

**LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DE LA CAUSA EN EL REGLAMENTO
DE LA FISCALÍA EUROPEA Y SU INCIDENCIA EN EL PROCESO
PENAL ESPAÑOL**

**THE EARLY TERMINATION OF THE CASE IN THE REGULATION OF
THE EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE AND ITS
INCIDENCE IN THE SPANISH CRIMINAL PROCEDURE**

Francisco Salvador GIL GARCÍA
Universidad de Sevilla

Resumen: A partir de una serie de consideraciones generales sobre las atribuciones y el ejercicio de las competencias que la Fiscalía Europea ostenta en materia de incoación de procedimientos, investigación y ejercicio de la acción penal, el presente trabajo aborda el estudio de las formas de terminación anticipada del procedimiento que su Reglamento contempla, a través de los motivos o supuestos que permiten archivar un caso, desistir del ejercicio de la acción penal y remitir el caso a las autoridades nacionales competentes, o reconducirlo a un procedimiento simplificado de ejercicio de la acción penal por acuerdo, el procedimiento a seguir para ello, su incidencia en el proceso penal español, así como las posibles consecuencias y efectos que se derivan de estas decisiones.

Palabras claves: archivo – avocación – desistimiento – ejercicio de la acción penal – Fiscal Europeo Delegado – Fiscalía Europea – fraude – intereses financieros de la Unión – investigado – Juez de Instrucción – Ministerio Fiscal – non bis in idem – Policía Judicial – principio de oportunidad – procedimiento simplificado por acuerdo – proceso penal – Reglamento de la Fiscalía Europea – Sala Permanente – Unión Europea

Abstract: Based on a series of general considerations on the powers and exercise of the competencies that the European Public Prosecutor's Office holds in relation to the initiation of proceedings, investigation and the exercise of criminal action, the present work deals with the study of the forms of early termination of the procedure that its Regulation contemplates, through the reasons or suppositions that allow filing a case, to abandon the exercise of criminal action and refer the case to the competent national authorities, or redirect it to a simplified procedure for the exercise of criminal action by agreement, the procedure to be followed for this, its incidence in the Spanish criminal process, as well as the possible consequences and effects that derive from these decisions.

Keywords: archive of proceedings – right of evocation – prosecution – European Delegate Prosecutors – European Public Prosecutor's Office – fraud – financial interests of the Union – investigated – Coroner – Public Prosecutor – non bis in idem – Judicial Police – principle of opportunity – procedure simplified by agreement – criminal procedure – Regulation of the European Public Prosecutor's Office – Permanent Chamber – European Union

Sumario: 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS ATRIBUCIONES Y EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS DE LA FISCALÍA EUROPEA. 2. LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCEDIMIENTO EN EL REGLAMENTO DE LA FISCALÍA EUROPEA. 2.1. Archivo. 2.1.1. Motivos. 2.1.2. Procedimiento. 2.1.3. Consecuencias y efectos. 2.2. Terminación anticipada por motivos

de oportunidad. 2.2.1. Desistimiento por escasa relevancia de los hechos. 2.2.2. Reconducción a procedimientos simplificados por acuerdo. 3. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS ATRIBUCIONES Y EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS DE LA FISCALÍA EUROPEA

El Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (en adelante, RFE) constituye una de las iniciativas europeas más recientes, en orden a reforzar y consolidar la protección de los intereses financieros de la Unión, a través de un órgano europeo con personalidad jurídica propia [Considerando 21, *ab initio*, y artículos 3.1 y 2 RFE], autonomía financiera [Considerandos 18, *ab initio*, y 111, *ab initio*, y artículos 91, 92 y 93 RFE], funcional [Considerandos 16, 17 y 111, *ab initio*, y artículos 4, y 5.4 RFE] y de personal [Considerandos 111, *ab initio*, y 117 y artículos 6.1 y 96.7 RFE] y competencias en materia de incoación de procedimientos, dirección de investigaciones y ejercicio de la acción penal contra aquellos sujetos, presuntamente, responsables de haber cometido hechos delictivos tipificados en la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal¹ (en adelante, Directiva PIF), incorporada al Derecho español, recientemente, mediante la LO 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal² (Considerandos 11 y 63 y artículo 22.1 RFE). Para ello, el RFE «establece un sistema de competencias compartidas entre la FE y las autoridades nacionales encargadas de combatir todas aquellas infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la UE, basado en el derecho de avocación» (Considerandos 13 y 22, *ab initio*), entendido éste como la potestad de reclamar, para sí, el conocimiento de un asunto, respecto del cual la FE pueda ejercer sus competencias (Considerando 49, *ab initio*).

Cuando las autoridades nacionales competentes –el Juez de Instrucción (en adelante, JI), el Ministerio Fiscal (en adelante, MF) o, en su caso, la Policía Judicial (en adelante, PJ)–, tuvieren conocimiento de un hecho delictivo contra los intereses financieros de la Unión Europea (en adelante, UE), comprendido en el ámbito de aplicación material del RFE, lo pondrán en conocimiento de la FE, de forma inmediata, para que ésta pueda decidir, a través del Fiscal Europeo Delegado (en adelante, FED) competente, avocar el caso (artículos 24.2, 26.2 y 27.1 y 6, párr. 1º, RFE). Antes de adoptar una decisión podrá consultar, al MF español, las

¹ DOUE L 198, de 28.07.2017.

² BOE núm. 45, de 21.02.2019.

circunstancias que han motivado su posible participación en el proceso (artículo 27.4 RFE)³.

El ejercicio de esta atribución tendrá lugar ante el MF o el JI competente, quien le transferirá el expediente y se abstendrá, en lo sucesivo, de practicar nuevos actos de investigación, en relación con el mismo hecho delictivo (artículo 27.5 RFE). En caso contrario, el FED informará de ello, a la Sala Permanente, por medio del Fiscal Europeo competente, para que ésta pueda (artículos 24.2, 27.6, párr. 2º, y 10.4 RFE):

i) reasignar el caso a otro FED del mismo Estado miembro (artículo 26.3 RFE); o bien,

ii) atribuir al Fiscal Europeo, la dirección de la investigación, si ello parece ser indispensable para el buen fin del procedimiento de investigación o del ejercicio de la acción penal, en virtud de uno o varios de los siguientes criterios (artículo 28.4 RFE):

a) la gravedad del hecho delictivo, a la vista de sus posibles repercusiones a escala europea;

b) la referencia, mención o alusión a un funcionario o agente de la Unión o de una institución, órgano u organismo de la misma en el marco de un procedimiento de investigación en materia penal; o,

c) en caso de que el mecanismo de reasignación de un asunto a otro FED no haya funcionado.

En tales circunstancias, el legislador español deberá proveer al Fiscal Europeo de las facultades necesarias, para que, en supuestos excepcionales, pueda ordenar, a la PJ, la adopción de aquellas medidas de investigación que estime convenientes, o interesar, en su caso, la declaración del secreto de las actuaciones, la práctica de aquellas diligencias de investigación, medidas de protección a favor de las víctimas especialmente vulnerables o medidas cautelares que, siendo imprescindibles para la consecución de la ansiada eficiencia del procedimiento de investigación, requieran la preceptiva autorización judicial (artículo 282 LECRIM). Ello permitirá atribuirle al Fiscal Europeo aquellas facultades, potestades, responsabilidades y obligaciones que ostenta todo FED en el marco de un procedimiento de investigación en materia penal (artículo 28.4, párr. 2º, RFE).

