

HIS PROVIDE ET PRO...

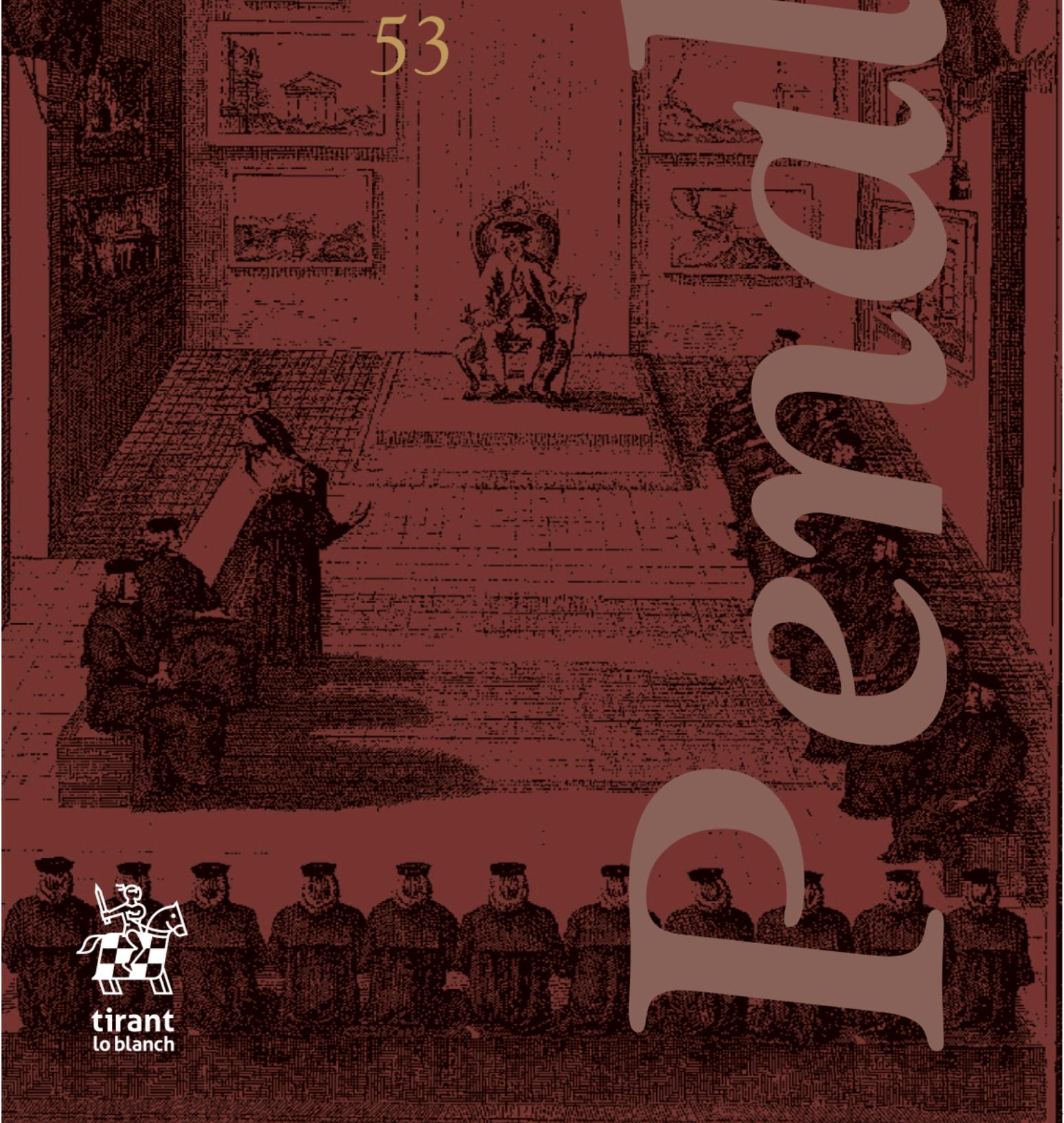
INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

Revista

Enero 2024

53

Renal



tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 53

Sumario

Doctrina:

– La lucha contra la corrupción en la Unión Europea a través de la OLAF y la Fiscalía Europea, por <i>Álvaro Alzina Lozano</i>	5
– Sobre la protección penal del medio ambiente. Especial referencia al ecocidio, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	22
– Política criminal del Código Penal frente a los hechos delictivos perpetrados con relevancia femenina, por <i>Emiliano Borja Jiménez</i>	38
– El ejercicio de políticas recaudatorias a través del Derecho penal: notas críticas sobre el fundamento fiscal de la regularización tributaria, por <i>Miguel Bustos Rubio</i>	64
– El nuevo delito del 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico, por <i>Cristina García Arroyo</i>	82
– La legislación antidiscriminatoria italiana a la luz de la legislación y la jurisprudencia supranacional y el nuevo proyecto de Ley contra las discriminaciones de género (la homofobia), por <i>Anna Maria Maugeri</i>	96
– El surgimiento de los compliance programs y su relevancia en el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas en EE.UU., por <i>Lucas G. Menéndez Conca</i>	131
– La protección penal del medio ambiente: especial referencia a la flora como elemento de la biodiversidad, por <i>Daniel Montesdeoca Rodríguez</i>	151
– El derecho de defensa ante el Código penal: el nuevo delito de ocultar información sobre el paradero del cadáver, por <i>Elena Núñez Castaño</i>	181
– El principio de territorialidad y la participación delictiva transnacional, por <i>Andrés Payer</i>	203
– El art. 510 CP a examen: aspectos jurídico-penales de su regulación típica, por <i>Antonio Rodríguez Molina</i>	223
– El caso <i>Vos Thalassa</i> . El principio de <i>non refoulement</i> y el reconocimiento de la legítima defensa de los migrantes en caso de devolución a Libia, por <i>Andrea Tigrino</i>	242
Sistemas penales comparados: El delito de enriquecimiento ilícito (<i>Illicit enrichment</i>)	257

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Victor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I^o
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Alessandro Melchionda. Univ. Trento
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Veronika Albach y Christoph Hollman (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)
Jiajia Yu (China)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Federica Raffone (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)

Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Ana Cecilia Morún Solano y John Charles Sirvent Istúriz (República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Baris Erman (Turquía)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELEF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf



La lucha contra la corrupción en la Unión Europea a través de la OLAF y la Fiscalía Europea

Álvaro Alzina Lozano

Revista Penal, n.º 53 - Enero 2024

Ficha Técnica

Autor: Álvaro Alzina Lozano

Adscripción institucional: Profesor Contratado Doctor Interino, Universidad Rey Juan Carlos

Title: The fight against corruption in the European Union through OLAF and the European Public Prosecutor's office

Sumario: 1. Introducción y aproximación al concepto de corrupción. 2. Marco jurídico de la lucha contra la corrupción en la Unión Europea y su aproximación al Derecho penal. 2.1 Eurojust como instrumento de la lucha contra la corrupción. 2.2 El Tratado de Lisboa, el impulso necesario en la lucha contra la corrupción en el ámbito penal. 3. La colaboración entre la OLAF y la Fiscalía para luchar contra la corrupción en la UE. 3.1 La Oficina de Lucha contra el Fraude. 3.2. La Fiscalía Europea como instrumento de investigación de ilícitos penales. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Summary: 1. Introduction and approach to the concept of corruption. 2. Legal framework for the fight against corruption in the European Union and its approximation to criminal law. 2.1 Eurojust as an instrument in the fight against corruption. 2.2 The Treaty of Lisbon, the necessary impulse in the fight against corruption in the criminal field. 3. Collaboration between OLAF and the Public Prosecutor's Office in the fight against corruption in the EU. 3.1 The Anti-Fraud Office. 3.2. The European Public Prosecutor's Office as an instrument for the investigation of criminal offenses. 4. Conclusions. 5. Bibliography

Resumen: La corrupción en la Unión Europea es un hecho negativo que sigue manifestándose hoy en día. Para evitar este tipo de conductas se ha articulado una política de prevención y represión a través de las distintas herramientas que tiene la UE a su disposición entre las que cabe destacar la cooperación policial y judicial. La protección de los intereses financieros ha significado un paso relevante para la lucha contra esta lacra que es la corrupción y el fraude, ya que una de las barreras que existen en la actualidad para el desarrollo del proceso de integración europea es la corrupción. Es por tanto, que desde la Unión Europea se ha articulado una política para perseguir cualquier tipo de corrupción desde distintos ámbitos para llevar a cabo una política integral, como son la cooperación entre Estados, la armonización judicial y dotar a la propia Unión de herramientas propias para poder investigar este tipo de hechos.

Palabras clave: Corrupción, Fraude, Derecho Penal, Cooperación Judicial.

Abstract: Corruption in the European Union is a negative fact that continues to manifest itself today. In order to prevent this type of behaviour, a policy of prevention and repression has been articulated through the various tools available to the EU, including police and judicial cooperation. The protection of financial interests has been an important step in the fight against the scourge of corruption and fraud, since one of the current barriers to the development of the European integration process is corruption. Therefore, the European Union has articulated a policy to pursue any type of corruption from different areas in order to carry out a comprehensive policy, such as cooperation between states, judicial harmonisation and providing the Union itself with its own tools to investigate this type of incident.

Key words: Corruption, Fraud, Criminal Law, Judicial Cooperation, Judicial Cooperation.

Observaciones: Este trabajo es resultado de la actividad investigadora del proyecto PID2022-138796NA-I00, cuyo título es “Ganancias Ilícitas y Sistema De Justicia Penal: Una Perspectiva Global”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Convocatoria de ayudas a proyectos de generación de conocimiento).

Rec.: 13-03-2023 **Fav.:** 11-10-2023

1. INTRODUCCIÓN Y APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

La corrupción, desgraciadamente, es una realidad social, un hecho negativo que provoca una pérdida patrimonial importante a los Estados cada año. Este problema que se ha reproducido a lo largo de los siglos conlleva un gran perjuicio desde el punto ético para la sociedad. Además, están surgiendo nuevas formas de corrupción que no solo afectan a la función pública, sino también, por ejemplo, al deporte, presenciando, en ocasiones, la manipulación de partidos y eventos deportivos¹.

