



Revista Española de Derecho Europeo

Número 71 • Julio-Septiembre 2019



Tribuna

SOBRE LAS FISCALÍAS ALEMANAS COMO AUTORIDAD DE EMISIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA¹

Comentario a las sentencias del Tribunal de Justicia de
la Unión Europea (Gran Sala), en los asuntos acumulados
C-5081/18 y C-82/19 PPU, y en el asunto C-509/18, de 27 de
mayo de 2019

KAI AMBOS

.....
Catedrático de Derecho Penal, Proceso Penal, Derecho Comparado y Derecho (Penal) Internacional
de la Universidad de Göttingen. Magistrado del Tribunal Especial para Kosovo en La Haya y Amicus
curiae de la Jurisdicción Especial para la Paz Colombia

Revista Española de Derecho Europeo 71
Julio – Septiembre 2019
Págs. 9–20

1.– Las sentencias recientemente publicadas, que dan respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales Supremo y Superior de Irlanda, manifiestan dudas acerca de la cualidad "judicial" de las Fiscalías alemanas (C-5081/18 y C-82/19 PPU) y Fiscalía General lituana (C-509/18) (TJCE 2019, 99), como autoridades de emisión de una orden europea de detención y entrega (OEDE).

La clave de estas resoluciones se encuentra el art. 6 de la Decisión Marco sobre orden europea de detención y entrega (DM OEDE), de 13 de junio

1. Trabajo publicado en lengua alemana en la revista JuristenZeitung 74 (2019). Traducción al castellano a cargo de Montserrat de Hoyos Sancho –Universidad de Valladolid (España)–. El autor agradece a Peter Rackow y Christopher Penkuhn sus valiosas observaciones, así como a Xavier Pin, Juliette Lelieur y Montserrat de Hoyos Sancho, sus indicaciones sobre derecho francés y español, respectivamente.

de 2002². En virtud de lo dispuesto en el apartado 1.º, la "autoridad judicial emisora será la autoridad judicial del Estado miembro emisor que sea competente para dictar una orden de detención europea en virtud del Derecho de ese Estado". Según lo establecido en el apartado 3.º del mismo artículo, cada Estado miembro informará a la Secretaría General del Consejo de quién es "la autoridad judicial competente con arreglo a su Derecho interno".

Según este derecho de designación por cada uno de los Estados miembros y en aplicación del principio de reconocimiento mutuo, el cual se sustenta además en una (presunta) confianza recíproca³, se podía partir hasta ahora del presupuesto de que a los Estados les correspondía un cierto margen de apreciación en relación con el nombramiento de las "autoridades judiciales" competentes⁴. De hecho, el Tribunal de Justicia confirma este derecho de designación⁵, pero señala al mismo tiempo –en consonancia con su jurisprudencia anterior⁶– que "el significado y amplitud de este concepto (autoridad judicial) no puede dejarse a la apreciación que realice cada Estado miembro⁷". Este concepto debería dirigirse más bien hacia una "interpretación autónoma y uniforme⁸", con lo cual, por principio, podría interpretarse con una cierta amplitud, y abarcaría a todas las autoridades que en un Estado miembro "participan en la administración de la justicia penal⁹", o que, en su caso, intervienen en el proceso penal, entendido éste en sentido amplio –desde la fase de

2. DOUE L 190, de 18.7.2002, pp. 1 y ss., modificada a través de la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26.2.2009, DOUE L 81, pp. 24 y ss., de 27.3.2009.
3. Críticamente en este sentido, AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 5.ª Ed., 2018, § 9 núm. marg. 26 y sig.; id., *Derecho Penal Europeo*, 2017, pp. 78 ss.
4. A favor de un ilimitado derecho de determinación por los Estados miembros, también BÖSE, en: GRÜTZNER/PÖTZ/KREß/GAZEAS (coords.), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 46, versión 11/2018, *Rahmenbeschluss Europäischer Haftbefehl* (en adelante RbEuHb), núm. marg. 9; INHOFER, en: GRAF (coord.), *BeckOK Strafprozessordnung* [en adelante "StPO"], 33.ª Ed., 1.4.2019, Art. 6 RbEuHb, núm. marg. 1; UK Supreme Court, *Assange v. The Swedish Prosecution Authority* [2012], UKSC 22, Judgment given on 30 May 2012, núm. marg. 62 ("Moreover, article 6 of the framework decision leaves to the individual Member State the task of determining the judicial authority responsible for issuing (or executing) a European Arrest Warrant").
5. STJUE 27.5.2019 (TJCE 2019, 99), C-508/18 y C 82/19 PPU, OG y PI, ECLI:EU:C:2019:456, núm. marg. 48. La STJUE de 27.5.2019, C-509/18, PF, ECLI:EU:C:2019:457, es idéntica en sus consideraciones generales.
6. STJUE de 10.11.2016 (TJCE 2016, 418), C-452/16 PPU, *Poltorak*, ECLI:EU:C:2016:858, núm. marg. 30 y s.: "(...) el artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco (...) se limita a la designación de la autoridad judicial que tiene competencia para emitir la orden de detención europea. Por tanto, esta remisión no se refiere a la definición del concepto de «autoridad judicial» en sí mismo. En estas circunstancias, no puede dejarse a la apreciación de cada Estado miembro el sentido y el alcance del concepto de «autoridad judicial» a efectos del artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco".
7. STJUE de 27.5.2019 (TJCE 2019, 99), C-508/18 y C 82/19 PPU, OG y PI, ECLI:EU:C:2019:456, núm. marg. 48, con otras indicaciones.
8. STJUE citada en nota 6, núm. marg. 49.
9. STJUE citada en nota 6, núm. marg. 50.