En orden a su correcto ejercicio, el RFE establece dos plazos: uno relativo y otro absoluto. Mientras el primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos que, como es lógico, podrá tener una determinación temporal variable, en función de las circunstancias de cada caso, el segundo presenta una plena concreción temporal, por cuanto el mismo está fijado en cinco días, a contar desde la fecha en que conste, de modo fehaciente, la recepción de la información remitida por el JI o

³ Roma Valdés, A. (2018): “La investigación de la Fiscalía Europea y el derecho de defensa”. En Arangüena Fanego, C. y De Hoyos Sancho, M. (dirs.) *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia, p. 579.

el MF; si bien, el Fiscal General Europeo (en adelante, FGE) podrá prorrogar, en casos excepcionales, este plazo máximo, de forma motivada, y extenderlo hasta los diez días, debiendo comunicar, en todo caso, esta ampliación al JI (artículo 27.1, *in fine*, RFE).

En consecuencia, se considerará decisión extemporánea, toda aquella que: *a)* aun sin rebasar el límite máximo, sobrepase el tiempo indispensable para la realización de las oportunas pesquisas, dirigidas al esclarecimiento de aquellas circunstancias que el FED estime necesarias, en orden a valorar si debe ejercer o no esta atribución, habida cuenta de que, en otro caso, operaría una restricción o limitación del ejercicio del derecho de defensa que la norma europea no consiente; o *b)* tenga lugar, una vez finalizada la investigación nacional o presentado el correspondiente escrito de acusación ante el órgano jurisdiccional nacional competente (artículo 27.1 y 7, párr. 2º, RFE).

Dadas la relevancia y la excepcionalidad de las circunstancias en que se fundamenta esta cláusula de *release device*, su ejecución quedará, en todo caso, supeditada al cumplimiento del deber de información que recaerá sobre la Sala Permanente competente, siendo ésta, quien deba comunicar, sin dilación indebida, al JI, MF y FED, la decisión, finalmente, adoptada (artículo 28.4, párr. 3º, RFE)⁴.

Lo anterior no será óbice, en ningún caso, para que el MF español o, en su caso, el JI, deba comunicar al FED, la existencia de un nuevo hecho que pueda ofrecer motivos para reconsiderar su decisión. Esta información será trasladada, al Fiscal Europeo Supervisor (en adelante, FES), en cuanto el FED tenga conocimiento de la misma, por medios fehacientes (artículo 27.7, párr. 1º, RFE).

Si la FE tuviera conocimiento, por otros medios, que el JI, el MF o, en su caso, la PJ, han iniciado ya una investigación sobre un hecho delictivo, respecto del cual pudiera ejercer sus competencias, solicitará de aquéllos, cuanta información estime precisa y pertinente, para que el FED pueda decidir si avoca o no el caso (artículo 27.3 RFE).

Durante el procedimiento, tanto el JI, como el MF, no sólo deberán abstenerse de practicar u ordenar, a la PJ, la ejecución de una determinada medida de investigación, que pueda impedir u obstaculizar la avocación, sino que también deberán adoptar cuantas medidas urgentes resulten necesarias e imprescindibles, para asegurar el buen fin de la investigación, así como la eficacia del ejercicio de la acción penal (Considerando 58, *in fine*, y artículo 27.2 RFE), debiendo dejar constancia, en todo caso, de aquellos cambios que se produzcan en la dirección de la investigación.

En relación con aquellos delitos que causen o puedan causar un perjuicio a los intereses financieros de la Unión, que sea inferior a cien mil euros (100.000 €), el Colegio podrá considerar que no resulta necesario investigar un caso o ejercer la acción penal a nivel europeo, en atención al nivel de gravedad del hecho delictivo o a la complejidad procesal del asunto. En tal caso, el Colegio podrá formular unas

⁴ Vilas Álvarez, D. (2018): “Capítulo 2. La competencia material de la Fiscalía Europea”. En Bachmaier Winter, L. (Coord.) *La Fiscalía Europea*. Marcial Pons. Madrid, p. 70.

orientaciones generales de política criminal, que doten a los FED de las herramientas y los elementos necesarios, para decidir, de manera independiente y sin dilación indebida, no avocar el caso (Considerando 24 y artículos 9.2 y 27.8, párr. 1º, RFE).

Estas orientaciones, relativas a la política criminal de la FE, deberán indicar, de forma detallada, las circunstancias a las que deben ser aplicadas, y establecer los criterios que, en orden a la naturaleza delictiva, la urgencia de la situación y el compromiso del MF español, resulten imprescindibles para lograr la plena recuperación del perjuicio causado a los intereses financieros de la Unión (artículo 27.8, párr. 2º, RFE).

A fin de garantizar una aplicación coherente de tales orientaciones, el FED deberá informar a la Sala Permanente competente de cada una de las decisiones que adopte sobre tales hechos delictivos, debiendo cada una de ellas presentar, anualmente, al Colegio de la FE, un informe sobre las orientaciones aprobadas, el nivel de seguimiento alcanzado y los resultados obtenidos. Este informe anual facilitará los datos necesarios, para que la FE pueda evaluar la eficacia y la proporcionalidad de las orientaciones adoptadas (artículo 27.8 y 9 RFE).

2. LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCEDIMIENTO EN EL REGLAMENTO DE LA FISCALÍA EUROPEA

Concluida una investigación, el FED presentará un informe al FES, con un resumen del caso⁵ y una propuesta de decisión, donde manifieste si debe presentar escrito de acusación contra uno o varios investigados, archivar el caso, remitirlo a las autoridades nacionales competentes o reconducirlo a un procedimiento simplificado de ejercicio de la acción penal por acuerdo. A su vez, el FES deberá remitir dichos documentos a la Sala Permanente competente, para que sea ésta, quien tome la decisión definitiva, de forma colegiada, siguiendo un esquema de control fuertemente «jerarquizado»⁶, en el plazo de veintiún días, a contar desde la recepción de la propuesta de decisión (Considerandos 78, *in fine*, y 79 y artículos 35.1, 36.1 y 40.1 RFE). Si la Sala Permanente competente no adopta una decisión dentro de estos veintiún días, se entenderá que la decisión propuesta por el FED ha sido aceptada y se procederá, conforme corresponda, según el escrito presentado por el FED y remitido por el FES (artículo 36.2 RFE). De este modo, el RFE asegura la existencia de una estrategia común, coherente y eficaz en materia de investigación y ejercicio de la acción penal, que fomente el principio de unidad de actuación en que se fundamenta la FE (Considerandos 36, *ab initio*, y 78 RFE).

⁵ Este resumen deberá: *a)* señalar las fases procedimentales seguidas; *b)* enumerar los hechos probados; *c)* evaluar su posible carácter ilícito; *d)* calcular su incidencia financiera en el presupuesto de la Unión; *e)* revelar el nivel de cumplimiento de las garantías procedimentales; *y, f)* exponer las conclusiones de las investigaciones llevadas a cabo (Considerando 7 y artículo 24.4 RFE).

⁶ Caianiello, M. (2018): “Capítulo 8. La decisión sobre el archivo de la causa: ¿res iudicata o transferencia de la competencia”. En Bachmaier Winter, L. (Coord.) *La Fiscalía Europea*. Marcial Pons. Madrid, p. 203.

