

INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS Y DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

1. INTRODUCCIÓN

Por oficio de fecha 25 de agosto de 2009 la Sra. Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda ha remitido al Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, el Anteproyecto de referencia, para que el Consejo Fiscal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14.4.j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), emita el correspondiente informe.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 14.4.j) EOMF corresponde al Consejo Fiscal *informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.*

El presente texto expresa el parecer del Consejo Fiscal sobre el mencionado Anteproyecto y da cumplimiento al preceptivo trámite de informe previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal.

2. JUSTIFICACIÓN DEL ANTEPROYECTO DE LEY.

El indicado Anteproyecto viene acompañado de la Memoria Justificativa y de la Memoria Económica.

La justificación del anteproyecto responde al imperativo comunitario de transposición de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, desarrollada por la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto, además de establecer el régimen sancionador del Reglamento (CE) Nº 1781/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre, relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos.

La primera Directiva europea (91/308/CEE) limitó su aplicación objetiva a los delitos de narcotráfico, terrorismo y delincuencia organizada, y subjetivamente a las entidades financieras, mientras que la segunda (2001/97/CE) amplió el concepto de delito antecedente y los sujetos obligados. La tercera (2005/60/CE) extiende la aplicación de las normas preventivas para evitar la financiación del terrorismo y la corrupción política internacional, y refuerza las normas de diligencia debida en relación a clientes no presentes físicamente en la identificación, a las relaciones de corresponsalía transfronteriza con entidades clientes de terceros países y a transacciones o relaciones de negocio con personas del medio político que residen en otro Estado miembro o en un tercer país.

Por otro lado, el presente Anteproyecto unifica los regímenes de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación de terrorismo,

poniendo fin a la dispersión actual, lo cual constituye otra de las razones que justifican el mismo.

3. CONTENIDO DEL PROYECTO Y OBSERVACIONES.

La política criminal contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo tiene dos aspectos fundamentales: uno, el punitivo, constituido por la tipificación penal de determinadas conductas que responden a esa actividad criminal y, otro, el preventivo, que es el objeto del presente Anteproyecto de Ley, tal y como se define en su artículo 1, es decir, la protección de la integridad del sistema financiero y de otros sectores de actividad económica mediante el establecimiento de obligaciones de prevención, cuyo incumplimiento tiene el carácter de infracciones administrativas que determinan la aplicación del régimen sancionador que se establece en el Capítulo VIII.

La normativa contenida en el Anteproyecto está sujeta al Derecho Administrativo, lo cual determina una limitada afectación a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la incidencia del contenido del Anteproyecto en la configuración de los tipos penales previstos en los artículos 301 y siguientes del texto punitivo, particularmente en el tipo imprudente, y de los considerados como delitos de financiación del terrorismo. No obstante el Anteproyecto tiene un especial interés para el Ministerio Fiscal, por cuanto la nueva regulación ha de incidir de forma decisiva en la represión de manifestaciones delictivas tan graves como son el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

El Anteproyecto objeto de estudio consta de una Exposición de Motivos, sesenta Artículos agrupados en los siguientes Capítulos: I.

Disposiciones generales (arts. 1 y 2); II. De la debida diligencia (arts. 3 a 16); III. De las obligaciones de información (arts. 17 a 25); IV. Del control interno (arts. 26 a 32); V. De los medios de pago (arts. 33 a 36); VI. Otras disposiciones; VII. De la organización institucional (arts. 42 a 47); VIII. Del régimen sancionador. Además el texto remitido contiene: una disposición adicional, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales.

Capítulo I.- Disposiciones Generales.

En este Capítulo se determina el ámbito de aplicación de la ley, la cual está referida a los sujetos obligados que se expresan en el artículo 2.

No se hace objeción alguna al contenido de este capítulo, que se valora positivamente, particularmente en lo que se refiere a la definición del delito de blanqueo que supera la discrepancia de la anterior regulación, limitada al blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a tres años; lo cual suponía una disfunción en relación con las conductas tipificadas en los artículos 301 y siguientes del Código Penal, en las que la actividad está referida a cualquier delito, con independencia de la pena prevista por su comisión.

También se valora positivamente la redacción del párrafo tercero del apartado segundo del artículo 1, que transpone lo dispuesto en el artículo 3.3) de la Directiva, adicionando la expresión “la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”, tratando de excluir las interpretaciones doctrinales que estiman que los bienes procedentes de delito fiscal no puede ser objeto de blanqueo de capitales.

