

Revista del Ministerio Fiscal

n° 12, 2023

Fiscalía General del Estado



Ministerio
Fiscal



tirant
lo blanch

Respuesta penal a la corrupción en el siglo XXI. Retos y Soluciones

Revista del Ministerio Fiscal, año 2023, número 12

Directora de este número:

Elena Lorente Pablo

Fiscal de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada

Consejo de Redacción de la Revista del Ministerio Fiscal

Álvaro García Ortiz, Fiscal General del Estado

Ana Isabel García León, Fiscal de Sala Jefa de la Secretaría Técnica

Esmeralda Rasillo López, Fiscal de Sala Jefa de la Unidad de Apoyo

María Isabel Gómez López, Vocal del Consejo Fiscal

Yolanda Ortiz Mallol, Vocal del Consejo Fiscal

Jesús Alonso Cristóbal, Fiscal de Sala de la Audiencia Nacional

Juan Antonio Pozo Vilches, Fiscal Togado de la Sala V

Ana María Cuadrado García, Jefa del Área de Gestión de la Información

NIPO: 056160021

ISSN: 2530-0113

Edita

Fiscalía General del Estado

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid

www.fiscal.es

Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas 14, 46010 Valencia

www.tirant.com

Respuesta penal a la corrupción en el siglo XXI. Retos y Soluciones



Número 12
2023





Índice

| | |
|--|-----------|
| Presentación Elena Lorente Pablo | 6 |
| Reforzando la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción: digitalización, acceso a prueba electrónica y ejecución de embargos internacionales Jorge A. Espina Ramos | 10 |
| <ol style="list-style-type: none">1. Introducción2. El mecanismo de transmisión electrónica de pruebas: eEDES3. Un instrumento cuasi-revolucionario en la UE: Las Órdenes Europeas de Producción y Conservación de Datos. El Reglamento 1543/2023 y la Directiva 1544/20234. La problemática de la ejecución en España de los embargos internacionales5. Reflexiones finales | |
| Canales de información y protección los informadores en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción Roberto Valverde Megías | 34 |
| <ol style="list-style-type: none">1. Consideraciones previas sobre la protección del “whistleblower”2. Presupuestos de la Ley 2/2023, de 20 de febrero3. La Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción4. Consideraciones finales | |
| Puertas giratorias ¿modelo Cincinato? Pilar Santamaría Villalaín | 58 |
| <ol style="list-style-type: none">1. Introducción2. Marco normativo | |

3. Panorama internacional
4. Tránsito de altos cargos al ejercicio funciones integradas en el Título VI de la Constitución
5. A modo de conclusión

El reto de la recuperación de activos: el papel del Ministerio Público

72

Elena Lorente Pablo

1. La recuperación de activos: aproximación a la situación actual
2. El papel del fiscal en la recuperación de activos
3. La pieza separada de “efectividad decomiso”
4. ¿Hacia un modelo de decomiso “in rem” o decomiso civil?
5. El futuro papel del Órgano de Recuperación de Activos (“asset recovery office” ARO)

Respuesta penal a la corrupción en el siglo XXI. Retos y Soluciones

A la memoria de Dña Rosario Lacasa Escusol

Presentación

ELENA LORENTE PABLO

**Fiscal de la Fiscalía Especial contra la
Corrupción y la Criminalidad Organizada**

Retomo la cita de Flaubert que la Introducción del número 0 de esta revista realizaba allá por el año 2015, recordando que la vida ha de ser una continua formación.

Y me parece tanto más acorde traerla a colación, no sólo por la certeza del comentario, sino como excusa para volver a la andadura de una publicación que se ha ausentado durante dos años.

Así, el último número, el 10, se publicó en el año 2021 y, finalmente, le va seguir un número 11, a punto de ver la luz cuando escribo estas líneas.

Me vais a permitir una licencia, y es dedicar este número a una queridísima compañera que, habiendo sido codirectora y ponente en ese número 10, no podrá ya leernos. ¡Qué ausencia más sentida! Va por tí, querida Charo.

Este número 12 nace con un sentimiento de humildad. Y digo esto porque al dirigirnos a esa comunidad de compañeros, que debe ser nuestra “*casa común*”, somos conscientes de las grandes cabezas que allí habitan. Huyendo de cualquier aleccionamiento o fatuidad, tan sólo se pretende llamar a la reflexión sobre algunos de los muchos retos que el inmediato presente nos depara.

El corrosivo fenómeno criminal denominado “*corrupción*” debe ser atajado en el siglo XXI con las herramientas del momento que nos toca vivir.

Nuestra forma de trabajo, aunque mudando lentamente, está aún lejos de las exigencias que ciertos ámbitos delincuenciales exigen.

Por propia experiencia sé que en la defensa de delitos atinentes a dicha “*corrupción*” se presentan lustrosos despachos de abogados cuyo modo de trabajo y estrategias de defensa suelen diseñarse desde el minuto inicial de la encomienda recibida.



Necesita el Ministerio Fiscal, en cumplimiento de aquellas tareas que la Constitución nos adjudica, tener los resortes teóricos y prácticos que nos permitan realizar desde la profesionalidad, el rigor y la honestidad nuestra función, sin achantarnos y con la dignidad que nos es propia.

Este número sencillo se compone de cuatro artículos dedicados a unos temas que, sin perjuicio de otros, son indicativos de los retos que tiene que afrontar la lucha contra la corrupción en el siglo XXI.

Como no puede ser de otra manera, nuestro país, como parte integrante de la Unión Europea asume, bajo la perspectiva europeísta, la implantación de los instrumentos que el aparato legislativo europeo lanza y que los operadores jurídicos debemos conocer y, en su caso, aplicar.

“Necesita el Ministerio Fiscal tener los resortes necesarios para realizar nuestra función desde la profesionalidad, el rigor y la honestidad, sin achantarnos y con la dignidad que nos es propia.”

Por ello, se abordan las modificaciones en materia de confidentes (“*whistleblowing*” en terminología anglosajona), los inminentes cambios en materia de prueba digital y de embargo y decomiso y uno de los temas más peliagudos en el ámbito de la administración pública que es el de las “*puertas giratorias*”.

La Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 *relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión*, ha sido traspuesta en la reciente Ley 2/2023, de 20 de febrero, *reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (BOE núm 44, de 21 de febrero de 2023).

Precisamente una “*Estrategia contra la Corrupción*” deberá ser presentada por el Gobierno en el plazo de dieciocho meses desde la entrada en vigor de esta Ley, según reza su Disposición adicional quinta.

En materia de prueba digital resulta de rabiosa actualidad lo que se conoce como el “*paquete de prueba electrónica*”, compuesto por el Reglamento 2023/1543 y la Directiva 2023/1544, ambos publicados el pasado 28 de julio en el Diario oficial de la Unión Europea (DOUE).

Los delincuentes se sirven actualmente de alta tecnología en la comisión delictiva (mensajería electrónica, uso de plataformas digitales etc...), resultando que los datos electrónicos que les pueden incriminar, se almacenan en proveedores de servicios ubicados fuera de territorio nacional e incluso fuera de territorio de la Unión Europea.

Resulta de particular incidencia, por la aplicación del principio de reconocimiento mutuo consagrado en el artículo 82 del TFUE y por la directa aplicación que su naturaleza le otorga, el Reglamento 2023/1543 que establece las órdenes europeas de producción y de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales.

Estas herramientas permitirán a las autoridades judiciales el acceso a datos que se encuentren en prestadores de servicios fuera, incluso, de la Unión Europea, resultando que los delitos denominados “*de corrupción*”, de claro componente transfronterizo en la mayoría de los casos, están incluidos en la categoría de delitos respecto a los que no se puede denegar la orden de entrega de datos recibida (Artículo 12 apartado 1 letra D en relación al Anexo IV del Reglamento).

Resultan, igualmente, interesantes las reflexiones sobre la posibilidad de ejecución urgente de embargos internacionales, con una sugerente solución basada en la cooperación internacional y, particularmente, en las posibilidades que ofrece el Regla-

mento 2018/1727 sobre Eurojust y la Ley 29/2022, de 21 de diciembre, por la que se adapta el ordenamiento nacional a dicho Reglamento.

**“Una cosa no es justa por el hecho de ser ley, sino que debe ser ley porque es justa”
(Montesquieu)**

El trasvase de autoridades y funcionarios desde el área pública a la privada hace ineludible abordar el tratamiento de los conflictos de intereses que, más allá de consideraciones sobre falta de ética, incurran en comportamientos delictivos. El espinoso tema de las llamadas “*revolving doors*” y sus límites debería ser objeto de un tratamiento más exhaustivo y profundo que el que actualmente existe.

En igual línea conviene reflexionar sobre las formas de actuación de los “*lobbies*” o grupos de presión

que, de momento, en nuestro país carecen de una regulación explícita.

Finalmente, el embargo y decomiso de productos del delito, de notable regulación en nuestras normas penales y procesales, se encuentra con escollos en su aplicación, particularmente, en materia de decomiso autónomo.

La propia reforma que se aproxima, mediante una nueva Directiva de embargo y decomiso, va a ahondar en la privación de ganancias ilícitas y puede suponer una revolución en materia de localización de activos y de lucha contra el denominado “*enriquecimiento ilícito*”.

En suma, esta época trepidante que nos toca vivir impone un proceso de constante adaptación y de búsqueda de la justicia, sin olvidar que, como decía Montesquieu una cosa no es justa por el hecho de ser ley, sino que debe ser ley porque es justa.



**Ministerio
Fiscal**

Reforzando la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción: digitalización, acceso a prueba electrónica y ejecución de embargos internacionales

JORGE A. ESPINA RAMOS

Fiscal

**Miembro Nacional Adjunto de España
en Eurojust**



RESUMEN¹

La necesidad de usar todas las herramientas posibles, incluyendo las que se basan en novedosas tecnologías, está presente en todas las facetas de la lucha contra la criminalidad, pero es particularmente acusada cuando se trata de delitos cometidos por organizaciones criminales transnacionales —que tienen a su disposición enormes medios materiales y tecnológicos—; y tiene especial incidencia en el plano internacional, muy particularmente dentro de la UE dada la permeabilidad de las fronteras interiores y la necesidad de buscar la mayor eficacia en las investigaciones.

Se analizará aquí la importancia de los esfuerzos para establecer un sistema de comunicación e intercambio de pruebas no basado en la remisión material de las mismas, así como la novedad legislativa que en el plano del desarrollo del principio de reconocimiento mutuo ha supuesto la reciente aprobación del Reglamento que crea la órdenes europeas de producción y conservación de datos, un instrumento cuasi-revolucionario que supone un completo cambio de paradigma para la cooperación judicial internacional en materia penal.

Por último y dentro del esfuerzo para asegurar que se cortan los flujos financieros criminales, es crucial desarrollar un sistema ágil y eficaz para ejecutar los embargos preventivos solicitados por autoridades de otros países. Pese a su carácter urgente, desgraciadamente, la opción legal tomada en España de atribuir su ejecución a los juzgados de instrucción del lugar del bien impide en la práctica una rápida identificación de la autoridad competente, lo que deriva en una ejecución tardía que, en la mayoría de los casos, equivale a un resultado fallido. Se analizarán algunas alternativas posibles, incluso sin necesidad de acometer reformas legales, que pueden incrementar significativamente la eficacia en la ejecución de los embargos, como es el recurso al Ministerio Fiscal a través de la Red de Fiscales de Cooperación, o el ejercicio por parte del Miembro Nacional de Eurojust de las competencias que el derecho europeo

le otorga en casos urgentes. Junto a esto, no puede dejarse de plantear las posibilidades de una reforma legal que mejore el actual sistema, en particular mediante la atribución al Ministerio Fiscal de la competencia para ejecutar los embargos emitidos por autoridades extranjeras.

“Cuando una nueva tecnología te alcanza, o te subes a ella o te pasa por encima”.

Stewart Brand (escritor norteamericano)

1. Introducción

No cabe duda de que las organizaciones criminales que más seriamente pueden dañar a la sociedad hacen uso de las nuevas oportunidades y medios ofrecidos por la digitalización y el recurso a medios cibernéticos, y por ello la lucha contra esta delincuencia tan especializada ha de basarse igualmente en el mejor conocimiento y uso posibles de vías para combatirla. Una “*sociedad bien ordenada*” entendida en el sentido apuntado por el clásico concepto de Justicia defendido por John Rawls, ha de estar permanentemente vigilante y dispuesta a adoptar las medidas más modernas para combatir las nuevas formas de criminalidad, siempre con el debido respeto a las garantías fundamentales.

Es lógico que todas las organizaciones criminales actúen siempre buscando la mayor impunidad, y el recurso a nuevos métodos criminales complica constantemente la lucha contra éstas. Tal circunstancia requiere de renovados esfuerzos para combatirlas y es crucial poder hacer uso de nuevos tipos de prueba (la prueba electrónica) que requieren de específicos mecanismos para tratarla con la debida eficacia.

Quando menciono la utilidad de los nuevos mecanismos en la lucha contra la criminalidad no me refiero sólo a actores criminales activos en lejanos entornos, sino que en el propio seno de la UE y, por ende, de nuestro país esta realidad está a la orden del día. Como todos vemos en nuestro traba-

¹ Las opiniones contenidas en el presente trabajo son exclusivamente del autor y no necesariamente han de coincidir con las posiciones de las Instituciones o Agencias para las que trabaja o ha trabajado, señaladamente la Fiscalía General del Estado o Eurojust.

jo diario, España es desgraciadamente destino de buena parte de los criminales de alto perfil y, lamentablemente, las redes criminales organizadas están consiguiendo unos niveles de implantación en determinadas zonas de nuestro territorio ciertamente preocupantes.

Lo que resulta indudable es que se trata de una actividad pujante y que afecta negativamente al conjunto de relaciones sociales e institucionales de una determinada sociedad, convirtiéndose en motor de corrupción, de un lado, y en productora de inseguridad jurídica de otro, lo que redundará negativamente en los intereses y derechos de los ciudadanos en cuanto tales, y en cuanto que consumidores de bienes y servicios.

Es más, si no se ponen medios de combate eficaces (lo que, por lo que nos interesa en esta contribución, debe significar estar en condiciones de armar y sostener un sistema técnico eficaz para comunicar las peticiones de cooperación y para acceder de modo rápido a determinados tipos de prueba) estaríamos contribuyendo a la falacia de la elección racional delincinencial, entendiéndola como la consideración del delito (señaladamente el organizado) como una manifestación de una elección racional en tanto que (al margen de la valoración ética, moral o incluso legal que pudiera merecer esta opción) determinadas estructuras criminales se acaben aceptando y considerando como fruto de elecciones racionales.

Bajo estos parámetros, tanto el ciudadano como el delincuente terminan contribuyendo a la perpetuación del sistema en tanto que obtienen un beneficio: el ciudadano, porque la aceptación de las organizaciones criminales le resulta la mejor opción de entre las alternativas disponibles; el criminal, porque se puede presentar como una especie de empresario o proveedor de servicios a quien le compensa actuar desde la ilegalidad en tanto en cuanto la relación coste-beneficio sea superior a la que existiría en actividades legales. Y en este cálculo de coste-beneficio es donde la mayor eficacia de la reacción inter-

nacional puede ayudar a inclinar la balanza hacia la legalidad en lugar de hacia las conductas delictivas.

Y esto es así porque conviene no olvidar que las consideraciones de las estructuras criminales o mafiosas como proveedoras de servicios a la sociedad son siempre preocupantes, pero lo son más aún cuando nos encontramos en un entorno como la UE, con una cuasi absoluta permeabilidad fronteriza establecida en beneficio de todos, pero que puede ser particularmente provechosa para los delincuentes. Ya en junio de 2007, el Fiscal General del Estado, en la primera ocasión en que un máximo representante del Ministerio Fiscal español se dirigía al Colegio de Eurojust, tuvo ocasión de recalcar este punto al afirmar que *“en el contexto en el que nos movemos, la única solución pasa por reforzar el papel de las instancias supranacionales destinadas a combatir estas formas de delincuencia. (...) No podemos permitir que fenómenos evidentemente positivos, como la integración europea, se conviertan en campo abonado para el desarrollo de la delincuencia transnacional”*.

Obviamente, estar vigilantes ante estos peligros requiere de una serie de reacciones por parte de las instituciones y organismos encargados de la lucha contra la criminalidad, algunos de cuyos mejores ejemplos son precisamente las novedades que pretendo comentar brevemente en este artículo. Como diría el sociólogo polaco Zigmunt Bauman, frente a la *“lógica del atrincheramiento local”*, hay que optar por una *“lógica de la responsabilidad y la aspiración globales”*. En otras palabras, la solución ha de ser más cooperación, más coordinación y, en definitiva, más Europa.

En efecto, tratar el fenómeno de la corrupción desde casi cualquiera de sus posibles ángulos nos lleva inevitablemente, antes o después, a abordar la cuestión desde la perspectiva de la cooperación internacional, puesto que la corrupción —al menos la de un cierto nivel— es un fenómeno que trasciende las fronteras y se beneficia particularmente de su carácter transnacional. Este fenómeno de corrup-

ción al que me refiero y que justifica la contribución en esta publicación es aquél que ha alcanzado unos niveles particularmente altos y que ha llegado a lo que se puede llamar la fase internacional y que, en definitiva, es el que sostiene en buena parte la necesidad de órganos especializados de persecución penal, como es la Fiscalía Especial Anticorrupción.

