

# LA PROTECCIÓN PROCESAL PENAL DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE (EL PROYECTO CORPUS IURIS)<sup>1</sup>

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER

Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad Jaume I de Castellón

## SUMARIO:

I. Introducción: a) El origen; b) La Comisión de Expertos; c) El Proyecto. II. Los principios del nuevo sistema procesal penal diseñado: a) Principio de garantía judicial; b) Principio de territorialidad europea; c) Principio de proceso contradictorio. III. La interrelación con los sistemas nacionales de enjuiciamiento criminal: a) El principio de complementariedad; b) La cooperación jurisdiccional. IV. Jurisdicción y competencia: a) El Juez sentenciador; b) El Juez de las Libertades. V. Las partes: a) El Ministerio Público Europeo; b) Otras partes acusadoras; c) El acusado; d) La cuestión de la responsabilidad civil. VI. El procedimiento: a) Investigación: 1) Inicio; 2) Actos; 3) Medidas cautelares; 4) Alternativas a la persecución; b) Juicio: 1) Publicidad; 2) Acusación; 3) Prueba; c) Sentencia; d) Medios de impugnación: 1) Recursos nacionales; 2) Recursos europeos; e) Ejecución. Conclusiones.

---

<sup>1</sup> Artículo redactado gracias a la obtención de una ayuda para una estancia de investigación en el *Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht* de la Universidad *Albert-Ludwig* de Freiburg im Breisgau (Alemania), dirigido por el Prof. Dr. Dr.h.c.mult. Klaus TIEDEMANN, Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Criminología, subvencionada por la Generalitat Valenciana (agosto de 1999, POST99-08-161). La conclusión de la redacción entregada a imprenta se ha producido en marzo de 2000.

## I. Introducción

Determinar una protección jurídica concreta y de la mayor intensidad posible frente al fraude comunitario, es una idea y un proyecto legislativo del Parlamento Europeo, denominado abreviadamente *Corpus Iuris*<sup>2</sup>. Este representa una concreción del llamado Espacio Judicial Europeo, con el que se pretende dotar a la Unión Europea de un instrumento legal, todavía en fase de elaboración, de protección penal y procesal penal, sin perjuicio de los medios que cada uno de los Estados miembros considere oportunos, que garantice una tutela jurídica efectiva frente a infracciones penales de naturaleza financiera y presupuestaria que se puedan cometer en su perjuicio, en definitiva, una norma que canalice la lucha contra el fraude comunitario punible (el llamado eurofraude).

Todo un mundo jurídico nuevo se va a abrir ante nosotros si esta propuesta fructifica, absolutamente inexplorado hasta la fecha a nivel europeo<sup>3</sup>. Veamos brevemente el origen de la misma.

### a) *El origen*

Hasta ahora y en efecto<sup>4</sup>, los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas habían excluido de la legislación comunitaria el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, limitándose básicamente a regu-

---

<sup>2</sup> Hemos manejado el texto informatizado en versión francesa (*CORPUS IURIS portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne. Projet de Rapport Général*), que abreviaremos PROCORUIR '99, presentado por Mireille DELMAS-MARTY en julio de 1999 a la OLAF, elaborado bajo su presidencia por el grupo de juristas que mencionamos más adelante, con las modificaciones que surgieron tras la reunión de Florencia a la que hacemos igualmente mención *infra*, siendo el texto definitivo de septiembre de 1999, no publicado oficialmente aún en el momento de cerrar estas páginas. Agradecemos al Prof. TIEDEMANN la copia del mismo entregada.

<sup>3</sup> A nivel mundial también han existido intentos de elaborar un Código Penal internacional. No entramos en este tema, ni en el relativo a los Tribunales internacionales recientemente creados. Véase en general BASSIOUNI, M. Ch., *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal internacional* (trad. J.L. de la Cuesta Arzamendi), Ed. Tecnos, Madrid 1984, págs. 49 y ss. Sobre el llamado Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Penal, v. la completa y erudita exposición de CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, vol. I *Introducción* (50 ed., 20 reimpr.), Ed. Tecnos, Madrid 1998, págs. 208 y ss. Todo empezó con el artículo de VON LISZT, F., *Einheitliches mitteleuropäisches Strafrecht*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1917, núm. 38, págs. 1 a 20.

<sup>4</sup> Agradecemos al Dr. Jorge CARDONA LLORENS y a la Dra. María-DOLORES BLÁZQUEZ PEINADO, Catedrático y Profesora Titular, respectivamente, de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universitat Jaume I de Castellón, sus orientaciones en cuanto al contenido de este apretado resumen introductorio.

lar sanciones en materia de protección de la libre competencia<sup>5</sup>. La idea central era que el Derecho Penal de cada país miembro, y el Derecho Procesal Penal por ser su instrumento necesario de aplicación, eran suficientes para contemplar los delitos en que podía verse perjudicada la Comunidad, principalmente los de carácter económico<sup>6</sup>, de manera que no era necesaria una delegación de soberanía tan importante bastando la cooperación entre los Estados miembros por la vía convencional<sup>7</sup>, quedando reservados estos temas a los sistemas jurídicos nacionales<sup>8</sup>.

Pero la trepidante evolución del marco jurídico comunitario en los últimos 10 años ha hecho cambiar radicalmente estas ideas<sup>9</sup>. El concepto sociológico de la globalización (mejor, mundialización), del que tanto se habla últimamente, la desaparición de fronteras que propugna y la integración que supone, llega también a lo jurídico, expandiéndose

<sup>5</sup> Véanse, v.gr., los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea de 25 de marzo de 1957. La primera exposición detallada sobre el *Corpus Iuris* la ha publicado en España, desde un punto de vista procesal, SOLE RIERA, J., *Hacia un proceso penal común europeo. Proyecto de Corpus Iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, Justicia 97, vol. II, págs. 448 y 449.

<sup>6</sup> No obstante, el CP español de 1995 se adelantó, en parte, pues se previeron los tipos de los arts. 305.3, 306 y 309 en materia de fraude delictivo contra la Unión Europea superior a 50.000 ecus (euros), y 627 y 628 para las correspondientes faltas entre esa cantidad y 4000 ecus (euros), en desarrollo del Convenio relativo a la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades Europeas, Luxemburgo 1995 (DOCE de 27 de noviembre de 1995, serie C, núm. 316, págs. 48 y ss.). Véanse el resumen de BOIX REIG, J./MIRA BENAVENT, J., *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2000, págs. 47 y ss.; y, con carácter general, GÓMEZ RIVERO, M.C., *El fraude de subvenciones*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1996, págs. 302 y ss.; NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios. Derecho Penal económico europeo*, Ed. Praxis, Barcelona 1996, págs. 23 y ss.; DOLZ LAGO, M.J., *La protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea en el nuevo Código Penal de 1995*, La Ley 1997, t. 5, págs. 1902 y ss.; y CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Estrategia comunitaria europea y la formación de un Derecho sancionador. Sus efectos sobre los Ordenamientos Penales nacionales*, Tesis Doctoral, inédita, Pamplona 1999, Cuarta Parte.

<sup>7</sup> Véase el *Huitième Rapport général sur l'activité des Communautés européennes*, 1974, Ed. Commission, Bruxelles-Luxembourg 1975, pág. 41.

<sup>8</sup> Véase sobre estos antecedentes inmediatos y con carácter general, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Evolución de los modelos legislativos europeos para la protección de las finanzas públicas y comunitarias*, en «Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la Memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal», Edersa, Madrid 1993, págs. 113 y ss.; y SIEBER, U., *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht —Einführung zum Corpus Iuris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU—*, en DELMAS-MARTY, M. (Hrsg.), «Corpus Iuris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union», col. Ius Criminale, vol. 7, Ed. Carl Heymans, Köln-Berlin-Bonn-München 1998, págs. 1 a 10.

<sup>9</sup> Piénsese que una de las expresiones más significativas de la soberanía nacional, la moneda, va a dejar de serlo pronto, concretamente el 1 de enero de 2002, implantándose el «euro» como instrumento monetario único de la Unión.

por la Unión Europea a todos los ámbitos posibles, incluso al penal y procesal penal, como se observa. Y otras instituciones tradicionalmente reservadas a la soberanía de los Estados van a correr la misma suerte, pues no olvidemos el principio jurisprudencial de la primacía del Derecho Comunitario sobre los Derechos nacionales de los Estados miembros<sup>10</sup>. Parece, pues, que en esta idea estamos, pero no sin resolver antes problemas previos importantes<sup>11</sup>.

En efecto, bajo la idea central de la «identidad nacional» del artículo F del Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, se pensaba que una regulación unificada comunitaria del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal sería imposible, porque ambos Derechos son la expresión cultural de un pueblo, no de un conjunto de naciones. Pero después de tantos años, y de estar sometidos los Estados de la Unión a unos mismos principios jurídicos democráticos, se empezó a llegar a la conclusión (a partir de 1989) de que en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal de esos países existía una importante base común a todos ellos, de donde resultaba una apreciable unidad. Y así se entendió que el Tercer Pilar, es decir, la Cooperación Intergubernamental en los Ambitos de Justicia e Interior (CAJI), podría permitir un desarrollo en este sentido.

En concreción de esta idea, el Tratado de la Comunidad Europea obligó a los Estados miembros, en su art. 209 A (artículo añadido por el Tratado de Maastricht, hoy art. 280 de acuerdo con el Tratado de Amsterdam), a combatir el fraude con las mismas medidas y a adoptar una posición común en la protección de los intereses financieros de la Comunidad (apartado 1, principio de asimilación); y a cooperar entre ellos para impedir el fraude transnacional y la criminalidad económica organizada (apartado 2, principio de cooperación), que ha dado lugar a numerosos convenios de cooperación judicial pero insuficientes para la lucha que se persigue con este Proyecto; obligaciones que se fundamentan ambas con carácter general en el art. 5 originario del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 (hoy art. 10 del Tratado de la Comunidad Europea), que establece el llamado principio de lealtad comunitaria<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Sobre el principio de primacía, véanse las SS TJCE de 15 de julio de 1964 (Asunto 6/64, Recueil 1964, págs. 1141 y ss. *caso Costa contra E.N.E.L.*), y de 9 de marzo de 1978 (Asunto 106/77, Recueil 1978, págs. 629 y ss., *caso Simmenthal*).

<sup>11</sup> Véase sobre estas cuestiones RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., *Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung*, Neue Juristische Wochenschrift 1999, núm. 1, págs. 1 a 9.

<sup>12</sup> Véase la decisiva interpretación de la S TJCE de 21 de septiembre de 1989 (Asunto 68/88, Recueil 1989, págs. 2965 y ss., *caso escándalo del matz griego*), en donde establece como principio complementario al de asimilación el de eficacia, por el

Por su parte, el Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, en vigor desde el 1 de mayo de 1999, ha procedido a desarrollar la CAJI en tres apartados distintos: En primer lugar, la Cooperación Policial y Judicial Penal (CPJP), de carácter intergubernamental, fijando como objetivo el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia (art. 2), o espacio judicial europeo, habiendo procedido dentro de sus «revoluciones» a incidir en estos temas, profundizando naturalmente en la cooperación en ámbitos de justicia y de interior (aquí es donde se integraría el *Corpus Iuris*, al ser cooperación penal, como veremos inmediateamente); en segundo lugar fijando los temas relativos a asilo, inmigración y visados, de carácter comunitario (Título IV Tratado de la Comunidad Europea); y finalmente, integrando el acervo de Schengen en el Derecho de la Unión Europea, pues hasta ahora quedaba fuera de su ámbito (Protocolo anejo al TUE y al TCE), si bien sólo para trece Estados, pues el Reino Unido e Irlanda no se han incorporado de momento<sup>13</sup>.

## b) *La Comisión de Expertos*

Como consecuencia de todo ello, reflejamos en este apretado resumen que en noviembre de 1995 se puso en marcha el Proyecto de Espacio Judicial Europeo<sup>14</sup>, antes aludido, centrándose en primer lugar en resolver el principal problema de la Unión Europea, a saber, la protección jurídica frente a graves infracciones financieras y, por tanto, en la tutela del presupuesto de la Unión<sup>15</sup>.

Punto determinante fueron los estudios realizados por la Dirección General de Control Financiero, a petición del Parlamento Europeo, que

---

que los Estados deben en todo caso establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, comentada por TIEDEMANN, K., *Der Strafschutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft*, Neue Juristische Wochenschrift 1990, págs. 2226 y ss. La sentencia se puede consultar en alemán en el mismo año y volumen de la revista Neue Juristische Wochenschrift, págs. 2245 y ss.

<sup>13</sup> Véase MARIÑO MENÉNDEZ, F., en OREJA AGUIRRE, M. (Director) y FONSECA MORILLO, F. (Coordinador), *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, Ed. McGraw Hill y Fundación BBV, Madrid 1998, vol. I, págs. 255 a 297.

<sup>14</sup> Por el entonces Director de la Dirección General XX de la Comisión Europea, Francesco DE ANGELIS. Véase sobre el tema VALLE GÁLVEZ, A., *La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 1998, núm. 3, págs. 41 y ss.