El término “corrupción” no tiene un único sentido. No es posible configurar un criterio uniforme por las distintas concepciones que agrupa en la actualidad, pero sí podemos afirmar que el criterio que se ha fijado para entender la corrupción ha tenido una concepción enfocada en la administración pública, es decir, la corrupción cometida por funcionarios públicos o autoridades públicas del Estado². Respecto a este fenómeno, hay que poner de manifiesto que en la actualidad puede llevarse a cabo también por particulares, lo que provoca la necesidad de ampliar dicho concepto a otro tipo de conductas. Si tomamos en consideración la delimitación que hace del término Castro Cuenca, lo dividiríamos en tres conceptos: el primero da cuenta de la corrupción como el quebrantamiento de lo público, con

el fin de satisfacer el interés personal de la propia persona; el segundo concepto que presenta, señala la corrupción como el comportamiento negativo a la hora de realizar su oficio, abusando de su posición y su poder; respecto al tercer concepto, está enfocado a las personas que utilizan esta posición de poder para conseguir un beneficio más allá de su propio puesto³.

Referido a la corrupción desde la órbita pública, una aproximación al concepto puede ser la establecida por De la Cuesta Arzamendi, al referirse a este fenómeno como “un comportamiento criminal sistemático y organizado que tiene que ver mucho con la criminalidad económica y con el crimen organizado, el cual desarrolla no pocas iniciativas de soborno de cara a penetrar y a influir sobre los Estados, o sobre la economía de los Estados”⁴. A esta definición habría que añadir la referencia que realiza Ferré Olivé al señalar que en este tipo de prácticas, tanto en el ámbito público como en el privado, “genera vicios difíciles de reparar en la gestión pública y en buena medida se producen alteraciones en el conjunto de la economía”⁵.

Pero esta falta de uniformidad a la hora de hablar de corrupción provoca que puedan adoptarse muchas conductas como tal. García Sánchez señala que es un problema que afecta a toda la Comunidad Internacional (cibercriminalidad, transacciones internacionales, productos financieros derivados...), más aún cuando los delincuentes han conseguido burlar los sistemas de de-

1 El artículo 286 bis apartado cuarto, incluye la corrupción en eventos deportivos: “4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva”.

2 Cabe destacar cual es considerada como una de las acciones típicas en la corrupción en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2011, establece que una de las conductas típicas es el corromper o intentar corromper, señalando la propia Sentencia que este concepto es muy genérico y amplio, pero que recoge una serie de conductas como son el ofrecimiento, la promesa o la entrega de dádivas o presentes. Roj: SAN 493/2017 de 23 de febrero de 2017. Audiencia Nacional. Sala de lo Penal.

3 CASTRO CUENCA, C. G. *La corrupción en la contratación pública en Europa*. Ed. Ratio Legis/Universidad de Salamanca. 2009. pp.27-30.

4 DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. Iniciativas internacionales contra la corrupción. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 2003, no 17, p.7.

5 FERRÉ OLIVÉ, J. C. Delincuencia internacional: la corrupción y su incidencia en los derechos civiles, económicos y sociales de las personas, y en el desarrollo de los pueblos. En *Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional*. Universidad Internacional de Andalucía, 2008. p. 45-53.

terminados países, estableciéndose en otros en los que este tipo de actos se consideran impunes⁶.

Es por ello que, desde el ámbito de las organizaciones internacionales, se quiera proponer una colaboración de los Estados, o tomen ellas mismas un criterio para definir los hechos que se consideran corrupción. Se realiza con el propósito de dar uniformidad a este tipo de hechos para trasladarlos a la ciudadanía con planes de prevención, educación en valores para toda la sociedad, y represión a través de leyes administrativas y penales. El objetivo es poder evitar que la corrupción siga siendo una de las principales preocupaciones de los ciudadanos, sobre todo, en el ámbito del sector público donde se considera uno de los problemas recurrentes en los países⁷.

Debemos poner de manifiesto esta profunda preocupación de la ciudadanía respecto a la corrupción y al fraude, más aún en un entorno en el que la sociedad comprueba con profundo malestar el destino ilícito de determinados fondos públicos. Además, el papel de la Unión Europea como organización tiene como objetivo la integración europea, no sólo económica y política, sino también jurídica y social, siendo conveniente para ello la armonización de determinadas normas con el propósito de conseguir el progreso y el desarrollo de los Estados.

El objetivo de que estos hechos se persigan a nivel europeo es evitar poner en entredicho a la propia Unión Europea, y por ende, al proyecto de integración europea. Ejemplo de ello es el denominado “Qatargate” donde se están investigando pagos por parte de Qatar a distintos diputados europeos por influir en la posición política de este país en la Unión. Este no es el único caso de corrupción que se ha podido ver en el seno de la Unión, sino que la utilización de los fondos europeos, principalmente en el ámbito de la Política Agraria Común, ha traído consigo casos de mal uso de los mismos.

Como se evidencia en las distintas resoluciones⁸, la Unión Europea es consciente del problema que suscita la corrupción en la sociedad, creando un marco jurídico para frenar dicha problemática. La construcción de este marco de seguridad ha ido progresando gracias a los Tratados. Esto se conoce como “la política de pequeños pasos”, que, desde la creación de las Comunidades Europeas, ha sido constante.

Tenemos que incidir una vez más en que la articulación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Tratado de Ámsterdam significaría un gran avance, pero sería insuficiente sin el impulso del Tratado de Lisboa, más concretamente en el artículo 3.2 del Tratado de la Unión Europea, en el que establece una mayor implicación en los asuntos de prevención de la delincuencia y del mercado interior.

Como veremos a continuación, la evolución de las políticas europeas en materia de lucha contra la corrupción va enfocada a distintos ámbitos, no solo en la corrupción pública, sino también en la corrupción en los negocios y entre particulares. Esta circunstancia provoca que debamos plantearnos ciertos criterios penales a la hora de valorar la corrupción, no solo como un problema nacional, sino que debamos realizar un planteamiento internacional.

Asimismo, la aplicación de un Derecho penal europeo para perseguir la corrupción es una de las cuestiones más relevantes a pesar de que los Estados de la Unión Europea tengan regulados tipos penales para condenar este tipo de hechos. El objetivo es cumplir unas normas mínimas comunes y no dejar sin tipificar sanciones que pueden afectar a la colectividad⁹. Para combatir las formas de corrupción se han creado distintas estructuras: la OLAF, como elemento fundamental en la investigación administrativa; la Fiscalía Europea, en las investigaciones judiciales de carácter penal; Eurojust, en la colaboración judicial; o Europol, en la colaboración policial, siendo el elemento vertebrador de

6 Una primera característica de este delito es que afectan a una pluralidad de bienes jurídicos, que no solo atentan contra la administración pública y las arcas del Estado, sino que atentan contra la propia estructura democrática del Estado, el principio de riqueza e igualdad. GARCÍA SÁNCHEZ, B. ¿Es posible y necesario un concepto unitario de corrupción? Persecución de los delitos de corrupción en los últimos años. En *Blanqueo de capitales y corrupción: interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales*. Aranzadi Thomson Reuters, 2017. p. 231-232.

7 En diversos estudios de Villoria y de Jiménez, consideran que la corrupción es una práctica oculta difícil de percibir y cuantificar, lo que provoca la desconfianza de los ciudadanos como demuestran los estudios demoscópicos sobre esta materia, en los que colocan a la corrupción en un lugar muy destacado, pero nunca obteniendo la primera posición en el problema principal de los españoles, como comentan los autores: “Los españoles a pesar de que hay un porcentaje elevado que cree que hay una corrupción generalizada en el mundo político y hasta cierto punto en el funcional, este hecho no genera preocupación suficiente como para considerarlo entre los problemas más apremiantes del país” VILLORIA, M; JIMÉNEZ, F. La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*, 2012, vol. 138, no 1. y JIMÉNEZ, F; VILLORIA, M. Percepción social de la corrupción en España. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2008, vol. 12.

8 LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ, S. Problemas criminológicos en el tratamiento de la corrupción. El desdibujamiento del perfil de las víctimas. En *Blanqueo de capitales y corrupción: interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales*. Aranzadi Thomson Reuters, 2017. p. 349.

9 LLORENTE PÉREZ, A. El reto de la lucha contra la corrupción en la Unión Europea. *Unión Europea Aranzadi*, 2014, no 10, p. 52.

todas ellas la colaboración y cooperación para perseguir este tipo de hechos.

2. MARCO JURÍDICO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA Y SU APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL

La preocupación por la corrupción y las nuevas formas existentes ha provocado que las transacciones internacionales, así como la gestión de fondos internacionales —que pueden ser los ámbitos más vulnerables por la falta de control—, se consideren lugares en los que la corrupción puede aflorar de manera más sencilla y sea más complejo de descubrir. Asimismo, el uso de nuevos instrumentos como la tecnología, aumenta los riesgos a la hora de proteger la integridad económica y patrimonial de los Estados, así como el funcionamiento correcto del mercado en el sector privado¹⁰.

La Unión Europea no es ajena a este problema, más aún en el momento en que vivimos con el reparto de los fondos “Next Generación”, los cuales tienen que servir para dinamizar los Estados europeos. La falta de confianza en la limpieza de las administraciones públicas se ha trasladado a la UE como un ente que los ciudadanos ya entienden como otra administración pública más. Tal es así que, en el informe anticorrupción de 2018, se aludiría directamente a que “los ciudadanos europeos no solo se fijan en su propio país, sino que, cada vez más, juzgan el éxito del proyecto europeo tomando como base lo que sucede en otros Estados miembros”.

Con este pretexto la Unión Europea persigue la corrupción y el fraude cuando afecte a la generalidad de los Estados por la grave amenaza que supone para la seguridad y los intereses financieros. Añadiendo la obligación a los Estados de proteger el presupuesto de la UE a través de medidas de carácter penal, además, se han ido repartiendo competencias entre las distintas organizaciones dentro de la propia Unión para poder perseguir la corrupción.