2.1. Archivo

2.1.1. Motivos

La Sala Permanente competente decidirá archivar un caso, cuando [Considerando 81, *in fine*, y artículos 10.3, letra *b*), 35.1 y 39.1, letras *b*), *c*), *d*), y *g*), RFE]:

i) resulte evidente que el hecho investigado carece de relevancia penal (artículo 25 RFE);

ii) no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiese dado motivo a la formación de la causa (artículo 637.1 LECRIM)⁷;

iii) el hecho no sea constitutivo de delito (artículo 637.2 LECRIM), es decir, cuando las diligencias practicadas hayan puesto de manifiesto que el hecho, objeto de investigación, no reviste los caracteres de hecho delictivo, puesto que la mas mínima posibilidad, que permita una atribución de tales caracteres al hecho investigado ha de conducir, irremediabilmente, a la apertura de juicio oral (artículos 269 y 313 LECRIM)⁸. En todo caso, el FED deberá comunicar el archivo, a quien hubiere alegado ser ofendido o perjudicado, para que pueda reiterar su denuncia ante el JI. En otro caso, instará al JI, la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito (artículos 773.2 LECRIM y 5, párr. 1º, EOMF);

iv) respecto de los mismos hechos, haya recaído, previamente, resolución judicial, con efectos de cosa juzgada; la infracción o el plazo para ejercer la acción penal hayan prescrito (artículo 130 CP) o se haya concedido el indulto (artículo 130 CP). Esta causa de archivo tendrá los mismos efectos que el sobreseimiento libre, que se produce, en el proceso penal español, una vez abierto el juicio oral, lo que evita la persecución del mismo, dando lugar a su finalización, mediante una resolución, en forma de auto [artículos 675 (proceso común) y 786.2 (proceso abreviado) LECRIM; en relación con el artículo 666.2º LECRIM]⁹;

v) haya fallecido el investigado o acusado o liquidada la persona jurídica sospechosa o acusada (artículo 637.3 LECRIM). Con la muerte se extingue la responsabilidad criminal, pero no la civil, que se pueda derivar de los hechos que fueron atribuidos al fallecido (artículos 115 LECRIM y 130.1 CP)¹⁰. Tampoco

⁷ STS núm. 1524/2004, de 29 de diciembre de 2004 (FJ. 1º), Sala Segunda; Recurso de casación núm. 486/2003; Ref. RJ 2005\830 y Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz.

⁸ STS núm. 1437/1998, de 18 de noviembre de 1998 (FJ. 2º), Sala Segunda; Recurso de casación núm. 3839/1997; Ref. RJ 1998\9423 y Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo.

⁹ STS núm. 509/2007, de 13 de junio de 2007 (FJ. 1º), Sala Segunda, Sección Primera; Recurso de casación núm. 336/2007; Ref. RJ 2007\5663 y Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

¹⁰ A diferencia de las personas físicas, no cabe que se produzcan situaciones similares en el caso de personas jurídicas que estén pendientes de juicio, puesto que lo contrario podría ser delito (artículos 257 y ss. CP).



impedirá que el procedimiento pueda continuar, respecto al resto de investigados o acusados (artículo 640 LECRIM).

vi) se produzca la enajenación mental del sospechoso o acusado (artículos 383, 841, 843 y 846 LECRIM y 20.1 y 3 CP)¹¹. Este motivo genera la incapacidad procesal del sujeto, dado que no es posible suplir la incapacidad de aquella parte pasiva del proceso penal que carece de la aptitud necesaria para intervenir en el mismo, una vez sometido aquel a observación médica y obtenida, por el JI, aquella información necesaria para evaluar el grado de enajenación mental del procesado, durante la comisión del ilícito penal (artículos 381 y 382 LECRIM). Cuando la enfermedad mental sobreviniera, con posterioridad a la comisión del delito, una vez finalizada la investigación, el órgano jurisdiccional competente para dictar el fallo ordenará el archivo de las actuaciones, hasta que el investigado o acusado recobre la salud, debiendo disponer, en todo caso, alguna de las medidas alternativas a su internamiento en prisión, como pueda ser su internamiento en un centro psiquiátrico o educativo (artículos 20.1 y 3 CP y 383 LECRIM). En caso de que el acusado mostrase síntomas relativos a la enajenación mental, durante el juicio oral, provocará su inmediata suspensión (artículo 746.5 LECRIM);

vii) se conceda amnistía o inmunidad de jurisdicción al sospechoso o acusado (artículo 637.3 LECRIM). Ahora bien, el hecho de que determinados autores, cómplices o encubridores del delito aparezcan exentos de responsabilidad criminal no impedirá que la causa pueda continuar, en relación con aquellos que no gocen de esta prerrogativa (artículo 640 LECRIM);

viii) del sumario, resulte haberse perpetrado un hecho delictivo contra los intereses financieros de la UE, pero no existan indicios o elementos probatorios suficientes, para atribuir la realización del hecho punible, a quien aparezca, como responsable de su comisión (artículo 641.2 LECRIM)¹². Este motivo engloba dos supuestos bien diferenciados: de un lado, aquel en el que se desconozca la persona a la que atribuir la comisión del hecho, esto es, la ausencia o falta de autor conocido, y de otro lado, que exista algún indicio sobre la participación de una persona determinada en la comisión del hecho, pero no sea suficiente la misma, para abrir el juicio oral;

ix) el fundamento de la acusación resulte insuficiente para incoar, contra él, un procedimiento penal; o,

x) no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa (artículo 641.1 LECRIM).

¹¹ Consulta 1/1989, de 21 de abril, sobre enajenación mental del imputado sobrevinida tras el auto de apertura del juicio oral y antes de la celebración de éste: sus efectos sobre el proceso.

¹² STS núm. 6/2007, de 10 de enero de 2007 (FJ. 1º), Sala Segunda, Sección Primera; Recurso de casación núm. 10622/2006; Ref. RJ 2007\253 y Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín.

2.1.2. Procedimiento

Una vez decretado el archivo, el FED lo comunicará, por cauces oficiales, a las instituciones, órganos y organismos de la Unión pertinentes, a las autoridades judiciales competentes –JI o MF¹³, así como a todas aquellas personas que, en la denuncia, aparezcan como ofendidos o perjudicados directos por el delito, aun cuando no estuvieren personados en el procedimiento (artículos 39.3 y 4 RFE, 773.2 LECRIM¹⁴ y 5, párr. 1º, *ab initio*, EOMF¹⁵).

Transcurridos cinco días, desde la comunicación, se entenderá que la misma ha sido notificada, válidamente, a las partes (artículos 39.4 RFE y 779.1, apdo. 1º, párr. 5º, *ab initio*, LECRIM)¹⁶, mediante correo electrónico o, en su defecto, correo ordinario a la dirección postal o domicilio, que hubieran designado para ello (artículos 636, párr. 2º, LECRIM y 5.1, letra *m*), LEVD¹⁷], disponiendo los denunciantes y ofendidos o perjudicados directos por la infracción penal de un plazo máximo de quince días, para comparecer ante el FED y mantener la acusación, por revestir los hechos expuestos en la denuncia, los caracteres propios de una infracción penal, y no haberse extinguido aún la responsabilidad criminal de los investigados (artículo 773.2, párr. 2º, LECRIM). Si no lo hicieren en este plazo, el FED dictará, mediante decreto, su archivo definitivo [artículo 782.2, letra *a*), LECRIM].