<sup>15</sup> Véase JESCHECK, H.H., *Possibilità e limiti di un Diritto Penale per la protezione dell'Unione Europea*, en Lorenzo PICOTTI (editor), «Possibilità e limiti di un Diritto Penale dell'Unione europea», Ed. Giuffrè, Milano 1999, págs. 26 a 29.

nombró una Comisión de Expertos al efecto<sup>16</sup>. El objeto fundamental del estudio encargado a esos prestigiosísimos profesores miembros de las Asociaciones de Juristas Europeos no fue otro que analizar si era posible la protección de las instituciones de la Unión Europea frente a ilícitos penales, hasta ahora resueltos por los Tribunales nacionales, aprobando normas propias de procedimiento, pero centrados en un nivel exclusivamente financiero o económico.

Esa Comisión, presidida como dijimos por la Profra. Mireille Delmas-Marty, elaboró un documento, llamado no sin cierta ambición *Corpus Iuris*, en el que se recoge una propuesta de «Disposiciones Penales para la Protección de los Intereses Financieros de la Unión Europea», fechado en junio de 1996 y entregado al Parlamento Europeo<sup>17</sup>, que solicitó un análisis más profundo del tema<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Ese selecto grupo de juristas estaba formado por: Prof. Dr. Enrique BACIGALUPO ZAPATER, Catedrático de Derecho Penal y Magistrado del Tribunal Supremo (Madrid, España); Prof. Dr. Giovanni GRASSO, Catedrático de Derecho Penal (Catania, Italia); Prof. Dr. Dr.h.c.mult. Klaus TIEDEMANN, Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Criminología (Friburgo, Alemania); Prof. Dr. Nils JAREBORG, Catedrático de Derecho Penal (Uppsala, Suecia); Prof. Dr. Dionysos SPINELLIS, Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal (Atenas, Grecia); Profra. Dra. Christine Van den WYNGAERT, Catedrática de Derecho Penal (Amberes, Bélgica); Profra. Dra. Mireille DELMAS-MARTY, Catedrática de Derecho Procesal Penal (París, Francia); y Prof. Dr. John R. SPENCER, Catedrático de Derecho Procesal Penal (Cambridge, Inglaterra).

<sup>17</sup> Hemos consultado la versión francesa e inglesa en DELMAS-MARTY, M. (Direction), *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*, Ed. Direction Générale du Contrôle Financier - Economica, París 1997; la versión alemana, v. DELMAS-MARTY, M. (Hrsg.), *Corpus Iuris der strafrechtlichen Regelungen...*, cit., págs. 13 y ss.; la versión italiana, v. *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Iuris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, con prólogo de Giovanni GRASSO, Ed. Giuffrè, Milano 1997; y la versión española, v. *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, con estudio preliminar de Enrique BACIGALUPO ZAPATER, Ed. Colex, Madrid 1998. El texto original francés se incluye también como apéndice de las versiones alemana (págs. 101 y ss.), y española (págs. 107 y ss.), anteriormente citadas en esta misma nota. Resulta curioso constatar cómo las explicaciones que se dan en las diferentes versiones no se corresponden siempre exactamente entre sí, de ahí que hayamos optado en caso de duda por citar el texto original francés.

<sup>18</sup> En efecto, el Parlamento solicitó, mediante carta de fecha 1 de diciembre de 1997 del Presidente del Comité de Control Presupuestario Sr. Diemut R. THEATO, al Director de la Unidad de Coordinación de la Lucha Antifraude (UCLAF, creada en 1988), que el 28 de abril de 1999 (DOCE de 31 de mayo de 1999, serie L núm. 136, págs. 20 y ss.) se transformó en la Oficina Europea de Lucha Antifraude (OLAF), Sr. KNUDSEN, de la Comisión Europea, que realizara un estudio para profundizar en las propuestas contenidas en ese «cuerpo jurídico», básicamente su compatibilidad con los Derechos nacionales de cada Estado miembro de la Unión Europea y sus posibilidades de implantación. La OLAF es, a propuesta del Presidente SANTER de 6 de octubre de 1998,



### c) *El Proyecto*

Específicamente, el *Corpus Iuris* contiene, precedidos de la Exposición de Motivos, titulada «Hacia una represión más justa, más simple y más eficaz», cuatro títulos o partes (en total 35 artículos según numeración, pero realmente son 38)<sup>19</sup>, claramente diferenciadas, pero íntimamente unidas entre sí: El Derecho Penal económico que protegerá la Unión Europea en el ámbito de sus intereses financieros y presupuestarios (Títulos I y II, arts. 1 al 17, en donde se recogen los tipos penales de protección<sup>20</sup>, que reflejan naturalmente el resultado de una importante evolución<sup>21</sup>, y otras cuestiones, algunas de ellas novedosas, como la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (art. 13)<sup>22</sup>; y el Derecho Procesal Penal, es decir, el procedimiento que se establece para dilucidar las correspondientes responsabilidades penales y sus autores (Título III, arts. 18 a 34), dividido en un apartado dedicado a «El Ministerio Público Europeo», otro a la «Fase Preparatoria», otro a la «Fase de Juicio», y unas «Disposiciones Comunes» finales. El Proyecto finaliza con un Título IV, dedicado a la «Complementariedad del Derecho Nacional» (art. 35).

Ese conjunto normativo se basa en el principio de armonización, tanto en el ámbito del Derecho Penal sustantivo como del Derecho Procesal Penal. Se parte de la idea esencial de que no se busca crear ni un nuevo Código, ni suplir las deficiencias legislativas de los Estados miembros,

---

un organismo independiente, que ha visto ampliadas sus competencias por Acuerdo Interinstitucional de 25 de mayo de 1999 del Parlamento, del Consejo y de la Comisión, en la lucha contra el fraude en detrimento del presupuesto comunitario.

<sup>19</sup> Porque existen normas con numeración hasta cuadruplicada (arts. 11 bis, 25 bis, 25 ter y 25 quater), por lo que probablemente el resultado final será un mayor número de preceptos de los previstos inicialmente.

<sup>20</sup> En concreto ocho, agrupados de esta manera: a) Delitos cometidos por cualquier persona: 1) Fraude a los intereses financieros de la Unión Europea (art. 1); 2) Fraude en materia de concesión de mercados, v.gr., con ocasión de concursos y subastas públicas (art. 2); 3) Blanqueo y receptación (art. 3); y 4) Asociación ilícita (art. 4); b) Delitos cometidos por los funcionarios: 1) Corrupción (art. 5); 2) Malversación (art. 6); 3) Ejercicio abusivo del cargo (art. 7); y 4) Revelación de secretos oficiales. Véase BACIGALUPO ZAPATER, E., *La parte especial del Corpus Iuris*, Revista Canaria de Ciencias Penales 1999, núm. 3, págs. 151 y ss.

<sup>21</sup> Por lo que hace referencia a la doctrina española, v. la exposición de los antecedentes en GÓMEZ RIVERO, M.C., *El fraude de subvenciones*, cit., págs. 302 y ss.; en NIETO MARTÍN, A., *Ordenamiento comunitario y Derecho Penal económico español: Relaciones en el presente y en el futuro*, Actualidad Penal 1995, núm. 2, págs. 593 y ss.; y en Idem, *Fraudes comunitarios...*, cit., págs. 243 y ss.

<sup>22</sup> Véase TIEDEMANN, K., *Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado*, en GÓMEZ COLOMER, J.L./GÓNZALEZ CUSSAC, J.L. (coordinadores), «La reforma de la Justicia Penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann», Ed. Universitat Jaume I, Castellón 1997, págs. 25 y ss.

sin duda alguna por las grandes dificultades que presenta en la actualidad el pensar en elaborar un texto institucional unitario<sup>23</sup>, lo que significa de hecho la inviabilidad hoy por hoy de un Código Penal europeo<sup>24</sup>, tema en el que está sustancialmente de acuerdo la doctrina penal alemana<sup>25</sup>, la italiana<sup>26</sup>, y la española<sup>27</sup>, sino que lo que se pretende es reco-

<sup>23</sup> La propia investigación sobre los procesos penales de determinados países europeos, dirigida por DELMAS-MARTY, M., *Procesos penales de Europa* (trad. Morenilla Allard), Edijus, Zaragoza 2000, págs. 31 y ss., demuestra fehacientemente las dificultades, hoy parece que insalvables, de una pretendida unificación del enjuiciamiento criminal en Europa. Véase también el Prólogo a ese libro, escrito por GIMENO SENDRA, J.V., pág. 20. Complementariamente pueden verse igualmente MACIA GÓMEZ, R. (Director), *Sistemas de proceso penal en Europa*, Ed. Cedecs, Barcelona 1998, págs. 13 y ss.; y PRADEL, J., *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes: Rapports de synthèse des colloques de l'ISISC*, Ed. Ères y Association Internationale de Droit Pénal, Toulouse 1998, págs. 135 y ss.

<sup>24</sup> A pesar de los enormes esfuerzos que se han hecho y se están haciendo al respecto, tanto en el específico campo del Derecho Penal económico, como en general con relación a una Parte General y a una Parte Especial del Derecho Penal europeo, particularmente por el Profesor Dr. Dr.h.c.mult. Klaus TIEDEMANN, de la *Albert-Ludwigs-Universität* de Freiburg im Breisgau (Alemania). Véanse sus obras y escritos siguientes: *Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts*, en, VOGLER, Th. / HERMANN, J. (editores), «Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag», Ed. Duncker & Humblot, Berlín 1985, tomo 2, págs. 1411 y ss.; *Poder económico y delito (Introducción al Derecho Penal económico y de la empresa)*, Ed. Ariel, Barcelona 1985, págs. 90 y ss.; *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht*, Neue Juristische Wochenschrift 1993, cuaderno 1, págs. 23 y ss.; *Lecciones de Derecho Penal económico (comunitario, español, alemán)*, Ed. PPU, Barcelona 1993, págs. 55 y ss.; *El Derecho Penal económico en la Comunidad Europea*, en ARROYO ZAPATERO, L./TIEDEMANN, K. (editores), «Estudios de Derecho Penal económico», Ed. Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca 1994, págs. 235 y ss.; *Reglas y garantías de la Comunidad Europea en materia penal administrativa*, en ARROYO ZAPATERO, L./TIEDEMANN, K. (editores), «Estudios de Derecho Penal económico», cit., págs. 255 y ss.; *Presente y futuro del Derecho Penal económico*, en VARIOS AUTORES, «Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus TIEDEMANN», Ed. BOE, Madrid 1995, págs. 29 y ss.; *Pour un espace juridique commun après Amsterdam*, cit., págs. 12 y 13; *Die Europäisierung des Strafrechts*, en KREUZER, K.F./SCHEUING, D.H./SIEBER, U. (editores), «Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union», Ed. Nomos, Baden-Baden 1997, págs. 133 y ss.; *Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo*, Revista Penal 1999, núm. 3, págs. 76 y ss.; *L'Europeizzazione del Diritto Penale*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale 1998, fasc. 1, págs. 3 y ss.; *Re-Europäisierung des Strafrechts versus Nationalismus der (deutschen) Strafrechtslehre*, Goldammer's Archiv 1998, págs. 107 y ss.; y *Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Generalbericht*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1998, núm. 110, cuaderno 2, págs. 497 y ss.

<sup>25</sup> Véanse DANNECKER, G., *Die Entwicklung des Strafrechts unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts*, Jura 1998, núm. 2, págs. 79 y ss.; ESER, A., *Entwicklung des Strafverfahrensrechts in Europa*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1996, núm. 108, cuaderno 1, págs. 86 y ss.; KUDLICH, H., *Auf dem Weg zu einem Europäischen Rechtsraum*, Juristische Ausbildung 1999, núm. 6, págs. 525 y ss.; NELLES, U.,



ger en un texto armónico y unitario los tipos penales básicos y las normas procedimentales mínimas, comunes a los países de la Unión Europea, en la lucha antifraude, de manera que se articule un instrumento eficaz para su persecución y castigo, ya que sin el proceso la eficacia de la lucha penal antifraude podría verse muy mermada<sup>28</sup>. Como veremos a continuación, no se está aún en la vía de conseguirlo, ni respecto a todos los países de la Unión, ni en particular respecto a España.

Se discute en qué norma fundacional se puede apoyar directamente el *Corpus Iuris*. Los expertos, en efecto, no se ponen todavía de acuerdo en si el fundamento de un texto jurídico europeo de naturaleza penal y procesal penal se encuentra en el art. 280 TCE (anterior art. 209 A), que es la opinión mayoritaria; o en el art. 95 TCE (anterior art. 100 A), de acuerdo en ambos casos con la redacción del Tratado de Amsterdam. Incluso es objeto de disputa si el fundamento jurídico aducido en primer lugar, es decir, el art. 280 TCE, y más en concreto su apartado 4, es suficiente para promulgar este texto legal<sup>29</sup>.

Las posibilidades reales de implantación de este texto han sido analizadas en la reunión en el Instituto Europeo de Florencia de 6 y 7 de mayo de 1999, que concluyó con unas propuestas, en donde se trata de

*Europäisierung des Strafverfahrens - Strafprozeßrecht für Europa*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1997, núm. 109, cuaderno 4, págs. 727 y ss.; SCHOMBURG, W., *Strafsachen in der Europäischen Union*, Neue Juristische Wochenschrift 1999, núm. 8, págs. 540 y ss.; SCHULZ, L., *Universalisierung des Strafrechts?*, Strafverteidiger 1998, núm. 1, págs. 53 y ss.; SIEBER, U., *Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch* Juristenzeitung 1997, núm. 8, págs. 369 y ss.; VOGEL, J., *Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Juristenzeitung 1995, núm. 7, págs. 331 y ss.; WEGNER, C., *Europäisches Strafrecht - Strafrecht in Europa*, Jura 1998, núm. 11, págs. 612 y 613; y WEIGEND, Th., *Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrecht Kultur?*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1993, núm. 105, cuaderno 4, págs. 774 y ss.