La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude es la organización que llevará a cabo las investigaciones administrativas sobre el fraude, corrupción o cualquier actividad que se realice con fondos europeos. En el ám-

bito penal será responsabilidad de la Fiscalía Europea realizar las investigaciones contra la corrupción y el fraude. Ambas están apoyadas por la Comisión Europea como garante de la seguridad del mercado único, de los presupuestos y de la propia democracia, pues la corrupción se ha posicionado como uno de los hechos que más daño provoca en la confianza hacia los gobiernos e instituciones.

Es importante en este punto explicar como se ha conseguido un hito tan importante como una Fiscalía Europea, para ello se debe poner de manifiesto como desde el Tratado de la Comunidad Económica Europea se empiezan a dar unos primeros pasos para llegar a ese propósito. Estos primeros pasos fueron según Zaragoza Aguado a través del Grupo de Trevi en 1975, con el mandato de diseñar una política criminal común, siendo la primera acción la lucha contra el terrorismo y continuando con el tráfico ilícito de drogas y el blanqueo de capitales¹¹.

Esta lucha contra la corrupción por parte de las instituciones europeas es un camino que comenzó desde la articulación de la construcción de la cooperación judicial en el Tratado aprobado en Maastricht (1992) a través de los Asuntos de Justicia e Interior (JAI), pero especialmente, en la modificación que sufrió el TUE en la versión aprobada en Ámsterdam en 1997, en la que se pondría de manifiesto la necesidad de una cooperación policial y judicial en los delitos de corrupción y fraude¹².

Las principales deficiencias que se encontraron en Maastricht fueron subsanadas en el Tratado de Ámsterdam y tenían vinculación como explica Molina del Pozo con la comunitarización, ampliando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sus competencias en el espacio Schengen, aunando las distintas materias que se encontraban dispersas en las políticas comunitarias, considerándose un nuevo concepto en la Unión al conectar la idea de libertad y seguridad¹³.

Este cambio se debe sobre todo a la aprobación del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros en 1995. Se pondría en valor la importancia de asimilar los intereses nacionales con los comunitarios para conseguir una protección jurídica equivalente. Tal

10 FERRÉ OLIVÉ, J.C. Instrumentos internacionales en la lucha contra la corrupción. En *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*. Tirant lo Blanch, 2017. p.491

11 ZARAGOZA AGUADO, J. A. La cooperación judicial internacional en materia penal en el ámbito de la Unión Europea: especial referencia a la materia de las drogas. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 2001, no 15, p. 63-72.

12 El artículo K.1 del Tratado de la Unión Europea versión Ámsterdam señalaría que: “Sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, el objetivo de la Unión es ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia. Este objetivo haber de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude”.

13 MOLINA DEL POZO, C. F. Derecho de la Unión Europea. Reus, 2023, p. 645.

y como señala Torres Fernández, este Convenio se centraría en la tipificación del fraude de intereses financieros de las Comunidades Europeas, siempre y cuando se hayan obtenido los fondos de manera indebida. Asimismo, cabe destacar que este convenio serviría como base para la aprobación en 1997 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea¹⁴.

La creación de una política criminal respecto a determinadas formas de delincuencia como la corrupción tiene un fundamento, la creación de una moneda común en un mercado común. El euro como moneda de implantación en los próximos años provocaría una mayor cooperación en asuntos fundamentales como son la corrupción, más aún con un presupuesto común dedicado a acciones colectivas. Fernández Rozas atribuye dicha cooperación a la falta de soluciones de los anteriores Tratados internacionales en esta materia, al tener una “deficiencia estructural de legitimidad y de eficiencia”, básicamente por la restricción burocrática existente, que dificultaba la colaboración de las distintas instituciones, lo que impulsaba una necesaria operatividad en los procesos en los que los ciudadanos pudiesen ver una respuesta eficaz a los problemas¹⁵.

Aunque como expone De la Mata Barranco esta construcción de un Derecho penal común no ha sido una situación pacífica, en esos primeros años de cooperación judicial la asunción de nuevas competencias fue de manera progresiva, pero no quedó determinado en que acciones podía aplicarse un Derecho penal europeo. El autor consideraría que los bienes jurídicos supraestatales eran los actos a proteger, entre los que la corrupción se encontraría, ya que “es preciso garantizar más allá de los meros controles internos bienes jurídicos que, ya tutelados por los Estados miembros, de

alguna forma afectan a la consecución de los objetivos comunitarios”¹⁶.

El Convenio de 1997 se vería limitado por la capacidad de influencia de la propia Unión Europea en la toma de decisiones en materia penal que tenía, por lo que solo pudo realizar un protocolo que regulaba la protección de los intereses financieros dentro de la propia organización, y regular como primera medida tomada el cohecho de funcionarios de las propias instituciones europeas¹⁷.

Además de la lucha contra la corrupción pública, en 1998 se incluiría la lucha contra la corrupción del sector privado a través de la Acción Común de 22 de diciembre de 1998¹⁸. Este documento crea un marco de trabajo común en el que se refiriere a los distintos tipos de corrupción que pueden existir en el sector privado, exponiendo una serie de definiciones marco para que estas acciones sean sancionadas en todos los Estados miembros¹⁹. Es importante el trabajo que realiza la Unión para unificar los criterios sobre la corrupción, no solo en el ámbito del Derecho Penal como elemento indispensable para combatir y reformar esta materia, sino también a través de la posibilidad que permite el Tratado la Unión Europea aprobado en Amsterdam en cooperación judicial y policial²⁰.

El Tratado de Ámsterdam junto con el Consejo Europeo celebrado en Tampere en el año 1999, son los impulsores del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ). Este pilar básico de la UE es importante para organizar la cooperación tanto policial como judicial. En dicho Consejo Europeo se promulgaron las bases del ELSJ, incluyendo en el apartado titulado “el incremento de la cooperación contra la delincuencia”, en el que la corrupción es una de las materias que debía abordarse con una definición única y con sanciones comunes²¹. Como explican Arroyo Zapatero y Nieto Marín,

14 TORRES FERNÁNDEZ, M. E. Marco normativo internacional contra la corrupción. En *Urbanismo y corrupción política*. Dykinson, 2013, p. 181.

15 FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2004, no 4, p. 1870.

16 DE LA MATA BARRANCO, N. J. Criminalidad organizada en la Unión Europea: criminalidad económica y criminalidad sexual. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 2001, no 15, p. 41-42.

17 HUBER, B. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional. *Revista penal*, 2003, no 11, p. 43-44.

18 Diario Oficial n° L 358 de 31/12/1998 P. 0002-0004.

19 La Acción Común da la definición de la corrupción activa y pasiva, señalando la primera como: “una acción intencionada de quien prometa, ofrezca o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona, para ésta o para un tercero, en el ejercicio de las actividades empresariales de dicha persona, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones”.

20 IGLESIAS RÍO, M.A.; MEDINA ARNÁIZ, T. Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea. *Revista penal*, 2004, no 14, p.56.

21 El punto 48 del Consejo Europeo señala que: “Sin perjuicio de los ámbitos más amplios contemplados en el Tratado de Ámsterdam y en el Plan de Acción de Viena, el Consejo Europeo considera que, con respecto al Derecho penal nacional, la labor para acordar definiciones, inculpaciones y sanciones comunes debe centrarse en primer lugar en una serie limitada de sectores de especial importancia, tales como la delincuencia financiera (blanqueo de capitales, corrupción, falsificación del euro), el tráfico de drogas, la trata de seres humanos, en particular la explotación de mujeres, la explotación sexual de la infancia, la delincuencia de alta tecnología y el delito ecológico”.

la corrupción como punto específico que se plantea en Tampere y susceptible de armonización, también promulga las Decisiones Marco en materia de corrupción privada, momento en el que la disparidad de términos era mayor entre los distintos ordenamientos nacionales, tanto en el fondo como en la pena²².

En esta construcción del marco jurídico para luchar contra la corrupción, debemos hacer hincapié en el papel de la Unión en los Grupos de Estados contra la Corrupción (GRECO) del que forma parte²³. En los últimos años la Unión Europea ha decidido participar como observadora del grupo, pudiendo tener acceso a los documentos como parte interesada, y suponiendo un avance en el aprendizaje de la lucha contra la corrupción a nivel internacional con el fin de armonizar las medidas en materia de anticorrupción.

Este trabajo que desarrolla el Consejo de Europa, y en el que participan todos los países de la Unión, serviría para que la propia UE tomase parte de las iniciativas propuestas y diese un impulso necesario a su política de lucha contra la corrupción, que como veremos a continuación, ha sufrido diversas modificaciones a lo largo de estos años para mejorar sus procesos y sus procedimientos. De este modo, encontramos cómo las Comunidades Europeas iban desarrollando una política de lucha contra la corrupción que se vería respaldada con la implantación de la Oficina de Lucha contra la Corrupción (OLAF) y de la Fiscalía Europea.

2.1. Eurojust como instrumento de la lucha contra la corrupción

En el proceso de lucha contra la corrupción era necesaria la cooperación judicial. En este aspecto Eurojust tomaría un papel relevante a partir del Consejo de Tampere²⁴ y sobre todo con las modificaciones que se incluirían en el Tratado de Niza²⁵. Es un organismo creado por la Decisión 2002/187/JAI del Consejo y reformado por la Decisión de 16 de diciembre de 2008. La principal razón de la creación de Eurojust sería el refuerzo contra las graves formas de delincuencia²⁶, generando redes y foros de cooperación con el propósito de llenar los vacíos generados por los Estados, situando a Eurojust como una de las agencias de cooperación a nivel regional que han ayudado a la transferencia de información y datos entre los distintos Estados de la UE²⁷.

Esta cooperación y colaboración entre los Estados ha aumentado la investigación conjunta de determinadas formas de delincuencia consideradas transfronterizas, con el fin de agilizar y ser más eficaz que las propias actuaciones judiciales de cada Estado a través de los acuerdos internacionales de manera bilateral, es decir, la Unión Europea crea un órgano centralizado para estas cuestiones. Las actividades delictivas transfronterizas que señala el artículo cuarto de la Decisión son: la delincuencia informática; el fraude y la corrupción, así como cualquier infracción penal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad Europea; el blanqueo de los productos del delito, los delitos contra el medio

22 ARROYO ZAPATERO, L. NIETO MARTÍN, A. Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude (No. 3). *Univ de Castilla La Mancha*. 2006, p.125-126.