Capítulo II.- De la debida diligencia.

Este Capítulo se divide en tres Secciones, en las que se establecen las denominadas: Secc. 1ª. “Medidas normales de diligencia debida” consistentes en la identificación formal de personas físicas o jurídicas que pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en las mismas (art. 3), identificación del titular real (art. 4), propósito e índole de la relación de negocios (art. 5) y seguimiento continuo de la relación de negocios (art.6); Secc. 2ª “Medidas simplificadas de diligencia debida”, que supone la autorización de no aplicar determinadas medidas de diligencia debida en relación con determinados de clientes (art. 9) o de productos u operaciones (art. 10); y, Secc. 3ª “Medidas reforzadas de diligencias debida” referidas a supuestos que presenten un alto riesgo de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

La valoración del contenido de este Capítulo es positiva, si bien debe precisarse a propósito del artículo 14 del Anteproyecto que, al mencionarse en el apartado primero, y por tanto en su formulación inicial, a los responsables públicos residentes en otros Estados, llama la atención la falta de referencia a quienes residen en España. Por ello se sugiere que, o bien se haga también alusión en ese primer párrafo a aquellos que ejercen su responsabilidad pública en nuestro país, o bien se formule en primer término el párrafo segundo de este apartado, posponiendo el actual párrafo primero como cláusula de extensión del mismo régimen a los responsables públicos residentes en otros Estados.

Igualmente se considera acertado el establecimiento en el artículo 14,1 de una relación de cargos o funciones que determinan que las relaciones de negocio u operaciones con quienes ostentan, o han ostentado esas responsabilidades, supongan para los sujetos obligados la aplicación

de medidas reforzadas de diligencia debida. En igual medida se considera acertada la inclusión en este grupo de los miembros del Ministerio Fiscal en determinados casos.

Sin embargo, resulta necesario realizar algunas observaciones, precisamente en relación con el contenido del citado artículo 14 referido a las “*Personas con responsabilidad pública*”, respecto de las cuales en el apartado 1, se establece que: *Los sujetos obligados aplicarán medidas reforzadas de diligencia debida en las relaciones de negocio u operaciones de personas con responsabilidad pública...*, considerándose con responsabilidad pública *aquellas personas físicas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes, así como sus familiares más próximos y personas reconocidas como allegados.*

Como hemos indicado, en el apartado a) se hace una relación de las personas físicas que ha de considerarse que desempeñan o han desempeñado funciones públicas importantes, enumeración que se inicia con los Jefes de Estado, y continúa con una serie de cargos entre los que se encuentran los Magistrados del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y las altas instancias judiciales cuyas decisiones no admitan normalmente recurso, con inclusión de los miembros equivalentes del Ministerio Fiscal.

Respecto de dicha relación de personas físicas, aunque como se expresa en la Exposición de Motivos, la transposición de la Directiva se ha realizado adaptando la terminología y sistemática de la Directiva al lenguaje castellano y a las “prácticas legislativas patrias” en cuanto no fuera contrario a la ordenación comunitaria, en este ámbito -aplicación de medidas reforzadas de diligencia debida a personas con responsabilidad pública- parece más adecuado que el concepto de desempeño de funciones públicas

importantes guardara relación con la materia en la que el funcionario realiza su actividad a los efectos del objeto de la norma -prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo- que con la importancia jerárquica del cargo. Es decir, parece más razonable aplicar las medidas de diligencia reforzadas respecto de un funcionario de inferior rango pero con responsabilidad en materias que se relacionen con actividades económicas que sean susceptibles de servir para el desarrollo de actividades criminales, que en un funcionario ajeno a ellas por muy alto que sea el grado jerárquico que desempeñe.

Desde este planteamiento, parece incongruente que se incluya en la relación a todos los Magistrados del Tribunal Supremo sin distinción alguna en función del puesto que desempeñan, y no a los titulares de órganos judiciales encargados específicamente de la investigación o enjuiciamiento de los delitos de terrorismo o de las grandes defraudaciones, y lo mismo habría que decir respecto de los miembros del Ministerio Fiscal con funciones análogas. También se echa de menos la inclusión en la enumeración de determinadas autoridades autonómicas o municipales con importantes responsabilidades decisorias en materia económica.

Por otro lado, en el artículo 15 referido al “Tratamiento de datos de personas con responsabilidad pública”, en el apartado 3 se establece que:

“El tratamiento y cesión de los datos a los que se refieren los dos apartados anteriores quedará sujeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su normativa de desarrollo.

