

EL PODER DE ACUSAR EN NOMBRE DE EUROPA: LA FISCALÍA EUROPEA COMO HITO DE LA POLÍTICA PENAL SUPRANACIONAL

THE POWER TO PROSECUTE ON BEHALF OF EUROPE: THE EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE AS A LANDMARK OF SUPRANATIONAL CRIMINAL POLICY

Dominik Brodowski*

RESUMEN: El 1 de junio de 2021 se produjo un cambio fundamental en la arquitectura de la justicia penal alemana y española: las investigaciones penales ya no están en manos únicamente de las autoridades nacionales. Desde la fase de investigación hasta la apelación podemos ahora contemplar un auténtico sistema de justicia penal, evidenciando así un salto en integración, precisamente, en un ámbito que el Tribunal Constitucional Federal alemán calificó como especialmente sensible para la soberanía estatal. En este artículo se expone en qué consiste la actividad de la Fiscalía Europea y su modelo persecución penal descentralizado, híbrido e intrínsecamente transnacional, para a partir de aquí esbozar su dimensión constitucional penal y político criminal.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal europeo; intereses financieros de la UE; Fiscalía Europea; competencias de la Unión.

* Prof. Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (UPenn). Profesor de Derecho penal y Derecho procesal penal. Universität des Saarlandes. Correo-e: *dominik.brodowski(at)uni-saarland.de*. ORCID ID: 0000-0002-3711-4197.

El texto, con notas a pie de página, se corresponde con mi Conferencia de entrada con motivo de la finalización del proceso de habilitación en la Goethe-Universität Frankfurt am Main el 24.11.2021. Se ha mantenido el estilo propio de la conferencia.

El texto ha sido traducido por Adan Nieto Martín, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

ABSTRACT: On June 1, 2021, a fundamental change in the architecture of German and Spanish criminal justice took place: criminal investigations are no longer in the hands of national authorities alone. From investigation to appeal we can now behold a fully-fledged criminal justice system, which evidence a leap in integration, precisely, in an area that the German Federal Constitutional Court has qualified as particularly sensitive for state sovereignty. This article describes the activity of the European Public Prosecutor's Office and its decentralized, hybrid and intrinsically transnational criminal prosecution model, and then outlines its constitutional criminal and criminal policy dimension.

KEYWORDS: EU Criminal law; EU's financial interests; European Public Prosecutor's Office; EU competences.

SUMARIO: 1. LA FISCALÍA EUROPEA: LA PERSECUCIÓN PENAL EN NOMBRE DE EUROPA. 1.1. El problema de la protección penal de los intereses financieros de la UE. 1.2. La creación de la Fiscalía Europea. 1.3. Los desafíos.—2. LA PERSECUCIÓN PENAL A TRAVÉS DE UN MODELO EUROPEO DESCENTRALIZADO, HÍBRIDO Y TRANSNACIONAL. 2.1. Descentralización. 2.2. Hibridación. 2.3. Transnacionalidad.—3. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL PENAL Y DE POLÍTICA CRIMINAL. 3.1. El derecho penal constitucional europeo y la cuestión de la ampliación de la competencia. 3.2. Derecho constitucional penal nacional. 3.3. Política criminal europea

1. LA FISCALÍA EUROPEA: LA PERSECUCIÓN PENAL EN NOMBRE DE EUROPA

El 1 de junio de 2021 asistimos a un cambio fundamental en la arquitectura de la justicia penal alemana y española, las investigaciones penales ya no están en manos únicamente de las autoridades nacionales. A partir de esta fecha, un nuevo actor ha entrado en las salas de justicia de 21 estados miembros, un nuevo actor que llevará a cabo procesos penales en nombre de Europa, desde la fase de investigación hasta la apelación. La persecución en nombre de la EU nos permite contemplar un auténtico sistema de justicia penal, que evidencia un creciente grado de integración, precisamente, en un ámbito que el Tribunal Constitucional Federal alemán calificó como especialmente sensible para la soberanía estatal, en el conocido como *Lisabon Urteil*. En lo que sigue, se expondrá en qué consiste la actividad de la Fiscalía Europea y su modelo persecución penal descentralizado, híbrido e intrínsecamente transnacional, para a partir de aquí esbozar su dimensión constitucional penal y político criminal.

1.1. El problema de la protección penal de los intereses financieros de la UE

El que los fondos de la UE se malversan y se desvían a gran escala constituye una amarga verdad, las subvenciones de la UE se obtienen fraudulentamente y

sus impuestos se evaden, con gran impacto para la Hacienda Pública europea. Año tras año, se constata daños de miles de millones, siendo además plausible que un gran número de casos no se denuncien¹. El daño no es puramente financiero. Como señalan *Zöller* y *S. Bock*, el fraude y la corrupción debilitan igualmente la credibilidad de la Unión Europea en “términos materiales”². De este modo, la protección de los intereses financieros representa también una urgencia para la protección de la UE. Desde la famosa sentencia del TJUE sobre el maíz griego, en realidad yugoslavo, sabemos además que los Estados no son precisamente buenos guardianes de los fondos europeos³.

Hace más de dos décadas, los pioneros de la europeización del derecho penal plantaron la semilla de la de la que ahora ha germinado la Fiscalía Europea, la primera autoridad supranacional de persecución que existe en el mundo. Un grupo de científicos bajo la dirección de *Delmas-Marty* y *Klaus Tiedemann*, y con la colaboración de entonces jóvenes penalistas, como *Joaquim Vogel*, allanó el camino. Justo antes del cambio de milenio, este grupo presentó el *Corpus Iuris*, un conjunto de normas jurídicas que de manera holística, conformaba un Derecho penal europeo, tanto en su parte procesal, como en la sustantiva, enderezado a la protección de la Hacienda pública europea, y que proponía para su aplicación la creación de una Fiscalía europea⁴. De esta guisa y en esta época, su creación se introdujo en la política criminal europea. Resulta impresionante apreciar cómo una gran parte de esta propuesta se ha hecho realidad, si bien más en las estructuras y principios básicos⁵ que en los concretos preceptos contenidos en el Reglamento por el que se establece la Fiscalía europea⁶.

¹ Cf. Comisión, 32º Informe anual sobre la protección de los intereses financieros de la Unión Europea. Lucha contra el fraude 2020, 2021, p. 33 y siguientes; *Zöller/S. Bock* en Böse (ed.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 11 - Europäisches Strafrecht, 2ª ed. 2020, § 22, apartado 1 y siguientes; véase también *Schramm*, JZ 2014, 749, 749 y siguientes.

² *Zöller/S. Bock* en Böse (ed.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 11 - Europäisches Strafrecht, 2ª ed. 2020, § 22 Rz. 2.

³ TJCE v. 21.9.1989 - 68/88, ECLI:EU:C:1989:339 - maíz griego, NJW 1990, 2245; contemporáneo de este *Tiedemann*, NJW 1990, 2226.