instrucción de la causa hasta la ejecución de la resolución definitiva¹⁰-. Esto incluiría también¹¹, especialmente, a la Fiscalía¹², pero no precisamente a autoridades inmediatamente vinculadas al Ejecutivo, como son las autoridades policiales¹³.

2.- Ya en este punto se pone de manifiesto que una Fiscalía como la alemana se sitúa en un ámbito fronterizo, pues tiene un *carácter híbrido*, entre autoridad judicial y autoridad vinculada al ejecutivo¹⁴. Si puede ser o no considerada autoridad judicial en el sentido del art. 6 DM-OEDE, a los efectos de la emisión de una OEDE, dependerá en último término de la valoración que nos merezca la decisión de emitir la OEDE. En este sentido, el TJUE nos recuerda, acertadamente, las dos fases que integran este proceso de emisión: en un primer nivel, se encontraría el dictado de una orden de detención, que será una decisión nacional *judicial*, y en la segunda fase, se produciría la emisión de la OEDE propiamente dicha¹⁵. En ambas fases del procedimiento se producen distintas injerencias en el derecho a la libertad del sujeto pasivo¹⁶, por lo que será necesaria una protección judicial que resulte suficiente. En todo caso, afirma el TJUE, bastaría con que existiera tal protección judicial "al menos en uno" de los dos niveles¹⁷. Según esto, parece que, en principio, el proceso alemán cumpliría con estas exigencias, pues en el primer nivel tiene lugar el dictado de una orden de detención *judicial* (y recurrible), y en el segundo nivel, la emisión de la OEDE por la Fiscalía. Sin embargo, en ulteriores líneas de esta sentencia en cuestión, el TJUE destaca la autonomía del segundo nivel, en el cual también deberían ser garantizados –de nuevo– los derechos del sujeto pasivo de la OEDE; es decir, la autoridad judicial competente en virtud

10. STJUE citada en nota 6, núm. marg. 54.

11. En este sentido, sobre la Fiscalía sueca, ya se ha pronunciado la *Supreme Court* inglesa; *vid. UKSC* (nota al pie 3), núm. marg. 57 y ss., esp. núm. 76: "[...] the attitude of the Commission and the Council to its implementation all lead to the conclusion that the 'issuing judicial authority' bears the wide meaning [...] and embraces the Prosecutor in the present case".

12. STJUE citada en nota 6, núm. marg. 60.

13. STJUE citada en nota 6, núm. marg. 50.

14. *Vid. más ampliamente*, SCHMITT, en: MEYER-GOßNER/SCHMITT, *StPO*, 62.^a Ed., 2019, previo al § 141 *Gerichtsverfassungsgesetz* [en adelante "GVG"], núm. marg. 6 y ss. ("uno de los tres poderes, órgano enmarcado en la Administración de Justicia"); BEULKE/SWOBODA, *Strafprozessrecht*, 14.^a Ed., 2018, núm. marg. 88; VOLK/ENGLÄNDER, *Grundkurs Strafprozessordnung*, 9.^a Ed., 2018, § 6 núm. marg. 13 ("Doble rol"); KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 9.^a Ed., 2015, núm. marg. 133; BEINING, *ZJS* 2015, pp. 546 y ss. Un carácter híbrido adopta también el Tribunal constitucional francés (por la combinación de los arts. 64 y 20 de la Constitución): "... conciliation équilibrée entre le principe d'indépendance des l'autorité judiciaire... et les prérogatives que le Gouvernement tient..." (*Cour Constitutionnel* 2017-680, SPC, 8.12.2017).

15. STJUE citada en nota 6, núm. marg. 67.

16. En relación con el segundo nivel, destaca el TJUE (*vid. STJUE* citada en nota 6), núm. marg. 68, la injerencia "en el derecho a la libertad de la persona en cuestión, consagrado en el art. 6 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea".