23 El grupo de Estados contra la corrupción (GRECO) fue creado por el Consejo de Europa en el año 1999, teniendo como fin la aplicación de los Convenios Europeos sobre la corrupción penal (Convenio N°172) y la corrupción civil (N°174), que son la base para el control de las políticas anticorrupción de los distintos Estados a partir de evaluaciones de expertos internacionales. En la actualidad cuenta con 47 Estados miembros y 10 observadores.

24 El punto 46 del Consejo de Tampere acuerda la creación de EUROJUST: "Para reforzar la lucha contra la delincuencia organizada grave, el Consejo Europeo ha acordado crear una unidad (EUROJUST) integrada por fiscales, magistrados o agentes de policía de competencia equivalente, cedidos temporalmente por cada Estado miembro, con arreglo a su ordenamiento jurídico. La misión de EUROJUST consistirá en facilitar la adecuada coordinación de las fiscalías nacionales y en apoyar las investigaciones penales en los casos de delincuencia organizada, en particular basándose en análisis de Europol, así como en cooperar estrechamente con la red judicial europea, con objeto, en particular, de simplificar la ejecución de comisiones rogatorias. El Consejo Europeo pide al Consejo que adopte el instrumento jurídico necesario antes de que finalice 2001".

25 El Tratado de Niza reformaría el artículo 31 del Tratado de la Unión Europea capacitando de forma más efectiva Eurojust: a) capacitando a Eurojust para que contribuya a una adecuada coordinación entre las autoridades nacionales de los Estados miembros encargadas de la persecución del delito; b) impulsando la colaboración de Eurojust en las investigaciones relativas a asuntos de delincuencia transfronteriza grave, especialmente en casos de delincuencia organizada, teniendo en cuenta en particular los análisis de Europol; c) favoreciendo una estrecha cooperación de Eurojust con la Red Judicial Europea con objeto, en particular, de facilitar la ejecución de las comisiones rogatorias y de las solicitudes de extradición.

26 Señala la autora que el Consejo de Tampere fue muy importante dada la complejidad de la colaboración de los Estados en un ámbito tan vinculado a su identidad y soberanía nacional como es el que afecta al Derecho penal, por lo que se decidió por parte del Consejo Europeo que solo se regulase sectores de especial importancia como la corrupción. expresamente la corrupción. DE BUERBA PANDO, A., El Delito de corrupción entre particulares. *Doctrina Pérez Llorca*. p. 2.

27 DE SOUSA, L. Anti-corruption agencies: between empowerment and irrelevance. *Crime, law and social change*, 2010, vol. 53, 5-22.

ambiente; la participación en una organización delictiva.

Poco después de la creación de Eurojust y gracias al impulso que esto significó para la lucha contra la delincuencia en la Unión, fueron apareciendo nuevas Decisiones Marco relacionadas con estas cuestiones que servirían para ampliar el marco de actuación. La primera de ellas sería la Orden de Detención Europea (Decisión marco del Consejo 2002/584/JAI), en la que se establece en su artículo segundo que se dará lugar a la entrega, siempre y cuando exista una orden europea de detención y sin control de la doble tipificación de hechos como la corrupción.

Asimismo, cabe destacar la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo que trataría los embargos preventivos de pruebas en casos como los de corrupción, reconociendo y ejecutando de manera inmediata la resolución judicial del país que la haya emitido en los casos en los que no debe analizarse la doble tipificación por ser una pena máxima de tres años. En este sentido Aymerich Cano pondría de manifiesto la importancia de diferenciar en estos primeros pasos la exclusión de los que afecten directamente a la protección de los intereses financieros de la UE, o los incluidos transversalmente en otras políticas comunitarias (contratación pública, competencia, cooperación al desarrollo, comercio, etc.) como, por ejemplo, la Decisión Marco del Consejo 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado²⁸.

La ampliación de competencias en materia de reconocimiento de sentencias llevaría a la Decisión Marco 2008/909/JAI de 27 de noviembre sobre el reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal que imponen medidas privativas de libertad en los casos que haya sido condenado en otro Estado. El artículo séptimo de dicha Decisión señalaría que el reconocimiento de la sentencia y la ejecución de la condena impuesta se podrá aplicar en casos en los que la pena no supere los

tres años, realizándose este procedimiento de manera automática en los casos de corrupción.

Todo el marco que se ha ido generando a partir de la lucha contra la corrupción, el fraude y el blanqueo de capitales, ha provocado que surjan nuevos problemas en estos casos. La Unión Europea sigue luchando contra la corrupción implementando cada vez más mecanismos, pero estos siguen siendo insuficientes y necesitan que la sociedad esté involucrada y sea consciente de lo perjudicial que es para los Estados cualquier tipo de corrupción. Es significativo como en el año 2017, en una Comunicación de la Comisión Europea se pondría en valor la labor de los distintos agentes sociales (ciudadanos, empresas y sociedad civil) para la persecución y la aplicación correcta del Derecho Comunitario en cualquier Estado miembro²⁹.

Por último, cabe destacar la colaboración de Eurojust y la OLAF en los casos ya descritos, basándose principalmente en los intercambios de información recíproca, en reuniones periódicas y en facilitar la ayuda disponible para la resolución de casos. Como expone Alonso Moreda, el intercambio de información es la principal modalidad de cooperación, ya que a través de los reglamentos internos aprobados este tipo de actuaciones se ha incrementado debido a la facilidad del procedimiento: “La designación recíproca de puntos de contacto y, por otro, por la propia aplicación del Acuerdo que permitía el intercambio mutuo y directo de información de información operativa y estratégica³⁰.”

2.2. El Tratado de Lisboa, el impulso necesario en la lucha contra la corrupción en el ámbito penal

Aunque Eurojust ya era una agencia consolidada y la OLAF empezaba a investigar los primeros casos de corrupción con fondos europeos, se ha de enfatizar en la importancia de la aprobación del Tratado de Funcionamiento en el año 2009. El Tratado aprobado en Lisboa en su artículo 83³¹, que viene a sustituir al ar-

28 AYMERICH CANO, C. Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas europeas de contratos y concesiones públicas. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2015, no 45, p. 211.

29 Comunicación de la Comisión Europea: Derecho de la UE: mejores resultados gracias a una mejor aplicación (2017/C 18/02).

30 ALONSO MOREDA, N. Eurojust, a la vanguardia de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2012, vol. 16, no 41, p. 146-148.

31 1. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatir las según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

2. Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito

título 31 que estaba vigente en el Tratado de la Unión Europea (TUE), amplía las posibilidades legislativas en la cooperación judicial en materia penal. Mientras que en el TUE solo permitía una colaboración en cooperación judicial en materia penal adoptando normas mínimas, el artículo 83 del TFUE permite una construcción legislativa de infracciones y sanciones penales. Este desarrollo de normativa penal se realizaría a través de Directivas establecidas por el Parlamento Europeo³² y el Consejo para combatir la corrupción, la delincuencia organizada y el fraude con criterios comunes, que como manifestaría Alli Turrillas, se consideran estos tres hechos contrarios a una economía legal y de los ciudadanos que no son compatibles con sistemas democráticos eficientes y con la transparencia que se requiere al sector bancario y profesional³³.

Es importante exponer en este punto el reconocimiento de la corrupción como un delito transfronterizo que afectar a todos los europeos. Así el apartado segundo del citado artículo habilita la posibilidad de armonizar en materia penal los hechos típicos sobre los que debe perseguirse en todos los Estados, que, junto con la creación de organismos como la Fiscalía Europea, permitirían la persecución efectiva de este tipo de hechos.

En esta configuración de una política orientada al Derecho penal, debemos tener en consideración el Programa de Estocolmo de 2010³⁴ como otro avance en la protección de la seguridad y la justicia en la Unión Europea. Este permite recoger todas las competencias aprobadas con los nuevos Tratados y expone en su síntesis relata la importancia de conseguir una “Europa

que protege” ante determinados delitos relacionados con la delincuencia organizada como la corrupción³⁵, poniendo de manifiesto la necesaria investigación y represión de estos hechos a través de las estructuras judiciales y policiales que generen una persecución a todos los niveles administrativos y judiciales³⁶.

El Parlamento Europeo aprobaría dos Resoluciones de suma importancia política para la lucha contra la corrupción: la primera de ellas titulada “Resolución de 15 de septiembre de 2011, sobre los esfuerzos de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción”, que trataría el refuerzo de la lucha contra la corrupción solicitando un mayor esfuerzo de la Unión y de los Estados, en su objetivo de cumplir los objetivos internacionales. Estas dos Resoluciones serían completadas por dos Comunicaciones de especial relevancia de la Comisión Europea: una primera Comunicación³⁷ referida a la protección de los intereses financieros de la UE a través del Derecho Penal, que sería el germen para que en 2017 se redactase la Directiva (2017/1371 de 5 de julio de 2017); mientras que la segunda Comunicación llevaría como título: “la Lucha contra la corrupción en la UE”³⁸ y pone en valor el perjuicio que supone para las arcas de la Unión y de los Estados que se pierda el 1% de PIB al año, siendo la corrupción la punta del iceberg de los posibles delitos que cometen los grupos organizados³⁹.

La importancia de esta segunda Comunicación es la advertencia a todos los Estados y a la propia institución de la Unión de un seguimiento más riguroso en la lucha contra la corrupción, por lo que se propone la creación de un Informe Anticorrupción en la UE, que estudie los

de que se trate. Dichas directivas se adoptarán con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo 76.

32 Cabe destacar como García Sánchez antes de la entrada en vigor del TFUE solicitaría una mayor intervención del Parlamento Europeo con respecto a su función legislativa en materia penal, ya que este órgano cuenta con mayor legitimidad democrática. GARCÍA SÁNCHEZ B. ¿Crisis del principio de legalidad por la adopción de la normativa comunitaria? In *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Edisofer. 2008. p.329-330.

33 ALLÍ TURRILLAS, I. *Prevención de la delincuencia grave y organizada en la Unión Europea. De la cooperación a la integración*. Dykinson, 2016. p.156.

34 Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano [Diario Oficial n° C 115 de 4/5/2010]

35 GYA, G. La perspectiva de la Unión Europea para enfrentar el crimen organizado: declaración versus práctica. *Polítai*, 2012, vol. 3, no 4, p.110.