<sup>26</sup> Véase, por todos, GRASSO, G., *La formación de un Derecho Penal de la Unión Europea*, Poder Judicial 1998, núm. 52, págs. 177 y ss.

<sup>27</sup> Véanse ARROYO ZAPATERO, L., *El principio de culpabilidad y sus aplasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea*, Revista Penal 1999, núm. 3, págs. 5 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *La unificación de la Justicia Penal en Europa*, Revista Penal 1999, núm. 3, págs. 51 y ss.; TERRADILLOS BASCOCO, J.M., *Política y Derecho Penal en Europa*, Revista Penal 1999, núm. 3, págs. 61 y ss.

<sup>28</sup> Véase la Exposición de Motivos del *Corpus Iuris*, en *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris...*, cit., págs. 24 a 37, en donde se explican detalladamente esos posibles principios rectores de la norma (asimilación, cooperación y armonización), antes aludidos, y sus aplicaciones, fundando el rechazo de los dos primeros en función del tercero. Las dificultades en materia de procedimiento y prueba se resaltan concretamente en las págs. 34 y 35.

<sup>29</sup> Véase TIEDEMANN, K., *Pour un espace juridique commun après Amsterdam*, Agon 1997, núm. 17, págs. 12 y 13, contestando positivamente a la opinión desfavorable de WHITE, S., *What shape the Legal Space after Amsterdam?*, AGON 1997, núm. 16, págs. 3 a 6.

dar solución a las principales cuestiones que en estos momentos preocupan con relación al *Corpus Iuris* y a su viabilidad inmediata<sup>30</sup>. Todo ello sin perjuicio de los correspondientes análisis en foros internacionales de discusión científica que están teniendo lugar<sup>31</sup>.

En estos momentos nos encontramos en la siguiente situación: En enero de 2000 el Parlamento Europeo ha solicitado a la Comisión que presente a finales de junio de 2000 una serie de «medidas legislativas» para la mejora de la protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea, considerando en particular el *Corpus Iuris*. En principio quedarían excluidas las cuestiones procesales y concretamente la creación de una Fiscalía Europea, temas todos ellos que constituyen el objeto del presente estudio y que trataremos enseguida, pues se piensa que es necesario una reforma del TCE (es decir su art. 280 antes apuntado no es suficiente con la redacción actual), punto que por su importancia aparecerá seguro en el orden del día de la próxima Conferencia Intergubernamental<sup>32</sup>.

De las dos partes anunciadas del *Corpus Iuris*, es decir, las normas sustantivas y las procesales, en este artículo consideraremos exclusivamente el proyecto de proceso penal comunitario en materia de lucha contra el fraude. Antes de entrar en su desarrollo, conviene hacer una breve referencia a los principios y al impacto que tendrá en nuestro Ordenamiento Jurídico.

---

<sup>30</sup> Que se pueden resumir del siguiente modo: ¿Es necesario un código en esta materia por encima de las tradiciones nacionales («necesidad»); no se estará con su planteamiento ante una regresión o retroceso en la legitimidad democrática («legitimidad»); y, finalmente, si las dos primeras cuestiones son resueltas, es realizable ese proyecto conociendo la diversidad de sistemas penales y procesales penales, contraria a toda armonización y unificación en principio («factibilidad»)?, v. PROCORJUR '99, pág. 7.

<sup>31</sup> Por ejemplo, el *Corpus Iuris* se ha tratado o monográficamente, o como uno de los temas de debate, en Trento (Italia), en 1997; en Freiburg (Alemania), en 1997; en San Sebastián (España), en 1997; en Berlín (Alemania), en 1997; en Siracusa (Italia), en 1997; en Viena (Austria), en 1997; en Graz (Austria), en 1998; en Freiburg (Alemania), en 1998; en Toledo, en 1998; en Utrecht (Holanda), en 1998; en Tréveris (Alemania), en 1999; y en Budapest, en 1999. Véanse informaciones sobre algunas de estas reuniones en RUEGENBERG, G., *Die Juristenvereinigungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft im Spiegel ihrer Tagungen 1997*, *Auslandsrundschau der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1998, núm. 110, cuaderno 1, págs. 110 y ss.; Idem, «*Das Corpus Iuris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts*» 4-6 März 1999 in Trier, *Auslandsrundschau der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2000, núm. 112, cuaderno 1, págs. 267 y ss.; en VOGEL, J., *Internationale Zusammenarbeit in Strafsachen*, *Auslandsrundschau der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1998, núm. 110, cuaderno 4, págs. 210 y ss.; y en WABMER, M.P., *Die Harmonisierung des Europäischen Strafrechts*, *Juristenzeitung* 1999, núm. 22, págs. 1099 y ss.

<sup>32</sup> Agradecemos profundamente al Prof. TIEDEMANN la valiosa información proporcionada al respecto.

## II. Los principios del nuevo sistema procesal penal diseñado

El *Corpus Iuris* articula el Derecho Penal y el proceso penal con base en siete grandes principios fundamentales, de los que tres son estrictamente procesales<sup>33</sup>: El que llama principio de territorialidad europea (reconoscible en los artículos 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24), el denominado principio de garantía judicial (artículos 25, 25 bis, 25 ter, 25 quater, 26, 27 y 28), y el principio de «contradicción» del proceso (artículos 29, 31, 32, 33 y 34)<sup>34</sup>. A ellos hay que añadir, con carácter general, el principio de aplicación complementaria del Derecho Nacional (artículo 35), que tratamos en el epígrafe siguiente.

Esos tres principios fundamentales tienen el carácter de comunes. El documento explicativo los justifica por «estar reconocidos por las Constituciones de todos los Estados miembros y ser el resultado de la jurisprudencia de los dos tribunales europeos»<sup>35</sup>. Si tenemos en cuenta que en Europa coexisten dos grandes sistemas de enjuiciamiento criminal, el acusatorio anglosajón, y el inquisitivo continental, y que los países que cabría adscribir a éste último presentan notables diferencias entre sí, se comprende perfectamente las grandes dificultades de armonización con que tropieza esta ingente labor<sup>36</sup>.

Veamos los contenidos fundamentales de estos principios, teniendo en cuenta, a efectos de superar los inevitables prismas nacionales, que el de garantía judicial se considera por el *Corpus Iuris* tradicional, y los otros dos, principios nuevos:

### a) Principio de garantía judicial

Es un principio general del Derecho comunitario (arts. 5 y 6 CEDH), integrador según el TEDH de la democracia<sup>37</sup>. Conceptualmente implica que únicamente el juez puede condenar a una persona y decretar en

<sup>33</sup> Los penales sustantivos son también tres, a saber: Legalidad, culpabilidad personal, y proporcionalidad de las penas.

<sup>34</sup> V. *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris...*, cit., págs. 57 y ss.

<sup>35</sup> V. PROCORUIR '99, *Chapitre 2: Légitimité du Corpus Iuris, Section 1 - Les six principes directeurs*, párrafo I.

<sup>36</sup> Por eso nos podemos preguntar si no habría sido más conveniente empezar por un *Corpus Iuris* para proteger los derechos fundamentales en toda la Unión Europea, pues las divergencias en este tema son mínimas, y no por un aspecto tan particularizado como es la economía.

<sup>37</sup> Así se dice en *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris...*, cit., pág. 71.

su contra una pena, y se extiende no sólo a la fase de enjuiciamiento, sino también al procedimiento preliminar, pues las medidas coercitivas que se impongan durante la investigación del crimen y de su posible autor serán competencia judicial exclusivamente, y no del MP.

No existe ningún problema ni de comprensión ni de adaptación en España, al ser un principio igualmente consagrado en nuestro Derecho interno<sup>38</sup>.

### b) *Principio de territorialidad europea*

Si los intereses vitales a proteger son europeos, el principio de territorialidad debe configurarse con relación a la Unión Europea y al conjunto de los territorios de sus Estados miembros<sup>39</sup>. El principio de territorialidad europea es así una innovación del *Corpus Iuris*, porque no descansa sobre las tradiciones nacionales, como consecuencia del Espacio Judicial Europeo.

Aquí es donde se plantean probablemente los problemas más arduos, pues las diferencias y disparidades entre los diferentes sistemas nacionales de enjuiciamiento criminal son a veces enormes. La clave para lograr la armonización se basa en la creación de una Fiscalía europea, encargada de llevar a cabo la investigación del delito<sup>40</sup>.

### c) *Principio de proceso contradictorio*

Consecuencia del anterior, la contradicción establecida en el *Corpus Iuris* se entiende que representa una síntesis acertada del procedimien-

<sup>38</sup> Conocido como principio de garantía jurisdiccional, arts. 24 y 117.3 CE, art. 3.1 CP, y arts. 1 y concordantes LECRIM. Véanse COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T.S., *Derecho Penal. Parte General* (50 ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 67 a 80; y MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA, J./GÓMEZ COLOMER, J.L./MONTÓN REDONDO, A./BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional* (100 ed.), t. I *Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2000, págs. 349 a 351.

<sup>39</sup> Véase el PROCORIUR '99, *Chapitre 2: Légitimité du Corpus Iuris, Section 1.—Les six principes directeurs, § 2.—Les principes nouveaux*, párrafo II.

<sup>40</sup> Pero existen otras muchas cuestiones relacionadas, básicamente de cooperación jurisdiccional y de reconocimiento de la cosa juzgada, que quedan afectadas por esta máxima, pues piénsese que en España no investiga el Ministerio Fiscal, aunque no sólo por ello (v. v.gr., art. 18 § 5, para la obligación de asistencia de los Fiscales nacionales; art. 20 § 3 y 4, para actos de investigación concretos y solicitud de medidas coercitivas, además de la posibilidad de subdelegación parcial en autoridades nacionales; art. 24 § 1 y 2, para la determinación de la competencia por razón del lugar, incluida la intervención de un país tercero; y art. 26 § 3, para el necesario desarrollo legislativo interno).

to acusatorio anglosajón y del procedimiento inquisitivo europeo continental antes aludidos, a partir del CEDH y de la jurisprudencia al respecto del TEDH y del TJCE<sup>41</sup>. El tema clave a regular es la fase probatoria, como es natural, pero no el único, como veremos.

Tampoco tenemos problemas de entendimiento en España, al ser un principio constitucionalmente reconocido en el art. 24 CE, y gozar ya de una amplísima jurisprudencia constitucional interpretativa<sup>42</sup>.

### III. La interrelación con los sistemas nacionales de enjuiciamiento criminal

Uno de los problemas fundamentales que debe resolver el *Corpus Iuris* es la incidencia de la regulación del proceso penal europeo antifraude, y específicamente de la posible sentencia condenatoria que en él se dicte, su efecto de cosa juzgada y su ejecución, con los Derechos internos de cada uno de los países miembros, en todos los ámbitos posibles. En el desarrollo práctico de esa regulación aparecen además concretamente cuestiones de gran interés, como, por ejemplo, las relaciones de la proyectada Fiscalía europea con las Fiscalías nacionales.

#### a) *El principio de complementariedad*

Con carácter general el *Corpus Iuris* sienta el principio de aplicación complementaria del Derecho Nacional en su art. 35, según el cual en defecto de norma, se aplican complementariamente<sup>43</sup> las normas del Estado nacional (*lex fori*)<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Véase *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris...*, cit., pág. 78.

<sup>42</sup> Véase MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA, J./GÓMEZ COLOMER, J.L./MONTÓN REDONDO, A./BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional*, t. I *Parte General*, cit., págs. 319 y ss.

<sup>43</sup> La versión anterior hablaba poco acertadamente de subsidiariedad, pues de acuerdo con el art. 5, II TCE no estaríamos exactamente ante el caso de que la Comunidad solamente actuara en los ámbitos en que fuera más eficaz su acción que la individual de un Estado, dadas las materias que se regulan, de ahí que complementariedad sea un término mucho más preciso, v. PROCORIUR '99, *Chapitre 3: Faisabilité du Corpus Iuris, Section 3 — Relation avec le droit national: La complémentarité du droit national*, párrafo II.

<sup>44</sup> Vide *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris...*, cit., pág. 87, y PROCORIUR 99, *Chapitre 3: Faisabilité du Corpus Iuris, Section 3 — Relation avec le droit national: La complémentarité du droit national*, párrafos I a III.

En consecuencia, la idea es ahora que, puesto que el *Corpus Iuris* no es un código completo, sino un conjunto de reglas comunes, el Derecho nacional se aplique allí donde aquella norma no llegue, con el fin de asegurar así una protección efectiva, proporcionada y disuasoria de los intereses financieros de la Unión Europea, jugando con ambas normas, que se complementan entre sí. Esto, en el caso de España y en el de todos los países miembros, va a resultar muy importante, como iremos viendo en las páginas siguientes.