⁴ *Delmas-Marty* (ed.), *Corpus Iuris* de las normas penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, 1998; y posteriormente *Delmas-Marty/Vervaele* (eds.), *The Implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, vol. II. 1-4, 2000-2001 con la versión de Florencia (CJF) en el vol. 1, p. 189 y ss; traducción al alemán (2003) de *T. Walter*; resumen de *Vogel/Eisele* en *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, 74ª ed. Lfg. 2021, Art. 86 Rz. 1; *Zöller/S. Bock* en Böse (ed.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 11 - Europäisches Strafrecht, 2ª ed. 2020, § 22 Rz. 3.

⁵ Hay que destacar la estructura híbrida de la Fiscalía Europea (art. 18 (3) CJF), el solapamiento de competencias con el derecho de avocación de la Fiscalía Europea (art. 20 (2) (c) CJF), así como la aplicación supletoria del derecho nacional (art. 34 CJF).

⁶ Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, relativo a la aplicación de la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (EUS-

1.2. La creación de la Fiscalía Europea

No obstante, han tenido que pasar más de dos décadas para que la Fiscalía Europea sea una realidad. Su implantación, no solo ha estado precedida de modificaciones en el derecho primario, el art. 86 del Tratado de Lisboa establece su necesario fundamento⁷, sino de un periodo de más de cinco años de negociaciones en el Consejo de Ministros⁸. Además, tras la adopción de su Reglamento 2017/1939 a finales de octubre de 2017, hubo que crear las condiciones jurídicas, estructurales, financieras, de personal y operativas necesarias para su puesta en marcha⁹. Finalmente desde el 1 de junio de 2021, la Fiscalía Europea lleva a cabo investigaciones penales en lugar de las fiscalías nacionales¹⁰ y, por decirlo claramente, ejerce la acusación en las salas de los tribunales de Europa. Su competencia sustantiva se limita actualmente a la protección de los intereses financieros de la UE (artículo 22.1, del Reglamento 2017/1939, en relación con los artículos 3, 4.2, y 3 de la Directiva PIF¹¹.), es decir, a la protección penal de la Hacienda pública de la UE contra el fraude fiscal, la malversación de fondos, el fraude de subvenciones, la corrupción y el blanqueo de capitales (artículo 22.2, del Reglamento 2017/1939 en relación con el art. 4.1 de la Directiva PIF), la delincuencia organizada (art. 22.2 del Reglamento 2017/1939) y otros delitos conexos (art. 22.3 del Reglamento 2017/1939)¹².

La Fiscalía Europea no ejerce la acción penal en nombre de los Estados miembros, sino que está obligada únicamente a actuar en interés de Europa en su conjunto (véase el considerando 57 y el art. 6 .1 frase 2 del Reglamento

tA), DO UE n° L 283, de 31.10.2017, 1, complementado por el Reglamento de la Comisión, DO UE n° L 431, de 21.12.2020, 1, corregido DO UE n° L 433, de 22.12.2020, 80.

⁷ Inmediatamente después se pusieron en marcha iniciativas de política criminal en el Consejo, cf. *Brodowski*, ZIS 2010, 376, 380; *Brodowski*, ZIS 2011, 940, 942 y ss. con ulteriores referencias.

⁸ Revisión continua del proceso de negociación en *Brodowski*, ZIS 2013, 455, 460 y ss; ZIS 2015, 79, 83 y ss; ZIS 2016, 106, 109 y ss; ZIS 2017, 11, 14 y ss; ZIS 2017, 688, 689 y ss; ZIS 2018, 493, 496; en cada caso con referencias ulteriores.

⁹ Decisión de Ejecución (UE) 2020/1117 del Consejo, de 27.7.2020, por la que se nombran los fiscales europeos de la Fiscalía Europea, DO UE n° L 244 v. 29.7.2020, 18.

¹⁰ O, dentro de los límites del apartado 2 del artículo 386, los artículos 399 y siguientes de la Ordenanza Tributaria, también en lugar de las autoridades fiscales en los casos fiscales penales. Sobre esta reliquia histórica, véase por todos, *Sprenger* en NK-WSS, 2017, § 386 AO Rz. 8 ss.

¹¹ Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2017, relativa a la lucha contra el fraude a los intereses financieros de la Unión mediante el Derecho penal, DOUE n.º L 198 v. 28 de julio de 2017, 29.

¹² En detalle sobre la competencia material de la Fiscalía Europea *Herrnfeld/Brodowski* en Herrnfeld/Esser (eds.), *Europäische Staatsanwaltschaft*, 2022, art. 5 párr. 9 ss; *Brodowski* en Herrnfeld/Brodowski/Burchard (eds.), *European Public Prosecutor's Office*, 2021, art. 22 párr. 1 ss; *Zöller/S. Bock* en Böse (ed.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 11 - Europäisches Strafrecht, 2ª ed. 2020, § 22 Rz. 23 ss.

2017/1939: “actuar en el interés jurídicamente definido de la Unión en su conjunto”¹³. Si los caudales públicos de la UE se malversan, si los derechos de aduana y el IVA se defraudan a gran escala, si las subvenciones de la UE se obtienen ilícitamente los afectados son todos los contribuyentes europeos, y por consiguiente la Unión Europea como institución y Europa como idea. Desde junio del 2021, esta idea se ha expresado acertadamente señalando que la Fiscalía europea mantiene la acción penal no en lugar de los Estados miembros, sino en nombre de la Unión Europea¹⁴.

¿Lo está realizando con éxito? Según los comunicados de prensa y los informes de los medios de comunicación, ya se han producido registros domiciliarios en varios Estados, embargado bienes considerables —coches de lujo, barcos, dinero en efectivo—, las primeras detenciones de antiguos miembros del gobierno e incluso las primeras condenas a instancias de la Fiscalía Europea¹⁵. No obstante, la pregunta relativa a si resulta posible medir objetivamente el “valor añadido” de la Fiscalía Europea resulta aún incierta. Aunque el denominado “Documento único de programación” de la Fiscalía señala que su funcionamiento pretende aumentar el 5 por cien de los procedimientos anuales y que el 50 por cien de estos estos procesos desemboquen en el decomiso de bienes, estas indicadores resultan imprecisos y cuestionables¹⁶. Con todo, y más allá del terreno puramente fáctico, desde un punto de vista jurídico o normativo, la sola existencia de una unión entre la protección de los intereses financieros europeos y un proceso supranacional debe considerarse un gran resultado, que permite afirmar que la Fiscalía europea representa un “hito”¹⁷.

1.3. Los desafíos

No obstante, resulta conveniente desinflar un tanto el globo, porque como es conocido la Fiscalía Europea no cuenta con el apoyo de todos los Estados miembros de la UE, sino que se ha establecido como una *cooperación reforza-*

¹³ Del mismo modo, Meyer en Herrnfeld/Esser (eds.), *Europäische Staatsanwaltschaft*, 2022, § 3 párrafo 3: “Custodio de intereses supranacionales”.

