nuevamente hay una cierta oscuridad en la LOFE pues nada se dice sobre el particular en los preceptos específicamente dedicados a este tipo de medidas. No obstante, y aplicando la teoría general de las medidas cautelares, es claro que podrán subsistir como tales medidas cautelares como máximo hasta el dictado de la sentencia momento en que transformarán, en su caso, en ejecutivas. Además, y aplicando por analogía lo que se prevé para las medidas cautelares personales en el artículo 88 LOFE (en los aspectos en que puedan aplicarse a las reales), podrán extinguirse con anterioridad si desaparecen los presupuestos que justificaron su adopción (no se olvide que las medidas cautelares obedecen a la denominada cláusula *rebus sic stantibus*) o si se decreta el archivo o el sobreseimiento de la causa (artículo 126.1).

9. A modo de conclusión

Como hemos visto en estas páginas, en materia de medidas cautelares reales la regulación de la LOFE se aparta notoriamente del régimen general regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, poniendo de manifiesto cómo ciertamente el sistema de la Fiscalía Europea se ha "incrustado" en nuestro modelo procesal.

El legislador español ha aprovechado al máximo las posibilidades que brindaba el artículo 30 del Reglamento para establecer un sistema que se aparta totalmente del hoy vigente ya que permite al FED adoptar medidas cautelares reales de oficio e *inaudita parte* y sin estar condicionado por mínimo punitivo alguno en los delitos investigados y con relación a los cuales se acuerdan tales medidas cautelares.

Con ello va más allá no sólo de lo que hoy se recoge en la vigente LECrim.; también de lo que preveía nuestro Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 que, si saliera adelante tal y como está diseñado (cosa altamente improba-

ble), chocaría con el modelo introducido por la LOFE[30].

Nada que objetar, en principio, a que sea el FED el que pueda adoptarlas directamente difiriendo el control judicial a un eventual recurso ante el Juez de garantías del decreto sobre medidas cautelares. Pero no deja de ser paradójico que lo que se achaca o critica en la actualidad al Juez de Instrucción (entre otras cosas, que sea el órgano investigador quien acuerda las medidas cautelares realizando una valoración de la concurrencia o no de los indicios racionales de criminalidad) se incorpore ahora para el FED con el añadido de que puede él directamente (de oficio) adoptarlas.

Más discutible, en mi opinión, el que pueda acordar frente a personas jurídicas medidas restrictivas de su libertad empresarial que, por más que las camufle con la denominación de medidas cautelares reales, son claramente personales (así están reguladas, por cierto, dentro de la LECrim y del propio Código Penal). Se aparta así subrepticiamente del régimen general que para medidas de esta naturaleza (personales) se ha de seguir en la LOFE (arts.79 a 82) que exige que medie petición ante el Juez de garantías y adopción por resolución judicial tras una vista contradictoria. Claramente en este punto se incumple uno de los principios básicos que deben regir la intervención de las partes en el procedimiento de investigación de la Fiscalía Europea, según indica el Considerando 88 del Reglamento (UE) 2017/1939, como es el principio de equivalencia, conforme al cual las normas procesales nacionales que rigen las acciones destinadas a la protección de derechos individuales otorgados por el Derecho de la Unión Europea no deben ser menos favorables que las que rigen acciones similares en el derecho nacional.

---

[30] Sobre esta cuestión vid. Begoña Vidal Fernández, "El procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea en el ALECrim de 2020", *Revista APDPUE* 4 (2021), p. 270.

DESAFIOS AO FUNCIONAMENTO DA PROCURADORIA EUROPEIA:
ENTRE O PRIMADO E A SUBSIDIARIEDADE?

INÊS PEREIRA DE SOUSA

Assistente Convidada e Doutoranda na
Universidade Católica Portuguesa (Escola do Porto)
Católica Research Centre for the Future of Law / CEID
Membro de ANESC e EUCRIM

1. Desafios no primeiro ano de atividade da Procuradoria Europeia

Apresentado como, "talvez, o assunto mais contestado no desenvolvimento do direito penal da UE nos últimos anos"[1], o es-

[1] *Vide* Valsamis Mitsilegas, *EU Criminal Law,* 2.ª ed., Oxford: Hart Publishing, 2022, p. 435.

tabelecimento da Procuradoria tem as suas origens na crescente preocupação com a salvaguarda dos interesses financeiros da União Europeia. Após anos de longo debate, a sua criação foi alcançada através de um processo de cooperação reforçada e, pela primeira vez na história da integração europeia, foi atribuído a um organismo, que conta com a participação de vinte de dois dos vinte e sete Estados-Membros, a competência para tomar decisões, em matéria penal, que afetam diretamente os indivíduos.

Embora a Procuradoria só tenha iniciado a sua atividade em junho de 2021, já se adivinhavam alguns desafios ao seu funcionamento, tendo em consideração que se trata de uma integração num domínio sensível e que não integra todos os Estados-Membros da União Europeia. Com efeito, algumas adversidades foram logo sentidas. Em fevereiro de 2022, a Polónia, Estado-Membro que não participa nesta cooperação reforçada, recusou colaborar com a Procuradoria Europeia no âmbito de uma decisão europeia de investigação, impedindo, dessa forma, a recolha de provas no seu território. No mês seguinte, foram oficialmente comunicadas as dificuldades de cooperação com o Estado espanhol, que participa na Procuradoria, a propósito da competência deste novo organismo.

Esta última situação reconduz-nos à controversa competência acessória da Procuradoria Europeia. Em prol da eficiência investigativa e do respeito pelo princípio *ne bis in idem*, entendeu-se que a sua competência material deveria compreender não só as infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União, previstas na Diretiva (UE) 2017/1371, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal (doravante, 'Diretiva PIF'), como quaisquer outras infrações penais indissociavelmente ligadas àquelas primeiras. No entanto, no Regulamento (UE) 2017/1939, que dá execução à cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia (doravante, Regulamento), não ficou determinado o que se entende por 'infrações indissociavelmente ligadas' a infrações penais lesivas dos interesses financei-

ros da União. A sua indefinição promoveu a amplitude da competência acessória, que, potencialmente, abrangerá qualquer outro crime que seja considerado inextricável face ao crime perpetrado contra o orçamento europeu.

Apesar de o Preâmbulo do Regulamento remeter para uma análise à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a aplicação do princípio *ne bis in idem*, o artigo 22.º, n.º 3, do Regulamento não explicar o alcance desta competência complementar. Ainda que as motivações possam contribuir para a compreensão da sua consagração, não resolvem a problemática da sua vacuidade, que origina (e originará) dúvidas e conflitos entre a Procuradoria e os Estados. A falta de clareza suscita, naturalmente, dúvidas interpretativas, cujo esclarecimento é, deste modo, fundamental para aferir da devida repartição de competências entre a Procuradoria Europeia e os Estados-Membros e para circunscrever a esfera de ação daquela nova entidade supranacional.

É certo que, em caso de conflito de competências entre o organismo em causa e as autoridades nacionais, o Regulamento dispõe que caberá ao Tribunal de Justiça, em sede de reenvio prejudicial, a interpretação das regras sobre a competência daquele órgão europeu. Uma possibilidade que, aliás, já resultava da própria missão do Tribunal e do funcionamento do reenvio prejudicial. Porém, o conflito surgirá em momento prévio à existência de um processo a decorrer diante de um tribunal. Acresce que, dificilmente, os procuradores nacionais serão considerados órgãos jurisdicionais nacionais para efeitos de reenvio. Vaticina-se, pois, um obstáculo – se não uma verdadeira impossibilidade – na concretização do reenvio prejudicial para dissipar algumas incertezas nesta matéria.

Com prejuízo para a sua aplicação e a sua interpretação de forma uniforme, o Regulamento não previu, igualmente, outra solução que assegure a intervenção do Tribunal de Justiça ou de uma outra entidade que pudesse diligenciar pela resolução do conflito ou pelo controlo adequado, ao nível europeu, da decisão nacional sobre o conflito de competências. Esta falha acentua a inutilidade

do disposto no referido artigo 42.º, n.º 2, c), e prejudica a efetividade do Regulamento.

Neste contexto, propomos uma ponderação entre, por um lado, o cumprimento do princípio do primado e a efetividade do Direito da União, e, por outro lado, a observância do princípio da subsidiariedade e do respeito pela competência reservada dos Estados. Por outras palavras, impõe-se refletir se as questões levantadas poderão estar a comprometer a primazia das normas europeias, ou se a competência acessória da Procuradoria deverá ser entendida de forma restrita, alinhada com as preocupações relativas ao respeito pelo princípio da subsidiariedade que se fizeram ouvir desde a emergência da ideia de uma Procuradoria para União.

2. A integração europeia em matéria penal: a Procuradoria Europeia como um salto qualitativo

Ao longo dos anos, o domínio criminal demonstrou ser um dos ramos jurídicos mais resistentes à cooperação internacional, o que se explica pelo facto de o *ius puniendi* integrar o núcleo central da soberania nacional e proteger os bens que a consciência ético-social de uma comunidade entende como fundamentais[2]. Uma colaboração interestadual em matéria penal envolve, por isso, cedências que afetam diretamente o âmago do poder soberano. É, por essa razão, compreensível a sensibilidade do tema, para a qual contribui o impacto que o direito penal tem nos direitos fundamentais dos envolvidos. Como se trata de domínio jurídico que restringe de forma significativa dos direitos fundamentais, este é orientado pelos princípios da mínima restrição dos direitos fundamentais e

---

[2] Sobre o conceito de bem jurídico-penal, *vide* Américo Taipa de Carvalho, *Direito Penal Parte Geral – Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime,* 3.ª edição, Porto: Universidade Católica Editora, 2016, pp. 60-65.

pela máxima restrição da sua intervenção, motivo pelo qual é qualificado como *ultima ratio.*

Atenta a relação intrínseca entre o poder punitivo e a soberania estadual, o direito penal foi-se afirmando como um dos últimos redutos daquela soberania clássica[3]. Um reduto que tem, porém, transigido perante a conclusão de que não é possível um combate isolado do crime[4], nem a construção de espaços de livre circulação sem uma prévia cooperação judicial e policial.

A criminalidade transfronteiriça, o terrorismo, a emigração e a circulação de mercadorias, capitais e pessoas entre Estados são alguns dos fenómenos que motivaram a adoção de diversos instrumentos jurídicos internacionais, bilaterais ou multilaterais, em matéria criminal. Destes acordos resultaram a vinculação voluntária a regras de natureza penal e o início da construção do denominado direito penal europeu, que em sentido estrito, abrange as normas emanadas no quadro institucional da União[5], quadro este que nos tem presenteado com uma integração interestadual sem

---

[3] Jacob Öberg, "Trust in Law? Mutual Recognition as a Justification to Domestic Criminal Procedure", *European Constitutional Law Review* 16 (n.º 1) (2020), p. 34; e Mário Ferreira Monte, *op cit.*, p. 43.

[4] Kaie Rosin e Markus Kärner, "The Limitations of the Harmonisation of Criminal Law in the European Union Protected by Articles 82(3) and 83(3) TFEU", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 26 (n.º 4) (2018), p. 319.

[5] Neste sentido, Marta Munõz de Romero Morales, *Derecho Penal Europeo,* Valência: Tirant*,* 2021, pp. 21-24; e Merita Kettunen, *Legitimizing European Criminal Law – Justifications and Restrictions,* Cham, Heidelberg, Nova Iorque: Springer, 2020, p. 67. Em sentido amplo, o direito penal europeu dirá respeito às normas substantivas e processuais penais que resultam da UE e do Conselho da Europa e, quando entendido de forma muito ampla, incluirá, até as normas penais nacionais dos Estados que integram a União Europeia e o Conselho da Europa (Vânia Costa Ramos, "Direito Penal Europeu Institucional: O quadro «Pós-Lisboa» – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino?", *Revista da Ordem dos Advogados* 73 (vol. 2/3) (2013), pp. 747-748).

precedentes. Se compararmos o atual estado de arte com a ausência de qualquer referência à cooperação penal no Tratado da Comunidade Económica Europeia, em 1957, concluímos que a evolução é francamente positiva e muito expressiva.

No contexto da (atual) União Europeia, a primeira geração jurídico-criminal remonta à década de noventa, durante a qual se verificou uma aproximação de normas substantivas nacionais em áreas como o crime organizado[6], se procedeu à criação da Europol (Agência da UE para a Cooperação Policial) e da Rede Judiciária Europeia e foram assinadas as Convenções relativas à extradição entre os EM. O final da década ficou marcado, por um lado, pela entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, que veio determinar a integração do *acquis* Schengen no direito da União e a revisão do terceiro pilar da União, e, por outro lado, pela afirmação pelo Conselho Europeu de Tampere de que o «princípio do reconhecimento mútuo (…) se dev[eria] tornar a pedra angular da cooperação judiciária na União, tanto em matéria civil como penal»[7]. Orientação que viria a ser rapidamente seguida, pois os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 demonstraram a urgência de uma cooperação mais eficaz.

---

[6] Cfr., respetivamente, a Ação Comum 98/733/JAI: de 21 de dezembro de 1998, relativa à incriminação da participação numa organização criminosa nos Estados-membros da União Europeia, entretanto já revogada e substituída pela Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho, de 24 de outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada; as Convenções de 10 de março de 1995 e de 27 de setembro de 1996; Convenção de 27 de novembro de 1995 (Convenção Europol) procedeu à criação de um Serviço Europeu de Polícia, denominado Europol (tendo este iniciado funções em 1999), tendo sido substituída pela Decisão 2009/371/JAI e, atualmente, encontra-se prevista no artigo 87.º TFUE e regulada pelo Regulamento 2016/794; e a Ação Comum 98/428/JAI, entretanto já substituída pela Decisão 2008/976/JAI.

[7] Conclusões da Presidência, Conselho Europeu de Tampere, 15/16-10-1999, n.º 33.

Nos anos que se seguiram assistiu-se ao estabelecimento da Eurojust, das equipas de investigação conjunta, do mandado de detenção europeu e de outros mecanismos de cooperação judicial em matéria penal, e à aproximação de legislações nacionais, no que respeita, por exemplo, ao cibercrime, ao terrorismo, ao tráfico de drogas e ao tráfico de seres humanos[8].

Por sua vez, o Tratado de Lisboa introduziu várias alterações no âmbito da cooperação penal, tendo consagrado, a respeito da nossa temática, a base legal para o estabelecimento e a competência Procuradoria no artigo 86.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Esta conquista assinalou "décadas de luta política por parte da Comissão e, em particular, do OLAF para assegurar a proteção adequada e equivalente para o orçamento da UE, nos Estados-Membros, através do direito penal"[9]. Após o desenvolvimento da cooperação através do princípio do reconhecimento mútuo, de harmonizações legislativas e da criação de órgãos que permitem uma colaboração em termos judiciais e policiais, alguns Estados-Membros conseguiram ir mais longe, estabelecendo uma Procuradoria Europeia.

Apesar de este novo organismo ter iniciado as suas funções em junho de 2021, a ideia não era nova. A preocupação com os interesses financeiros da União foi emergindo e fez-se notar especial-

---

[8] De acordo, respetivamente com a Decisão-Quadro 2002/187/JAI (substituído, entretanto, pelo Regulamento 2018/1727); a Decisão-Quadro 2002/465/JAI; a Decisão-Quadro 2002/584/JAI (com as alterações introduzidas pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI); a Decisão-Quadro 2005/22/JAI (substituída pela Diretiva 2013/40/UE); a Decisão-Quadro 2002/475/JAI (revogada pela Diretiva 2017/541/UE); a Decisão-Quadro 2004/757/JAI; e a Decisão-Quadro 2002/629/JAI (substituída pela Diretiva 2011/36/UE).

[9] Katalin Ligeti, "Approximation of substantive criminal law and the establishment of the European public prosecutor's office", in Francesca Galli, e Anne Weyembergh (ed.), *Approximation of substantive criminal law in the EU – The way forward*, Bruxelas: Editions de l'Universitè de Bruxelles, 2013, p. 82.

mente no final da década de oitenta e na década de noventa. Em 1989, no Acórdão *Comissão/Grécia* (caso do milho grego), diante de uma fraude que lesava interesses financeiros da União[10], o Tribunal de Justiça, socorrendo-se do princípio da assimilação[11], defendeu o dever estadual de tutela dos interesses europeus de forma semelhante à proteção conferida aos bens jurídicos nacionais[12].

Os interesses financeiros da União impulsionaram o denominado *Corpus Juris*, o primeiro projeto com o objetivo de elaborar um conjunto de penais e processuais penais para garantir e uniformizar a sua tutela. Pela mão do segundo grupo de peritos, envolvidos naquele projeto, foi apresentada, em 1999, uma proposta que incluía a criação de uma Procuradoria Europeia[13]. Contudo, esta proposta deparou-se com a "relutância dos Estados-Membros de aceitar a ideia de um sistema supranacional especializado"[14].

O decurso do tempo veio acentuar a carência de uma ação concertada e adequada para proteger o orçamento europeu, o que levou a Comissão Europeia a revitalizar, em 2013, aquela ideia que havia ficado latente. Naquela altura, alguns parlamentos nacionais demonstraram as suas preocupações e o controlo do respeito pelo princípio da subsidiariedade fê-los acionar o denominado procedimento de 'cartão amarelo', previsto no artigo 7.º, n.º 2 do Protoco-

---

[10] Acórdão de 21 de setembro de 1989, *Comissão/Grécia*, 68/88, EU:C:1989:339, n.º 24. Ao nível dos mecanismos de cooperação judiciária, poderemos, ainda, destacar uma expressão deste princípio da assimilação, nos termos do artigo 9.º, n.º 1 da Diretiva 2014/41/UE, relativa à Decisão Europeia de Investigação, do qual deriva, para a autoridade de execução, o dever de executar aquela decisão de investigação nas condições que seriam aplicáveis se esta tivesse sido ordenada por uma autoridade do Estado de execução.

[11] Sobre a assimilação, cf. Anabela Miranda Rodrigues, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 90-93.

[12] Dever que, atualmente, decorre do disposto no artigo 325.º, n.º 2, do TFUE.

[13] Sobre este projeto, cf. Merita Kettunen, *op. cit.,* p. 207.

[14] Katalin Ligeti, *op. cit*., p. 82.

lo n.º 2, anexo aos Tratados, relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade[15]. Aquela proposta legislativa acabou por não reunir a unanimidade necessária no Conselho e o ato legislativo não foi adotado.

O projeto não foi, todavia, protelado por muito mais tempo, visto que alguns dos Estados-Membros decidiram levá-lo por diante no âmbito do processo de cooperação reforçada e adotaram, em 2017, o Regulamento que institui a Procuradoria Europeia, o que significa que, apesar da crescente adesão, há Estados-Membros participantes e Estados-Membros não participantes, sendo estes últimos a Hungria, a Polónia, a Suécia, a Irlanda e a Dinamarca[16]. A não participação de alguns Estados fomenta a 'Europa a duas velocidades' e dificulta a ação da Procuradoria, como sucedeu aquando da recusa das autoridades polacas, no início de 2022, de executar uma decisão europeia de investigação, apesar de a Polónia se encontrar vinculada àquele instrumento de cooperação judiciária.

Ainda assim, a criação da Procuradoria é um salto qualitativo, demarcando-se dos organismos anteriormente criados por se tratar do primeiro organismo da União Europeia com poderes para adotar decisões que afetam diretamente os particulares num domínio tão sensível como o direito penal[17], e por ter ultrapassado a colaboração apoiada no princípio do reconhecimento mútuo, permitindo uma passagem da cooperação horizontal para a cooperação vertical[18].

---

15 Sobre o assunto, *ibidem,* pp. 73-75, 437-438; e Margarida Santos, *Para Um (Novo) Modelo de Intervenção Penal na União Europeia – Uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia*, Lisboa: Rei dos Livros, 2016, pp. 250-265.

16 Sobre a possibilidade de participação no future da Suécia, veja-se Valsamis Mitsilegas, *op. cit.*, 2022, p. 438, n. 739.

17 Fabio Giuffrida, *The European Public Prosecutor's Office: king without kingdom? – CEPS Research,* Report No. 2017/03, February 2017, p. 1; Valsamis Mitsilegas, *op. cit.,* 2022, p. 194.

18 Valsamis Mitsilegas, *op. cit.,* 2022, p. 440; e Katalin Ligeti e Anne

Numa matéria que, durante muitos anos, constituiu "*terra incógnita*"[19] para o direito da União, alcançou-se um ponto de viragem, que fará a cooperação baseada no reconhecimento mútuo parecer *old-fashioned*, e que demonstrará a necessidade de repensar os limites da soberania nacional e as competências da União Europeia.

3. A competência acessória da Procuradoria Europeia como desafio ao seu funcionamento

O artigo 86.º, n.º 2, do TFUE consagrou o objetivo principal, o "mandato básico" da Procuradoria Europeia[20]. A sua essência reside na salvaguarda do orçamento europeu e do dinheiro dos contribuintes. Citando Urmas Reinsalu, "[a] criação de uma Procuradoria Europeia constitui um passo importante na cooperação judiciária europeia, que contribuirá para proteger o dinheiro dos nossos contribuintes. Agora podemos garantir que os criminosos, mesmo quando operam além-fronteiras, sejam levados a tribunal e que o dinheiro dos contribuintes seja recuperado"[21].

Weyembergh, "The European Public Prosecutor's Office: Certain Constitutional Issues", in Leendert Erkelens, Arjen Meij e Marta Pawlik (ed.), *The European Public Prosecutor's Office: An Extended Arm or a Two-Headed Dragon*, A Haia: T.M.C. Asser Press, 2015, p. 59.

[19] Konstantinos Zoumpoulakis, "From the Ground up: The Use of Minimum Rules in EU Procedural Criminal Law and the Question of Member States' Discretion", *European Papers* 5(n.º 3)(2020), p. 1290.

[20] Giovani Grasso, Rosaria Sicurella e Fabio Giuffrida, "EPPO Material Competence: Analysis of the PIF Directive and Regulation", in Katalin Ligeti, Maria João Antunes e Fabio Giuffrida (ed.), *The European Public Prosecutor's Office at Launch – Adapting National Systems, Transforming EU Criminal Law,* Milão: Wolters Kluwer, 2020, p. 25.

[21] Urmas Reinsalu, (à data) Ministro da Justiça da Estónia, Comunicado de imprensa 12 de outubro de 2017, https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2017/10/12/eppo-20-ms-confirms/.

O n.º 4 da mesma disposição previu que este mandato poderá ser alargado ao combate da criminalidade grave com dimensão transfronteiriça (o denominado "*extended mandate*"[22]). Este alargamento está dependente de decisão unânime do Conselho Europeu, o que faz questionar como se deverá compatibilizar a regra unanimidade com o facto de se tratar de um processo de cooperação reforçada no qual apenas vinte de dois Estados-Membros participam[23]. Deverá a exigência de unanimidade reconduzir-se apenas ao voto dos Estados participantes? Esta é uma questão se afigura próxima no horizonte legislativo, considerando os recentes anseios expansionistas[24].

Em relação aos poderes, por ora, atribuídos à Procuradoria Europeia, estes foram estabelecidos nos artigos 22.º e 23.º do seu Regulamento, em termos materiais, territoriais e pessoais. Territorialmente, dispõe de competência para as infrações que materialmente lhe estão adstritas, se estas tiverem sido cometidas, no todo ou em parte, no território de um ou vários Estados-Membros (participantes), ou se tiverem sido cometidas por um nacional de um Estado-Membro, desde que um Estado-Membro tenha competência em relação a essas infrações, quando cometidas fora do seu território. Numa perspetiva pessoal, terá competência no caso de a infração ter sido cometida fora do território do(s) Estado(s)-Membro(s) por uma pessoa que, no momento da infração, estivesse sujeita ao Estatuto dos Funcionários ou ao Regime aplicável aos Outros Agentes, na condição de que um Estado-Membro tenha competência em

---

22 Giovani Grasso, Rosaria Sicurella e Fabio Giuffrida, *op. cit.*, p. 25.

23 *Ibidem,* p. 26.

24 Sobre o assunto, *vide* Valsamis Mitsilegas, *op. cit.*, 2022, pp. 448-449; Valsamis Mitsilegas, "European prosecution between cooperation and integration: The European Public Prosecutor's Office and the rule of law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 28 (n.º 2) (2021), p. 251; e Adam Juszszak e Elisa Sason, "Fighting Terrorism through the European Public Prosecutor's Office (EPPO)?', *eucrim* 1/2019, p. 66.

relação a essas infrações quando cometidas fora do seu território.

Por fim, em termos materiais, a sua competência abrange as infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União que estão previstas na 'Diretiva PIF', independentemente da classificação destas infrações ao abrigo do direito nacional[25]. Os seus poderes, largamente definidos por referência à mencionada Diretiva, visam investigar, instaurar a ação penal, deduzir acusação e sustentá-la na instrução e no julgamento contra os autores e os seus cúmplices nos crimes que afetam aqueles interesses financeiros. Neste quadro, o artigo 22.º, n.º 2 do Regulamento esclarece que o seu poder compreende, também, as infrações relativas à participação numa organização criminosa, definidas na Decisão-Quadro 2008/841/JAI, se a atividade criminosa dessa organização consistir essencialmente na prática de qualquer infração prevista na 'Diretiva PIF', mas já não inclui, segundo o n.º 4 do mesmo artigo, as infrações penais relacionadas com impostos diretos nacionais.

Materialmente, o artigo 22.º estabelece, ainda, no seu n.º 3, a denominada competência acessória (*ancillary competence*). A Procuradoria Europeia é, complementarmente, competente perante qualquer outra infração penal que esteja indissociavelmente ligada a uma conduta criminosa prevista na 'Diretiva PIF'. Exatamente por a competência, dita principal, ser estabelecida por referência à Diretiva relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal, a competência para outra infração, que não se encontre aí prevista, tem carácter acessório ou complementar.

O exercício dos poderes descritos da Procuradoria foi subordinado à observância de um critério de preponderância, nos termos do disposto no artigo 25.º, n.º 3 do Regulamento. Na verdade, esta

---

[25] Esta abordagem legal será, segundo Valsamis Mitsilegas, fonte de incerteza jurídica e divergências na ação da Procuradoria, visto que depende das diferentes implementações que os Estados tenham feito da Diretiva (*op. cit.*, 2022, p. 124).

deverá abster-se de exercer a sua competência se existirem motivos para presumir que o prejuízo causado ou suscetível de ser causado aos interesses financeiros da União não excede o prejuízo causado ou suscetível de ser causado a outra vítima. Deverá, de igual modo, afastar-se se a sanção máxima prevista no direito nacional para a infração, abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 22.º, n.º 1, for de severidade igual ou inferior à da sanção máxima da infração indissociavelmente ligada, a não ser que esta última infração tenha sido instrumental para cometer a infração lesiva do orçamento europeu.

Este critério é, aliás, mencionado nos considerandos 55 e 56 do Regulamento, explicando-se neste último que se verifica a instrumentalidade da infração indissociavelmente ligada quando ela "tenha sido cometida com a principal finalidade de criar as condições para cometer a infração lesiva dos interesses financeiros da União, como por exemplo uma infração estritamente destinada a garantir os meios materiais ou legais para cometer a infração lesiva dos interesses financeiros da União, ou para assegurar o lucro ou o produto da mesma."

O Relatório Anual da Procuradoria Europeia de 2021, que se reporta aos seus primeiros sete meses de atividade, indica que foram (ou estão a ser) investigadas cento e quatro infrações indissociavelmente ligadas nesse *hiato* temporal[26]. Não se trata, por conseguinte, de um número irrisório ou sem impacto na sua atividade, o que, acrescentaríamos, coloca sob maior pressão a sua (in)definição.

Sobre a competência acessória, foi, e ainda é, debatido se ela era necessária ou se desprestigia o objetivo principal. Esta foi, aliás, uma das questões suscitadas pelos parlamentos nacionais aquando da proposta da Comissão[27]. Se foram atribuídos

---

[26] Relatório Anual da Procuradoria Europeia 2021, disponível em https://www.eppo.europa.eu/en/documents?keywords=&category=All&page=3.

[27] *Vide* Jacob Öberg, "The European Public Prosecutor: Quintessential su-

à Procuradoria Europeia generosos poderes quanto às infrações lesivas dos interesses financeiros, questiona-se por que motivo se conferiu uma competência adicional[28].

Além da latitude dos seus poderes, a Procuradoria tem o direito de avocação, consagrado no 27.º do Regulamento, podendo chamar a si o poder de investigar uma determinada infração relativamente à qual tenha competência e cuja investigação tivesse sido aberta, ou estivesse para ser aberta, pelas autoridades nacionais. Acresce, ainda, que, se a Procuradoria decidir exercer a sua competência, as autoridades nacionais estão impedidas de exercer os seus poderes quanto ao mesmo facto, como resulta do artigo 25.º, n.º 1 do Regulamento.

Apesar das dúvidas, os Estados entenderam atribuir estes poderes acessórios ao novo organismo que estavam a criar. Mas, seria esta competência essencial para a luta contra os crimes que afetam os interesses financeiros da UE? E, mais importante, qual deve ser o seu alcance?