Por eso, el art. 26 § 3, norma mal ubicada sistemáticamente, obliga a las jurisdicciones nacionales a aplicar las reglas del *Corpus Iuris*, y, en su defecto por existencia de laguna, las normas internas.

La complementariedad no afecta al Derecho Penal sustantivo contenido en los arts. 1 a 8 del *Corpus Iuris*, según su art. 35, § 1, es decir, los tipos penales comunitarios se aplican en todo caso por aplicación del principio de legalidad penal, sino a las reglas de aplicación sustantivas de los arts. 9 a 17 (responsabilidad, penas y medidas de seguridad), y a las reglas procesales de los arts 18 a 34, y únicamente si es necesario conforme a ese mismo precepto y apartado<sup>45</sup>.

No se dice en la norma quién debe calificar de necesaria la complementariedad, lo cual debería abordarse imprescindiblemente para evitar graves problemas de colisión. Piénsese además que el Derecho europeo, es decir, el *Corpus Iuris*, se aplica si regula la cuestión, sin exclusión alguna, lo cual puede significar en algunos de los Estados miembros de la Unión, como veremos que ocurre respecto al caso español, auténticos choques jurídicos con normas internas, algunas de naturaleza constitucional. La solución puede venir dada si consideramos aplicable el art. 26 § 3, en conjunción con el principio de complementariedad del art. 35, en el sentido de entender extensivamente que en caso de colisión prevalecerá la norma del *Corpus Iuris*, y permitir el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE, al amparo del art. 28 § 1, a), en caso de colisión irresoluble por otro medio.

## **b) La cooperación jurisdiccional**

Una vez calificada la complementariedad y resuelta la aplicación del Derecho nacional, el *Corpus Iuris* precisa exactamente qué Derecho nacional será aplicable, y lo hace en función del momento procesal en el que nos encontremos: Si es en la fase de investigación, el del lugar de

---

<sup>45</sup> A las que se añade la aplicación de la ley penal del Estado miembro de la Unión Europea en lugar del *Corpus Iuris*, si resulta más favorable para el acusado (art. 35 § 2).



las investigaciones; si es en la fase de persecución, el del lugar de la persecución; si es en la fase de juicio oral, el del territorio donde se celebre; y si es durante la ejecución de la condena, el Derecho del Estado donde ésta tenga efecto (art. 35, § 1).

Desde otro punto de vista, la interrelación afecta a aspectos concretos de colaboración de los Estados miembros, es decir, de asistencia jurídica o cooperación jurisdiccional, algunos de los cuales han sido previstos por el *Corpus Iuris*, en virtud de los cuales deben ayudar a cumplir las disposiciones que apruebe el MPE o los FED (v. art. 24, § 1, a), por ejemplo, con relación a la orden de detención europea (art. 25 ter §§ 4 y 5), al cumplimiento de la prisión provisional (art. 25 quater § 4), a la práctica de la prueba (arts. 32 § 2 y 33 § 2), a la ejecución de órdenes y sentencias (art. 24 § 1, b), o a la ejecución penal (art. 23 § 1), lo que incluye la transferencia de personas condenadas (art. 23 § 2).

Aspectos específicos de la colaboración del Juez de las Libertades, que como veremos es Juez nacional, se contemplan en el art. 25 bis §§ 1 y 3.

Incluso la solicitud de cooperación judicial del MPE puede afectar a Estados terceros, en caso de ser necesario, previéndose el procedimiento de actuación en el art. 24 § 2.

Finalmente, indicar tan sólo para cerrar este apartado que la repercusión del proceso penal europeo previsto en el *Corpus Iuris* en los países miembros será inmensa<sup>46</sup>, sobre todo en aquéllos en los que la economía esté muy desarrollada<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Por eso la Asociación Internacional de Derecho Penal ha pensado en nombrar una comisión específica al respecto, si bien no tenemos noticias de que haya sido constituida efectivamente en el momento cerrar este escrito.

<sup>47</sup> Ese es el caso de la Comunidad Valenciana, pues el gran volumen económico de las subvenciones europeas derivadas del presupuesto comunitario (España ha sido hasta hace poco el primer país receptor de fondos estructurales y de cohesión), puede traducirse en una aplicación relevante de ese proceso penal europeo. Es difícil hablar de cifras, pues como es natural a estos efectos todavía no se han elaborado datos concretos. Debe distinguirse además entre subvenciones a la importación y a la exportación; y entre subvenciones de riesgo (las ligadas al mercado), y subvenciones de no riesgo (las ligadas a la Administración Pública, por el férreo control existente al respecto). Pero una idea bastante aproximada de lo que pretendemos demostrar con esta cita se puede adquirir consultando los datos aportados por CORREA GARCÍA, M.D./MANZANEDO LÓPEZ, J., *Política regional española y europea*, Ed. Ministerio de Economía y Hacienda, Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, Madrid 1998, cuadro núm. 15; y CORREA GARCÍA, M.D./MALUQUER I AMORÓS, S., *Efectes regionals del pressupost europeu a Espanya (1986-1996)*, Ed. Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona 1998, págs. 147 y 151. Véase también FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, P., *Los fondos estructurales europeos y el desarrollo regional: Balance de una década desde la*

Expuesto lo anterior, los aspectos procesales penales más destacados del Proyecto *Corpus Iuris* son los siguientes:

#### IV. Jurisdicción y competencia

El Proyecto rechaza de plano crear una Jurisdicción europea específica. Al contrario, los Jueces que van a conocer en primera instancia de los delitos previstos en los arts. 1 a 8 del *Corpus Iuris*, después de concluida la fase preparatoria, son nacionales, independientes e imparciales, profesionales y, en la medida de lo posible, especializados en materias económicas y financieras (art. 26 § 1). Pero la Unión está compuesta por muchos Estados, con muchas diferencias en la organización judicial respectiva, de ahí que sea necesario interpretar de manera armónica esta norma.

Dos tipos de Jueces se contemplan en el Proyecto. El Juez o Tribunal sentenciador y el Juez garante de los derechos fundamentales en la fase de investigación del proceso penal o Juez de las Libertades.

##### a) *El Juez sentenciador*

Ante todo hay que decir, en lo relativo a España, que si existe cesión de soberanía, posible de conformidad con el art. 93 CE y con el art. 2.1 LOPJ, ello sólo va a afectar a la fase de investigación de estos delitos, no a la fase de cognición ni tampoco a la de ejecución de la pena que en su caso se imponga. No habría consecuentemente vulneración del principio de exclusividad jurisdiccional<sup>48</sup>.

En el plano orgánico ordinario, y en lo que respecta al Juez sentenciador, son los Estados miembros quienes tienen que designar a los Jueces nacionales propios que deberán conocer de la primera instancia de esos procesos cuando resulten competentes (art. 26 § 1). Según este mismo apartado, la forma se realizará aplicando las reglas de competencia del Derecho interno, sin perjuicio de la reserva competencial que

---

*perspectiva española*, ICE 1997, núm. 766, págs. 135 y ss. Agradecemos porfundamente a la Directora General de Economía de La Consejería de Economía y Hacienda de la Generalidad Valenciana, D.<sup>a</sup> María BONILLA MUSOLES, y al Jefe de Servicio de esa Dirección General, D. Guillermo de RIVAS HUESA, la valiosísima información proporcionada al respecto.

<sup>48</sup> Véase sobre este principio MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA, J./GÓMEZ COLOMER, J.L./MONTÓN REDONDO, A.,/BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional*, t. I Parte General, cit., págs. 95 y 96.

el art. 28 establece en favor del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, competente para resolver también como indicaremos los conflictos de jurisdicción que se planteen (art. 26 § 1). Téngase en cuenta que el territorio de la Unión Europea es un espacio judicial único, a los efectos de investigación, persecución, juicio y ejecución de las condenas relativas a las infracciones penales contempladas por el *Corpus Iuris* (art. 18 § 1).

En tercer lugar, parece que se prefiera que los Jueces sean exclusivamente profesionales (*autant que possible*, dice el art. 26 § 1), lo que en el caso de España, y de otros muchos países, puede implicar la exclusión del Tribunal del Jurado para conocer de esos delitos, es posible que en razón de la especial complejidad que conllevan, argumento por cierto que no ha sido atendido internamente cuando se reinstauró dicho Tribunal<sup>49</sup>.

Y finalmente, se debe procurar que estén especializados en Derecho Penal económico, lo que en el caso de España implicará la creación, pues ahora no existe como tal, de esta especialización profesional judicial (no de una jurisdicción especial, pues estaría prohibida por la CE<sup>50</sup>), formación que, por cierto, está haciendo mucha falta y que se viene reclamando desde hace tiempo, con lo cual redundaría también beneficiosamente en los complicados enjuiciamientos penales de naturaleza económica internos, que últimamente con tanta profusión se dan. No se trata tanto de desarrollar el art. 98 LOPJ creando Juzgados especializados, sino de que los Jueces y Magistrados que vayan a conocer de estas cuestiones estén especializados, que es distinto<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Porque entre las atribuciones competenciales del TJ español, de acuerdo con el art. 1.2, g), h), i) y j) LJ, está el conocer de los delitos de cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, muy similares a algunos de los perseguibles por el MPE (fraude, corrupción y malversación, principalmente), v. GÓMEZ COLOMER, J.L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en MONTERO AROCA, J./GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley del Jurado*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1999, págs. 183 y ss.

<sup>50</sup> Véase MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA, J./GÓMEZ COLOMER, J.L./MONTÓN REDONDO, A./BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional* (100 ed.), t. I *Parte General*, cit., pág. 87.

<sup>51</sup> Así se opina no sólo desde el punto de vista de la doctrina especializada en Derecho Penal recogida en estas páginas, sino también en Derecho Mercantil y Procesal, aunque con matices. Véanse ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *La sociedad de responsabilidad limitada: Problemas de política y de técnica legislativas*, en BONARDELL LENZANO, R./MEJÍAS GÓMEZ, J./NIETO CAROL, U., «La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada», Ed. Dykinson, Madrid 1994, pág. 54; y RECALDE CASTELLS, A., *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capitales*, Ed. Civitas, Madrid 1996, págs. 188 y 189. En cuanto a lo procesal, v. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley Procesal generales*, L.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona 1990, pág. 122; DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA SANTOS, A./DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I./VEGAS TORRES, J.,

Dado que en muchos casos determinar en qué Estado miembro debe ser enjuiciado el sospechoso de haber cometido un ilícito penal fraudulento contra la Unión Europea puede ser complejo, ante la extensión y gravedad del delito cometido, el art. 26 § 2 sienta la regla de que juzga el Estado miembro cuya jurisdicción parezca más apropiada de cara a una buena administración de Justicia. Esta norma puede ser fuente inagotable de problemas, básicamente por poder depender el Juez territorialmente competente de la elección del Fiscal europeo<sup>52</sup>, y no de la aplicación de una regla predeterminada, lo que en España podría vulnerar el principio del juez legal del art. 24.2 CE, de ahí que el propio apartado fije unos fueros de elección que concretan esa disposición:

- a) El Estado en donde se encuentren la mayor parte de las pruebas;
- b) El Estado de residencia o de nacionalidad del acusado, o de los principales acusados; o
- c) El Estado en donde el impacto económico de la infracción sea el más importante.

A pesar de lo dicho, debería ayudar en la resolución de este tema saber que la decisión la tomará el Ministerio Fiscal Europeo, tras consultar dependiendo del caso o con el FED, o con las autoridades fiscales nacionales que han llevado la investigación<sup>53</sup>, pero siempre que los anteriores fueros de elección sean observados de acuerdo con ese contenido y con ese orden, lo que no se dice expresamente en el texto. Si fuera así efectivamente, lo que propugnamos, se evitaría la posibilidad de que se produjera un complejo problema de extensión y límites de la jurisdicción, que acabaría resolviendo el TJCE.

## b) *El Juez de las Libertades*

El segundo órgano jurisdiccional que contempla el *Corpus Iuris* se denomina literalmente «Juez de las Libertades», regulado específicamente

*Derecho Procesal. Introducción*, Ed. C.E. Ramón Areces, Madrid 1999, pág. 229. No está de más recordar que en otros ámbitos ya se ha logrado esa especialización, aunque en un sentido algo diferente al que implica el *Corpus Iuris* (v.gr., Jueces de Familia), o está a punto de alcanzarse, v.gr., en menores, v. DF-40 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

<sup>52</sup> Véase MORALES PRATS, F., *Los modelos de unificación del Derecho Penal en la Unión Europea: Reflexiones a propósito del «Corpus Iuris»*, Revista Penal 1999, núm. 3, págs. 32 y 33.

<sup>53</sup> Así se explica en el *dispositif d'application* del art. 26 § 2, de acuerdo con el PROCORIUR '99, salvo que, como indica su nota 31, se creara un Tribunal o Sala Preliminar Europea (*chambre préliminaire européenne*), tema nada claro en estos momentos, pero que sería la competente para decidir esta elección.

mente en el art. 25 bis, aunque otras normas se refieren a él. Su existencia es absolutamente necesaria al atribuirse la competencia para la investigación al Fiscal europeo, ya que de acuerdo con ese precepto sólo él puede adoptar las medidas restrictivas de derechos fundamentales y controlar la legalidad de la investigación, en cumplimiento del principio de garantía judicial, antes considerado. Sólo interviene en la fase de investigación o preparatoria, consecuentemente.