¹⁴ Este entendimiento conforma también la regulación relativa al ejercicio de la jurisdicción, en particular el art. 25 Reglamento 2017/1939: La Fiscalía Europea puede abstenerse de actuar en favor de la persecución nacional si este interés paneuropeo no existe o existe solo de forma limitada.

¹⁵ La Fiscalía Europea lleva a cabo una considerable labor de prensa por sí misma, véase <https://www.eppo.europa.eu/en/news>.

¹⁶ OEPM, Documento Único de Programación 2021-2023, p. 9 (Anexo a la Decisión del Colegio de la OEPM 119/2021).

¹⁷ Esta metáfora también es utilizada por Engelhart en Müller-Gugenberger/Gruhl/Hadamitzky (eds.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 7ª ed. 2021, párrafo 6.172a; Maschl-Clausen/Ritter en Herrnfeld/Brodowski/Burchard (eds.), *European Public Prosecutor's Office*, 2021, Presentación; Schmudermayer, *Journal für Strafrecht* 2018, 227; Schramm, *JZ* 2014, 749, 757; Zöller/S. Bock en Böse (ed.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 11 - Europäisches Strafrecht, 2ª ed. 2020, § 22 párrafo 51.

da, o si se prefiere, como una “Europa de dos velocidades”: Dinamarca, Irlanda, Suecia, Polonia y Hungría no han participado en su creación. Hay buenos presagios que indican que Suecia se incorporará en un futuro próximo, quizás a lo largo del 2022¹⁸; por el contrario Dinamarca e Irlanda, continúan con su tónica de quedar total o parcialmente al margen de las cuestiones penales¹⁹; Polonia y Hungría, por su parte, se han convertido en adolescentes problemáticos”.

Estos estados miembros, sin embargo, no están al margen absolutamente de la Fiscalía europea. En aquellos casos en los que la lesión se produce en fondos europeos administrados por la Comisión, el lugar de la comisión del delito debe entenderse que es la sede la Comisión, es decir, Bélgica. De este modo, a través de una interpretación conjunta del art. 22 .1. a) del Reglamento 2017/1939²⁰ y del Derecho penal belga²¹, existe competencia de acuerdo con el principio de territorialidad de la Fiscalía europea, quien debe por tanto investigar²², aunque, el comportamiento hubiera tenido lugar exclusivamente en Hungría, por ejemplo. Esta situación entraña desde luego un conflicto, que puede ser incluso explosivo; además para que esta investigación no se quede en nada, resulta siempre necesaria la cooperación judicial con los estados miembros no participantes. El marco jurídico de esta cooperación (art. 105 del Reglamento 2017/1939) es bastante frágil y debe ser aún objeto de un mayor desarrollo²³. La Comisión, o alternativamente una cuarta parte de los Estados miembros (art. 76 TFUE), debieran presentar cuanto antes una propuesta legislativa de cooperación intraeuropea entre la Fiscalía Europea y los cinco Estados miembros mencionados. En cualquier caso, no debe cejarse en el empeño de que todos los estados participen en la Fiscalía Europea.

Los conflictos con terceros países son aún mayores (Art. 104 del Reglamento 2017/1939²⁴). La cooperación con una autoridad fiscal supranacional

¹⁸ Cf. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_2795.

¹⁹ Véanse los Protocolos n.º 21 y 22 anejos al Tratado de Lisboa (DO UE n.º C 202 de 7 de junio de 2016, 295 y ss., 298 y ss.

²⁰ En detalle sobre la competencia territorial y personal de la Fiscalía Europea Herrnfeld/Brodowski en Herrnfeld/Esser (eds.), *Europäisches Staatenwtschaft*, 2022, art. 5 párr. 54 y ss; Herrnfeld en Herrnfeld/Brodowski/Burchard (eds.), *Fiscalía Europea*, 2021, art. 23 párr. 1 y ss; Zöller/S. Bock en Böse (ed.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 11 - Europäisches Strafrecht, 2ª ed. 2020, § 22 Rz. 28.

²¹ Cf. Art. 3 StGB-Bélgica; sobre el derecho penal belga de aplicación instructivo *Beken/Vermeulen/Ongena*, RIDP 73 (2002), 811, 815.

²² Art. 26 (1) en relación con el art. 5 (5) del EUStA-VO. Art. 5 (5) del Reglamento del EUStA; *Niedernhuber* en Herrnfeld/Esser (eds.), *Europäische Staatsanwaltschaft*, 2022, § 7 párrafo 22 con más referencias.

²³ Detallado *Brodowski* en Herrnfeld/Esser (eds.), *Fiscalía Europea*, 2022, art. 8 párr. 11 y ss; Brodowski en Herrnfeld/Brodowski/Burchard (eds.), *Fiscalía Europea*, 2021, art. 105 párr. 1 y ss; *Franssen*, NJECL 9 (2018), 291; *Gless/Wahl* en Schomburg/Lagodny, 6ª ed. 2020, III D 5 párr. 24; *Zöller/S. Bock* en Böse (ed.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 11 - Europäisches Strafrecht, 2ª ed. 2020, § 22 Rz. 49.

²⁴ Detallado *Brodowski* en Herrnfeld/Esser (eds.), *Fiscalía Europea*, 2022, § 8 párrafo 21 y ss; Brodowski en Herrnfeld/Brodowski/Burchard (eds.), *Fiscalía Europea*, 2021, Art. 104 párrafo 1 y siguientes; *Csonka/Juszczak/Sason*, eucrim 12 (2017), 125,

no tiene precedentes; las normas de cooperación nacional solo se han ocupado hasta ahora de la cooperación entre Estados nacionales soberanos. Al no existir acuerdos específicos con terceros países como Suiza, el artículo 104. 4 del Reglamento establece que la Fiscalía Europea debe actuar simplemente como si fuera una autoridad nacional de enjuiciamiento clásica. No obstante, es evidente que los terceros países tienen dificultades con esta ficción²⁵. En este punto se ha perdido un tiempo precioso para promover adaptar la cooperación jurídica existente en el marco del Consejo de Europa a la Fiscalía Europea, allí donde sea necesario. Es hora, por tanto, de actuar con rapidez porque sin una cooperación eficaz con terceros países, algunas investigaciones corren el riesgo de quedar en nada.