No obstante, no será preciso informar a los afectados acerca de la inclusión de sus datos en los ficheros a los que se refiere este artículo”.

En la Memoria justificativa del Anteproyecto se significa que este artículo 15, ha sido redactado de acuerdo con las orientaciones de la Agencia Española de Protección de Datos, sin embargo, el párrafo segundo supone una excepción al régimen general establecido en Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, que puede no obstante justificarse tanto por el artículo 2,2 c) de la propia Ley Orgánica antes citada, en virtud del cual quedan al margen del régimen de protección por ella constituido los ficheros relacionados con investigaciones criminales sobre terrorismo y delincuencia organizada, como por lo establecido en el artículo 5,5 de la misma disposición legal que, siguiendo la Directiva 95/46/CE, dispone que el deber de información al afectado no es de aplicación cuando expresamente una ley lo prevea.

Esta misma cuestión se plantea en el artículo 31 referido a la “Protección de datos de carácter personal”

Capítulo III.- De las obligaciones de información.

Los artículos de este Capítulo establecen diversas actuaciones que deben realizar los sujetos obligados: examen con especial atención de cualquier hecho u operación que por su naturaleza, con independencia de su cuantía, pueda estar relacionada con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, estableciendo medidas de control interno que incluirán la difusión entre sus directivos, empleados y agentes de una relación de tales operaciones (art. 17), comunicación al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias de cualquier hecho u operación respecto de la que exista indicio de estar relacionada con tales actividades (art. 18), debiendo abstenerse de ejecutar cualquier operación de dichas características (art. 19). En todo caso

los sujetos obligados deben comunicar sistemáticamente a dicho Servicio Ejecutivo las operaciones que se establezcan reglamentariamente (art. 20) debiendo facilitar la colaboración mediante la facilitación de documentación e información que dicha Comisión o sus órganos les requieran, así como la conservación de los documentos durante un periodo mínimo de diez años (art. 25).

También se establece la exención de responsabilidad por incumplimiento de las restricciones sobre divulgación de información respecto de los sujetos obligados cuando se trate de comunicaciones de buena fe a las autoridades competentes (art. 23) estando prohibido que revelen al cliente o a terceros la comunicación de la información efectuada al Servicio Ejecutivo o la circunstancias de que se está examinando o pueda examinarse alguna operación de las expresadas características (art. 24).

Los abogados están exceptuados de los indicados deberes de información en relación con la información que reciban de sus clientes para fijar una posición jurídica o en el desempeño de su misión de defender o representarles en procesos judiciales, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso (art. 22). El artículo 3,4 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre era más amplio, al incluir subjetivamente en su ámbito de aplicación a auditores, contables externos, asesores fiscales, notarios, y procuradores, y al comprender objetivamente también los procedimientos administrativos junto a los judiciales. El espíritu de la norma es deslindar el asesoramiento jurídico, la defensa y representación en juicio de otras actividades comerciales de carácter menos confidencial, como la intermediación financiera, donde se aplicarían plenamente las disposiciones de prevención del blanqueo (STJCE de 26 de junio de 2007).

No se realiza ninguna observación sobre el contenido de este Capítulo, que es valorado positivamente.

Capítulo IV.- Del control interno.

En este Capítulo se dispone que los sujetos obligados establecerán un órgano de control interno responsable de la aplicación de políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión del riesgo, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

Este control se completa mediante la designación de un representante del sujeto obligado ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión (art. 26), controles externos (art. 27), formación de empleados (art. 28).

En este Capítulo se encuentra el artículo 31 sobre “Protección de datos de carácter personal” al cual nos hemos referido anteriormente al comentar el artículo 15 sobre tratamiento de datos.

Capítulo V.- De los medios de pago.

En este Capítulo se definen a los efectos del Anteproyecto los medios de pago -papel moneda, cheques, cualquier otro medio físico, incluidos los electrónicos-, se establece la obligación de declarar determinados movimientos por importe igual o superior a los 100.000 euros (art. 33) o a los 10.000 si se trata de salidas o entradas en el territorio nacional, y para

comprobar el cumplimiento de tales obligaciones se faculta a los funcionarios aduaneros y policiales para controlar e inspeccionar a las personas físicas, sus equipajes y medios de transporte (art. 34), estableciéndose un sistema de tratamiento de la información (art. 35) y de intercambio de la misma (art. 36) con autoridades competentes en otros Estados.

Capítulo VI.- Otras disposiciones.