Ese Juez será un Juez nacional de acuerdo con las normas orgánicas del país, lo que en España implicará además una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que podrá tener competencias nacionales además de éstas, y que aplicará no sólo el *Corpus Iuris* sino también el Derecho interno (art. 25 bis § 1).

Entre las competencias más importantes del Juez de las Libertades está la de cursar la orden de detención europea, en los términos del art. 25 ter, a instancias del MPE. La persona detenida debe ser llevada inmediatamente a su presencia (no se establece un plazo), pronunciándose el Juez, curiosamente, conforme a las reglas internas, y cabiendo contra su resolución los recursos que prevea su ordenamiento. Tiene eficacia en todo el territorio de la Unión, como consecuencia del Espacio Judicial Europeo único, antes aludido (art. 24 § 1, b).

Igualmente es competente para la adopción de cualquier otra medida restrictiva de los derechos fundamentales, además de las específicamente mencionadas en este escrito, como entrada y registro o intervenciones telefónicas (v. arts. 19 § 1, y 20 § 3, d), así como para ordenar la práctica de la prueba pericial, en su caso, y las medidas cautelares civiles que sean necesarias para garantizar la posible condena (art. 25 bis § 1).

Aunque su actuación se rige por la aplicación de los principios de necesidad y de proporcionalidad (art. 25 bis § 2), ese mismo precepto permite un control posterior si por razones de urgencia, de peligro de desaparición de pruebas, de comisión del delito *in flagranti* o de sustracción a la Justicia del sospechoso, las medidas han sido adoptadas por la Fiscalía.

## V. Las partes

Los preceptos del *Corpus Iuris* sobre las partes son muy distintos a los que establece nuestra LECRIM con relación las partes en el proceso penal español, pues hay relevantes omisiones. En el lado activo se encuentra la Fiscalía europea y, en su caso, la nacional, y nadie más; como parte pasiva, sólo el acusado.

## a) *El Ministerio Público Europeo*

El órgano acusador es en principio el Fiscal europeo. En efecto, una de las novedades más importantes del *Corpus Iuris*, como hemos mencionado antes, es la creación de la Fiscalía Europea, o, mejor, del Ministerio Público Europeo (MPE, art. 18 § 2). Debemos distinguir sus aspectos orgánicos de los funcionales.

1.º) El MPE constituye una organización jurídica, que tiene la categoría de autoridad de la Unión Europea, siendo independiente tanto respecto a la Unión como con relación a los Estados miembros (art. 18 § 2)<sup>54</sup>. Estará integrado por los siguientes miembros:

a) El Fiscal General Europeo (FGE), que estará al frente de la Fiscalía Europea, con sede en Bruselas (art. 18 § 3);

b) Por delegación del FGE, y también en casos de urgencia, actuarán los Fiscales Europeos Delegados (FED), que tendrán su sede en la capital de cada Estado miembro, o en cualquiera otra ciudad donde estuviera sito el tribunal competente (art. 18 § 3), lo que permite deducir que serán Fiscales itinerantes, que podrán actuar en cualquier Estado en donde procesalmente sean necesarios; y

c) Aunque no se diga expresamente en este precepto, también integrarían funcionalmente la FGE, que no orgánicamente, los Fiscales nacionales, cuando por imperativo del *Corpus Iuris* deban prestarle obligatoriamente asistencia jurídica o cooperación jurisdiccional (v. arts. 18 § 5 y 20 § 4).

Las autoridades nacionales deben colaborar con la Fiscalía europea, que puede incluso delegar provisionalmente la ejecución de determinadas materias en ellas, lo cual afecta especialmente a la Policía, a las autoridades fiscales y a las autoridades aduaneras del Estado en cuestión (art. 20 § 4). Que el MPE pueda dictar resoluciones u ordenar actos y medidas en franca confrontación con la autoridad nacional, y que pueda ejecutarlas válidamente, está fuera de toda duda, pues en otro caso no tendría sentido ni su autoridad comunitaria ni su independencia<sup>55</sup>.

La estructura organizativa es, pues, aparentemente sencilla, porque se quiere evitar la burocratización y el elevado coste que un órgano de

---

<sup>54</sup> Véase CHIAVARIO, M., *Linee del sistema processuale penale comunitario*, en Lorenzo PICOTTI (editor), «Possibilità e limiti di un Diritto Penale dell'Unione europea», cit., pág. 200.

<sup>55</sup> Véase en este sentido JESCHECK, H.H., *La tutela penale del beni giuridici dell'Unione Europea*, en Lorenzo PICOTTI (editor), «Possibilità e limiti di un Diritto Penale dell'Unione europea», cit., pág. 124.



estas características podría implicar<sup>56</sup>, pero que sea una figura totalmente independiente va a plantear problemas de constitucionalidad en España, a la vista de nuestro art. 124.2 que consagra el principio de dependencia jerárquica con relación a la Fiscalía<sup>57</sup>. A ello debemos añadir que esa independencia va a tener que concretarse forzosamente, no bastando su mero enunciado<sup>58</sup>, por lo que es de suponer que se tendrá que articular un estatuto normativo de la Fiscalía Europea<sup>59</sup>.

2.º) De entre sus funciones, que asumen cualquiera de sus miembros, las más importantes son las de ser el responsable de la investigación criminal dirigiendo la persecución penal, la de ejercer prácticamente en régimen de monopolio la acusación pública (puede ser por tanto la única parte acusadora en este proceso penal), la de decidir si la causa se eleva a juicio oral o no, y la de ser la autoridad competente para ejecutar las penas que se impongan (art. 18 § 2).

Sus competencias se extienden a todos los países de la Unión Europea (art. 24 § 1), como consecuencia de su carácter de autoridad europea y del principio de territorialidad europea.

Las notas esenciales del nuevo MPE se prevén también en el art. 18: A ser autoridad independiente de la UE, ya mencionada, hay que añadir el ser indivisible en el sentido del art. 18 § 4, a), es decir, que los actos de su competencia se entiende que pueden ser cumplidos por todos o por cualquiera de ellos igualmente y que sobre todos ellos repercuten sus efectos sin distinción, quedando vinculados a la decisión tomada, pues todos ellos son MPE a estos efectos; y solidario en los términos del art. 18 § 4, b), es decir, que entre los FED se auxilian y asisten. La finalidad de estas características definidas legalmente pretenden que la participa-

<sup>56</sup> Véase la Parte II — Procedimiento Penal del *Corpus Iuris*, en *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris...*, cit., pág. 59.

<sup>57</sup> No sólo en España, en Italia, por ejemplo, también, v. ORLANDI, R., *Qualche rilievo intorno alla vagheggiata figura di un Pubblico Ministero europeo*, en Lorenzo PICOTTI (editor), «Possibilità e limiti di un Diritto Penale dell'Unione europea», cit., págs. 212 y 213.

<sup>58</sup> Tiene razón QUERALT, J.J., *El Ministerio Público europeo en el «Corpus Iuris»*, Actualidad Jurídica Aranzadi 1999, núm. 418, pág. 2, al entender que esa formulación es claramente insuficiente.

<sup>59</sup> El *dispositif d'application* del art. 18 del PROCORIUR '99 establece, en este sentido, los requisitos que deben concurrir en los miembros del MPE (básicamente que sean personalidades de gran relevancia jurídica que ofrezcan todas las garantías de independencia, con mandato de 6 años, renovable sólo una vez), la competencia disciplinaria del TJCE respecto a faltas de los miembros del MPE y recursos sobre este tema de los justiciables, y los deberes del MPE (exclusividad, obediencia, cooperación). Pero es claro que no basta con estas normas para configurar completamente su estatuto orgánico.

ción del MPE sea realmente eficaz. Desde luego, tendrá la enorme ventaja de suprimir las comisiones rogatorias internacionales entre Estados miembros, haciendo igualmente inútil la extradición por estos delitos<sup>60</sup>.

## b) *Otras partes acusadoras*

Al lado del Fiscal europeo, que, insistimos, es siempre parte acusadora, también pueden acusar los Fiscales nacionales, pero no en todo caso, sino sólo si los intereses nacionales así lo exigen, de acuerdo con el art. 22 § 1, decisión que el precepto parece dejar al Estado afectado y no al MPE, lo cual no nos parece correcto en tanto en cuanto pueda convertirse en un instrumento de control no querido por el Proyecto.

Pero hay más, y debe ser destacado de manera importante: En cuanto a otras posibles partes acusadoras, el *Corpus Iuris* no permite que el ofendido por el delito se persone como parte acusadora, ni mucho menos acepta la acción popular<sup>61</sup>.

Estas previsiones del proyecto van a plantear muchos problemas en varios países europeos. En Inglaterra<sup>62</sup>, o en Alemania<sup>63</sup>, por ejemplo. Por lo que hace referencia a España, se presentan problemas inmediatamente porque nuestra Constitución permite la cualidad de parte ac-

---

<sup>60</sup> Véase la Parte II — Procedimiento Penal del *Corpus Iuris*, en *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris...*, cit., págs. 59 y 60.

<sup>61</sup> QUERALT, J.J., *El Ministerio Público europeo...*, cit., págs. 2 y 3, está también a favor de implantar el sistema español.

<sup>62</sup> Aunque el Reino Unido tiene desde 1879 una institución similar a la Fiscalía continental europea, reformada profundamente por la *Prosecution of Offences Act* de 1985, no se puede comparar con la organización de la Fiscalía en los países continentales europeos (v. citas bibliográficas al final de esta nota). Piénsese además que en el Reino Unido no se aplica todavía el llamado acervo Schengen (Acuerdo de 14 de julio de 1985 y convenio de aplicación de 19 de junio de 1990), lo que dificulta la armonización.

Aprovechamos esta cita para precisar la opinión que dimos sobre la Fiscalía en Inglaterra, en GÓMEZ COLOMER, J.L., *La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado*, en GÓMEZ COLOMER, J.L./ GÓÑZALEZ CUSSAC, J.L., «La reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)», Ed. Universitat Jaume I, Castellón 1997, pág. 469, pues por razones que no alcanzamos a determinar dada la utilización de los materiales correctos, pero sin duda bajo nuestra única responsabilidad, se mezclan ahí dos cosas distintas y se puede llegar tras su lectura a una conclusión errónea, que hay que aclarar. Lo que quisimos decir, y ahora expresamos con la debida separación, es que, por un lado y en primer lugar, en Inglaterra históricamente no ha habido necesidad, y era contra la esencia de su sistema de enjuiciamiento criminal al ser una actuación cívica particular, de pensar en un Fiscal acusador; pero por otro, en segundo lugar, como consecuencia de la cada vez mayor complejidad de las investigaciones, de la necesidad de

tora procesal penal a los ofendidos por el delito y a los no ofendidos por el delito (art. 125), y el *Corpus Iuris* no, dado el aludido monopolio del MPE. Habrá que estudiar detenidamente la coordinación de estas normas, ante la limitación de derechos que supone, aunque mucho nos tememos que sin reforma de la Constitución española parece imposible su ratificación. Por otra parte, a pesar de su número, no se regula adecuadamente cómo se desarrollará la obligación de colaborar de la Fiscalía española en tanto Fiscalía nacional, como dijimos (v. arts. 18 § 3, 18 § 5, 19 § 2, 20 § 3, 20 § 4 y 22 § 1). Se plantearán problemas inmediatamente de falta de personal, y de otros de mayor calado jurídico, no sólo por no tener atribuida en España los Fiscales la competencia de investigar los delitos, que es de un Juez, sino más profundamente, por no existir tampoco la especialización económica en nuestra Carrera Fiscal.

### c) *El acusado*

El lado pasivo lo ocupa el acusado, que puede ser una persona física, o una persona jurídica.

---

dotarles de un soporte jurídico que la Policía no podía prestar, de la falta de justicia en general cuando los delitos afectaban a muchos ofendidos y enormes costos que suponía entablar el proceso penal, además de la desconfianza que generaba la acusación privada, surgió en 1879 la idea de crear un ente similar a la Fiscalía General (el «Director de Persecuciones Públicas») y en 1985 los Fiscales de acusación (los «Perseguidores en nombre de la Corona»), poniéndose a la cabeza un cargo parecido a nuestro Fiscal General (el «Abogado General»), dependiente del Ministerio de Justicia. El problema es que ni el *Director of Public Prosecutions*, ni los *Crown Prosecutors*, ni a su frente el *Attorney General*, pueden en verdad compararse organizativamente con nuestra Fiscalía General ni con nuestros Fiscales, por las peculiaridades jurídicas del sistema de *common law*, correspondiendo en realidad la responsabilidad de acusar a la Policía, quien además ha investigado el delito, de ahí que la frase en el final del pár. I de esa página tenía que haber rezado expresamente «nunca un Fiscal en sentido *continental*, porque ni existe, ni es necesario que exista». La confusión puede provenir, por tanto, de que debimos haber separado mejor ambas cuestiones, la histórica y la moderna, lo que ahora y así se quiere deshacer, pidiendo disculpas al lector: Véanse sobre este tema específico VERCHER NOGUERA, A, *¿Hacia un Ministerio Fiscal inglés?*, La Ley 1987, t. II, págs. 923 y ss.; MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal en Europa: Algunos problemas comunes*, La Ley 1996, t. VI, págs. 1427 y ss.; MARTÍNEZ DALMAU, R., *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Ed. Tirant lo Blanch y Universitat de València, Valencia 1999, págs. 73 a 76; DELMAS-MARTY, M. (Directora), *Procesos penales de Europa*, cit., págs. 151 a 155; y SPRACK, J., *Criminal Procedure* (70 ed.), Ed. Blackstone, London 1997, págs. 56 a 63.