Será de notar que uma extensão dos poderes materiais da Procuradoria não decorreria expressamente do artigo 86.º TFUE, razão pela qual certa doutrina faz uma referência aos princípios das competências atribuídas e das competências implícitas. Recordando a jurisprudência *AETR*[29], a possível legitimação de tal atribuição poderia assentar na existência de uma "competência implícita" para investigar e promover a ação penal perante *ancillary offences* que estivessem relacionadas com "o poder original", de modo a alcançar

pranational criminal law?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 28 (n.º 2) (2021), p. 168; e Diane Fromage, "The Second Yellow Card on the EPPO Proposal: An Encouraging Development for Member State Parliaments?", *Yearbook of European Law* 35 (n.º1) (2016), p. 7.

[28] Jacob Öberg, *op. cit.*, 2021, p. 171.

[29] Acórdão de 31 de março de 1971, *Comissão das Comunidades Europeias contra Conselho das Comunidades Europeias* (*AETR*), processo 22-70, EU:C:1971:32.

diligentemente a proteção do orçamento europeu[30].

Não se questiona que a salvaguarda do orçamento europeu seja um "interesse supranacional genuíno", crucial para a "existência da União"[31]. E, a propósito, a sua tutela através do direito penal dos Estados acaba por influenciar o conceito de bem jurídico-penal, ultrapassando o plano nacional e aquilo que, dentro do território do Estado, é considerado como fundamental e carente de intervenção penal. Esta será uma ilustração da cedência da soberania nacional no domínio penal, de que falávamos, em prol da cooperação entre Estados.

A dificuldade estará em legitimar uma extensão ampla e vaga da sua competência ao abrigo do entendimento de que o artigo 86.º se baseia num princípio de proteção de interesses supranacionais. Jacob Öberg admite, inclusivamente, que é difícil encontrar uma justificação convincente para a sua atribuição[32].

A motivação, constante do considerando 54 do Regulamento, indica a eficácia da investigação e *princípio ne bis in idem* como fundamentos, o que condiz com a justificação apresentada pela Comissão Europeia, em 2013, aquando da revisão da sua proposta legislativa. Na altura, defendeu que "[s]em esta regra da competência acessória relativa a tais casos mistos, poderiam ocorrer regularmente investigações e ações penais paralelas relativas a infrações indissociavelmente ligadas, o que poderia prejudicar gravemente a eficiência das atividades em matéria de luta contra a fraude. Além disso, no que diz respeito aos processos paralelos relativos à mesma infração, sempre que seja adotada uma decisão definitiva num processo, a ação associada deveria ser arquivada imediatamente, em conformidade com o princípio segundo o qual ninguém deve ser punido penalmente duas

---

30 Jacob Öberg, *op. cit.*, 2021, p. 168.

31 *Ibidem,* p. 169.

32 *Ibidem,* pp. 168 e 180.

vezes pela mesma infração (*ne bis in idem*)"[33].

Paralelamente à justificação da extensão de poderes da Procuradoria, a imprecisão do conceito de 'infração indissociavelmente ligada' deixa espaço para críticas e promove o risco de exposição da competência material à *géométrie variable*[34].

O referido considerando do Preâmbulo do Regulamento fornece alguma orientação,[35] explicando que o conceito deve ser analisado à luz da jurisprudência pertinente sobre a interpretação do princípio *ne bis in idem*[36]. Uma referência inevitável à jurisprudência *Van Esbroeck*[37], na qual se questionou qual era o critério relevante para efeitos de aplicação do artigo 54.º da Convenção de Aplicação do Acordo Schengen, tendo o Tribunal de Justiça afirmado que o "único critério relevante (…) é o da identidade dos factos materiais, entendido como a existência de um conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas entre si"[38], e que a apreciação das autoridades nacionais deve "determinar se os factos materiais em causa constituem um conjunto de factos indissociavelmente ligados no tempo, no espaço e pelo seu objeto"[39].

Ficou clara a pretensão de consagrar, desde logo, aquele princípio no preâmbulo do Regulamento como um dos fundamentos da existência da competência acessória e que, na sua análise, é

---

[33] Comissão Europeia, "Revisão da proposta de regulamento relativamente ao princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo n.º 2" (COM/2013/851 final).

[34] Giovani Grasso, Rosaria Sicurella e Fabio Giuffrida, *op. cit.,* p. 35.

[35] Valsamis Mitsilegas, *op. cit.,* 2022, p. 449.

[36] Consagrado no artigo 50.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

[37] Acórdão de 9 de março de 2006, *Van Esbroeck*, processo C-436/04 (EU:C:2006:165).

[38] *Idem,* n.º 36.

[39] *Idem,* n.º 38.

necessário verificar se os factos são idênticos ou substancialmente idênticos, por existirem de circunstâncias concretas inerentemente relacionadas no tempo e no espaço.

Contrariando a doutrina que defende que este argumento deve ser seriamente tido em consideração[40], Fabio Giuffrida duvida desta justificação e da referência à jurisprudência sobre o princípio *ne bis in idem*[41], pelo facto de o seu raciocínio procurar evitar uma duplicação do julgamento e da punição, através da conclusão de que dois factos constituem o mesmo facto e, portanto, um só crime. Considerando a factualidade concreta do Acórdão *Van Esbroeck*, determinou-se que "os factos puníveis que consistem na exportação e na importação dos mesmos estupefacientes e objeto de ações penais em diferentes Estados contratantes dessa Convenção, devem, em princípio ser considerados «os mesmos factos»"[42].

O Autor alega que esta lógica não deve ser transponível para o âmbito da competência material acessória da Procuradoria, visto que, quando se verifica uma infração indissociavelmente ligada a conduta criminosa lesiva dos interesses financeiros da UE, verificam-se dois factos – a infração que lesa os interesses financeiros europeus e a infração que se encontra indissociavelmente ligada àquela primeira – e, como tal, tratar-se-á sempre de dois crimes diferentes.

Aqui chegados, entendemos que, apesar da previsão das razões subjacentes ao estabelecimento destes poderes acessórios e daquelas fornecerem algumas notas orientadoras, nada mais é explicado quanto ao conceito de 'infração indissociavelmente ligada', o que permite inferir que, potencialmente, qualquer crime poderá ficar sob a alçada da Procuradoria Europeia. Uma potencialidade tão desmedida desvirtua, na nossa opinião, o propósito que presidiu

---

40 Jacob Öberg, *op. cit.*, 2021, p. 170.

41 Fabio Giuffrida, *op. cit.*, p. 10. No mesmo sentido, cfr. Giovani Grasso, Rosaria Sicurella e Fabio Giuffrida, *op. cit.*, p. 36.

42 Acórdão *Van Esbroeck*, *op. cit,* n.º 42.

à sua criação. Os Estados não pretenderam dar-lhe carta branca, nem criar um Ministério Público supranacional competente para investigar e promover a ação penal em qualquer crime. A intenção era combater, de forma eficaz, a fraude ao orçamento da União. Este é o interesse supranacional que carecia de uma proteção mais adequada e, igualmente, supranacional.

3.1. Da resolução do conflito de competências: o papel das autoridades nacionais e do Tribunal de Justiça da União Europeia

Determina o artigo 25.º, n.º 6 do Regulamento da Procuradoria que, em caso de desacordo entre esta entidade e as autoridades nacionais quanto à competência para investigar uma conduta criminosa abrangida pelo escopo do artigo 22.º, n.º 2 ou n.º 3, e do artigo 25.º, n.º 2 ou n.º 3, as autoridades nacionais decidirão quem investigará aquele caso.

Esta é uma solução de compromisso que visa mitigar os efeitos da extensa competência da Procuradoria e reequilibrar a partilha de poderes entre este organismo e as autoridades nacionais[43]. Serão os Estados que decidem se uma determinada investigação será levada a cabo pelas autoridades nacionais ou pela Procuradoria Europeia. A solução é, sem sombra de dúvidas, tendenciosa, na medida em que constitui contribui para a conservação da soberania nacional. Os Estados-Membros detêm a *Kompetenz-Kompetenz*[44], que lhes permite conciliar a extensão da competência da Procuradoria e a sua soberania.

Talvez esta solução não seja a que melhor presta homenagem à celeridade, visto que as autoridades nacionais tendem a estar sobrecarregadas de processos, contudo, o mesmo se poderá certamente

---

[43] Pedro Caeiro e Joana Amaral Rodrigues, "A European Contraption: The relationship between the competence of the EPPO and the scope of Member States' jurisdiction over criminal matters", in Katalin Ligeti, Maria João Antunes e Fabio Giuffrida (eds.), *op. cit.*, p. 66.

[44] Giovani Grasso, Rosaria Sicurella e Fabio Giuffrida, *op. cit.*, pp. 39 e 40.

dizer da Procuradoria Europeia à medida que esta vai cumulando investigações. Também poderá não ser a solução ideal para assegurar o primado e a uniformidade na aplicação e interpretação do Regulamento. A verdade é que esta 'palavra final' é concedida aos Estados, sem possibilidade de recurso ou controlo da decisão ao nível da União Europeia. Com maior certeza, podemos afirmar que é improvável que as autoridades nacionais decidam contra si, ou melhor, contra as autoridades nacionais competentes para a investigação, mas, poderão surgir surpresas e verificar-se a entrega de determinados casos à Procuradoria.

Como a não delimitação do conceito de 'infração indissociavelmente ligada' potencia o conflito de competências entre as autoridades nacionais e a Procuradoria Europeia, é importante determiná-lo para se fixar a titularidade e o objeto da investigação e, consequentemente, o objeto processual, com as devidas repercussões processuais que bem conhecemos no direito processual penal português.

Em caso de conflito positivo de competências, dispõe o artigo 42.º, n.º 2, c), do Regulamento que caberá ao Tribunal de Justiça a interpretação, em sede de reenvio prejudicial, das regras sobre a competência daquele órgão europeu. A norma parece simples e o seu conteúdo já resultava do próprio funcionamento do reenvio prejudicial. No entanto, simplicidade não é, por vezes, sinónimo de inequivocidade.

Em primeiro lugar, se numa fase inicial das investigações ou no momento de abertura das investigações surge este conflito, não há, com efeito, um processo judicial, no decurso do qual o tribunal nacional possa colocar as suas dúvidas de interpretação sobre a competência da Procuradoria.

Note-se que o reenvio prejudicial, previsto no artigo 267.º do TFUE, permite a faculdade (e em algumas circunstâncias, o dever)[45]

---

[45] A obrigatoriedade do reenvio prejudicial verifica-se em duas circunstâncias,

de o órgão jurisdicional suspender o processo nacional e colocar dúvidas de interpretação ou de validade sobre o direito da União ao Tribunal de Justiça da União Europeia. O Regulamento da Procuradoria Europeia é direito da União Europeia, podendo, por isso, as questões de interpretação a seu respeito ser objeto de reenvio. Mas, se não há um processo judicial a decorrer, se não há a intervenção de um órgão jurisdicional nacional, como será possível concretizar o reenvio prejudicial?

Relembrando que a noção de órgão jurisdicional nacional, para efeitos de reenvio prejudicial, é uma construção jurisprudencial assente em determinados elementos orientadores e exige, nomeadamente, que o órgão seja independente e imparcial[46]. Dificilmente o Ministério-Público, os Procuradores nacionais ou, até, a Procuradoria-Geral de um Estado serão considerados órgãos jurisdicionais, e é, justamente, destas entidades que estamos a falar quando surge um conflito de competências e possam surgir dúvidas de interpretação.

---

uma legalmente prevista, outra jurisprudencialmente construída. Existe um dever de reenvio, no caso de questão de interpretação quando o órgão jurisdicional nacional decide em última instância, isto é, quando, no caso concreto, não há hipótese de recurso interno, de acordo com o artigo 267.º, 3.º parágrafo do TFUE (e melhor esclarecido no Acórdão de 4 de junho de 2002, *Lyckescog*, processo C-99/00 (EU:C:2002:329)). A segunda hipótese de reenvio obrigatório deve-se à jurisprudência *Foto-Frost* (Acórdão de 22 de outubro de 1987, processo 314/85 (EU:C:1987:452), na qual o Tribunal de Justiça afirmou que, em caso de dúvida sobre a validade do ato de direito da União, se o órgão jurisdicional nacional se inclinar para a invalidade, estará obrigado a proceder ao reenvio prejudicial, Sobre o reenvio obrigatório, *vide* Inês Quadros, "Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 1987 – Processo 314/85 *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lubeck-Ost*", in Sofia Oliveira Pais (coord.), *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – Uma abordagem Jurisprudencial,* 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 236-250.

[46] O próprio Tribunal de Justiça afirmou, em 1997, no Acórdão *Dorsch Consult,* que os órgãos jurisdicionais nacionais terão de observar as exigências de independência e imparcialidade (Acórdão de 17 de setembro de 1997, *Dorsch Consult*, processo C-54/96 (EU:C:1997:413).

O Tribunal de Justiça tem limitado o escopo da noção de órgão jurisdicional, afirmando, em inúmeros momentos, que "o conceito de independência, que é inerente à missão de julgar, implica, acima de tudo, que a instância em questão tenha a qualidade de terceiro em relação à autoridade que adotou a decisão objeto do recurso"[47].

A independência judicial, enquanto "pré-condição" para o diálogo de órgãos jurisdicionais com o Tribunal de Justiça da União e com órgãos de outros Estados[48], deve ser aferida, fruto da influência da jurisprudência do Tribunal Europeus dos Direitos do Humanos sobre o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos[49], em duas dimensões. Internamente, o órgão jurisdicional deve pautar a sua atuação pela imparcialidade no julgamento da causa, garantindo o devido distanciamento do tribunal em relação às partes no litígio e aos seus interesses. Exige-se objetividade e a inexistência de qualquer interesse pessoal ou subjetivo na resolução do litígio por parte do tribunal[50]. O único interesse que deve nortear a atuação judiciária será a estrita aplicação do direito[51].

---

[47] Acórdão de 19 de setembro de 2006, *Wilson*, processo C-506/04 (EU:C:2006:587), n.º 49; e Acórdão de 13 de dezembro de 2017, *El Hassani,* processo C-403/16 (EU:C:2017:960), n.º 40.

[48] Koen Lenaerts, "The Court of Justice and national courts: a dialogue based on mutual trust and judicial Independence", discurso no Supremo Tribunal Administrativo de República da Polónia, Varsóvia, 19 de março de 2018, p. 11, disponível em https://ecer.minbuza.nl/documents/20142/1132692/Kl+19+03+2018+warsaw+poland.pdf/2031cabf-d373-0bcd-a496-60ce9efcca96?t=1545303329007.

[49] Adriano Martufi, "Effective Judicial Protections and the European Arrest Warrant: Navigating between Procedural Autonomy and Mutual Trust", *Common Market Law Review* 59 (2022), p. 1387; e Lydia F. Müller, "Judicial independence as a Council of Europe standard", *German Yearbook of International Law* 52 (2009), p. 462.

[50] Acórdão de 14 de junho de 2017, *Online Games and others*, processo C-685/15 (EU:C:2017:452), n.º 61.

[51] Acórdão de 25 de julho de 2018, *LM*, processo C-216/18 PPU (EU:C:2018:586), n.º 6, e Acórdão de 24 de junho de 2019, *Comissão/Polónia*, processo C-619/18 (EU:C:2019:531), n.º 73.

No que respeita à dimensão externa, a atuação do tribunal não poderá estar sujeita a influências diretas ou indiretas, contribuindo para tal as garantias de inamovibilidade e a ausência de qualquer relação hierárquica ou de subordinação face a outro órgão ou entidade, em particular, do poder legislativo e executivo[52]. O exercício da função jurisdicional requer autonomia para um julgamento arredado de intervenções ou pressões suscetíveis de afetar ou influenciar a tomada de decisões[53].

São estas exigências que "permitem afastar qualquer dúvida legítima, no espírito dos particulares, quanto à impermeabilidade da referida instância em relação a elementos externos e à sua neutralidade relativamente aos interesses em confronto"[54].

Estando a condição de independência judicial modelada pelo Tribunal em torno do princípio da separação de poderes, os procuradores nacionais são, frequentemente, retratados como "*quintessentially hybrid figures*" que se integram no "*pouvoir judiciaire*", mas poderão apresentar "traços de subordinação ao poder executivo"[55]. Embora não releve a denominação que o direito interno atribui ao órgão jurisdicional, esta noção autónoma de direito da União Europeia não permitirá que entidades ligadas ao poder político ou executivo, ou entidades que recebem ordens ou instruções de outras entidades, ou que têm interesse na investigação possam ser considerados órgãos jurisdicionais nacionais.

---

[52] Acórdão de 10 de novembro de 2016, *Poltorak*, processo C-452/16 PPU (EU:C:2016:858), n.º 35; Acórdão *Online Games and others, op. cit.,* n.º 60; e Acórdão do TEDH, de 18 de maio de 1999, *Ninn-Hansen c. Dinamarca*, para. 19.

[53] Acórdão *LM*, *cit.,* n.º 63.

[54] Acórdão de 9 de outubro de 2014, *TDC*, processo C-222/13 (EU:C:2014:2265), n.° 32; e Acórdão *Online Games and others*, *cit*., n.º 62.

[55] Adriano Martufi, *op. cit*., p. 1386.

Sem vislumbrar, neste momento, como poderá esta faculdade ser colocada em prática, atrevemo-nos a dizer que consagrar formalmente a possibilidade de reenvio não assegurará, por si só, a efetividade do exercício da competência da Procuradoria. A falta de soluções que viabilizem a intervenção do Tribunal de Justiça ou um outro controlo adequado ao nível europeu coloca em risco o efeito útil daquela norma e condiciona a solução de conflitos à interpretação das autoridades nacionais, o que, consequentemente, prejudicará a uniformidade na aplicação e interpretação do direito da União Europeia.

Neste sentido se posicionou o Parlamento Europeu, em 2016, ao defender que "a eficiência da Procuradoria Europeia dependerá da clarificação das suas competências". Por essa razão, solicitou, na altura, uma clarificação das competências em matéria de ação penal da Procuradoria Europeia e "lament[ou] profundamente que, em caso de desacordo entre a Procuradoria Europeia e os tribunais nacionais em relação à questão das competências, a decisão final não seja tomada por um tribunal independente, como o Tribunal de Justiça da União Europeia"[56].

É certo que do artigo 267.º do TFUE e da jurisprudência relevante sobre a matéria, já resultava a faculdade de reenvio de dúvidas interpretativas sobre Regulamento da Procuradoria. Esta prerrogativa era garantida com base no direito da União Europeia, razão pela qual esta norma parece ser repetitiva.

Numa comparação inesperada (e que, adiante, voltará a ser convocada), a norma em causa identifica-se com aquilo que era dito relativamente ao segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE, introduzido com o Tratado de Lisboa (TL). Em tempos, foi afirmado que do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE,

---

[56] Resolução do Parlamento Europeu, de 5 de outubro de 2016, sobre a Procuradoria Europeia e a Eurojust (2016/2750(RSP)).

ao consagrar que os Estados-Membros devem estabelecer as vias de recurso necessárias para assegurar aquela proteção judicial nos domínios abrangidos pelo direito da União, reforçava aquilo que já decorria do dever de cooperação leal, previsto no artigo 4.º, n.º 3 do TUE.

Aquela norma, contida no artigo 19.º, não deixou transparecer qualquer nota inovadora, motivo pelo qual não era expectável a possibilidade de ser colocada à disposição da fiscalização da independência dos tribunais nacionais, como sucedeu no caso *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*[57]. A partir daquela disposição legal, o Tribunal criou uma "nova esfera" jurídica europeia[58], quando afirmou que dela derivava uma obrigação para os Estados-Membros de assegurar que todos os seus órgãos jurisdicionais, que possam aplicar e interpretar o direito da União Europeia, oferecem garantias de independência, possibilitando uma tutela jurisdicional efetiva neste domínio. Amparada na potencial aplicação ou interpretação de normas europeias, a (re)interpretação daquela norma viria a servir de antecâmara, como já defendemos noutras instâncias, para a intervenção europeia na crise do Estado de direito, nomeadamente na Polónia, motivada pelas alterações legislativas ao seu sistema judiciário (matéria da competência exclusiva dos Estados-Membros) que colocaram em causa a independência judicial[59].

---

[57] Acórdão de 27 de fevereiro de 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, processo C-64/16 (EU:C:2018:117).

[58] Matteo Bonelli e Monica Claes, "Case Note: Judicial serendipity: how Portuguese judges came to rescue the Polish judiciary", *European Comstitutional Law Review* 14 (n.º 3) (2018), p. 630.

[59] A respeito, *vide* Inês Pereira de Sousa, "The Rule of Law Crisis in the European Union: From Portugal to Poland (and Beyond)", *Teisė* 114 (2020), pp. 144-153; e Inês Pereira de Sousa, "O Acórdão Associação Sindical de Juízes Portugueses como antecâmara para a intervenção do TJUE na crise do Estado de Direito na União Europeia", in *Análise Crítica do Direito Público Ibero-Americano*, Porto: Universidade Lusófona do Porto e Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, 2020, pp. 260-271.

Destarte, apesar de o artigo 42.º, n.º 2, c), do Regulamento não acrescentar nada de novo, aquela norma poderá vir a surpreender se o Tribunal de Justiça se debruçar sobre a sua interpretação.

3.2. O caso espanhol das 'máscaras'

Nos termos da 'Diretiva PIF', os Estados devem, nomeadamente, garantir que a corrupção ativa e passiva, quando cometidas intencionalmente, constituem infrações penais. Da descrição que a Diretiva faz destas condutas não parece que nelas se possa incluir o crime de tráfico de influência, questão que se suscitou, recentemente, no âmbito de uma investigação a um contrato, financiado por fundos europeus, para aquisição de máscaras pela *Comunidad de Madrid.*

No caso concreto, ponderou-se se, perante factos que poderiam consubstanciar a prática de crimes de corrupção e de tráfico de influência, a Procuradoria seria competente para exercer as suas funções relativamente àquele último crime.

Por comunicado de imprensa do dia 28 de março de 2022, a Procuradoria Europeia afirmou que, para evitar uma duplicação e assegurar os interesses da defesa, o Regulamento estabeleceu a sua competência prioritária para investigar todos os factos que estivessem ligados à possível fraude dos interesses financeiros. Por outro lado, o mesmo comunicado recorda à *Fiscalía General del Estado* que, em caso de conflito de competências, devia considerar o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça[60].

No entanto, só com muito boa vontade é que a *Fiscalía General* seria considerada um órgão jurisdicional para efeitos de reenvio, dada a sua falta de independência face ao poder político e o seu interesse, ainda que institucional, na entrega da investigação às suas autoridades e na promoção da ação penal por aqueles crimes. Ain-

---

[60] Disponível em https://www.eppo.europa.eu/en/news/eppos-statement-competence-adjudication-spain.

da que essa hipótese tenha sido invocada, não poderia ser colocada em prática, como vimos.

Dois dias depois, perante a decisão da *Fiscal General del Estado* de dividir a competência para o caso concreto, foi emitido novo comunicado. A Procuradoria defendeu que esta decisão não estava em conformidade com o direito da União Europeia, alertou para a falta de procedimentos ou mecanismos que que acautelem a intervenção do Tribunal de Justiça para exercício do seu mandato exclusivo de interpretação do direito da União, e concluiu que esta falha constitui um desafio para o princípio do primado[61].

Quanto à divisão da investigação, a *Fiscalía General del Estado* entendeu, no exercício da prerrogativa conferida pelo artigo 25.º, n.º 6, do Regulamento, repartir a competência, quanto aos factos, entre a *Fiscalía Anticorrupción* e a Procuradoria Europeia. A Procuradora-Geral de Espanha afirmou a competência nacional para prosseguir com as investigações pelo crime de tráfico de influência e determinou que apenas remeteria para a Procuradoria a investigação do alegado crime de corrupção.

Ora, se os mesmos factos, relacionados no tempo e no espaço, eram suscetíveis de integrar o crime de corrupção (previsto na 'Diretiva PIF', e, por isso, no âmbito da competência material – e principal – da Procuradoria) e o crime de tráfico de influência, questionamos se não foram, precisamente, circunstâncias como estas que se procuraram acautelar com a extensão dos poderes da Procuradoria aos tais crimes indissociavelmente ligados a condutas lesivas dos interesses financeiros da União.

Esta posição afetará a eficácia das investigações e poderá, verificados os contornos concretos do caso, comprometer o princípio *ne bis in idem*. Era uma decisão previsível, diante do enquadramento

---

[61] Disponível em https://www.eppo.europa.eu/en/news/eppos-statement-decision-fiscal-general-del-estado.

e das problemáticas aqui expostas, ilustrando a resistência nacional a maiores concessões no domínio penal e a incerteza em torno da competência acessória da Procuradoria.

4. Um retrato da competência acessória da Procuradoria Europeia: Entre a salvaguarda do primado do direito da União Europeia e o respeito pelo princípio da subsidiariedade?

O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, que abrange a cooperação em matéria penal, constitui, de acordo com o disposto no artigo 4.º, n.º 2, j), do TFUE, uma competência partilhada entre a União e os Estados-Membros. Como tal, em conformidade com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, a União intervém se e na medida em que os objetivos não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados, e a sua intervenção não deve exceder o necessário para alcançar o objetivo dos Tratados[62]. Enquanto matéria abrangida pelo Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, a Procuradoria Europeia reconduz-se àquela competência partilhada.

Contudo, será de salientar que a promoção da ação penal por infrações que não integrem o âmbito de aplicação do Regulamento da Procuradoria continua a ser competência reservada aos Estados. Do mesmo modo, para os Estados que não participam neste organismo, os seus poderes de promoção processual penal, por fraudes ao orçamento europeu e por outros quaisquer crimes, permanecem na sua esfera exclusiva de poderes.

---

[62] Em conformidade com o disposto no artigo 5.º, n.ºs 3 e 4, do TUE, e no Protocolo n.º 2, relativo à Aplicação dos Princípio da Subsidiariedade e da Proporcionalidade, anexo ao TFUE.

As dúvidas sobre a conformidade da competência da Procuradoria com o princípio da subsidiariedade não surgiram, na nossa opinião, apenas no passado. É verdade que a proposta de estabelecimento da Procuradoria entre todos os Estados-Membros motivou reações negativas, por parte de alguns parlamentos nacionais, no que diz respeito ao cumprimento do princípio da subsidiariedade. Como já havíamos relembrando, foi acionado, em 2013, o sistema de alerta precoce (*early-warning mechanism)*, tendo alguns Parlamentos nacionais considerado que a criação de uma Procuradoria Europeia não respeitava o princípio da subsidiariedade e constituía uma intromissão na soberania nacional[63]. Contudo, em momento posterior, já no contexto da cooperação reforçada que criou a Procuradoria, será justo questionar a compatibilidade de uma competência acessória tão vaga com o princípio da subsidiariedade e, até, com o respeito pela soberania nacional.

De facto, ainda que esteja em causa a atribuição de poderes para infrações que serão indissociáveis da infração lesiva dos interesses financeiros da União, a latitude da sua atribuição levanta dúvidas e poderá exceder o objetivo que norteou o estabelecimento desta entidade supranacional. Não se pretendeu conferir-lhe poderes ilimitados, nem tão pouco conceber a sua competência em qualquer infração penal. O objetivo era bastante claro, logo, permitir que este organismo possa investigar qualquer outro crime (esteja ele harmonizado ou não à luz do direito da União Europeia)[64] que seria da competência exclusiva das autoridades nacionais, se

---

[63] Vejam-se os pareceres dos Parlamentos irlandês, britânico, húngaro e neerlandês, disponíveis em https://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/document/COM-2013-0534#dossier-APP20130255. A título de exemplo, no parecer da Assembleia Nacional da Hungria é possível ler: "*the supranational model of the European Public Prosecutor's Office would disproportionately limit the Member State's existing sovereignty in the field of criminal law*".

[64] Valsamis Mitsilegas, *op. cit.*, (2021), p. 252.

estiver indissociavelmente ligado à infração lesiva dos interesses financeiros europeus, poderá constituir uma ingerência no exercício do *ius puniendi* nacional.

Considerando outro prisma, se esta competência não lhe tivesse sido outorgada, além de potenciais riscos para os direitos fundamentais dos envolvidos, poderia verificar-se uma duplicação e dispersão da prova nos casos investigados, aumentando os custos com a investigação e o processo. No fundo, acabaria por se verificar uma repartição de tarefas de investigação e de acusação (e de crimes) entre as autoridades nacionais competentes e a Procuradoria Europeia e, em certos casos, poderia mesmo ocorrer uma divisão artificial dos mesmos factos em dois processos. Esta divisão implica investigações paralelas, o que contraria o propósito da Procuradoria Europeia[65].

De acordo com determinada doutrina, a criação da Procuradoria apenas se compadecia com a atribuição dos poderes necessários para o exercício das suas funções de forma eficiente[66], e a sua competência acessória surge como "consequência inevitável" da competência material e do respeito pelo princípio *ne bis in idem*[67].