Contra este decreto no cabrá recurso alguno, por lo que la Sala Permanente competente sólo podrá reabrir una investigación, cuando aparezcan nuevos hechos o elementos de prueba, desconocidos en el momento de adoptar la decisión [artículos 10.3, letra *e*), y 39.2 RFE].

Finalmente, el caso será remitido, por la FE, a la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (en adelante, OLAF), y, por el MF español, al Servicio Nacional de

¹³ El cumplimiento de dicha obligación de comunicación deviene esencial para el buen funcionamiento de la FE (Considerandos 14, *in fine*, y 53, *ab initio*, RFE), y deberá ser interpretada en sentido amplio, a fin de garantizar que el ejercicio de las competencias de la FE se ajuste a lo dispuesto en su Reglamento [cfr. Csonka, P., Juszczak, A. y Sason, E. (2017): “The Establishment of the European Public Prosecutor’s Office: The Road from Vision to Reality”. *Eucriim: the European Criminal Law Associations’ fórum* 3, pp. 125-135; en especial, p. 128].

¹⁴ Aunque este precepto se encuentra ubicado dentro del Título II, dedicado al procedimiento abreviado, debe entenderse que sus disposiciones son también aplicables a cualquier clase de procedimiento penal, al apreciarse *eadem ratio decidendi* (Instrucción de la FGE núm. 4/2013, sobre las diligencias de investigación), conforme a su redacción actual dada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (BOE núm. 258, de 28.10.2002).

¹⁵ Redacción actual dada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE núm. 243, de 10.10.2007).

¹⁶ Se exceptuarán de este régimen aquellos supuestos en los que la víctima acredite que no pudo acceder al contenido de la comunicación efectuada [artículo 779.1, apdo. 1º, párr. 5º, *in fine*, LECRIM].

¹⁷ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 101, de 28.04.2015).

Coordinación Antifraude (SNCA)¹⁸, para su respectivo seguimiento en vía administrativa (Considerando 105 y artículos 39.4, *in fine*, y 101.4 RFE y 3.4 ROLAF).

2.1.3. Consecuencias y efectos

Con relación a sus consecuencias y efectos, se pueden distinguir dos supuestos:

a) de un lado, aquel que tiene lugar, tras su recepción. En este caso, el FED podrá archivar el caso, previa aprobación de la Sala Permanente competente, por lo que se trata de una decisión, con efectos análogos al sobreseimiento libre, de modo que no será posible que, con posterioridad, pueda reabrirse un nuevo proceso por los mismos hechos y contra la misma persona; y,

b) de otro, aquel que tiene su origen en la decisión que, adoptada por la Sala Permanente competente, sobre la base del informe de conclusión de la investigación, remitido por el FED, equivale al sobreseimiento provisional, por cuanto la misma se funda en motivos temporales, que permiten continuar con el procedimiento, y obtener nuevos elementos de prueba¹⁹. Esta decisión no produce efectos de cosa juzgada, por lo que no impide que la Sala Permanente pueda reabrir el procedimiento penal y practicar nuevas diligencias de investigación, cuando tenga conocimiento de nuevos hechos, desconocidos en el momento de archivar el caso [artículos 10.3, letra e), y 39.2 RFE]²⁰. De este modo, se evita que la decisión de archivar una investigación quede, al arbitrio de un único Fiscal, lo que significa que «*el archivo inicial que declara la improcedencia de la investigación*» sólo tendrá lugar, en el marco de una investigación sujeta al control del JI, cuando el FED considere que el hecho no es constitutivo de infracción penal, dado que no puede calificarse, como definitiva, aquella resolución que, habiendo sido dictada por el FED, hubiese decretado el archivo definitivo de un caso, sin haber procedido, antes, a practicar todas aquellas diligencias de investigación necesarias, para comprobar la verosimilitud de la acusación.

Como ya manifestara el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en el caso *Piotr Kossowski*²¹, el principio *non bis in idem*, recogido

¹⁸ DF Séptima de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE n.º 236, de 02.10.2015), que introdujo el apartado cuarto de la Disposición Adicional vigésima quinta de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (BOE n.º 276, de 18.11.2003), y el artículo 13.5, letra h), del Real Decreto 1113/2018, de 7 de septiembre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda (BOE n.º 218, de 08.09.2018), donde se incardina el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA).

¹⁹ STS núm. 6/2008, de 23 de enero de 2008 (FJ. 1º), Sala Segunda, Sección Primera; Recurso de casación núm. 1212/2007; Ref. RJ 2008\1562 y Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

²⁰ Este segundo apartado fue incluido, por primera vez, en la Propuesta de Reglamento relativo a la creación de la Fiscalía Europea (Documento de la Presidencia núm. 5048/17, de 31.01.2017).

²¹ STJUE de 29 de junio de 2016, Gran Sala; Caso *Piotr Kossowski* (Cuestión prejudicial); Asunto C-486/14; Ref. TJCE 2016\243 y Ponente: A. Prechal.

en los artículos 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (en adelante, CAAS) y 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), «*debe entenderse en el sentido de que una resolución del Ministerio Fiscal por la que se sobreseen las diligencias penales y se cierra con carácter definitivo, sin perjuicio de la eventualidad de una posterior reapertura del procedimiento o de una anulación de la resolución, el procedimiento de instrucción seguido contra una persona, sin imponerle sanciones, no puede calificarse de resolución firme, en el sentido de dichos artículos, cuando se desprende de la motivación de esa resolución que se puso fin al procedimiento sin llevar a cabo una instrucción en profundidad, siendo indicio de la inexistencia de esa instrucción, la falta de audiencia de la víctima [o] de un eventual testigo*» (parágrafo 32). A este respecto, es jurisprudencia reiterada del TJUE aquella que declara lo siguiente: «*para que una persona pueda considerarse “juzgada en sentencia firme” por los hechos que se le imputan, en el sentido del artículo 54 del CAAS, la acción pública debe haberse extinguido definitivamente*» (parágrafo 34), «*de modo que la resolución de que se trate origine, en el Estado contratante en el que se haya dictado, la protección conferida por el principio “non bis in idem”*»²².

«*La apreciación de este primer requisito debe efectuarse con arreglo al Derecho del Estado contratante que haya dictado la resolución penal de que se trata. En efecto, una resolución que, de acuerdo con el Derecho del Estado contratante que ha incoado diligencias penales contra una persona, no extingue definitivamente la acción pública en el ámbito nacional no puede, en principio, constituirse en un impedimento procesal para que en otro Estado contratante se inicien o prosigan diligencias penales por los mismos hechos respecto a dicha persona*» (parágrafo 35)²³.

Para determinar si el decreto que pudiera adoptar el FED español competente se ajusta al concepto «*sentencia firme*», en el sentido del artículo 54 CAAS, es preciso asegurarse, en segundo lugar, de que dicha resolución ha sido adoptada, tras un detenido examen del fondo del asunto (parágrafo 42)²⁴. De este modo, «*el principio non bis in idem formulado en ese artículo pretende evitar [...] que una persona juzgada «en sentencia firme» se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados contratantes por el hecho de ejercer su derecho a la libre circulación [en el espacio de libertad, seguridad y justicia]*» (parágrafo 44, *ab initio*).

²² STJUE de 5 de junio de 2014 (parágrafo 31), Sala Cuarta; Caso C-398/12 (Cuestión prejudicial); Asunto C-398/12; Ref. ECLI:EU:C:2014:1057 y Ponente: L. Bay Larsen.