Por todo lo expuesto, dentro del ámbito internacional, tanto por razones cuantitativas como por las novedades que se están produciendo en la materia, me centraré en la esfera en que principalmente se desarrollan las relaciones transnacionales en nuestro entorno: el de la Unión Europea. Todo ello sin perjuicio de reconocer que hay otros ámbitos internacionales en los que se ha realizado un inmenso trabajo en relación con los modos de acceso a la prueba electrónica, como es el caso del Consejo de Europa, donde existen instrumentos tales como el Convenio de Budapest o su Segundo protocolo —aún no ratificado por España en el momento de escribir estas líneas y pendiente de que al menos cinco Estados parte lo ratifiquen para entrar en vigor—; o el ámbito de Naciones Unidas en el que está actualmente en negociación un Tratado de Ciberdelincuencia —Resolución 74/247— que puede llegar a convertirse en un elemento importante.

Centrado pues en la UE el ámbito de estas reflexiones, hay que tratar dos aspectos muy concretos que espero sean de interés por su novedad: de un lado, las vías formales de transmisión de prueba electrónica (en base al sistema eEDES y al nuevo Reglamento sobre digitalización —cuyo proceso legislativo está a punto de cerrarse en el momento de escribir estas líneas—) y, de otro, las nuevas posibilidades que el principio de reconocimiento mutuo ofrece en materia de preservación y obtención prueba electrónica (el recién aprobado paquete legislativo sobre acceso y preservación de datos, que regulan las Órdenes Europeas de Producción y de Conservación de datos —a las que nos referiremos en las siguientes páginas, respectivamente, como OEP y OEC—).

Es preciso también aclarar que los aspectos arriba señalados son de interés general para todos los operadores jurídicos —y en particular para los fiscales— por cuanto no se trata de materia que haya de entenderse necesariamente vinculada a determinadas especialidades (como cooperación internacional, ciberdelincuencia o anticorrupción) sino que, por su carácter transversal, trasciende a éstas para pasar a ser relevantes para la totalidad.

En efecto, el elemento principal es la necesidad de buscar sistemas de comunicación y transmisión adaptados a las necesidades actuales, así como a la naturaleza de la prueba que se pretende obtener (la prueba electrónica). Esta última naturaleza es compartida no sólo por aquellos datos que existen únicamente en el ciberespacio, sino también por todos aquellos elementos probatorios que son fruto de la transformación o traslado a este ámbito digital, aun cuando su origen sea distinto (documentos, actas, videos, etc.). Podemos definir a estos efectos la prueba electrónica como aquellos elementos de prueba que se encuentren en o sean generados, almacenados, procesados o transmitidos por medios electrónicos.

La mayor utilidad por su facilidad de manejo, análisis y almacenaje es evidente, pero no lo es menos que han de tenerse en cuenta otros factores para evitar que la validez o calidad de las pruebas disminuya en relación con los elementos de prueba tradicionales. Así, su volatilidad hace que sea preciso asegurar su mantenimiento, como también su integridad e identidad, de modo que la admisibilidad y valoración de la misma pueda hacerse con todas las garantías debidas en un proceso penal. Otro inconveniente no menor es la dificultad de ubicación de las pruebas electrónicas y la necesidad de definir modos legítimos de acceso a las mismas pero, como veremos, buena parte de estas dificultades se afrontan por los nuevos instrumentos de reconocimiento mutuo aprobados en la UE.

También es cuestión de la máxima importancia (y que como fiscales nos corresponde vigilar y defen-

der en todo momento) garantizar que el control de este proceso por parte de las autoridades judiciales (en el sentido amplio reconocido habitualmente en los instrumentos de cooperación internacional, que incluye tanto a jueces y tribunales como a miembros del Ministerio Fiscal) esté perfecta y puntualmente preservado en todo momento. La mayor celeridad o eficacia son loables fines a conseguir, siempre y cuando para alcanzarlos no hayamos de sacrificar el efectivo control por parte de las autoridades judiciales, lo que constituiría una injustificable renuncia a las garantías exigibles a todo procedimiento de carácter penal.

Por todo lo anterior y, en particular, por la ubicuidad de las pruebas electrónicas en el mundo actual, sería un error pretender dejar exclusivamente en manos de especialistas en cooperación internacional o en cibercriminalidad el estudio de estos mecanismos e instrumentos, porque cualesquiera otros ámbitos jurídicos —y señaladamente la investigación de los casos de corrupción y delincuencia económica grave— van a tener necesidad inmediata de usar los instrumentos que se van a analizar y conocer las posibilidades que los mismos ponen a disposición de los fiscales.

Así pues y como se decía más arriba, comenzaré por atender a un cambio significativo de carácter formal y que se refiere al método de comunicación y transmisión de solicitudes internacionales (incluso cuando su objeto no sean estrictamente pruebas electrónicas).

2. El mecanismo de transmisión electrónica de pruebas: eEDES

La cuestión primera que abordaré en esta breve contribución —los nuevos mecanismos de transmisión de la prueba— es de carácter tanto formal como horizontal. Formal, porque no se refiere tanto al contenido o modalidades de lo que pueda solicitarse o ejecutarse en el marco de las pruebas electrónicas que puedan ser necesarias en el seno de

las causas seguidas en España (o solicitadas desde otros países) como a la forma en la que materialmente se llevará cabo.

Pero es también horizontal porque el nuevo sistema no será de aplicación sólo para las medidas de investigación (Órdenes Europeas de Investigación —OEs— y comisiones rogatorias —CRIs— o las nuevas OEPs y OECs que veremos en el siguiente apartado) sino que se pretende que afecte a la totalidad de instrumentos de cooperación (civil, mercantil y penal) en virtud de la Propuesta de Reglamento sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en materias transfronterizas civil, mercantil y penal (COM 2021/759) que, como ya se ha dicho, en estos momentos se encuentra a punto de finalizar su proceso legislativo.

La evolución en el modo de transmitir solicitudes y el material ejecutado ha variado mucho desde las tradicionales remisiones por correo postal y vía diplomática hasta la llegada y la admisión de la validez del correo electrónico. Pero el siguiente paso va más allá y se centra sobre todo en ofrecer un marco técnico que permita garantizar una serie de elementos tales como la seguridad, la acreditación de los intervinientes y la garantía de la integridad de las comunicaciones. Las dificultades se incrementan porque —como veremos a lo largo de este pequeño trabajo— también entidades privadas habrán de ser conectadas de uno u otro modo a este marco tecnológico. Pero vayamos por partes.

Constatada la situación existente y las necesidades de la comunidad jurídica internacional en este ámbito, el Consejo de la UE en sus Conclusiones de 9 de junio de 2016 sobre mejora de la justicia penal en el ciberespacio, pidió a la Comisión Europea el desarrollo de un portal seguro para conseguir mejorar el uso eficaz de los procedimientos de asistencia mutua y para obtener prueba electrónica. Como consecuencia, desde 2017 la Comisión Europea ha venido desarrollando un Sistema de Intercambio Digital de Pruebas Electrónicas, comúnmente conocido como eEDES (por sus siglas en inglés). El

proyecto se orienta a proporcionar a las autoridades judiciales de los Estados miembros una herramienta para el intercambio seguro de información digital en la cooperación judicial, utilizando la infraestructura e-CODEX.

Sin entrar aquí en cuestiones técnicas sobre el sistema y su arquitectura interna, baste decir que eEDES funciona como una plataforma segura de mensajería y comunicación que las autoridades judiciales de los Estados miembros podrán (o, por mejor decir y como veremos más adelante, *deberán*) utilizar para enviar y recibir órdenes europeas de investigación (OEI) y otras solicitudes de asistencia judicial recíproca (comisiones rogatorias). La inclusión de las comisiones rogatorias se justifica por el hecho de que, de no ser así, este esfuerzo tecnológico y económico que hace la Comisión Europea dejaría fuera de este mecanismo de transmisión a los dos Estados miembros que actualmente no han aceptado el marco de la OEI (Irlanda y Dinamarca) y, por lo tanto, el sistema eEDES no podría cubrir la totalidad de la UE.

El sistema, aún en su fase piloto, se ha puesto en marcha en algunos Estados miembros de manera muy limitada (España entre ellos), con algunas OEI ya intercambiadas. A finales de 2023, hay planes para que unos quince Estados miembros estén conectados a eEDES, al menos para algunas de sus autoridades competentes.

La idea sustancial del nuevo sistema es la puesta a disposición de los Estados miembros por parte de la Comisión Europea de un sistema electrónico seguro de conexión que permite emitir y recibir los instrumentos de cooperación, así como remitir la ejecución de las peticiones que se hayan recibido e intercambiar mensajes en los procedimientos de consulta que suelen producirse en el desarrollo de los expedientes de cooperación internacional.

El primer obstáculo que surge a simple vista es que la Comisión se limita a ofrecer un portal a cada Estado que le conecta con los demás Estados miembros

(y, aunque en un momento inicial este elemento se había obviado, también a Eurojust que, como Agencia UE de cooperación judicial, tendrá que intervenir en muchas de estas solicitudes de cooperación). Pero la cooperación judicial intra-UE, como es sobradamente conocido, no se lleva a cabo en la práctica a base de relaciones entre Estados miembros en cuanto que tales (aunque la literalidad de muchos instrumentos, tributaria aún de inercias terminológicas antiguas, pueda dar ocasión a dudas en alguna ocasión) sino mediante el principio básico y fundamental de la comunicación directa entre las autoridades (normalmente judiciales, aunque no siempre) competentes.

Ello quiere decir para la cuestión que aquí nos interesa, que no es suficiente con ofrecer una arquitectura que consista en el establecimiento de un entramado de conexiones con 27 terminales nacionales (más la necesidad de conectar a Eurojust) sino que, además, hay que conectar directamente a las decenas de miles de autoridades competentes que pueden tener la necesidad de usar este sistema (máxime si, como veremos más abajo, su uso no se define como voluntario sino como obligatorio).

Son por tanto los diversos Estados miembros los que tienen que soportar la tarea de hacer accesible ese portal nacional que la Comisión pone a su disposición a todas y cada una de sus autoridades competentes. En algunos Estados esta tarea no resulta particularmente difícil bien por su reducido tamaño, bien porque por su sistema procesal tengan concentrada en una o pocas autoridades las competencias de emisión y/o ejecución de instrumentos. Por el contrario, en otros países se trata de una tarea mucho más compleja —como en el caso de España— porque el acceso ha de garantizarse a cada juez con posibles competencias de emisión o ejecución (lo que incluye los jueces de instrucción pero también los órganos de enjuiciamiento que se ven a menudo en la obligación de tener que emitir o ejecutar instrumentos), al Ministerio Fiscal (en este caso la dificultad puede ser menor en tanto que no es preciso que cada fiscal individual tenga acceso

sino que podría optarse por darlo sólo a un número más reducido, organizados por territorio o competencia) y a LAJs (que siguen siendo autoridades de emisión y ejecución en el ámbito de las comisiones rogatorias en virtud de la declaración efectuada para los Convenios de 1959 y 2000) y, además, ha de tenerse en cuenta el engarce del sistema con los sistemas de gestión de casos —sea de territorio Ministerio o de los transferidos a las Comunidades Autónomas— así como la posible intervención o, al menos, acceso, de otros operarios de la justicia —gestores procesales— o incluso de fuera de ella (como veremos más adelante en el caso de los proveedores de servicios en el marco de las nuevas OEP y OEC).

Pese a las evidentes dificultades, justo es reconocer desde estas líneas que el Ministerio de Justicia español ha sido de los más activos y que ha tomado esta tarea con responsabilidad, hasta el punto de que las pruebas piloto que se han venido realizando (en cooperación con el CGPJ y la FGE) han arrojado resultados interesantes y prometedores.

En cualquier caso, bueno es saber que un número considerable de fiscales habrá de ser específicamente entrenado en el uso y manejo de este nuevo sistema eEDES que pasará a ser el nuevo modo habitual de trabajo, en particular pero no sólo, para quienes estén dedicados al trabajo de la cooperación internacional.

Como se ha dicho más arriba, este sistema de momento se está desarrollando sólo para OEs y comisiones rogatorias relacionadas con la obtención de prueba, pero la ambición es que sea de uso generalizado para la totalidad de instrumentos de reconocimiento mutuo, incluidas las OEP y OEC que veremos a continuación en el siguiente punto. El ya mencionado Reglamento sobre digitalización de la cooperación judicial tiene una serie de implicaciones prácticas de la mayor importancia en esta materia (algunas de ellas no necesariamente positivas, como intentaremos mostrar a continuación).

En efecto, en 2021 la Comisión presentó varias propuestas legislativas relativas a la digitalización de la cooperación judicial y se espera que estas propuestas legislativas se aprueben en 2023 para convertir eEDES en el principal canal para el intercambio de información relacionada con la cooperación judicial de la UE entre los órganos judiciales de los Estados miembros. En concreto, la propuesta de Reglamento sobre digitalización expresamente se refiere a la necesidad del uso de un “*sistema descentralizado informático seguro y fiable*” para la remisión de los órdenes e instrumentos de los diversos instrumentos de reconocimiento mutuo, así como para la devolución de sus resultados.

En sí misma, esta es una decisión lógica y digna de aplauso, porque sigue las líneas de modernización e incremento de la eficacia que hemos mencionado más arriba. Además, y desde la perspectiva político-técnica es coherente que el uso de un sistema que ha costado tanto trabajo, recursos y esfuerzos construir no se deje al albur de decisiones individuales de autoridades competentes que pueden simplemente mantener las vías tradicionales por pura inercia o desconocimiento (sirva como ejemplo el que, aún hoy día, no es raro ver en algunos órganos judiciales españoles —no precisamente poco especializados en la materia— cómo el texto de sus resoluciones indica que el traslado de este o aquel instrumento de cooperación intra-UE ha de hacerse “*por vía diplomática*”). Desde esta perspectiva, resulta difícil no coincidir con quienes pretenden asegurarse de un uso efectivo del sistema desde el primer momento, mediante el establecimiento de la obligatoriedad de su uso.

Pero por otra parte y desde una perspectiva práctica, conociendo las dificultades de adaptación a las novedades tecnológicas (sea por cuestiones materiales, por falta de formación adecuada o por cualesquiera otras razones) no es difícil llegar a la conclusión de que obligar de modo incondicionado al uso de un determinado sistema puede colocar a las autoridades competentes en situaciones complicadas cuando por las razones apuntadas u otras, se

haya decidido usar mecanismos alternativos (no por ello menos seguros ni fiables, hay que decir) al uso del eEDES.

En concreto, es el apartado 2 del art. 3 (en el texto actualmente objeto de trabajos legislativos, lo que no quiere decir que la numeración no se vea alterada con la aprobación definitiva) el que, siguiendo lo manifestado en la propuesta de la Comisión, ofrece una serie de excepciones a este uso obligatorio, a saber:

- por interrupción del sistema informático,
- por la naturaleza del material transmitido, o
- por otras circunstancias excepcionales.

Pudiera entenderse que el catálogo de excepciones es lo suficientemente amplio como para incluir cualesquiera problemas prácticos que se pudieran presentar, permitiendo el uso de vías alternativas (correo electrónico o postal, entrega física en supuestos en que las autoridades judiciales o las policiales delegadas para ello, puedan encontrarse físicamente, etc.). Sin embargo, una lectura detenida de los detalles lleva a la conclusión contraria.

Y esto es así debido a la existencia de un apartado cuarto de dicho artículo (insistimos en que la numeración puede que no corresponda con la definitiva una vez aprobado el Reglamento) en el que se dice que las excepciones nunca jugarán respecto de la transmisión inicial de los formularios de cada instrumento de cooperación. Como puede verse, las ventajas del régimen de excepciones se pierden si la propia emisión no puede beneficiarse de las mismas. Entre otras cosas porque resulta difícil ver cómo va a darse cumplimiento a la remisión vía eEDES cuando la circunstancia en la que nos encontramos sea, por ejemplo, la interrupción del sistema informático.

En diversos foros y desde una perspectiva práctica se han puesto de manifiesto estas contradicciones y

los inherentes riesgos, pero, a lo que parece, la voluntad del legislador de mantener el sistema como obligatorio de modo absoluto —al menos para la remisión inicial de los formularios— va a permanecer invariable.

Adicionalmente, surge la duda y la preocupación por el impacto que lo anterior pueda tener en la validez de la prueba en aquellos casos en que, por las razones que fueren, los formularios se hayan transmitido por otros mecanismos alternativos al sistema eEDES, incluso si se ha llevado a cabo con todas las garantías y seguridades que puedan pensarse (imaginemos el caso de entrega en mano de una OEI adicional o de un certificado de embargo, de autoridad de emisión a autoridad de ejecución en el curso de una reunión de coordinación en Eurojust o durante un día de acción en un Estado miembro al que se hayan desplazado las autoridades de emisión). Para soslayar estas dificultades, hubiera bastado con adoptar la misma posición por la que se ha optado en el caso de la Plataforma colaborativa de los Equipos Conjuntos de Investigación (ECIs, en adelante) a la que nos vamos a referir brevemente a continuación y que se basa en favorecer su uso, pero con carácter meramente voluntario.