Ainda assim, a sua imprecisão poderá, como dissemos, implicar uma interferência ilegítima nos sistemas de justiça penais nacionais. Defendemos que, dada a delicadeza do tema europeu penal, não se deve alimentar as dúvidas sobre o respeito da soberania nacional. Uma demora na delimitação do conceito de 'infração indissociavelmente ligada' fomenta estas dúvidas e dá voz (e, talvez, alguma razão) àqueles que se opuseram a esta forma de cooperação por estes motivos.

É verdade que, para esclarecer o conceito, será necessária uma alteração no Regulamento ou a intervenção do Tribunal de Justiça

---

65 Jacob Öberg, *op. cit.*, 2021, p. 168.

66 Diane Fromage, *op. cit.*, p. 18.

67 Pedro Caeiro e Joana Amaral Rodrigues, *op. cit.,* p. 66.

sobre o assunto[68]. O Tribunal de Justiça pode, com efeito, contribuir para a determinação do seu conceito (e, consequentemente, para a delimitação da competência da Procuradoria), contudo, o acesso àquele Tribunal, através do reenvio prejudicial, não parece ser exequível neste contexto, o que originará diferentes interpretações nacionais e insegurança jurídica.

A própria norma que, alegadamente, garante o reenvio de dúvidas de interpretação sobre a competência da Procuradoria parece condenada desde o primeiro momento e, sem uma intervenção judicial no sentido de reelaboração do conceito de órgão jurisdicional nacional (pelo menos, para efeitos de reenvio nesta sede), a sua concretização surge como intangível neste momento, aumentando a nossa curiosidade sobre a solução que o Tribunal de Justiça poderá desenvolver.

Acresce a esta dificuldade, o facto de não ter sido prevista a intervenção de uma entidade independente para dirimir o conflito de competências, ou a intervenção do próprio Tribunal de Justiça, fora do quadro do reenvio prejudicial.

Em menos de um ano de atividade, a Procuradoria Europeia deparou-se com estas questões, incitadoras de um cenário que promove a incerteza e não apresenta, ou representa, da melhor forma o grande passo, marcante para a história da cooperação europeia, que foi dado com a criação deste órgão inovador.

Consoante a perspetiva, uma competência acessória vaga, pode comprometer, por um lado, o princípio da subsidiariedade ou a competência exclusiva dos Estados, como já explicamos, ou, por outro lado, pode colocar em causa o princípio do primado. Estas alternativas, aqui opostas, são percetíveis no caso *de las mascarillas*.

---

[68] Valsamis Mitsilegas defende, inclusivamente, que as futuras dúvidas de interpretação serão cruciais para verificar a conformidade deste conceito com o princípio da legalidade (*op. cit.,* 2021, p. 261).

Vejamos, a Procuradoria Europeia considerou que a decisão da autoridade nacional não estava alinhada com o direito da União e constituía um desrespeito pelo princípio do primado. Na verdade, o Regulamento entrega às autoridades nacionais o poder de decisão quando tanto as autoridades nacionais como a Procuradoria se arrogam competentes para prosseguir a mesma investigação. Até este ponto, parece que o primado não está comprometido. Dúvidas surgem quanto ao conteúdo da própria decisão nacional. Se o Regulamento da Procuradoria lhe concede poderes para investigar infrações indissociavelmente ligadas a infrações que lesam os interesses financeiros europeus, estando em causa uma infração desta natureza e verificando-se o cumprimento do critério da preponderância, seria de esperar que a competência fosse exercida pela Procuradoria.

Na medida em que o entendimento de 'infração indissociavelmente ligada' remete para a jurisprudência sobre o princípio *ne bis in idem*, se certos factos, relacionados no tempo, lugar e objeto, originam uma infração lesiva dos interesses financeiros da União e uma outra infração, estas duas infrações estão relacionadas e podem, até, estar indissociavelmente relacionadas. Neste sentido, uma decisão que opte pela divisão da investigação e entregue cada infração a autoridades diferentes, será uma decisão que impede, ou, pelo menos, obstaculiza o funcionamento pleno da Procuradoria, podendo ser incompatível com o Regulamento e comprometer a supremacia do direito da União Europeia.

Em contrapartida, a amplitude da competência acessória poderá, em teoria, colocar sob a alçada da Procuradoria Europeia qualquer infração que seja cometida num contexto em que se relacione indissociavelmente com a prática de factos que constituem uma fraude aos interesses financeiros da União. Esta construção peca pela ambiguidade. Se a cooperação penal é uma matéria partilhada entre a União e os Estados, deve ser observado o princípio da subsidiariedade, que impõe o respeito pela atuação prioritária dos Estados, e, mais do que isso, se a investigação e a promoção da ação

penal noutros crimes é reservada aos Estados, a sua competência exclusiva poderá estar a sofrer uma devassa.

A origem da Procuradoria funda-se num interesse supranacional, na luta contra os crimes que afetam o orçamento europeu. A sua criação não pode implicar uma apropriação de esferas de soberania que pertencem aos Estados. Neste sentido, compreende-se que a decisão sobre um conflito de competências tenha sido entregue às autoridades nacionais e que esta seja uma forma de assegurar o respeito pelo princípio da subsidiariedade e pela soberania estadual. A decisão da *Fiscalía General del Estado* demonstra a reafirmação do seu poder e a imposição de limites às funções da Procuradoria.

Um outro sinal da salvaguarda do poder dos Estados repousa no facto de o exercício da competência da Procuradoria se encontrar subordinado, como vimos, à hegemonia da infração lesiva dos interesses financeiros da União, que é aferida pelo grau de severidade das sanções, previsto no direito nacional, para aquela infração e para a infração que lhe é indissociavelmente ligada. Este critério é construído em torno dos limites máximos das sanções determinados pelo legislador nacional, que poderá proceder à sua revisão, se assim o entender, e contornar, em certos casos, o exercício da competência da Procuradoria.

Reconhecemos a necessidade de intervenção do Tribunal de Justiça para clarificação ou construção do conceito de 'infração indissociavelmente ligadas', mas, mais do que isso, poderá ser o seu próprio ativismo que permitirá a sua intervenção. Por outras palavras, o Tribunal de Justiça poderá ser chamado a esclarecer como poderão os procuradores nacionais ou a Procuradoria fazer-lhe chegar questões prejudiciais. Se a sua posição pender para o alargamento do conceito de órgão jurisdicional nacional, poderemos assistir a mudança que afetará o pré-requisito da cooperação entre os órgãos jurisdicionais e o Tribunal de Justiça: a independência judicial. A restrição desta premissa não será bem recebida, sobretudo no atual contexto de crise da *rule of law*, uma vez que é precisamente esta condição que se tem revelado o baluarte da luta do

Tribunal de Justiça.

Afastar a independência judicial da noção de órgão que pode colocar questões prejudiciais, para, deste modo, permitir que o reenvio seja levado a cabo por procuradores do Ministério Público, quando não há um processo judicial a decorrer, constituiria um revés na consolidação da independência dos órgãos jurisdicionais como exigência do Estado de direito[69]. Uma inversão desta natureza poderia, ainda, colocar em causa a afirmação, sustentada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Associação Sindical de Juízes Portugueses*, de que o artigo 19.º, n.º 1, 2.º parágrafo, do TUE impõe que todos os órgãos nacionais que potencialmente apliquem ou interpretem direito da União Europeia tenham de oferecer garantias de independência.

Como anunciamos, voltamos, assim, à comparação inicial, acrescentado uma nova nuance ao paralelismo entre as duas disposições. Dissemos, anteriormente, que o artigo 42.º, n.º 2, c) do Regulamento da Procuradoria, à semelhança do que sucedia com artigo 19.º, n.º 1, 2.º parágrafo, do TUE, parece não acrescentar nada de novo. Em face da atual inoperatividade daquela norma do Regulamento, a solução terá que acautelar a construção jurisprudencial sobre a importância da independência judicial. Parece que, neste ponto, chegamos a um impasse.

Numa palavra final, recordamos as palavras de Katalin Ligeti, afirmando que a legislação que visa proteger os interesses financeiros da União Europeia se assemelhava a uma manta de retalhos[70].

---

[69] Os desafios recentes com a tutela da *rule of law* têm demonstrado que o Tribunal de Justiça transformou a independência judicial num "elemento de conexão entre o Direito da UE e o cumprimento dos valores do artigo 2.º do TUE fora do âmbito do *acquis stricto sensu*" (Petra Bárd, "In Courts We Trust, or Should We? Judicial Independence as the Precondition for the Effectiveness of EU Law", *European Law Journal* 26 (n.º1) (2022), p. 5).

[70] Nas palavras da Autora, "*a patchwork of harmonised EU rules*" (Katalin Ligeti, *op. cit.*, p. 82).

A verdade é que dar vida ao artigo 42.º, n.º 2, c,) do Regulamento da Procuradoria Europeia pode ser um caminho sinuoso, que exige remendar a manta de retalhos sem provocar danos noutros remendos anteriores. Diante do exposto, as expetativas amparam-se nos futuros remendos do Tribunal de Justiça, mas, mais importante, será desvendar o caminho para alcançar estes novos remendos.

5. Conclusões

No momento de apresentarmos algumas considerações finais, maiores são as dúvidas do que as certezas. A competência acessória da Procuradoria Europeia, envolta em polémica e críticas, foi estabelecida. Há que saber aplicá-la e interpretá-la para assegurar o funcionamento eficaz desta entidade.

De acordo com o artigo 19.º, n.º 1, 1.º parágrafo, do TUE, cabe ao Tribunal de Justiça da União Europeia garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados, o que é reforçado pela previsão, no artigo 267.º do TFUE, da sua competência para decidir sobre a interpretação dos Tratados e sobre a interpretação e validade do direito derivado da União. No cumprimento desta missão, previu-se, no Regulamento da Procuradoria, que o Tribunal seria competente para a interpretação das normas que versam sobre os seus poderes deste organismo europeu. No entanto, esvaziou-se aquela norma de efeito útil. O artigo 42.º, n.º 2, c), é, na prática (e por enquanto), uma norma inexequível e, como não foi prevista a intervenção de uma outra autoridade ou do próprio Tribunal de Justiça para solucionar ou supervisionar um conflito de competências, parece que o Regulamento não acautelou alternativas.

É premente estabelecer o que é uma 'infração indissociavelmente ligada', sob pena de estar a ser sacrificado o primado e a efetividade do direito da União Europeia ou a subsidiariedade da intervenção da União Europeia e, até mesmo, a soberania estadual.

O cumprimento do princípio da subsidiariedade pretende ressalvar, em matérias que não são da competência exclusiva da

União, uma atuação em primeira linha dos Estados. O controlo do princípio da subsidiariedade e do princípio da proporcionalidade, estabelecido com o Tratado de Lisboa, concede aos parlamentos nacionais a possibilidade de participar no processo legislativo, permitindo-lhes aferir da necessidade da atuação da União e tutelar os interesses estaduais. Nas palavras de André Klip, os Estados-Membros olham para o princípio da subsidiariedade como forma de proteger a sua soberania, o que fundamenta esta relação próxima entre o princípio e a soberania nacional[71].

É verdade que se previu uma defesa do poder soberano, entregando aos Estados-Membros a decisão final no contexto de um conflito de competências entre a autoridade nacional competente e a Procuradoria Europeia, e que se fez depender do direito penal nacional o exercício da competência acessória. Apesar disso, estas garantias prejudicam o funcionamento da Procuradoria, pois, quanto mais o exercício da sua competência depender do direito nacional, menos eficiente e supranacional será a Procuradoria e menos coerentes serão, entre si, as decisões das autoridades nacionais. Como observou Fabio Giuffrida, "*the crux of the matter is self-evident: the more national law is brought to the fore to regulate the functioning of the EPPO, the more the supra-national nature of the Office is watered down, with the subsequent risk that the EPPO adds little value to the existing scenario of judicial cooperation*"[72].

Acreditamos que estes não serão os únicos obstáculos que um organismo tão recente terá de enfrentar e que o contributo do Tribunal de Justiça será imprescindível na sua sedimentação, em especial, para esclarecer a competência acessória e a exequibilidade do reenvio prejudicial de dúvidas sobre as suas competências. O

---

[71] André Klip, *European Criminal Law – An Integrative Approach*, 4.ª ed., Cambridge: Intersentia, 2021, p. 39.

[72] Fabio Giuffrida, *op. cit.,* 2017, p. 38.

Tribunal de Justiça da União Europeia já provou o seu mérito na integração europeia e a sua valorização pelo desenvolvimento da cooperação penal. *Restará saber em que sede poderá verificar-se a intervenção do Tribunal*.

Foi defendido que "[c]om o advento da Procuradora Europeia, uma nova estrela surgirá no horizonte da UE no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça"[73]. Essa estrela surgiu, saiu do papel graças à vontade dos Estados que pretenderam uma integração mais profunda. A estrela tem brilhado e mostrado o seu valor na luta pelos interesses financeiros da União, na proteção do nosso dinheiro, contudo, esse brilho poderia ser maior se a referida neblina se dissipasse nos próximos tempos.

---

[73] Peter Csonka, Adam Juszczak e Elisa Sason, "The Establishment of the European Public Prosecutor's Office – The Road from Vision to Reality", *eucrim* 3/2017.

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LA FISCALÍA EUROPEA Y LAS AUTORIDADES NACIONALES:

SOBRE LA PROBLEMÁTICA BICEFALIA ESPAÑOLA

ALEJANDRO HERNÁNDEZ LÓPEZ

Investigador Postdoctoral Margarita Salas en la Universidad de Valladolid*

1. Introducción

El establecimiento de la Fiscalía Europea y su puesta en funcionamiento es sin duda uno de los grandes hitos en el proceso de integración europea. Por primera vez, un órgano de la Unión Europea está facultado para investigar autónomamente, procesar y

* El presente trabajo forma parte del proyecto de investigación nacional «Proceso penal y Unión Europea. Análisis y propuestas» (Ref. PID2020-116848GB-I00) y ha sido elaborado durante el desarrollo de un contrato «Margarita Salas» financiado por la Unión Europea – NextGenerationEU.

llevar a juicio a los autores de delitos que formen parte de su ámbito de competencia material – actualmente, limitado a los delitos PIF. Esta clase de poderes tan extensos y con tanta incidencia en la soberanía nacional de los Estados participantes no han sido reconocidos hasta el momento a ninguna otra institución, órgano o agencia de la Unión Europea.

Los poderes que actualmente posee la Fiscalía Europea – en esencia, investigación del delito y formulación de la acusación – son por lo tanto equivalentes a aquellos que son ejercidos por las fiscalías nacionales de la mayoría de los Estados miembros. Éste sin embargo no el caso de España ya que, por norma general, los fiscales no dirigen la instrucción en el proceso penal. La pervivencia de nuestro particular sistema, tantas veces cuestionado internamente[1], no encaja en lo sustancial con el diseño de los procedimientos y la estructura central y descentralizada de este nuevo órgano europeo, lo que ha obligado al legislador español a tener en cuenta esta circunstancia a la hora de promulgar la legislación necesaria para la incardinación de la Fiscalía europea en España, la LOFE[2]. Esta ley ha instaurado un procedimiento especial que se aplica a los procedimientos penales por delitos sobre los que la Fiscalía Europea ejerce su competencia y en el que los Fiscales Europeos Delegados españoles, a diferencia de sus homólogos puramente nacionales, sí dirigen la investigación, mientras que los Jueces Centrales de Instrucción actúan en estos procedimientos como juez de garantías.

La determinación en la práctica de la competencia de la Fiscalía Europea no es una tarea sencilla. En primer lugar, porque ésta viene determinada por remisión a la Directiva (UE) 2017/1371

---

[1] Prueba de ello son los diferentes anteproyectos para sustituir nuestra decimonónica LECrim (2011, 2013, 2020) que han apostado por un cambio en el modelo en el que el Ministerio Fiscal asumiría la dirección de la investigación.

[2] LO 9/2021 (BOE n.º 157 de 2 de julio de 2021).

(Directiva PIF)[3] según haya sido transpuesta en cada ordenamiento jurídico nacional. Adicionalmente, la Fiscalía Europea puede extender su competencia a investigaciones relacionadas con la criminalidad organizada, siempre que su núcleo de actuación afecte a los delitos PIF, y a aquellos delitos indisociablemente vinculados a los anteriores. Así pues, es muy posible que en la práctica surjan discrepancias a la hora de interpretar si unos hechos concretos con apariencia delictiva encajan o no en su ámbito de aplicación material, en cuyo caso las autoridades nacionales serán competentes. O lo que es lo mismo: es posible el mantenimiento de un conflicto de competencia entre el órgano europeo y las autoridades nacionales de los Estados miembros ante la investigación de unos mismos hechos delictivos. De hecho, en esta primera etapa de funcionamiento operativo, ya se han suscitado hasta cuatro conflictos entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales, dos de ellos en España, lo que evidencia que esta problemática, lejos de permanecer en un plano teórico, es un fenómeno actual, relevante, y que se está convirtiendo en uno de los principales escollos para el funcionamiento del órgano en este primer año de trabajo operativo.

El propio Reglamento (UE) 2017/1939 (RegFE)[4] contempla expresamente estos supuestos asumiendo que, en caso de discrepancia entre el criterio de la Fiscalía Europea y el de las autoridades nacionales que ejercen la acción penal a la hora de determinar si unos hechos están comprendidos o no en el ámbito de aplicación material de Fiscalía Europea[5], serán en primer lugar las autoridades nacionales competentes en materia de atribución de la competen-

---

[3] Directiva (UE) 2017/1371, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal (DO L 198, de 28 de julio de 2017).

[4] DO L 283 de 31 de octubre de 2017.

[5] Artículo 22(2) y (3) y artículo 25(2) y (3) Reglamento 2017/1939.

cia para el ejercicio de la acción penal quienes resuelvan el conflicto de competencia suscitado entre el órgano europeo y su autoridad nacional. Por lo tanto, la solución reconocida por el RegFE consiste, en primera instancia, en una mera remisión al procedimiento de resolución de conflictos de competencia previsto a nivel interno por cada Estado miembro[6], por lo que será una autoridad nacional quien decida sobre el conflicto y, consecuentemente, resuelva éste atribuyendo la competencia para conocer de los hechos a su propia autoridad nacional o a la Fiscalía Europea.

En este sentido, la solución por la que ha optado finalmente el legislador español ha sido quizás la más compleja de todas las posibles, asignado a dos órganos completamente diferentes la resolución de este tipo de conflictos. Como veremos, el órgano finalmente competente para resolver la cuestión se determina en función del órgano nacional que esté conociendo del asunto en el momento en el que se plantea el conflicto[7], sistema que suscita numerosas dudas entre la práctica y la academia desde el punto de vista de su compatibilidad con el derecho de la Unión.

La presente aportación se centra en el análisis del sistema de resolución de conflictos de competencia entre la Fiscalía Europea y los órganos nacionales diseñado por el RegFE, así como su particular implementación en el sistema español. Finaliza con la formulación de reflexiones y propuestas *de lege ferenda* de mejora del sistema tanto a nivel nacional como europeo.

---

6 Artículo 25(6) RegFE.

7 Artículo 9 LOFE.

2. Competencia de la Fiscalía Europea: Breves Notas

2.1. Ámbito de competencia

La competencia material de la Fiscalía Europea actualmente se encuentra circunscrita a la persecución de los llamados delitos contra los intereses financieros de la Unión Europea (delitos PIF)[8]. La definición de las conductas concretas que dan lugar a esta clase de delitos, así como otros elementos de derecho penal sustantivo, se encuentran determinados por el derecho de la Unión a través de la Directiva PIF tal y como haya sido transpuesta en cada Estado miembro[9]. Dentro de esta categoría de delitos, se encuentran a su vez conductas muy diversas, tales como el fraude, la corrupción activa o pasiva, o el blanqueo de capitales.

Partiendo de las conductas definidas por la Directiva PIF, la Fiscalía Europea es competente para investigar, ejercer la acción penal y llevar a juicio a los autores de los delitos PIF recogidos en la citada directiva tal y como hayan sido transpuestos en cada Estado miembro, con independencia de que el mismo comportamiento constitutivo de delito pueda clasificarse como constitutivo de otro tipo de delito de acuerdo con el derecho nacional de los Estados miembros. No obstante, en los casos de fraude relacionados con

---

[8] Concepto autónomo del derecho de la Unión que se extiende a todos los ingresos, gastos y activos cubiertos por, adquiridos a través de, o adecuados al presupuesto de la Unión o cualquiera de sus instituciones, órganos y organismos, así como a otros presupuestos gestionados directa o indirectamente por ellos.

[9] Sobre esta cuestión, *vid.* María Ángeles Pérez Marín, "The European Public Prosecutor's Office protecting the Union's financial interests through criminal law", *eucrim* 1/2021, pp. 36-41.

el IVA, la Fiscalía Europea solo será competente cuando las acciones u omisiones dolosas afecten a dos o más Estados miembros y supongan un perjuicio total de al menos diez millones de euros[10]. La competencia de la Fiscalía Europea se extiende también a los delitos en los que participe una organización delictiva, siempre y cuando el núcleo de su actividad sea cometer alguno de los delitos anteriores[11]. El RegFE prevé además que, en determinadas circunstancias, la Fiscalía Europea pueda extender su competencia a cualquier otro delito indisociablemente vinculado con una conducta constitutiva de delito PIF[12].

En relación con su competencia territorial y personal[13], la Fiscalía Europea solo será competente para ejercer su competencia material sobre las conductas anteriormente descritas cuando éstas hayan sido cometidas total o parcialmente en el territorio de uno o varios Estados miembros; cuando hayan sido cometidos por un nacional de un Estado miembro siempre que éste sea competente respecto de esa conducta cuando es cometida fuera de su territorio; o cuando hayan sido cometidos fuera del territorio de los Estados miembros por una persona sujeta en el momento de la perpetración al estatuto de los funcionarios o al régimen aplicable a otros agentes, siempre que un Estado miembro sea competente respecto de esa conducta cuando es cometida fuera de su territorio.

---

10 Artículo 22(1) RegFE.

11 Artículo 22(2) RegFE.

12 Artículo 22(3) RegFE. Sobre esta cuestión, *vid.* David Vilas Álvarez, "The Material Competence of the European Public Prosecutor's Office", en Lorena Bachmaier Winter (ed.), *The European Public Prosecutor´s Office: The Challenges Ahead*, Cham: Springer, 2018, pp. 35-37.

13 Artículo 23 RegFE.

2.2. Ejercicio de la competencia

No todas las conductas que potencialmente pueden entrar dentro del ámbito de competencia de la Fiscalía Europea terminan desembocando en la incoación de una investigación penal dirigida por este órgano. Por el contrario, existen reglas taxativas que regulan el ejercicio efectivo de la competencia de la Fiscalía Europea en función de las características cuantitativas y cualitativas de la conducta punible.

En efecto, cuando el delito PIF pueda causar un perjuicio de cuantía inferior a diez mil euros, la Fiscalía Europea solo puede ejercer su competencia cuando el caso pueda tener repercusiones a escala de la Unión o involucre como investigados a funcionarios, otros agentes de la Unión o miembros de sus instituciones.

Respecto a su competencia sobre los delitos indisociablemente vinculados, la Fiscalía Europea debe abstenerse de ejercer su competencia cuando la sanción máxima establecida por la legislación nacional para el delito PIF es igual o menos severa que la sanción establecida para alguno de estos delitos, salvo que este último deba considerarse instrumental. Tampoco podrá ejercer su competencia si existe algún motivo para suponer que el perjuicio causado actual o potencialmente a los intereses financieros de la Unión no es mayor que el perjuicio causado o que puede causarse a otra víctima[14], salvo que, mediando consentimiento de las autoridades nacionales competentes, se considere que la Fiscalía Europea está en mejores condiciones para investigar o ejercer la acción penal[15]. La determinación de estas circunstancias no es sencilla en la práctica, por lo

---

[14] Esta exclusión no se aplica a todas las conductas definidas por la Directiva PIF. En concreto, no se aplica a los delitos mencionados en el artículo 3 (2), apartados (a), (b) y (d) de la Directiva (UE) 2017/1371.

[15] Artículo 25(5) RegFE.

que el propio RegFE requiere que la decisión final se tome previa consulta con las autoridades nacionales competentes, pues serán éstas las que asuman la competencia sobre el caso en el evento de que la Fiscalía Europea decida no ejercer su competencia.

El ejercicio efectivo de la competencia de la Fiscalía Europea se realiza a través de dos canales principales: el inicio de una investigación *ex officio* o el ejercicio del derecho de avocación respecto a una investigación nacional ya en curso. En el primer supuesto, cuando existan indicios razonables para creer que se está cometiendo o se ha cometido un delito que entre dentro del ámbito competencial de la Fiscalía Europea, un Fiscal Europeo Delegado será el encargado de iniciar una investigación conforme a las normas prescritas en su derecho nacional. En el segundo supuesto, la Fiscalía Europea, tras recibir la información de una autoridad judicial o policial de un Estado miembro sobre una investigación nacional ya iniciada que pudiera entrar dentro de su ámbito de competencia, adoptará una decisión sobre si procede o no ejercer su derecho de avocación o, lo que es lo mismo, asumir la competencia sobre el caso[16]. En todo caso, cualquier ciudadano puede poner en conocimiento de la Fiscalía Europea la supuesta comisión de un delito PIF a través de la cumplimentación de un formulario interactivo disponible en su página web[17].

---

[16] No obstante, hay que tener en cuenta que el ejercicio del derecho de avocación de la Fiscalía Europea precluye en el momento en el que la investigación nacional ha finalizado y se haya presentado escrito de acusación.

[17] https://www.eppo.europa.eu/en/reporting-crime-eppo

3. La Regulación de los Conflictos de Competencia en el REGFE

3.1. La resolución a nivel nacional del conflicto

Tras el breve análisis del ámbito de competencia de la Fiscalía Europea, y a pesar de que su competencia sobre los delitos PIF debe considerarse prevalente en virtud de las reglas sobre su ejercicio basadas en el derecho de avocación[18], es posible que se susciten conflictos entre el órgano europeo y las autoridades nacionales a la hora de determinar si los hechos investigados entran o no dentro de su ámbito de competencia. El art. 25(6) RegFE reconoce expresamente y se refiere a esta problemática en los siguientes términos:

> "En caso de discrepancia entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales que ejercen la acción penal sobre la cuestión de determinar si el comportamiento constitutivo de delito está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 22, apartados 2 o 3, o del artículo 25, apartados 2 o 3, las autoridades nacionales competentes en materia de atribución de competencia para el ejercicio de la acción penal a escala nacional decidirán quién será competente para la investigación del caso. Los Estados miembros designarán a la autoridad nacional que decidirá en materia de atribución de competencia".

En síntesis, lo que establece el precepto es que cuando surjan discrepancias entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales a la hora de interpretar si unos hechos se encuadran o no en el ámbito de aplicación material de la Fiscalía Europea, resolverá la cuestión la autoridad nacional competente en materia de atribución de competencia para el ejercicio de la acción penal a escala nacional, autoridad que además habrá sido designada oportunamente por

---

[18] *Vid.* considerando (13) en relación con artículos 22, 25(1) y 27 RegFE.

cada Estado miembro participante. De esta redacción, podemos sacar tres ideas fundamentales:

1. El ámbito de aplicación de los posibles conflictos de competencia entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales se encuentra restringido a los supuestos específicos de los arts. 22, apartados (2) y (3), y 25, apartados (2) y (3). Estos supuestos son:
   a) Competencia respecto de delitos relativos a la participación en una organización delictiva cuando su actividad delictiva se centra en cometer delitos PIF[19].
   b) Competencia sobre delitos indisociablemente vinculados con un delito PIF[20].
   c) Competencia sobre delitos PIF que causen o puedan causar un perjuicio inferior a 10.000 €, si se discute la concurrencia de alguno de los requisitos exigidos por el RegFE para que la Fiscalía Europea pueda ejercer su competencia[21].
   d) Competencia sobre delitos PIF cuando la sanción máxima establecida a nivel nacional para el delito PIF es igual o menos severa que la sanción máxima establecida para un delito indisociablemente vinculado, salvo cuando éste último haya sido instrumental[22].
   e) Competencia cuando existan motivos para suponer que el perjuicio causado a los intereses financieros de la Unión no es mayor que el perjuicio que pueda causarse a otra víctima[23].

---

[19] Artículo 22(2) RegFE.

[20] Artículo 22(3) RegFE.

[21] Artículo 25(2) RegFE. En estos casos, se requiere que el asunto tenga repercusiones a escala de la Unión o que exista la sospecha de implicación de funcionarios u otros agentes de la Unión o miembros de sus instituciones.

[22] Artículo 25(3)(a) RegFE.

[23] Artículo 25(3)(b) RegFE.

Como consecuencia, teóricamente no podría suscitarse ningún conflicto de competencia fuera de estos casos. En especial, cuando el objeto de la investigación se circunscriba únicamente a la posible comisión de delitos PIF, es decir, aquellos recogidos contemplados en la Directiva PIF tal y como haya sido transpuesta por la legislación nacional de cada Estado miembro y en los términos previstos en el ámbito de competencia material definido por el art. 22(1) RegFE.