17. STJUE citada en nota 6, núm. marg. 68.

del Derecho nacional para emitir la OEDE deberá "controlar en particular" el cumplimiento "de los requisitos necesarios para dicha emisión y valorar si, teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto, dicha emisión tiene carácter proporcionado"¹⁸. Estas exigencias de protección diferenciada en el segundo nivel deberían aplicarse específicamente también cuando la OEDE se fundamenta en una resolución judicial de detención nacional –en el primer nivel–¹⁹. A la vista de estas funciones, tan relevantes desde la perspectiva de los derechos fundamentales, las autoridades judiciales de emisión deberían realizar su tarea de control "de manera objetiva"; es decir, "considerando todas las pruebas de cargo y de descargo, y sin estar expuestas al riesgo de que su potestad decisoria pueda ser objeto de órdenes o instrucciones externas, en particular del poder ejecutivo, de modo que no exista ninguna duda de que la decisión de emitir la OEDE corresponde a esa autoridad y no, en definitiva, a dicho poder"²⁰. La autoridad de emisión debería entonces actuar de manera "independiente", lo que "exige" que no pueda estar sometida a ninguna indicación concreta por parte del Ejecutivo²¹.

3.– Lo antedicho colisiona manifiestamente con la posibilidad de que se ejerciten, bien a nivel federal o en el ámbito de los respectivos *Länder*, "*facultades de dirección externa*" en virtud de lo dispuesto en el § 147 GVG – [*Gerichtsverfassungsgesetz*,]– (por cierto, el TJUE cita en este punto de manera algo indiferenciada, tanto el § 146, como el § 147 GVG, si bien sólo éste se refiere a las facultades de dirección externa, y aquél únicamente concierne a la jerarquía interna de la Fiscalía²²). La existencia de estas facultades no fue negada tampoco por el Gobierno federal alemán en la vista oral ante el Tribunal de Justicia, justamente en relación con la emisión de la OEDE²³. Por lo demás, el Gobierno federal alegó que sólo se había hecho uso de estas facultades de dirección en contadas ocasiones, que las mismas se encuentran parlamentaria-

18. STJUE citada en nota 6, núm. marg. 71.

19. STJUE citada en nota 6, núm. marg. 72.

20. STJUE citada en nota 6, núm. marg. 73, con referencias a la STJUE de 10.11.2016 (TJCE 2016, 411), C-477/16 PPU, *Kovalkovas*, EU:C:2016:861, núm. marg. 42.

21. STJUE citada en nota 6, núm. marg. 74.

22. FRANKE, en: ERB y otros (coords.), LÖWE-ROSENBERG, *Kommentar zur StPO*, 26.^a Ed., 2010, § 146 GVG, núm. marg. 22 y sig.; INHOFER, en: GRAF (coord.), *BeckOnlineKommentar ["OK"] GVG*, 2.^a Ed., 1.2.2019, § 146, núm. marg. 4 y 6. Sobre la falta de diferencia entre facultades de dirección externa e interna, *vid.* BROCKE, en: KNAUER (coord.), *Münchener Kommentar[MüKo]-StPO*, 1.^a Ed. 2018, § 146 GVG, núm. marg. 12, con otras indicaciones en la nota al pie 19. Acerca de las críticas, respectivamente, a las facultades de dirección externas, MAYER, en: HANNICH (coord.) *Karlsruher Kommentar["KK"]-StPO*, 8.^a Ed. 2019, § 146 GVG, núm. marg. 1, con indicaciones adicionales (sin embargo, parte de su mantenimiento); *vid.* también KISSEL/MAYER, *GVG*, 9.^a Ed. 2018, § 147, núm. marg. 1, según el cual, el § 147 GVG se refiere a la competencia para el ejercicio de las facultades de dirección, aunque no estaría regulado en el mismo § 147 GVG, sino que resultaría ya de los §§ 145, 146 GVG.

23. STJUE citada en nota 6, núm. marg. 77.

mente controladas, o que incluso fueron excluidas a nivel político²⁴ (por ejemplo, en el acuerdo de coalición que opera en Sajonia). De todos modos, esto no cambia nada respecto a la posibilidad fundamental de recibir tales instrucciones externas, y colisiona por tanto con los postulados de independencia que propugna el Tribunal de Justicia. Dicho de otra manera, una Fiscalía como la alemana, sujeta a las instrucciones externas del Ejecutivo, no ofrece "ninguna garantía" para la necesaria independencia²⁵. Y el hecho de que se otorgue una posible tutela jurisdiccional (posterior) contra la OEDE ya dictada, alegación hecha por el representante del Gobierno federal²⁶, no restauraría de manera retroactiva²⁷ la carencia de independencia de la Fiscalía (según el Derecho europeo) en el momento de emisión de la OEDE –aparte de que puede considerarse un misterio, guardado por el representante del Gobierno federal alemán, de dónde podría resultar tal posibilidad de tutela jurisdiccional posterior...–²⁸.