<sup>63</sup> Los motivos más importantes hacen referencia al proyecto de creación de la Fiscalía Europea, y a la regulación de la prueba prohibida, entre otras cuestiones. Véase esquemáticamente SIEBER, U., *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht...*, cit., págs. 9 y 10. A tener en cuenta que se encuentra en prensa, sobre estos temas, un importante artículo de TIEDEMANN y KINZIG, *Juristenzeitung* 2000.

1.º) Si se trata de una persona física, el art. 29 regula sus derechos: Se le considera imputado (*accusé* en terminología francesa) desde el momento en que se formule una denuncia en su contra, o desde que se constaten indicios graves de su culpabilidad, o, lo más tarde, desde que sea interrogado por vez primera por una autoridad que conozca la existencia de tales indicios (art. 29 § 1).

Tiene garantizado el derecho de defensa durante todo el proceso, en la amplitud reconocida por el CEDH de 1950 y por el PIDCP de 1966. Y goza, finalmente, de los derechos a guardar silencio, del que debe ser informado antes de cada interrogatorio (art. 29 § 2), y a ser informado de la acusación, como máximo después de su primer interrogatorio (art. 29 § 3). A destacar en este punto relativo al derecho de defensa, que presenta alguna laguna notable que debe ser remediada cuanto antes, pues se dice que se le garantiza desde que el proceso se encuentre abierto a causa de alguno de los delitos contemplados por el *Corpus Iuris*, pero no se precisa cuándo ocurre formalmente, y esto es muy importante pues las diferencias entre los Estados miembros son abismales a este respecto<sup>64</sup>. Proponemos que el *Corpus Iuris* acoja la solución española, por ser la más avanzada: La defensa por Abogado debe ser obligatoria desde que se produzca el primer acto de imputación (detención policial, fiscal o judicial, o interrogatorio por una autoridad de persecución)<sup>65</sup>. También debería especificarse alguna disposición relativa al nombramiento de abogado de oficio, sobre todo en la detención policial, y en los países que contemplen esta figura, del procurador de oficio, igualmente en el sentido de la legislación constitucional y ordinaria española<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Véase DELMAS-MARTY, M., *Procesos penales de Europa*, cit., págs. 271 y s. y 311 y ss. (Francia), 156 y s. y 188 y ss. (Inglaterra), y 346 y s. y 391 y ss. (Italia). Para Alemania puede consultarse GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1985, págs. 79 a 83; y para España, del mismo autor, *El proceso penal español* (20 ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, págs. 137 a 140.

<sup>65</sup> Uno de los autores del Proyecto no está satisfecho tampoco con la solución legal, v. GRASSO, G., *Il Corpus Iuris: Profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie*, en LORENZO PICOTTI (editor), «Possibilità e limiti di un Diritto Penale dell'Unione europea», cit., pág. 141.

<sup>66</sup> Tampoco se han tenido en cuenta las *Reglas de Mallorca* de 1992, pues la regla 110, apartado 1, establece claramente que el derecho de defensa del imputado abarca «todas las fases del procedimiento», y que éste tiene «derecho a contar con la asistencia de un abogado», si carece de medios para pagarlo, v. *Reglas mínimas del proceso penal «Reglas de Mallorca»*, Cuadernos de Política Criminal 1993, núm. 49, págs. 161 y ss. (la versión alemana, debida a la Dra. Barbara HUBER, se ha publicado bajo el título *Entwurf von Mindestgrundsätzen der Vereinten Nationen für das Strafverfahren*, en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1993, núm. 105, cuaderno 3, págs. 668 y ss.); ni las *Recomendaciones de Toledo por un Procedimiento Penal Justo*, de

2.º) Si se trata de una persona jurídica en los términos del art. 13 § 1, su responsabilidad penal es independiente de la de las personas físicas implicadas (art. 13 § 2).

#### d) *La cuestión de la responsabilidad civil*

La responsabilidad civil derivada de los hechos punibles previstos en el *Corpus Iuris* no tiene tratamiento específico en este proceso. Tan sólo se dice que el Juez de las Libertades podrá adoptar medidas cautelares reales (de conservación) para garantizar el cumplimiento de la posible sentencia de condena (art. 25 bis § 1). La primera versión sin embargo permitía a la Unión Europea, y en concreto a la Comisión, personarse como parte civil en el proceso europeo, pero el art. 30 ha sido suprimido después de la reunión de Florencia<sup>67</sup>.

Ello va a plantear problemas en España, pues se ha acogido la tendencia europea de no permitir la acumulación de la pretensión civil a la penal, quedando reservada para un proceso civil posterior, pero en nuestro país sí es posible en un proceso penal interno, es más, es la regla general<sup>68</sup>. En nuestra opinión no va a ser posible en este proceso europeo, de mantenerse el actual texto, la personación como parte actora civil de la Unión Europea, ni tampoco la de ningún responsable civil, permaneciendo fuera de la discusión del juicio penal esta cuestión, que quedará deferida para un proceso civil posterior, proceso que será nacional y no europeo, curiosamente. Es una mala solución, poco práctica y costosa. La legislación española debía haberse adoptado también como modelo en esta cuestión.

---

ese mismo año también, pues la que lleva el número 16 propone expresamente que «el derecho de defensa debe ser garantizado en todas las fases del proceso», y la recomendación 17 garantiza la defensa de oficio, v. la publicación de las mismas en la monografía *Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme. Colloque préparatoire Section III AIDP*, Toledo (España), 1 a 4 de abril de 1992, *Revue Internationale de Droit Pénal* 1993, 3r. y 4o. trimestres, págs. 905 y ss., con particular mención de la relación general elaborada por el Prof. TIEDEMANN, esp. págs. 801 a 806.

<sup>67</sup> Versión PROCORIUR'99. La razón quizás resida en los grandes trastornos que podía implicar el reconocimiento de partes civiles en el proceso penal, para los países que no permiten la acumulación de la pretensión civil a la penal, o que la tramitan exclusivamente por la vía civil aunque la reconozcan.

<sup>68</sup> No conviene insistir mucho en este tema al ser suficientemente conocido. Véase por todos GÓMEZ COLOMER, J.L., *Constitución y proceso penal. Análisis de las reformas procesales más importantes introducidas por el nuevo Código Penal de 1995*, Ed. Tecnos, Madrid 1996, págs. 247 y ss.

## VI. El procedimiento

El procedimiento es europeo, por tanto, se aplica por la Fiscalía europea y los órganos judiciales nacionales competentes según los arts. 20, 22 y 24, en todos los países de la UE. Pero no todo él es europeo.

En efecto, el *Corpus Iuris* articula un procedimiento penal que tiene, si se permite la expresión, una «doble nacionalidad», aunque deba ser considerado como un todo, lógicamente. La primera fase, la de investigación, procedimiento preliminar o fase preparatoria es «europea», pues es llevada por un MPE o por un FED conforme a sus normas; pero luego el juicio y el recurso ordinario, así como la ejecución en su caso, tienen lugar ante y se desarrollan por las autoridades judiciales nacionales aplicándose básicamente las normas internas, por lo que su «nacionalidad» depende del Estado en donde se celebren estas fases del proceso, por tanto, «española» si es en España. La fase judicial del proceso no tiene, pues, «nacionalidad» europea.

Veamos estas cuestiones con más detalle, considerando la investigación, el juicio, la sentencia, los recursos y la ejecución:

### a) Investigación

La investigación es la fase que se extiende desde los primeros actos de investigación a la conclusión de las diligencias tomando la decisión de envío de la causa a juicio (art. 25 § 1). Se denomina legalmente «Fase Preparatoria» y se regula en los arts. 25 a 25 quater del *Corpus Iuris*, que no desea que se extienda más allá de seis meses, prorrogable por otros seis por resolución del Juez de las Libertades a instancias del MPE mediando causa justificada y oídas las partes, incluso si existiera necesidad por todavía más tiempo (art. 25 § 2).

Es competencia del FGE o, por delegación, de los FED (arts. 18 § 2, 19 § 4, 20 § 1, a), y 21), teniendo obligación los Fiscales nacionales de prestarles asistencia (art. 18 § 5, entre otros varios, como sabemos). Recordemos que sus competencias se extienden a toda la Unión, al tratarse de una concreción del Espacio Judicial Europeo único, antes aludido (art. 24 § 1, a), en relación con el art. 18 § 1).

La investigación del MPE es secreta (art. 34 § 1), lo que no se ajustaría a la jurisprudencia constitucional española en torno al art. 24 CE y su aplicación en la fase de investigación del proceso penal (art. 302, II LECRIM), si bien las audiencias ante el Juez de las Libertades sí pueden ser públicas si lo piden todas las partes, salvo que se pueda perju-



dicar con ello la investigación, los intereses de terceros, el orden público o las buenas costumbres (v. art. 34 § 2). A ello hay que añadir que las autoridades nacionales que participen en la investigación están también obligadas a guardar secreto, que el art. 34 § 1 califica de profesional. La única interpretación posible del término francés *secret* que no resultaría inconstitucional en España, sería considerar que las investigaciones del Fiscal son públicas y sometidas a principio de contradicción para la parte acusada, salvo que esté declarado el secreto, y no accesibles para terceros.

**1) Inicio:** La puesta en marcha de la investigación se debe a denuncia, o comunicación equivalente, de la existencia de un hecho punible de los tipificados en los arts. 1 a 8 del *Corpus Iuris*, formulada por una autoridad nacional (Policía, Fiscalía, Juez de Instrucción o una autoridad interna fiscal o de aduanas), por una autoridad europea (la OLAF), por un ciudadano, o por queja de la Comisión (art. 19 § 1). Existe obligación de denunciar los hechos al MPE (art. 19 §§ 2 y 3), sin que tenga importancia para la apertura de la investigación la cuantía de la posible infracción penal (*quel que soit le montant de la fraude*, art. 19 § 4).

El momento procesal oportuno para que la autoridad nacional comunique los hechos al MPE y, por tanto, iniciar la investigación prevista en el *Corpus Iuris*, es, si existe proceso penal incoado en un país de la UE, lo más tarde antes de que se considere al sospechoso *accusé* en el sentido del art. 29 § 1 (normalmente a partir del primer interrogatorio), pero en todo caso si se ha de acordar alguna medida «apremiante», tales como la detención, el registro, el embargo o la escucha telefónica (art. 19 §§ 1 y 2). No existiendo proceso penal incoado en el Estado afectado, el MPE puede intervenir de oficio siempre según el art. 19, sin duda para contrarrestar una actitud poco positiva del país europeo afectado.

**2) Actos:** El contenido de la investigación se describe con detalle en el art. 20, particularmente en los §§ 2 y 3, pretendiéndose por los autores del Proyecto, como se indicó al principio, alcanzar un equilibrio entre los países de tradición inquisitoria, es decir, donde todavía instruye un Juez (Benelux, Francia y España), y los de sistema acusatorio, en donde instruye un Fiscal (los demás): Por un lado, el Fiscal tendrá atribuido el monopolio de la investigación, que conducirá en función de la solidez de las pruebas (modelo inquisitivo), y por otro un Juez controlará la legalidad de esa investigación y el respeto a los derechos fundamentales de las medidas en ella acordadas (modelo acusatorio)<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> Véase la Parte II — Procedimiento Penal del *Corpus Iuris*, en *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris...*, cit., pág. 63.

La técnica consiste en atribuir al MPE ciertos poderes de investigación, en la extensión fijada en el art. 20 § 2, a saber, dirección de la investigación, coordinación de la investigación y avocación de casos, todo ello con el fin de permitir hallar la verdad y meritar si el asunto debe ser llevado a juicio, debiendo recogerse tanto lo que beneficie como lo que perjudique al imputado (art. 20 § 1).

Esos poderes de investigación son concretados por el art. 20 § 3, que no menciona todos los posibles. Son los siguientes, teniendo en cuenta que se mezclan en esta norma actos de investigación y medidas cautelares, y que se efectuará siempre su ejecución con respeto de los derechos del imputado:

- 1.º) Interrogatorio del acusado;
- 2.º) Recogida de documentos y datos informatizados;
- 3.º) Solicitud al Juez de las Libertades para que nombre un perito;
- 4.º) Solicitud al Juez para que autorice registros, embargos y escuchas telefónicas, así como su ejecución en caso positivo;
- 5.º) Interrogatorio de testigos;
- 6.º) Imputación de los cargos al acusado; y
- 7.º) Solicitud al Juez de las Libertades de la orden de detención, o de puesta bajo control judicial.

**3) Medidas cautelares:** Entre las medidas cautelares, algunas de las cuales acabamos de citar, debemos destacar la detención y la prisión provisional:

1.— La detención (*arrêt*) es ordenada por el Fiscal europeo, pero controlada por el Juez de las Libertades (art. 25 ter, que fija su contenido). Se prevé como medida cautelar en el art. 20 § 3, g)<sup>70</sup>. Tiene eficacia europea, pudiendo ser transferida la persona implicada al Estado en el que su presencia sea necesaria (art. 25 ter § 4), incluso con la colaboración en su caso de un Estado tercero (art. 25 ter § 5), evitándose así el complejo trámite de la extradición, por un lado, y permitiéndose de esta manera la «salida» a otro país de los nacionales.