2. Los conflictos de competencia entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales serán resueltos, al menos en primer término, por una autoridad nacional de ese mismo Estado miembro. Esta autoridad es designada además por el propio Estado miembro, y será resuelto de acuerdo con el procedimiento de resolución que se establezca internamente. En otras palabras, la responsabilidad de resolver el conflicto se circunscribe primariamente al ámbito nacional, conforme al procedimiento que cada Estado miembro establezca a nivel doméstico.
3. La autoridad nacional que designen los Estados miembros debe contar con unas características y/o atribuciones específicas que han sido determinadas por el propio RegFE. En concreto, dicha autoridad nacional debe ser "competente en materia de atribución de competencia para el ejercicio de la acción penal a escala nacional". El RegFE por lo tanto no se limita a establecer que la autoridad que resolverá el conflicto deberá ser designada por cada Estado miembro, sino que además define y establece las características con las que debe contar la figura u órgano competente que se designe.

En este sentido, la definición que usa el Reglamento – "autoridad competente en materia de atribución de competencia para el ejercicio de la acción penal" – puede no ser problemática para aquellos sistemas, considerados mayoritarios en el derecho comparado europeo, en los que la dirección de la fase de investigación y el ejercicio de la acción penal es ejercida simultáneamente por el Ministerio Fiscal. De hecho, este es el modelo por el que claramente

apuesta el RegFE a la hora de definir cuáles son las funciones de sus estructuras y miembros de carácter operativo, tales como las Salas Permanentes, los Fiscales Europeos supervisores y, en especial, los Fiscales Europeos Delegados. Por el contrario, sí puede ser problemática para aquellos otros sistemas en los que no se aplica este modelo, singularmente – pero no exclusivamente[24] – lo que sucede en el caso español.

En efecto, en España, es cierto que nuestro Ministerio Fiscal sí puede encajar en la definición de "autoridad que ejerce la acción penal" que preceptúa el RegFE, aunque no la ejerce de manera exclusiva, pues en el sistema español prevalecen figuras como el acusador particular o el acusador popular[25]. Sin embargo, el Ministerio Fiscal en el sistema español, por norma general[26], no dirige la instrucción ni está a cargo de la investigación. Esa tarea le corresponde en España a los jueces de instrucción objetiva y territorialmente competentes. Y a estos últimos les corresponde, en su caso y en exclusiva, plantear los conflictos de competencia – en puridad terminológica española, cuestiones de competencia – que se susciten entre ellos, cuestiones que además serán resueltas por su superior jerárquico común. Por otra parte, en virtud de la vigencia el principio acusatorio, los jueces y magistrados tienen vedado, también por norma general, el ejercicio de la acción penal[27].

---

[24] *Vid.* en este sentido el análisis desde la perspectiva belga de Ana Laura Claes, Anne Werding y Vanessa Franssen, "The Belgian *Juge d'Instruction* and the EPPO Regulation: (Ir)Reconcilable?" *European Papers* 6 (2021), pp. 357-389.

[25] La figura del acusador popular tiene su base constitucional en el artículo 125 CE. No obstante, esta figura ha sido excluida, precisamente, en el nuevo procedimiento especial de investigación de la Fiscalía Europea en España, *vid.* artículos 19 (3) y 36 (5) LOFE.

[26] Salvo en los procedimientos de menores de la LO 5/2000 (BOE n.º 11, de 13 de enero de 2000), donde los fiscales sí dirigen la instrucción.

[27] Salvo en las excepciones contenidas en el artículo 102 párrafos 2.º y 3.º LECrim.

Así pues, el primer problema que presenta el art. 25(6) RegFE desde la perspectiva procesal española es que la definición de autoridad competente para resolver el conflicto de competencia que utiliza no encaja nítidamente con las funciones ejercidas por fiscales y jueces en el proceso penal español. A diferencia de lo que sí sucede en otros Estados miembros, no existe en España una única figura que se identifique completamente con las características requeridas por el Reglamento, pues el ejercicio de la acción penal, la dirección de la instrucción (fase en la que se realiza la investigación) y la resolución de las cuestiones de competencia se encuentran repartidas en diferentes órganos judiciales *lato sensu*, con estatutos y atribuciones muy diferentes.

3.2. La posible intervención del TJUE en el conflicto

Si bien el RegFE determina que la resolución del conflicto se realice, principalmente, a nivel nacional, también prevé la posible intervención del Tribunal de Luxemburgo en la resolución de los potenciales conflictos de competencia que se susciten entre el órgano europeo y las autoridades nacionales. En este sentido, el art. 42(2)(c) RegFE establece que:

> "el Tribunal de Justicia será competente, de conformidad con el artículo 267 del TFUE, para pronunciarse con carácter prejudicial sobre 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."

Preliminarmente, adviértase que si bien el art. 42(2)(c) se refiere efectivamente a los conflictos de competencia entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales, a diferencia de lo que sucede con el art. 25(6) RegFE, su ámbito de aplicación no se restringe a unos supuestos concretos, sino que extiende el ámbito de cognición del Tribunal de Luxemburgo a toda cuestión que se le plantee en relación con el ámbito de competencia material de la Fiscalía Europea (art. 22) y con el ejercicio de su competencia (art. 25).

Esta divergencia entre el ámbito de aplicación de ambos artículos, que a primera vista puede parecer relevante, en realidad no es más que una consecuencia lógica de la correcta aplicación del derecho de la Unión. En efecto, en aplicación del art. 267 TFUE, la jurisdicción del Tribunal de Luxemburgo para resolver cuestiones prejudiciales se extiende no solo a los supuestos tasados que enumera el art. 42(2) RegFE, sino a toda cuestión interpretativa derivada del texto. Que el RegFE haya enfatizado la posibilidad de acudir a la cuestión prejudicial en determinadas materias, como la relativa a los conflictos de competencia, no restringe ni imposibilita el planteamiento de cualquier otra cuestión prejudicial en relación con la interpretación de cualesquiera otras disposiciones del RegFE diferentes a las específicamente señaladas. En definitiva, el alcance del art. 42(2)(c) es irrelevante en la práctica, pues la recta aplicación del derecho de la Unión obliga a afirmar que el TJUE posee jurisdicción para pronunciarse con carácter prejudicial sobre cualquier cuestión de derecho de la Unión que se plantee a la luz del RegFE, tal y como además establece, de manera general, el propio art. 42(2)(b) RegFE.

Dicho lo anterior, la verdadera importancia que posee el diseño de la atribución de la competencia de la Fiscalía Europea estriba en la posibilidad de que el TJUE pueda ejercer, vía cuestión prejudicial, un control jurisdiccional de carácter supranacional sobre este extremo[28]. En virtud de esta disposición, la decisión sobre el conflicto de competencia que se suscite entre una autoridad nacional de un Estado miembro y la Fiscalía Europea ante la investigación de unos mismos hechos ya no dependerá en exclusiva de la decisión

---

[28] Sobre esta cuestión, *vid.* las reflexiones de Michele Panzavolta, "La elección del foro nacional en los procedimientos de la Fiscalía Europea ¿Quién resulta competente?", en Lorena Bachmaier Winter (coord.), *La Fiscalía Europea*, Madrid: Marcial Pons, 2018, pp. 117-119.

emanada de un órgano nacional del Estado miembro mediante un procedimiento de resolución previsto en su ordenamiento interno, sino que dicha decisión podrá llegar a ser revocada a través de una posible interpretación divergente del RegFE realizada por el Tribunal de Luxemburgo. Ello instaura un método de resolución que reconoce a un órgano jurisdiccional supranacional la capacidad de pronunciarse sobre el conflicto.

Ahora bien, la capacidad de pronunciarse sobre el conflicto no debe entenderse equivalente a la capacidad de resolverlo de manera directa. En efecto, lo que el RegFE prevé es la posibilidad de que el Tribunal de Luxemburgo se pronuncie, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de las disposiciones relativas a la competencia de la Fiscalía Europea – incluidas los propios conflictos de competencia con autoridades nacionales – que prescribe el RegFE. Atendiendo a las limitaciones propias del derecho de la Unión y, concretamente, del art. 267 TFUE, ello impide, primariamente, que el pronunciamiento del Tribunal de Justicia pueda realizarse *ex officio*, ya que siempre será necesario que se plantee previamente una cuestión prejudicial que le permita interpretar la norma aplicable al conflicto. Tampoco puede resolver la cuestión de manera directa, pues la respuesta del Tribunal de Luxemburgo tendrá el limitado alcance que le confieran los propios términos en los que se plantee la cuestión, pues su finalidad no deberá ir más allá de señalar la interpretación correcta de conforme al derecho de la Unión, sobre la que las autoridades nacionales deberán extraer las consecuencias aplicables al conflicto concreto.

Señaladas las limitaciones en cuanto al objeto del control jurisdiccional del TJUE sobre el conflicto competencial, hay que destacar también las relativas a la propia legitimación para instar el pronunciamiento. Así, conforme al sistema del actual art. 267 TFUE, solo órganos jurisdiccionales de los Estados miembros están habilitados para plantear este tipo de cuestiones. Ello descarta por supuesto la petición directa por parte de los particulares, incluido el propio investigado – aunque en algunos sistemas de los Estados

miembros sí pueden sugerir su formulación al órgano jurisdiccional competente[29]. Pero también descarta a cualquier otro tipo de órgano de naturaleza pública o incluso judicial que no tenga la consideración de "órgano jurisdiccional". Determinar la naturaleza jurisdiccional del órgano es, por lo tanto, clave para determinar, a su vez, la legitimación para el planteamiento de la cuestión.

En este sentido, la consideración de órgano jurisdiccional en el contexto del planteamiento de cuestiones prejudiciales no es un asunto que quede al arbitrio de los Estados miembros. Por el contrario, a efectos del art. 267 TFUE, el concepto "órgano jurisdiccional" debe ser interpretado conforme al derecho de la Unión y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Así, el TJUE ha creado un concepto autónomo de órgano jurisdiccional en relación con el planteamiento de cuestiones prejudiciales que tiene en cuenta diversos factores, tales como el origen legal del organismo, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento seguido ante él, la aplicación por parte del organismo de normas jurídicas, su independencia, así como si en el procedimiento de referencia actúa en el ejercicio de una actividad jurisdiccional[30].

---

[29] *Vid.* artículo 4 bis LOPJ. En efecto, en España las partes pueden sugerir el reenvío prejudicial, aunque el margen discrecional del órgano jurisdiccional a la hora de efectivamente plantearla es prácticamente ilimitado. No obstante, aunque la decisión no afecta al ámbito penal sino al contencioso-administrativo, el Tribunal Constitucional español sí ha llegado a reprobar a la Sala 3.º del Tribunal Supremo por no plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE al entender que estaba obligada a ello pues la cuestión no podía considerarse un "acto claro", declarando vulnerado el artículo 24.2 CE. *vid.* STC 37/2019, de 26 de marzo de 2019, ES:TC:2019:37.

[30] *Cfr.* entre otras SSTJUE de 2 de septiembre de 2021, *XK*, C-66/20, EU:C:2021:670, apartado 33-35; de 21 de enero de 2020, *Banco de Santander*, C-274/14, EU:C:2020:17, apartado 51; de 16 de febrero de 2017, *Margarit Panicello*, C-503/15, EU:C:2017:126, apartado 27; de 31 de mayo de 2005, *Syfait*

Conforme a estas notas, y partiendo de los últimos pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo, parece claro que ni siquiera las propias fiscalías nacionales entrarían dentro de este concepto al no realizar actividad jurisdiccional y, por lo tanto, no estarían legitimadas para plantear cuestiones prejudiciales[31]. Aún más problemático sería el reconocimiento de esta legitimación a cualquiera de los órganos que componen la Fiscalía Europea, pues a su más que improbable condición de órgano jurisdiccional a los efectos del art. 267 TFUE, se suma el incumplimiento de otra de las notas esenciales para su efectiva legitimación: el carácter de órgano de uno de los Estados miembros.

En síntesis, la redacción actual del art. 267 TFUE y la interpretación que históricamente ha realizado el Tribunal de Luxemburgo impediría, por lo tanto, plantear una cuestión prejudicial a la propia Fiscalía Europea y a cualquiera de sus órganos, incluidos sus Fiscales Europeos Delegados. Como consecuencia, el control jurisdiccional supranacional que instaura el art. 42(2)(c) RegFE no solo tiene una naturaleza limitada en cuanto a su objeto debido a su carácter prejudicial, sino que además es inevitablemente asimétrico, pues solo las autoridades nacionales de los Estados miembros – y dentro de éstas, las que cumplan las características propias de un órgano jurisdiccional a los efectos del derecho de la Unión – podrán plantear una cuestión prejudicial en el caso de que la discrepancia competencial con la Fiscalía Europea se mantenga.

---

y otros, C-53/03, EU:C:2005:333, apartado 29; de 30 de junio de 1966, *Vaassen-Göbbels*, C-61/65, EU:C:1966:39.

[31] STJUE de 2 de septiembre de 2021, *XK*, *cit.*, apartados 33-46.

4. La Regulación de los Conflictos en España (LOFE)

4.1. La singularidad del modelo español

Como ya ha sido señalado, la implementación en España de la Fiscalía Europea se preveía ya de por sí especialmente compleja debido a nuestro particular sistema procesal penal.

A nivel interno, ya son muchos los años que viene discutiéndose la oportunidad de un cambio de modelo. En este sentido, es cierto que actualmente se encuentra publicado un nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuciamiento Criminal (APLECrim 2020)[32] que vuelve a apostar una vez más por conferir al Ministerio Fiscal la dirección de la fase de instrucción, y en el que se incluye un procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea en España. De hecho, la exposición de motivos de dicho texto prelegislativo menciona la implantación de la Fiscalía Europea en España como una de las razones principales que empujan a este cambio definitivo de modelo[33].

Sin embargo, este cambio no se ha producido aún y cada vez está más lejos de producirse: el APLECrim 2020 no parece que vaya a poder aprobarse en esta legislatura, lo que sumado al amplísimo periodo de vacatio legis que propone (6 años)[34], imposibilita cualquier viso de transición rápida al nuevo modelo, y aún menos la observancia del plazo de aplicación del RegFE. Ello ha obligado al legislador español a tener que promulgar una ley específica – la LOFE – para la implementación del RegFE en España, instaurando un procedimiento especial de investigación de la Fiscalía Europea en nuestro país.

---

32 Texto disponible en: https://www.mjusticia.gob.es

33 *Vid.* apartado (III) de la exposición de motivos del ALECrim 2020.

34 Disposición final octava del ALECrim 2020.

En el ámbito de este procedimiento especial, los Fiscales Europeos Delegados españoles, a diferencia de los fiscales nacionales, sí que se dirigen la investigación[35]. Por el contrario, los Jueces Centrales de Instrucción actúan en este procedimiento como jueces de garantías encargados, entre otras funciones[36], de autorizar las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales. Así pues, la necesidad de aplicar el RegFE en tiempo y forma ha forzado a nuestro legislador a instaurar con este procedimiento una suerte de excepción al sistema que impera en el resto de procedimientos penales en España – nuevamente, salvo en los procedimientos de menores –, en el que los Fiscales Europeos Delegados sí asumen simultáneamente la función de investigar y promover el ejercicio de la acción penal, reservando al órgano jurisdiccional, reconvertido en juez de garantías en esta fase, la salvaguardia de los derechos fundamentales. Este procedimiento especial servirá sin duda de banco de pruebas a España para su eventual futura extensión al resto de procedimientos.

4.2. El sistema bicéfalo diseñado por la LOFE

Más allá de las notas anteriores, lo relevante para el objeto de este trabajo es el análisis concreto de la fórmula elegida por el legislador español para abordar la resolución de los posibles conflictos de competencia que se susciten entre las autoridades españolas y la Fiscalía Europea. En este sentido, la LOFE dedica su art. 9, bajo la rúbrica "cuestiones de competencia", a la regulación del procedimiento de resolución de esta clase de conflictos.

Para resolver la cuestión, la LOFE diferencia entre dos supuestos, en función de la autoridad nacional española que esté conociendo de los hechos en el momento en el que se plantee el conflicto:

---

35 Artículo 17 LOFE.

36 Artículo 8 LOFE.

1. Cuando los hechos están siendo investigados por la fiscalía en el marco de la denomidadas "diligencias de investigación" o "diligencias informativas"[37]. En estos casos, en los que el asunto aún no se encuentra judicializado, decidirá sobre el conflicto la persona titular de la Fiscalía General del Estado (FGE), tras oír a la Junta de Fiscales de Sala a través del nuevo procedimiento contemplado en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF)[38]. La decisión sobre el conflicto se adoptará mediante decreto del FGE.
2. Cuando los hechos están siendo investigados por un juzgado de instrucción[39]. En estos casos, la discrepancia competencial se tramitará como una cuestión de competencia[40], cuya resolución corresponderá, por imperativo legal[41], a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, previo informe del Ministerio Fiscal. La decisión sobre el conflicto se adoptará mediante auto.

El primer problema que presenta la solución introducida por la LOFE es que parece equiparar sin más ambos escenarios – diligencias de investigación de la fiscalía e instrucción judicial –, cuando en la práctica procesal española deben diferenciarse nítidamente. Recuérdese una vez más que en el sistema español actual los fiscales no dirigen por norma general la instrucción, por lo que, a pesar

---

37 Artículo 9(1) LOFE.

38 Artículo 21 bis en relación con artículo 15 EOMF, Ley 50/1981, de 30 de diciembre (BOE n.º 11 de 13 de enero de 1982).

39 Artículo 9(2) LOFE.

40 Artículo 22 y ss. LECrim.

41 Pues en el sistema español, la resolución de las cuestiones de competencia que se susciten entre dos órganos jurisdiccionales del mismo orden son resueltas por su superior jerárquico común, no pudiéndose suscitar ninguna cuestión entre jueces y Tribunales subordinados entre sí (artículos 51 y 52 LOPJ).

de su nombre, la naturaleza y el alcance de las llamadas diligencias de investigación que pueden realizar los fiscales en España no es, ni muchos menos, equivalente a la instrucción que realiza un juez. Por el contrario, las denomidadas "diligencias de investigación" o "diligencias informativas" del Ministerio Fiscal, reguladas en el art. 5 EOMF y en el art. 773.2 LECrim, no tienen naturaleza jurisdiccional, son de carácter preprocesal y únicamente facultan al fiscal a practicar él mismo u ordenar a la Policía Judicial que practique las diligencias oportunas para comprobar un hecho aparentemente delictivo del que tenga noticia o la responsabilidad de los que hubieran participado en él. Estas diligencias de investigación no constituyen en ningún caso una alternativa a la instrucción judicial, sino que son una mera posibilidad previa a ésta que, si bien puede facilitarla, en ningún caso la sustituye[42]. Esto se refleja en las numerosas restricciones, tanto de ínndole material como temporal, que la ley española impone a la posible práctica de esta clase de diligencias. En concreto, nunca podrán acordarse en su marco determinadas medidas privativas de derechos fundamentales, tales como la entrada y registro en domicilio o la intervención de comunicaciones; están limitadas temporalmente acotadas y sujetas al cumplimiento de plazos máximos muy restrictivos – 6 meses prorrogables de manera general, 12 meses porrogables cuando actúa la Fiscalía especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada –; y, específicamente, están siempre supeditadas a la no existencia de un proceso judicial sobre los mismos hechos, en cuyo caso deberán cesar inmediatamente. En otras palabras, no pueden coexistir ni, por lo tanto, plantearse un conflicto competencial entre unas diligencias de investigación de la fiscalía y una instrucción judicial sobre los mismos hechos, pues esta última siempre tendrá preferencia.

---

[42] Sobre la naturaleza de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, *vid.* la Circular de la FGE 4/2013, de 30 de diciembre de 2013.

Hecha esta necesaria aclaración, lo cierto es que el legislador español ha optado por implementar la obligación derivada del art. 25(6) RegFE a través de la instauración de un particular sistema que faculta a dos autoridades competentes diferentes para pronunciarse sobre un eventual conflicto con la Fiscalía Europea. El órgano competente en España para decidir la cuestión dependerá, por lo tanto, de si la investigación llevada a cabo a nivel nacional está judicializada, en cuyo caso decide la Sala Segunda del Tribunal Supremo, o si en cambio no lo está, en cuyo caso decide el Fiscal General del Estado a través de un nuevo procedimiento descrito en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF)[43].

4.3. El (problemático) planteamiento de la cuestión prejudicial

Además de la determinación de las autoridades nacionales competentes y el procedimiento para resolver los posibles conflictos de competencia que se susciten, el legislador español ha introducido expresamente en la LOFE la previsión derivada del art. 42(2)(c) RegFE en relación con la posibilidad de elevar cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo en relación con el conflicto. En este punto, el legislador español se limita a utilizar una redacción genérica de reenvío a lo dispuesto en el RegFE, destinada a recordar la existencia de esta posibilidad[44], recordatorio por otro parte innecesario ya que es consecuencia directa de la aplicación directa del RegFE y del propio sentido y ámbito de la cuestión prejudicial en el actual derecho de la Unión.

Precisamente, es en el planteamiento de las cuestiones prejudiciales donde se manifiestan los mayores problemas que presenta el sistema decisorio bicéfalo diseñado por el legislador español.

---

[43] Ley 50/1981, de 30 de diciembre (BOE n.º 11 de 13 de enero de 1982).

[44] Artículo 9(3) LOFE.

Si nos encontramos ante el supuesto contemplado en el art. 9(2) LOFE, en el que el asunto se encuentra ya judicializado y es el juez de instrucción español quien eleva la cuestión de competencia ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la situación no es problemática desde el punto de vista del planteamiento de una cuestión prejudicial, ya que no hay duda de que ambos órganos nacionales son órganos jurisdiccionales a los efectos del art. 267 TFUE. En este sentido, en caso de que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo albergase dudas sobre la interpretación del RegFE a la hora de resolver el conflicto, estaría compelida a elevar cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo. De hecho, en la corta vida operativa de la Fiscalía Europea, ya se ha planteado una cuestión negativa de competencia de este tipo en España. En su resolución, el Tribunal Supremo apuntó directamente a la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante las dudas que generan las disposiciones sobre el ámbito de competencia de la Fiscalía Europea[45], cuestión que sin embargo decidió no formular.

Más problemático es, en cambio, el supuesto contemplado en el art. 9(1) LOFE, en el que el conflicto se suscita entre la Fiscalía Europea y la fiscalía española en el marco de unas diligencias de investigación preprocesales. En estos casos, quien resuelve en último término a nivel nacional es el FGE, por lo que, si el conflicto se mantiene o existen dudas interpretativas sobre el RegFE, ninguno de estos órganos – FGE ni Fiscalía Europea – reunirían, en principio, las condiciones necesarias para poder plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo.

---

[45] *Cfr.* ATS n.º 20424/2022, ES:TS:2022:9109A, FD 4.º: "La normativa alumbrada para delimitar esas competencias es especialmente alambicada sinuosa y oscura. Es preciso en este primer acercamiento analizarla con cuidado; sin que *a priori* pudiera descartarse una consulta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en caso de surgir alguna duda atinente a normativa europea".

En efecto, tal y como ya se ha señalado, el planteamiento de cuestiones prejudiciales del art. 267 TFUE está reservado a órganos jurisdiccionales, siendo éste además un concepto autónomo del derecho de la Unión. En este sentido, el TJUE se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este asunto, atendiendo a factores como la independencia y estructura del órgano y, en especial, si desempeña una función jurisdiccional en el asunto concreto planteado. Hasta el momento, la aplicación de esta jurisprudencia ha negado sistemáticamente la condición de órgano jurisdiccional a las fiscalías nacionales. Como ejemplo reciente tenemos la decisión del Tribunal de Luxemburgo ya citada en relación con una cuestión planteada por la fiscalía de Trento relativa a la ejecución de una Orden Europea de Investigación, en la que se inadmitió la cuestión por considerar que la fiscalía de Trento no ejercía una función jurisdiccional en el caso planteado[46].

Este supuesto planteado en abstracto ya se ha planteado en concreto en España a raíz de un caso especialmente mediático derivado de la compra de mascarillas durante la pandemia con fondos europeos. Tras la denuncia de estos hechos, la Fiscalía Especial contra la Corrupción y el Crimen Organizado abrió diligencias de investigación por los delitos de malversación, tráfico de influencias y falsedad documental. Posteriormente, la Fiscalía Europea se consideró competente para la investigación de todos los hechos y ejerció su derecho de avocación al entender que la malversación de caudales públicos se había cometido con fondos europeos – delito PIF – y que el resto de los delitos investigados estaban indisociablemente vinculados. Planteado el conflicto tras la negativa de la Fiscalía Especial a aceptar este criterio, resolvió la FGE de manera "salomónica", particionando la investigación de los hechos en dos investiga-

[46] STJUE de 2 de septiembre de 2021, *XK*, *cit.*, apartados 33-46.

ciones diferentes, de tal manera que la Fiscalía Europea investigaría el delito de malversación, mientras que el fiscal español proseguiría con sus diligencias de investigación en relación con los delitos de tráfico de influencias y falsedad documental, al considerar que estos últimos no podían considerarse indisociablemente vinculados.

Dejando a un lado el debate sobre la corrección del criterio de la Fiscal General del Estado o la crítica que puede merecer la solución en términos de eficiencia procesal, lo realmente interesante para el objeto de este trabajo es que la Fiscalía Europea se opuso enérgicamente a esta decisión, elevando hasta dos comunicados diferentes en los que ponía en duda tanto el procedimiento de resolución español – en el que no se le dio audiencia ni tampoco a las partes – como la no elevación de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, pues entendía que en este caso era lo procedente[47].

Y es aquí donde radica el *quid* de la cuestión: la Fiscalía Europea protestó porque la FGE decidió sobre el conflicto sin elevar previamente cuestión prejudicial, estimando que se ponía en riesgo la primacía del derecho de la Unión. Pero la realidad es que, a pesar del mandato del art. 42(2)(c) RegFE, ninguno de los intervinientes en el conflicto parecía estar legitimado para plantearla. Así pues, esto nos lleva a la conclusión de que, en el caso español, en el marco de los conflictos que se suscitan entre la Fiscalía Europea y el Ministerio Fiscal en el desarrollo de unas diligencias de investigación, no existe *a priori* posibilidad material de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, lo que nos llevaría inexorablemente a concluir que estamos ante un supuesto de incumplimiento con lo dispuesto en el art. 42(2)(c) RegFE.

---

47 *Vid*. Comunicados de la Fiscalía Europea de 28 de marzo de 2022 (disponible en: https://www.eppo.europa.eu/en/news/eppos-statement-competence-adjudication-spain) y de 30 de marzo de 2022 (disponible en: https://www.eppo.europa.eu/en/news/eppos-statement-decision-fiscal-general-del-estado).

Sin perjuicio de la conclusión anterior, podría defenderse que en realidad este aparente incumplimiento puede llegar a subsanarse en un momento posterior, ya que si las diligencias de investigación de la fiscalía terminan judicializadas – es decir, si un juez de instrucción abre diligencias por los mismos hechos –, sí que existiría la posibilidad de plantear dicha cuestión prejudicial[48]. Sin embargo, esta posible subsanación ni siquiera es válida para todos los supuestos, porque las diligencias de investigación llevadas a cabo por el fiscal, precisamente por ser potestativas y no sustitutivas, no tienen por qué acabar derivando en una instrucción judicial. Y si no desembocan en el inicio de una instrucción judicial, la decisión sobre el conflicto habría sido adoptada de manera definitiva por el FGE, a través de un procedimiento no contradictorio y sin posibilidad de planteamiento de cuestión prejudicial. Sirva precisamente de ejemplo el caso de la compra de mascarillas en Madrid: tras la decisión de la FGE sobre el conflicto, la Fiscalía Especial contra la Corrupción y el Crimen Organizado decidió posteriormente archivar sus diligencias de investigación por no encontrar indicios de la comisión de un delito, lo que en la práctica se traduce en que la parte de la investigación nacional tras la partición realizada por la FGE no va a ser objeto de ninguna instrucción judicial en España y, por lo tanto, no existirá la posibilidad de plantear cuestión prejudicial en un momento diferido[49].

---

[48] En este sentido, *vid.* las reflexiones de Carmen Rodríguez Medel-Nieto, *La Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 y de la Ley Orgánica 9/2021-LOFE*, Madrid: edición propia, 2022, p. 125.

[49] Cabría preguntarse en este caso si la Fiscalía Europea podría retomar la competencia sobre la cuestión tras la renuncia de la fiscalía nacional. En mi opinión, desaparecido el conflicto, nada obstaría a ello, habida cuenta de que el archivo de las diligencias de investigación por la fiscalía no produce en ningún caso el efecto de cosa juzgada, ni las consecuencias que de ello se podrían derivar – en especial, la eventual vulneración del principio *ne bis in idem*. Sobre el alcance del principio *ne*

5. Reflexiones y Propuestas a Nivel Español

Es evidente que la normativa española presenta problemas en lo relativo al procedimiento de resolución de conflictos que, de no ser solventados, podrían llevarnos a afrontar en el futuro un procedimiento por incumplimiento.

Para evitarlo, resulta necesario modificar o suprimir el actual art. 9(1) LOFE. La actual bicefalia decisoria que instaura, además de completamente innecesaria desde el punto de vista procesal, da un protagonismo indebido a las diligencias de investigación de la fiscalía, equiparando este supuesto, a efectos de la resolución de conflictos de competencia con la Fiscalía Europea, al de una verdadera instrucción judicial.