36 AGUADO-CORREA, T. Decomiso de los productos de la delincuencia organizada: garantizar que el delito no resulte provechoso. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, no15. p.6.

37 En la Comunicación se señala que: “las autoridades judiciales de los Estados miembros utilizan sus instrumentos de Derecho penal tradicionales para combatir la delincuencia contra el presupuesto de la UE: existen vías y medios diferentes de abordar una misma realidad. Esta situación es poco apropiada para aquellos asuntos complejos en los que se producen las principales pérdidas para el presupuesto de la UE y que, por su propia naturaleza, trascienden el contexto nacional y requieren algo más que una respuesta de este tipo”. COM (2011) 293 final.

38 COM (2011) 308 final.

39 Como señala Rodríguez Arana, uno de los principales problemas para acabar con la corrupción es el gran enmarañado de leyes y burocracia estatal: “La reacción legal usual toma la forma de normas contra la corrupción, o normas legales de cumplimiento que dificultan la corrupción. Pero, paradójicamente, la gran producción de normas destinadas a combatir la corrupción facilita su difusión a lo largo de la burocracia estatal, socavando la confianza en las instituciones públicas y privadas e incluso desgastando los cimientos de la ciudadanía” RODRÍGUEZ-ARANA, J. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, 2017, vol. 8, no 1, p.25.

mecanismos de vigilancia y control existentes. Aunque el informe como viene definido en la Comunicación solo se ocuparía en primera instancia de fenómenos transversales a todos los Estados, también se encargaría de análisis individuales, teniendo tres secciones: 1) Una sección temática, en la que se pondrán de relieve aspectos específicos de la lucha contra la corrupción en la UE basada en la investigación y que incluirá estudios de caso temáticos, ejemplos de buenas prácticas y recomendaciones; 2) Análisis por países, con recomendaciones específicas para cada Estado miembro basadas en los resultados de los mecanismos de supervisión existentes y las revisiones de las pruebas disponibles obtenidas de fuentes pertinentes. Esta sección podrá ir acompañada de recomendaciones de medidas a nivel europeo. 3) Tendencias en la UE, incluidos los resultados de una encuesta del Eurobarómetro sobre corrupción realizada cada dos años que medirá la percepción de la corrupción en diversos ámbitos entre los ciudadanos de la UE, así como otras fuentes de información pertinentes sobre las experiencias en materia de corrupción en toda la UE⁴⁰.

Además, para seguir actuando en este marco de trabajo, se llevaron a cabo nuevas Directivas que ayudaban a delimitar y armonizar los hechos susceptibles de corrupción, como por ejemplo en el caso de las Directivas de contratación pública, se pondría de manifiesto los conflictos de intereses. Esto es, la propia Unión sigue avanzando en el camino de la transparencia y la integridad en los procesos que tengan relación con actividades públicas, aunque en palabras de Arnáiz Medina esta delimitación no ha sido suficiente, ya que la única medida concreta se refiere a las prohibiciones de contratar con terceros que puedan estar afectados en el procedimiento⁴¹.

En el desarrollo de la configuración de esta política contra la corrupción, uno de los aspectos más destacables desde el punto de vista del Derecho penal, y del proceso de una integración europea en distintos ámbitos, es la Directiva (UE) 2017/1371 relativa a la lucha

contra el fraude a los intereses financieros de la UE mediante el Derecho penal⁴². Este proceso se produjo gracias a la implicación y al convencimiento de las instituciones europeas de la importancia de armonizar el Derecho penal en determinados hechos que afectan a la economía europea como son la corrupción y el fraude, en los que se mostraba necesario un enfoque, visión y terminología conceptual a nivel europeo. Debemos tener en cuenta que se promulga dicha norma para proteger los intereses financieros de la Unión Europea, es decir, de todos los ciudadanos europeos y, por lo tanto, es necesaria una aproximación a través del Derecho penal de los actos que se consideren más graves y problemáticos para la sociedad que afectan de manera general a la ciudadanía.

Sobre esta Directiva es importante delimitar el ámbito de aplicación tal y como establece su artículo segundo, siendo solo susceptible de aplicación en los casos que afecte a los intereses financieros de la Unión⁴³. Asimismo, incluye un marco penal en el que obliga a los Estados a que impongan una serie de sanciones penales, tanto a personas físicas como a jurídicas, incluso añadiendo una circunstancia agravante si se ha realizado en el seno de una organización criminal⁴⁴.

Respecto a las penas a las personas físicas, tendrán una pena máxima de al menos cuatro años, pudiéndose ampliar si el Estado nacional lo considera pertinente. Para las personas jurídicas se impone una serie de posibles penas en el artículo noveno de la Directiva: a) exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; b) exclusión temporal o permanente de los procedimientos de contratación pública; c) inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales; d) intervención judicial; e) disolución judicial; f) cierre temporal o permanente del establecimiento que se haya utilizado para cometer la infracción penal.

Esta Directiva que cumple con las directrices marcadas en el TFUE, se ve refrendada por los informes de Anticorrupción de la UE. Ejemplo de ello es el presentado en 2018⁴⁵, año posterior a la aprobación de la

40 En este sentido Camisón Yagüe centra en sus conclusiones sobre el Informe Anticorrupción, remarcando la necesidad de que este informe tenga una mayor repercusión y atención que las anteriores recomendaciones por parte de los Estados. CAMISÓN YAGÜE, J. Á. El informe anticorrupción de la Unión Europea= EU anti-corruption report. *Teoría y realidad constitucional*, 2013, no 32, p. 373-390.

41 MEDINA ARNÁIZ, T. La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, RVAP*, 2016, vol. 104, p.96.

42 Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal

43 En el artículo segundo hacen referencia a intereses financieros de la Unión: 1) el presupuesto de la Unión; 2) los presupuestos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión creados de conformidad con los Tratados, u otros presupuestos gestionados y controlados directa o indirectamente por ellos.

44 Artículo 8 Circunstancia agravante Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, cuando una de las infracciones penales a que se refieren los artículos 3, 4 o 5 se cometa en el seno de una organización delictiva en el sentido de la Decisión Marco 2008/841/JAI, ello se considere circunstancia agravante.

45 COM(2018) 553 final

Directiva en el que se sigue apostando por la armonización de los marcos legales nacionales. Este camino diseñado conforme a la experiencia y a la investigación llevaría a detectar por parte de las autoridades la necesaria implementación de medidas de protección para los denunciantes de este tipo de hechos, así como de otros como el blanqueo de capitales.

Asimismo, con el objetivo de poder implicar a la ciudadanía, se permite que los ciudadanos puedan ejercer libremente el derecho a denunciar sin sufrir represalias por parte de sus empresas. Se establece un acuerdo para la protección de los ciudadanos que denuncien hechos que puedan ser susceptibles de corrupción a través de una Directiva⁴⁶, conocida como Directiva *Whistle-blowing*. La reclamación de una política de protección para los denunciantes se había señalado anteriormente en otros documentos oficiales, por lo que era necesario trabajar en esa misma línea —que como se ha puesto de manifiesto por los diversos informes— es esencial para la investigación y la resolución de los casos.

Este avance supone que los ciudadanos, y más concretamente los trabajadores, son una pieza angular para poder denunciar sin tener miedo a sufrir represalias en su puesto de trabajo. Además, facilita el trabajo realizado desde las instituciones públicas, e involucra a los trabajadores y a las empresas en el cumplimiento de las normas anticorrupción⁴⁷. Como aparece expuesto en la Directiva, en diversas ocasiones las personas que trabajan en una organización, ya sea pública o privada, se ven expuestos a determinadas conductas reprochables que constituyen actos ilícitos tanto administrativos como penales. Para que estas personas no tengan miedo a denunciar, la Directiva constituye una serie de mecanismos que favorecen mantener en un clima de protección a los denunciantes, con el objetivo de que esto suponga una mayor posibilidad de atajar el problema del fraude y la corrupción⁴⁸.

Lo que principalmente estructura la Directiva es un sistema interno en las empresas y organismos públicos con el fin de poder establecer un cauce de denuncia y tramitación de la misma. Tendrán obligación de tener este tipo de protocolo las empresas privadas con más de cincuenta empleados o con un balance de negocio superior a los diez millones de euros anuales, y las empresas que operen en servicios financieros. Respecto a las entidades públicas, tendrán obligación de tenerlo en

cualquier administración del Estado, autonómica o regional, así como en los municipios que superen los diez mil habitantes y otras entidades de Derecho Público.

En esta línea de seguir reforzando las acciones anticorrupción, se aprobaría la estrategia para una Unión de la Seguridad 2020-2025. En dicha estrategia se establece una serie de directrices para implementar medidas y acciones que deben cumplirse, entre las que se encuentran el fortalecimiento de la cooperación de las distintas agencias en la lucha contra los delitos transfronterizos como la corrupción, con el enfoque de asegurar una cooperación entre todos los actores implicados en la protección de los intereses financieros y de los ciudadanos⁴⁹.

Por último, la Unión aprobaría el Reglamento (UE) 2021/785 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, por el que se establece el Programa de la Unión de Lucha contra el Fraude. Este programa tiene como objetivo que entre los años 2021 a 2027 se generen sinergias en relación con la protección de los intereses financieros de la Unión. Asimismo, hace especial referencia a las ayudas agrarias, con el propósito de que a través de la plataforma del sistema de información antifraude (AFIS) y el apoyo e intercambio de información de las actividades operativas de asistencia administrativa mutua en asuntos aduaneros y agrarios, puedan evitarse dichas infracciones.

3. LA COLABORACIÓN ENTRE LA OLAF Y LA FISCALÍA PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA UE

Aunque las medidas de carácter represivo y de coordinación entre los distintos Estados miembros han estado a la orden del día, la UE en su propósito de salvaguardar sus recursos propios crearían organismos para prevenir, perseguir y por último sancionar estos hechos. Además de estas medidas también la propia Unión ha querido implantar medidas preventivas como son el compliance, ya que la apuesta de conseguir la integridad y la transparencia en la gestión y el reparto de los fondos públicos es una de las cuestiones que más sensibilidad produce en los ciudadanos europeos.