4. En definitiva, la posibilidad de que se realicen indicaciones por parte del Ejecutivo conduce al TJUE a la conclusión final de que la Fiscalía alemana "claramente" ["*offenbar*" en la versión alemana de la sentencia] no cumple "con uno de los requisitos" de la "autoridad judicial de emisión" según lo dispuesto en el art. 6.º DMOEDE²⁹. Sin embargo, tanto la versión original

24. STJUE citada en nota 6, núm. marg. 78 y s.

25. STJUE citada en nota 6, núm. marg. 84, con remisión al núm. marg. 74.

26. Según el TJUE –*vid.* STJUE citada en nota 6, núm. marg. 85– el gobierno federal alemán alegó en la vista que las decisiones de la Fiscalía sobre la emisión de OEDE "pueden ser objeto de recurso ['*Klage*'] por la persona reclamada, ante los tribunales alemanes competentes".

27. *Vid.* STJUE citada en nota 6, núm. marg. 86 y s., donde el Tribunal de Justicia justamente indica que la posterior tutela jurisdiccional –recurso– no convertiría en inadmisibles las *previas* instrucciones externas a las Fiscalías en el contexto de la emisión de la OEDE (núm. marg. 87).

28. Pues solamente es recurrible la orden de detención nacional (§§ 117 y ss. StPO), no la OEDE. Véase *OLG Celle*, resolución de 16.4.2009, 2 VAs 3/09, *NStZ* 2010, p. 534: "La petición de entrega contenida en la OEDE y la solicitud de detención no son recurribles, tampoco en virtud de lo previsto en los §§ 23 y ss. EGGVG." Véase, anteriormente, en relación con la clásica petición de extradición (esta, en todo caso, menos ejecutiva que una solicitud de entrega a través de una OEDE) *OLG München*, resolución de 18.10.1974, 1 VAs 67/74, *NJW* 1975, p. 509 (no publicada) ("La petición de detención fundada en los §§ 23, 24 EGGVG, de la que no se admite declaración de ilegalidad del mandato de extradición, porque según estos preceptos, sólo pueden ser impugnadas las medidas adoptadas por la Administración de Justicia que tienen un efecto inmediato sobre los afectados por ellas. Este (...) no es el caso. Las consecuencias jurídicas inmediatas para los afectados sólo pueden causarse a través de la decisión del Estado solicitante, en la que se acuerda en la petición. En la solicitud de extradición sólo puede encontrarse una petición dirigida a las autoridades competentes para decidir, la cual no provoca para el afectado ningún efecto jurídico inmediato" *Bundesverfassungsgericht* ["*BVerfG*"], Sentencia de 25.3.1981, 2 BvR 1258/79, *BVerfGE* 57, 9 (núm. marg. 37 y ss.) (ninguna lesión del Art. 19 apdo. 4 GG).

29. *Vid.* STJUE citada en nota 6, núm. marg. 88, donde el Tribunal indica expresamente, una vez más, la necesidad de una actuación independiente en el ámbito de la emisión de una OEDE.

en inglés³⁰, como otras traducciones de la STJUE, se han redactado en este punto de manera más prudente³¹, con lo cual se podría constatar un error en la traducción a la lengua alemana –debería haber dicho más bien "aparentemente-scheinbar" o "quizá-wohl", en vez de "claramente-offenbar"–. Incluso teniendo en cuenta que todas las lenguas de la Unión pueden ser por principio idiomas del proceso, y que por tanto son equivalentes³², en este supuesto a la versión inglesa le corresponde una autenticidad de grado superior, porque el inglés fue el idioma de esta causa³³, y en consecuencia a éste hay que atribuirle una prevalencia en caso de dudas interpretativas. Lo antedicho se confirma por lo dispuesto en el art. 41 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, según el cual sólo resulta vinculante la versión de la lengua del procedimiento (en tanto que el Tribunal no haya admitido otra lengua, lo que no fue el caso). Entonces, si se parte de que la versión inglesa ha de ser la preponderante, resulta que la conclusión que alcanza el Tribunal de Justicia en la