²³ SSTJCE de 11 de febrero de 2003, Pleno; Caso *Gözütok y Brügge*; Asuntos C-187/01 y C-385/01; Cuestión prejudicial; Ref. TJCE 2003\35 y Ponente: R. Schintgen; y, de 22 de diciembre de 2008 (parágrafos 32 y 35), Sala Sexta; Caso *Turanský* (Cuestión prejudicial); Asunto C-491/07; Ref. ECLI:EU:C:2008:768 y Ponente: L. Bay Larsen.

²⁴ STJCE de 10 de marzo de 2005 (parágrafo 30), Sala Quinta; Caso *Miraglia* (Cuestión prejudicial); Asunto C-469/03; Ref. TJCE 2005\68 y Ponente: R. Schintgen; y, STJUE de 5 de junio de 2014 (parágrafo 28), Sala Cuarta; Caso C-398/12 (Cuestión prejudicial); Asunto C-398/12; Ref. ECLI:EU:C:2014:1057 y Ponente: L. Bay Larsen.



Con ello, el TJUE trata de «garantizar [cierta] seguridad jurídica mediante el [pleno] respeto de las resoluciones de los órganos públicos que han adquirido firmeza, a falta de armonización o aproximación de las legislaciones penales de los Estados miembros» (parágrafo 44, *in fine*)²⁵.

En definitiva, el artículo 54 CAAS implica necesariamente la existencia de cierta confianza mutua entre Estados miembros, aun cuando cada sistema de justicia penal conduzca a una solución diferente (parágrafo 50)²⁶.

Ahora bien, ¿cuán relevantes y fiables deberían ser estos nuevos hechos, para permitir la reapertura de un caso? ¿qué ocurriría si, después de decretar el archivo de un caso, el FED continuara realizando actos de investigación y descubriera nuevos hechos, que le sirvieran para reabrirlo? ¿podrían estos nuevos hechos, descubiertos, de forma irregular, ser utilizados para reabrir un caso archivado o justificar la decisión de presentar el correspondiente escrito de acusación en un procedimiento penal?

Como plantea CAIANIELLO²⁷, parece evidente que el archivo definitivo impide continuar el procedimiento de investigación. Sin embargo, ¿permiten los motivos de archivo que el FED español competente pueda presentar escrito de acusación, contra los presuntos responsables, ante los órganos jurisdiccionales españoles, si no han aparecido nuevos hechos, en relación con la misma causa?

En cuanto a la primera de las cuestiones suscitadas, parece razonable pensar que los nuevos hechos debieran presentar, al menos, *prima facie*, algún valor probatorio, que permita, a estos «nuevos hechos» o hechos de nueva noticia o conocimiento, convertir en «posible», el ejercicio de aquella acción penal, que haya llegado a ser imposible, por falta de pruebas (artículos 39.1 y 2 RFE). Ningún criterio recoge, a este respecto, el RFE, por lo que este vacío normativo intensifica el carácter discrecional y la incertidumbre que, *per se*, entraña el concepto de *suficiencia probatoria*, sometido a ciertos estándares de interpretación *subjetiva*.

Esta incertidumbre se verá incrementada en el ámbito de las investigaciones transfronterizas en que intervenga la FE, habida cuenta de que el RFE no permite determinar, *a priori*, la jurisdicción nacional competente, para conocer del acto de juicio, por lo que, en principio, no podrá conocerse el criterio o parámetro aplicable, hasta no saber, exactamente, el país en que, finalmente, se ejercitará la acción penal.

En todo caso, la interpretación más razonable parece ser aquella, en cuya virtud, los nuevos hechos debieran tener una relevancia tal, que le permitiese a la Sala Permanente cumplir el criterio exigido, por la legislación nacional, para justificar la reapertura y el ejercicio de la acción penal ante sus órganos

²⁵ SSTJCE de 28 de septiembre de 2006 (parágrafo 27), Sala Primera; Caso *Gasparini* (Cuestión prejudicial); Asunto C-467/04; Ref. TJCE 2006\277 y Ponente: N. Colneric; y, de 22 de diciembre de 2008 (parágrafo 41), Sala Sexta; Caso *Turanský* (Cuestión prejudicial); Asunto C-491/07; Ref. TJCE 2008\348 y Ponente: L. Bay Larsen; y, STJUE de 27 de mayo de 2014 (parágrafo 77), Gran Sala; Caso *Spasic* (Cuestión prejudicial); Asunto C-129/14 PPU; Ref. TJCE 2014\192 y Ponente: C. Toader.

²⁶ STJCE de 11 de diciembre de 2008 (apartado 37), Sala Segunda; Caso *Klaus Bourquain* (Cuestión prejudicial); Asunto C-297/07; Ref. TJCE 2008\299 y Ponente: L. Bay Larsen.

²⁷ Caianiello, M. (2018): "Capítulo 8. La decisión sobre el archivo...", *op. cit.*, pp. 204-208.

jurisdiccionales. De este modo, será suficiente que el FED demuestre el potencial de los hechos, para hacer posible el ejercicio de la acción penal, sin tener que llegar a demostrar, en principio, la certeza de esos nuevos hechos o su valor probatorio, para acusar o condenar, a los presuntos responsables.

En relación con la segunda cuestión propuesta, resulta evidente que, sin la debida autorización de la Sala Permanente, no es posible reabrir un caso, respecto del cual, se haya decretado, previamente, su archivo. Por esta razón, dicha información o elemento probatorio, obtenidos con vulneración de esta previsión, no deberían poder ser utilizados, para justificar la reapertura de un caso y, menos aún, servir como prueba en el acto del juicio oral. Por tanto, aquellos nuevos hechos que pudieran servir como fundamento, para reabrir un caso deberán ser conocidos, en todo caso, por la FE, a través de otras fuentes «*independientes*», admitidas por nuestra LECRIM.

Ejemplo de ello podrían ser aquellos hechos conocidos, a partir de una investigación de la OLAF o del MF español no implicado en el caso.

Esta prohibición presenta un alcance limitado, por cuanto sólo veda, al FED español competente, la posibilidad de realizar nuevas diligencias de investigación, sobre la misma persona, por los mismos hechos, en base al mismo fundamento [*ne bis in idem*²⁸]. Ello no afecta, en consecuencia, a aquellos datos obtenidos, a través de otras investigaciones, desarrolladas por la FE, el MF, la Policía Judicial o las instituciones, órganos u organismos de la Unión, en relación con otros sujetos, hechos o fundamentos, que lo justifiquen. En este sentido, parece lógico considerar que, sin la debida autorización previamente otorgada por la Sala Permanente, no podría reanudarse una investigación, ni reabrirse una causa, para ejercer la acción penal.

Si esta prohibición sólo se aplicara a las investigaciones, resultaría fácil eludirla, pues bastaría que el FED ejerciera, primero, la acusación, para poder, posteriormente, realizar actos de investigación, encaminados a obtener nuevas pruebas sobre tales hechos. Por ello, sólo podrá decretarse la reapertura de un asunto, previamente archivado, si, así, lo autoriza la Sala Permanente [artículo 10.3, letra e), RFE].