2. LA PERSECUCIÓN PENAL A TRAVÉS DE UN MODELO EUROPEO DESCENTRALIZADO, HÍBRIDO Y TRANSNACIONAL

La Fiscalía Europea es, por un lado, independiente (art. 6.1, frase 1 del Reglamento 2017/1939) y, por tanto, a diferencia de las fiscalías alemanas²⁶, no está sujeta a las instrucciones que puedan impartir por los ministerios de justicia, ni siquiera la Comisión dispone de capacidad jurídica para impartirle instrucciones. Mas, por otro lado, la Fiscalía tiene un fuerte control legal interno²⁷: Los fiscales europeos —uno por cada Estado miembro participante— supervisan las investigaciones (art. 12 del Reglamento 2017/1939); las decisiones centrales sobre el progreso de la investigación y la presentación de cargos deben ser tomadas por la denominada *Sala Permanente*, que cuenta con tres fiscales europeos (art. 13 del Reglamento 2017/1939). Además toda su actuación debe desarrollarse de acuerdo con las exigencias que impone el Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales: la Fiscalía Europea debe, según el artículo 41.1 del Reglamento 2017/1939, actuar “respetando plenamente” la Carta de Derechos Fundamentales de la UE²⁸. Estas

132; *Franssen*, NJECL 10 (2019), 168; *Gless/Wahl* en Schomburg/Lagodny, 6ª ed. 2020, III D 5 párrafo 26; *Zöller/S. Bock* en Böse (ed.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 11 - Europäisches Strafrecht, 2ª ed. 2020, § 22 párrafo 50.

²⁵ Véase la declaración de Suiza sobre el Convenio de Cooperación en asuntos penales de 27.1.2022.

²⁶ Sobre las implicaciones en el procedimiento de orden de detención europea, véase TJCE v. 27.5.2019 - C-508/18 y C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:457 - OG y PI, JZ 2019, 728; sobre ello (entre otros.) *Ambos*, JZ 2019, 728; *Ambos*, NJECL 10 (2019), 399; *Böhm*, NZWiSt 2019, 325; *Eisele/Trentmann*, NJW 2019, 2365; *Gärditz*, GSZ 2019, 120; *Oehmichen/Schmid*, StraFo 2019, 397; *Schubert*, NJW 2019, 2150; *Trüg/Ulrich*, NJW 2019, 2811.

²⁷ Señalando los “costes burocráticos” que conlleva, *Klip*, European Criminal Law. An Integrative Approach, 4ª ed. 2021, p. 643.

²⁸ Más estrechamente *Brodowski en Herrinfeld/Brodowski/Burchard* (eds.), *Euro-päische Staatsanwaltschaft*, 2021, art. 41 párr. 22 ss; escépticamente *Duesberg*, NJW

afirmaciones van más allá del, por otro lado, evidente, respeto a los derechos fundamentales: la fiscalía durante el proceso penal se convierte en garante del Estado de derecho, o como ha indicado Radtke, en su “guardián”²⁹.

Además de este aspecto, ha de prestarse una especial atención a la novedad que supone la Fiscalía para la totalidad del Derecho europeo, en cuanto que constituye un modelo de integración caracterizado por la descentralización, la hibridez y la transaccionalidad.

2.1. Descentralización

La Fiscalía Europea no es una autoridad centralizada en Luxemburgo, sino una institución descentralizada. El trabajo de investigación se lleva a cabo localmente en los Estados miembros por los llamados “*Fiscales Europeos Delegados*” (Art. 13, 28 Reglamento). En Alemania, se distribuyen entre los centros de Hamburgo, Berlín, Colonia, Fráncfort y Múnich; existe también una sucursal en Karlsruhe, limitada al procedimiento de apelación³⁰. De este modo, la protección de los intereses financieros de la UE a través del derecho penal no es solo cosa de una autoridad con sede en Luxemburgo, cercana o lejana según la perspectiva, sino, de fiscales relativamente locales pero a la vez supranacionales, que son los que mantendrán la acusación y presentarán el caso ante los tribunales naciones de jurisdicción ordinaria; en Alemania los tribunales provinciales (*Amtsgerichte*) y los regionales (*Landgerichte*)³¹. Esta distribución en grandes zonas geográficas aporta proximidad a los ciudadanos, sin colisionar con el grado necesario de especialización que debe alcanzarse atendiendo a la materia. En este sentido, podría ser aconsejable que el órgano jurisdiccional fueran las salas especializadas en delitos económicos que existen en los tribunales regionales (véase el artículo 74c (1) n° 5 var. 1, n° 6 de la Ley de Organización de los Tribunales).

La descentralización no debe ir, sin embargo, en detrimento de la aplicación uniforme del derecho europeo. Además de estos controles internos, debe contarse con la protección jurídica del TJUE, especialmente a través de la cuestión prejudicial, regulada en el art. 267 del TFUE y el art. 42. 2 del Reglamento 2017/1939. En este sentido, resulta cada vez más problemática la

2022, 596; Esser en Herrfeld/Esser (eds.), *Europäische Staatsanwaltschaft*, 2022, § 11 párr. 290 ss; Oehmichen en Herrfeld/Esser (eds.), *Fiscalía Europea*, 2022, § 14 párr. 1 ss.

²⁹ Radtke, GA 2004, 1, 15.

³⁰ Cf. Herrfeld/Esser (eds.), *European Public Prosecutor's Office*, 2022, Anexo III.3. Esto no afecta a la competencia local de los tribunales, cf. artículo 143 (6) de la Ley de Organización de los Tribunales.

³¹ La normativa sobre la competencia en primera instancia no ha sido modificada; una acusación ante el Tribunal Regional Superior (artículo 120 (1), (2) Ley de Organización de los Tribunales) debe ser excluida en vista de la competencia de la Fiscalía Europea.

diversidad de funciones que desempeña el TJUE, que es a la vez un tribunal constitucional, que interpreta derechos fundamentales, un tribunal especializado en la interpretación del derecho civil de la UE, y ahora un tribunal especializado en la interpretación del Reglamento de la fiscalía europea y del derecho penal sustantivo sobre el que opera. Es hora por tanto de plantearse la cuestión de si la diferenciación entre las distintas funciones del TJUE debe realizarse institucionalmente o, al menos, internamente con medidas que afecten a la organización del tribunal³².

2.2. Hibridación

Los fiscales europeos delegados aplican principalmente el Reglamento 2017/1939, más como este no contiene normas penales sustantivas y establece únicamente un esquema de las medidas de investigación y derechos de defensa, remite al Derecho penal nacional, tanto al Código penal, como al Código de procedimiento penal (véase solo el art. 5, apartado 3, el art. 22, apartados 1 y 2, el art. 28, apartado 1, y el art. 33, apartado 1, del Reglamento 2017/1939). Esta remisión incrementa la complejidad y puede dar lugar a diferencias en función del Estado miembro en el que se realice realmente la investigación. No obstante, esta estructura híbrida y la aplicación conjunta de normas europeas y nacionales tiene la ventaja decisiva de que los sistemas procesales establecidos en los Estados miembros siguen siendo aplicables en gran medida.