En cualquier caso y a la espera de cuál sea la solución definitiva decidida por el legislador (que pronto conoceremos), bueno será tener presente que el sistema eEDES no será una mera opción técnica a tener en cuenta en algunas ocasiones, sino que, por el contrario, está llamado a ser la única vía de transmisión de solicitudes y formularios así como de recepción de los resultados de la ejecución de las mismas; de uso obligatorio (salvo, como hemos visto, que concurren algunas de las contadas e insuficientes excepciones que el propio Reglamento contempla) y que, por tanto, su conocimiento y la formación acerca de su uso han de convertirse en elemento prioritario e imprescindible en el futuro inmediato para las autoridades llamadas a ser sus usuarios. Aun cuando la necesidad de usar obligatoriamente este sistema no será efectiva en algún tiempo, es preciso iniciar los trabajos para asegu-

rar una formación suficiente tanto en su contenido como en el alcance a todas las autoridades competentes.

2.1. Breve referencia a los Equipos Conjuntos. El Reglamento (UE) 2023/969.

Al hilo de lo mencionado sobre el modo novedoso de acceso a los instrumentos y a la prueba hay que traer a colación, aunque sea de modo breve, algunas de las novedades acaecidas en el campo de los ECIs.

No es el lugar para detenernos por extenso en el apasionante mundo de los ECIs, mecanismos tan útiles como mal entendidos a veces —en buena parte debido a la penosa regulación legal que en España existe desde la Ley 11/2003, respecto de la que ya existió en la pasada legislatura un proyecto de ley para modificarla— pero baste decir aquí que, en esencia, consiste en un acuerdo entre autoridades penales de diversos Estados (sean todos miembros o no de la UE) por el que las respectivas investigaciones quedan “conectadas” de modo que las medidas de investigación de interés común se deciden por consenso entre las mismas de tal modo que la prueba que se vaya obteniendo (o la que ya se hubiera obtenido en cada una de ellas con anterioridad) es automáticamente compartida y puede ser utilizada en ambas causas.

En un ECI usual, esto quiere decir que cantidades considerables de prueba han de ser transferidas de una jurisdicción a otra (el hecho de que queden automáticamente compartidas no exime de la necesidad, obviamente, de que haya de tener debida constancia en ambas) y parte de la financiación que en el marco del apoyo a los ECIs Eurojust aporta (en torno a los dos millones de euros anuales) se dedica a sufragar costes de traslado de efectos y documentación que pueden haberse obtenido en una determinada jurisdicción pero que requieren de

su traslado a otra u otras de las que participan en el ECI de que se trate.

Pues bien, buena parte de ese caudal probatorio está normalmente compuesto de pruebas electrónicas (bien originarias bien nacidas por escaneo de documentos) que pueden ser utilizadas por cualquiera de las autoridades partes del ECI. Para agilizar el uso de este caudal probatorio se ha aprobado recientemente el Reglamento 2023/969 (publicado el 17 de mayo de 2023 DOUE-L-2023-80667) que regula la Plataforma colaborativa y cuyas principales características serían, de un modo muy sintético, las que siguen.

En primer lugar, y este punto tiene especial importancia a la vista de lo que hemos indicado más arriba en relación con el nuevo sistema de transmisión eEDES, tiene carácter voluntario. A diferencia del eEDES, el recurso a la Plataforma no tiene carácter obligatorio, por más que se anime expresamente a su uso. Así, el considerando 11 del Reglamento indica que *“La utilización de la plataforma de colaboración de los ECI ha de ser voluntaria. Dicho esto, su valor añadido para las investigaciones transfronterizas hace que se recomiende encarecidamente. El hecho de que se recurra o no a la plataforma de colaboración de los ECI no debe prejuzgar ni afectar a la legalidad de otras formas de comunicación o de intercambio de información”*.

En cuanto a su ámbito, hay que precisar que su uso se restringe exclusivamente a ECIs constituidos bajo bases jurídicas de la UE (art. 13 del Convenio 2000 o DM 2002/465/JAI). Si el ECI se basa en derecho UE, incluso si además existen otras bases adicionales, no hay inconveniente en que autoridades de terceros Estados participen en la Plataforma. Pero, por el contrario, el uso de la plataforma no será posible (ni para autoridades de terceros estados ni para autoridades de Estados miembros) cuando el ECI se haya concluido exclusivamente con una base jurídica internacional no UE (por ejemplo, el segundo protocolo adicional al Convenio del Consejo de Europa de 1959).

Desde una perspectiva operativa, es de destacar que los contenidos en la Plataforma aparecen aislados por ECIs individuales, de modo que no hay comunicación interna entre diversos ECIs desde la Plataforma. Así se preserva la necesaria confidencialidad de las investigaciones.

Los objetivos concretos expresamente declarados en el Reglamento para esta Plataforma son los siguientes:

- facilitar la coordinación y la gestión de los ECI,
- asegurar el intercambio y el almacenamiento temporal de información operativa y pruebas,
- proporcionar una comunicación segura,
- facilitar la trazabilidad de las pruebas, y
- apoyar el proceso de evaluación de los ECI.

Desde un punto de vista técnico se prevé que se establezca en conexión con eEDES, aprovechando las sinergias con el proceso general al que se han dedicado las páginas anteriores, así como se establece que sea la Agencia eu-LISA la encargada del desarrollo del sistema.

Desde el plano organizativo, el sistema descansa en el apoyo de la actual Red de ECIs, residenciada en Eurojust, estableciendo canales de comunicación con otras agencias tales como OLAF o Europol (y su sistema de intercambio de información SIENA), así como con la Fiscalía Europea.

Por último, dejaremos aquí constancia de que, pese a que su Reglamento ya está en vigor, la Plataforma no estará operativa hasta que se cumplan los parámetros técnicos necesarios para asegurar su integridad y eficacia si bien el art. 28 del Reglamento indica que dicha fecha no podrá ser posterior al 7 de diciembre de 2025.

3. Un instrumento cuasi-revolucionario en la UE: Las Órdenes Europeas de Producción y Conservación de Datos. El Reglamento 1543/2023 y la Directiva 1544/2023

Como es sabido, por aplicación del art. 82 del TFUE la cooperación judicial en materia penal ha de basarse en el principio de reconocimiento mutuo. Este principio en esencia parte de la base de la existencia de una confianza mutua entre todos los Estados miembros que permite que se reconozcan mutua y recíprocamente las decisiones y resoluciones adoptadas por diversas jurisdicciones. Es, por tanto, un mecanismo —que se concreta en normas y disposiciones de diverso carácter— por el cual los Estados miembros reconocen a las resoluciones o normas de otros Estados miembros el mismo valor y eficacia que si de resoluciones o normas propias se tratase. En definitiva, y como se suele recordar al abordar estos temas, se trata de un principio que parte de una confianza mutua entre los Estados miembros y que da por supuesta la existencia de un sustrato común de principios y de una calidad mínima de las resoluciones y normas de modo que pueden, en principio, ser admitidas sin necesidad de especial prevención por cualquier miembro de la Unión.

Así se ha dado origen a lo largo de los años y desde la pionera OEDE del año 2002 a toda una pléyade de instrumentos —hasta 12— que abordan desde esta perspectiva los diferentes aspectos que en un proceso penal pueden requerir de un reconocimiento allende las fronteras de un determinado Estado miembro. La forma jurídica de estos instrumentos ha variado desde las iniciales Decisiones Marco hasta las Directivas, pasando incluso por los Reglamentos, como en el caso que aquí nos ocupa (y que parece ser el nuevo instrumento mediante el que la UE se inclina a la hora de desarrollar el principio de reconocimiento mutuo).

En efecto, siguiendo la estela ya iniciada por el Reglamento 2018/1805 de Embargo y Decomiso (y mientras se debaten los trabajos legislativos del futuro Reglamento sobre transferencia de procedimientos), es precisamente la forma de Reglamento la elegida para regular la materia del acceso a datos y pruebas electrónicas en poder de los proveedores de servicios, el cual se presenta en conjunción con una Directiva que regula algunos aspectos instrumentales necesarios para dar efectividad a las Órdenes. Es lo que se conoce como el “*paquete de prueba electrónica*” y está compuesto por el Reglamento 2023/1543 —en el que nos centraremos principalmente en estas páginas— y la Directiva 2023/1544 (ambos publicados el 28 de julio de 2023 con referencias DOUE-L-2023-81097 y DOUE-L-2023-81098, respectivamente). Este paquete legislativo va a permitir que las autoridades judiciales puedan acceder a datos que se encuentren no sólo fuera de la jurisdicción que los reclama, sino incluso fuera de la propia UE, siempre y cuando el proveedor de servicios que los tenga a su disposición tenga abierta oficina en el territorio de la UE.

Así, mientras que el Reglamento contiene los elementos puramente de reconocimiento mutuo indicando las definiciones y modalidades de emisión y ejecución de los certificados correspondientes, la Directiva obliga a todos los proveedores de servicios que operen en la UE a designar al menos un representante legal en el territorio de uno de los Estados miembros de la UE vinculados por el Reglamento (no olvidemos que, en virtud de la normativa aplicable a determinados Estados, no se aplica necesariamente el Reglamento a todos. En el caso que nos ocupa, Irlanda ha efectuado la opción de ser incluida, pero no así Dinamarca, por lo que todo lo que aquí analizaremos no resulta de aplicación a este Estado miembro).

Aun cuando me centraré en esta parte del presente trabajo en el contenido del Reglamento, no se puede dejar de resaltar la enorme importancia que tiene la Directiva por cuanto es un complemento imprescindible del aquél, ya que a través de ésta se intro-

duce un elemento muy novedoso, cual es que los proveedores de servicios “*que ofrezcan servicios en la UE*” (art. 1.1 de la Directiva) han de designar al menos un representante a fin de que las autoridades competentes puedan dirigir a éste las Órdenes que se establecen en el Reglamento. Estos representantes vienen obligados a facilitar los datos requeridos, “*con independencia de la ubicación de los datos*” (art. 1.1 *in fine* del Reglamento). De este modo, se garantiza la efectividad del nuevo sistema y se evitan situaciones como las que actualmente suceden con frecuencia, en las que una OEI o comisión rogatoria se dirige al Estado en el que se encuentra el representante de un proveedor de servicio, pero debido a la alegación de que los datos no se encuentran en dicho Estado miembro sino en un tercer país (EE. UU. normalmente) se acaba por no ejecutar la solicitud.

Recapitulando un poco las circunstancias y necesidades que han acabado cristalizando en esta nueva normativa, bueno será recordar aquí los objetivos declarados por la Comisión en su propuesta legislativa de 2018 con los que justificaba la necesidad de iniciar la tarea legislativa, no eran sino los siguientes:

- Agilizar los métodos de obtención de tales datos (yendo más allá de las tradicionales comisiones rogatorias y las más recientes órdenes europeas de investigación)
- Garantizar un mejor acceso a las pruebas electrónicas
- Mejorar aspectos tales como
 - la seguridad jurídica
 - la protección de los derechos fundamentales en juego
 - la transparencia del mecanismo
 - la responsabilidad de los diversos actores involucrados en el mismo

Pero más allá de ello y como ya hemos visto, hay novedades en el sistema propuesto que justifican que hayamos calificado este Reglamento como cuasi-revolucionario. Tanto es así, que inicialmente incluso se debatió si, en puridad, nos encontrábamos ante un mecanismo susceptible de ser calificado como de cooperación judicial internacional, y no más bien un ejercicio extraterritorial de la jurisdicción.

En efecto, cualquier mecanismo de cooperación internacional parte de la existencia de dos partes, dos autoridades judiciales, una como autoridad emisora y otra como autoridad de ejecución, que se relacionan entre sí para obtener el fin deseado, según el instrumento de que se trate (entrega de sujetos procesales, realización de medidas de investigación y obtención de prueba, ejecución de penas, etc.). Por el contrario, en este Reglamento el desarrollo óptimo e ideal del flujo operativo consiste esencialmente en que una autoridad judicial emite una Orden que se dirige directamente al representante designado por el proveedor de servicios (al menos debe de haber uno en territorio UE conforme a la Directiva mencionada) el cual deberá cumplirla y remitir los datos solicitados (o proceder a retenerlos cuando meramente se trate de una orden de conservación).

Como puede verse, en todos aquellos casos en que no sea precisa la intervención de las autoridades judiciales del Estado en que se encuentre el representante del proveedor de servicios no existirá dualidad de autoridades y, por tanto, podría incluso ponerse en duda el que este acto jurídico sea *strictu sensu* un caso de cooperación internacional, puesto que el proveedor entrega o preserva los datos de modo directo, por ser su obligación legal y en respuesta a la orden que emite la autoridad de emisión, y no porque se haya entablado un proceso de cooperación entre autoridades de emisión y ejecución, como sucede en otros instrumentos.

Pese a lo anterior, y quizás porque —como hemos dicho— no siempre funcionará el sistema con esta fluidez y la intervención de una autoridad en el estado requerido puede ser necesaria, se ha continuado

considerando este instrumento como incluido entre los relativos a la cooperación internacional y, por ende, basado en el principio de reconocimiento mutuo. No obstante, incluso en estos últimos supuestos el Reglamento contiene una distinción terminológica importante —al menos en la mayoría de sus versiones lingüísticas y ciertamente en inglés, que es el idioma en el que se ha negociado— ya que no habla de “*executing authority*” (autoridad de ejecución) sino de “*enforcing authority*” (autoridad de cumplimiento). Curiosa y sorprendentemente, esta distinción no se ha trasladado a la versión en español del Reglamento, que habla simple y llanamente de “*autoridad de ejecución*” —como se hace en todos los demás instrumentos de reconocimiento mutuo— perdiéndose así un importante matiz distintivo, sin que para ello encontremos ninguna razón que lo pueda sustentar. Doctores tiene la Iglesia y juristas-lingüistas la Comisión Europea que, a buen seguro, podrán explicar esta discrepancia respecto de las otras versiones lingüísticas.

Más allá de este detalle, lo cierto es que lo novedoso de la regulación se vio claramente en las dificultades del proceso legislativo en sí, en el que las discrepancias entre los co-legisladores han sido mayores de lo habitual hasta el punto de hacer temer en algunos momentos que fuese posible alcanzar un acuerdo. Afortunadamente, el proceso culminó con éxito, como estamos viendo.

El Reglamento no tendrá aplicación práctica hasta el 18 de agosto de 2026 pero, por más que pueda parecer una fecha lejana, las necesidades de formación y adaptación al mismo justifican sobradamente que se inicie desde ya una aproximación al nuevo sistema, no como un interés académico sino esencialmente práctico con la finalidad de estar preparados para obtener los mayores réditos de las posibilidades que la nueva legislación pone a nuestra disposición.

Así, bueno será empezar haciendo una referencia al flujo de trabajo que es de esperar una vez esté en pleno funcionamiento (para lo que seguiré el conte-

nido del propio Reglamento) así como algunas referencias a los conceptos esenciales. Como se ha dicho con anterioridad, las limitaciones del propósito de la presente contribución no van a permitir una excesiva extensión en los detalles, por lo que aspiro tan sólo a dar algunas pinceladas que puedan ayudar desde una perspectiva práctica a ser conscientes de las posibilidades existentes.

El objeto del Reglamento, conforme declara su art. 1, es el establecimiento de las condiciones y formalidades por las que una autoridad puede dirigir a un proveedor de servicios cuya sede esté en otro Estado miembro (obviamente, esto es aplicable sólo a supuestos de acceso transfronterizo y no respecto de aquellos proveedores que se encuentren en el Estado de la autoridad que ejerce la jurisdicción, porque en este último caso no es preciso acudir a mecanismos de cooperación sino ejercer directamente las competencias legales en su propio territorio —y así lo señala expresamente el art. 1.1 segundo párrafo—) tanto una orden para que se le entreguen datos (a la que se denomina Orden de Producción, de nuevo con pésima traducción e innecesario anglicismo derivado del término “*Production Order*”, en lugar de optar por la mucho más razonable denominación en español de “*Orden de Entrega*”) como una orden para que los datos se preserven con vistas a una posible ulterior entrega (Orden de Conservación).

El ámbito en el que se desenvuelve este mecanismo se limita a procedimientos de investigación penales, así como a la ejecución de penas o medidas de seguridad privativas de libertad de al menos 4 meses. Con absoluta corrección en mi opinión, quedan expresamente excluidos los procedimientos de asistencia judicial penal (art. 2.4) lo que impedirá, por ejemplo, que terceros estados pidan datos de proveedores y que estos sean recabados por la autoridad de ejecución de dicha petición de asistencia mediante el recurso a una OEP u OEC. Por tanto, la necesidad de obtención o preservación de datos ha de ser propia y no derivada de un mecanismo de asistencia a otras autoridades.