A la vista de los limitados efectos a que da lugar el archivo por falta de pruebas²⁹, cabe preguntarse, a continuación, qué alcance ostentan aquellos efectos

²⁸ Para un estudio más detenido sobre el principio *non bis in idem* y sus efectos en el espacio judicial europeo, *vid.* Ligeti, K. (2009): “Rules on the application of *ne bis in idem* in the EU: is further legislative action required?”. *Eucrim: the European Criminal Law Associations’ forum* 1-2, pp. 37-43; Sitbon, E. (2018): “8. Ancillary Crimes and *Ne Bis in Idem*”. In Geelhoed, W., Erkelens, Leendert, H. y Meij, A. (Eds.) *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor’s Office*. Springer. T.M.C. Asser Press. The Hague, pp. 129-140; y, Vervaele, J. (2013): “*Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*”. *Utrecht Law Review*, p. 211.

²⁹ Sobre el principio *non bis in idem* y su aplicación en aquel caso en que se haya decretado el archivo de la causa por falta de pruebas, puede leerse la interpretación que, de ello, ha realizado, en varias ocasiones, el TJCE, al declarar que el artículo 54 del CAAS es también aplicable a aquella resolución dictada por una autoridad judicial de un Estado contratante, conforme a la cual, se absuelva, definitivamente, a un acusado, por falta de pruebas. De este modo, se excluye de su ámbito de aplicación,

derivados de la aplicación del principio *non bis in idem*. Para ello, conviene traer a colación el caso *Gasparini*³⁰, donde el TJUE, consciente de la existencia de una tutela multinivel en materia procesal entre los diversos Estados miembros, declaró aplicable el principio *ne bis in idem* (artículo 54 CAAS) «a la resolución de un tribunal de un Estado Contratante, dictada tras haberse ejercitado la correspondiente acción penal, en virtud de la cual se absuelve definitivamente un inculpado por haber prescrito el delito que dio lugar a la incoación de diligencias penales»³¹. Lo mismo puede expresarse, en relación con el archivo de una causa penal, por haberse dictado sentencia firme, respecto a los mismos hechos y sospechosos o acusados [artículo 39.1, letra f)], o concedido amnistía [artículo 39.1, letra c)] o inmunidad de jurisdicción [artículo 39.1, letra d)] a los presuntos responsables.

2.2. Terminación anticipada por motivos de oportunidad

2.2.1. Desistimiento por escasa relevancia de los hechos

Cuando la investigación tenga, por objeto, un hecho delictivo, calificado como fraude o indisociablemente vinculado a él (artículos 22.1 y 3 RFE y 3 y 4 Directiva PIF)³², que perjudique los intereses financieros de la UE [artículo 3.2,

toda decisión, relativa al archivo de un asunto, adoptada por las autoridades judiciales de un Estado miembro, después de que el MF hubiese decidido no mantener la acusación, debido, únicamente, al inicio de un nuevo procedimiento penal en otro Estado miembro contra el mismo investigado y por los mismos hechos, sin que exista apreciación alguna sobre el fondo del asunto (párrafo 60, *ab initio*) [cfr. SSTJCE de 10 de marzo de 2005 (párrafo 30), Sala Quinta; Caso *Miraglia* (Cuestión prejudicial); Asunto C-469/03; Ref. TJCE 2005\68 y Ponente: R. Schintgen; y, de 22 de diciembre de 2008 (párrafo 33), Sala Sexta; Caso *Turanský* (Cuestión prejudicial); Asunto C-491/07; Ref. ECLI:EU:C:2008:768 y Ponente: L. Bay Larsen].

³⁰ STJCE de 28 de septiembre de 2006 (párrafo 33), Sala Primera; Caso *Gasparini* (Cuestión prejudicial); Asunto C-467/04; Ref. TJCE 2006\277 y Ponente: N. Colneric.

³¹ Klip, A. (2009): *European Criminal Law. An Integrative Approach*. Intersentia. Cambridge. United Kingdom, p. 297.

³² Entre ellos, son delitos indisociablemente vinculados o conexos al fraude (Considerandos 55 y 56 y artículo 22.1): a) la participación en organizaciones criminales, definidas en DM 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (DOUE L 300, de 11.11.2008), cuya actividad principal sea la comisión de alguno de los delitos a que hace referencia el artículo 22.1 del RFE (Considerando 57 y artículo 22.2 RFE); b) el blanqueo de capitales descrito en el artículo 1.3 de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (DOUE L 141, de 05.06.2015), cuando afecte a los intereses financieros de la UE (artículo 4.1 Directiva PIF); c) la corrupción activa y pasiva, cuando se cometa intencionalmente y, siempre que perjudique o pueda perjudicar los intereses financieros de la Unión (artículo 4.2 Directiva PIF); así como, d) la malversación, cuando se cometa intencionalmente (artículo 4.3 Directiva PIF). Se excluyen de su ámbito de aplicación material todos aquellos hechos delictivos referentes a los impuestos directos nacionales, incluidos los delitos indisociablemente vinculados a ellos

letras *a*) y *b*), Directiva PIF], la FE, previa consulta con las autoridades nacionales competentes –JI y MF–, podrá decidir no ejercer su competencia y remitir el caso, sin dilación indebida, a estas últimas, si (artículo 25.3 RFE):

a) la sanción máxima establecida, por la legislación nacional –el CP –, para un delito, incluido en el ámbito del artículo 22.1 del RFE es igual o inferior a la sanción máxima establecida para el delito conexo, salvo que este último haya servido como medio o instrumento, para cometer el delito principal (artículo 22.3); o,

b) existe algún motivo para suponer que el perjuicio causado o que puede causar su comisión, a los intereses financieros de la UE, no es mayor que el perjuicio causado o que puede causarse a otra víctima (artículos 25.3 y 6, 34.6 y 39.3, *ab initio*, RFE). El cumplimiento de esta condición no será requisito necesario, para atribuir la competencia del caso a la FE, cuando se trate de hechos delictivos tipificados en el artículo 3.2, letras *a*), *b*) y *d*), de la Directiva PIF (artículo 25.3, párr. 4º, RFE).

En tales supuestos, la FE «transferirá el expediente» a la autoridad nacional competente, «se abstendrá de adoptar nuevas medidas de investigación», «cerrará el caso» [artículos 10.3, letra *d*), 34.7, *in fine*, y 39.3, *in fine*, RFE] e informará de ello, a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, que considere pertinentes, así como a los investigados y a las víctimas (artículos 34.8 RFE y 773.1, párr. 1º, LECRIM). De este modo, cabe la posibilidad de que la FE aprecie, de oficio, su propia incompetencia³³ y remita el caso a la autoridad nacional competente, cuando estime que el perjuicio causado o que se haya podido ocasionar, a los intereses financieros de la UE, no es mayor que el perjuicio causado o que se haya podido causar a otra víctima, salvo que se trate de hechos delictivos, que puedan subsumirse en el tipo penal, que recogen los apartados *a*) y *b*) del artículo 2 de la Directiva PIF, en cuyo caso, será competente la FE, cualquiera que sea la cuantía defraudada o la entidad del perjuicio ocasionado. En estos casos, no se admite el desistimiento o la abstención para investigar y acusar, pero sí la propuesta de reconducción a un procedimiento simplificado de ejercicio de la acción penal por acuerdo, como manifestación del principio de oportunidad reglado en que se funda la redacción actual del RFE.