Es cierto que se han tomado muchas otras medidas de carácter preventivo, que como expresa Acuña Campos, da la posibilidad de crear estos controles preventivos

46 DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de octubre de 2019

47 BENÍTEZ PALMA, E. La propuesta de directiva europea de protección de los denunciantes: Un avance importante con algunas matizaciones. *Revista internacional de transparencia e integridad*, 2019, no 9, p.9.

48 Como expone la introducción de la Directiva esto supondrá “un medio de alimentar los sistemas de aplicación de la legislación nacional y de la UE con información que permita la detección eficaz, la investigación y el enjuiciamiento de infracciones de las normas de la Unión”.

49 ANGUIA OSUNA, J. E. *La seguridad interior en la Unión Europea. Del acuerdo de Schengen (1995) a la estrategia para una unión de la seguridad (2020)*. Thomson Reuters, 2021, pp 150-153.

en la propia administración minimiza las posibilidades de los riesgos de fraude y corrupción. Tal es así que el propio Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, insta a los Estados a la prevención y detección de la corrupción, el fraude y los conflictos de intereses en la utilización de los fondos proporcionados en el marco del Mecanismo. Lo que según la autora busca la UE es aplicar sistemas de control internos y no sólo que los organismos externos tengan que investigar este tipo de conductas⁵⁰.

Pero para resolver el problema del fraude comunitario desde el punto de vista de la propia Unión, más aún en el gasto presupuestario que suponía la política agraria común que puso en marcha las Comunidades Europeas, se fueron creando mecanismos para su investigación y regulación. La colaboración policial y judicial entre los Estados con las instituciones europeas fueron los primeros pasos que se dieron, pero la propia Unión Europea preocupada por los fondos que gestionaba crearía unidades de lucha contra el fraude, siendo la primera de ellas la Unidad de Coordinación para la Prevención del Fraude (UCLAF) en 1987, que como expresa Gil Soriano, fue la primera unidad “task force” encargada de orientar y supervisar todo el trabajo de la Comisión en el ámbito de la lucha contra el fraude⁵¹.

Con la aprobación progresiva de los nuevos Tratados y la asunción de competencias por parte de la UE, se pondría en marcha para resolver las cuestiones operativas la OLAF, órgano encargado de la investigación administrativa de fraude en los fondos europeos. De esta parte la OLAF es un órgano independiente de la propia Comisión Europea, que por decisión propia o por información de terceros comienza a llevar a cabo la investigación, además con la aprobación de la Fiscalía se comprueba que existen mecanismos que ayudan a facilitar las investigaciones a través de la cooperación entre ambas en los casos que se consideren que estos hechos pueden llegar a tener repercusión penal. Por lo que a continuación veremos un análisis de cada una de estas organizaciones y como la UE ha conseguido que entre ambas haya unas competencias claras y una colaboración estrecha con el fin de preservar la integridad de los intereses financieros europeos⁵².

3.1. La Oficina de Lucha contra el Fraude

La evolución indicada condujo a que el Tratado de Ámsterdam incluyese la prevención y la lucha contra la corrupción entre los objetivos de la Unión, culminado con la creación de la Oficina Europea de Lucha Antifraude, que, aunque orgánicamente depende de la Comisión Europea, es independientemente de la misma en el ejercicio de sus funciones. La OLAF fue creada por la Decisión 1999/352 de 31 de mayo de 1999, en la que se detallan las funciones y las competencias que tiene la agencia. Todas estas funciones y competencias se desarrollaron con mayor detalle en el Reglamento 1073/1999.

La OLAF es la encargada de garantizar que los fondos, ayudas o subvenciones, se hayan utilizado para el uso que se había otorgado, especificando tres tipos de usos incorrectos del presupuesto, los cuales se consideran como fraude en los fondos europeos: 1) la presentación de documentos incorrectos o incompletos que conducen a pagos ilícitos de fondos europeos; 2) la ocultación de documentación requerida respecto a una subvención otorgada; 3) el mal uso de fondos para fines distintos de los que fueron otorgados. Definidas las tres vías de actuación, la OLAF será la garante de que los beneficiarios cumplan con los objetivos para los que se han destinado los fondos. Dicho trabajo se realizará a través de la investigación de los distintos casos, verificando el uso correcto del presupuesto y colaborando con las autoridades nacionales en la detección de posibles fraudes a la hacienda pública europea.

Los informes de investigación son el principal cometido que tiene la OLAF, todos ellos desde el principio de imparcialidad y neutralidad, con la premisa del respeto a la protección de los datos personales del investigado y la confidencialidad de la persona denunciante. Es por ello que se pone énfasis en la preocupación de los derechos de los investigados⁵³, señalándose en el Reglamento que “deben respetarse las garantías procedimentales y los derechos fundamentales de las personas afectadas y de los testigos sin discriminación, en todo momento y en todas las fases, tanto de las investigaciones externas como de las internas, en particular cuando se proporcione información sobre las investigaciones en curso.

50 CAMPOS ACUÑA, C. Compliance en la gestión de los Fondos NGEU: Claves para la elaboración de los Planes Antifraude. *El consultor de los ayuntamientos*, 2021, no 1, p. 11.

51 GIL SORIANO, A. La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) como elemento central de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea: sobre la situación actual de la lucha contra el fraude en la Unión Europea. *Revista General de Derecho Penal*, 2011, no 15, p. 3.

52 GONZÁLEZ-HERRERO GONZÁLEZ, J. Normativa europea contra la corrupción: la OLAF como instrumento para la lucha contra la corrupción que afecte a los intereses financieros de la Unión Europea. *Estudios jurídicos*, 2010, no 2010, p.24.

53 FUERTES, M. La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude (A propósito de las actuaciones de la Oficina europea de lucha contra el fraude, OLAF). *Revista de administración pública*, 2014, no 195, p. 294.

La comunicación de información relativa a las investigaciones que se realiza a la Oficina al Parlamento Europeo, al Consejo, a la Comisión y al Tribunal de Cuentas, tanto de forma bilateral como en el marco de un intercambio de opiniones, debe efectuarse respetando la confidencialidad de las investigaciones, los derechos legítimos de las personas afectadas y, en su caso, las disposiciones nacionales aplicables a los procedimientos judiciales. La información transmitida u obtenida durante las investigaciones debe tratarse de conformidad con el Derecho de la Unión en materia de protección de datos. El intercambio de información debe regirse por los principios de proporcionalidad y de necesidad de conocer.

En el informe de la OLAF se deben destacar varios aspectos: el primero de ellos es la función primordial que realiza la OLAF al poder investigar a nivel transfronterizo, facilitando el descubrimiento del hecho; el segundo sería las formas de corrupción y fraude más habituales en la actualidad, como serían la creación de compañías falsas para poder obtener fondos, la promoción de productos agrícolas irregulares y la evasión de los derechos aduaneros; el tercer y último aspecto, sería el papel crucial que desempeña la Fiscalía Europea.

Entre las críticas que se han presentado a la OLAF destaca la del Tribunal de Cuentas Europeo⁵⁴ al considerar la falta de resolución de las investigaciones de carácter administrativo que ha llevado a cabo la OLAF, ya que menos de la mitad de ellas (45%) se ha llevado a juicio y únicamente se ha podido recuperar un tercio del dinero defraudado. Por lo tanto, como se ha querido poner de manifiesto durante el artículo, además de la recuperación de los fondos defraudados, la Unión buscaba con la creación de la OLAF y de la política de lucha contra el fraude la confianza de los ciudadanos en las instituciones europeas mediante la investigación eficaz de los casos de corrupción, evitando la sensación de impunidad para los que cometan este tipo de hechos⁵⁵.

Según el Tribunal esto ocurre debido a que las informaciones que se reciben de fraude son seguidas de una investigación de carácter penal en el país de origen, lo que dificulta recibir la información de otras fuentes al poder verse comprometidas. Además, el tiempo que tarda en resolver la investigación penal en el país de origen es un factor a tener en cuenta ya que disminuye

las posibilidades de poder resolver el caso. Igualmente, se manifiesta en el Informe del Tribunal que en determinados casos la OLAF no profundiza en la recuperación de los fondos, sino que solo sirve para confirmar que ha habido un fraude o una irregularidad, pero no sirve para recuperar estas ayudas⁵⁶.

Estos hechos pusieron de manifiesto la necesaria creación de la Fiscalía Europea, ya que las investigaciones que versaban sobre la responsabilidad de los propios Estados para perseguir delitos, así como otras cuestiones tributarias, era competencia de las autoridades nacionales cualquier actuación desde el ámbito penal⁵⁷. Esto llevaría a la modificación de las competencias de la OLAF y la creación de la Fiscalía Europea. La modificación y adaptación se llevaría a cabo a través del Reglamento 883/2013, en el que define de manera efectiva que la OLAF solo se encargará de promocionar la vía administrativa en la protección de los intereses financieros de la Unión Europea y de su presupuesto.

Este Reglamento aprobado en diciembre de 2013 revisa las funciones y organiza el trabajo complementario que desde la creación de la Fiscalía Europea debe realizar la OLAF, por lo que pasará a ser un órgano auxiliar de la Fiscalía para los procedimientos penales, o en los que la investigación haya comenzado por la OLAF y pueda constatarse una infracción penal. Se debe principalmente a los problemas recurrentes en las investigaciones que tenían carácter penal. Esto ya se advirtió por parte de la Comisión Europea y se quiso poner el acento en la protección de los Intereses Financieros de la UE a través del Derecho Penal. Como pone de manifiesto Aymerich Cano esto suponía que en casos como la lucha contra los conflictos de intereses cada Estado tiene una legislación distinta, lo que dificulta una definición uniforme, lo que hace que la Comisión intervenga y solicita que estos comportamientos deben consistir en una infracción penal, como la corrupción⁵⁸.

Esta modificación de la OLAF define y acota las funciones a un órgano que únicamente llevará a cabo las investigaciones de carácter administrativo, es decir, no dotar de mayor responsabilidad y dar funcionalidad a las investigaciones penales a través de la Fiscalía Europea. Como expresa Pérez Marín el principal problema que existía hasta la creación de la Fiscalía era la falta de competencias que tenía la OLAF “lo que le impide

54 Tribunal de Cuentas Europeo Informe Especial 1/2019: Lucha contra el fraude en el gasto de la UE: se necesitan medidas.