Es importante detenerse a determinar el tipo de datos electrónicos a los que pueden referirse las Órdenes, porque como veremos tiene influencia incluso en las autoridades que pueden emitirla. Aun cuando en la tramitación legislativa esta cuestión fue objeto de intensas discusiones y las soluciones propuestas no eran homogéneas, finalmente se ha optado por una solución de consenso, que distingue entre 4 tipos de datos:

- a) Datos de abonados: aquéllos relativos a la identidad de cliente (datos personales, teléfono, correo electrónico) así como al tipo de servicio y su duración (pero excluyendo contraseñas u otros medios de autenticación);
- b) Datos de identificación del usuario: que incluyen las direcciones IP, así como los puertos de origen y sello de tiempo, cuando sean solicitados por autoridades judiciales y policiales para identificar al usuario en el marco penal;
- c) Datos de tráfico: aquéllos relacionados con la prestación de un servicio que den información sobre el mismo (origen y destino de un mensaje, la ubicación del dispositivo, la fecha, la hora, la duración, el tamaño, la ruta, el formato, el protocolo utilizado y el tipo de compresión, y otros metadatos distintos de los mencionados en las categorías anteriores); y
- d) Datos de contenido: relativos al contenido material de la comunicación incluyendo texto, voz, videos, imágenes o sonidos.

Las diversas categorías implican, como puede verse a simple vista, un distinto nivel de intromisión en la esfera de la privacidad y del secreto de las comunicaciones, lo que se refleja igualmente en las exigencias y garantías que incidirán, en primer lugar, en la determinación de qué autoridades están facultadas para emitir las Órdenes.

Tanto las OEP como las OEC han de estar emitidas —las primeras— o al menos validadas —las segun-

das— por autoridades judiciales, aunque hay alguna importante distinción que hacer, conforme se aclara en los arts. 3 y 4, en función de qué tipo de datos se recaban.

Por ello, para obtener datos (hablamos por tanto de OEP) de abonados o de identificación de usuario; o bien para preservar datos cualesquiera (OEC) es preciso que se emitan por un juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal competentes, o bien otra autoridad de investigación penal y con competencia para obtener prueba, si bien en este último caso previa validación de cualquiera de los anteriores (este supuesto no puede concurrir nunca en España debido a las características de nuestro sistema, pero sí es posible o incluso común en algunos otros Estados miembros).

En los supuestos más intrusivos, esto es, para obtener (OEP) datos de tráfico o de contenido las órdenes han de emitirse por un juez, tribunal, juez de instrucción competente (nótese que ya no puede ser un fiscal) o bien por otra autoridad de investigación penal y con competencia para obtener prueba, si bien —al igual que en el caso anterior— es precisa la validación por parte de los primeros (juez, tribunal o juez de instrucción), supuesto éste que tampoco es posible en España por las características de nuestra sistema procesal.

Esta diferenciación puede parecer artificiosa, pero responde a las cautelas que ya fueron puestas de manifiesto en relación con la independencia del Ministerio Fiscal en la emisión de OEDEs (en base a la jurisprudencia sentada por el TJUE en sus sentencias en C-508-509/18 y C-82/19, aunque obviamente se trata de un instrumento con objetivos muy distintos) y fue precisamente el Parlamento Europeo el que más insistió en esta dirección en el procedimiento legislativo. En cualquier caso y en tanto que nuestro sistema nacional sigue basado en la figura del juez instructor, la incidencia en nuestro país de esta norma es mucho menor de la que tendrá en aquellos sistemas basados en la instrucción por parte del fiscal.

Junto con esta tan detallada definición de las autoridades que pueden emitir, el Reglamento contempla en sus arts. 5 y 6 las condiciones en las que se pueden emitir las OEP y OEC, respectivamente. En el caso de las OEP es importante tener en cuenta que solo pueden emitirse bajo las siguientes condiciones:

- 1) Si es necesaria y proporcional (teniendo en cuenta los derechos de la defensa) y hubiera podido emitirse para un caso nacional en similares circunstancias.
- 2) Si se piden datos de abonados o de identificación de usuario (conforme a las categorías de las letras a y b que hemos señalado más arriba), puede pedirse para investigar cualquier delito, o para ejecutar una pena de al menos 4 meses.
- 3) Si se trata de datos de tráfico o de contenido (categorías c o d más arriba indicadas), puede emitirse para investigar delitos (o para ejecutar penas de al menos 4 meses derivados de los mismos), siempre que:
 - a. tengan una pena máxima prevista de al menos 3 años de prisión
 - b. se trate de algunos de los delitos recogidos en determinados artículos de las siguientes Directivas:
 - i. Directiva 2019/713 sobre fraude y falsificación de medios de pago,
 - ii. Directiva 2011/93 contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil,
 - iii. Directiva 2013/40 sobre ataques contra sistemas informáticos, o
 - iv. Directiva 2017/541 de lucha contra el terrorismo.

Los requisitos son menos estrictos para la OEC por cuanto tan sólo es preciso que sea necesaria y proporcional para evitar la retirada, borrado o alteración de los datos, teniendo en cuenta los derechos de la defensa, y que hubiera podido emitirse para un caso nacional en similares circunstancias para investigar cualquier delito; o bien para ejecutar una pena de al menos 4 meses de privación de libertad.

En cuanto a la ejecución (y pese a la deficiente traducción al español de la que ya hemos advertido) es importante reiterar que en este Reglamento no hay propiamente una autoridad de ejecución ya que, en circunstancias normales, es el proveedor de servicios quien ejecuta de inmediato la Orden recibida. Ello no obstante, hay una serie de obligaciones de notificación a la autoridad competente del Estado en el que se encuentre la sede del representante del proveedor de servicios que sirven para hacer consciente a esta autoridad de “cumplimiento” de la existencia de una orden, de la que en caso contrario no tendría conocimiento. Veamos un poco más en detalle alguno de estos aspectos.

Como se ha dicho, el flujo de trabajo en una situación óptima es bien sencillo: en aquellos casos en los que la persona concernida y el delito investigado se encuentren en el Estado de emisión, la autoridad que emite el certificado (juez o fiscal, según los casos que hemos visto más arriba) remite el certificado al proveedor de servicios, que en un plazo de 10 días ha de remitir los datos de vuelta. En situaciones de emergencia este plazo de respuesta se reduce a 8 horas. Obviamente existen vías para que el proveedor de servicios recabe clarificaciones cuando le sea imposible cumplir con la petición recibida (por estar el certificado incompleto, errores manifiestos, falta de información, etc.). Igualmente, y dado que, por cuanto hemos visto más arriba, es fundamental que la colaboración de los proveedores quede asegurada, el propio Reglamento establece un régimen de sanciones pecuniarias para aquellos casos de falta de colaboración por parte de los mismos (art. 15) que habrán de ser eficaces, proporcionadas y disuasorias y podrán alcanzar hasta el 2 % del total

del volumen anual de negocios mundial del ejercicio precedente del prestador de servicios de que se trate.

No obstante, el desarrollo en la práctica del sistema admite una serie de matizaciones y variaciones que complican el panorama de modo considerable a medida que se van añadiendo posibles factores en juego.

Así, cuando el sujeto concernido no reside o el delito investigado no se ha cometido o se está cometiendo en el Estado de emisión, la remisión del certificado al proveedor de servicios ha de notificarse simultáneamente a la autoridad competente del Estado en que éste se encuentre (la cual sería la autoridad de cumplimiento que nuestra versión lingüística llama autoridad de ejecución). Esta autoridad ha de revisar en 10 días (96 horas en casos urgentes) el certificado para valorar su corrección. La obligación del proveedor de servicios de remitir los datos en 10 días permanece, de modo que, si no se reciben objeciones de la autoridad de cumplimiento, deberá proceder a transmitirlos transcurrido este plazo (la autoridad de cumplimiento puede indicar antes de este periodo que no ve objeciones, a fin de agilizar la remisión).

Pero otro escenario posible es aquél en el que sí se aprecie por dicha autoridad de cumplimiento la concurrencia de alguna de las causas de denegación previstas en el art. 12.1, a saber:

- i. si los datos solicitados están protegidos por inmunidades o privilegios, o por normas relacionadas con la libertad de prensa o la libertad de expresión que impidan la ejecución de la orden;
- ii. cuando, en situaciones excepcionales, existan *“motivos fundados para suponer, sobre la base de pruebas concretas y objetivas, que la ejecución de la orden conllevaría, en las circunstancias particulares del caso, una vulneración manifiesta de un derecho fundamental perti-*

nente establecido en el artículo 6 del TUE y en la Carta”;

- iii. si la ejecución de la orden es contraria al principio *non bis in idem*;
- iv. por ausencia de doble criminalidad, si bien ésta no es exigible respecto del listado de infracciones del anexo IV (siempre que la pena máxima a imponer por éstas sea de al menos 3 años de privación de libertad). Este listado incluye las tradicionales 32 infracciones que ya resultan familiares de otros instrumentos de reconocimiento mutuo.

En cualquiera de estos supuestos, se comunicará de inmediato tanto a la autoridad de emisión (previo contacto para discutir la cuestión) como al proveedor de servicios, el cual cesará la ejecución de la orden recibida.

El refuerzo de las garantías se ve particularmente en el hecho de que el propio proveedor de servicios tiene la posibilidad de advertir a las autoridades judiciales involucradas acerca la posible concurrencia de causas de denegación, en relación con los privilegios e inmunidades referidos en el art. 12.a. Esta no es cuestión baladí porque una de las principales críticas que en su momento recibió la propuesta de la Comisión es que permitía de una manera excesiva la oposición de argumentos directamente entre el requerido proveedor de servicios y la autoridad de emisión, estableciendo una suerte de equiparación en la posiciones y atribuciones de uno y otra. Esto se ha corregido en la versión final y, como se ve, sólo en materias relacionadas con los privilegios e inmunidades (que pueden estar más claros para el proveedor que para la autoridad de otro estado que emite la orden) se permite entablar esta suerte de diálogo. Para el resto de las posibles causas de denegación es la autoridad de cumplimiento y no el proveedor el que está facultado para hacer objeciones a la autoridad de emisión. De este modo el respeto de las funciones judiciales queda mucho mejor salvaguardado.

El papel de la autoridad de cumplimiento no se limita al análisis de la concurrencia de las causas del art. 12 que pueden dar lugar al rechazo de la Orden, sino que también se prevé su intervención cuando el proveedor no cumpla con la remisión de los datos. En este caso puede pedirse por la autoridad de emisión que se abra un procedimiento de cumplimiento, para lo que dará traslado a la autoridad de cumplimiento de la orden (anexo I o II), así como de la comunicación de imposibilidad de ejecutar que haya emitido el proveedor (anexo III), cuando exista.

En este procedimiento de cumplimiento de nuevo aflora la característica esencial de todos los instrumentos de reconocimiento en cuya virtud las órdenes han de ser cumplidas (y por tanto la autoridad cumplimiento ha de requerir del proveedor dicho cumplimiento, advirtiendo de las potenciales sanciones existentes) salvo que concorra alguna de las causas de no ejecución que se mencionan específicamente los apartados 4 y 5 del art. 16 (para las OEP y OEC, respectivamente). Éstas se refieren a la falta de corrección formal de la Orden y al respeto del ámbito de las mismas, pero añade la garantía de que esta revisión se produce por una autoridad judicial de cumplimiento.

Para casi concluir con este somero repaso a tan compleja y novedosa legislación, baste añadir la existencia de la necesaria regulación del conflicto de leyes, para supuestos en que los proveedores puedan estar sometidos a regímenes legales distintos y que puedan resultar incompatibles, o aparentar serlo. No olvidemos que la obligación del proveedor de entregar los datos (o de preservarlos) se origina “*con independencia de la ubicación de los datos*” (art. 1.1), lo que abre la posibilidad muy cierta y real de que las jurisdicciones y legislaciones de los países en que los datos se encuentren puedan alegar la existencia de conflictos de leyes que han de ser solventados. Es un tema de la mayor importancia e interés y a buen seguro que requerirá de enormes esfuerzos y atención para asegurar un funcionamiento eficaz del sistema diseñado por el Reglamento.

Huelga decir que la base técnica del sistema descansará en ese sistema informático descentralizado (art. 19 del Reglamento) que ya hemos analizado en el apartado anterior, eEDES, al que se añade ahora la dificultad de tener que incluir la conexión técnica no ya de autoridades judiciales, sino también de elementos del sector privado —los proveedores de servicios— lo que incrementa exponencialmente la dificultad del reto a acometer. Estas dificultades serán tanto para el sector público (autoridades) como para el privado (proveedores) y nacen incluso en momentos anteriores a la posible puesta en funcionamiento del eEDES (el periodo transitorio al que se alude en el art. 24) porque será preciso, por ejemplo, que se establezca un sistema de validación o confirmación de autoridades nacionales de modo que los proveedores que reciban las órdenes tengan la absoluta seguridad de que han sido emitidas por autoridades legítimas y evitar así abusos del sistema. Otras declaraciones genéricas como la validez de los efectos legales de los documentos electrónicos o de las firmas electrónicas, aparecen también recogidas en el Capítulo V del Reglamento.

Finalmente, dejaremos unas palabras en relación con el modo en el que este Reglamento se relaciona con otros instrumentos y convenios. Normalmente el derecho europeo ha de ser siempre de aplicación preferente en las relaciones entre Estados miembros aun cuando en algunas circunstancias se puede optar por otros marcos normativos para relaciones entre Estados miembros. En este sentido considero modélica la regulación que de esta materia hace la Directiva de la OEI, autorizando el recurso a otros convenios o instrumentos distintos de la Directiva OEI si bien con sujeción a una serie de condiciones y garantías, conforme se indica en su art. 34.3.

Curiosamente, en el caso de este nuevo instrumento jurídico, el Reglamento —que es instrumento de mayor y más directa fuerza normativa que una Directiva— en su art. 32 parece dejar abierta la puerta a una coexistencia con otros instrumentos —sean bilaterales o multilaterales— e incluso a que una de-

terminada autoridad decida, por cualesquiera razones, emitir una OEI en lugar de una OEP u OEC; sin establecer una prioridad normativa en favor del Reglamento y de las órdenes que regula. Esto no deja de llamar la atención, máxime cuando el buen ejemplo arriba mencionado de la Directiva OEI está tan reciente, pero quizás pueda justificarse por dos argumentos.

El primero, optimista, basado en que el legislador habría confiado tanto en las bondades de este nuevo instrumento que ha llegado a la conclusión de que, salvo en casos verdaderamente excepcionales, ninguna autoridad optará voluntariamente por dejar de usarlo.

El segundo, previsor, porque pudiera suceder que la solicitud de preservación o entrega de datos se incardine en una petición de otras medidas más numerosas y se entienda que, por las razones concurrentes en el caso concreto, resulte más eficaz hacer que la autoridad de ejecución de una OEI tradicional sea la que se dirija al proveedor de servicios, además de en paralelo encargarse de la ejecución de cualesquiera otras medidas que hayan podido solicitarse de modo simultáneo en esa OEI (tales como intervenciones telefónicas, entradas y registros, información bancaria, etc.).

4. La problemática de la ejecución en España de los embargos internacionales

La importancia de esta materia no deja lugar a dudas tanto desde una perspectiva general como desde la más concreta relacionada con la corrupción. En otra parte del presente número de la Revista del Ministerio Fiscal plantea Elena Lorente (*“El reto de la recuperación de activos: el papel del Minsiterio Público”*) este interesante tema, mencionando incluso las posibilidades que Eurojust puede ofrecer a la hora de contribuir a una más eficaz gestión de los embargos solicitados desde otras jurisdicciones, todo ello en el contexto de la imprescindible eficacia que

estas medidas cautelares han de tener para cumplir el fin último de estrangular financieramente las organizaciones criminales, señaladamente en el ámbito de la corrupción internacional, en tanto que son los embargos (y decomisos) los que directamente atacan los beneficios que sostienen los entramados criminales que son, a la vez, causa y consecuencia del fenómeno de la corrupción, en un círculo vicioso que resulta imperativo romper.

Por centrar la cuestión a la que me referiré, se trata de valorar nuevos mecanismos que puedan incrementar la eficacia en la ejecución en España de los embargos que se ordenan en el marco de la cooperación judicial internacional, poniendo el foco especialmente en el ámbito UE (aun cuando la argumentación que se desarrolla más abajo es igualmente válida en el caso de peticiones llegadas de terceros países).

Es preciso comenzar indicando que la principal norma en la materia es el Reglamento (UE) 2018/1805 de embargo y decomiso (RED en adelante) que, por lo que a los embargos preventivos se refiere, reemplaza (salvo para Irlanda y Dinamarca) a la anterior norma que los regulaba (la Decisión Marco 2003/577/JAI sobre embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas). A fin de permitir su aplicación práctica en España, se dictó la declaración diplomática de 18 de diciembre de 2020 para determinar cuáles son las autoridades competentes en España tanto para emisión como para ejecución de los certificados a los que el RED se refiere. Esta declaración sigue el criterio ya adoptado para la mentada Decisión Marco en la Ley de Reconocimiento Mutuo 23/2014 (LRM en lo sucesivo) de modo que, por lo que aquí interesa, se establece que la autoridad competente para ejecutar los certificados de embargo que se reciban en España es el Juez de instrucción del lugar donde se encuentre alguno de los bienes a embargar.