El detenido debe ser llevado inmediatamente (*sans délai*) ante el Juez de las Libertades, quien verificará la legalidad de la detención, aplicando el *Corpus Iuris*, el Derecho nacional y el CEDH, siendo recurrible conforme a las normas internas (art. 25 ter §§ 2 y 3). Al no fijarse plazo de duración de la detención, como indicamos *supra*, los pro-

<sup>70</sup> Con reiteraciones innecesarias en el art. 25 quater.

blemas que se presentarán girarán en esta cuestión en torno a la interpretación que haya de darse al adverbio «inmediatamente».

**2.—** La prisión provisional (*détention provisoire*) también se acuerda por el Juez de las Libertades, una vez el Fiscal ha imputado los cargos (art. 25 quater). Es posible que por razones de urgencia, o cualquiera otra de las mencionadas en el art. 25 bis § 2, acuerde la medida el MPE, pero debe ser ratificada por el Juez de las Libertades en el plazo de 24 horas.

Los presupuestos de la prisión provisional son, una vez es solicitada por el MPE en perjuicio de la persona contra la que haya presentado cargos (es decir, el acusado en el sentido del art. 29 § 1), los siguientes (art. 25 quater § 1):

**a)** Que el acusado sea sospechoso de haber cometido uno o varios de los delitos previstos en el *Corpus Iuris*; y

**b)** Cuando el Juez de las Libertades esté convencido de que es una medida necesaria para evitar el peligro de fuga, la continuación del delito o la comisión de nuevos hechos punibles, o el de desaparición de pruebas o indicios, o el de amenaza sobre testigos.

El plazo de duración de la prisión provisional es de 6 meses como máximo, prorrogable por otros 3 meses (art. 25 quater § 3). Ese plazo podría ser notoriamente insuficiente, dada la complejidad de los delitos a investigar, pero es razonable, pues entre esos delitos no hay ninguno de sangre, que tanta alarma causan entre los ciudadanos. Además, está en función de la duración total del procedimiento preliminar o fase preparatoria, que el art. 25 § 2 desea como máximo en 6 meses, prorrogables por otros 6 más. El tiempo pasado en prisión provisional se abona en caso de condena a pena de prisión (art. 23 § 1, a).

Su adopción queda orientada por el principio de proporcionalidad (simplemente mencionado en los arts. 22 § 2, b) y 25 bis § 2, e intuido en el art. 25 quater § 3 al afirmar que *l'accusé ne sera mis en détention provisoire que dans le cas où toute autre mesure de contrôle paraît insuffisante*), que hará aplicable la mayor parte de las veces su alternativa, es decir, la libertad provisional. La ejecución de estas medidas es competencia de las autoridades nacionales en cuyo país se haya producido la detención (art. 25 quater § 4), cabiendo los recursos que su ordenamiento propio haya previsto (art. 25 quater § 5).

**3.—** La alternativa a la prisión es la puesta del detenido bajo control judicial (*placement sous contrôle judiciaire*), que debe ser equivalente a nuestra libertad provisional (art. 20 § 3, g), y 25 quater § 1).

4.— Finalmente, también existen medidas cautelares reales, además de las personales anteriormente citadas (*mesures conservatoires*), como el embargo de bienes, que adoptará el Juez de las Libertades (art. 25 bis § 1), en función del posterior proceso civil, como ha quedado dicho.

**4) Alternativas a la persecución:** Concluida la fase de investigación, el FGE o los FED tienen posibilidad, aun reconociéndose el principio de legalidad (art. 19 § 4), de ofrecer alternativas a la persecución penal, siempre que lo motiven de manera especial, con fines de poder recobrar efectivamente los fondos irregularmente percibidos y, sobre todo, de favorecimiento de la indemnización a la víctima reparando el daño producido<sup>71</sup>.

Estamos, pues, ante la llamada oportunidad reglada, cuya característica más importante es que se fija como decisión competencial del MPE, oídos previamente sin carácter vinculante quienes hayan formulado la denuncia de los hechos, pero no el imputado. Sorprende igualmente que no exista ni siquiera un mínimo control judicial de la oportunidad reglada, pues implica el sobreseimiento<sup>72</sup>, salvo en la transacción, como veremos inmediatamente.

El ejercicio de esta facultad consiste en adoptar una de estas tres decisiones (art. 19 § 4, a), b) y c):

1.<sup>a</sup>) Traslado de las actuaciones a las autoridades nacionales, para que ellas continúen el procedimiento, cuando los hechos no revistan especial gravedad (delitos bagatela), o afecten fundamentalmente a los intereses nacionales;

2.<sup>a</sup>) Archivo de las actuaciones, en el supuesto de que el acusado reconozca su culpabilidad, repare el daño causado y restituya los fondos irregularmente percibidos (se entiende que sin límite de cuantía del daño producido al no haber referencia específica, por tanto esta medida cabe en todo caso); y

3.<sup>a</sup>) Autorización para que la autoridad nacional que haya solicitado la persecución pueda transigir (*transaction*)<sup>73</sup>. Estaríamos aquí ante una institución parecida a nuestra conformidad, pues se trata de nego-

---

<sup>71</sup> V. la Parte II — Procedimiento Penal del *Corpus Iuris*, en *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris...*, cit., págs. 61.

<sup>72</sup> Así lo denuncia CHIAVARIO, M., *Linee del sistema processuale penale comunitario*, en LORENZO PICOTTI (editor), «Possibilità e limiti di un Diritto Penale dell'Unione europea», cit., pág. 201.

<sup>73</sup> Sobre la *transaction* existe una cierta prevención en los autores del Proyecto, v. la Parte II — Procedimiento Penal del *Corpus Iuris*, en *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris...*, cit., págs. 66 a 68.

ciación o consenso, pero es muy particular, no porque intervengan dos partes públicas al menos, sino porque sólo se autoriza si se cumplen los términos del art. 22 § 2, b), que no la permite siempre, ya que la excluye en caso de reincidencia, tenencia de armas, uso de documentos falsos o si la cuantía del fraude es superior a 50.000 euros, debiendo haber reconocido libremente su culpabilidad el imputado. El acuerdo, que puede ser iniciativa de las autoridades nacionales, debe respetar el principio de proporcionalidad, siendo controlado por el Juez de las Libertades.

Si no cabe la alternativa, decretará el sobreseimiento (*non-lieu*, art. 21 § 2), o resolverá enviar a juicio la causa (art. 21 § 3), entrándose en las consideraciones que formulamos en el apartado siguiente. Ese escrito de envío de la causa a juicio es muy importante, indicándose su contenido en el art. 21 § 3, pues describe los hechos, su calificación y la persona del *accusé*. Es controlado por el Juez de las Libertades, quien designará la jurisdicción competente y ordenará la comparecencia del acusado para el juicio el día y hora que fije.

Pero no es el escrito de acusación, sino de conclusión de la investigación justificando que procede la acusación, que es distinto, aunque la necesidad de que la acusación posterior se funde en los mismos hechos esenciales y se dirija contra el mismo acusado, cuestión a la que no se puede referir el *Corpus Iuris* al regularse el juicio por las Leyes procesales penales propias de cada Estado, deber ser evidente por aplicación de las normas de correlación entre investigación, acusación y sentencia y la inmutabilidad e invariabilidad del objeto del proceso penal.

## b) Juicio

El juicio de la primera instancia de este proceso tiene lugar ante un Tribunal nacional (art. 26). Aunque entremos en la fase nacional del proceso, como ha quedado dicho, el *Corpus Iuris* establece una regulación mínima con el fin de lograr una armonización procedimental, que hace referencia al principio de publicidad y sus excepciones (art. 34), a la acusación (art. 22), y a la prueba (arts. 31 a 33).

**1.— Publicidad:** El juicio oral es público, aunque el art. 34 § 3 establece una serie de excepciones, que afectan a la prensa y a terceros, pudiendo celebrarse a puerta cerrada en su totalidad o en una parte, de acuerdo con el art. 6.1 CEDH.

Según esa misma norma, la publicidad implica la grabación y difusión audiovisual del juicio, si el Derecho nacional lo prevé y de acuerdo con los requisitos que establezca.

**2.— Acusación:** El escrito de acusación del MPE se presenta ante el Juez o Tribunal ante el que vaya a tener lugar el juicio que pronunciará en su día la sentencia (v. art. 22 '§ 1), sin perjuicio de las competencias al respecto del Fiscal nacional, en su caso.

No es posible ejercer la acusación si concurre extinción de la responsabilidad criminal por muerte del acusado si se trata de una persona física, por disolución de la sociedad si se trata de una persona jurídica, por prescripción del delito (5 años) o por transacción en los términos antes vistos (art. 22 § 2).

**3.— Prueba:** Tres tipos de normas establece el *Corpus Iuris* de naturaleza probatoria, que hacen referencia respectivamente a la presunción de inocencia, a los medios de prueba que se pueden practicar y a la prueba prohibida.

**a)** La presunción de inocencia se reconoce expresamente en el art. 31 § 1, precepto que regula en su § 2 la carga de la prueba<sup>74</sup>. El contenido de esa disposición es sin embargo correcto técnicamente: El acusado no está obligado a facilitar la prueba de su culpabilidad, tarea que recae en la acusación, pero sí tiene obligación de exhibir ciertos documentos, en el sentido que veremos inmediatamente.

**b)** Las pruebas que se pueden practicar se enumeran en el art. 32 § 1, aplicable en todos los países de la UE (aunque pueden existir otros medios de prueba, de ahí su carácter de *numerus apertus*, siempre que sean admisibles en el Estado en donde tenga lugar el juicio, según su § 2):

**1.ª)** Declaración testifical directa o a través de medios audiovisuales, recogidas bajo el denominado «protocolo verbal europeo de audiencia», un documento que se forma a efectos de garantizar su validez en toda la Unión Europea<sup>75</sup>;

**2.ª)** Interrogatorio del acusado directo, o recogido en ese «protocolo verbal europeo de audiencia», realizado ante un Juez y asistido de su defensor de confianza (no se prevé el nombramiento de oficio, lo que en España sería inconstitucional como dijimos), y, en su caso, de intérprete;

<sup>74</sup> Desde el punto de vista español no muy certeramente, pues entre nosotros se afirma que en el proceso penal no existe la carga de la prueba, ya que el acusado no está obligado a probar su inocencia y, en caso de duda, el principio *in dubio pro reo* resuelve la cuestión siempre en su favor. Véase, v.gr., BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA, J./GÓMEZ COLOMER, J.L./MONTÓN REDONDO, A.,/BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional*, t. III *Proceso Penal* (80 ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 287 a 289.

<sup>75</sup> Véase Parte II — Procedimiento Penal del *Corpus Iuris*, en *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris...*, cit., pág. 84.



3.<sup>a</sup>) Declaraciones del acusado fuera de un interrogatorio formal en las condiciones previstas en el art. 32 § 1, c);

4.<sup>a</sup>) Informes periciales oficiales, de acuerdo con una lista europea al efecto;

5.<sup>a</sup>) Documentos que consten en la investigación, entre los que se encuentran los que haya debido aportar el acusado en el curso de un procedimiento administrativo previo o durante la investigación del delito (teniendo en cuenta que no se le puede obligar de acuerdo con el art. 24 CE a presentar documentos que impliquen el reconocimiento de su culpabilidad, por vulnerar el derecho a no declararse culpable); y

6.<sup>a</sup>) Otros medios de prueba admisibles según el Derecho interno.

Todas estas pruebas deben practicarse de acuerdo con las prevenciones establecidas específicamente en los apartados a), b), c), d) y e) del art. 32 § 1, que pretenden unificar las regulaciones nacionales tan dispares en esta materia<sup>76</sup>. Pero que el interrogatorio no se realice en la vista y se permita reproducir el protocolo, a pesar de todas las garantías con las que se ha levantado, puede vulnerar en nuestro sistema el principio de inmediación si no hay obstáculos a la citación del testigo y éste es accesible, de manera tal que la prueba efectivamente se pueda practicar en el juicio ante acusador, defensor y juzgador.

c) Las pruebas obtenidas ilícitamente (prohibidas) quedan expresamente excluidas del proceso, de acuerdo con el art. 33, que ofrece un fundamento amplio, basado en violación del CEDH, del Derecho comunitario, del Derecho nacional en función del lugar en el que la prueba se haya obtenido, o del Derecho consagrado en el *Corpus Iuris*. Igualmente son inadmisibles cuando su práctica atente contra el principio del debido proceso (art. 33 § 1). El Derecho a aplicar es el nacional del país en el que se haya obtenido la prueba, lo que puede plantear algún problema que intenta resolver el art. 33 § 2, en el sentido de que si la prueba es legal en el país en que se obtuvo y el juicio tiene lugar en otro, no se podrá oponer que en éste habría sido una prueba prohibida, pero sí que vulnera los derechos consagrados por el CEDH o las reglas europeas<sup>77</sup>.