En esta línea, la solución pasa necesariamente por encontrar un sistema compatible con nuestro actual ordenamiento jurídico y con el RegFE. Con anterioridad a la implementación del RegFE en España ya advertimos de que, habida cuenta del difícil encaje del art. 25(6) en nuestro ordenamiento[50], si bien el FGE como superior jerárquico del Ministerio Fiscal era la autoridad que en nuestro sistema mejor encajaba en la definición propuesta por el RegFE, la

bis idem, *vid*. Alejandro Hernández López, *Conflicts of Criminal Jurisdiction and Transfer of Proceedings in the European Union*, Cham: Springer, 2022.

[50] Alejandro Hernández López, "Garantías procesales en la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción penal: marco normativo en la UE y perspectivas de futuro", en Coral Arangüena Fanego y Montserrat de Hoyos Sancho (dirs.) / Begoña Vidal Fernández (coord.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 488; Alejandro Hernández López, *El papel de Eurojust en la resolución de conflictos de jurisdicción penal en la Unión Europea. Propuestas legislativas*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp. 218-220.

solución procesal adecuada en España consistiría en reconducir el ejercicio de esta competencia sobre la resolución de conflictos por parte de los fiscales a través de la promoción de una cuestión de competencia, con base en el art. 3 EOMF, pero que necesariamente sería resuelta por el órgano jurisdiccional competente.

Recuperando esta temprana propuesta académica y teniendo en cuenta la normativa de aplicación del RegFE hoy vigente en España, bastaría con reservar únicamente a un órgano jurisdiccional, la Sala Segunda del Tribunal Supremo conforme al diseño actual de la propia LOFE, la resolución de todas las cuestiones de competencia que se planteen. Desde el punto de vista procesal, la solución podría articularse de la siguiente manera: si los hechos objeto de conflicto están siendo objeto de unas diligencias de investigación por parte de la fiscalía, éstas deberían cesar desde el momento en el que la Fiscalía Europea se declare también competente para su conocimiento, remitiendo el fiscal inmediatamente las actuaciones al juez de instrucción que repute competente en España. Una vez los hechos se pongan en conocimiento del juez de instrucción y éste incoe las oportunas diligencias, la propia fiscalía española podrá promover la cuestión de competencia con base en el art. 3 EOMF, que si es aceptada por el juez instructor será resuelta por el Tribunal Supremo con la participación, una vez más, del Ministerio Fiscal vía informe. Esta propuesta pasa por entender que, a pesar de compartir denominación, la fiscalía nacional y la Fiscalía Europea, gozan de un estatuto de independencia legal y funcional diferente, por lo que no es posible que se suscite un conflicto de competencia entre ambas.

Otra posible solución, quizás menos radical, pasaría por asegurar que la decisión del FGE sobre el conflicto pudiera ser revisada por un órgano jurisdiccional. La opción más directa consistiría en prever un recurso directo ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la decisión tomada sobre el conflicto por el FGE, lo que supondría añadir un cauce procedimental de nuevo cuño en nuestro ordenamiento. Siguiendo una vía procesalmente más canónica,

otra posible vía consistiría en asegurar que, en caso de disconformidad, la Fiscalía Europea – a través del Fiscal Europeo Delegado – pudiera reproducir su pretensión ante el juez de instrucción competente – es decir, excitar la judicialización del asunto –, solución inspirada en la utilizada por la actual normativa española sobre conflictos de jurisdicción penal entre Estados miembros de la Unión Europea[51]. En cualquiera de las dos soluciones planteadas, el objetivo que subyace es que la decisión final sobre el conflicto pueda ser adoptada, en su caso, por un órgano jurisdiccional español, lo que permitiría el planteamiento de una posible cuestión prejudicial y el cumplimiento con el art. 42(2)(c) RegFE.

Si en el futuro se aprueba finalmente un cambio de modelo en el que la instrucción de las causas sea dirigida por el Ministerio Fiscal, la solución podrá y deberá ser diferente. En este sentido, el procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea que prevé el actual texto del ALECrim 2020 ya resuelve de manera satisfactoria esta cuestión, pues aunque la decisión sobre el conflicto recae también en el FGE, se prevé la impugnación ante órganos jurisdiccionales (Audiencia Nacional y Tribunal Supremo)[52]. Si bien el sistema propuesto por el ALECrim 2020 dista mucho de ser perfecto[53], al menos no suscita, sobre el papel, problemas en relación con un potencial incumplimiento del art. 42(2)(c).

---

[51] Artículo 32(6) Ley 16/2015.

[52] *Vid.* artículos 828-832 ALECrim 2020.

[53] Oportunamente señaladas por Begoña Vidal Fernández, "El procedimiento especial para la actuación de la fiscalía europea del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020", *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las universidades españoles*, n.º 4, 2021, pp. 233-272.

6. Reflexiones y Propuestas a Nivel Europeo

Más allá de los problemas que han sido expuestos en clave nacional, hay razones de peso para pensar que la interpretación del art. 42(2)(c) RegFE en relación con el art. 267 TFUE puede generar problemas también a nivel europeo. En efecto, muchos son los Estados miembros que han previsto que sea su Fiscal General del Estado en exclusiva – entre ellos, Portugal[54] – quien resuelva los conflictos que se susciten entre la Fiscalía Europea y sus autoridades nacionales. De la misma manera que sucede en España, la sombra del incumplimiento puede planear sobre estos Estados si no han previsto un mecanismo procedimental que permita a un órgano jurisdiccional, en última instancia, plantear una cuestión prejudicial en relación con el conflicto. No obstante, este debate podría quedar completamente estéril en el futuro si se llevan a cabo ciertas acciones a nivel europeo. A continuación, reflexionaremos en abstracto sobre algunas de ellas.

6.1. Interpretación jurisprudencial extensiva del TJUE

Aunque actualmente la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre el concepto de órgano jurisdiccional en el sentido del art. 267 TFUE no parece ser compatible con el planteamiento de cuestiones por parte de las fiscalías nacionales, nada impediría que esta interpretación restrictiva pudiera cambiar en el futuro. De hecho, no hay que olvidar que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre esta cuestión es ciertamente casuística[55], reco-

---

[54] Artículo 7.º Lei n.º 112/2019, de 10 de septiembre (DRE n.º 173/2019, de 10 de septiembre de 2019).

[55] Sobre la ambigüedad de esta jurisprudencia, resulta muy gráfica la opinión y referencia quijotesca que en su momento realizó el Abogado General Ruíz-Jarabo Colomer en el Asunto C-17/00, EU:C:2001:366: "La consecuencia es una juris-

nociendo en ocasiones la capacidad para plantear cuestiones prejudiciales a órganos de dudosa naturaleza jurisdiccional[56]. Por otra parte, en otros supuestos, el Tribunal de Luxemburgo ha extendido la legitimación para plantear cuestiones prejudiciales más allá de lo que consideraba la propia doctrina mayoritaria, como en el caso del planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte del Estado de emisión con motivo de la ejecución de una Orden Europea de Detención y Entrega[57]. Por todo ello, no conviene descartar completamente que un futuro pronunciamiento del TJUE pueda llegar a admitir el planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de las fiscalías nacionales sobre asuntos específicos como el presente, en especial, si considera que cumplen con los requisitos de independencia y que el procedimiento de decisión sobre el conflicto tiene naturaleza jurisdiccional a los efectos del art. 267 TFUE.

Para que este eventual – y altamente improbable – pronunciamiento favorable pudiera llegar a dictarse, sería necesario que alguna de las fiscalías nacionales que tienen reconocida la competencia para decidir sobre el conflicto a nivel nacional plantease una cuestión prejudicial con oportunidad de un conflicto del que esté conociendo. Tal habría sido el caso si la FGE hubiera considera-

---

prudencia flexible en exceso y carente de la necesaria coherencia, con el déficit de seguridad jurídica que comporta. Las profundas contradicciones que se observan entre las soluciones propuestas por los abogados generales en sus conclusiones y las adoptadas por el Tribunal de Justicia en sus sentencias ilustran la falta de señalización en el camino, con el consiguiente riesgo de extravío. Es una jurisprudencia casuística, muy elástica y poco científica, con unos contornos tan difusos que admitiría una cuestión prejudicial suscitada por Sancho Panza como gobernador de la ínsula de Barataria".

[56] *Cfr.* SSTJUE de 29 de noviembre de 2011, *De Coster*, C-17/00, EU:C:2001:651; de 6 de octubre de 1981, *Broekmeulen*, 246/80, EU:C:1981:218, apartados 8-17; de 17 de octubre de 1989, *Danfoss*, 109/88, EU:C:1989:383, apartados 7-9.

[57] STJUE de 25 de julio de 2018, *AY*, C-268/17, EU:C:2018:602.

do explorar esta posibilidad en el asunto español sobre la compra de mascarillas anteriormente analizado[58]. Planteada la cuestión, el TJUE se vería obligado a examinar preliminarmente su admisibilidad, en cuyo caso tendría la oportunidad de estudiar una posible extensión de la interpretación del concepto de órgano jurisdiccional del art. 267 TFUE. A mi juicio, este mismo esquema podría desarrollarse incluso si es la propia Fiscalía Europea quien decide plantear la cuestión, escenario aún más problemático e improbable habida cuenta de su condición de órgano europeo y la postura contraria que mantiene actualmente el propio órgano en torno a esta posibilidad.

6.2. Modificación del sistema del art. 267 TFUE

Si, explorada previamente la vía jurisprudencial, ésta no ofreciese margen para la ampliación de la legitimación de las fiscalías nacionales en el planteamiento de cuestiones prejudiciales, la siguiente solución que podría llegar a plantearse es la oportunidad de una futura revisión de los tratados que ampliara el ámbito de aplicación y de legitimación del art. 267 TFUE, dando así cabida al planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de autoridades judiciales *lato sensu* o, incluso, la propia Fiscalía Europea.

La justificación de la adopción de esta medida podría residir en la necesidad de adaptar los mecanismos de acceso al Tribunal de Justicia a la nueva realidad del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. La multiplicación de instrumentos de reconocimiento mutuo, agencias y órganos europeos, cuya complejidad y amplitud

---

[58] Sin embargo, el caso español es quizás el menos propicio de todos para plantear al Tribunal de Justicia que examine esta posible extensión de la legitimación, dadas las facultades limitadas ya mencionadas que posee el Ministerio Fiscal en nuestro país en comparación con las que poseen sus homólogos europeos.

de funciones también va en aumento, podría motivar la necesidad de extender *ope legis* el recurso a la interpretación del Tribunal de Luxemburgo hacia órganos que, sin ser de naturaleza jurisdiccional *stricto sensu*, sí participan y deciden activamente en este complejo sistema de administración de justicia basada en la cooperación judicial entre Estados miembros.

No obstante, la posible reforma del art. 267 TFUE sucintamente descrita, además de quimérica en el contexto político actual, a mi juicio podría llegar a desvirtuar completamente el sentido primigenio y la utilidad de la cuestión prejudicial. Por ello, si bien es factible en el plano teórico, albergo serias dudas de que pudiera llegar a ser una solución adecuada en la práctica.

6.3. Diseño de lege ferenda *de un nuevo mecanismo de control jurisdiccional*

De la lectura sistemática del RegFE y, en particular, del art. 42(2)(c) RegFE, se desprende que la intención del legislador europeo era prever una suerte de mecanismo de resolución supranacional del conflicto de competencia. De hecho, durante las negociaciones para la adopción del RegFE, el Parlamento Europeo llegó a señalar la importancia de que pudiera solicitarse la revisión judicial directa por parte del TJUE[59]. Sin embargo, las limitaciones del actual derecho originario y de los diferentes procedimientos aplicables ante el TJUE previstos *de lege lata* abocaban irremediablemente al reconocimiento del procedimiento prejudicial como única vía factible[60].

---

[59] *Vid.* apartado 5 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de octubre de 2016, sobre la Fiscalía Europea y Eurojust [Documento 2016/2750(RSP)].

[60] Más allá de la cuestión prejudicial, no existe otro procedimiento aplicable a esta materia conforme al actual derecho de la Unión, pues el "recurso" de anulación (artículos 263 y 264 TFUE), que legitima incluso a los particulares para cuestionar

Lamentablemente, la configuración actual de la cuestión prejudicial como mecanismo principal de control se muestra manifiestamente insuficiente pues, a lo limitado de su alcance, hay que sumar el escaso o nulo control que existe sobre la apreciación por parte de la autoridad nacional de la necesidad de su planteamiento. En efecto, aunque el art. 267 párrafo tercero TFUE obliga a plantear una cuestión prejudicial cuando la decisión que emite el órgano judicial no es susceptible de recurso, la oportunidad y necesidad de plantear dicha cuestión solo puede ser apreciada y controlada en la práctica por el propio órgano jurisdiccional nacional que conoce del conflicto[61], sin que las partes o la Fiscalía Europea puedan plantear por sí mismas cuestiones al Tribunal de Justicia. Ello lleva inevitablemente a una interpretación asimétrica de esta obligación por parte de los diferentes órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. A su vez, la respuesta del Tribunal de Luxemburgo se encuentra en todo caso constreñida a los términos concretos en los que se plantee la cuestión, pues los límites propios de la cuestión prejudicial, sumados a un deficiente conocimiento tanto fáctico como jurídico de los antecedentes, pueden impedir al TJUE efectuar un pronunciamiento lo suficientemente preciso como el requerido para resolver el conflicto.

Consecuentemente, cabe plantearse si, a la luz del grado de integración europea actual y los extensos poderes que han sido conferidos a la Fiscalía Europea, la cuestión prejudicial como cauce

---

la legalidad de actos dictados por organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros, no tiene encaje cuando la decisión sobre el conflicto ha sido tomada por una autoridad de un Estado miembro.

[61] Sin perjuicio de la dificultad de su apreciación, el incumplimiento de la obligación de plantear una cuestión prejudicial sí podría derivar en la apertura de un procedimiento por incumplimiento, tal y como sucedió en la STJUE de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia (Rendimientos de capital mobiliario)*, C- 416/17, EU:C:2018:811.

principal de pronunciamiento por parte del TJUE en esta materia no resulta ineficaz para asegurar un adecuado control jurisdiccional supranacional sobre la resolución del conflicto. Partiendo de esta hipótesis, podría plantearse la posibilidad de crear un nuevo procedimiento específico para que el TJUE se pudiera pronunciar, de manera directa y con carácter vinculante, sobre todos los conflictos de competencia que le pudieran plantear cualquiera de las partes involucradas – autoridad nacional o Fiscalía Europea. Una posible solución en esta línea conforme al derecho originario en vigor sería acudir al art. 257 TFUE, que permite crear, mediante reglamentos adoptados conforme al procedimiento legislativo ordinario, tribunales de primera instancia especializados en determinadas materias y/o en determinados recursos interpuestos en materias específicas. Con base en esta disposición, podría sopesarse la opción de crear un tribunal especializado en dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales. Este tribunal, que estaría adjunto al Tribunal General, conocería en primera instancia de estos conflictos y sus decisiones podrían someterse a recurso de casación o de apelación dependiendo de lo dispuesto en el reglamento en virtud del cual fuera creado. Ello implicaría, a su vez, la reforma del actual art. 42 RegFE para acomodarlo a lo dispuesto en relación con el nuevo procedimiento ante el tribunal especializado.

Nuevamente, la posible especialización *de lege ferenda* en el seno del Tribunal General, si bien es factible en el plano teórico, no parece posible ni razonable desde el punto de vista práctico. La creación de este nuevo cauce entraría en conflicto no solo con la redacción actual del art. 42(2)(c) RegFE, obligando a su reforma, sino también abriría un intenso debate sobre los límites de la actuación europea en esta materia a la luz de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. No parece plausible que los mismos Estados miembros que han tenido que establecer una Fiscalía Europea con estructura híbrida y a través de una cooperación reforzada, vayan a ponerse de acuerdo en ceder completamente su soberanía en rela-

ción con la resolución de conflictos de competencia. Por lo tanto, esta propuesta *de lege ferenda* debe considerarse como una mera reflexión académica a largo plazo, poco realista atendiendo al actual contexto europeo.

7. A Modo de Conclusión

La delegación de la capacidad de resolver los conflictos de competencia que realiza el RegFE en las autoridades nacionales y a través del procedimiento que determine cada Estado miembro no es más que una muestra de la reticencia de los Estados miembros que participan en la cooperación reforzada a ceder su soberanía en esta materia. Esta reticencia no solo se refleja en esta cuestión concreta, sino que impregna gran parte del RegFE, desde su estructura hasta el diseño de sus procedimientos, siendo una constante los reenvíos al derecho nacional. Ello inevitablemente nos aboca al mantenimiento de sistemas heterogéneos y asimétricos, en los que los derechos y posibilidad de intervención de las partes varían ostensiblemente en función del Estado miembro en el que se desarrolle el procedimiento de resolución del conflicto.

El caso español es especialmente complejo, debido a la consabida singularidad de nuestro sistema procesal penal y a la pervivencia del juez de instrucción. En este sentido, tal y como enuncia la exposición de motivos del ALECRIM 2020, parece que la implementación de la Fiscalía Europea en España nos está empujando definitivamente a un cambio de modelo, en el que el Ministerio Fiscal asuma por fin la dirección de la investigación. Pero hasta que este cambio se produzca efectivamente, el legislador español debe asumir que nuestro sistema de justicia penal posee singularidades que hacen incompatible el ejercicio por parte del Ministerio Fiscal de determinadas funciones, por más que éstas sí estén previstas en los modelos utilizados en el derecho comparado. Este es precisamente el caso de la resolución de los conflictos de competencia que surjan entre los fiscales nacionales y la Fiscalía Europea por las

numerosísimas limitaciones advertidas a lo largo de este trabajo, haciendo necesario estudiar una posible reforma del sistema diseñado por el art. 9 LOFE que prevenga una eventual condena por incumplimiento del art. 42(2)(c) RegFE.

El procedimiento prejudicial como mecanismo principal de control supranacional, si bien resultará clave en el futuro para depurar y pulir las disposiciones del RegFE y su implementación en los diferentes Estados miembros, conlleva asumir sus limitaciones en cuanto al objeto de la cuestión y la legitimación de su planteamiento. Tal y como se ha expuesto, esto se puede reflejar en el sistema de resolución de conflictos de competencia. Solo a través de la futura jurisprudencia del TJUE en torno a esta cuestión podremos determinar la incidencia real de sus decisiones en la resolución de conflictos, estudio que desafortunadamente no podemos acometer en este momento por falta de objeto[62].

A pesar de los problemas señalados a lo largo de este trabajo, naturales en un órgano de nueva creación y con poderes tan singulares en materia penal, lo cierto es que no han supuesto hasta el momento un impacto negativo significativo en el trabajo operativo de la Fiscalía Europea. De hecho, sólo durante el año 2021, la Fiscalía Europea ejerció su competencia en hasta 597 casos[63], cifras que contrastan con los tan solo cuatro conflictos de competencia que han tenido que resolverse hasta la fecha. Ello demuestra no sólo la capacidad del órgano europeo para cumplir con sus objetivos, sino también que la comunicación y colaboración con

---

[62] Actualmente, ya existe una primera petición de decisión prejudicial planteada por el *Oberlandesgericht Wien* (Austria) el 25 de abril de 2022 – G. K., B. O. D. GmbH, S. L. (Asunto C-281/22), relativa a la interpretación del RegFE en relación con investigaciones transfronterizas.

[63] *Informe Anual de 2021 de la Fiscalía Europea*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2022, DOI:10.927/580025, p. 9.

las autoridades nacionales está siendo lo suficientemente fluida y coordinada. Y así debe continuar, pues el mantenimiento de una relación basada en la cooperación leal entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales resulta crucial para garantizar el éxito y la continuidad del órgano europeo, así como su extensión al resto de Estados miembros y la futura asunción de nuevas competencias.

A PROCURADORIA EUROPEIA:
EFEITO *TROMPE L'OEIL?*

CATARINA VILARINHO

Mestre em Direito da União Europeia

1. Introdução

O início do funcionamento de um novo órgão europeu como a Procuradoria Europeia (PE), a 1 de junho de 2021, é um sinal de que os Estados-Membros da União Europeia começam a alinhar-se cada vez mais no sentido de criar uma União forte e resiliente, talvez devido à necessidade de prevenir e reprimir a criminalidade transnacional, que aparenta não encontrar uma solução suficientemente eficaz sem uma intervenção forte e estruturada a nível europeu[1].

---

[1] Alessandro Nato, "The European Public Prosecutor's Office between counter-terrorism and strengthening of the European citizens' safety", *Civitas Europa* 37 (2016), p. 325.

Deste modo, o crime transfronteiriço pode, agora, ser enfrentado e combatido por uma autoridade igualmente transfronteiriça[2].

No entanto, apesar das numerosas vantagens que o funcionamento de um Ministério Público Europeu traria para a segurança dos cidadãos dos Estados-Membros[3], a sua competência material ficou limitada às infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União[4]. Neste contexto, pretende-se refletir em torno da eventual necessidade e possibilidade de alargar o âmbito material de competência da Procuradoria Europeia ao terrorismo, ao tráfico de seres humanos e ao tráfico de droga, questionando se estes crimes poderiam (e deveriam) estar cobertos pela competência da Procuradoria Europeia e se esta não estará mais bem preparada para dar uma resposta adequada a este tipo de criminalidade grave e transnacional. Os referidos crimes foram selecionados dentro do amplo leque de infrações pertencentes à "criminalidade grave com

---

[2] *Ibidem*, p. 324.

[3] *Ibidem*.

[4] Cf. Artigo 22 do Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017, que implementa a cooperação reforçada para a criação do Ministério Público Europeu, JO – L 283/1, 30 de outubro de 2017. Sobre esta opção de cingir a competência material da PE aos interesses financeiros da UE, ver, entre outros, Margarida Santos, *Para um (Novo) Modelo de Intervenção Penal na União Europeia: Uma Reflexão a Partir do Princípio da Legalidade como Limite Material de Atuação da Procuradoria Europeia*, Lisboa: Rei dos Livros, 2016, pp. 223 e ss.; Marianne L. Wade, "A European Public Prosecutor: Potential and Pitfalls", *Crime, Law and Social Change* 59 (2013), pp. 449 e ss.; John A. E Vervaele, "The material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office: *Lex uncerta* and *unpraevia*?", *ERA Forum* 15 (2014), pp. 85 e ss.; Sanja Jelisavac Trosic e Jelena Kostic, "Establishing the European Public Prosecutor´s Office and Suppression of Criminal Offenses Against the EU Financial Interests", *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series* 3 (2019), pp. 696 e ss.; Rosaria Sicurella, "A Blunt Weapon for the EPPO? Taking the Edge Off the Proposed PIF Directive", in Willem Geelhoed, Leendert H. Erkelens e Arjen W.H. Meij (eds.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, Berlim: Springer, 2018, pp. 118 e ss.

dimensão transfronteiriça"[5], pois além do seu impacto económico e social têm sido objeto de comunicações da Comissão expondo a necessidade e a urgência de atuação por parte dos órgãos da União no sentido de combate-los[6], comunicações essas que aceleraram a necessidade de uma reflexão acerca do alargamento da competência da PE, numa altura em que esta dá ainda os seus primeiros passos.

Pretende-se também compreender o impacto da criminalidade ambiental na União Europeia, mais precisamente do crime de ecocídio, que, apesar de não se encontrar previsto no rol de crimes constantes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, constitui uma ameaça feroz aos princípios da União Europeia e ao espaço de liberdade, segurança e justiça. Daí merecer ponderação uma eventual inclusão deste crime no referido Tratado e no âmbito da competência material da PE.

---

[5] Cf. artigo 86.º, n.º 4 do TFUE. Não descurando a dificuldade de definir o conceito de criminalidade organizada, este termo será utilizado indistintamente ao longo desta reflexão, a par do referido conceito fornecido pelo TFUE.

[6] Vd. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, "Uma Agenda da EU em matéria de Luta contra o Terrorismo: Antecipar, Prevenir, Proteger, Responder", Bruxelas, 9 de dezembro de 2020 (COM(2020) 795 final); Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, "Estratégia da UE em matéria de luta contra o tráfico de seres humanos 2021-2025", Bruxelas, 14 de abril de 2021 (COM(2021) 171 final); Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, "Avaliação da aplicação da Estratégia da UE de Luta contra a Droga para o período 2013-2020 e da execução do Plano de Ação da UE contra a Droga para o período 2013- 2016: necessidade de um plano de acção contra a droga para o período 2017-2020", Bruxelas, 15 de março de 2017 (COM(2017) 195 final).

2. A competência material da Procuradoria Europeia: escolha e alcance

A Comissão Europeia, já na proposta que apresentou em 2013[7], definia, no seu artigo 12.º, a competência material da PE, limitando-a à proteção dos interesses financeiros da União. Para Margarida Santos, tal decisão transpareceu a necessidade de obtenção de consenso político, face aos argumentos existentes, que espelhavam, direta ou indiretamente, a vontade na "manutenção da soberania penal dos Estados-Membros, perspetivada, se bem interpretamos, enquanto fundamento da jurisdição penal do Estado"[8]. Perante a resistência à necessidade de instituir um Ministério Público Europeu, a Comissão justificou o âmbito de atuação material da Procuradoria Europeia em torno da defesa dos interesses financeiros da União com a necessidade de fazer face ao contexto de crise económica e financeira e com a necessidade de controlo do orçamento público em geral e, em particular, da União[9].

Outro fator abonatório da existência de uma PE é o facto de os crimes europeus colocarem problemas aos procuradores, devido às suas complexidades específicas, algo que seria ultrapassado com as investigações especializadas e territorialmente alargadas que a PE poderia efetuar, pois a dificuldade de combater os crimes europeus reside, essencialmente, na recolha de provas da atividade criminosa que, normalmente, se encontram dispersas por mais de um Estado-Membro, ultrapassando assim a jurisdição de qualquer procuradoria nacional[10]. Clarificando, para o normal desenvolvimento

---

7 Vd. Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia, Bruxelas, 17 de julho de 2013 (COM (2013) 534 final).

8 Margarida Santos, *Para um (Novo) Modelo... op. cit.*, p. 296.

9 *Ibidem*.

10 Marianne L. Wade, *op. cit.*, p. 449.

de um processo até à fase de julgamento, é essencial que, finda a fase de inquérito, o procurador tenha obtido provas suficientemente sólidas que possam ser utilizadas em juízo e sejam demonstrativas da natureza e extensão da atividade criminosa. Para dificultar ainda mais a já árdua missão de investigar crimes transnacionais, é preciso ter presente que os casos europeus podem, naturalmente, envolver ainda Estados terceiros, o que significa que a sua cobertura territorial pode ser, de facto, muito alargada, ou seja, os procuradores que investigam aspetos de tais casos podem enfrentar desafios geográficos e jurisdicionais muito significativos. Posto isto, poderá depreender-se que a obtenção de assistência por parte de outras jurisdições é uma questão decisiva[11]. Deste modo, a PE estaria mais bem preparada para responder às adversidades que os crimes europeus suscitam.

Com base no exposto anteriormente, será seguro afirmar que a impunidade dos agentes que cometem crimes graves, afetando dois ou mais Estados-Membros, constitui uma forte justificação para a necessidade de criação de um Ministério Público Europeu, visto que os referidos crimes acabam por não ser satisfatoriamente investigados, não se dando início aos processos judiciais devidos [12].

Ultrapassada a barreira da necessidade de instituir um Ministério Público Europeu, levanta-se a questão de saber como se deve definir a sua competência. Porquê os crimes lesivos dos interesses financeiros da União? Para responder a tal questão, começará por analisar-se o artigo 86.º do TFUE, que, no seu n.º 1, prevê a criação de uma PE a partir da Eurojust. No entanto, o referido artigo é omisso quanto ao âmbito exato da competência *ratione materiae* da PE, uma vez que contém, num texto formulado de forma ambígua, uma referência limitada[13] a uma definição pouco aprofundada de "combate às infrações lesivas dos interesses financeiros da União".

---

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*, p. 448.

13 John A. E. Vervaele, "The material scope…", *op. cit.*, pp. 92 e 93.

Posto isto, atente-se, agora, no artigo 325.º do TFUE. O n.º 1 do referido artigo refere-se ao combate às "fraudes e quaisquer outras atividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União", constituindo a base legal para a tomada de medidas a fim de assegurar uma "proteção efetiva" e um "efeito dissuasor". Além disso, importa acrescentar que aquele artigo pode também servir de base a diretivas e regulamentos sobre a matéria em causa[14], isto é, a medidas que facilitem o combate às infrações lesivas dos interesses da União.

Determinada a competência material, revela-se essencial saber quais as ofensas que consubstanciam infrações lesivas dos interesses financeiros da União, pois essa é uma condição para a PE iniciar a sua atuação (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*). Além disso, é também importante que qualquer cidadão possa, querendo, conhecer os crimes que integram o âmbito de atuação da PE e as penas correspondentes[15].