-
30. Tal y como aparece en la única nota al pie de esta STJUE, el idioma del proceso fue el inglés.
31. *Vid.* STJUE citada en nota 6, núm. marg. 88: "... *do not appear* to meet one of the requirements..."; semejante en la versión francesa: "... *ne paraissent pas répondre à l'une des exigences...*"; véase por ejemplo también la italiana: "... *tali procure non paiono rispondere a uno dei requisiti per poter essere qualificate come 'autorità giudiziaria emittente...*", o la holandesa: "...*deze openbare ministeries niet lijken te beantwoorden aan een van de vereisten om te kunnen worden aangemerkt als 'uitvaardigende rechterlijke autoriteit' in de zin van artikel 6, lid 1, van kaderbesluit 2002/584...*", o incluso la versión polaca: "... *to wydaje się, że wspomniane prokuratury nie spełniają jednego z wymogów koniecznych to tego, aby można było uznać je za 'wydający nakaz organ sądowy' w rozumieniu art. 6 ust. 1 decyzji ramowej 2002/584...*" (cursivas añadidas por el autor). Sin embargo, la versión española contiene una formulación más estricta: "estas fiscalías *no se conforman* a una de las exigencias necesarias para poder tener la consideración de 'autoridad judicial emisora'" (cursivas añadidas por el autor).
32. Véase sobre esta cuestión el art. 36 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal, en su versión modificada el 9 de abril de 2019 (DO L 111 de 25.4.2019, p. 73): "Las lenguas de procedimiento serán el alemán, el búlgaro, el checo, el croata, el danés, el eslovaco, el esloveno, el español, el estonio, el finés, el francés, el griego, el húngaro, el inglés, el irlandés, el italiano, el letón, el lituano, el maltés, el neerlandés, el polaco, el portugués, el rumano y el sueco". Véase también en relación con esta cuestión, sobre lo dispuesto en el art. 55 apdo. 1 TUE, CREMER, en: CALLIES/RUFFERT (coords.) EUV/AEUV, 5.^a Ed., 2016, Art. 55, núm. marg. 6, según el cual, las distintas versiones del Tratado también serían vinculantes para el TJUE. Véase también, entre la jurisprudencia, del TJUE la sentencia de 10.3.2005 (TJCE 2005, 66), C-336/03, *easyCar (UK) Ltd*, ECLI:EU:C:2005:150, núm. marg. 25, en la cual el Tribunal, para la interpretación de una Decisión Marco, toma explícitamente como referencia diversas versiones de la misma, en distintos idiomas.
33. Un problema semejante se plantea con las versiones en diversos idiomas de Tratados de Derecho Internacional, en los cuales, si bien todas las lenguas del Tratado se tienen por auténticas (véase en general el art. 33 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados y, como ejemplo, el art. 128 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional); sin embargo, por lo general es el inglés la lengua preponderante (así lo fue en las negociaciones sobre el Estatuto de Roma), y también es una lengua de trabajo (*vid.* por ejemplo lo dispuesto en el art. 50.2 del Estatuto de Roma: inglés y francés). Véase al respecto también FRONZA/MALARINO, en: DELMAS-MARTY et al. (coords.), *Les Sources du Droit international pénal*, 2004, pp. 157 y ss.

versión alemana – "claramente-*offenbar*" – resulta demasiado apodíctica. A esto hay que añadirle que en Alemania una OEDE se asienta – en el primer nivel – sobre una orden de detención nacional dictada por un juez, con lo cual, a este respecto, y según reconoce de manera general el propio Tribunal de Justicia³⁴, existe suficiente tutela jurisdiccional³⁵, por lo que la conclusión final a la que llega el mismo Tribunal no resulta obligada, de ninguna manera. De hecho, el Tribunal insiste demasiado en el requisito de una (plena) independencia de la Fiscalía (en el segundo nivel), en comparación con la función de control por el juez (en el primer nivel)³⁶.

5.– Las dudas aumentarán si nos representamos las *consecuencias prácticas* de este planteamiento del TJUE. En primer lugar, afecta no sólo a la OEDE, sino también a todas las medidas de cooperación judicial y policial que se asientan en el principio de reconocimiento mutuo, pues éstas utilizan el concepto "autoridad judicial" en relación con las autoridades de emisión o de mandamiento³⁷. Por otro lado, también están afectados otros Estados miembros; aquéllos cuyas Fiscalías – como la alemana – están sometidas las indicaciones del Ejecutivo³⁸ y emiten OEDEs³⁹. *Prima facie* parece deducirse de este

34. Véase *supra*, nota al pie 16.

35. Compárese *supra*, nota al pie 27.

36. Esto se manifiesta también en que el TJUE aceptaría incluso una OEDE basada en una orden (nacional) de detención policial (!), siempre y cuando después la correspondiente OEDE proviniese de una Fiscalía *formalmente* independiente (como la de Hungría). *Vid.* STJUE de 10.11.2016 (TJCE 2016, 417), C453/16 PPU.

37. Así acaso también la Directiva sobre la Orden Europea de Investigación (art. 1.1, art. 2.c ii), o la Decisión Marco sobre el Exhorto Europeo de Obtención de Pruebas, que fue reemplazada por la citada Directiva (art. 2 lit. c ii)). Por el contrario, la Decisión Marco sobre Sanciones Pecuniarias no utiliza el concepto "autoridad judicial", sino que se refiere en general al "Estado de decisión" y al "Estado de ejecución", (art. 1. c, d) y concordantes), trasladando la designación de las concretas autoridades competentes a los Estados miembros, sin más precisiones (art. 2).