También procederá el archivo del caso y su remisión a las autoridades nacionales competentes, cuando el perjuicio causado o que pueda causar el hecho delictivo (artículo 22 del RFE) no supere los diez mil euros (10.000 €), ni tenga repercusión en diversos Estados miembros, ni estén implicados funcionarios o agentes de la Unión o miembros de sus instituciones (artículo 25.2 RFE). Se trata, en consecuencia, de un supuesto, donde interviene cierto componente discrecional, a

(artículo 22.4, *ab initio*, RFE). Con ello, el RFE otorga prioridad a la competencia de la FE, habida cuenta de que los delitos económicos no aparecen, habitualmente, en la práctica, de forma aislada.

³³ González Cano, M.I. (2018): “La Fiscalía Europea. Especial consideración sobre su actuación con arreglo al principio de oportunidad”. En Arangüena Fanego, C. y De Hoyos Sancho, M. (Dirs.) *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia, p. 565.

la hora de valorar el perjuicio ocasionado a los intereses financieros de la Unión, así como a otras posibles víctimas del hecho delictivo, que sirve como criterio de atribución de la competencia.

2.2.2. Reconducción a procedimientos simplificados por acuerdo

Conforme a esta manifestación del principio de oportunidad, la PRFE (2013) autorizaba, al FE, a llegar a un acuerdo con el investigado, que determine el archivo del procedimiento (artículo 40.3, *in fine*, RFE). Así, la PRFE (dentro de la Sección 4 del Capítulo III, sobre la «Finalización de la investigación y competencias para incoar procedimientos penales de la investigación»), tras enumerar los supuestos relativos al archivo de la causa, concedía al FE, la posibilidad de archivar el caso, siempre que (Considerando 31 y artículo 28.2):

a) la infracción estuviese tipificada como *delito menor*, según la norma de transposición nacional, por la que se aplique la Directiva PIF; o,

b) no existiesen pruebas suficientes o pertinentes, para mantener la acusación ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

Si, finalmente, el caso no era archivado, la PRFE (2013) concedía, al FE, la posibilidad de proponer al sospechoso, el pago de una multa, a tanto alzado, que, una vez abonada, diese lugar al archivo del caso, previa compensación de los daños, y siempre que ello contribuyese, de forma efectiva, a la buena administración de la justicia (artículo 29).

Cuando el sospechoso aceptase la transacción y abonase el pago de los daños y la multa, el FE decretaría el archivo de la causa y lo notificaría, por cauces oficiales, a las autoridades nacionales competentes. Este archivo quedaba, en consecuencia, excluido de todo control jurisdiccional.

Con la aplicación de este principio, la PRFE (2013) mitigaba el principio de legalidad penal, dando una libertad casi absoluta al FE, para retirar o renunciar a la acusación *ad nutum*.

Así pues, la PRFE (2013) convertía al FE, en dueño, no sólo de la acusación, sino también de la sanción penal, con independencia de que dicha conducta se encontrase o no tipificada en la ley penal, pues lo facultaba, para transformar la sanción y solicitar el *quantum* de la multa que, según su criterio, debiese abonar el investigado para evitar el juicio oral. Ello situaba al supuesto infractor ante una disyuntiva perversa, pues, únicamente, se libraría del juicio oral, si hacía frente a la multa que estableciera el FE, la cual no quedaría sujeta ni a límite ni a control jurisdiccional alguno, por parte de las autoridades judiciales internas u órganos de la UE.

Conviene recordar, en este punto, que la única obligación impuesta al FE en la PRFE (2013) consistía en comunicar el archivo a las autoridades policiales y judiciales competentes (artículo 29.3). Ello no implicaba, sin embargo, un auténtico control judicial del archivo ordenado por el FE, aún *a posteriori*, ya que dicha

garantía se excluía del ámbito de aplicación de la PRFE (artículo 29.4)³⁴. Se trataba, por tanto, de una manifestación del principio de oportunidad, que, únicamente, quedaba condicionada a la compensación de daños a la UE.

Con ello, la configuración del principio de oportunidad en la PRFE de 2013 incurría en tres importantes defectos:

a) la exorbitante discrecionalidad que se le concedía al FE, en orden a la celebración del acuerdo transaccional, lo que suponía, como afirma MORENO CATENA³⁵, «una presión intolerable para el sospechoso», que se encontraría ante la difícil decisión de optar, o bien por pagar la suma de la multa fijada discrecionalmente por el FE, o bien por enfrentarse al juicio oral y, en su caso, la pena que se fijara en sentencia;

b) la ausencia de criterios para fijar el *quantum* de la multa, cuyo pago devenía condición imprescindible para proceder al archivo del caso, lo que provocaba una situación de indefensión para el sospechoso o investigado; y,

c) la falta de procedimiento preestablecido, para llevar a cabo la transacción, colocando al sospechoso ante un escenario, carente de garantías y control judicial, previo o posterior, sobre el archivo y la cuantía de la multa que fijase el FE.

La ausencia de control jurisdiccional ha sido, probablemente, el principal obstáculo, por el que esta manifestación del principio de oportunidad, libre y contraria al principio de legalidad, ha sido objeto de reformulación en la PRFE (2017)³⁶.

Consciente de estos problemas, la UE, mediante la PRFE (2017) y, finalmente, el RFE, optan por asumir la coexistencia de diversos tipos de procedimiento simplificado por acuerdo (artículo 40), a través del principio de legalidad (Considerando 66), en orden a la consecución de una regulación que, en cualquier otro caso, hubiera devenido imposible, debido a la falta de consenso existente en esta materia.

Cuando la FE ejerza su competencia, en relación con alguno de los delitos a que hace referencia el artículo 3.2, letras a) y b), de la Directiva PIF, y el perjuicio causado o que se pueda causar a los intereses financieros de la Unión no sea mayor que el perjuicio causado o que se pueda causar a otra víctima, el FED, encargado del caso, podrá consultar a las autoridades nacionales competentes –JI y MF–, antes de

³⁴ Bachmaier Winter, L. (2015): “The Potential Contribution of a European Public Prosecutor in Light of the Proposal for a Regulation of 17. July 2013”. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 23(2), pp. 121-144.

³⁵ Moreno Catena, V. (2014): *La Fiscalía Europea y Derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch. Valencia, p. 160.

³⁶ En tal sentido, se pronunció el Informe Provisional sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea [COM(2013) 0534 – 013/0255(APP)], de 18 de marzo de 2015, Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, Ponente: Monica Macovei (A8-0055/2015), al confirmar la necesidad de establecer un control jurisdiccional respecto de toda decisión que adopte la FE; de tal modo, que las decisiones que adopte la FE ante de incoar el procedimiento penal o al margen de éste, tales como la decisión de iniciar una investigación, elegir la jurisdicción competente para el enjuiciamiento (*forum shopping*), proceder a decretar el archivo de un asunto o llevar a cabo transacciones con el investigado, quedarán sujetas, en todo caso, a control jurisdiccional.

proponer, a la Sala Permanente competente, reconducir el procedimiento a los cauces, establecidos en el Derecho nacional³⁷, para los procedimientos simplificados (artículo 40.1, párr. 2º, RFE).

Antes de adoptar una decisión, la Sala Permanente competente valorará (artículo 40.2 RFE): *a*) la gravedad de la infracción, en particular, la entidad del perjuicio causado; *b*) la voluntad del presunto infractor de reparar los daños y resarcir el perjuicio ocasionado; y, *c*) la coherencia que el procedimiento simplificado guardaría con los objetivos generales y principios básicos en que se fundamenta la FE (Considerandos 12 y 65 y artículo 5).