A determinação dessas medidas pode afigurar-se menos complexa do que na realidade demonstrou ser, pois é necessário ter em conta que a única semelhança entre as infrações cometidas nos vários Estados-Membros é a forma de cometer os crimes, enquanto que a área em que são detetadas as irregularidades varia consoante o país em cujo território os referidos crimes ocorreram. Clarificando, é natural considerar que a prática de determinados crimes é condicionada por vários fatores, por exemplo geográficos, históricos e culturais[16]. O exposto revela que, numa parte, tendo em conta as caraterísticas específicas de cada país, a cooperação dos Estados-Membros com a futura PE será fundamental para o melhor funcionamento desta.

---

[14] *Ibidem*.

[15] John A. E. Vervaele, *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Trento: Università degli Studi di Trento, 2014, p. 269.

[16] Sanja Jelisavac Trosic e Jelena Kostic, *op. cit.*, p. 696.

Finda a discussão, a competência material da PE ficou estabelecida no artigo 22.º do Regulamento, que, no seu n.º 1, lhe atribui competência em relação às infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União previstas na Diretiva PIF. Deste modo, o Regulamento não definiu diretamente as infrações abrangidas pelo seu âmbito de competência nem estabeleceu concretamente as medidas para combater as referidas infrações, remetendo para outro documento legal.

3. Alargamento da competência material da Procuradoria Europeia: uma utopia necessária

Sem a atuação da PE, a cooperação entre Estados-Membros baseia-se, essencialmente, no reconhecimento mútuo de sentenças e decisões judiciais, nos termos do já mencionado artigo 82.º do TFUE, bem como nos diversos esforços mantidos no sentido da aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros, nos domínios a que que se refere o n.º 2 do artigo 82.º e o artigo 83.º, ambos do TFUE. Além disso, o artigo 84.º do Tratado enumera uma série de medidas destinadas a incentivar e apoiar a ação dos Estados-Membros no domínio da prevenção da criminalidade. No sentido de que a cooperação entre Estados-Membros fosse cada vez mais eficaz, a União adotou vários instrumentos legislativos em conformidade com o princípio do reconhecimento mútuo. De entre eles, os mais relevantes são o Mandado de Detenção Europeu (MDE), o Mandado Europeu de Obtenção de Provas e a Decisão Europeia de Investigação em Matéria Penal (DEI)[17]. No entanto, pairava o sentimento de que poderia ser adotada uma solução melhor no plano da cooperação judiciária.

---

[17] Alessandro Nato, *op. cit.*, pp. 320 e 321.

De facto, a criação de um Ministério Público Europeu reduziria as dificuldades observadas na realização de investigações criminais que abranjam diferentes Estados-Membros, como a morosidade na comunicação e as diferentes regras probatórias de cada Estado-Membro. Além disso, a atuação da PE poria termo a situações em que as autoridades judiciais de um Estado-Membro não abriam investigações criminais na sequência de indicações por parte de autoridades equivalentes de outro Estado-Membro porquanto estes levantavam questões complexas de competência territorial, o que reduzia significativamente as probabilidades de prevenir tais crimes[18].

Outro fator que prova a necessidade da existência deste novo órgão europeu é o facto de as agências da União terem vindo a falhar até agora, sobretudo neste tipo de cooperação. Não parece haver dúvidas quanto à dificuldade sentida em obter uma troca de informações efetiva, leal e completa, facto que se estende também aos relatórios de crimes e às medidas de investigação entre as autoridades de diferentes Estados-Membros. Nesse sentido, apesar dos instrumentos existentes que propiciam e facilitam a cooperação entre as autoridades nacionais, poder-se-ia considerar que a referida cooperação, tal como previsto pelo princípio da confiança mútua, deveria ser aperfeiçoada, necessidade essa que se extrai, a título de exemplo, dos fluxos de notícias que chegam à Eurojust, pois estes parecem, de acordo com muitas organizações nacionais, insuficientes e por vezes reticentes[19].

Considerando que a PE foi incumbida da difícil tarefa de agir como um único Ministério Público para toda a União, ou seja, abrangendo um espaço geográfico muito superior ao coberto pelo território de um único Estado-Membro, a UE seria para o Ministério Público Europeu um território inteiro e indivisível, no qual

---

18 *Ibidem*, p. 324.

19 *Ibidem*.

poderia exercer os seus poderes de forma independente, intervir prontamente e transmitir rapidamente as informações necessárias para as investigações[20]. Facilmente se depreendem as vantagens deste tipo de atuação, que permitiria superar, definitivamente, quer o problema do envio e obtenção de provas quer o da condução de processos penais em casos transnacionais, pois a PE poderia recolher determinados elementos de prova sem ter limites territoriais nas suas investigações. Contrariamente, o papel dos Procuradores nacionais é bastante mais limitado e o seu percurso consideravelmente obstaculizado, pois relativamente às investigações com relevância transnacional, os referidos Procuradores dos Estados-Membros só podem iniciar o processo de colaboração e transmitir provas e documentos previamente obtidos uns aos outros. Isto não evita a possibilidade de as duas investigações criminais serem dois processos separados, conduzidos de acordo com diferentes critérios nacionais, facilitando que sejam proferidas duas decisões judiciais diferentes para o mesmo crime em dois Estados-Membros diferentes, podendo colocar em causa, dependendo das circunstâncias, o princípio do *ne bis in idem*. No entanto, a solução para eliminar o risco de juízos divergentes não é inalcançável pois, se a investigação for conduzida por um Procurador Europeu, que teve a possibilidade de reconhecer os recolher todas as provas necessárias em todos os Estados-membros envolvidos e que também tem o poder de conduzir ações penais perante uma jurisdição nacional única em relação a todos os arguidos[21], esse risco já será, muito provavelmente, mais reduzido.

Resumidamente, em comparação com o trabalho dos Procuradores nacionais, que operam apenas numa base territorial, o valor acrescentado da PE reflete-se através da possibilidade de o Pro-

---

[20] *Ibidem*, pp. 324 e 325.

[21] *Ibidem*, p. 325.

curador Europeu poder apreender toda a complexidade das redes criadas por grupos de crime organizado. Assim, o Procurador Europeu seria capaz de reconstruir os fios invisíveis na base territorial, para localizar as ligações entre as redes criminosas, as suas fontes de financiamento, os modelos de recrutamento e as relações entre as diferentes redes nacionais. A constante troca de informações a nível internacional e o estabelecimento de uma base de dados informatizada, a que os Procuradores Europeus têm acesso direto, são outros fatores que demonstram a vantagem da investigação europeia em face dos sistemas de investigação nacionais[22].

Assim, não restarão dúvidas de que a atuação da PE permitirá, por um lado, ir além dos instrumentos de cooperação existentes e alcançar resultados mais eficazes e, por outro lado, completar e reforçar os instrumentos de cooperação judicial em matéria penal, oferecendo uma melhor contribuição para a prossecução dos objetivos do que aquela que é atualmente fornecida pela Eurojust[23].

Admitindo que a criação de uma organização europeia como a PE faz parte do desenvolvimento e reforço do domínio da cooperação judiciária em matéria penal[24], seria importante ponderar a possibilidade de alargar o seu campo de atuação. Como já referido, a base jurídica primordial do novo Ministério Público Europeu é o artigo 86.º do TFUE, que confere à PE poderes para investigar, deduzir acusação e levar a julgamento os autores de infrações contra os interesses financeiros da União. No entanto, o referido Tratado também previu a possibilidade de alargar a competência deste novo órgão, tal como plasmado no n.º 4 do artigo 86.º do TFUE. Esta norma permite ao Conselho Europeu, com base numa decisão unânime, após aprovação pelo Parlamento Europeu e consulta da

---

22 *Ibidem*.

23 *Ibidem*, p. 321.

24 *Ibidem*, p. 320.

Comissão Europeia, alargar a competência material da PE[25], que passaria a incluir a "criminalidade grave com dimensão transfronteiriça". De acordo com o disposto no artigo 83.º do TFUE, tanto o terrorismo como o tráfico de seres humanos e de droga se enquadram no domínio de criminalidade em causa. Deste modo, legalmente nada obsta ao alargamento da competência material da PE de forma a que ela abranja os tipos de criminalidade supramencionados. Além disso, a ampliação da competência material da PE, abrangendo crimes como o terrorismo, o tráfico de drogas e o tráfico humano, representaria um considerável passo em frente para a criação de um verdadeiro espaço de liberdade, segurança e justiça e ofereceria maior segurança aos cidadãos europeus[26].

Para corroborar o referido anteriormente, basta atentar no facto de a extensão da competência material da PE à criminalidade grave transfronteiriça ter já sido apoiada em diversos círculos, designadamente políticos[27]. O antigo Presidente da Comissão Europeia Jean-Claude Junker, no seu discurso sobre o Estado da União de 2017, afirmou que a UE deve ser mais forte na luta contra o terrorismo, pois, apesar dos verdadeiros progressos que se verificaram aos longo dos últimos anos, ainda faltam meios para agir rapidamente no que toca a ameaças transfronteiriças[28], o que constitui, para Jean-Claude Junker, um forte argumento a favor de encarregar o novo Ministério Público Europeu de persegui-las.[29].

---

[25] *Ibidem*, p. 322.

[26] *Ibidem*, p. 321.

[27] Fabio Giuffrida, "Cross-Border Crimes and the European Public Prosecutor's Office", *eucrim* 3/2017, p. 149.

[28] Discurso do antigo Presidente da Comissão Europeia Jean-Claude Juncker sobre o Estado da União de 2017, disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_17_3165 (última consulta a 13 de novembro de 2022).

[29] *Ibidem*.

No mesmo sentido discursou o Presidente da República Francesa, Emmanuel Macron, na iniciativa por uma Europa Soberana, Unida e Democrática, afirmando que, em face do terrorismo global, a segurança da Europa precisa de ser reforçada, pois há redes terroristas a desenvolverem-se em toda a Europa. Portanto, é necessário agir em conjunto, desde a prevenção até à repressão. Com base nesse argumento, reforçou que precisamos de criar um Ministério Público Europeu para o crime organizado e para o terrorismo, além das atuais competências da PE[30].

Por conseguinte, poderá afirmar-se que, sem um Ministério Público Europeu com competência na luta contra a criminalidade grave com dimensão transfronteiriça a operar em todo o território da União, garantir a segurança dos cidadãos da União poderá ficar aquém do desejado. O atual sistema de luta e repressão levado a cabo independentemente por cada Estado-Membro permite aos infratores escolher o local onde a atividade criminosa irá operar ou para onde se deslocarão livremente após cometerem um crime grave. Todos os cidadãos têm o direito de viver livres do medo, quaisquer que sejam as suas opiniões ou crenças. Por isso, é essencial que os valores comuns e transversais a todos os Estados-Membros sejam protegidos da violência baseada em motivações étnicas, religiosas, racistas[31] ou de qualquer outra espécie. É evidente que uma tal extensão da competência material da PE pode significar um passo

---

[30] Discurso do Presidente da República Francesa Emmanuel Macron, "Pour une Europe Souveraine, Unie, Démocratique", na Universidade da Sorbonne, 2017, disponível em https://www.elysee.fr/front/pdf/elysee-module-795-fr.pdf (última consulta a 13 de novembro de 2022).

[31] Declaração dos membros do Conselho Europeu decorrente da reunião informal dos Chefes de Estado ou de Governo, de 12 de fevereiro de 2015, disponível em https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/02/12/european-council-statement-fight-against-terrorism/ (última consulta a 13 de novembro de 2022).

em frente com ousadia na direção de uma Europa federal, em que um Ministério Público Europeu seja competente para atuar contra crimes que afetam interesses de segurança comuns[32], reforçando, também, o espírito de identidade da União. Deste modo, a existência e funcionamento de uma PE com estas características parece um objetivo que tem tanto de distante[33] como de necessário, e essa constatação pode ser a primeira pincelada na criação de um espaço de (maior) liberdade, segurança e justiça.

No entanto, mais do que admitir a inevitabilidade do alargamento da competência material da PE, importa apurar quais os crimes a integrar, fruto desse alargamento. Serão todos os constantes do rol do artigo 83.º do TFUE? Se apenas alguns, quais serão os critérios para fazer a seleção? Serão os crimes enumerados no referido artigo os únicos que merecem tutela ao nível da UE?

Em 2018 a Comissão Europeia emitiu uma Comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho Europeu[34] onde afirmava a necessidade de alargar a competência material da Procuradoria Europeia aos "crimes graves com dimensão transfronteiriça", revelando a convicção de que a Procuradoria Europeia pode acrescentar valor à luta[35] contra um número de crimes muito mais extenso do que aqueles que consubstanciam a sua competência material atual, nomeadamente crimes cuja repressão só assuma eficácia de modo coordenado.

---

[32] Fabio Giuffrida, *op. cit.*, p. 151.

[33] Alessandro Nato, *op. cit.*, pp. 325 e 326.

[34] Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho Europeu, "A Europe that protects: an initiative to extend the competences of the European Public Prosecutor's Office to cross-border terrorist crimes", Bruxelas, 12 de setembro de 2018 (COM(2018) 641 final).

[35] Margarida Santos, "A implementação da Procuradoria Europeia – A Emergência de um Modelo de Intervenção Penal entre a Cooperação e a Integração Penal?", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 5 (n.º 2) (2019), p. 1027.

A Comunicação da Comissão referia que "(…) os crimes terroristas afetam todos os Estados-Membros e a União no seu conjunto, razão pela qual deve ser considerada uma solução a nível europeu". O terrorismo merece, desde logo, destaque, na medida em que "os direitos lesados pelos atentados terroristas não são os mesmos que os direitos legais afetados por infrações comuns"[36]. Tendo em conta que a Europa enfrenta atualmente uma nova e viciosa forma de terrorismo internacional, marcada pela clara mudança na estratégia do Estado islâmico para levar a cabo ataques com especial incidência na Europa, bem como o número crescente de combatentes terroristas estrangeiros, estes constituem alguns dos novos desafios que a União e os seus Estados-Membros enfrentam em termos de luta contra o terrorismo[37].

Além do terrorismo, o tráfico humano e de droga consubstancia uma preocupação e um desafio para as autoridades que o combatem[38], sendo que um dos principais problemas reside na existência de investigações paralelas, na sua maioria descoordenadas, que acabam por conduzir ao desperdício de tempo e de recursos, à violação do princípio *ne bis in idem* e à colocação em risco das investigações umas pelas outras[39]. Apesar dos progressos alcançados ao longo do

---

[36] Pedro Caeiro e Miguel Ângelo Lemos, "Content and impact of approximation: the case of terrorist offences (Council Framework Decisions of 2002 and 2008)", in Francesca Galli e Anne Weyembergh (eds.), *Approximation of Substantive Criminal Law in the EU: The Way Forward*, Bruxelas: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2013, p. 153.

[37] Cf. https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-counter-terrorism-centre-ectc (última consulta a 21 de dezembro de 2022).

[38] "Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: Terceiro relatório sobre os progressos realizados na luta contra o tráfico de seres humanos (2020), como previsto no artigo 20.º da Diretiva 2011/36/UE relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas", Bruxelas, 20 de outubro de 2020 (COM(2020) 661 final), p. 4.

[39] "Eurojust Report on Drug trafficking: Experiences and challenges in judicial cooperation", A Haia, 2021, p. 19.

tempo, é ainda essencial que os Estados-Membros intensifiquem os seus esforços para combater eficazmente os crimes mencionados.

Apesar da referida extensão da competência material da PE aparentar ser necessária e a solução (mais) eficaz, é imperativo analisar o alargamento supramencionado à luz do princípio da proporcionalidade, que impõe limites à restrição de direitos e liberdades, tanto enquanto norma de ação, como enquanto norma de controlo[40]. Será seguro afirmar que a necessidade de conceber um direito penal europeu em conformidade com o princípio da proporcionalidade não remonta ao início do projeto de construção de uma União Europeia, verificando-se após a celebração do Tratado de Lisboa, pois foi a partir daí que se foi introduzindo a ideia de reforço e expansão da competência da União Europeia para legislar em matéria penal, consagrada no artigo 83.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia[41]. O princípio da proporcionalidade em sentido lato, no âmbito da intervenção criminal, exige a natureza subsidiária ou de *ultima ratio* da criminalização, bem como a máxima proibição do excesso de punição[42], daí que se revele essencial o estudo aprofundado deste princípio aquando da reflexão sobre uma eventual extensão da competência material da PE, enquanto órgão de prossecução e ação penal.

Compreendendo a UE enquanto "projeto comum de valores e expectativas partilhados"[43], importa renovar a reflexão sobre a forma de garantir (em concreto e de forma eficaz) a proteção des-

---

[40] Cf. Joana Amaral Rodrigues, *O Direito Penal Europeu e a dupla subsidiariedade*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 329 e s..

[41] Anabela Miranda Rodrigues, "Fundamental rights and punishment: Is there an EU perspective?", *New Journal of European Criminal Law* 10 (2019) – *European Criminal Law in the Global Context: Special Issue edited by Pedro Caeiro*, p. 19.

[42] *Ibidem*, p. 18.

[43] Pedro Caeiro, "Editorial", *New Journal of European Criminal Law* 10 (2019), *op. cit.*, p. 4.

ses valores, cuja defesa pode ficar aquém do necessário sem uma PE dotada de competência material verdadeiramente abrangente[44], ressalvando as considerações críticas que se têm apontado no que diz respeito ao cumprimento do princípio da proporcionalidade[45], que deverá funcionar também como limite à atuação da PE.

4. Criminalidade ambiental: uma preocupação europeia

É imperativo, ainda, fazer menção aos crimes ambientais que, apesar de não estarem elencados no artigo 83.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, assumem cada vez mais importância no contexto internacional e têm merecido muita atenção nos últimos anos[46]. O Tribunal de Justiça reiterou que, quanto esteja em causa uma medida indispensável para lutar contra infrações graves ao ambiente, o legislador europeu pode impor aos Estados-Membros a obrigação de instituir sanções efetivas, proporcionais e dissuasoras[47], capazes de assegurar a plena eficácia do direito comunitário

---

[44] Declaração dos membros do Conselho Europeu na sequência da reunião informal dos Chefes de Estado e de Governo de 12 de fevereiro de 2015, disponível em https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/02/12/european-council-statement-fight-against-terrorism/ (última consulta a 14 de novembro de 2022).

[45] Anabela Miranda Rodrigues, *op. cit.*, p. 21.

[46] Francesco de Angelis, "The European Public Prosecutor's Office (EPPO) – Past, Present, and Future", *eucrim* 4/2019, p. 275.

[47] Anabela Miranda Rodrigues, "Direito Penal Europeu pós-lisboa – um direito penal funcionalista?", in Margarida Santos, Mário Ferreira Monte e Fernando Conde Monteiro (coord.), *Os Novos Desafios da Cooperação Judiciária e Policial da União Europeia e da Implementação da Procuradoria Europeia*, Braga: Centro Interdisciplinar em Direitos Humanos da Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p.13.

nesse domínio[48]. Releva mencionar que, através do Acórdão *Ambiente*, o Tribunal de Justiça justificou a atribuição de competência à União com a necessidade de assegurar a eficácia de uma política comunitária que constitui um objetivo essencial da União. Contudo, não foram especificadas naquele Acórdão as medidas que o legislador europeu estaria habilitado a tomar para a prossecução de tal objetivo. A principal inovação, no entanto, seria introduzida posteriormente, no Acórdão sobre a poluição causada por navios. De acordo com o Acórdão, quando a aplicação de sanções criminais efetivas, proporcionais e dissuasoras a nível nacional constituir uma medida essencial para combater ofensas graves ao ambiente, o legislador europeu tem o poder de exigir aos Estados-Membros que previssem tais sanções de modo a assegurar a plena eficácia do direito da União Europeia nesse domínio.

Em dezembro de 2021 a Comissão adotou uma proposta de Diretiva para combater os crimes ambientais, promovendo a deteção, a investigação, a ação penal e a aplicação de sanções[49], que se depreende ter sido motivada pela prossecução do princípio da eficácia, pois o seu considerando 3 expõe que "a experiência tem revelado que os atuais regimes de sanções não têm sido suficientes para garantir a observância absoluta da legislação sobre proteção do ambiente". Contudo, será pertinente questionar se a eventual ineficácia da aplicação do direito da União Europeia em casos como a criminalidade ambiental será suficiente para conceder ao legislador europeu competências que seriam exclusivas dos Estados-Membros. Caso a resposta seja positiva, poder-se-á refletir se seria plausível o enquadramento do crime de ecocídio no rol de "crimes

---

[48] Cf. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 23 de outubro de 2007, processo C-440/05, e de 13 de setembro de 2005, processo C-176/03.

[49] Diretiva 2008/99 CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de novembro de 2008, relativa à proteção do ambiente através do direito penal, *Jornal Oficial* L 328/28, de 6 de dezembro de 2008.

graves com dimensão transfronteiriça" previstos no artigo 83.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, apesar das condicionantes de que isso se revestiria, como por exemplo a exigência de uma alteração do referido Tratado.

Precisamente neste período histórico, a PE afigura-se mais do que nunca necessária para proteger os cidadãos europeus do terrorismo, do tráfico de seres humanos e de droga, bem como dos crimes ambientais, cuja atividade ofende os valores fundamentais e os direitos humanos considerados basilares na União Europeia, tais como a solidariedade, a liberdade, incluindo a liberdade de expressão, o pluralismo, a democracia, a tolerância e a dignidade humana. O regulamento final da PE é, sem dúvida, o primeiro passo para a criação de um órgão supranacional de investigação e exercício da ação penal ao nível da União Europeia, mas será relevante ponderar se não lhe poderia (ou deveria) ser atribuído um leque de competências mais amplo do que o atual para lidar com certos tipos de crimes[50].

5. Conclusão

Finda a presente reflexão, poderá concluir-se pela clara insuficiência de meios e de recursos dos Estados-Membros no combate à criminalidade grave transfronteiriça, em especial ao terrorismo, ao tráfico de seres humanos e de droga e à criminalidade ambiental. Não é surpreendente que tal suceda, pois combater grupos de criminalidade organizada espalhados por toda a europa com armas nacionais é uma missão quase impossível[51].

---

[50] Costanza di Francesco Maesa, "Repercussions of the Establishment of the EPPO via Enhanced Cooperation – EPPO's Added Value and the Possibility to Extend its Competence", *eucrim* 3/2017, p. 159.

[51] Alessandro Nato, *op. cit.*, p. 325.

Foi também observado que as circunstâncias conturbadas do período histórico atual facilitam a atividade criminosa de vários grupos organizados[52], daí ser necessário, agora especialmente, reforçar ainda mais a segurança dos cidadãos europeus e impedir os ataques constantes aos valores fundamentais e aos direitos humanos que enformam a União Europeia[53].

É seguro afirmar que a ameaça representada pelos grupos de criminalidade organizada continua a ser elevada e que os métodos de combate nem sempre se revelam mais eficazes do que os utilizados pelos infratores[54], o que, a prolongar-se no tempo, pode originar uma UE frágil, insegura e incapaz de agir, no fundo, uma UE sabotada pelos seus próprios Estados-Membros.

Deste modo, poderá considerar-se que a melhor forma de garantir a segurança dos cidadãos passaria pelo reforço dos poderes da PE, designadamente através da ampliação da sua competência material, pois, para vencer o sentimento de impunidade dos grupos criminosos em causa e, consequentemente, reduzir a sua atividade, é necessário que a Europa esteja mais unida do que nunca, que seja capaz de atuar em nome de todos, mas a uma só voz. Isso pode ser conseguido através da transformação da, atualmente ainda distante, ampliação da competência material da PE, contribuindo, assim, para a concretização de um verdadeiro espaço de liberdade, segurança e justiça.

Para tal, será, de certo modo, inevitável concluir que é necessário a existência de uma atuação transnacional, que supere os en-

---

52 Conselho da Europa, Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings (GRETA),"10th General Report on Greta's Activities: covering the period from 1 January to 31 December 2020", 2021, p. 31.

53 Declaração dos membros do Conselho Europeu decorrente da reunião informal dos Chefes de Estado... *cit*.

54 Alfredo José de Sousa, *A Criminalidade Transnacional na União Europeia – Um Ministério Público Europeu?*, Coimbra: Almedina, Coimbra, 2005, p. 79.

traves que as fronteiras, ainda que invisíveis, colocam ao combate ao terrorismo, ao tráfico humano e ao tráfico de droga, atuação que não esteja limitada a alguns atos de investigação, mas que seja competente para exercer a ação penal, estando presente em todas as fases do processo. Nesse sentido, alargar a competência material da PE às referidas formas de "criminalidade grave com dimensão transfronteiriça" assemelha-se uma solução capaz de fazer frente a este flagelo, ao mesmo tempo que contribui para a existência de uma Europa verdadeiramente unida, capaz de apresentar a mesma solução para os mesmos problemas.

As asserções expendidas, a uma primeira vista, poderão suscitar dúvidas quanto ao efeito *trompe l'oeil* da PE, expressão que enformou o título desta reflexão. Contudo, é defensável a afirmação de que a criação de um órgão como a PE pressupunha um campo de atuação consideravelmente mais vasto e, com a limitação da competência material da PE à criminalidade financeira que se encontra regulada numa diretiva em específico, será seguro afirmar que muito do potencial que a PE detém ficou forçosa e propositadamente por explorar, conferindo-lhe assim um efeito enganador, pois apesar de assim se intitular, na prática o seu campo de atuação ficou aquém das expectativas criadas acerca de um verdadeiro Ministério Público Europeu.

Apesar de parecer uma ideia longínqua e, até, impraticável, com a entrada em funcionamento da PE a 1 de junho de 2021, esta discussão está agora, mais do que nunca, em aberto.

THE RIGHT TO A DEFENCE AND TO A FAIR TRIAL UNDER THE PROCEEDINGS OF THE EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE:

DO THE CHOICE OF FORUM RULES EFFECTIVELY SAFEGUARD THE PRINCIPLES OF EQUALITY OF ARMS AND LEGAL CERTAINTY?

OLGA VICENTE SARASÚA[*]

PhD student at the Law Faculty of the University of the Basque Country

---

[*] Beneficiary of a PhD scholarship from the Education Department of the Basque Government ("Programa Predoctoral de Formación de Personal Investigador No Doctor del Departamento de Educación del Gobierno Vasco"). Collaborator in the Science and Innovation Ministry of the Spanish Government's research project "The Legality of the Exploitation of the Natural Resources of the Territories Subject to Colonial and Neocolonial Domination and of the Global Commons" (PID2020-117936GB-I00).

1. Introduction

The establishment of the European Public Prosecutor's Office (hereinafter, EPPO) in 2017 entailed a landmark in the field of judicial cooperation in criminal matters and in the advancement of a European Area of Freedom, Security and Justice and of a greater integrated European Union (hereinafter, EU). Judicial cooperation in criminal matters has been greatly developed in recent years as a mean to fight the most modern modalities of crime – one of the biggest exponents of this cooperation being the creation of the European Arrest Warrant, rooted in the principle of mutual recognition. Despite the progress obtained through this method, very often it was still too slow to deal with this type of criminality, the complexity of which and cross-border nature demanded the creation of a supranational structure with powers to investigate and to prosecute throughout the territory of the EU[1].

The Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12th October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office (hereinafter, EPPO Regulation)[2] set the basis for the operation of the EPPO regulating its structure, detailing its competences and the main rules governing

---

[1] Jorge A. Alvés Costa, "La Fiscalía Europea: su impacto en Portugal", in Victor Moreno Catena y María Isabel Romero Pradas (coords.) / Elena Laro González (ed.). *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profª Mª Isabel González Cano*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 128-129.

[2] Council Regulation (EU) 2017/1939 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO'), Official Journal of the European Union L 283, of 31st October 2017, pp. 1-71 (CELEX number: 32017R1939).

crucial parts of the criminal proceedings, such as the obtaining of cross-border evidence. These rules were completed by the Internal rules of procedure of the EPPO (hereinafter, Internal Rules)[3], which regulate its internal functioning, as well as, among other things, the decision-making processes.

As it will be seen in the following sections, some of the difficulties arising during the negotiations for the establishment of this new EU body have been reflected in the final EPPO Regulation. This is the case of the judicial review regulation – contained in Article 42 of the EPPO Regulation –, on the choice of forum rules, specifically of the decisions of reallocation, merging and splitting of cases in Article 26(5) of said Regulation. This paper will focus on the threats provoked by these issues to the suspects' right to a defence and to a fair trial enshrined in Article 6 of the European Convention of Human Rights (hereinafter, ECHR) and Articles 47 and 48 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereinafter, the Charter) as they have been interpreted by the European Court of Human Rights (hereinafter, ECtHR) and by the Court of Justice of the European Union (hereinafter, ECJ).

The aim of this paper is not only to point the previous issues out, but also to shed some light into their nature, their effects and why they can be detrimental for the suspects and for the future of the EPPO. The analysis of the issues will be accompanied by a proposal for a course of action to counteract them, considering both possible future legal amendments and currently available solutions with the rules already in force.