La urgencia inherente a las solicitudes de embargo (en particular, de aquellas que se refieran a saldos de cuentas corrientes, por su enorme volatilidad)

se observa claramente en la propia letra de la LRM, que en su art. 151.1 indica que *“la decisión de ejecución de la resolución deberá ser adoptada inmediatamente y comunicada sin dilación a la autoridad judicial de emisión y al Ministerio Fiscal”*. Por tanto, se prima la celeridad en la adopción de una decisión hasta el punto de eliminar la necesidad de informe previo del Ministerio Fiscal.

Este carácter urgente de los embargos es incluso más evidente en aquellos casos en los que se ha procedido a un bloqueo administrativo del saldo por parte del SEPBLAC (a instancias de la Unidad de Inteligencia Financiera correspondiente del país de emisión) por cuanto, una vez expirado el plazo máximo por el que puede mantenerse el bloqueo administrativo (30 días), cabe dar casi por seguro que el titular de la cuenta —posiblemente advertido de la pendencia de una medida cuando se vio imposibilitado de mover los fondos por el mentado bloqueo administrativo— estará especialmente atento para intentar vaciar la cuenta en el preciso momento en el que el saldo sea desbloqueado. Y dado que la comunicación entre las esferas administrativa y judicial no es siempre lo fluida que debiera, no es raro en la práctica recibir certificados de embargo con el plazo de bloqueo administrativo muy próximo a expirar (a veces, en cuestión de días o incluso de horas).

Pues bien, esta urgencia inherente a los certificados de embargo no se ha acompañado por desgracia en nuestra legislación con un sistema ágil y eficaz de determinación de la autoridad competente, sino que, antes al contrario, se ha escogido la opción que presenta mayores dificultades desde la perspectiva de una rápida identificación de la autoridad competente. Esto en la práctica trae como consecuencia un elevado riesgo de que se pierdan los activos que se pretenden embargar, incluso en casos en los que se ha llevado a cabo con carácter previo el bloqueo administrativo que mencionábamos más arriba.

Las dificultades para determinar la autoridad competente se derivan sobre todo de que, a diferencia

de lo que sucede con la Orden Europea de Investigación (OEI, en adelante) —en la que el legislador ha optado felizmente por erigir al Ministerio Fiscal como única vía de entrada de las mismas en España, lo que en la práctica hace casi imposible que haya dificultades de identificación o de comunicación con la autoridad competente—, en el caso de los embargos se ha decidido fragmentar la competencia entre los juzgados de instrucción donde pueda encontrarse el bien o la cuenta a embargar, de modo que hay que contar no sólo con la existencia de los 431 partidos judiciales que en España son sino, además, con la necesidad de identificar el concreto juzgado competente dentro de cada partido.

Y esto no es tarea fácil ni siquiera para quienes trabajamos desde dentro del sistema español, con lo que puede imaginarse el nivel de dificultad que supone para una autoridad extranjera que debe decidir a qué órgano remitir el certificado. Los esfuerzos del CGPJ para concentrar en algunos juzgados de instrucción especializados la competencia pasiva de cooperación internacional sólo han fructificado hasta el momento en 8 partidos judiciales (Madrid, Barcelona, Valencia, Palma de Mallorca, Murcia, Estepona, Marbella y Torremolinos, en el momento de escribir estas líneas) aunque ni siquiera respecto de éstos la existencia de los juzgados especializados está debidamente reflejada en el Atlas Judicial de la Red Judicial Europea (RJE). Por tanto, desde la perspectiva de la autoridad de emisión, tanto para los especializados como para todos los demás, sólo queda abierta la vía de comunicación con los decanatos (solución que sí aparece reflejada en el Atlas Judicial de la RJE) o con los Juzgados de Guardia (cuyos datos de contacto no están disponibles, con carácter general). Teniendo en cuenta, además, que los datos de contacto de los decanatos no están siempre actualizados (ni siempre están atendidos los correos electrónicos con la inmediatez que casos urgentes reclaman) y que los servicios de guardia no lo son de 24 horas en la mayoría de los partidos judiciales, las autoridades de emisión de otros Estados miembros se ven en la

práctica imposibilitadas de identificar con rapidez un órgano competente que pueda recibir, reconocer y ejecutar de modo inmediato un certificado de embargo.

Es más, incluso en aquellos casos en los que la autoridad de emisión —precisamente por las dificultades antedichas— decide trasladar el certificado mediante los mecanismos que la UE pone a su disposición para la cooperación penal internacional (sea Eurojust, la RJE, o los magistrados de enlace, allá donde existan) resulta igualmente difícil poder encontrar la autoridad competente ya que, como se ha dicho, no existen a nivel nacional ni cuadros de guardias de todos los partidos judiciales con datos de contacto contrastados que puedan ser usados con este fin, ni tampoco los datos de contacto de los decanatos son fiables (por no mencionar que involucrar al decanato supone añadir una capa adicional de potenciales retrasos en una actuación que es, por su propia naturaleza y como hemos visto, de carácter urgente).

Así las cosas, son varias las posibilidades que se abren para intentar solucionar este problema, algunas *de lege lata*, otras *de lege ferenda*, y aquí presentaré brevemente alguna de ellas.

De lege lata, la primera alternativa a la que se está recurriendo en la práctica —aunque normalmente sólo en aquellos casos en los que se ha acudido a alguna intermediación como Eurojust o la RJE— es usar como vía de entrada a las Fiscalías, como si de una OEI se tratase, a través de las secciones de cooperación internacional establecidas en cada Fiscalía. Esto tiene la evidente ventaja de que permite que el Fiscal que la recibe —un especialista formado en la materia— puede identificar sin problemas las necesidades existentes y, conociendo el órgano especializado o de guardia, proceder a judicializar de manera inmediata. Además, esta opción resulta particularmente conveniente en asuntos en los que el certificado de embargo no llega aislado, sino en conjunción con otros instrumentos —señaladamente la OEI, sobre todo cuando requiere de judicializa-

ción—, de modo que se consigue que se concentren todas las actuaciones (tanto de obtención de pruebas como de bloqueo de efectos) en un mismo juzgado.

Pero esta práctica también tiene una serie de inconvenientes evidentes, a saber, que añade una capa más al proceso de ejecución (por más que incremento de eficacia pueda entenderse que compense esta crítica), que no resulta visible como opción de manera directa a las autoridades de emisión (ya que no se refleja en el Atlas Judicial al no ser la solución legal por la que se ha optado en España) y, por último, que supone un incremento de la carga de trabajo para el Ministerio Fiscal precisamente en una tarea en la que la LRM no le ha otorgado competencias de ejecución, ni tan siquiera de informe previo.

Por ello, sin perjuicio de mantener lo anterior cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen (por ejemplo, por la multiplicidad de instrumentos emitidos más arriba mencionada), entiendo que, con el marco legal existente, sería conveniente complementar lo anterior haciendo uso de las competencias del Miembro Nacional (MN) de Eurojust. Esto no precisa de reforma legislativa alguna y puede ser implementado de modo inmediato, si bien tiene el inevitable inconveniente de ser válido sólo para aquellos casos en los que la transmisión del certificado se lleve a cabo a través del canal de Eurojust.

No es, por tanto, una solución para todos los posibles casos, pero sí para una buena parte de ellos ya que los certificados de embargo se canalizan cada vez más a través de Eurojust (quizás por las dificultades de identificación de las autoridades competentes antes indicadas). Según las estadísticas oficiales de Eurojust, desde la entrada en vigor del RED a finales de 2020, se han abierto hacia España unos 140 casos con certificados de embargo trasladados a autoridades nacionales y, con carácter general para el ejercicio 2022 y respecto de todos los casos de las diversas delegaciones nacionales, unos 2.800 millones de euros fueron bloqueados gracias a/o con la colaboración de Eurojust. Al mar-

gen de esta tendencia, queda abierta la posibilidad de que, si se demuestra en la práctica las ventajas de ejecutar mediante el MN, se pueda aconsejar mediante guías o incluso a través del Atlas Judicial de la RJE, que en casos urgentes de embargos sea Eurojust la vía utilizada para la transmisión (y eventual ejecución).

En cuanto al fondo, la opción a la que me estoy refiriendo no es otra que la de hacer uso de las competencias legales que el MN tiene atribuidas tanto por el Reglamento 2018/1727 de Eurojust —REJ en lo sucesivo— como por la Ley 29/2022 de Eurojust —LEJ en adelante—, para conseguir una ejecución inmediata de las solicitudes urgentes de embargo.

Comencemos recordando lo que establece el art. 2 de la LEJ: que el MN es el representante de España ante Eurojust y que ejerce *“las competencias que le atribuye el Derecho de la Unión Europea, actuando con plena independencia del Ministerio de Justicia y con exclusiva sujeción a la ley y a las indicaciones que, en el ejercicio de sus funciones, le dirija la autoridad nacional competente”*. Este estatus de independencia funcional es necesario en virtud de la arquitectura que el REJ establece para Eurojust, en particular a la vista de las funciones a desarrollar y de las competencias que se atribuyen al MN de cada Estado miembro.

Así, por un lado, el REJ en su art. 7.4 indica que *“Los miembros nacionales y los adjuntos deberán tener la condición de fiscal, juez o representante de la autoridad judicial con competencias equivalentes a las de un fiscal o juez en virtud de su Derecho nacional. Los Estados miembros les conferirán como mínimo las competencias contempladas en el presente Reglamento para que puedan cumplir su cometido”*.

Por otro, el art. 8 REJ contempla con carácter general las competencias del MN. Entre ellas expresamente se prevé que, en supuestos de urgencia y cuando no se haya podido determinar la autoridad competente o no se haya podido contactar con ella,

el MN podrá por sí mismo "(...) *ejecutar cualquier solicitud de asistencia mutua o de reconocimiento mutuo*", con la obligación de informar a la autoridad nacional competente "*lo antes posible*".

Esta redacción sería por sí misma suficiente para sostener la validez de la postura que aquí defiendo, dados los efectos de primacía y efecto directo de los reglamentos UE pero, a mayor abundamiento y por si alguna duda quedase al respecto, nuestra LEJ también contempla esta posibilidad en su art. 11.3 al indicar que "*en casos urgentes, siempre que quede acreditado, por cualquier medio que permita dejar constancia, que no ha sido posible determinar o contactar con la autoridad nacional competente de forma oportuna, el miembro nacional podrá, de conformidad con el Reglamento (UE) 2018/1727, adoptar las medidas contempladas en el apartado 2 de este artículo [el cual incluye "ejecutar una solicitud de asistencia mutua o un instrumento de reconocimiento mutuo"], siempre que no sean limitativas de derechos fundamentales, informando a la autoridad competente sin demora y en cualquier caso en un plazo inferior a diez días*".

Así las cosas, ante la recepción de un caso por parte de la delegación española en Eurojust en el que se haya emitido por la autoridad extranjera competente un certificado de embargo en el que concurra una necesidad de ejecución urgente (por bloqueos administrativos a punto de expirar, riesgo de pérdida de los fondos, etc.), el MN puede en mi opinión asumir la ejecución de dicho certificado, remitiendo de forma inmediata al organismo que corresponda (normalmente, a las entidades bancarias) la orden de bloqueo del bien o saldo de que se trate. En paralelo, se procederá a dar traslado del certificado y de la resolución del MN al órgano judicial que se estime competente, dando así cumplimiento a la obligación de comunicación inmediata a la autoridad nacional que contienen tanto REJ como LEJ. Adicionalmente, esta práctica facilita la determinación de la autoridad competente en tanto que ya excluye de las posibles a los juzgados de guardia, toda vez que la ejecución ha dejado de ser urgente

al estar garantizado el bloqueo del bien y, por tanto, cualquier dilación inherente a la remisión a través de los decanatos deja de ser una cuestión de tanta trascendencia como lo es actualmente.

Por su parte, el órgano judicial competente una vez reciba el expediente tendrá la posibilidad de validar o no la decisión urgente tomada por el MN de modo que todo el control del proceso de reconocimiento sigue estando en sus manos ya que todas las actuaciones sucesivas (y muy en particular los posibles recursos que se puedan interponer, o las comunicaciones a afectados y terceros) habrán de hacerse ante o por dicho Juzgado, no con el MN cuya tarea concluyó con garantizar el bloqueo del bien en el momento inicial. De este modo, se solucionan de manera escrupulosamente legal las deficiencias prácticas de que viene adoleciendo nuestro sistema.

Es importante complementar lo anterior con el hecho de que las posibilidades de actuación del MN de Eurojust no están limitadas a la cooperación entre los Estados miembros, sino que se extienden también a terceros Estados, siempre que haya caso abierto en Eurojust. Por tanto, la argumentación que antecede es perfectamente válida también para embargos que sean solicitados por terceros Estados a través de comisiones rogatorias, o desde dentro de la UE incluso cuando se trate de autoridades de emisión de Dinamarca o Irlanda que, hasta el presente momento, no están vinculadas por el RED, sino que siguen usando la Decisión Marco 2003/577/JAI.

Obviamente y como he indicado más arriba, lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la búsqueda de otras posibles soluciones *de lege ferenda* que opten por otros sistemas más eficaces que el actual. Así, por ejemplo, podría hacerse una modificación legal que concentrase la competencia para la ejecución de los embargos en un número más reducido de juzgados, de modo que la identificación del competente no la hercúlea tarea que hoy es.

Pero, puestos a modificar la legislación aplicable, en línea con lo que Elena Lorente ya apunta en su artí-

culo mencionado al inicio de este apartado y conforme se ha venido proponiendo desde la FGE (véanse las Memorias anuales de la FGE desde 2021) así como en otras contribuciones particulares en el ámbito académico², entiendo que la mejor opción sería que en algún momento el legislador, echándose en brazos de la lógica, se decidiese a atribuir al Ministerio Fiscal la competencia para recibir y ejecutar los certificados de embargo, sin perjuicio de su posterior remisión al juzgado que se determine (posiblemente sería más eficaz optar por el Juzgado de lo Penal en lugar de por el de Instrucción, por razones que sería prolijo exponer aquí) a fines de validación y continuación de la tramitación. Ningún problema legal tendría esta solución por cuanto es evidente que la actuación del Ministerio Fiscal no estaría incidiendo en ningún derecho fundamental³, sino que se trataría sólo de una primera intervención limitada a asegurar el bien y que de inmediato se pasaría a un juzgado, con el que pueden ventilarse los recursos que se puedan interponer, así como el resto de actuaciones que puedan ser precisas.

Esta solución legal solventaría los problemas de identificación de la autoridad competente (como ha sucedido en la OEI) e incluso la opción antedicha de intervención del MN quedaría muy reducida por innecesaria, así como porque difícilmente podría pensarse en una situación en la que no sea posible contactar con el Ministerio Fiscal como autoridad competente (condición necesaria para hacer uso de las facultades que tanto RED como LEJ otorgan al MN).

2 Por ejemplo, MORAN MARTÍNEZ, R., “España como país ejecutor de decisiones de embargo y decomiso en el Reglamento UE 2018/1805”, en *Decomiso y Recuperación de Activos. Crimen Doesn't Pay*. Coord. Nicolás Rodríguez García e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. C. Ed. Tirant. 2020.

3 De hecho, los embargos preventivos que se adoptan en el marco de actuación de la Fiscalía Europea ya se realizan en España de modo directo por los fiscales europeos delegados sin que la intervención del juez de garantías haya sido considerada necesaria (capítulo V de la LO 9/2021 de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939).

Pero estas soluciones de futuro —u otras alternativas que puedan diseñarse— tienen el enorme inconveniente de diferir la solución en el tiempo, siendo así que las necesidades prácticas son enormes y acuciantes por lo que entiendo que el juego del uso de la red de fiscales de cooperación y de la intervención del MN suponen, por el momento, las mejores y más eficaces reacciones posibles para solucionar algunos de los problemas planteados, incrementando la necesaria eficacia en una materia tan crucial para el éxito de la lucha contra la criminalidad organizada como es el adecuado y rápido bloqueo de los flujos financieros criminales.

5. Reflexiones finales

Hecha la exposición que antecede, he de volver al modo en que se iniciaban estas páginas: nada de lo que comentado más arriba es materia que deba quedar constreñida a una concreta especialidad, sino que es de interés para la totalidad de los intervinientes en el proceso penal, y muy en particular para los fiscales.

Las fechas diferidas en las que las novedades legislativas comentadas estarán operativas no debe llevarnos a la complacencia ni a dar por sentado que hay tiempo de sobra para obtener la preparación necesaria. Por el contrario, ya es momento de comenzar con esa tarea para estar en condiciones de obtener todos los beneficios que las referidas novedades suponen.

Y, para ello, bueno será recordar desde estas páginas a modo de conclusión final, la disponibilidad de diferentes mecanismos que la legislación europea y española ponen a disposición de todos los fiscales en la tarea de la cooperación internacional. Son diversos, como decimos, pudiendo mencionarse el apoyo de los magistrados de enlace españoles allá donde existan (en estos momentos, tenemos magistrados destacados en Francia, Benelux, Reino Unido —con competencias extendidas a Irlanda—, Estados Unidos —con competencias extendidas a

Canadá— y Marruecos) o de los puntos de contacto de las diversas Redes judiciales constituidas en materia penal, amén de herramientas como el Prontuario (www.prontuario.org), de uso constante y ya rutinario por cuantos compañeros necesitan acceder a formularios, guías e información relacionadas con la cooperación internacional penal.