38. Esto afecta en todo caso a Bélgica, a Francia (a su carácter híbrido ya nos referimos *supra*, en la nota 13) y a los Países Bajos. *Vid.* el reciente trabajo de LIGETI, en: BROWN/TURNER/WEISSER, (coords.), *Oxford Handbook of Criminal Process*, 2019, pp. 139-163, esp. pp. 141 y ss., donde la autora, por lo demás, junto a Fiscalías anexas al Ejecutivo ("attached to the executive power") identifica otras dos formas de relación más dentro los Estados miembros de la UE, o sea, situaciones en las cuales la Fiscalía resulta ser independiente del Ejecutivo, ya sea porque ésta formalmente se inserta en el ámbito judicial ("formally embedded in the judiciary order" [Italia y Portugal]) o porque es una autoridad autónoma ("sui generis actor exercising a judicial-executive function" [Hungría]). También en España existe la facultad de realizar indicaciones por parte del Ministro de Justicia al Fiscal General del Estado, quien es nombrado a propuesta de aquél (*vid.* art. 124.4 CE, así como los arts. 27 y 29 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). En los sistemas del *Common Law*, como Inglaterra y EE.UU., las actuaciones de la Fiscalía son vistas, incluso más decididamente, como "expression of the executive power", *vid.* LIGETI, *op. cit.*, p. 143.

39. Quizá sea este también el caso en Francia (art. 695-16 *Code de Procédure Pénale*), aunque no en España, donde tanto la autoridad de emisión, como la de ejecución, es el Juez (*vid.* art. 35 Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, 20.11.2014, reformada por Ley 3/2018, de 11 de junio).

planteamiento del TJUE, que en el futuro las OEDes sólo podrían ser emitidas por las Fiscalías si se derogasen las facultades de dirección externa, lo que de hecho satisfaría una de las más antiguas exigencias de la Asociación de Jueces alemanes (*Deutscher Richterbund, DRB*)⁴⁰, en la que también se engloban los Fiscales; tales reclamaciones se han reactivado en este sentido, precisamente como reacción a la citada STJUE⁴¹. Una Fiscalía con estas características, totalmente independiente del Ejecutivo, como la que existe en otros Estados miembros de la UE⁴², y también fuera de la Unión⁴³, se correspondería con las exigencias acerca del concepto de "autoridad judicial" en el sentido del art. 6 DM-OEDE, ya que ésta –según indica el TJUE en la sentencia paralela a ésta, en relación con Lituania– adoptaría sus decisiones con plena independencia "sin ningún tipo de influencia externa, principalmente del Ejecutivo"⁴⁴. Por consiguiente, serviría también como autoridad judicial a estos efectos, tanto una Fiscalía de un Estado miembro que fuera estructuralmente independiente del Judicial, como del Ejecutivo, y siempre que tuviera la responsabilidad final sobre sus decisiones⁴⁵. No obstante, frente a una revalorización y fortaleci-

40. Puede consultarse al respecto el Proyecto de Ley elaborado por dicha Asociación (*Deutscher Richterbund– DRB*), de fecha 14.5.2009, para la inclusión de la Fiscalía en una estructura con plena autonomía, de fecha 14.5.2009, según el cual debería ser posible para la legislación de los *Länder*, regular la supervisión y dirección de los funcionarios de la Fiscalía de manera distinta a lo previsto en el § 147 apdo. 2 GVG. (https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Selbstverwaltung/090603_DRB-Gesetzentwurf_Selbstverwaltung_Einbeziehung_StA.pdf, consultado el 6.6.2019); véase también, el Proyecto de una Ley de modificación del Título 10.º del GVG –Ley del Poder Judicial–, de septiembre de 2005, según el cual se reconocería una facultad para el dictado de indicaciones generales por parte del Ministerio, aunque debería estar excluido en este punto el derecho a realizar indicaciones externas para un caso concreto (§ 147 apdo. 3 GVG-E) (https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Amtsrecht_StA/151113_DRB-BuVo_GE_GVGAEndG_Weisungsrecht_Stand_September_2015.pdf, consultado el 6.6.2019).