The paper will first provide an overview of the evolution of the EPPO, from its inception to its final adoption, noting the main

---

[3] Internal rules of procedure of the European Public Prosecutor's Office, Official Journal of the European Union C 22, of 21st January 2021, pp. 3-31 (CELEX number: 32021Q0121(01)).

characteristics of the different proposals for the creation of the EPPO. This brief study of the EPPO's structure will be helpful in order to better understand the essence of the issues tackled by this paper, that is, those arising from the judicial review of the decisions of reallocation, merging and splitting of cases adopted by the Permanent Chambers and their impact on the right to a defence and to a fair trial of the suspect and, overall, to the proceedings and to the efficient functioning of the EPPO. Finally, some recommendations on the appropriate way to neutralise these problems and their effects will be proposed for further consideration and some final remarks will be made.

2. The Decisions of the Permanent Chambers of the European Public Prosecutor's Office on the Choice of Forum Rules

2.1. Legal Background

The structure of the EPPO has been a matter of discussion since the inception of this new EU body. Along the years, many different projects postulated for very different models, and each of them gave us insight on what their proponents thought the EPPO should look like. In order to assess the current legal background regarding the decisions adopted by the Permanent Chambers under Article 26(5) of the EPPO Regulation and their judicial review, this paper first focuses on the following key instruments, which developed different proposals for the organization of the EPPO.

Firstly, the Corpus Juris in 1997[4] proposed the following model in its Article 18(2): *"The EPP is an authority of the European*

[4] Mireille Delmas-Marty (dir.), *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne / Corpus Juris introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union*, Paris: Economica, 1997.

Community, responsible for investigation, prosecution, committal to trial, presenting the prosecution case at trial and the execution of sentences concerning the offences defined above (Articles 1 to 8). It is independent as regards both national authorities and Community institutions". According to paragraph 3 from said Article, the European Public Prosecutor consisted in the European Director of Public Prosecution (hereinafter, EDPP), head of the body and based in Brussels, and the European Delegated Public Prosecutors (hereinafter, EDelPP), each based in their respective Member States. To complete the structure, Article 18(5) provided that national public prosecutors were also under the duty to assist the European Public Prosecutor. The principles governing this body were indivisibility and interdependence[5]. The aim of the Corpus Juris of 1997 was to create a body strongly decentralized in order to maximize its efficiency[6]. However, the powers of the EDPP seemed to be quite extensive, as it could be inferred from Article 20, regulating the powers of investigation of the European Public Prosecutor. The EDPP called for the cases under the material competence of the European Public Prosecutor, oversaw the investigations, delegated them to

---

[5] The first principles implies, as is stated in Article 18(4)(a) of this Corpus Juris 1997 that: *"[…] any act undertaken by one of its members is taken as done by the EPP; that all acts which falls within the competence of the EPP (particularly powers of investigation as set out under Article 20) may be undertaken by any of its members; and that, with the agreement of the EDPP, or in emergencies where he retrospectively approves, any of the EDelPPs may exercise his duties on the territory of any of the Member States, in collaboration with the offices of the EDelPP in that Member State".* The indivisibility principle poses an obligation on the EDelPPs to assist each other (Article 18(4)(b) of the Corpus Juris 1997).

[6] As is stated in the commentary for Article 18, the establishment of a single legal area required the setting up of a European Public Prosecutor within the Community institutions to monitor and coordinate the investigations on fraud against Community funds. However, this did not mean that a new, bureaucratic, centralised body needed to be created. In fact, it was argued that it would have been more inefficient, as well as costly (*ibid.*, p. 84).

the EDelPP, and coordinated the investigations; on the specific investigation powers, i.e., the power to question the suspect, these could be exercised either by the EDPP or by the EDelPP through delegation. On the proposed system of division of competences, the authors' goal was to create a flexible system *"[…] given that the EDPP, having seised several EDelPPs simultaneously in different States, may decide that the case is in fact to be treated as one, and appoint one EDelPP to coordinate the whole operation under his authority"*[7].

As we can see, the insight we get from this first instrument is that of a decentralised body, with, in fact, a very strong leadership from the EDPP if we look at the amount and the nature of his competences; something that will become a standard in the following stages of the EPPO's creation.

The next instrument regarding the formation of the EPPO is the Corpus Juris 2000[8], which updated the Corpus Juris 1997. This new instrument reiterates two core principles of the previous one: territoriality and contradiction. The first principle focuses on the establishment of a European single legal area[9] while the second one strengthens the idea that the parties must be able to access any evidence or allegation presented before the judge to discuss it so that the right to a defence of the suspect is safeguarded and in line with the international legal instruments[10]. This new Corpus repeats the structure proposed in the Corpus Juris 1997: a European Public Prosecution Service that would have been formed by a European General Prosecutor in Brussels and European Delegated

---

[7] *Ibid*., p. 94.

[8] Mireille Delmas-Marty y John Vervaele (eds.), con Enrique Bacigalupo y María Luisa Silva Castaño, *Un Derecho Penal para Europa: Corpus Juris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*. Madrid: Dykinson, 2004.

[9] Mireille Delmas-Marty y John Vervaele (eds.), *et al.*, *op. cit.* p. 22.

[10] *Ibid*., p. 23.

Prosecutors based in their own Member States[11]. As with the previous texts, the European Public Prosecution Service would have been independent from national and Community authorities, indivisible and with a duty of assistance to each other[12]. The powers of investigation of the European Public Prosecution Service are also contained in Article 20(2) and (3), which state that the European General Prosecutor would have had exclusive powers, such as general direction of the investigations and delegations to one or more European Delegated Prosecutors or the coordination of the cases; acts like suspect interrogation or phone tapping could have been exercised either by the European General Prosecutor or the European Delegated Prosecutors by delegation. Finally, the European Delegated Prosecutors could, following Article 20(4), delegate to the national authorities (with limitations) the powers delegated to them by the European General Prosecutor and these national authorities should have complied with the rules established in the Corpus Juris 2000.

A year later, the Commission published a Green Paper in 2001 on the necessity of, for example, the creation of a European Prosecutor[13], which proposed a similar structure. This new Community Law body would have had a European Prosecutor as its head. The Green Paper included the Deputy European Public Prosecutors, who came from the national legal systems and whose task was to

---

11 *Ibid.*, Article 18(3).

12 This indivisibility principle maintains the same meaning as in the Corpus Juris 1997, that is, that all acts adopted by one of its members, will be taken as an act of the European Public Prosecution Service. Furthermore, the acts falling under its competence can be adopted by any member and that, with the agreement of the European General Prosecutor or under his supervision, the European Delegated Prosecutors can adopt such acts in the territory of any participating Member State (*ibid.*, Article 18(4)).

13 Green Paper on criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor, Brussels, 11th December 2001 (COM (2001) 715 final).

investigate and to prosecute the specific cases in the Member States. Again, the decentralization of the bodies was very present[14]. On the principles governing the actions of the European Prosecutor, these were the principle of independence – independence from the parties, Member States and any other institutions, organs, and so forth, of Community Law[15] –, and the principle of subordination, under which the European Prosecutor could coordinate the investigations carried out by the Deputy European Public Prosecutors, give them instructions and issue general directives in Criminal Law in accordance with Community Law. According to the Commission, a hierarchical relationship between the European Prosecutor and the Deputy European Public Prosecutors was necessary in order to achieve unity and consistency in the European Prosecution Service's performance. In fact, the Commission further stated that the Deputies would normally act within their Member States in *"[…] cooperation with the Deputy Prosecutor for that jurisdiction"*, as they had the duty to assist each other[16]. The principle of indivisibility was also present since an act done by one of the Deputy Prosecutors would have committed the whole organization[17]. Finally, regarding the indivisibility principle, pages 30 and 31 established that the Deputies would be bound by the instructions of the European Prosecutor both in general and specific matters; never, however, by orders from their national authorities in any matter concerning the protection of the Community's financial interests.

---

[14] Green Paper 2001, *op. cit.*, p. 29.

[15] *Ibid.*, p. 28.

[16] *Ibid.*, p. 30. This last duty to assist is better specified in p. 31, where the Commission states the following: *"Every Deputy Prosecutor would have appropriate powers delegated to him by the chief Prosecutor. Under the supervision of the European Public Prosecutor, therefore, one European Prosecutor should be able to replace any other in law".*

[17] *Ibid.*, p. 31.

On the powers of the European Prosecution Service proposed by the Green Paper, page 28 stated that the European Prosecutor was responsible for the direction and coordination of the investigations and prosecutions falling under the material competence of the European Prosecution Service. It also had powers of investigation and power over the service and over the Deputy Public Prosecutors, as well as power to define the general guidelines in Criminal Law[18]. The Deputy European Public Prosecutors would have been in charge of bringing the offences to trial[19] and, as it is explained in page 30: *"The Deputy Prosecutors would have a vital role to play: anything the chief Prosecutor could do he could delegate to his Deputies. In practice they would be the channel through which he acted, because in most cases it would be a Deputy Prosecutor who would actually handle investigations and prosecutions"*.

The response from the Member States and other representatives from the judiciary of the Member States and legal experts in the field was varied, although it is worth pointing out that most of them were in favour of the establishment of this body and agreed with the structure proposed in the Green Paper by which the majority of the investigations and prosecutions would be carried out by the Deputies[20].

---

[18] The European Prosecutor would also have a role in the disciplinary procedure against the Deputy European Public Prosecutors (*ibid*., p. 30).

[19] *Ibid*., p. 28.

[20] "Follow-up report on the Green Paper on the criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor", Brussels, 19th March 2003 (COM(2003) 128 final), p. 11. As the Commission states in said page: *"The decentralised internal organisation of the European Prosecutor as proposed in the Green Paper strikes most respondents as the most appropriate: it would be based on an allocation of functions between a European Prosecutor, centralising the minimum needed at the Community level, and Deputy European Prosecutors in the national legal system, who would investigate and prosecute cases in practice"*.

In 2013, the Commission finally put forward a proposal for a Regulation on the creation of the EPPO[21]. The Proposal maintained the structure and principles established in the Green Paper, these being the indivisibility of the EU body (present in Article 6(7) and Recital 14 of the Proposal), its independence from every other institution, body of the EU or the Member States (Article 5 and Recital 10 of the Proposal). The principle of subordination was also present in Article 6(2) to (4). According to the Proposal, there would be a European Prosecutor, who would have been assisted by four Deputies, and the European Delegated Prosecutors. The European Prosecutor would have been in the highest position within the EU body and it would have directed and organised its activities; the initiation and direction of criminal proceedings[22] would have corresponded to the European Delegated Prosecutors.

As it can be observed, the figures of the College and of the Permanent Chambers were not considered in the 2013 Proposal, nor in the previous texts.

That changed, however, with the final EPPO Regulation. In fact, the structure of the EPPO suffered fundamental changes, making it more complex than the previous ones – which were purely

---

[21] Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office, Brussels, 17th of July 2013 (COM(2013)534 final; CELEX number: 52013PC0534).

[22] In the words of Article 6(5) of the Proposal: *"The European Delegated Prosecutors shall act under the executive authority of the European Public Prosecutor and follow only his/her instructions, guidelines and decisions when they carry out investigations and prosecutions assigned to them. When they act within their mandate under this Regulation, they shall be fully independent from the national prosecution bodies and have no obligations with regard to them".* It is for the European Delegated Prosecutors to lead the investigations. Furthermore, as stated in Article 18(1), investigation measures would be undertaken by the designated European Delegated Prosecutor himself or by instructing *"[…] the competent law enforcement authorities in the Member State where he/she is located".*

vertical, without any horizontal structures. In 2017, the Council adopted the final EPPO Regulation. The body thereby created is structured into two levels: the centralised level formed by the European Chief Prosecutor, the Deputy European Chief Prosecutors, the College, the Permanent Chambers, the European Prosecutors (hereinafter, EPs) and the Administrative Director; and the decentralised level, where we find the European Delegated Prosecutors (hereinafter, EDPs). It is interesting to note the distinction made by Ante Novokmet within the centralised level, which would be composed of strategic and operational sectors[23]. Following this last distinction, the Permanent Chambers, which are regulated in Article 10 and Recitals 25 and 36 of the EPPO Regulation as well as in Articles 15 to 24 of the Internal Rules, would be part of the operational sector. The duties of the Permanent Chambers are to supervise and to direct the investigations and prosecutions under the care of the EDPs and to ensure consistency and a common strategy in the EPPO's activities[24]. They also coordinate the investigations and prosecutions in transborder investigations and guarantee the enforcement of the decisions adopted by the College in accordance with Article 9(2)[25].

---

[23] Ante Novokmet, "The EPPO and Judicial Review of a Decision not to Prosecute: a Slippery Area or a Final Arrangement?", Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb) 27 (n.º 1) (2020), p. 142.

[24] The relationship between the Permanent Chambers and the EDPs is completed by the EPs (one per Member State), who, in compliance with Article 12(1) and (5) of the EPPO Regulation, *"[…] will be the central link between the Permanent Chamber and the handling European Delegated Prosecutor, functioning as a liaison and information channel, giving the Chamber's instructions to the European Delegated Prosecutors and monitoring their implementation"*. Peter Csonka, Adam Juszczak e Elisa Sason, "The Establishment of the European Public Prosecutor's Office – The Road from Vision and Reality", *eucrim* 3/2017, p. 127.

[25] As expressed in Article 9(2) of the EPPO Regulation: *"The College shall meet regularly and shall be responsible for the general oversight of the activities of the*

Despite the analysed texts and the 2013 Proposal both underlined the EPPO's decentralised nature, the truth is that they greatly emphasised the strong and vertical hierarchical relationship between the EP as the head of the body and the EDPs[26]. The Member States felt that horizontality was necessary so that their systems were more present and for the balance between the EU system and theirs' to be achieved. Therefore, the College and the Permanent Chambers were included in the final design.

The importance of the Permanent Chambers can be noticed in Article 10(2) of the EPPO Regulation, according to which they monitor and direct the investigations and prosecutions carried out by the EDPs and ensure coordination in cross-border cases and implementation of the decisions adopted by the College[27]. Article 20 of the Internal Rules, developing their competences, is also relevant. This Article establishes in its first paragraph the general principle by which once a case is assigned to a Permanent Chamber said Chamber will be competent to direct the investigations and prosecutions related to the case until it is finally disposed of[28].

EPPO. It shall take decisions on strategic matters, and on general issues arising from individual cases, in particular with a view to ensuring coherence, efficiency and consistency in the prosecution policy of the EPPO throughout the Member States, as well on other matters as specified in this Regulation. The College shall not take operational decisions in individual cases. The internal rules of procedure of the EPPO shall provide for modalities on the exercise by the College of the general oversight activities and for taking decisions on strategic matters and general issues in accordance with this Article".

[26] This idea is expressed in Ante Novokmet, *op. cit*. p. 138.

[27] The Permanent Chambers shall also decide on issues such as bringing a case to judgment, dismissing it or reallocating it. Article 10(3)(a)-(b) and Article 10(4)(e) of the EPPO Regulation.

[28] However, there are certain situations in which the European Chief Prosecutor can decide the reallocation of the case to a different Permanent Chamber: *"a) when there are links between individual cases assigned to different Permanent Chambers, or when the subject matter is repetitive; b) if decisions are required as a matter of urgency, including decisions under Article 27 of the Regulation"* (Article 20(2) of the

Apart from the completion of the regulation of the competences of the Permanent Chambers, the Internal Rules of the EPPO establish the organization of the Chambers' reunions and decision-making processes. When having to adopt a decision, the Permanent Chamber will call a meeting that all the permanent members and supervising EP shall attend, with an agenda specifying the cases to be treated, the decision to be adopted and the issues to be discussed in relation to each case[29]. Finally, the Chair of the Permanent Chamber shall draw up a minute of each meeting, which shall be registered in the Case Management System, according to Article 23(9) of the Internal Rules. In addition to this general procedure, the Internal Rules foresee a written procedure, which is to be used only in the event of a decision to dismiss a case in accordance with Article 39(1)(a)-(d) of the Regulation, to refer the case to the national authorities following Article 34 of the Regulation and when the decision is limited in complexity[30]. In those cases, the decision adopted shall be communicated via the Case Management System to the permanent members and the supervising EP, which will be

Internal Rules of the EPPO). The provisions in this Article are supplemented by those contained in Article 20(4) by stating that, when adopting a decision according to the former, the European Chief Prosecutor shall inform the College about it and about the reasons for the reallocation. A case can also be reallocated to another Permanent Chamber if, according to Article 20(3), the new Permanent Chamber is identified in accordance with the procedure in Article 19(4), after consultation with the Permanent Chamber to which the first allocation was made, if that case should have been allocated to a specialised Permanent Chamber in application of the Decision on the Permanent Chambers, or if the need for such measure emerges in the course of criminal proceedings.

[29] Article 23(1) and (4) of the Internal Rules. It is interesting to note that Article 23(3) allows the Chair of the Permanent Chamber to invite people indicated in the second paragraph of Article 10(9) of the Regulation – *i.e.*, other EPs or EDPs with an interest in the case –, or any other relevant staff member of the EPPO, to submit comments in writing within a deadline.

[30] Article 24(1) of the Internal Rules.

deemed as final by the Chair if the mentioned members do not lodge an objection[31].

Having established the chronology of the evolution of the EPPO, specifically of the Permanent Chambers, as well as its current formation and powers, it is time to focus on the activities conferred to them in Article 26(5) of the EPPO Regulation and the issues deriving from them.

2.2. The Possibility of a Judicial Remedy Against the Decisions of The Permanent Chambers

As it has been pointed out in the introduction, this section will be focusing on the Permanent Chambers and their decisions regarding the choice of forum on a case for which the EPPO is competent, specifically those in Article 26(5) of the EPPO Regulation. According to this Article: *"Until a decision to prosecute under Article 36 is taken, the competent Permanent Chamber may, in a case concerning the jurisdiction of more than one Member State and after consultation with the European Prosecutors and/or European Delegated Prosecutors concerned, decide to: a) reallocate the case to a European Delegated Prosecutor in another Member State; b) merge or split cases and, for each case choose the European Delegated Prosecutor handling it, if such decisions are in the general interest of justice and in accordance with paragraph 4 of this Article".* In addition to this, Article 26(6) of said Regulation establishes that whenever the Permanent Chamber is taking a decision to reallocate, merge or split a case, it shall take due account of the current state of the investigation.

One of the main issues arising from the previous Articles is that of the judicial control of the decisions adopted under them. The Regulation's provisions on judicial review of the decisions of the

---

[31] Article 24(2) and (3) of the Internal Rules.

EPPO are contained in Article 42. According to its first paragraph: *"Procedural acts of the EPPO that are intended to produce legal effects vis-à-vis third parties shall be subject to review by the competent national courts in accordance with the requirements and procedures laid down by national law"*. The second paragraph deals with those situations where the competence will lay on the ECJ. The situations in Article 26(5) of the EPPO Regulation are not regulated in Article 42(2), hence, the reallocation, merging and splitting of cases should fall under the national courts' jurisdiction[32].

One of the novelties introduced by the EPPO Regulation was the legal fiction described in its Recital 87. Under this Article, the procedural acts of the EPPO, an EU body, would be considered as if adopted by a national body or authority for judicial review purposes. Before that, it had been speculated with the possibility of the ECJ to be competent for the judicial review of all the EPPO's acts and even the creation of a specialised Chamber within the ECJ was considered by some academics[33]. Finally, the parties to the negotiations agreed on the aforementioned solution. Nevertheless, it would seem that the provisions under Article 42(1) of the EPPO Regulation can create certain problems regarding the possibility of

---

[32] Article 42(3) of the EPPO Regulation is not applicable, as it only comprehends the decision to dismiss a case contested directly on the basis of EU Law.

[33] One of this proposal can be found in Antonio Roma Valdés, "La investigación de la Fiscalía Europea y el derecho de defensa", in Coral Arangüena Fanego y Montserrat de Hoyos-Sancho (dirs.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 578; Arjen Meij, "Some Explorations into the EPPO's Administrative Structure and Judicial Review", in Leendert H. Erkelens, Arjen W. H. Meij y Marta Pawlik, *The European Public Prosecutor's Office: An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, Berlin: Springer, 2015, p. 117; Guillermo Ormazábal Sánchez, "Hacia una autoridad de persecución criminal común para Europa. Reflexiones acerca de la conveniencia de crear una Fiscalía europea y sobre el papel de Eurojust", *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* 56 (2009), pp. 16-17.

a legal remedy against the decisions of the Permanent Chambers adopted pursuant to Article 26(5), which have not been addressed so far by the current Regulation nor by the Internal Rules.

The first problem that I would like to point out is that of the nature of the EPPO's acts and of the decisions of reallocation, merging and splitting of cases. Recital 87 of the EPPO Regulation refers to its acts as 'procedural acts', at least when referring to those reviewable by national courts[34]. However, as we have already established, there is no definition of this term, nor of the term 'EPPO' (contained in the same provision) in the Regulation nor in the Internal Rules. Furthermore, whether the term 'EPPO' is referring to the whole EU body or just to the organs with investigative and prosecutorial powers within their respective Member States – these being the EDPs –, is hard to say. Recital 87 is not very helpful in this regard, as it only states that the procedural acts that can be adopted until the indictment and which have legal effects vis-à-vis third parties shall be reviewable before the national courts and according to national legislation. Therefore, the nature of the acts adopted by Permanent Chambers remains unclear and its determination – whether they are procedural or administrative –, could prove of utmost relevance when assessing the possibility of a legal remedy against decisions taken by the Permanent Chambers of reallocation, merging or splitting of cases; a question that stems from the fact that Articles 10(2) of the EPPO Regulation and 20(1) of the Internal Rules determine the Permanent Chambers' competence to supervise and to direct the investigations and prosecutions handled by the EDPs. It is, thus, difficult to establish whether the Permanent Chamber itself has a procedural or an administrative role.

---

[34] It is not the nature of the acts that is problematic *per se*, but when referring to their reviewability by the courts (either national or European) and to their impact on the position of the rest of the parties to the proceedings.

There have been some efforts from the ECJ to define what 'procedural acts' are, albeit these have been developed in different areas of EU Law – some of its case-law on the matter having been formed in the context of the current Article 263 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter, TFEU)[35]. One of the most relevant instances of these can be found in the Judgment of the ECJ on the case *European Communities v. the Council of the European Communities*[36], of which paragraph 42 underlined the importance of looking into the substance of the acts in question. The ECJ completed this interpretation by adding that the way in which these decisions are cast is not, in principle, important when asking whether they can be challenged under Article 173[37] or not. This is further established in paragraph 9 of case *IBM v. Commission*, according to which, *"[…] any measure the legal effects of which are binding on, and capable of affecting the interests of, the applicant by bringing about a distinct change in his legal position is an act or decision which may be the subject of an action under Article 173 for a declaration that it is void. However, the form in which such acts or decisions are cast is, in principle, immaterial as regards the question whether they are open to challenge under that article"*.

---

[35] Treaty on the Functioning of the European Union (consolidated version of 2016), Official Journal of the European Union C 202, of 7th of June 2016, pp. 47-366 (CELEX number: 12016E/TXT).

[36] Judgment of the Court of 31st March 1971, *Commission of the European Communities v. Council of the European Communities*, case 22/70 (ECLI:EU:C:1971:32), paragraphs 42-43.

[37] Judgment of the Court of 11th November 1981, case 60/81, *IBM v. Com* (ECLI:EU:C:1981:264), paragraph 9. As paragraph 10 of said Judgment points out: *"In the case of acts or decisions adopted by a procedure involving several stages, in particular where they are the culmination of an internal procedure, it is clear from the case-law that in principle an act is open to review only if it is a measure definitively laying down the position of the Commission or the Council on the conclusion of that procedure, and not a provisional measure intended to pave the way for the final decision"*.

Having analysed the abovementioned case-law, we proceed to study the nature of the acts adopted by the Permanent Chambers. However, to better understand it, it is important to previously consider the nature, not only of the EPPO as a whole, but particularly of the Permanent Chambers. As it was explained, the Permanent Chambers form part of the EPPO's structure as part of the centralised branch. The EPPO's nature is established in Articles 3(1) and 8(1) of the EPPO Regulation as an indivisible Union body[38] and is widely uncontested by the doctrine. Moreover, the theory reflected by Juan José González López can be very telling. This theory suggests that the hybrid character of the EPPO is not really a characteristic of it – which is, undeniably an EU body –, but a characteristic of European Criminal Law[39]. Consequently, the nature of the Permanent Chambers can only be European. Furthermore, we are dealing with a twofold matter because, as Jacob Öberg points out: *"The type of competence transferred matters greatly in determining the nature of the EPPO"*[40].

The powers of the EPPO are *"[…] real, comprehensive and independent enforcement powers"*[41]. Such powers consist in those of investigation, prosecution[42] – such as the dismissal or the realloca-

---

[38] The EDPs are part of it and are in charge of handling the cases – with certain exceptions –, and the fact that they are based in their respective Member States does not breach the indivisibility of the Union, nor does it that the EDPs can entrust the enforcement of investigation measures to national authorities.

[39] Juan José González López, "Consideraciones acerca del control jurisdiccional de la Fiscalía Europea". *Revista General de Derecho Europeo* 53 (2021), p. 165.

[40] Jacob Öberg, "The European Public Prosecutor: Quintessential supranational criminal law?". *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 28 (n.º 2) (2021), p. 175.

[41] Jacob Öberg, *op. cit.*, p. 175, further affirms that: *"In essence, the establishment of the EPPO suggests a significant transformation of the 'enforcement' paradigm according to which EU law relies on Member States for enforcement".*

[42] Article 4 of the EPPO Regulation.

tion of cases –, including coercive measures, for the enforcement of which the EPPO will rely on the national authorities, who shall carry them out following the instructions of the former[43].

The acts in Article 26(5) of the EPPO Regulation seem to be procedural when applied the ECJ's interpretation of the term 'procedural acts'. The main reason for this outcome is their undeniable impact on the suspect's right to a defence, the implications of which will be analysed more in depth in Section 3. The decisions adopted under that Article imply a change in the forum from one Member State to another, thus changing the rules applicable to the investigations and to the trial. Their impact both on the proceedings and on the suspect is enormous, yet he has little guarantees of fighting this decision back. On assessing what constitutes a change in the legal position of the parties the doctrine established in the case *Rendo NV and others v. Commission*'s ruling can be of service. This ruling acknowledges that a change in proceedings can cause an alteration in the legal position of the parties[44]. As it is explained by Michiel Luchtman, the key element in this ruling seems to be the fact that the proceedings were ongoing, whereas, for example, in the case *Philip Morris International and Others v. Commission*, where the ECJ rejected the claims that the decision to commence a proceeding had legal effects on the parties and changed their position[45]. The ECJ's ruling in the case *Rendo NV and others v. Commis-*

---

[43] Article 30 of the EPPO Regulation.

[44] In that case, the plaintiffs argued that this change deprived them from exercising the procedural rights conferred to them under the first proceeding, as they would not continue to be parties to the proceedings under the second procedure. Judgment of the Court of First Instance of 18th November 1992, case T-16/91, *Rendo NV and others*, *Centraal Overijsselse Nutsbedrijven NV, Regionaal Energiebedrijf Salland NV v. Commission* (ECLI:EU:T:1992:109), paragraphs 39 and 50.

[45] Michiel Luchtman, "Forum Choice and Judicial Review Under the EPPO's legislative Framework", in Willem Geelhoed, Arjen W. H. Mei and Leendert

sion concludes that the interruption of the first proceeding could deprive the applicants from exercising procedural rights guaranteed under it; rights that were missing in the second proceeding[46]. On whether this doctrine is applicable to the centralised branch of the EPPO and to its system of case allocation or not, I agree with the position adopted by the previous author, who believes this is possible since *"[…] the differences between the Member States' legal systems are still considerable in the EPPO-setting. Such a change is brought about particularly by forum choices that deviate from the envisaged statutory system of allocation"*[47]. Not only that, but these decisions of reallocation, merging and splitting cases seem to be binding as well, despite the fact that the regulation of other matters, like the decision-making process, seems to have an administrative character. This can be inferred from the wording of Article 13(1) of the EPPO Regulation, as well as from Articles 50 and 51 of the Internal Rules. Again, it is not clear from those Articles if the decisions are procedural acts automatically applicable, or instructions that

---

H. Erkelens (eds.) *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office.* Berlin: Springer, 2018, p. 163. Judgment of the Court of First Instance of 15th January 2003, joined cases T-377/00, 379/00, 380/00, T-260/01 and T-272/01, *Philip Morris International and Others v. Commission* (ECLI:EU:T:2003:6), paragraph 79: *"The commencement of proceedings constitutes an indispensable step for the purpose of obtaining a binding judgment but does not per se determine definitely the obligations of the parties of the case. That determination can result only from the judgment of the court. The decision to commence legal proceedings does not, therefore, in itself alter the legal position in question (see, concerning a decision by the Commission to bring an action under the second paragraph of Article 226 EC, Commission v Germany, cited in paragraph 35 above, paragraph 47). When it decides to commence proceedings, the Commission does not intend (itself) to change the legal position in question, but merely opens a procedure whose purpose is to achieve a change in that position through a judgment. In principle, therefore, such a decision by the institution cannot be considered to be a decision which is open to challenge".*

[46] *Rendo NV and others*, *cit.*, paragraphs 53-54.