A nivel micro, esto implica que para los jueces penales, los abogados defensores, los acusados, pero también para los ciudadanos, los procesos penales siguen un patrón en gran medida conocido, evitándose conflictos y déficits de adaptación. A nivel macro, esta hibridación conduce a una estrecha integración de la Fiscalía Europea en los respectivos sistemas nacionales de justicia penal. Esta estructura respeta el principio de subsidiariedad, en la medida en que el Reglamento 2017/1939 solo contiene lo que debe regularse uniformemente a nivel europeo y con efecto directo, y permite un margen de maniobra a los Estados miembros, incrementando la coherencia tanto en el contexto europeo como en el nacional. Esta solución, me parece más adecuada, al menos en la fase actual de la integración del Derecho penal, que los modelos opuestos consistentes en un Código penal supranacional que tipificara los diversos delitos de manera uniforme, como proponía el *Corpus Iuris*³³ o de un derecho procesal penal supranacional aplicable por la Fiscalía europea, como mantiene el proyecto de las *EPPO Model Rules*³⁴. Ambas

³² Cf. *Langbauer*, *Das Strafrecht vor den Unionsgerichten. Plädoyer für ein Fachgericht für Strafrecht*, 2015.

³³ Véase más arriba I. 1. en y con la nota 4; en esta dirección también *Weißer*, GA 2014, 433 así como *Schramm*, JZ 2014, 749, 752 s. con la exigencia de definir al menos los “tipos de delitos” en el Reglamento 2017/1939.

³⁴ Ligeti (ed.), *Toward a Prosecutor for the European Union*, vol. 1, 2013.

propuestas habrían creado un sistema jurídico singular y autosuficiente³⁵, pero con menor fuerza irradiante y menor capacidad de influencia sobre el Derecho penal nacional.

En efecto, debe señalarse con rotundidad, que esta estructura híbrida no va a dejar intacto al Derecho penal nacional. Y va a afectarlo de manera sutil, europeizando, de un modo diverso a la armonización o supranacionalización obvia vía arts. 82, y 83 TFUE. En primer lugar, tal como ha señalado *Burchard*, es de esperar que la Fiscalía Europea, al aplicar e interpretar el derecho nacional, lo haga a partir de la obligación de lucha contra el fraude que establece el art. 235 del TFUE en el derecho primario³⁶. En segundo lugar, la Fiscalía Europea generará una dinámica que permita ver cuestiones de hecho desde un prisma político. En este sentido, Meyer habla de que la Fiscalía Europea “inicia y acompaña constructivamente un cambio sistémico moderado”³⁷. Se trata de una dinámica que puede servir para activar a la opinión pública europea, cuando por ejemplo haya fricciones que entorpezcan el funcionamiento de la Fiscalía como consecuencia de la organización judicial de cada país o cuando no se nombren candidatos o no se nombren los más idóneos para la Fiscalía Europea. Igualmente, algunos dogmas nacionales pueden comenzar a tambalearse cuando la ciudadanía se pregunte porque, por ejemplo, se concede a la Fiscalía Europea una independencia total (§ 5, párrafo 1, de la Ley por la que se establece la fiscalía europea³⁸), en el marco de un control jurídico interno tal como hemos visto, mientras en cambio se sigue desconfiando de los fiscales nacionales, que al menos en Alemania siguen estando sometidos al deber de informar al ministerio o permitiendo que puedan recibir de estas instrucciones políticas³⁹. En tercer lugar, las disposiciones del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aplicadas por la Fiscalía Europea entran en el ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (véase el artículo 51 del Reglamento). Aunque esto no se traduce en una determinación completa de los Derechos fundamentales por el derecho de la UE, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán en su sentencia sobre el “Derecho al olvido II”⁴⁰,

³⁵ Esta característica podría haber resuelto internamente, por ejemplo, el problema de la circulación de las pruebas (sobre ello *Radtke*, GA 2004, 1, 15 y ss), pero solo en aquellos casos en los que los hechos que se hubieran investigado de principio a fin de acuerdo con las normas que se contenían en la regulación procesal de este proyecto.

³⁶ Cf. *Burchard* en Herrinfeld/Brodowski/Burchard (eds.), *European Public Prosecutor's Office*, 2021, Art. 5 párrafo 16.

³⁷ *Meyer* en Herrinfeld/Esner (eds.), *European Public Prosecutor*, 2022, § 3 párrafo 16.

³⁸ Ley de aplicación del Reglamento de la UE por el que se crea la Fiscalía Europea, BGBl. I 2020, 1648.

³⁹ Para el debate, *Rebehn*, DRiZ 2021, 56; *Rennicke*, NK 2020, 475; *Trentmann*, ZIS 2016, 130; en el acuerdo de coalición para la 20ª legislatura se ha anunciado un ajuste del derecho ministerial para dar órdenes en el exterior (Acuerdo de coalición 2021-2025, p. 106).

⁴⁰ BVerfG v. 6.11.2019 - 1 BvR 276/17 - Recht auf Vergessen II, BVerfGE 152, 216; sobre esto (entre otros) *Edenharter*, DÖV 2020, 349; *Hoffmann*, NVwZ 2020, 33;

conlleva la obligación de garantizar conjuntamente el nivel de protección de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en el sentido de la decisión “Derecho al olvido I”⁴¹.

Esta europeización del derecho penal y del procedimiento penal nacional, operada a través de la Fiscalía Europea y su estructura híbrida, es más insidiosa y sutil que la alternativa de una armonización abierta limitada a los delitos financieros y a su persecución. Esta construcción, a su vez, es menos agresiva con los sistemas penales nacionales, más sostenible y —si se evitan interpretaciones que dividan el contenido de las normas— incluso más amplia, ya que se extiende potencialmente a casi todo el ámbito de la investigación penal.

2.3. Transnacionalidad

Otro elemento estructural de la Fiscalía Europea es su inherente transnacionalidad, que repercute sobre todo en un nuevo modelo de cooperación transnacional, que se ha vuelto a simplificar notablemente en comparación con el modelo anterior de “reconocimiento mutuo” y que consolida la dirección de los procedimientos bajo *un* Fiscal Europeo Delegado y la protección jurídica, al menos en teoría, bajo *un único* tribunal (Art. 31 Reglamento 2017/1939)⁴². ¿Resulta este modelo adecuado para una reforma de la Orden de Detención Europea⁴³, la Orden de Investigación Europea⁴⁴ o para el desarrollo del Reglamento sobre pruebas electrónicas⁴⁵? A mi juicio no: este mo-

Hofmann/A. Heger/Gharibyan, KritV 2019, 277; *Kämmerer/Kotzur*, NVwZ 2020, 177; *Klein*, DÖV 2020, 341; *Kühling*, NJW 2020, 275; *Marsch*, ZEuS 2020, 597; *Meyer-Mews*, StV 2020, 564; *Michl*, JURA 2020, 479; *Muckel*, JA 2020, 237; *Papathanasiou*, BRJ 2020, 27; *Swoboda*, ZIS 2021, 66; *van Ooyen*, RuP 2020, 190; *Wendel*, JZ 2020, 157; *H. Wendt*, DVBl 2020, 549 y posteriormente BVerfG v. 1.12.2020 - 2 BvR 1845/18, 2 BvR 2100/18, BVerfGE 156, 182; sobre esto *Brodowski*, StV 2021, 682; *Detterbeck*, JZ 2021, 593.