Nada se dice sin embargo sobre los «frutos del árbol envenenado», pero en España el término «indirectamente» del art. 11.1 LOPJ haría inviable también en este caso su aprovechamiento, con los matices de

<sup>76</sup> Véase la explicación que se da en la Parte II — Procedimiento Penal del *Corpus Iuris*, en *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris...*, cit., pág. 83.

<sup>77</sup> Si la admisión perjudica los intereses de terceros, no hay ninguna obligación de descartar la prueba, v. el *dispositif d'application* del art. 33 del PROCORIUR '99.

la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con el principio de complementariedad del art. 35.

### c) *Sentencia*

El proceso debe terminar por sentencia, al menos en España, porque no se dice expresamente así en el *Corpus Iuris*. La obligación de motivar la sentencia se desprende del art. 26 § 3, segunda frase, mal ubicado sistemáticamente asimismo, pues según el precepto, las jurisdicciones nacionales han de motivar la pena haciendo referencia a las circunstancias particulares propias de cada causa, aplicando las reglas fijadas en los arts. 14 a 17. La sentencia se lee en audiencia pública (art. 34 § 3 *in fine*).

La sentencia condenatoria puede publicarse en el Diario Oficial de la Comunidad Europea, y en la prensa, si se dan las circunstancias del art. 14 § 2.

El efecto de cosa juzgada sí se prevé expresamente, prohibiéndose el doble enjuiciamiento (efecto negativo o excluyente, principio *ne bis in idem*) en el art. 23 § 1, b). Esa norma del *Corpus Iuris* impide también una nueva persecución por una autoridad nacional cuando el MPE está investigando el delito<sup>78</sup>.

### d) *Medios de impugnación*

El Proyecto contempla dos tipos de recursos, según se interpongan ante la Jurisdicción nacional o ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

**1) Recursos nacionales:** La sentencia es recurrible ante un Tribunal de la jurisdicción superior del órgano que haya dictado la de primera instancia (art. 27 § 1), teniendo derecho a recurrir tanto el condenado como el Fiscal Europeo, en función naturalmente del tenor de la sentencia (v. art. 27 § 2), recogiendo expresamente el principio de la prohibición de la *reformatio in peius* en caso de que recurra sólo el condenado (art. 27 § 3).

Ese recurso puede ser el de apelación, o el de casación, o incluso ambos, según los sistemas, pues la expresión *l'objet d'un appel* del art. 27 § 1 creemos que no debe interpretarse literalmente. Si el país no tiene tal recurso, esta norma lo crea y es Ley nacional.

---

<sup>78</sup> Además de en el precepto citado en texto, el *dispositif d'application* del art. 18, de acuerdo con el PROCORIUR '99, así lo indica expresamente.

La decisión en España de qué recurso cabría ha de estar encasamente en función de la pena prevista por el *Corpus Iuris* para los delitos que contempla. Como la pena máxima prevista se eleva a 5 años de prisión para las personas físicas (art. 14 § 1, a), el juicio se corresponde en nuestro país con el del proceso penal abreviado competencia del Juez de lo Penal (arts. 14-31 y 779 LECRIM, de acuerdo con la reforma operada por la LO 36/1998, de 10 de noviembre<sup>79</sup>), lo que significa que contra la sentencia dictada en el proceso penal europeo cuyo juicio oral haya tenido lugar en España únicamente cabrá recurso de apelación (art. 795 LECRIM)<sup>80</sup>. Pero si se acabara haciendo competente al Tribunal del Jurado, cabrían tanto apelación como casación sucesivamente (arts. 846 bis a) y 847 LECRIM), como es sabido<sup>81</sup>. Finalmente y ante la falta de referencia expresa, debe quedar sobreentendido que las reglas generales y particulares a aplicar en lo concerniente a esos recursos son las propias del Estado miembro en donde tengan lugar.

**2) Recursos europeos:** El *Corpus Iuris* contempla igualmente la posibilidad de interponer un recurso ante el Tribunal de Luxemburgo, dados los presupuestos del art. 28 § 1. Este recurso puede tener un doble contenido: Someter al Tribunal una cuestión interpretativa de naturaleza prejudicial, o plantear un conflicto de competencia.

**a)** Si el recurso tiene naturaleza interpretativa, la finalidad que se pretende con su interposición prejudicial es asegurar la unidad de interpretación de este texto legal, que afecta no sólo a la norma, sino también al llamado dispositivo de aplicación (art. 28 § 1, a), en tanto en cuanto al estar integrado en el *Corpus Iuris* tiene su mismo valor normativo, de acuerdo con la siempre extraña para nosotros teoría de las fuentes del Derecho Comunitario. Es posible también el planteamiento del recurso por un Estado miembro o por la Comisión solicitando una decisión interpretativa del Tribunal (art. 28 § 1, b);

**b)** Si se plantea un conflicto competencial, su finalidad es resolver las diferencias entre Estados, o entre un Estado y la Comisión, o las relativas al MPE, en relación con la aplicación de esa norma<sup>82</sup>. Puede

<sup>79</sup> Véase GÓMEZ COLOMER, J.L., *Una nueva limitación del acceso a la casación penal (comentario de urgencia a la Ley 36/1998, de 10 de noviembre)*, Actualidad Jurídica Aranzadi 1999, núm. 379, págs. 2 y ss.

<sup>80</sup> A pesar de que el art. 14 *Corpus Iuris* contemple otras penas, de naturaleza o no privativa de libertad, o accesoria, la opción a favor del régimen del proceso penal abreviado en cuanto a recursos no debe tener excepción alguna.

<sup>81</sup> Véase MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA, J./GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley del Jurado*, cit., págs. 889 y ss.

<sup>82</sup> Así, v. la Parte II — Procedimiento Penal del *Corpus Iuris*, en *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris...*, cit., pág. 77.

plantearse por el MPE, por el acusado o por una autoridad judicial nacional (art. 28 § 1, c); y sólo por el acusado también se puede recurrir la Jurisdicción escogida para su enjuiciamiento (art. 28 § 1, d).

El recurso es admisible incluso aunque la legislación nacional no lo contemple para estos casos (art. 28 § 3), y el resultado final puede implicar una acción legislativa al respecto (art. 28 § 2).

### e) *Ejecución*

La ejecución es competencia del FGE (art. 18 § 2), siendo posible en todo el territorio de la Unión Europea (art. 24 § 1, c). El MPE debe proceder para iniciar la ejecución de acuerdo con lo previsto en el art. 23 § 1: Designación del Estado en donde se cumplirá la pena cuando la sentencia devenga firme, o de los lugares donde deban cumplirse las penas no privativas de libertad, siendo aplicables en lo restante las normas del Estado designado como lugar de ejecución, bajo el control del MPE. Este autoriza el traslado de personas condenadas si el Estado del juicio no es el Estado de ejecución (art. 23 § 2).

Estas normas plantearán problemas en España, pues implican realmente que en la ejecución de las sentencias de condena dictadas en estos procesos europeos antifraude, la figura y funciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria español quedarán obviadas. Esto va a significar una problemática todavía más amplia, si se atiende al dato de que constitucionalmente en España la autoridad garante de los derechos del condenado es judicial y no fiscal, pues la ejecución es competencia judicial en todo caso (arts. 117.3 y 25.2 CE).

## Conclusiones

La primera conclusión a la que llegamos afecta al significado científico de este Proyecto. En nuestra opinión, con textos como el *Corpus Iuris* se está produciendo una pequeña revolución en los aspectos internacionales del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal. En efecto, hasta hace poco el contenido de esta parte del Derecho Procesal Penal, en buena medida relacionado también con el llamado Derecho Penal Internacional sustantivo y con el Derecho Internacional público, estaba formado por el análisis de los límites territoriales y subjetivos del *ius puniendi* del Estado español, la extensión y límites de la jurisdicción penal española, la parte extranjera en el proceso penal español, los actos procesales interviniendo extranjeros, la extradición activa y pasiva, el procedimiento de

asilo, expulsiones de extranjeros sometidos a proceso penal, la cosa juzgada internacional (*ne bis in idem* internacional), el reconocimiento y ejecución de sentencias penales extranjeras en España, y el traslado de personas condenadas en el extranjero. Este sería el contenido clásico del Derecho Procesal Penal internacional, como se observa conformado en la mayor parte de los casos por normas internas a pesar de su denominación. Ahora todo esto, sin abandonarse su estudio, está dejando paso de forma mucho más perceptible que hasta ahora a contenidos más modernos y útiles para las relaciones entre Estados, los que conforman el llamado Derecho Internacional Penal y el llamado Derecho Internacional Procesal Penal, de perfiles nítidos y claramente definidos, en donde no entran en consideración las normas internas, que ha de analizar, entre otras instituciones, el Tribunal Permanente Internacional, aprobado recientemente en Roma (julio de 1998), pero de parto difícil ante la oposición de Estados tan importantes como USA y China; la persecución no importa dónde ni por quién de genocidas (el caso de los dictadores chilenos y argentinos, perseguidos en España por la Audiencia Nacional, pero también en Alemania, Suecia, Italia, Francia, Bélgica, Suiza y en otros países); y por la protección jurídico penal y procesal penal de la Unión Europea en materia de determinados delitos económicos (el Proyecto *Corpus Iuris*), que ha sido nuestro objeto de estudio en las páginas precedentes.

La segunda conclusión es de carácter práctico y hace referencia a las consecuencias de su implantación en España, si se aprobará la versión PROCORIUR '99 que hemos manejado. Los cambios serían muy radicales y nada fáciles de digerir, no por la cesión parcial de soberanía que implica, sino por aspectos muy concretos, algunos de los cuales presentan serios problemas de constitucionalidad en España: Por ejemplo, la Fiscalía Europea no es admitida ni encajaría bien en los sistemas jurídicos de muchos países, la indefinición del principio de territorialidad o la gran divergencia a la que puede llevar media parte del procedimiento al aplicarse los Derechos nacionales, o las dificultades que está encontrando la regulación de la prueba prohibida para poder ser adaptadas en algunos Estados miembro. En cuanto a posibles vulneraciones de nuestra CE, recordemos lo explicado anteriormente: La infracción del juez legal por la indefinición del órgano territorialmente competente para el juicio, la negación de la acción particular y de la acción popular, las exiguas normas sobre el derecho de defensa, la ausencia de referencia al abogado de oficio, el carácter secreto de la investigación, la infracción del principio de inmediación, la investigación a cargo del Fiscal, la probable exclusión del Tribunal del Jurado, las lagunas de la prueba prohibida, la indefinición de la ejecución y su carácter no judicial, la ignorancia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, las deficiencias normativas en caso de colisión de normas europeas e internas y su re-

percusión en la extensión y límites de la jurisdicción, etc. Todo ello nos hace pensar que todavía queda mucho camino por recorrer y que el proyecto no ha madurado lo suficiente. Por eso la respuesta a la pregunta esencial formulada en la reunión de Florencia sobre su legitimidad democrática, desde el punto de vista español, no puede contestarse de manera afirmativa sin más, dadas las posibles vulneraciones de nuestra Constitución democráticamente aprobada, mucho más garantista y favorable al imputado que el Proyecto.

La tercera y última conclusión pretende definir qué futuro inmediato puede tener este Proyecto, aun a riesgo de equivocarnos. A la vista de lo indicado en las páginas precedentes y de la información proporcionada por el Prof. Tiedemann, pensamos que como documento íntegro en estos momentos es muy difícil que pueda prosperar, pues la parte procesal, con la novedad de la Fiscalía Europea, con su «doble nacionalidad», sus grandes diferencias con muchos Estados miembro, los temas de posible inconstitucionalidad antedichos, etc., presenta evidentes graves problemas de implantación, que en todo caso requeriría una modificación del art. 280 del Tratado de la Comunidad Europea. Parece, aunque no lo hemos analizado aquí, que la parte penal, tanto la general como la especial, está mucho más elaborada y que sería mucho más fácil de aprobar. Desde luego, todavía estamos muy lejos de un Proyecto de Código Procesal Penal europeo, y el *Corpus Iuris* no parece que vaya a ser de momento su primera piedra. Por ello, las otras dos cuestiones esenciales que se plantearon sobre si es necesario un código en esta materia y si es factible, suscitadas como dijimos al principio también en Florencia, no tienen de momento respuesta efectiva porque quedan unidas pragmáticamente de manera irremediable: Si es necesario, el texto actual todavía no es suficiente, por lo que si no se llega a un acuerdo sobre las normas, ello podría dar lugar a pensar que tampoco lo era en verdad.

No debemos dejar de decir para finalizar que en el caso de que el Proyecto saliera adelante, o alguna de sus partes en el sentido anteriormente indicado, tampoco es claro en estos momentos la forma de la norma que lo haría entrar en vigor, pues se discute si debe ser una Directiva comunitaria, lo que prefieren los Gobiernos, pues se permiten variaciones y matices de acuerdo con el principio de subsidiariedad, y que respecto a España implicaría una Ley Orgánica de transposición, o bien una reforma específica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, además de la Ley Orgánica del Poder Judicial antes aludida, sin perjuicio de las reformas sustantivas, porque estaremos ante un proceso penal especial (en el sentido del art. 26 ' 3), que se hará interno por esa transposición; o si se adoptará la forma de Reglamento de la Unión Europea, en cuyo caso estaremos ante un Derecho Penal y Procesal Penal supranacional uniforme, lo que sería preferido por la Comisión.