55 ARIAS RODRÍGUEZ, A; RIERA LÓPEZ, M. Mejora de la gestión y control de ayudas públicas y subvenciones a través del Compliance. *Guía práctica de compliance en el sector público*. 2020. p.8.

56 En el Informe del Tribunal de Cuentas (párrafos 105-124) plantea la posibilidad que la OLAF, tome nuevas medidas con el fin de decidir si la recuperación es posible basándose en la evidencia proporcionada por sus propias auditorías.

57 BOSCH CHOLBI, J. L. La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude y las competencias internas. *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, 2007, no 197, p. 38-41.

58 AYMERICH CANO, C. *Corrupción y contratación... Op.cit.* p. 224

acordar medidas coercitivas, dificultando que se pueda pretender la incoación inmediata de un proceso penal cuando los agentes entiendan que los actos investigados son constitutivos de delito, acercándose más los efectos de estos informes a los de una denuncia, en tanto que acto que pone en conocimiento de las autoridades penales competentes la posible comisión de un ilícito que debería ser investigado⁵⁹.

Es por ello, que en esta búsqueda de dar una respuesta con todos los instrumentos jurídicos y sociales que tiene la Unión Europea, se ha querido dotar de una mayor importancia a los intereses financieros permitiendo la intervención del Derecho penal. En ningún caso se puede entender que la aprobación de la Fiscalía Europea signifique un retroceso en las competencias de la OLAF, sino que viene a complementar la salvaguarda de los intereses financieros de la Unión con la actuación administrativa y la actuación penal⁶⁰.

3.2. La Fiscalía Europea como instrumento de investigación de ilícitos penales

Esa necesidad de salvaguardar los intereses financieros de manera eficaz dotando a la Unión de sus propios mecanismos, es lo que provocaría en parte la creación de la Fiscalía Europea en el Reglamento 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017. El germen de la Fiscalía ya estaba presente en el TFUE, más concretamente en el artículo 86⁶¹, en el cual se expresa la voluntad de la Unión de poder ser ella misma la que pueda perseguir e investigar este tipo de hechos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión, es decir, el fraude, la corrupción y el blanqueo de capitales⁶². Por lo que podemos observar cómo la UE sigue una línea muy concreta en la persecución de los delitos y la utilización del Derecho Penal.

Aunque se pediría por parte de determinados países mayores competencias para la Fiscalía en otros delitos transfronterizos como el terrorismo internacional⁶³, esta nueva unidad organizativa independiente sigue ahondando en la política de pequeños pasos del proyecto de integración europeo, siendo su principal co-

59 PÉREZ MARÍN, M. A. La oficina europea de lucha contra el fraude: un órgano administrativo en la investigación penal. *Revista General de Derecho Procesal*, 2020, no 50, pp 8-11.

60 *Ibidem*. p. 32.

61 Artículo 86.1. Para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, el Consejo podrá crear, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, una Fiscalía Europea a partir de Eurojust. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

En caso de falta de unanimidad, un grupo de al menos nueve Estados miembros podrá solicitar que el proyecto de reglamento se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento en el Consejo. Previa deliberación, y en caso de alcanzarse un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo para su adopción.

Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de reglamento de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 329 del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada.

2. La Fiscalía Europea, en su caso en colaboración con Europol, será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en el reglamento contemplado en el apartado 1, y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos. Ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones.

3. Los reglamentos contemplados en el apartado 1 fijarán el Estatuto de la Fiscalía Europea, las condiciones para el desempeño de sus funciones, las normas de procedimiento aplicables a sus actividades y aquéllas que rijan la admisibilidad de las pruebas, así como las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos procesales realizados en el desempeño de sus funciones.

4. Simultáneamente o con posterioridad, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que modifique el apartado 1 con el fin de ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza, y que modifique en consecuencia el apartado 2 en lo referente a los autores y cómplices de delitos graves que afectan a varios Estados miembros. El Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo y previa consulta a la Comisión.

62 Artículo 4: La Fiscalía Europea será responsable de investigar los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión previstos en la Directiva (UE) 2017/1371 y determinados por el presente Reglamento, así como de ejercer la acción penal y solicitar la apertura de juicio contra sus autores y los cómplices de estos. A tal fin, la Fiscalía Europea efectuará las investigaciones y practicará los actos propios del ejercicio de la acción penal y ejercerá las funciones de acusación ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros, hasta que concluya definitivamente el caso de que se trate

63 ARMENTA DEU, T. Fiscalía Europea: su incidencia en el ordenamiento procesal español. En *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea: libro homenaje a la Prof.ª Isabel González Cano*. Tirant lo Blanch, 2021. p. 158.

metido las investigaciones supranacionales de carácter penal, siendo como señala Montesinos García, un hito en el proceso de cooperación judicial, ya que esto permitirá una mayor colaboración y sobre todo, una mayor coordinación en los procedimientos de investigación⁶⁴. Se debe principalmente a que los procesos de coordinación eran más complejos al ser las autoridades nacionales quienes tenían competencia exclusiva para la investigación de este tipo de delitos con medios mucho más limitados. Además, los órganos que tenía la UE trabajando para investigar este tipo de conductas (OLAF, EUROJUST y EUROPOL) no podían iniciar diligencias de investigación penal ni incoar procedimientos penales en los Estados miembros.

Estas carencias que tenía el sistema anterior a la aprobación de la Fiscalía se acaban con la entrada en funcionamiento de esta el 1 de junio de 2021, contribuyendo a combatir los delitos que afectan al presupuesto de la UE. Tanto las instituciones y órganos de la UE como las autoridades competentes de los Estados miembros que participan⁶⁵ en la Fiscalía Europea deben informar a esta de cualquier conducta delictiva que afecte al presupuesto de la UE. Además de los propios Estados, también los particulares pueden denunciar presuntos casos de fraude u otros delitos.

Aunque cuenta con una clara independencia consiguiendo que la Fiscalía sea imparcial, el Reglamento atribuye a la Fiscalía a rendir cuentas ante el Parlamento, el Consejo y la Comisión mediante la presentación anual de informes y comparecencias. Marín Pascual considera que esta independencia e imparcialidad puede verse puesta en entredicho por dos razones: la primera de ellas es la autorización para que los fiscales europeos sigan ejerciendo de fiscales en sus Estados nacionales y la segunda se refiere a la independencia del ministerio fiscal en cada Estado, presentando las diferencias que existen entre el sistema italiano y el español donde el fiscal general es nombrado por el gobierno⁶⁶.

La cooperación entre la OLAF y la Fiscalía sigue siendo uno de los puntos fuertes de la cooperación reforzada, pero otro de los aspectos a destacar es la posibilidad de ejercer la competencia en los procesos de investigación por la Fiscalía Europea o las autoridades nacionales dependiendo de quien está en mejores condiciones para poder llevar a cabo dicha investigación.

Tal es así que desde el propio Tribunal Supremo como expresa Ayala González han considerado que la preferencia en el procedimiento de investigación tendrá que estar alineada con la que también podría tener para decidir sobre el ejercicio de la acción penal siempre y cuando el carácter específico del delito suponga un daño a los fondos europeos y las víctimas sean los intereses financieros de la Unión⁶⁷.

Estos procesos de investigación comenzaron a llevarse a cabo a partir de la puesta en marcha de la Fiscalía el 1 de junio de 2021, siendo su régimen aprobado en el Reglamento interno de la Fiscalía Europea publicado en «DOUE» núm. 22, de 21 de enero de 2021. Entre las cuestiones que pueden resultar de especial interés para esta investigación es como se lleva a cabo ese proceso de información recibida por parte de la Fiscalía y como se investiga un supuesto hecho delictivo.

Los procedimientos para investigar son los siguientes: por cuantía económica, diez mil euros en fondos de la UE y en casos de IVA transfronterizo, diez millones de euros. El proceso comenzaría con la información recibida por la Fiscalía Europea a través de un denunciante o de la propia OLAF, teniendo que llevar a cabo el registro de la información y analizando si esta es motivo de delito. En caso de que esta información sea considerada como válida y la Fiscalía tenga competencia sobre esta, se decidirá si se inicia una investigación o por el contrario se decide concluir por falta de responsabilidad penal.

Por lo tanto, este procedimiento que comenzó con los primeros órganos encargados de gestionar los fondos europeos ha conllevado que los nuevos retos a los que se enfrentan las instituciones europeas necesiten nuevas respuestas, siendo la Fiscalía un elemento necesario para ello. El propio Reglamento además se establece que la propia Fiscalía tendrá representación ante los órganos jurisdiccionales nacionales por un fiscal europeo delegado que actuará en nombre de la Fiscalía Europea en sus respectivos Estados miembros y podrá remitir un asunto a las autoridades nacionales en caso de que la investigación ponga de manifiesto que el delito no está incluido en el ámbito de competencia de la Fiscalía Europea. Esto se entiende como una competencia es compartida en la investigación de estos hechos delictivos, pudiendo variar en función de la decisión de la Fiscalía al tener prevalencia sobre las auto-

64 MONTESINOS GARCÍA, A. Un paso adelante en la construcción de un espacio europeo de justicia penal: la fiscalía europea. *La Ley Penal*, 2018, n. 133, 2018, p.5.

65 Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chequia, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Portugal y Rumanía.

66 MARTÍN PASCUAL, E. Últimos avances en la cooperación judicial penal: la cooperación reforzada permite la creación de la Fiscalía Europea a partir del Reglamento (UE) 2017/1939. *European Papers-A Journal on Law and Integration*, 2018, vol. 2018, no 2, p.943.

67 AYALA GONZÁLEZ, A. Hay un nuevo sheriff en la ciudad: algunas notas sobre la Fiscalía Europea a propósito de la cuestión de competencia resuelta por el ATS núm. 20424/2022, de 9 de junio. *Diario La Ley*, 2022, no 10147.

ridades nacionales. Por lo que si se declara competente varía en función principalmente de si se encuentra en mejores condiciones que la propia autoridad nacional para investigar⁶⁸.