⁴¹ BVerfG v. 6.11.2019 - 1 BvR 16/13 - Recht auf Vergessen I, BVerfGE 152, 152.

⁴² Detallado *Niedernhuber* en Herrnfeld/Esser (eds.), Fiscalía Europea, 2022, § 7 párrafo 124 y ss; *Herrnfeld* en Herrnfeld/Brodowski/Burchard (eds.), Fiscalía Europea, 2021, Art. 31 párr. 1 ss; *Zöller/Bock* en Böse (ed.), Enzyklopädie Europarecht, vol. 11 - Europäisches Strafrecht, 2ª ed. 2020, § 22 párr. 33; véase también *Allegrezza/Mosna* en *Bachmaier Winter* (eds.), The European Public Prosecutor’s Office - The Challenges Ahead, 2018, 141; *Bachmaier Winter* en: *Bachmaier Winter* (ed.), The European Public Prosecutor’s Office - The Challenges Ahead, 2018, 117.

⁴³ Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13.6.2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, DO CE n° L 190 de 17.7.2002, 1; modificada por la DM 2009/299/JAI, DO UE n° L 81 de 26.3.2009, 24.

⁴⁴ Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3.4.2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, DO UE n° L 130 de 30.4.2014, 1; modificada por la Directiva (UE) 2022/228, DO UE n° L 39 de 21.2.2022, 1.

⁴⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas en materia penal, COM (2018) 225 final v. 17.4.2018.

delo de cooperación se basa en la especial construcción de la Fiscalía Europea, en su independencia (art. 6 párr. 1 frase 1 Reglamento 2017/1939), en su fuerte conexión con los derechos fundamentales (art. 41 párr. 1 Reglamento) y en su fuerte control jurídico interno (arts. 12, 13 Reglamento 2017/1939). No existe el mismo grado de confianza, fundado normativamente, en la Fiscalía Europea, o no en la misma medida, que en relación con las fiscalías de los Estados miembros de la UE. Por esta razón, más allá del ámbito de la Fiscalía Europea son necesarias mayores reservas en relación con los derechos fundamentales y mecanismos de protección jurídica más fuerte. De este modo, deben seguirse respetando los diversos mecanismos que han desarrollado a través de una larga lucha el conjunto de los tribunales constitucionales europeos en relación con la orden de detención europea⁴⁶.

3. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL PENAL Y DE POLÍTICA CRIMINAL

3.1. El derecho penal constitucional europeo y la cuestión de la ampliación de la competencia

Llegados a este punto es necesario preguntarse de las implicaciones constitucionales y de política criminal que se derivan de todo lo anterior. Desde el punto de vista del derecho penal constitucional europeo, la existencia de una base jurídica (art. 86 del TFUE⁴⁷) en el Derecho primario puede interpretarse no solo como un título competencial y una posibilidad, sino incluso como

⁴⁶ Véase BVerfG v. 15.12.2015 - 2 BvR 2735/14 - Identitätskontrolle, BVerfGE 140, 317 con notas y citas (entre otras.) Brodowski, JR 2016, 415; Kühne, StV 2016, 299; Meyer, HRRS 2016, 332; Nettesheim, JZ 2016, 424; Oehmichen, FD-StrafR 2016, 375738; Sachs, JuS 2016, 373; Sauer, NJW 2016, 1134; Schönberger, JZ 2016, 422; luego fundamentalmente ECJ v. 5.4.2016 - C-404/15 y C-669/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:198 - Aranyosi y Căldăraru, NJW 2016, 1709; sobre esto Böhm, NJW 2016, 1709; Brodowski, JR 2016, 415; Dietz, NVwZ 2016, 1383; Kromrey/Morgenstern, ZIS 2017, 106; Meyer, JZ 2016, 621; Oehmichen, StV 2017, 257; Reinbacher/Wendel, EuGRZ 2016, 333; Ruffert, JuS 2016, 853; Satzger, NStZ 2016, 514; Schwarz, EuR 2016, 421; van Ballegooij/Bard, NJECL 7 (2016), 439; así como ahora la jurisprudencia “Derecho al olvido II” del BVerfG (II. 2. y con la nota 40).

⁴⁷ Hay muchos indicios de que el Reglamento 2017/1939 preserva el marco competencial y del derecho primario. El único punto serio de discusión es la cuestión del sistema de protección jurídica, es decir, hasta qué punto es compatible con los Tratados de la UE que la protección jurídica no siempre pueda solicitarse directamente ante los tribunales europeos contra las medidas de la Fiscalía Europea —una institución europea—, sino que la protección jurídica sea concedida esencialmente en primer lugar por los tribunales penales de los Estados miembros (artículo 42 (1) del EUStA-Reg). Pero en este punto debe admitirse con *Herrnfeld* (en Herrnfeld/Brodowski/Burchard (eds.), *European Public Prosecutor’s Office*, 2021, Art. 42 para. 7 et seq, 69 y ss.) – que es la solución más practicable (cfr. Böse, JZ 2017, 82, 84 y ss.), inherente a la estructura híbrida de la Fiscalía Europea, y conforme con el derecho primario,

un mandato al legislador de la UE constriñéndole a la creación de la Fiscalía Europea. En cualquier caso, este precepto sugiere ya que las competencias otorgadas y claramente ancladas en los Tratados de la UE han de ser utilizadas tarde o temprano. La creación de un título competencial constituye una decisión previa de colocar un determinado tema en la agenda política, y su ubicación en el derecho primario confiere un argumento de especial importancia en el discurso político posterior.

Mediante el derecho primario se ha introducido no solo el debate relativo a su creación, sino también el relativo a la ampliación de sus competencias. En este sentido, la Comisión ha sugerido ya que la Fiscalía Europea se encargue también de la persecución del terrorismo internacional en el futuro⁴⁸. Ciertamente, teniendo en cuenta que su estructura actual está orientada específicamente a los delitos contra los intereses financieros⁴⁹ y que sus recursos son limitados, no parece hoy adecuado sobrecargar la Fiscalía Europea, ni propiciar excesos en el proceso de europeización. Sin embargo, sí que hay que preguntarse ya: ¿qué criterios han de utilizarse, cualesquiera que sean los ámbitos en los que opere, para determinar qué delitos pueden ser perseguidos con más eficacia fiscalía supranacional y cuáles por las autoridades nacionales? En mi opinión, hay que aplicar tres criterios. En primer lugar, ¿afectan estos delitos a un interés paneuropeo? En segundo lugar, ¿proporciona el procesamiento por parte de la Fiscalía Europea un valor añadido? En tercer lugar, ¿preserva la transferencia de la persecución a nivel europeo la coherencia de los sistemas policiales entrelazados y la seguridad interior de la Unión Europea?