[47] Michiel Luchtman, *op. cit.,* p. 164.

the EDPs must comply with (as if they needed implementing measures). The internal hierarchy of the EPPO comes into play here, as the EDPs must comply with the decisions of the Permanent Chambers, which have the task of supervising and coordinating the works of the EDPs[48]. Therefore, it is hard to ascertain whether these decisions are meant to be procedural acts or just instructions or orders that the EPs and the EDPs must comply with.

A parallel could be drawn between the decisions of the Permanent Chambers and some of the ECJ's case-law on the admissibility of certain decisions for judicial review under Article 263 TFEU. For example, the case *Italian Republic v. the Commission*[49], which concerns the nature of a letter from the Commission to the Italian Republic with the purpose of declaring *"[…] the view of that institution as regards the ineligibility for a contribution from the Structural Funds of certain payments on account made by the Member States",* whether it only expresses the Commission's opinion without amending the field of application of Community Law or whether it could create obligations for the Member States and, hence, produce legal effects. The ECJ ruled in favour of its admissibility, in so far the letter did not only confirm a prior decision, but it also referred explicitly *"[…] to doubts which could have arisen in relation to the exact status of the provisions in force"*[50]. Therefore, the

---

[48] Furthermore, as Jorge A. Alvés Costa, *op. cit.,* pp. 142-144, notes, there seems to be no room for the EDPs to object against the decisions of the Permanent Chambers, meaning that their subordination to them appears to be absolute. Such situation strengthens, without a doubt, the mandatory character of the decisions adopted by the Permanent Chambers.

[49] Judgment of the Court of Justice of the European Union of 24th November 2005, joined cases C-138/03, C-324/03 and C-431/03, *Italian Republic v. Commission of the European Communities* (ECLI:EU:C:2005:714).

[50] *Italian Republic v. Commission of the European Communities*, *cit.*, paragraphs 33, 34 and 36.

ECJ understood in paragraphs 37 and 38 of the Judgment that the letter was a definitive outcome of a reconsideration of a situation and could be subjected to review through the action for an annulment. The ECJ also admitted an action for the annulment against a decision of the European Chemicals Agency, which published on its website the candidate list of certain substances; the content of this decision had been determined by a previous decision that identified the substance as dangerous and by appealing the latter, the former was also being appealed despite its allegedly preparatory nature[51]. According to paragraph 40 of said ruling, that decision identifying the substance as dangerous *"[…] is intended to produce binding legal effects vis-á-vis third parties within the meaning of the second sentence of the first paragraph of Article 263 TFEU"* and can give rise to the obligations set out in the Regulation 1907/2006.

The previous case-law could be pointing towards the possibility for certain acts of the EPPO to be reviewable before the ECJ by way of Article 263 TFEU[52].

In the light of the above, it is possible that the abovementioned formal distinction between the procedural or administrative acts is not as relevant as it would seem at first glance. The material effects of the decisions stemming from Article 26(5) of the EPPO Regulation seem to be procedural. Regardless of whether they constitute instructions for the EDPs to implement or not, they are binding and, therefore, have a direct impact on the proceedings and on the position of the other parties to them. Hence, these acts should be

---

[51] Judgment of the General Court of the European Court of Justice of 7th March 2013, case T-95/10, *Cindu Chemicals and Others v. ECHA* (ECLI:EU:T:2013:108), paragraph 39. Those provisions refer to the substances identified under Article 59(1) of Regulation 1907/2006 or to the substances included in or appearing in the list drawn up under Article 59(1) of said regulation: *idem*, paragraph 40.

[52] This possibility will not, however, be studied in this article as it would exceed its subject-matter and primary objectives.

considered procedural acts in terms of their judicial review under Article 42(1) of the EPPO Regulation.

The second issue relates to the appropriateness of the national courts to review the legality of these acts. If we accept that the Permanent Chambers' decisions on the reallocation, merging or splitting of cases are procedural acts of the EPPO according to Article 42, then the national courts will review them by applying EU Law (including the EPPO Regulation) and national legislation. However, this would also mean that the national courts will be almost inevitably called upon to rule on the jurisdiction of other national courts from different Member States and also to contest or contradict a decision adopted at the centralised level of an EU body. All of which seems to go beyond the competences of a national court and against one of the primary objectives of the EPPO Regulation, which is to establish an uniform and coherent system of investigating and prosecuting the crimes affecting the financial interests of the EPPO. Therefore, one has to wonder whether it would not have been better for the ECJ to adopt such role[53].This problem was also present in the 2013 Proposal. Amid its publication, some authors, such as Vítcor Moreno Catena, already pointed out some unresolved issues regarding judicial review of the EPPO acts present in the Proposal's text. One of them was related to the uncertainty over the choice of forum rules, which could have caused serious inequalities in the application of the rules pertaining to the control of its acts and of the protection of the procedural safe-

---

[53] Lorena Bachmaier Winter has defended the same position on the competences of the national courts and has also pointed out that, since the decisions of Article 26(5) affect more than one Member State and surpass the prerogatives of State sovereignty, this form of judicial control is, or should be, of supranational nature and thus – and on the basis of Article 263 TFEU –, judicial review should be conducted by a European court: Lorena Bachmaier Winter, *La Fiscalía Europea.* Madrid: Marcial Pons, 2018, pp. 117-118.

guards of the suspects. The reason for it was that Article 27(4) of the Proposal allowed the European Prosecutor considerable leeway at selecting the forum and it referred the control of the compliance with criminal procedures to national courts and legislation. What Víctor Moreno Catena was pointing at was that the EPPO is in no way a State's organ or body despite the legal fiction explained in this publication[54].

Fabio Giuffrida is another proponent of a judicial control at EU level, whose opinion is grounded, among other reasons, on the fact that the decisions are adopted by the Permanent Chambers (at the EU level of the EPPO) and according to purely EU Law criteria established in the EPPO Regulation[55]. Juan José González López goes beyond by asserting that judicial review by exclusively national organs would equate to deny the EPPO's and its acts' Eu-

---

[54] Víctor Moreno Catena, *Fiscalía Europea y Derechos Fundamentales.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 33-34. Furthermore, he expressed the following (p. 34): *"Parece que la finalidad de esta singular configuración jurídica de la FE, como órgano de la UE y al propio tiempo exenta de los controles del Tribunal de Justicia, pretende agilizar el curso de las intervenciones de los delitos en los que interviene la FE o, al menos, que el control del tribunal de Luxemburgo no represente una demora injustificable e incompatible con la eficacia de la justicia penal. [...] Aunque según el Considerando 38 de la PRFE parecen excluirse del control de la justicia europea las actuaciones de la FE en la incoación y persecución de causas por delito, la prohibición de la remisión de estas actuaciones al Tribunal de Justicia no debe comprender sin embargo el marco general de asignación de casos, que se encomienda a la Fiscalía Europea en el Reglamento interno previsto en el artículo 7 de la PRFE. Este Reglamento se aprueba por decisión del Fiscal, los cuatro delegados y además cinco fiscales europeos delegados elegidos por él, e incluirá "normas generales sobre asignación de casos", y esa norma es fiscalizable ante el TJUE*". The same conclusion was reached by Juan José González López, *ult loc. cit.*

[55] Fabio Giuffrida, "Cross-border Crimes and European Public Prosecutor's Office", *eucrim* 3/2017, pp. 153-154. He even goes further by affirming that the need for a speedy decision would not be hampered by this form of control, as the ECJ has proven to be able to adopt similar decisions in a short amount of time when the suspect is deprived of his liberty.

ropean nature and it would preclude their effects on the rights contained in the Charter and in the ECHR from being reviewed alongside them[56]. In this author's opinion, paragraph a) of Article 42(2)[57] strikes the right balance between a European and a national judicial control[58]. The possibility, or even an obligation, to ask for a preliminary ruling of the ECJ, could serve as a solution or as a tool to balance judicial control of the EPPO since it would ensure that the criteria used to adopt the decisions under review are applied uniformly throughout the EPPO's territory[59].

I would like to add here that the Spanish Act adapting the Spanish criminal procedural law upon the entry into force of the EPPO Regulation[60] has not provided for any mechanism for the reviewing of the decisions of the Permanent Chambers whatsoever and it is hard to know whether the national legislator has not done so because it believes that the national courts lack the competence to rule on the de-

---

[56] Juan José González López, *op. cit.*, pp.170-171.

[57] Article 42(2)(a) of the EPPO Regulation states the following: *"The Court of Justice shall have jurisdiction, in accordance with Article 267 TFEU, to give preliminary rulings concerning: (a) the validity of procedural acts of the EPPO, in so far such a question of validity is raised before any court or tribunal of a Member State directly on the basis of Union Law"*.

[58] Juan José González López, *op. cit.,* p. 171.

[59] This is mentioned in the case of decisions on a change in the jurisdiction for the prosecution of a case, that is, once the investigation has ended, but the reasoning is still valid for the decisions under study, as they entail a modification in the jurisdiction in the investigation phase. Hans-Holger Herrnfeld, "Choice of forum and case allocation in the EPPO Regulation", in Katalin Ligeti, John Vervaele and André Klip (eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU Criminal Law. A European Law Institute Instrument.* Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 318.

[60] Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 217, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. BOE, 2 de julio de 2021 (BOE-A-2021-10957).

cisions of the Permanent Chambers or because he does not deem them as procedural acts. As we will see in the next section, this has undeniable unfavourable consequences on the suspect's procedural rights.

The third issue relates to the risk of procedural disparities between Member States regarding the specific mechanism to challenge and to review the decisions of the Permanent Chambers[61]. Since the EPPO and the Internal Rules have not provided us with any guidelines on how these procedures should be, their design is left to the national legislators, which have created different procedures with different rules on where to file the appeal or when; such asymmetries resulting from the application of different national laws, however, are no defect, according to Pedro Caeiro, *"[…] but rather constituent parts of a multi-jurisdictional model of shared powers, analogous to the adjudication of crimes against internal law by domestic courts"*[62]. Nevertheless, it is apparent that this lack of regulation goes against that coherent system that the EPPO Regulation is trying to establish, and it increases, for instance, the possibility of negative conflicts of competence happening between different national courts from different Member States, on which the ECJ would not be able to rule on as they are not included in Article 42(2)[63]. This conclusion is apparent from the notification regime and enforceability of the decisions under Article 26(5) of the EPPO

---

[61] A problem that was also present in the 2013 Proposal, where it would have been "solved" by way of referral to the national law and national procedural law, as explained in its Recital 37. As it was perfectly put by Michiel Luchtman, *op. cit.*, p. 165: *"The outcome can be no other than that national courts will develop their own approaches to these problems, even if preliminary references are possible"*.

[62] Pedro Caeiro, "Constitution and development of the European Union's penal jurisdiction: Responsibility, self-reference and attribution", *European Law Journal* (2022), p. 14.

[63] Article 42(2) only regulates conflicts between the EPPO and the Member States in its letter c).

Regulation. On the notification regime, the EPPO Regulation and the Internal Rules only state that these decisions should be notified to the EPs and the EDPs involved but stay silent on the suspect or on any other parties to the proceedings that there may be. The same can be observed about the decision-making process, by which de Permanent Chambers must consult with the EPs and the EDPs involved, while at the same time, the suspect's participation and that of other victims of the crimes in the process is not foreseen.

As pointed out by Fabio Giuffrida: *"As things stand, this conflict could not be settled at the European level by a European court. The only way to avoid a stalemate would be for national authorities to find an agreement pursuant to the 2009 Framework Decision on conflicts of jurisdiction"*[64] (at least when it comes to Member States participating in the EPPO). The failure setting up the single legal area will have a definite impact on the judicial review of the EPPO's acts, and because this body will often have to recourse to national law in the view of the absence of EU provisions, the disparities between the Member States will be tangible[65]. Furthermore, such disparities and the very vagueness of the key term 'general interest of justice'[66] on the EPPO Regulation, could open the door to 'forum shopping'. In order to limit the risk of these problems hampering the efficiency of the investigations and the position of the suspect, it has been suggested that the choice of reallocating, merging or splitting cases (especially in late stages of the investiga-

---

[64] Fabio Giuffrida, *op. cit.*, p. 154.

[65] As Hans-Holger Herrnfeld, *op. cit.,* p. 306, puts it: *"[…] the heavy reliance of the EPPO Regulation on the national law applicable in a specific case will make the 'playing field' not as 'level' as it could be. This is one of the reasons why case allocation within the EPPO and choice of forum by the EPPO will not be a merely 'technical matter' of allocation of resources, but will have an impact on the applicable national law and thus – potentially – on the rights and interests of the suspect"*.

[66] Article 26(5) of the EPPO Regulation.

tions) should be avoided as much as possible[67]. In this regard, an EU remedy would ensure the uniform control across the Member States participating in the EPPO and, therefore, among the European citizens[68].

3. Does the Judicial Review System in Article 42(1) of the EPPO Regulation Threaten the Principles of Equality of Arms and Legal Certainty?

It seems undeniable that the decisions of reallocation, merging or splitting of cases between participating Member States can place the suspect at a disadvantageous position because, together with other reasons, they are unable to submit any observations while those decisions are being considered. The only moment when they can do so is when appealing against them before a national court; an appeal that, as we have seen, is surrounded by many elements creating uncertainty[69]. In the light of the issues examined in the

---

[67] Hans-Holger Herrnfeld, *op. cit.,* p. 314.

[68] Juan José González López, *op. cit*., p. 171. This author pushes for this type of judicial control, even if the ECJ would have to apply national law along with EU Law. This author proposes the following in page 180: *"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 nacional. […] Tales decisiones de la Fiscalía Europea corresponde 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 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."*

[69] *"While Article 42(1) also states that such review shall be possible 'in accordance with the requirements and procedures laid down by national law', recital 88 of the EPPO Regulation clearly points out in this respect to Article 19(1) of the Treaty on*

previous sections, the current wording of the EPPO Regulation and that of the Internal Rules could pose a threat to the right of defence and to a fair trial, specifically, to the principles of equality of arms and legal certainty as they have been interpreted by the ECJ and the ECtHR.

Regarding the principle of equality of arms, this one has been referred to as the corollary of the right to a fair trial and it entails that each party must have the opportunity to present its case under conditions that do not put him at a substantial disadvantage vis-a-vis his opponent[70]. According to the ECtHR, the pre-trial stage of proceedings is an essential part of it, not devoid of effects on the suspect's position and thus, susceptible of endangering compliance with Article 6 ECHR[71]. The same reasoning is followed

European Union (TEU), as well as the jurisprudence of the Court of Justice on the principles of equivalence and effectiveness". Hans-Holger Herrnfeld, *op. cit*., p. 316.

[70] Judgment of the General Court (Second Chamber) of 17th May 2011, case T-299/08, *Elf Aquitaine SA v. European Commission* (ECLI:EU:T:2011:217), paragraph 156. The ECtHR adds that, in the context of this principle, appearances and increased sensitivity to the fair administration of justice are relevant. Judgment of the European Court of Human Rights of 12th May 2005, *Öcalan v. Turkey*, Application no. 46221/99 (ECLI:CE:ECHR:2005:0512JUD004622199), paragraph 140.

[71] *"The Court reiterates that, even if the primary purpose of Article 6 of the Convention, as far as criminal proceedings are concerned, is to ensure a fair trial by a "tribunal" competent to determine "any criminal charge", it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings. Thus, Article 6 – especially paragraph 3 thereof – may be relevant before a case is sent for trial if and so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions"*. Judgment of the European Court of Human Rights of 27th November 2008, *Salduz v. Turkey*, Application no. 36391/02 (ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102), paragraph 50. Moreover, the ECtHR states that: *"The investigation stage may be of particular importance for the preparation of the criminal proceedings: the evidence obtained during this stage often determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial and national laws may attach consequences to the attitude of the accused at the initial stages of police interrogation which are decisive for the prospects of the defence in any subsequent criminal proceedings. An accused may therefore find*

by the ECtHR in consolidated case-law, such as *Coëme and Others v. Belgium*[72], which stated in its paragraph 102: *"The principle of equality of arms requires that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-á-vis his opponent […]. The Court further observes that the primary purpose of procedural rules is to protect the defendant against any abuse of authority and it is therefore the defence which is the most likely to suffer from omissions and the lack of clarity in such rules"*.

The principle of legal certainty has underlined the importance of the foreseeability of the law applicable to the suspect[73]. The risks

---

himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings, the effect of which may be amplified by increasingly complex legislation on criminal procedure, notably with respect to the rules governing the gathering and use of evidence". Judgment of the European Court of Human Rights of 13th November 2016, *Ibrahim and Others v. The United Kingdom*, applications nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, (ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, paragraph 253).

[72] Judgment of the European Court of Human Rights of 18th October 2000, *Coëme and Others v. Belgium*, Applications nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, (ECLI:CE:ECHR:2000:0622JUD003249296).

[73] Judgment of the General Court (First Chamber) of 22nd April 2016, joined cases T-60/06 *RENV II* and T-62/06 *RENV II*, *Italian Republic and Eurallumina SpA v. European Commission* (ECLI:EU:T:2016:233), paragraph 63; Judgment of the Court of First Instance of 7th February 1991, *Harissios Tagaras v. Court of Justice of the European Communities*, joined cases T-18/89 and T-24/89 (ECLI:EU:T:1991:8), paragraph 40: *"The defendant's argument also conflicts with the principle of legal certainty. That principle, which forms part of Community law (judgment in Joined Cases 205 to 215/82 Deutsche Milchkontor v. Germany [1983] ECR 2633), requires that every measure of the administration having legal effects must be clear and precise and must be drawn to the attention of the person concerned in such a way that he can ascertain exactly the time at which the measure comes into being and starts to produce its legal effects, particularly as regards the availability of remedies provided by legislation – in this case the Staff Regulations – for challenging it. These conditions have been enshrined in the case-law of the Court of Justice in relation to Community provisions (judgments in Case 169/80 Administration des Douanes v Gondrand Frères [1981] ECR 1931 and Case 70/83 Kloppenburg v Finanzamt Leer [1984] ECR 1075)"*.

regarding judicial control of the decisions adopted under Article 26(5) by the Permanent Chambers all point towards great legal uncertainty for the suspects. The procedural issues arising from the national courts' competence, as well as the high risk of procedural disparities, all of them studied above, put the suspect at an unfairly disadvantageous position in relation to the EPPO. We must remember that the suspects will not have the opportunity to submit observations, which, undoubtedly, intensifies the inequality between the parties, as only the EDPs and the EPs will be heard by the Permanent Chambers. As Fabio Giuffrida summarized: *"[…] the foreseeability in abstracto of the legal system in which investigations and prosecutions will take place is not enough; once the EPPO has initiated its activities in concreto in a Member State, relevant consequences follow, and the suspect is called upon to make choices in order to better defend him-/herself"*[74]. The current situation does not seem to strike a fair balance between the prosecutorial powers conferred upon the EPPO to effectively comply with its objectives and the suspect's right to a defence. The flexibility awarded to the EPPO on the choice of the forum should be used in very limited cases and should always be duly justified, so that the right to a defence of the suspect can be properly guaranteed[75].

This lack of foreseeability, which attacks the right to a defence and to a fair trial, is at the heart of the issue. The unbalanced position between the EPPO and the suspect requires a 'solution'.

---

[74] Fabio Giuffrida, *op. cit.*, p. 153.

[75] *Ibid*, p. 154. In the words of Angelo Marletta: *"[…] more realistically, reasonable foreseeability would imply that the criteria for exercise the choice should have a decent legal basis and that certain minimal procedural safeguards for the suspect – such as the possibility to be heard or at least submit his point of view to the authorities in charge of deciding – should be in place with regard to the choice of forum as 'a process'"*: Angelo Marletta, "Forum Choice in the Area of Freedom, Security and Justice", in Katalin Ligeti, John Vervaele and André Klip, *op. cit.*, p. 155.

Unfortunately, finding a *lege lata* solution has proven to be rather challenging since most of the existing judicial remedies are no longer available[76]. Therefore, we are left with *lege ferenda* solutions, perhaps the most suitable one being the modification of the EPPO Regulation and of the Internal Rules to include ways for the suspects and other parties to participate in the adoption of the decisions by the Permanent Chambers and to express the nature of the latter and of their acts from the perspective of judicial review. Meanwhile, some of the current instruments, like the preliminary ruling on the interpretation of the EPPO Regulation, could be very useful. Through Article 267 TFEU, terms that require a more explicit meaning, such as 'EPPO', 'procedural acts' in Article 42 of the EPPO Regulation, or 'general interest of justice' in Article 26(5) of the EPPO Regulation could be clarified. On the first term, I would like to suggest its interpretation to be limited to the EDPs, since these are the ones who will normally have the investigative and prosecutorial powers to handle the cases within their respective Member States. Such interpretation would pose no problem to the competences of national courts. Moreover, it would be in line with the intention of the EPPO Regulation, which is to tackle the root of all the problems that have been pointed out – *i.e.*, the lack of harmonisation in Criminal Procedural Law among the Member States and, specifically, among the participating Member States. Furthermore, the reiterated case-law of the ECJ on the interpretation – according to which *"[…] the need for a uniform application of EU Law and the principle of equality require that the terms of a provision of EU Law which makes no express reference to the law of the Member States for the purpose of determining its meaning and scope must normally be given an autonomous and uniform interpretation throughout*

---

[76] Such is the case for the action for the annulment against the EPPO Regulation due to the time that has already passed since its adoption.

the European Union, which must take into account the context of that provision and the purpose of the legislation in question"[77] –, should be taken into consideration. This doctrine can be applied to the interpretative difficulties on the terms 'EPPO', 'procedural acts' and 'general interest of justice', as the EPPO Regulation and the Internal Rules do not refer to national legislation to specify their meaning. They should be regarded as concepts of EU Law and, thus, have an autonomous and uniform interpretation by the ECJ. Fabio Giuffrida's mention of Eurojust is worth pointing out too, as it makes use of the existing instruments, albeit a non-binding one. Given that conflicts between Member States on the choice of forum in the context of the EPPO are likely to arise, Eurojust and its guidelines could be rather helpful[78], specifically the 'rule' contained in its page 3 regarding the stage of the proceedings, which reads: *"The stage of development of the criminal proceedings in the concerned Member States should be considered. When an investigation is already in an advanced stage in one jurisdiction, transferring the case to another jurisdiction might not be appropriate"*[79].

---

[77] Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 5th March 2015, case C-343/13, *Modelo Continente Hipermercados S.A v. Autoridade para as Condições de Trabalho – Centro Local do Lis (ACT)* (ECLI:EU:C:2015:146), paragraph 27. This position has also been expressed, among others, in the following rulings: Judgment of the Court of 9th September 2003, case C-236/01, *Monsanto Agricultura Italia SpA and Others v. Presidenza del Consiglio dei Ministri and Others* (ECLI:EU:C:2003:431), paragraph 72; Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14th February 2012, case C-204/09, *Flachglas Torgau GmbH v. Bundesrepublik Deutschland* (ECLI:EU:C:2012:71), paragraph 37; Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19th December 2013, case C-279/12, *Fish Legal, Emily Shriley v. Information Commissioner, United Utilities Water plc, Yorkshire Water Services Ltd* (ECLI:EU:C:2013:853), paragraph 42; Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 24th May 2016, case C-108/16 PPU, *Openbaar Ministerie v. Pawel Dworzecki* (ECLI:EU:C:2016:346), paragraph 28.

[78] Fabio Giuffrida, "Cross-border Crimes and the European Public Prosecutor's Office", *op. cit.*, p. 153.

[79] Eurojust, "Guidelines for deciding 'which jurisdiction should prosecute?'",

The previous considerations and proposals for improvement should be taken into account by the EPPO when conducting its functions to counteract the vagueness of the analysed provisions, the doubts on their correct interpretation and their possible effects on the right to a defence, to a fair trial and on the overall fairness of the proceedings, as the excessive favouring of the EPPO and of its objective of successfully chasing crimes against the financial interests of the EU could excessively hamper the rights of the suspects and set up an unfair balance between them. If such is the case, the EPPO could be infringing EU Law, specifically, Article 6 Treaty of the European Union[80] by way of violating the procedural guarantees enshrined in Article 6 ECHR and Articles 47 and 48(2) of the Charter.

4. Conclusions

The difficulties on the EPPO's evolution are still present in its final configuration. The complexity of its structure is the result of years of negotiation and debate between European and national authorities, as well as of the drive given by scholars, under the direction of whom the first comprehensive proposal of an EPPO (the Corpus Juris 1997) was published, with detailed rules and principles governing EU Criminal and Procedural Law.

As we have observed, the biggest difference between the early proposals and the Regulation finally adopted lays on the horizontality of the centralised branch, which can be seen by the inclusion

13th December 2016, available at https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute, p. 3.

[80] Treaty of the European Union (consolidated version of 2016), Official Journal of the European Union C 202, of 7th of June 2016, pp. 13-47 (CELEX number: 12016M/TXT).

of the College and of the Permanent Chambers. This paper focused on the role of the Permanent Chambers and on their competences on the choice of forum by deciding to reallocate, merge or split cases and on the judicial review of those decisions, the latter of which presents several issues that need addressing from the perspective of the due respect for the right to a defence and to a fair trial.

The first problem is found in the lack of precision on the nature of the acts of the EPPO and namely of those of the Permanent Chambers. As it has been explained in Section 2, the case-law of the ECJ on the acts reviewable under Article 263 TFEU can be applied with the aim of clarifying their nature. Related to this first matter, the second one was the appropriateness of the national courts as the suitable jurisdiction for the challenging of these decisions, as they would rule on decisions adopted by the centralised branch of an EU body. These first two matters prepared us for the third issue, dealing with the procedural disparities deriving from the uncertainty over the nature of the EPPO, its acts and the competence of national courts to review the compliance with the law of the decisions adopted pursuant to Article 26(5) of the EPPO Regulation in the absence of uniform procedural rules. Moreover, the suspect's procedural guarantees and their scope also depend on the final transposition carried out by the Member States' competent authorities, which means that there could be differences between them.

The vagueness of the provisions regulating judicial control of the acts of the EPPO – and of the decisions of reallocation, merging and splitting of cases adopted by the Permanent Chambers –, and the lack of appropriate and specific instruments tackling them needs to be observed by the EPPO when complying with its role. Not only the current situation diminishes the aim of the creation of an uniform EU body that can fight crime against financial interests of the EU occurring in one or more Member States, neither does it adequately guarantee the right to a defence and to a fair trial granted to the suspect in Articles 6 of the ECHR and 47 and 48 of the Charter, especially of the principles of legal certainty and

equality of arms as they have been interpreted by the ECtHR and the ECJ. These principles and the case-law referring to them focus on the foreseeability of the law applicable to the suspects, as well as on the prohibition of the law to place the suspect at an unfairly disadvantageous position at all stages of the criminal proceedings.

All these issues conform a judicial review system of the acts of the EPPO with more difficulties to achieve the creation of a uniform EU body to fight crime against the financial interests of the EU. Without question, the EPPO should have enough powers to effectively investigate and prosecute these behaviours, although it cannot be at the expense of the right to a defence and to a fair trial of the suspect. In order to strike a fair balance between the EPPO and the suspects, some instruments settling these issues are definitely needed. The amendment of the EPPO Regulation and on the Internal Rules clarifying the meaning of terms like 'EPPO' and 'procedural acts' and 'general interest of justice', as well as guaranteeing the participation of the suspect in the EPPO's proceedings, would be advisable. In the meantime, the EPPO, the national courts and the ECJ should make use of the existing remedies such as Article 267 of the TFEU, the case-law of the ECJ on the correct interpretation of concepts of EU Law or the Eurojust Guidelines.

In the light of all the above, judicial review under Article 42(1) of the EPPO Regulation of the choice of forum rules contained in Article 26(5) needs a proper addressing due to its impact on the suspects' rights enshrined in the ECHR and in the Charter, as well as its adverse effects in criminal proceedings overall. There is no doubt that the EPPO's starting point is one of superiority over any other parties to the proceedings that may be, which seems to be already enough reason to establish more procedural guarantees in their favour or to strengthen those in place. Moreover, the investigation and prosecution powers of the EPPO and the ability of the Permanent Chambers to change the forum through the reallocation, merging and splitting of cases further accentuates the inequality between the EPPO and the suspects or the victims, thus

making the set-up of sufficient procedural safeguards imperative for the correct functioning of the first one.

All things considered, the creation of the EPPO is a milestone in the evolution of the judicial cooperation in criminal matters and of the European Area of Freedom, Security and Justice, especially if we consider the lack of harmonisation in Criminal Procedural Law in the EU; a problem at the core of the ones analysed in this paper and that impedes a deeper integration within the EU. Although not all Member States are taking part in this new EU body, its creation is an unequivocal sign of the greater integration taking place at the heart of the EU and excellent news on the protection of the financial interests of the EU in spite of the lacunas in the EPPO's configuration. It should also be born in mind that the EPPO started its work mid-2021 and, therefore, the fact that some time is required to make the necessary adjustments that could prevent the emergence of some problems – some of them pointed out in this paper –, is natural.

To sum up, the EPPO's performance will have to be closely studied to properly manage the problems arising from it, so that a fair balance between an effective fight against crimes affecting the financial interests of the EU and rights to a defence and to a fair trial enjoyed by the rest of the parties to proceedings can be stricken.

ISBN 978-972946424-9