Pero no querría cerrar estas páginas sin mencionar muy especialmente el apoyo que día a día se ofrece a todos los compañeros desde Eurojust, a través del contacto con los componentes de la delegación española, a la que puede acudir para hacer cualquier consulta, incluso por pequeña o nimia que pueda parecer.

Ciertamente, no toda consulta efectuada ha de derivar necesariamente en la apertura de un caso de Eurojust, pero en ningún supuesto el recurso a la delegación española va a dar lugar a una situación menos favorable que la existente antes de producirse. En el peor de los casos —si no es posible abrir expediente en Eurojust— al menos podremos orientar o facilitar el trabajo de quien acude a nosotros lo que, en sí mismo, puede ya considerarse un éxito como mecanismo de solución de dudas y conflictos para nuestras autoridades judiciales nacionales.

La composición personal de la delegación varía a lo largo de los años, como es lógico, pero existen mecanismos permanentes para asegurarse que el contacto va a ser posible bien mediante la localización de los correos personales de los componentes de la delegación en un momento determinado (lo que puede conseguirse a través del ya citado Prontuario), bien mediante el uso del formulario de consulta existente en la web de Eurojust (<https://www.eurojust.europa.eu/states-and-partners/member-states/spain>), bien mediante el uso de la dirección de correo electrónico genérica de la delegación española collegeES@eurojust.europa.eu, que llega a todos los componentes de la delegación (actualmente compuesta de Miembro Nacional, Adjunto, Asistente y Experta Nacional, así como al personal administrativo de apoyo).

Por cualquiera de estas vías es posible contactar con los miembros de la delegación, quienes estaremos encantados de intentar ayudar en lo que en nuestra mano esté, bien en esta materia a la que hemos dedicado las páginas que anteceden, bien en relación con cualquier otra cuestión en la que nuestra experiencia pueda ser útil para mejor cooperar y coordinar los asuntos penales, tanto en la UE como más allá.

Canales de información y protección los informadores en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción

ROBERTO VALVERDE MEGÍAS
Vocal del Consejo Fiscal
Fiscal de la Fiscalía Provincial
de Barcelona

RESUMEN

La trasposición de la Directiva (UE) 2019/1937 ha supuesto la incorporación a nuestro ordenamiento de un conjunto de mecanismos de protección diseñados para proporcionar seguridad a los sujetos que, tanto en el sector público como privado, decidan comunicar infracciones. En este artículo se analizará la plasmación a través de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, del amparo a estos informantes frente a posibles ataques, mediante la imposición de canales internos de información, la creación y regulación de un canal externo paralelo, encomendado a la nueva Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., la cobertura de las revelaciones públicas y la articulación de un conjunto de medidas de protección directa frente a las represalias que se ajusten a la definición legal.

1. Consideraciones previas sobre la protección del “whistleblower”

La lucha contra la corrupción constituye un desafío para los actuales sistemas democráticos, al igual que la necesidad de responder ante amenazas para los derechos y libertades de los ciudadanos, como la ejecución de actividades que potencialmente pueden lesionarlos y afectar a los bienes jurídicos del individuo o de la propia colectividad. Y, sin lugar a dudas, una de las claves para esta lucha la encontramos en los individuos que, teniendo conocimiento de la realización de actividades irregulares, bien en el sector público o bien en el privado, informan de las mismas para activar los mecanismos de corrección oportunos. No obstante, como expone el Preámbulo de la reciente Ley 2/2023, de 20 de febrero, *reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, tales comportamientos cívicos, loables y necesarios, pueden dar lugar a “consecuencias penosas para quienes han comunicado tales prácticas corruptas y otras infracciones” en forma de presiones sobre los propios denunciante-

tes. Así pues, podemos encontrarnos que la posible represalia actúe como elemento disuasorio.

Como quiera que, sin estos denunciantes, informadores o “whistleblowers” en terminología anglosajona, sería imposible resolver estos desafíos¹, resulta indispensable la protección jurídica de los mismos, tanto para garantizar su salvaguarda frente a presiones o represalias como para promover en la sociedad el impulso colaborador, la conciencia de que las infracciones y delitos son perseguidos y el rechazo de las conductas de ocultación.

Desde la perspectiva organizativa de las entidades que pueden verse afectadas por la revelación de estas informaciones, el abordaje se ha llevado a cabo en primera instancia con la implantación de los programas de cumplimiento normativo, íntimamente relacionados con la responsabilidad penal de las personas jurídicas como elemento de moderación o exención, en cuyo marco se articulan mecanismos internos de denuncia. De esta manera, se habilita la posibilidad de que quienes se encuentran en la mejor posición para abordar internamente las irregularidades puedan procurar su corrección. Ahora bien, la creación de estos canales internos, de no venir acompañada de un conjunto de garantías frente a posibles represalias, comenzando por la confidencialidad del propio denunciante, difícilmente pueden suponer un estímulo para quien debería informar de las irregularidades detectadas. Y así, como ha sido señalado en el ámbito de las Naciones Unidas², estos planes a menudo no prevén medidas sólidas que aseguren la confidencialidad y la independencia de la organización en que funcionan, colocando a los denunciantes en una situación en que pueden correr el riesgo de sufrir represalias, lo que los con-

1 Resolución 2300 (2019) de mejora de la protección de los denunciantes de 1 de octubre de 2019 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

2 Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (ONU). Asamblea General de las Naciones Unidas. A/70/361, 8 de septiembre de 2015.

vierte en mecanismos ineficientes que no generan la suficiente confianza en el empleado.

En atención a ello, se ha venido estimando indispensable que los mecanismos de denuncia interna se complementen con otras vías para informar de posibles infracciones, como sería la posibilidad de la divulgación pública o la creación de un canal externo para realizar comunicaciones que, garantizando la confidencialidad de los denunciantes, permita llegar a la adopción de medidas de corrección o persecución de las infracciones, en todo caso velando por la debida protección jurídica de los denunciantes.

2. Presupuestos de la Ley 2/2023, de 20 de febrero

2.1. Precedentes normativos.

La necesidad de creación de canales de denuncia y, simultáneamente, de protección de los denunciantes de incumplimientos normativos y posibles infracciones ha venido siendo consignada en los últimos años desde distintos foros.

Como refiere el Preámbulo de la Ley, uno de los hitos esenciales que debe apuntarse lo encontramos en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, cuyo artículo 13.2 contempla incluso la posibilidad de admitir denuncias anónimas de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito³, abriendo la posibilidad incorporar en los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte “medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades compe-

3 Art. 13.2 CNUCC: “Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción mencionados en la presente Convención y facilitará el acceso a dichos órganos; cuando proceda, para la denuncia, incluso anónima, de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención”.

tentes, de buena fe y con motivos razonables” (art. 33 CNUCC).

A los mismos fines atiende el Informe de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/70/361, de 8 de septiembre de 2015, del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, consignando explícitamente la necesidad de protección jurídica de los denunciantes de irregularidades, garantizando su confidencialidad e incluso su anonimato, partiendo del presupuesto de que deben habilitarse mecanismos institucionales internos y externos que proporcionen canales de protección eficaces y que permitan la adopción de medidas correctivas; o que, a falta de dichos canales, se proteja y promueva que se revele la información⁴.

4 Dicho informe expresamente recoge como “Recomendaciones a los Estados”:

63. La ley del Estado debería proteger a todos los que revelen información que crean razonablemente, en el momento de divulgarla, que dicha información es cierta y que constituye una amenaza o genera un daño a un interés público concreto, como la violación de derecho nacional o internacional, el abuso de autoridad, el malgasto, y el fraude o daño al medio ambiente, a la salud o la seguridad públicas. Cuando se revela la información, las autoridades deberían investigar y corregir la presunta falta de conducta sin excepciones, sobre la base de lo que se presumen son las motivaciones o “buena fe” de la persona que reveló la información.

64. Los mecanismos de vigilancia institucionales y externos deberían ofrecer canales de protección eficaces a quienes denuncien irregularidades a fin de que se adopten medidas correctivas. A falta de mecanismos que otorguen protección y adopten medidas correctivas, o que no lo hagan a tiempo, debería permitirse la divulgación pública. Revelar violaciones de derechos humanos o del derecho humanitario nunca debería dar a lugar a la aplicación de sanciones de ninguna índole.

65. Las medidas de protección contra las represalias deberían aplicarse en todas las instituciones públicas, incluso las relacionadas con la seguridad nacional. Dado que la posibilidad de que se entablen acciones penales en general disuade la formulación de denuncias, los Estados deberían evitarlas, reservándolas, si acaso, a casos excepcionales en los que se haya producido un daño más grave, demostrable, a un interés legítimo concreto. En esas situaciones, es el Estado quien debería tener la carga de probar que hubo intención de causar daño, y debería permitirse que los procesados: a) tengan la posibilidad de alegar como defensa que existía un interés público superior en conocer la información, y b) tengan acceso a toda la información necesaria para organizar una defensa completa, que incluya entre otras cosas, información clasificada. Las sanciones deberían tener en cuenta la intención del denunciante al revelar información que era de interés público, y respetar las normas internacionales de legalidad, las garantías

En el ámbito del Derecho de la Unión son numerosas las muestras que, de manera sectorial, han ido dando forma al modelo finalmente consignado en la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, *relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión* (en adelante, Directiva 2019/1937). Así se ha consignado en instrumentos tales como la Directiva 2013/30/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, *sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro*; la Directiva 2013/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión*; el Reglamento (UE) 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión*; o el Reglamento (UE) 376/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, *relativo a la notificación de sucesos en la aviación civil*⁵.

Por su parte, el Consejo de Europa ha buscado igualmente estimular el desarrollo de medidas de protección de los denunciantes, como se pone de manifiesto en la Resolución 1729 (2010) de protección de los denunciantes de 29 de abril de 2010 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, o la Recomendación CM/Rec (2014) adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa de protección de los denunciantes de 30 de abril de

2014. En este ámbito, cabe llamar particularmente la atención sobre la Resolución 2300 (2019) de mejora de la protección de los denunciantes de 1 de octubre de 2019 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en la que se invita a los Estados miembros del Consejo de Europa que no sean miembros de la Unión Europea a incorporar a sus respectivas legislaciones nacionales los estándares de protección plasmados en la propuesta de Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (la Directiva 2019/1937 publicada casi inmediatamente después).

Frente a un panorama de protección sectorial, la Directiva 2019/1937 planteó un sistema de información y protección de los informantes desde una perspectiva integral, comprensiva de los intereses y ámbitos de la Unión.

La elaboración de esta Directiva descansa de manera sustancial en la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2017, sobre las medidas legítimas para la protección de los denunciantes de irregularidades que, en aras del interés público, revelan información confidencial sobre empresas y organismos públicos (2016/2224(INI)), que estimó de carácter urgente el establecimiento de “un marco horizontal y exhaustivo que, mediante la formulación de derechos y obligaciones, proteja eficazmente a los denunciantes en los Estados miembros y en las instituciones, autoridades y organizaciones de la Unión”⁶, a cuyo fin trasladó a la Comisión el objetivo de presentar una propuesta legislativa horizontal que determinase un marco normativo común que garantizase un alto nivel de protección general de los denunciantes en la Unión tanto en el sector público como en el privado. Asimismo, resulta obligado citar la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 16 de abril de 2019, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que in-

procesales y la proporcionalidad.

5 La Directiva 2019/1937, en sus Considerandos 7 a 15, recoge de forma exhaustiva el listado de Reglamentos y Directivas que han ido consignando la necesidad de protección de los denunciantes en los distintos ámbitos sectoriales: servicios financieros (Considerando 7), seguridad de los productos comercializados en el mercado interior (Considerando 8), seguridad del transporte aéreo y marítimo (Considerando 9), protección del medio ambiente (Considerando 10), seguridad nuclear (Considerando 11), seguridad de los alimentos y los piensos (Considerando 12) o la protección de los datos de carácter personal (Considerando 14).

6 Considerando AJ de la Resolución de 24 de octubre de 2017.

formen sobre infracciones del Derecho de la Unión, que muestra la conformidad del Parlamento con el texto definitivo de la Directiva.

Estos pronunciamientos desembocaron, finalmente, en la aprobación de la Directiva 2019/1937, que claramente plasma la finalidad a la que atiende el esfuerzo normativo en sus Considerandos 1 y 5 al indicar que “las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto. Al informar sobre infracciones del Derecho de la Unión que son perjudiciales para el interés público, dichas personas actúan como denunciantes (en inglés conocidas coloquialmente por *whistleblowers*) y por ello desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad. Sin embargo, los denunciantes potenciales suelen renunciar a informar sobre sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias. En este contexto, es cada vez mayor el reconocimiento, a escala tanto de la Unión como internacional, de la importancia de prestar una protección equilibrada y efectiva a los denunciantes”. Y que, a tal fin, “deben aplicarse normas mínimas comunes que garanticen una protección efectiva de los denunciantes en lo que respecta a aquellos actos y ámbitos en los que sea necesario reforzar la aplicación del Derecho, en los que la escasez de denuncias procedentes de denunciantes sea un factor clave que repercuta en esa aplicación, y en los que las infracciones del Derecho de la Unión puedan provocar graves perjuicios al interés público”.

2.2. Precedentes en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El abordaje de la protección de los informantes necesariamente ha de ponerse en relación a la perspectiva proporcionada por el Tribunal de Estrasburgo,

que parte de una premisa esencial, la incardinación de las comunicaciones o informes dentro del ámbito del derecho a la libertad de expresión consignado en el art. 10 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)⁷.

Así, en la Sentencia de 12 de febrero de 2008 (asunto Guja contra Moldavia) el Tribunal identificó por primera vez cuáles deben ser las pautas o criterios que han de ser examinados para determinar si la comunicación de irregularidades internas que impliquen la divulgación de información de carácter confidencial en el ámbito laboral, puede quedar amparada por el derecho a la libertad de expresión. Se trata con ello de articular un equilibrio entre el ejercicio de tal derecho y los deberes de reserva, discreción o incluso obligaciones legales de secreto.

Las pautas fijadas por el Tribunal pasan por evaluar el interés público de la propia información revelada⁸, su veracidad, el canal de denuncia elegido, la

7 Art. 10 CEDH: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras (...) 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

8 Este primer factor es resaltado especialmente por el Tribunal, exponiendo que “hay que dar una importancia particular al interés general que suponía la información divulgada. El Tribunal recuerda que el artículo 10.2 del Convenio no deja lugar para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito de las cuestiones de interés general (ver, entre otras, Sürek contra Turquía, núm. 1 [GC], núm. 26682/95, ap. 61, CEDH 1999-IV). En un sistema democrático, las acciones u omisiones del Gobierno deben estar bajo el atento control no sólo de los poderes legislativo y judicial, sino también de los medios de comunicación y de la opinión pública. El interés de la opinión pública por cierta información es, en ocasiones, tan grande que puede con la obligación de confidencialidad impuesta por la Ley (Fressoz y Roire contra Francia [GC], núm. 29183/95, CEDH 1999-I; Radio Twist, A.S. contra Eslovaquia, núm. 62202/00, CEDH 2006—...)”.

buena fe y motivación desinteresada del informante, la estimación del daño ocasionado a las entidades empleadoras afectadas por la información y la gravedad de las consecuencias o sanciones que se deriven para el denunciante.

Estos principios han sido recientemente matizados por el propio Tribunal en su Sentencia de 14 de febrero de 2023 (asunto Halet contra Luxemburgo) a la luz del actual contexto europeo e internacional de protección de los informantes. Así, en relación a los canales utilizados para hacer la revelación se especifica la preferencia, en lo posible, de aquellos que tengan la consideración de internos. También es particularmente relevante la matización que introduce la sentencia en cuanto al requisito de veracidad de la información revelada, indicando que no puede ser propiamente exigida la autenticidad de la información en el momento de la comunicación, sino que, en determinadas circunstancias, la protección derivada de la libertad de expresión puede alcanzar la revelación de informaciones finalmente incorrectas, siempre que el informante hubiera procurado verificar la exactitud de las mismas.

2.3. Precedentes nacionales.

De forma semejante a lo indicado en el ámbito del Derecho de la Unión, también la legislación en España ha dado pasos en ámbitos sectoriales tendentes a la protección limitada de los informantes, mediante la inclusión de canales de comunicación de incumplimiento de las obligaciones correspondientes, la garantía de confidencialidad de los comunicantes y la protección en el ámbito laboral y contractual de los mismos por razón de tales informaciones. Así, cabe citar la Ley 10/2014, de 26 de junio, *de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*⁹; o el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refun-*

⁹ Art. 119 a 122, introducidos por Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera.

*dido de la Ley del Mercado de Valores, en relación a la Comunicación de infracciones a la Comisión Nacional del Mercado de Valores*¹⁰.

Mención especial merece la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, cuyo artículo 24 en su redacción original¹¹ estableció la licitud de los sistemas de información internos en el sector privado para la comunicación de incumplimientos normativos, junto con un régimen mínimo de estos sistemas desde la óptica de la protección de datos y confidencialidad, tanto de la persona afectada como también y especialmente, de la persona que hubiera puesto los hechos en conocimiento de la entidad, en caso de que se hubiera identificado.