41. Véase la toma de postura del Presidente del DRB, *Jens Gnisa*: "el § 147 GVG debería modificarse en el sentido de que se excluyera cualquier influencia política sobre las Fiscalías, para de esta manera situar a Alemania finalmente en los más altos estándares europeos de justicia" ["§ 147 des Gerichtsverfassungsgesetzes muss so abgeändert werden, dass jeglicher politischer Einfluss auf die Staatsanwaltschaften ausgeschlossen ist und Deutschland endlich auf die Höhe europäischer Justizstandards gebracht wird"]. https://www.lto.de/recht/justiz/j/jumiko-themen-2019-justiz-sitzungsdienst-messer-legal-tech-containern-weisungsrecht-staatsanwaltschaft/?utm_medium=email&utm_source=WKDE_LEG_NSL_LTO_Daily_EM&utm_campaign=wkde_leg_mp_lto_daily_ab13.05.2019, consultado el 5.6.2019. A favor de una independencia de la Fiscalía "institucionalmente garantizada", *vid.* también GROSS, "Die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz in Deutschland – ein Defizitbefund", 6.6.2019, https://verfassungsblog.de/die-institutionelle-unabhaengigkeit-der-justiz-in-deutschland-ein-defizitbefund/?fbclid=IwAR0KXl_ZXFSoia591Cene_nTouZqeBDQ77Rx_7UwNgLGEhcnD571H_vbek, consultado el 6.6.2019.

42. *Vid. supra*, en la nota 35, junto a los nombrados, también Lituania, al respecto seguidamente en el texto principal.

43. Así, por ejemplo, en Colombia; *vid.* arts. 249 y ss. de su Constitución.

44. STJUE de 27.5.2019, C-509/18, PF, ECLI:EU:C:2019:457, núm. marg. 54 y ss., esp. 55.

45. *Vid.* STJUE de 27.5.2019, parte dispositiva: "El concepto (...) debe interpretarse en el

miento de la Fiscalía en este sentido, hay serias dudas desde la perspectiva de la teoría de la democracia –faltarían controles políticos y parlamentarios⁴⁶– y desde la perspectiva del Estado de Derecho podrían producirse (más) desequilibrios en la igualdad de armas, así como injerencias aún más gravosas en los derechos fundamentales⁴⁷. Por estas razones, desde la perspectiva del Estado de Derecho, siempre será preferible que también la emisión de las OEDEs se confiara solamente al Juez de la Investigación (*Ermittlungsrichter*)⁴⁸ aunque

sentido de que no comprende a las Fiscalías de un Estado miembro expuestas al riesgo de estar sujetas, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo, como un Ministro de Justicia, en el marco de la adopción de una decisión relativa a la emisión de una orden de detención europea".

46. Véase además, GÄRDITZ, *Juge d'instruction als gemeineuropäisches Leitbild?* 27.5.2019, <https://verfassungsblog.de/juge-dinstruction-als-gemeineuropaisches-leitbild/>, consultado el 5.6.2019, quien en las facultades de realizar indicaciones por parte del ejecutivo ve un "medio eficaz" para "asegurar la legitimación democrática de las autoridades competentes para la persecución penal vinculadas al poder del Estado (...) [die demokratische Legitimation der von Strafverfolgungsbehörden ausgehenden Staatsgewalt sicherzustellen [...]]; de opinión similar LIGETI, en la nota 37, *vid.* pp. 141 y 144. Acerca de la materialización de los controles parlamentarios sobre el Ministro de Justicia, *vid.* también SCHMITT, en: MEYER-GOßNER/SCHMITT, en la nota 13, previo al § 141 GVG, núm. marg. 6; INHOFER, en: GRAF, en la nota 21, § 147, núm. marg. 1; KURZROCK, *Die Zulässigkeit politischer Einflußnahme auf Strafverfahren*, 2003, pp. 241 y ss., esp. pp. 262 y 263, según el cual, las facultades de realizar indicaciones por parte del Ministro de Justicia a la Fiscalía se limitarían a una supervisión de la legalidad en la aplicación de la norma; sin embargo, ninguna duda se plantea KISSEL/MAYER en relación con el principio de separación de poderes, en la nota al pie 21, § 146 núm. marg. 2.
47. Véase en este sentido, sobre la destacada relevancia que a los derechos fundamentales otorga el TJUE en la emisión de la OEDE, ya indicada en la nota 15, con el texto principal. En relación con esto, *vid.* también la STEDH de 10.7.2008 (TEDH 2008, 43), núm. 3394/03, *Medvedyev et al. v. Frankreich*, núm. marg. 61. En ella el Tribunal de Estrasburgo manifiesta que la Fiscalía francesa "lacks the independence in respect of the executive", de manera que ésta no puede ser considerada "autoridad judicial competente" en el sentido del art. 5.1.c) CEDH y como consecuencia, se aprecia una vulneración del derecho a la libertad en la orden de privación de libertad proveniente de la Fiscalía. En la sentencia de 4.12.1979, núm. 7710/76, *Schiesser v. Schweiz*, núm. marg. 29 y ss., esp. núm. 38, el TEDH había considerado a la Fiscalía suiza como una "officer authorised by law to exercise judicial power" en la que se garantizaba la necesaria independencia, en el sentido del art. 5.3 CEDH. Véase en este sentido también la exposición que realiza ANG, en: BLEKXTOON/VAN BALLEGOOIJ (coords.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, 2005, pp. 47 y ss., esp. p. 49, según la cual, junto a los Jueces y Fiscales, también el Ministro de Justicia (de Dinamarca), las autoridades policiales (en Finlandia) o el Director de las autoridades policiales (en Suecia), serían mencionadas como autoridades de emisión competentes.
48. Como sucede en España, aunque no en el "sistema matriz napoleónico" francés; véase en la nota 37. *Vid.* también GÄRDITZ, en la nota 42; crítica sin embargo la Presidenta de la Asociación de Jueces de Baviera, *Andrea Titz*: "Una simple transferencia de la competencia para la emisión de la OEDE a los tribunales sería sólo una circunvalación del problema, no su solución" ["Die bloße Übertragung der Ausstellungskompetenz für Europäische Haftbefehle auf die Gerichte wäre nur eine Umgehung des Problems, nicht dessen Lösung"]. https://www.lto.de/recht/justiz/j/jumiko-themen-2019-justiz-sitzungsdienst-messer-legal-tech-containern-weisungsrecht-staatsanwaltschaft/?utm_medium=email&utm_sour