Los dos primeros criterios se dan en el caso del terrorismo internacional: Los atentados terroristas en Europa nos atacan a todos como europeos y concentrar la aplicación de la ley a nivel europeo promete transnacionalidad. No obstante, este ámbito está estrechamente vinculado a la seguridad y se trata de un acontecimiento muy dinámico, que permite presagiar que el traspaso de la persecución a la Fiscalía Europea provoque demasiadas fricciones. Sería más coherente ampliar la jurisdicción a sectores de la delincuencia económica europea: el uso de información privilegiada y la manipulación del mercado⁵⁰, afectan al mercado financiero europeo; la corrupción en el sector privado⁵¹, viola el mercado interior europeo. El blanqueo de capitales

siempre y cuando la obligación de acudir al TJUE siga siendo efectiva (art. 267 TFUE, art. 42 (2) Reglamento 2017/1939).

⁴⁸ COM (2018) 641 final v. 12.9.2018.

⁴⁹ Cf. Meyer en Herrfeldt/Esser (eds.), *European Public Prosecutor's Office*, 2022, § 3 párrafo 22.

⁵⁰ Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16.4.2014, relativa a las sanciones penales aplicables a la manipulación del mercado (Directiva sobre el abuso del mercado), DOUE n° L 173 v. 12.6.2014, 179.

⁵¹ Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22.7.2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, DO UE n° L 192 de 31.7.2003, 54.

merece sin embargo un tratamiento distinto⁵². Este delito comprende tantos comportamientos, aún más en la aplicación alemana (§ 261 StGB), que daría lugar a una cantidad excesiva de procedimientos.

Sin embargo, me parece que debería reflexionarse acerca de la posibilidad de extender la competencia de la Fiscalía⁵³ a los delitos medioambientales transfronterizos⁵⁴. Al igual que en el caso de la delincuencia financiera de la UE, la perspectiva nacional se limita con demasiada rapidez a los daños medioambientales locales; los efectos en otros Estados o en el clima se ignoran con demasiada facilidad. Los tres criterios —interés paneuropeo, valor añadido, coherencia— son especialmente claros en este ámbito del delito medioambiental. Con todas las dificultades políticas que conlleva una ampliación de la jurisdicción, hay buenos argumentos para que en el futuro la Fiscalía Europea pueda perseguir delitos económicos y medio ambientales en nombre de Europa.

3.2. Derecho constitucional penal nacional

Llegados a este punto la pregunta que surge es si esta ampliación de la jurisdicción entraría en conflicto con la doctrina del Tribunal Constitucional Federal en la *sentencia de Lisboa*⁵⁵, donde se considera que el Derecho penal y la administración de justicia penal son áreas especialmente sensibles a la soberanía. Si se lee con detenimiento la sentencia, estas apreciaciones relativas al derecho penal se centran en el derecho penal sustantivo y en el principio de culpabilidad y no tanto en la persecución penal⁵⁶. Los requisitos de la sentencia son mucho más moderados de lo que sugieren los títulos introductorios. Así, en la *sentencia de Lisboa*, el Tribunal Constitucional Federal no solo admitió la competencia de la Unión para crear la Fiscalía Europea, sino también la posibilidad de una posterior ampliación de sus competencias, si bien supeditándolo a la aprobación del Bundestag y del Bundesrat⁵⁷. Por lo tanto, una ampliación moderada de sus competencias que aquí se dis-

⁵² Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23.10.2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales a través del Derecho penal, DOUE n° L 284 v. 12.11.2018, 22.

⁵³ En esta dirección también Meyer en Herrnfeld/Esser (eds.), *Europäische Staatsanwaltschaft*, 2022, § 3 párrafo 23; Petrasch, CCZ 2021, 126, 132.

⁵⁴ Anteriormente, Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19.11.2008, relativa a la protección del medio ambiente por medio del Derecho penal, DO UE n° L 328 de 5.12.2008, 28; propuesta de reforma de gran alcance en COM (2021) 814 final de 15.12.2021.

⁵⁵ BVerfG v. 30.6.2009 - 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09 - Lissabom, BVerfGE 123, 267.

⁵⁶ BVerfG v. 30.6.2009 - 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09 - Lissabom, BVerfGE 123, 267 (408 y ss.).

⁵⁷ BVerfG v. 30.6.2009 - 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09 - Lissabom, BVerfGE 123, 267 (436).

cute, no se plantea la cuestión relativa a si afecta a un ámbito tan sensible a la “autodeterminación democrática” como es el derecho penal⁵⁸.

3.3. Política criminal europea

La Fiscalía Europea es, al fin y al cabo, un ejemplo de éxito de la política criminal europea y un atractivo objeto de estudio desde esta perspectiva⁵⁹. Esto transluce ya de la propia génesis de la Fiscalía Europea, que generó una poderosa interacción entre las instituciones europeas y el derecho penal como actores de la política criminal. Por ejemplo, el Parlamento Europeo y la entonces Comisión de la CE encargaron el mencionado *Proyecto del Corpus Juris* en los años noventa⁶⁰; cuyos resultados y los del posterior Libro Verde de la Comisión sobre la creación de una Fiscalía Europea presentado a finales de 2001⁶¹, activaron a un intenso debate en la doctrina penal alemana y europea. Recuérdese en este sentido las palabras de Prittwitz en las Jornadas de Profesores de Derecho penal de Passau.⁶² No obstante, en aquel momento, en el cambio de siglo, el momento de la Fiscalía Europea no había llegado aún, ni en términos de una mayoría política que impulsara su creación, ni en lo relativo a las cuestiones de jurídicas⁶³.

En lugar de la Fiscalía Europea, y también con la colaboración de la doctrina y de los profesionales del derecho, se dieron otros pasos necesarios en pos de la interconexión de los sistemas penales europeos como fueron la Orden de Detención Europea como prototipo de la cooperación en materia de justicia penal basada en el reconocimiento mutuo⁶⁴, la creciente armonización de la Parte Especial⁶⁵ o las normas procesales

⁵⁸ BVerfG v. 30.6.2009 - 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09 - Lissabom, BVerfGE 123, 267 (410).

⁵⁹ Zur Kriminalpolitikwissenschaft als Wirklichkeitswissenschaft *Vogel* in FS Kühl, 2014, pp. 635, 637; *Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts. Strafverfassungsrechtliche, europastrafrechtliche und kriminalpolitische Wirkungen auf Strafgesetzgebung, 2022, Introducción I.2.b. (en prensa).

⁶⁰ *Vid. supra* I. 1. en y con la nota 4; véase el suplemento *Schramm*, JZ 2014, 749, 751.

⁶¹ COM (2001) 715 final v. 11.12.2001; sobre esto *Radtke*, GA 2004, 1.

⁶² *Prittwitz*, ZStW 113 (2001), 774.