En el ámbito de la legislación autonómica la creación de canales de denuncia y marcos de protección jurídica de los informantes ha sido abordada por diversas Comunidades Autónomas, acompañándose este régimen del establecimiento de órganos propios con funciones específicas de recepción de denuncias e investigación de las mismas. Así, cabe citar los ejemplos de Cataluña (Ley 14/2008, de 5 de noviembre), Castilla y León (Ley 2/2016, de 11 de noviembre), la Comunidad Valenciana (Ley 11/2016, de 28 de noviembre), Illes Balears (Ley 16/2016, de 9 de diciembre), Aragón (Ley 5/2017, de 1 de junio), Navarra (Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo), Principado de Asturias (Ley 8/2018, de 14 de septiembre) o Andalucía (Ley 2/2021, de 18 de junio).

¹⁰ Arts. 276 bis a sexies, introducidos por Real Decreto-ley 14/2018, de 28 de septiembre.

¹¹ La propia Ley 2/2023, de 20 de febrero, en su Disposición Final 7ª, ha reformado el precepto limitándolo al ámbito estricto de la determinación de la licitud del tratamiento de datos personales necesarios para garantizar la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas, con remisión expresa al Reglamento de Protección de Datos (UE) 2016/679 y la Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

Desde la óptica de la persona jurídica cuya actividad haya de resultar afectada por las informaciones, el papel del informante y su relevancia como indicador de infracciones internas a subsanar quedan necesariamente vinculados a las exigencias formales de planes de cumplimiento normativo o “*legal compliance*”. Y así, resulta imprescindible conectar la necesidad de previsión de canales internos de denuncia con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, particularmente tras las reformas en la materia introducidas en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de octubre. En este sentido, siquiera someramente debemos recordar que la exención de responsabilidad penal contemplada en el art 31 bis.2 CP presupone que “el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”, que deberán implicar la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención (art. 31 bis 5 CP); así como la atenuación de responsabilidad derivada de la confesión de la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra la persona jurídica (art. 31 quater 1.a CP) o de la implantación de mecanismos de prevención y descubrimiento de delitos futuros (art. 31 quater 1.a CP).

En relación a ello, la STS 35/2020, de 6 de febrero, destaca la necesaria correlación entre el programa de cumplimiento normativo en el ámbito de la empresa para evitar y prevenir los delitos y los canales internos de denuncias a los que se refiere la Directiva 2019/1937 (aún no traspuesta en el momento de la resolución), indicando que “se busca reforzar la protección del *whistleblower* y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocida en el art. 10 CEDH y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de

prácticas ilícitas o delictivas, como en este caso se llevó a cabo y propició la debida investigación policial y descubrimiento de los hechos. Debe destacarse, en consecuencia, que la implantación de este canal de denuncias, forma parte integrante de las necesidades a las que antes hemos hecho referencia del programa de cumplimiento normativo, ya que con el canal de denuncias quien pretenda, o planea, llevar a cabo irregularidades conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma. En el caso ahora analizado una denuncia interna, al modo del canal de denuncias aquí expuesto, provoca la apertura de la investigación que desemboca en el descubrimiento de las operaciones que estaban realizando los recurrentes durante el periodo de tiempo indicado en los hechos probados, y que causó el perjuicio económico que se ha considerado probado”.

3. La Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción

Aun con cierto retraso, el mandato de trasposición de la Directiva 2019/1937 ha sido atendido por el legislador español, acogiendo el modelo que se plantea en la misma y extendiéndolo a la protección de infracciones distintas de las propias del Derecho de la Unión, posibilidad abierta en el art. 2.2 de la propia Directiva. Con arreglo a ello, se delimitan tanto las condiciones que debe reunir el informante para poder acogerse al marco de protección de la Ley, como el propio contenido de este marco. Y, a su vez, se establece la coexistencia de los necesarios canales internos de comunicación de infracciones con un canal de denuncia externa, encomendado a la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I.

Encontramos en la Ley, de esta forma, la creación de una nueva autoridad administrativa independiente, configurada como ente de derecho público de ámbito estatal, al que se le encomiendan las siguientes funciones:

- La gestión del canal externo de comunicaciones, lo que supone que será la autoridad competente para la tramitación de las comunicaciones que se refieran a la Administración General del Estado, las entidades que integran el sector público estatal, órganos constitucionales, las entidades que integran el sector privado respecto de infracciones con efectos en el ámbito territorial de más de una Comunidad Autónoma e incluso respecto del sector público institucional autonómico o local previa suscripción del convenio correspondiente.
- La adopción de medidas de protección al informante cuando se trate de infracciones cometidas en el ámbito del sector privado y en el sector público estatal.
- La tramitación de los expedientes sancionadores y la imposición de sanciones respecto de las infracciones cometidas en el ámbito del sector público estatal y del sector privado (excepto cuando corresponda la competencia a los organismos competentes de las respectivas Comunidades Autónomas).
- Cabe añadir, además, que entre las funciones enumeradas en el art. 43 de la Ley 2/2023 se consigna el fomento y promoción de la cultura de la información y la intervención en los procesos normativos informando cuando afecten a su ámbito de competencias y funciones.

3.1. Ámbito personal de la Ley 2/2023.

Dentro de las múltiples fórmulas empleadas para referirse a los informantes o alertadores de infracciones, el legislador español ha optado por referirse

a ellos como “personas informantes”, prescindiendo de terminología que pudiera suscitar controversia con otros ámbitos —como “denunciantes”— y especialmente de la fórmula “whistleblower”, pese a ser la de mayor éxito en los diferentes instrumentos internacionales¹². Así, de la misma forma que la Directiva 2019/1937 se refiere al “whistleblower” sólo en sus Considerandos en la versión inglesa (en la versión española sencillamente se cita en el Considerando 1) pero tal expresión se descarta en el articulado (empleándose el término “denunciante” — “reporting person” en inglés—), la Ley 2/2023 sólo se refiere al “whistleblower” en el Preámbulo, pasando a enfocarse en “la persona informante”.

Con arreglo al art. 3.1 de la Ley, los informantes a los que les resultan de aplicación sus previsiones son, en primera instancia, los sujetos a una relación laboral o profesional tanto en el sector público como en el privado, considerando incluidos en este concepto amplio trabajadores por cuenta ajena en sentido estricto pero también autónomos, socios y personal de los órganos de administración, dirección o supervisión de una empresa y otros sujetos vinculados en virtud de contratación, subcontratación y proveedores. Ahora bien, este ámbito estrictamente laboral se amplía en el apartado siguiente a otras relaciones de prestación de servicios naturalmente próximas a las anteriores, como es el caso de relaciones laborales o estatutarias ya finalizadas, de voluntarios, becarios y trabajadores en periodos de formación, selección o de negociación precontractual. Se trata de una expansión que se justifica directamente en los Considerandos 38 a 40 de la

¹² Así, la Recomendación CM/Rec (2014) adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa de protección de los denunciantes de 30 de abril de 2014, o el Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (ONU). A/70/361, 8 de septiembre de 2015, que define el término whistle-blower como “alguien que revela datos y que, en el momento de divulgarlos, tiene la creencia razonable de que son ciertos y que constituyen una amenaza o daño a un interés público concreto, como la violación del derecho nacional o internacional, abusos de autoridad, malgasto, fraude o daño al medio ambiente, la salud o la seguridad pública”.

Directiva 2019/1937, donde se especifica que la protección, más allá de alcanzar al “trabajador” —incluidos los empleados del servicio público— “debe extenderse también a otras categorías de personas físicas que, sin ser “trabajadores” en el sentido del artículo 45, apartado 1, del TFUE, puedan desempeñar un papel clave a la hora de denunciar infracciones del Derecho de la Unión y que puedan encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica en el contexto de sus actividades laborales”, así como “otras categorías de personas que, aunque no dependan económicamente de sus actividades laborales, pueden no obstante, sufrir represalias por denunciar infracciones. Las represalias contra voluntarios y trabajadores en prácticas que perciben o no una remuneración pueden consistir en prescindir de sus servicios, en dar referencias de trabajo negativas o en dañar de algún modo su reputación o sus perspectivas profesionales”¹³.

Con los anteriores, y más allá de las previsiones de la Directiva 2019/1937, el legislador español ha incluido un grupo adicional de sujetos a los que se les dispensa la protección legal de los informantes, pese a que no realicen propiamente esta función, por razón de su asistencia a aquél en el proceso o su relación personal. Así, se contempla la protección a las personas físicas que asistan al informante, las que estén relacionadas con él y que puedan sufrir represalias, como sus compañeros de trabajo o

familiares, o las personas jurídicas con las que mantenga relación o participación significativa (art. 3.4).

Estas categorías, evidentemente, redundan tanto en la protección directa de las personas físicas y jurídicas contempladas como, indirectamente, en la del propio informante, dado que la represalia dirigida contra ellos, a su vez, implica una afectación negativa para éste y un claro desincentivo para realizar comunicación alguna. Suscita dudas, no obstante, la extensión que debe darse a alguna de estas categorías y particularmente la referencia a los “familiares” sin que se haga concreción alguna del grado de parentesco al que llega dicha protección, la necesidad o no de consanguinidad o de relaciones de afectividad entre informante y familiar.

3.2. **Ámbito de aplicación material.**

A la hora de establecer los tipos de acciones y omisiones cuya comunicación se estima que debe generar la concesión de protección al informante, el legislador español establece un doble conjunto.

Por un lado, de conformidad con la exigencia de trasposición, recoge las infracciones enumeradas en el art. 2 de la propia Directiva 2019/1937 incluyendo la remisión directa a su Anexo y a los artículos 325 (respecto a la afectación de los intereses financieros de la Unión Europea) y 326 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (respecto de las acciones que incidan en el mercado interior, incluida la materia de competencia, ayudas otorgadas por los Estados e infracciones relativas o vinculadas al impuesto sobre sociedades).

Junto con lo anterior, haciendo uso de la previsión del art. 2.2 de la Directiva 2019/1937, que faculta a los Estados para ampliar la protección en su respectivo Derecho nacional a otros ámbitos o actos que no constituyan infracciones del Derecho de la Unión, el legislador español amplía el ámbito de aplicación material de la ley a las personas físicas que informen de acciones u omisiones que puedan

13 No fue ajena a esta ampliación del concepto la Asamblea General de las Naciones Unidas, que en su informe A/70/361, 8 de septiembre de 2015, del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, ya refería que “la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción no restringe el concepto a quienes están enmarcados en una relación de empleo (...) Entre los denunciantes de irregularidades que no actúen en el contexto de una relación de trabajo figuran quienes denuncian faltas de conducta en hospitales, padres que denuncian irregularidades en las escuelas de sus hijos y los propios estudiantes. Generalmente quien denuncia esos hechos tiene un empleo, pero dado que otros tipos de personas pueden denunciar presuntas irregularidades, por ejemplo consultores, pasantes, candidatos a puestos de trabajo, estudiantes, pacientes, y quienes no gozan de una relación que cuente con protección jurídica en una organización, no se recomienda establecer esa limitación”.

ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave, entendiendo como tal en todo caso las infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social (art. 2.1 b), en todo caso sin perjuicio de la normativa procesal penal o la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo, según los casos.

La inclusión de la referencia expresa a las infracciones penales ha sido en cierta medida cuestionada, no tanto por la dispensa de protección que supone para el informante de un delito como por la limitada virtualidad de la propia inclusión a efectos de tramitación pues, como veremos, sólo llevará aparejada la remisión de la información recibida al Ministerio Fiscal o la Fiscalía Europea (arts. 9.2.j, 18.2.c y 20.2b)¹⁴. Por otra parte, resulta acertada la observación que se ha realizado sobre la forma de incorporar al articulado la referencia a la gravedad usando la expresión “infracción penal o administrativa grave o muy grave” y ello porque cabría interpretar que no sólo la exigencia de gravedad se refiere a las infracciones administrativas, sino también a las infracciones penales, lo que llevaría a que sólo los delitos susceptibles de ser incardinados en las categorías de graves o muy graves conforme a los artículos 13 y 33 CP podrían integrarse en el ámbito material de aplicación de la Ley. No resulta más esclarecedor el Preámbulo cuando, justificando esta cuestión, expone que “se ha considerado necesario, por tanto, ampliar el ámbito material de la Directiva a las infracciones del ordenamiento nacional, pero limitado a las penales y a las administrativas graves o muy graves para permitir que tanto los canales internos de información como los externos puedan concentrar su actividad investigadora en las vulneraciones que se considera que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad”. Es por ello que autores

como Magro Servet ha indicado que “Quizás debería haberse incluido también las infracciones menos graves, ya que si el concepto de «infracción» se refiere al de «delitos» existirán delitos castigados con penas de hasta cinco años de prisión que no serán objeto de este canal de denuncias. El objetivo de estos canales no debería ser solo la «gran delincuencia», sino la delincuencia en sí misma, a fin de darles la debida operatividad”¹⁵.

Una vez definido positivamente el campo de actuación de las previsiones legales, el propio art. 2 fija una serie de excepciones que limitan el campo de actuación de la protección dispensada. Y así, quedan excluidas del ámbito de protección las informaciones relativas a materias clasificadas, al igual que aquellas que tuvieran amparo en el secreto profesional de los profesionales de la medicina y de la abogacía, el deber de confidencialidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ámbito de sus actuaciones, así como del secreto de las deliberaciones judiciales. Y, de la misma forma, quedan igualmente excluidos de la protección dispensada los informantes de infracciones en la tramitación de procedimientos de contratación que contengan información clasificada o que hayan sido declarados secretos o reservados, así como aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado.

3.3. Sistema interno de información.

Según el esquema descrito, el legislador estipula la obligatoriedad de disponer de un sistema interno de información que dé cabida a los canales de denuncia interna, entendidos como preferentes siempre que se pueda tratar de manera efectiva la infracción y si el denunciante considera que no hay riesgo de

14 Parajó Calvo, Margarita. “Análisis del proyecto de ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción”. Documentación Administrativa, 9, 43-74. <https://doi.org/10.24965/da.11151>.

15 Magro Servet, Vicente. “Denuncia anónima, el confidente, el canal de denuncias y la Ley 2/2023 de 20 de febrero de protección del «alertador» ante la corrupción”. Diario LA LEY, N° 10239, 2 de Marzo de 2023.

represalia —preferencia que, por tanto, parece bascular sobre la percepción subjetiva del informante—. Se da con ello cumplimiento a las previsiones del Considerando 47 y el art. 7.2 de la Directiva 2019/1937, que encomienda a los Estados la labor de animar a los denunciantes a utilizar en primer lugar los canales de denuncia interna e informar a su empleador si dichos canales están a su disposición y puede esperarse razonablemente que funcionen, a fin de “contribuir a fomentar una cultura de buena comunicación y responsabilidad social empresarial en las organizaciones, en virtud de la cual se considere que los denunciantes contribuyen de manera significativa a la autocorrección y la excelencia dentro de la organización”.

Dicha obligación afectará, dentro del sector privado, a todas las personas físicas o jurídicas que tengan contratados cincuenta o más trabajadores, al igual que aquellas jurídicas que entren en el ámbito de aplicación de determinados actos de la Unión Europea y muy especialmente los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones empresariales y las fundaciones creadas por unos y otros, siempre que reciban o gestionen fondos públicos. Estas inclusiones, desvinculadas del número de trabajadores, responden directamente a la necesidad de articular mecanismos de denuncia en un sector especialmente sensible a la corrupción y al descrédito que de ella deriva en la sociedad. Así lo aclara el Preámbulo de la Ley por referencia a su singular papel constitucional “como manifestación del pluralismo político y vehículo de defensa y protección de los intereses económicos y sociales que les son propios”.

A su vez, dentro del sector público quedarán sujetos a la obligación de establecer sistemas internos de información todas las entidades que lo integran. Desglosa el art. 13 estas entidades, comprendiendo tanto las administraciones territoriales como organismos y entidades públicas, autoridades administrativas independientes, el Banco de España, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, universidades públicas, corporaciones y fundaciones de derecho público y sociedades

mercantiles participadas mayoritariamente por las anteriores, como también los órganos constitucionales, los de relevancia constitucional e instituciones autonómicas análogas a los anteriores.

La obligación de articular sistemas internos de información debe ponerse necesariamente en relación con la Disposición Transitoria Segunda, puesto que el cumplimiento de esta norma debió verse satisfecho en el plazo máximo de tres meses desde la entrada en vigor de la Ley el 13 de marzo de 2023 —excepto entidades jurídicas del sector privado con menos de 250 trabajadores y los municipios de menos de 10.000 habitantes, que en atención a la posibilidad de compartir sistemas internos prevista en los art. 12 y 14, disponen de plazo hasta el 1 de diciembre de 2023—.

Tanto si se trata de un sistema interno de información en el sector privado como en el público resultará necesario que el órgano de administración o gobierno que implante el sistema garantice que el mismo dé satisfacción a las exigencias y requisitos listados en el art. 5.2 de la ley. Así, no sólo deberá permitir la presentación de comunicaciones de las infracciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley, sea de forma verbal o escrita, sino que además deberá:

- Asegurar la confidencialidad tanto de los sujetos como de las actuaciones a que dé lugar la comunicación y, por supuesto, la protección de datos personales.
- Establecer las garantías oportunas para la protección de los informantes.
- Garantizar que las comunicaciones serán tratadas de manera efectiva a nivel interno dentro de la propia entidad, diseñando un procedimiento de gestión de las informaciones recibidas.
- Configurarse de manera independiente, con designación de un responsable del sistema.