sabemos de la mala práctica –como sucede también con las órdenes de detención nacionales y otras medidas cautelares– de que el juez se limite tan solo a rubricar las órdenes de detención previamente elaboradas por la Policía/Fiscalía⁴⁹. Por lo demás, las OEDEs ya emitidas (alemanas) deberían en todo caso ser validadas *a posteriori* por el Juez de la Investigación⁵⁰, si se acepta en este sentido, siguiendo la doctrina mayoritaria, una retroactividad de las sentencias dictadas en los procesos sobre cuestiones prejudiciales⁵¹.

ce=WKDE_LEG_NSL_LTO_Daily_EM&utm_campaign=wkde_leg_mp_lto_daily_ab13.05.2019, consultado el 5.6.2019.

49. Véase, recientemente, ZIERVOGEL/STÖBER, *NStZ* 2019, pp. 352 y ss., esp. p. 353, quienes critican que la Juez de la investigación, según la referida Sentencia del TC alemán de 10.1.2018, (2 BvR 2993/14, *NStZ* 2019, 351), habría dictado una orden de registro "inmediatamente después de la solicitud de la Fiscalía, con una plena asunción del texto de su petición", y no se había documentado en los autos del proceso "si la propia Juez de la investigación estaba convencida de la existencia de los presupuestos de la orden de registro". Sobre este punto no se pronuncia el TC alemán, una vez que ya ha alcanzado la conclusión en el plano material de que falta de proporcionalidad de la orden de registro. Véase sobre esta cuestión, además, el informe de la Gran Comisión de Derecho Penal del DRB: "Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-?)Entwicklungen" ["La relación entre el Tribunal, la Fiscalía y la Policía en la fase de investigación; reglas procesales y defectos" en la aplicación práctica"], 2008, http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Das_Verhaeltnis_von_Gericht_Staatsanwaltschaft_und_Polizei_im_Ermittlungsverfahren.pdf?__blob=publicationFile, consultado el 6.6.2019, p. 38, según el cual el Fiscal tendría una "estrecha relación con el material del proceso comparable a la que tiene el Juez", y las decisiones judiciales deberían ser "preparadas y supervisadas" por la Fiscalía.
50. *Vid.* también en este sentido la declaración de la Fiscalía General de Celle –que es la coordina el trabajo de las Fiscalías generales alemanas referente a OEDEs–, según la cual deberían ser emitidas 5.600 nuevas OEDEs. <https://www.lto.de/recht/justiz/j/eugh-europaeischer-haftbefehl-deutsche-staatsanwaelte-nicht-unabhaengig/>, consultado el 5.6.2019.
51. Véase sobre la retroactividad, como regla general, de las sentencias dictadas en los procesos sobre cuestiones prejudiciales STJUE de 27.3.1980, Considerandos 66, 127 y 128/79, Amministrazione delle Finanze dello Stato, ECLI:EU:C:1980:101, núm. marg. 9: "La interpretación que (...) da el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho comunitario, esclarece y precisa, cuando es necesario, el significado y el alcance de ésta tal y como debe o hubiera debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor. Consecuencia de ello es que el Juez puede y debe aplicar la norma de este modo interpretada, incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelve la petición de interpretación, si por otra parte concurren los requisitos necesarios para someter un litigio relativo a la aplicación de dicha norma a los órganos jurisdiccionales competentes". *Vid.* STJUE de 26.4.1994, C-228/92, Roquette Frères SA, ECLI:EU:C:1994:168, núm. marg. 25 y ss. Entre la doctrina, *vid.* por ejemplo, SCHIMA, *Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH*, 2.^a ed., 2004, p. 102; HOBE, *Europarecht*, 9.^a Ed., 2017, núm. marg. 332; WALDHOF, *Europarecht*, 2006, pp. 615 y ss., esp. p. 628 y s., con otras indicaciones.