⁶³ Es cierto que —también en el curso de la ampliación de la UE hacia el Este— la cuestión de la protección de las finanzas de la UE era especialmente urgente. Pero vincular la ampliación a los países del Este con la creación de una Fiscalía Europea resultó poco práctico: de un lado, una estructura descentralizada, habría dependido del éxito y el fracaso en cada Estado; por otro lado, una estructura centralizada podría haberse entendido (erróneamente) como una administración de justicia penal impuesta.

⁶⁴ *Vid. supra* II. 3. en la nota de pie de página 43; en general *Burchard*, The Constitutionalisation of Mutual Recognition, 2019.

⁶⁵ Recopilación en *Brodowski*, The Evolution of Criminal Law. Strafverfassungsrechtliche, europastrafrechtliche und kriminalpolitische Wirkungen auf Strafgesetzgebung, 2022, Apéndice B (en prensa).

mínimas⁶⁶, estas últimas pusieron en evidencia importantes déficits en Alemania y la necesidad de reformar de manera urgente los derechos del acusado, de las víctimas, en lo que atañe a los derechos de defensa⁶⁷. A través de todos estos desarrollos, el sistema de justicia penal alemán se ha europeizado en tal medida, que la adición de otro bloque de construcción, en este caso la Fiscalía Europea, constituye un hito, pero ya no una revolución.

Una segunda lección, desde el punto de vista de la política criminal, está relacionada con su caja de herramientas y la interconexión de diversos niveles⁶⁸: Cuando se hizo evidente el fracaso del Libro Verde, la Comisión trasladó el debate a la Convención sobre una Constitución de la UE⁶⁹ y, por tanto, al nivel del Derecho primario. De este modo se pospuso la cuestión de fondo, pero al mismo tiempo la discusión se elevó a las alturas del derecho primario, encontrando su camino en el art 86 del Tratado de Lisboa unos años más tarde. Una argucia similar fue prever una cooperación reforzada a partir del art. 86, párr. 1, apdo. 3 del TFUE, en un momento en que resultaba evidente que la unanimidad difícilmente podría alcanzarse. Catorce parlamentos nacionales mostraron “tarjetas amarillas”⁷⁰ contra la propuesta de la Comisión de 2013 de crear una Fiscalía Europea⁷¹. Este hecho aunque no condujo a retirar la propuesta, es muy posible que haya tenido un gran impacto a la hora de fijar las posiciones negociadoras de los Estados en el seno del Consejo⁷². Si comparamos este proceso, con algunos acontecimientos del final de la última legislatura alemana⁷³, se muestra como el proceso legislativo que

⁶⁶ Fundamental: Resolución del Consejo de 30.11.2009 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de las personas sospechosas o acusadas en los procesos penales, DO UE n° C 295 v. 4.12.2009, 1.

⁶⁷ Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26.10.2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita para los sospechosos y acusados en los procesos penales y para las personas buscadas en los procesos para la ejecución de una orden de detención europea, DO UE núm. L 297 v. 4.11.2016, 1; sobre la aplicación en Alemania, resumida por *Jahn/Zink* en FS Graf-Schlicker, 2018, pp. 475, 476 y ss.

⁶⁸ Analizado a partir de la evolución del derecho penal sustantivo en *Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts. Straferfassungsrechtliche, europastrafrechtliche und kriminalpolitische Wirkungen auf Strafgesetzgebung, 2022, § 5 II.3 (en preparación).

⁶⁹ Cf. *Vogel/Eisele* en Grabitz/Hilf/Nettesheim (eds.), Das Recht der Europäischen Union, 74ª Erg.-Lfg. 2021, art. 86 TFUE, párr. 3 f.; *Zöller/Bock* en Böse (eds.), Enzyklopädie Europarecht, vol. 11 - Europäisches Strafrecht, 2ª ed. 2020, § 22 párr. 6.

⁷⁰ Véase COM (2013) 851 final de 26.11.2013, p. 3.

⁷¹ COM (2013) 534 final v. 16.7.2013.

⁷² COM (2013) 851 final v. 26.11.2013.

⁷³ A modo de ejemplo, puede hacerse mención a la Ley de modificación del Código Penal - Mejora de la protección penal contra las denominadas listas de enemigos, penalización de la difusión y posesión de instrucciones para el abuso sexual de niños y mejora de la lucha contra los contenidos incitadores, así como de la lucha contra los materiales de propaganda y las marcas de organizaciones anticonstitucionales y terroristas, de 14 de septiembre de 2021, Boletín Oficial Federal I 2021, 4250. 14.9.2021, Gaceta Federal I 2021, 4250, así como a la Ley de modificación del Código de Procedimiento Penal - Ampliación de las posibilidades de reapertura en perjuicio del con-

se ha desarrollado durante estos cinco años no puede ser acusado de falta de transparencia⁷⁴ ni de ausencia de discursividad. La legislación penal europea ha sido y es mejor que su reputación.

Para concluir, ocupémonos de la teoría del derecho, en terminología alemana, de la dogmática penal europea⁷⁵. En el centro de la discusión europea sobre la Fiscalía Europea estaban y están, tal como ya esbozó Vogel en su conferencia de entrada en la Universidad de Tubinga, “los problemas y las cuestiones de jurídicas”⁷⁶ que deben resolverse de manera pragmática, pero también de manera sostenible en términos de Estado de Derecho, y discutirse y procesarse a través de una metodología abierta, pero no por ello menos científica. En materia de política criminal y de derecho penal europeo no es apropiado pensar en términos de “sistema[s] y categorías”; sino, que resulta preferible, tal como ha expuesto Jung, una sería de anillos de “teorías y estrategias de alcance medio”⁷⁷. Una Europa plural, requiere una ciencia del derecho penal plural y en una plural, *el* poder del mejor argumento es el más convincente. Así, la Fiscalía Europea puede no haber sido construida de una manera fiel al sistema clásico, pero es probable que el modelo elegido de una institución descentralizada, híbrida e intrínsecamente transnacional tenga éxito a nivel europeo precisamente porque tiene los mejores argumentos de coherencia a su favor.

denado en virtud del artículo 362 del Código de Procedimiento Penal y modificación de la prescripción en el ámbito del derecho civil (Ley de establecimiento de la justicia material) v. 21.12.2021, Gaceta Federal I 2021, 5252.

⁷⁴ Además de los documentos del Consejo publicados puntualmente en el registro de documentos, también resulta útil en este caso el Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, DO CE n° L 34 de 31.5.2001, 43.

⁷⁵ Sobre la historia conceptual de la “dogmática” *Herberger*, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, 1981.

⁷⁶ *Vogel*, GA 2002, 517, 525 y siguientes.

⁷⁷ *Jung* en *Jeßberger/Kreß*, ZStW 113 (2001), 827, 855 sobre el documento de *Prittitz* (arriba III. 3. en y con la nota 62).