Dentro de este Capítulo, el artículo 37 se refiere a las fundaciones y asociaciones, el artículo 38 a las entidades gestoras colaboradoras, el artículo 39 a los envíos de dinero, el artículo 40 a las contramedidas financieras internacionales y el artículo 41 al Fichero de Titularidades Financieras, cuya justificación expresada en la citada Memoria justificativa del Anteproyecto comparte plenamente el Consejo Fiscal.

También se valora positivamente la redacción del artículo 41.3 que permite el acceso a los datos declarados en el Fichero de Titularidades Financieras a los Jueces de Instrucción y al Ministerio Fiscal, con ocasión de la investigación de delitos relacionados con el blanqueo de capitales o la financiación de terrorismo, equiparando a estos efectos la investigación del Ministerio Fiscal efectuada al amparo del artículo 5 del Estatuto Orgánico y del artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con las que lleva a cabo la autoridad judicial.

Igualmente se estima adecuada la limitación de dicho acceso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, toda vez que, aunque la información contenida en el referido Fichero no afecta a derechos fundamentales, sin embargo, tal limitación, consistente en que los agentes policiales deban cursar solicitud al Juez de Instrucción o al Ministerio Fiscal,

está en concordancia con las funciones que legalmente vienen atribuidas respectivamente a los jueces de Instrucción, a los fiscales y a la Policía Judicial en relación con las actuaciones de investigación e instrucción penal.

En cuanto a la previsión de encomendar a un miembro de Ministerio Fiscal la función de velar por el uso adecuado del fichero, se estima correcto que su designación corresponda al Fiscal General del Estado, previo cumplimiento de los trámites previstos en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. A los efectos de esta designación, y aun cuando se comparte el criterio del prelegislador de que aquél en quien recaiga esta función no debe estar vinculado profesionalmente a la investigación de los comportamientos ilícitos que se pretenden prevenir con esta Ley, precisamente para garantizar su objetividad en el control del uso del fichero, se estima que la expresión utilizada en el Anteproyecto no es suficientemente precisa, por lo que se sugiere su sustitución en los siguientes términos: “... *un miembro del Ministerio Fiscal designado por el Fiscal General de Estado de conformidad con los trámites previstos en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y que durante el ejercicio de esta actividad no se encuentre desarrollando su función en alguno de los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la persecución de los delitos de blanqueo de capitales y/o de financiación del terrorismo...*”.

El fundamento de esta atribución del control del fichero a un miembro del Ministerio Fiscal se ajusta a las funciones encomendadas a la Institución en el artículo 124 de la Constitución española, y en el propio Estatuto Orgánico, que en el artículo 3,3 dispone, como uno de los cometidos del Ministerio Fiscal, el de *velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.*

Es preciso también hacer hincapié en que los apartados 3 y 4 del artículo 41 comprenden dos tipos diferentes de actividades. El primero se refiere a autoridades o agentes de la autoridad que en el curso de una investigación en la que intervienen en el ejercicio de sus funciones acceden al fichero para obtener datos relevantes para la misma, en tanto que el segundo contempla un órgano de control que vela por que tal acceso se fundamente en motivos justificados.

Capítulo VII.- De la organización institucional.

En este Capítulo en el que se regula la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (art. 42), los órganos de la Comisión (art. 43), el análisis de la información recibida (art. 44), la supervisión e inspección de los sujetos obligados (art. 45), el régimen de colaboración (art. 46), el deber de secreto (art. 47), se considera acertada la previsión contenida en el apartado 3 del artículo 43 -Órganos de la Comisión- que, sin perjuicio de su desarrollo reglamentario, establece la adecuada representación del Ministerio Fiscal en la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracción Monetarias, por cuanto su independencia institucional, la especialización tanto en materia de blanqueo como de terrorismo de alguno de sus órganos, así como su expansión territorial, son factores de gran utilidad para el cumplimiento de las funciones que se atribuyen legalmente a dicha Comisión.

Capítulo VIII.- Del régimen sancionador y disposiciones adicional, transitorias, derogatoria y finales.

Por último, tampoco se hace objeción alguna al régimen sancionador regulado en este Capítulo (art. 48 al 60), así como a la disposición adicional,

cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales, que se consideran adecuadas

En definitiva, el conjunto del anteproyecto de Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, con las observaciones reseñadas, es valorado favorablemente por el Consejo Fiscal.

Madrid, 28 de septiembre de 2009

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO,
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL

Cándido Conde-Pumpido-Tourón