4. CONCLUSIONES

En la evolución de la lucha contra la corrupción en la Unión Europea ha habido grandes acontecimientos a lo largo de su historia que han favorecido la persecución de esta actividad. El primero de ellos lo encontraríamos en el Tratado de Ámsterdam, el cual estructura el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia permitiendo en el Consejo Europeo de Tampere —otro de los grandes acontecimientos— la creación de un marco de cooperación y colaboración entre los distintos Estados miembros y la Unión Europea para dar respuesta a los tipos de delincuencia que pueden afectar a una pluralidad de Estados, y que por su importancia deben ser objeto de regulación por parte de la Unión. Y por último, el Tratado de Funcionamiento aprobado en Lisboa que crea la Fiscalía Europea y permite perseguir los hechos contrarios a los intereses financieros a través del Derecho penal.

Como se ha puesto de manifiesto la corrupción es un tipo de delincuencia que afecta a todos los ciudadanos de la Unión y, por tanto, la propia institución tuvo que articular una serie de políticas respecto a este fenómeno que traspasa las fronteras nacionales. Se generó un marco de actuación y aproximación de las leyes penales al marco europeo, pero con la limitación para delitos que afectan únicamente a los intereses financieros de la Unión Europea.

Cabe destacar la estrecha conexión y colaboración que se ha ido desarrollando y conformándose a partir de órganos como EUROJUST, OLAF Y EUROPOL y Fiscalía Europea, que además de conseguir unos mayores logros, significan el impulso necesario para que los ciudadanos entiendan que el proyecto europeo va más allá de lo económico, y que se busca un espacio de seguridad en el que todos los europeos tengan los mismos derechos y las mismas posibilidades sin importar su país de origen.

La creación de la OLAF es otro hito por la importancia que supone asumir las cuestiones relacionadas con los intereses financieros, más aún en una Unión Europea en la que el presupuesto que tiene la misma supera los 186.000 millones de euros. Esta oficina ha ido llevando a cabo las investigaciones que tenían carácter administrativo, existiendo una conexión con las autoridades nacionales que en determinadas circunstancias

se volvía complejo por la delimitación de los ilícitos penales.

Para solventar este problema la Unión Europea trabajaría en el Derecho penal como herramienta para prevenir este tipo de hechos, sobre todo desde dos puntos de vista: la investigación y la armonización penal. Respecto de la armonización penal podríamos afirmar que en la actualidad la Unión Europea utiliza el principio de intervención mínima en el Derecho penal, dejando a los Estados esta competencia en su totalidad, pero marcando unas directrices en los casos que afecten a más de un Estado miembro, siendo esto efectivo ya que, según los últimos informes, los casos de corrupción y fraude han disminuido.

Obviamente fue necesario aplicar medidas conjuntas y delimitar los ilícitos penales, pero respecto a la toma de posiciones conjuntas aún los Estados no son partidarios de ceder su soberanía de manera completa a la Unión, salvo en los casos que afecte directamente al presupuesto europeo. La cooperación reforzada en la investigación de los hechos penales se considera conseguida desde la creación de la Fiscalía como respuesta necesaria, que en un futuro puede que lleve a una nueva etapa en la que la armonización del Derecho penal en los delitos transfronterizos, provocando que la propia Unión Europea sea la encargada de juzgar estos hechos delictivos y consiguiendo en un futuro que esa política de “pequeños pasos” pueda llevar a un Código Penal Europeo en relación con las cuestiones que afecten a los intereses financieros de la Unión.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO-CORREA, T. Decomiso de los productos de la delincuencia organizada: garantizar que el delito no resulte provechoso. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 15, 2013.
- ALONSO MOREDA, N. Eurojust, a la vanguardia de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2012, vol. 16, no 41.
- ALLÍ TURRILLAS, I. *Prevención de la delincuencia grave y organizada en la Unión Europea. De la cooperación a la integración*. Dykinson, 2016.
- ANGUITA OSUNA, J. E. *La seguridad interior en la Unión Europea. Del acuerdo de Schengen (1995) a la estrategia para una unión de la seguridad (2020)*. Thomson Reuters, 2021.
- ARIAS RODRÍGUEZ, A.; RIERA LÓPEZ, M. *Mejora de la gestión y control de ayudas públicas y sub-*

68 RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C. *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 y de la Ley Orgánica 9/2021*. Editorial independiente, 2022. pp.89-91

- venciones a través del Compliance. Guía práctica de compliance en el sector público. 2020.
- ARMENTA DEU, T. *Fiscalía Europea: su incidencia en el ordenamiento procesal español*. En Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea: libro homenaje a la Prof. ^a Isabel González Cano. Tirant lo Blanch, 2021.
- ARROYO ZAPATERO, L. NIETO MARTÍN, A. Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude (No. 3). *Univ de Castilla La Mancha*. 2006
- AYALA GONZÁLEZ, A. Hay un nuevo sheriff en la ciudad: algunas notas sobre la Fiscalía Europea a propósito de la cuestión de competencia resuelta por el ATS núm. 20424/2022, de 9 de junio. *Diario La Ley*, 2022, no 10147.
- AYMERICH CANO, C. Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas europeas de contratos y concesiones públicas. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2015, no 45.
- BENÍTEZ PALMA, E. La propuesta de directiva europea de protección de los denunciantes: Un avance importante con algunas matizaciones. *Revista internacional de transparencia e integridad*, 2019, no 9.
- BOSCH CHOLBI, J. L. La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude y las competencias internas. *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, 2007, no 197.
- CAMISÓN YAGÜE, J. Á. El informe anticorrupción de la Unión Europea= EU anti-corruption report. *Teoría y realidad constitucional*, 2013, 32.
- CAMPOS ACUÑA, C. Compliance en la gestión de los Fondos NGEU: Claves para la elaboración de los Planes Antifraude. *El consultor de los ayuntamientos*, 2021, no 1.
- CASTRO CUENCA, C. G. *La corrupción en la contratación pública en Europa*. Ed. Ratio Legis/Universidad de Salamanca. 2009.
- DE BUERBA PANDO, A., El Delito de corrupción entre particulares. *Doctrina Pérez Llorca*
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. Iniciativas internacionales contra la corrupción. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 2003, no 17.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J. Criminalidad organizada en la Unión Europea: criminalidad económica y criminalidad sexual. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 2001, no 15.
- DE SOUSA, L. Anti-corruption agencies: between empowerment and irrelevance. *Crime, law and social change*, 2010, vol. 53.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2004, no 4.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. *Delincuencia internacional: la corrupción y su incidencia en los derechos civiles, económicos y sociales de las personas, y en el desarrollo de los pueblos*. En Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional. Universidad Internacional de Andalucía, 2008.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C. *Instrumentos internacionales en la lucha contra la corrupción. En Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*. Tirant lo Blanch, 2017.
- FUERTES, M. La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude (A propósito de las actuaciones de la Oficina europea de lucha contra el fraude, OLAF). *Revista de administración pública*, 2014, no 195.
- GARCÍA SÁNCHEZ B. *¿Crisis del principio de legalidad por la adopción de la normativa comunitaria?* In Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Edisofer. 2008.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B. *¿Es posible y necesario un concepto unitario de corrupción? Persecución de los delitos de corrupción en los últimos años*. En Blanqueo de capitales y corrupción: interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales. Aranzadi Thomson Reuters, 2017.
- GIL SORIANO, A. La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) como elemento central de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea: sobre la situación actual de la lucha contra el fraude en la Unión Europea. *Revista General de Derecho Penal*, 2011, no 15.
- GONZÁLEZ-HERRERO GONZÁLEZ, J. Normativa europea contra la corrupción: la OLAF como instrumento para la lucha contra la corrupción que afecte a los intereses financieros de la Unión Europea. *Estudios jurídicos*, 2010, no 2010.
- GYA, G. La perspectiva de la Unión Europea para enfrentar el crimen organizado: declaración versus práctica. *Politai*, 2012, vol. 3, no 4.
- HUBER, B. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional. *Revista penal*, 2003, no 11.
- IGLESIAS RÍO, M.A; MEDINA ARNÁIZ, T. Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea. *Revista penal*, 2004, no 14.
- JIMÉNEZ, F; VILLORIA, M. Percepción social de la corrupción en España. *Anuario de la Facultad de*

- Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2008, vol. 12.
- LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ, S. *Problemas criminológicos en el tratamiento de la corrupción. El desdibujamiento del perfil de las víctimas*. En *Blanqueo de capitales y corrupción: interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales*. Aranzadi Thomson Reuters, 2017.
- LLORENTE PÉREZ, A. El reto de la lucha contra la corrupción en la Unión Europea. *Unión Europea Aranzadi*, 2014, no 10.
- MARTÍN PASCUAL, E. Últimos avances en la cooperación judicial penal: la cooperación reforzada permite la creación de la Fiscalía Europea a partir del Reglamento (UE) 2017/1939. *European Papers-A Journal on Law and Integration*, 2018, vol. 2018, no 2.
- MEDINA ARNÁIZ, T. La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, RVAP*, 2016, vol. 104.
- MOLINA DEL POZO, C. F. *Derecho de la Unión Europea*. Reus, 2023.
- MONTESINOS GARCÍA, A. Un paso adelante en la construcción de un espacio europeo de justicia penal: la fiscalía europea. *La Ley Penal*, 2018, n. 133, 2018.
- PÉREZ MARÍN, M. A. La oficina europea de lucha contra el fraude: un órgano administrativo en la investigación penal. *Revista General de Derecho Procesal*, 2020, no 50.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. *Revista de Direito Económico e Socioambiental*, 2017, vol. 8, no 1.
- RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C. *Fiscalía Europea. Primer año de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 y de la Ley Orgánica 9/2021*. Editorial independiente, 2022
- TORRES FERNÁNDEZ, M. E. *Marco normativo internacional contra la corrupción*. En *Urbanismo y corrupción política*. Dykinson, 2013.
- VILLORIA, M; JIMÉNEZ, F. La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*, 2012, vol. 138, no 1.
- ZARAGOZA AGUADO, J. A. La cooperación judicial internacional en materia penal en el ámbito de la Unión Europea: especial referencia a la materia de las drogas. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 2001, no 15.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/