Cuando la Sala Permanente competente acepte la propuesta, lo comunicará al FED, para que aplique el procedimiento simplificado, con arreglo a las condiciones previstas en el Derecho nacional, y lo registre en el sistema de gestión de casos (artículo 40.3, *ab initio*, RFE).

Una vez concluido el procedimiento simplificado de ejercicio de la acción penal por acuerdo y, cumplidas las condiciones convenidas con el investigado, la Sala Permanente competente ordenará, al FED, que realice todas aquellas actuaciones, que considere oportunas, para poner fin al procedimiento (Considerando 82, *in fine*, y artículo 40.3, *in fine*, RFE).

En relación con las consecuencias y efectos que se deriven del acuerdo, alcanzado en el marco de un procedimiento penal simplificado, será aplicable el razonamiento seguido en la Sentencia *Gözütok y Brügge*³⁸, donde el TJUE declaró que:

«El principio ne bis in idem, consagrado en el artículo 54 del convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica de Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, como los controvertidos en los litigios principales, por los que el ministerio fiscal de un Estado miembro ordena al archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal» (parágrafo 48).

Asimismo:

«El artículo 54 del CAAS, que pretende evitar que una persona, por el hecho de que ejerza su derecho a la libre circulación, será perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios estados miembros, sólo pueden contribuir

³⁷ Ello significa que el acuerdo se someterá a unas condiciones más o menos severas, dependiendo de la ley que resulte aplicable [cfr. Zárata Conde, A. y De Prada Rodríguez, M. (2018): "Capítulo 9. Reflexiones sobre la transacción en el marco de la Fiscalía Europea". En Bachmaier Winter, L. (Coord.) *La Fiscalía Europea*. Marcial Pons. Madrid, p. 222].

³⁸ STJCE de 11 de febrero de 2003, Pleno; Caso *Gözütok y Brügge*; Asuntos C-187/01 y C-385/01; Cuestión prejudicial; Ref. TJCE 2003\35 y Ponente: R. Schintgen.

eficazmente al íntegro cumplimiento de tal objeto si se aplica también a las decisiones por las que se activan definitivamente las diligencias penales en un Estado miembro, aun cuando se adopten sin intervención de un órgano jurisdiccional y no adopte la forma de una sentencia» (parágrafo 38).

En consecuencia, los efectos del principio *non bis in idem* se extenderán a todos aquellos «*procedimientos de extinción de la acción pública*», en los que «*el ministerio fiscal de un Estado miembro orden[e] el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal*», con independencia de que «*la víctima [o] cualquier otro perjudicado por el comportamiento del imputado [puedan] ejercitar o mantener [la] acción civil, [para] solicitar la reparación del perjuicio sufrido*» (parágrafo 47, *in fine*)³⁹.

En España, este procedimiento podrá ser entendido⁴⁰, bien como:

a) conformidad *privilegiada* o *premial* (artículos 779.1, párr. 5º, LECRIM, en el procedimiento abreviado, y 801 LECRIM, respecto al enjuiciamiento rápido de determinados delitos), o conformidad *a limine*, antes de iniciarse la práctica de la prueba en el acto de juicio oral (artículos 784.3 y 787.1 LECRIM, en el procedimiento abreviado, y 655 y 688 a 700 LECRIM, en el procedimiento ordinario); bien como,

b) procedimiento por aceptación de Decreto [artículo 803 *bis*, letras *a)* a *j)*, LECRIM], cuando se trate de delitos con pena de multa, trabajos en beneficio de la comunidad, privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores o prisión que no exceda de un año, siempre que pueda ser suspendida, con arreglo al artículo 80 CP, y el investigado o acusado repare, de forma efectiva, los daños y perjuicios ocasionados. No obstante, ello plantea un problema fundamental, por cuanto excluye de su ámbito de aplicación objetivo, todos aquellos hechos delictivos que estén castigados, en abstracto, con una pena de prisión superior a un año, lo que significa que todos los delitos contra los intereses financieros de la Unión, que sean competencia de la FE, y que hayan sido cometidos por personas físicas, quedarán excluidos de este procedimiento [artículos 22 RFE, 7.3 Directiva PIF y 803 *bis*, letra *a)*, LECRIM], por lo que, únicamente, será posible reconducir la investigación a un procedimiento por aceptación de Decreto, cuando el investigado sea una persona jurídica y se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 803 *bis*, letra *a)*, de la LECRIM (artículo 9 Directiva PIF).

³⁹ En este mismo sentido, se han manifestado Caianiello, M. (2018): “Capítulo 8. La decisión sobre el archivo...”, *op. cit.*, pp. 204-208; y, Vervaele, J. (2005): “The transnational *ne bis in idem* principle in EU, mutual recognition and equivalent protection of human rights”. *Utrecht Law Review*, p. 100.

⁴⁰ González Cano, M.I. (2018): “La Fiscalía Europea...”, *op. cit.*, p. 572.

3. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bachmaier Winter, L. (2015): "The Potential Contribution of a European Public Prosecutor in Light of the Proposal for a Regulation of 17. July 2013". *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 23(2).
- Caianiello, M. (2018): "Capítulo 8. La decisión sobre el archivo de la causa: ¿res iudicata o transferencia de la competencia". En Bachmaier Winter, L. (Coord.) *La Fiscalía Europea*. Marcial Pons. Madrid.
- Csonka, P., Juszczak, A. y Sason, E. (2017): "The Establishment of the European Public Prosecutor's Office: The Road from Vision to Reality". *Eu crim: the European Criminal Law Associations' fórum* 3.
- González Cano, M.I. (2018): "La Fiscalía Europea. Especial consideración sobre su actuación con arreglo al principio de oportunidad". En Arangüena Fanego, C. y De Hoyos Sancho, M. (Dir.) *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- Klip, A. (2009): *European Criminal Law. An Integrative Approach*. Intersentia. Cambridge. United Kingdom.
- Ligeti, K. (2009): "Rules on the application of ne bis in idem in the EU: is further legislative action required?". *Eu crim: the European Criminal Law Associations' fórum* 1-2.
- Moreno Catena, V. (2014): *La Fiscalía Europea y Derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- Roma Valdés, A. (2018): "La investigación de la Fiscalía Europea y el derecho de defensa". En Arangüena Fanego, C. y De Hoyos Sancho, M. (dir.) *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- Sitbon, E. (2018): "8. Ancillary Crimes and Ne Bis in Idem". In Geelhoed, W., Erkelens, Leendert, H. y Meij, A. (Eds.) *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*. Springer. T.M.C. Asser Press. The Hague.
- Vervaele, J. (2005): "The transnational ne bis in idem principle in EU, mutual recognition and equivalent protection of human rights". *Utrecht Law Review*.
- Vervaele, J. (2013): "Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?". *Utrecht Law Review*.
- Vilas Álvarez, D. (2018): "Capítulo 2. La competencia material de la Fiscalía Europea". En Bachmaier Winter, L. (Coord.) *La Fiscalía Europea*. Marcial Pons. Madrid.
- Zárate Conde, A. y De Prada Rodríguez, M. (2018): "Capítulo 9. Reflexiones sobre la transacción en el marco de la Fiscalía Europea". En Bachmaier Winter, L. (Coord.) *La Fiscalía Europea*. Marcial Pons. Madrid.