Como ya se ha expuesto, la creación de sistemas de información internos para la recepción de estas comunicaciones conecta a nivel penal con los programas de cumplimiento normativo y su relevancia en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Resulta por ello oportuno recordar que esta creación estaba ya en las previsiones de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, *sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*, indicando que “la existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Ahora bien, para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (whistleblower), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias. La obligación de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo, recogida en el quinto requisito, presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados. Las infracciones más graves, lógicamente, serán las constitutivas de delito, debiendo contemplarse también aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto”¹⁶.

16 No obstante, la Circular, previa a Directiva 2019/1937 y Ley 2/2023, se decanta por un modelo que priorice los canales externos: “Muchas de ellas incluso resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, como ocurre por ejemplo con la formación de directivos y empleados o con los canales de denuncias, más utilizados y efectivos cuando son gestionados por una empresa externa, que puede garantizar mayores niveles de independencia y confidencialidad”.

Ahora bien, como señala García-Panasco Morales, el sistema interno de información que configura la Ley 2/2023 no puede ser entendido directamente como un programa de cumplimiento normativo a los efectos descritos en el art. 31 bis. 4 y 5 CP. Por un lado, los contenidos del modelo de organización y gestión que se requieren en el art. 31 bis.5 CP exceden ampliamente el diseño impuesto en los artículos 4 y siguientes de la Ley 2/2023, ya que a la exigencia de mecanismos internos de comunicación de incumplimientos se añaden la identificación de riesgos, los protocolos de decisión y acción de la entidad, los modelos de financiación, el régimen disciplinario y los controles de actualización. Por otro lado, el nivel de obligatoriedad de unos y otros es diferente, siendo ineludible el establecimiento de un sistema interno de información, pero potestativo el establecimiento del modelo de organización y gestión —entre cuyos contenidos mínimos quedaría incluidos los canales internos de información— en tanto en cuanto sólo cabrá apreciar exención de responsabilidad penal respecto de aquellas personas jurídicas que hubieran adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, estos modelos de organización y gestión¹⁷.

3.4. Canal externo de información.

Como se ha indicado, tanto la Directiva 2019/1937 como la propia Ley 2/2023 establecen la preferencia general por los canales internos de denuncia, pese a lo cual se asume que la falta de confianza de los denunciantes en los mecanismos internos de gestión de las comunicaciones es un factor que puede determinar la inacción del informante. En atención a ello, resulta ineludible el establecimiento de canales externos en los que se tramiten con diligencia las denuncias, complementando así al canal interno. Para ello, el legislador español ha estimado

17 García-Panasco Morales, Guillermo. “La nueva Ley del informante: cuando las buenas intenciones se pueden convertir en un problema”. Diario LA LEY, N° 10264, Sección Tribuna, 11 de Abril de 2023.

preferible encauzar estas denuncias a través de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., buscando así garantizar la independencia y autonomía.

3.4.1. *Delimitación de competencias*

Si bien la Ley crea la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., esta entidad coexiste con otras de ámbito autonómico igualmente diseñadas para servir de canal externo de información. Así, la regulación de este canal en la Ley 2/2023 parte de la afirmación de tal reconocimiento, recogiendo la facultad de toda persona física de informar de la comisión de infracciones bien ante la nueva Autoridad Independiente o bien ante los órganos autonómicos que tengan las correspondientes funciones asignadas.

Resulta por ello necesario deslindar debidamente las competencias de una y otros como canal externo de información.

Conforme a las previsiones del art. 24, la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., será la competente para la tramitación de comunicaciones de infracciones relativas a la Administración General del Estado y demás entidades que integran el sector público estatal, así como el resto de entidades que integran el sector público, órganos constitucionales y órganos de relevancia constitucional; a su vez, en el sector privado, será igualmente competente si se trata de infracciones o incumplimientos con efecto en el ámbito territorial de más de una Comunidad Autónoma; finalmente, se prevé también la posibilidad de que pueda ser competente para conocer de las relativas al sector público dentro del marco de la administración autonómica y local, siempre previa suscripción de convenio a tal efecto. Por su parte, las autoridades independientes de cada Comunidad Autónoma, lo serán respecto de las informaciones que afecten al sector público en su respectivo territorio y a las del sector privado

si la infracción se circunscribe al ámbito territorial autonómico.

Esta delimitación de competencias puede suscitar dudas sobre la posible existencia de lagunas competenciales, algunas de las cuales fueron ya apuntadas por el Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto, donde se indicaba que “debería recogerse expresamente en el art. 24.1.d) la competencia de la Autoridad Independiente de Protección del Informante respecto de las entidades que integran el sector privado cuando el incumplimiento comunicado se circunscribe al ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma y se atribuya la competencia a la Autoridad Independiente de Protección del Informante por virtud de un convenio o cuando la respectiva Comunidad Autónoma no haya atribuido competencia para gestionar el canal externo de informaciones a ningún órgano o autoridad propios”.

Asimismo, a resultados de la tramitación parlamentaria se han introducido modificaciones en el articulado que, además de plantear nuevas dudas competenciales, chocan con el Preámbulo de la Ley (que no ha sido en este punto modificado). Así, en él se afirma que “la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. podrá tramitar las comunicaciones que se reciban a través de su canal externo que afecten al ámbito competencial de aquellas comunidades autónomas que así lo decidan y suscriban el correspondiente convenio, y aquellas otras que no prevean órganos propios que canalicen, en su ámbito competencial, las comunicaciones externas. Posibilidad ésta que cumple con la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 130/2013, al indicar que «en casos como los que contemplamos, las disposiciones del Estado que establezcan reglas destinadas a permitir la ejecución de los Reglamentos comunitarios en España y que no puedan considerarse normas básicas o de coordinación, tienen un carácter supletorio de las que pueden dictar las comunidades autónomas para los mismos fines de sus competencias. Sin olvidar que la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3

de la Constitución Española no constituye una cláusula universal atributiva de competencias, en tales casos, la posibilidad de que el Estado dicte normas innovadoras de carácter supletorio está plenamente justificada». Sin embargo, tras la tramitación parlamentaria nada dice el art. 24 de la atribución de competencias a la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., en aquellos casos en que las Comunidades no dispongan de órganos propios, a diferencia de la redacción originaria del art. 24.1.b) del Anteproyecto de Ley¹⁸.

3.4.2. Trámites de admisión, instrucción y terminación

Una vez registrada la comunicación y previo análisis preliminar de si la información expuesta queda comprendida del marco de aplicación de la Ley, conforme a lo dispuesto en el art. 18 la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., resolverá su admisión para comprobar la verosimilitud de los hechos relatados.

Por el contrario, si de ese análisis preliminar resultara que la información contiene hechos que pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito se acordará la remisión de la información al Ministerio Fiscal (o a la Fiscalía Europea en el caso afectación de los intereses financieros de la UE). Y, de advertirse la competencia de otra autoridad, organismo o entidad, se resolverá la remisión al mismo.

18 "1. La Autoridad Independiente de Protección del Informante regulada en el título VIII es la autoridad competente para la tramitación, a través del canal externo, de las comunicaciones que afecten a los siguientes sujetos: (...) b) Las Administraciones de las comunidades autónomas, a las entidades que integran la Administración y el sector público institucional autonómico o local, cuando se atribuya la competencia a la Autoridad Independiente de Protección del Informante por virtud de un convenio o cuando la respectiva comunidad autónoma no haya atribuido competencia para gestionar el canal externo de informaciones a ningún órgano o autoridad propios".

Finalmente, recoge el art. 18.2 una serie de circunstancias que, de ser advertidas en este momento inicial, determinarán la inadmisión de la comunicación:

- la ausencia de toda verosimilitud;
- la inexistencia de infracción incluida en el ámbito de aplicación de la Ley;
- la carencia manifiesta de fundamento;
- la apreciación de indicios racionales de que la obtención de la información se ha realizado mediante la comisión de un delito (en este caso, con remisión al Ministerio Fiscal);
- la ausencia de información nueva y significativa sobre infracciones que ya hayan sido objeto de comunicación previa y cuyos procedimientos ya hayan concluido.

Fuera de los casos de remisión o inadmisión indicados, la admisión determinará la instrucción de un procedimiento con las garantías y derechos contenidos en el art. 19, no sólo para el informante sino también para la persona afectada por la información (información y acceso al expediente, presentación de alegaciones, audiencia, asistencia letrada, presunción de inocencia) cuya duración está sujeta a un plazo máximo de tres meses.

Concluida la instrucción, la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., deberá emitir un informe que contendrá exposición de los hechos, clasificación de la comunicación, actuaciones realizadas y las conclusiones alcanzadas, tras lo cual resolverá el archivo del expediente, su remisión al Ministerio Fiscal si durante la instrucción se evidenciaron indicios delictivos (o, en su caso, a la Fiscalía Europea), el traslado a la autoridad competente o el inicio de un expediente sancionador.

De entre estas posibles formas de terminación de la instrucción se estima preciso poner el foco en las consecuencias que tendrá el archivo del expediente para el informante. Tal como prevé el art. 20.2.a) y

reitera el art. 35.2.a), en estos supuestos, el mismo tendrá derecho a la protección legal, excepto en los casos en que se hubiera puesto de manifiesto durante la instrucción que la información debió haber sido inadmitida por concurrir alguna de las causas previstas en el artículo 18.2.a). Así pues, si se acuerda el archivo por alguna de esas causas (falta de verosimilitud, de fundamento, ajenidad al ámbito de la Ley, ...) el informante quedará privado de toda protección frente a eventuales represalias.

Ahora bien, siendo una de las causas de archivo que la comunicación no aporte información nueva y significativa respecto de otra anterior previamente inadmitida o investigada (art. 18.2.a.4), el juego de estos artículos lleva a la desprotección del informante que comunicase una información sobre algo que ya fue investigado. De esta manera, sólo se dispensaría la protección legalmente prevista a la primera persona física en informar sobre determinada infracción, quedando los informantes posteriores expuestos a represalias. Sin embargo, dado el carácter confidencial de los datos de los investigados (art. 33.2) y la necesaria confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento (art. 39) resulta fácilmente imaginable el supuesto de que el sujeto en poder de la información relativa a una posible infracción ni sepa ni pueda saber si, de presentar comunicación, será el primero en hacerlo o si su información, aun no siendo "nueva", pueda al menos llegar a estimarse "significativa". Esta consecuencia entendemos que puede suponer un importante desincentivo para la comunicación de informaciones, generando un efecto opuesto al buscado por el legislador.

Otro tanto podría estimarse respecto al efecto desincentivador que puede acarrear la desprotección como consecuencia de que el archivo se acuerde por concurrir la causa descrita en el art. 18.2.a.2º, que "los hechos relatados no sean constitutivos de infracción del ordenamiento jurídico incluida en el ámbito de aplicación de esta ley". Y ello porque si el informante actúa en la creencia de estar comunicando una infracción que, de buena fe, entiende en el ámbito de la ley y, en definitiva, no lo es, el error

en la calificación jurídica de la infracción le dejará expuesto a represalias y privado del marco de protección legal.

3.4.3. Régimen sancionador

Siguiendo con el orden de las actuaciones que pueden sucederse tras la presentación de informaciones, vemos que el art. 20.2.d) contempla la posibilidad de que, terminada la instrucción, se disponga el inicio de un procedimiento sancionador en los términos previstos en el Título IX de la Ley.

Y, con ello, nuevamente se suscita la necesidad de determinar la competencia sancionadora y fijar los límites entre la competencia de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., y los órganos correspondientes en las Comunidades Autónomas. Atendiendo a esta necesidad, el art. 61 reconoce a la primera, competencia respecto de las infracciones en ámbito del sector público estatal, así como del sector privado, a excepción en este caso de que la normativa autonómica hubiera atribuido esta competencia a los organismos competentes de las respectivas comunidades autónomas; por su parte, éstos lo serán respecto de las infracciones cometidas en el ámbito del sector público autonómico y local de su respectivo ámbito territorial, pudiendo asumirse también, si así lo prevén, respecto de las infracciones cometidas en el ámbito del sector privado si no exceden de su respectivo territorio.

De forma semejante a lo ya expuesto al tratar de la competencia para la tramitación de comunicaciones, la redacción del art. 61 puede suscitar dudas en algunos casos al no incorporar previsión expresa respecto de los casos en que las Comunidades Autónomas no tengan autoridad independiente propia, dado que no hay previsión específica que atribuya la competencia sancionadora a la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., en su caso previa suscripción del oportuno convenio. Así sucedería en el caso de tramitarse por la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I.,

un expediente por información que afecte a entidades del sector público institucional autonómico o local en una Comunidad que no tuviera autoridad independiente propia pero que hubiera suscrito el oportuno convenio al efecto (art. 24.1.d), si se dictase informe de terminación y adoptase acuerdo de inicio de un procedimiento sancionador, al no constar expresamente plasmada la base normativa que ampararía en este caso la competencia sancionadora de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I.

La clasificación legal de las sanciones, establecida en el art. 63, distingue entre muy graves, graves y leves. Se incardinan en las primeras aquellas acciones u omisiones que pudieran estimarse contrarias a los pilares esenciales de la Ley, tales como impedir u obstaculizar la comunicación de informaciones, carecer de sistema interno de información obligatorio, restringir los derechos y garantías de los potenciales informantes o la comunicación pública de información a sabiendas de su falsedad, a lo que se añadiría la reiteración en la comisión de infracciones graves. Cuando las limitaciones de derechos sean de menor entidad, atendidos los criterios de graduación señalados en el art. 66, las infracciones serán consideradas como graves, al igual que la afectación a las garantías de confidencialidad, anonimato o al deber de secreto, y la reiteración de infracciones leves. Finalmente, quedarán dentro de la categoría de infracciones leves la desatención de los deberes de remisión de información y colaboración con las investigaciones, así como cualquier otro incumplimiento legal que no esté expresamente definido como grave o muy grave.

Dentro del desarrollo legal del régimen sancionador resulta cuestionable la definición del momento en que se ha de iniciar el cómputo del plazo para la prescripción de las infracciones. Así, dispone el art. 64.2 de la Ley que el plazo de prescripción de las infracciones (tres años, dos años y seis meses, según la gravedad) se computará desde el día en que la infracción hubiera sido cometida. Ahora bien, se añade que “En las infracciones derivadas de una

actividad continuada, la fecha inicial del cómputo será la de finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consume”. Debemos considerar poco acertada tanto la referencia a la “consumación” de la infracción como la fijación de dos posibles *dies a quo* (bien el de cese de la actividad infractora, bien el de realización del último acto que consume la infracción). Y ello porque la infracción que implica una actividad continuada quedará consumada tan pronto como se verifique el último acto requerido por la tipificación de la infracción, pudiendo a partir de aquí mantenerse en el tiempo la actividad antijurídica y sus efectos, hasta su conclusión. Pero a este momento añade el legislador un segundo momento para el inicio del cómputo de la prescripción, el de finalización de la actividad infractora. Esto fue ya objeto de crítica por el Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto —con idéntica redacción en cuanto a este particular a la finalmente aprobada—, indicándose en el mismo que “La indeseable falta de seguridad jurídica que genera la existencia de dos *dies a quo* para el cómputo de la prescripción lleva a que el Consejo Fiscal proponga la reformulación del art. 64.2 del APL, proponiéndose como redacción alternativa «En las infracciones derivadas de una actividad continuada, de una actividad con efectos permanentes o de una actividad que exija habitualidad, el *dies a quo* se computará, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta»”.

3.5. Revelaciones públicas.

El marco de protección definido por la Ley 2/2023 no sólo ampara a los informantes que se sirvan de los canales internos o del canal externo creado, sino que también contempla dispensar este amparo a aquellos que, prescindiendo de tales canales y en determinadas circunstancias, hacen pública la información.

Esta protección se establece, en todo caso, como una posibilidad excepcional sólo viable en los dos

supuestos contemplados en el art. 28 de la Ley 2/2023 directamente extraídos del art. 15 de la Directiva 2019/1937:

- cuando la revelación se haga directamente a la prensa, en el ejercicio de la libertad de expresión y de información veraz;
- cuando la información se ponga a disposición del público tras haber intentado primero servirse de los canales internos y externos sin que se hayan adoptado medidas apropiadas (art. 28.1.a) o habiendo prescindido de los mismos por estimar razonadamente que hay un peligro inminente o manifiesto para el interés público, el riesgo de daños irreversibles, el de represalias o de tratamiento ineficiente en el canal externo.

La especial previsión de las revelaciones públicas y la necesidad de dispensar la protección frente a represalias también en estos casos tiene su precedente directo en la Directiva 2019/1937, que contempla expresamente la publicación, por ejemplo, directamente a través de plataformas web o de redes sociales, o a medios de comunicación, cargos electos, organizaciones de la sociedad civil, sindicatos u organizaciones profesionales y empresariales, así como el importante papel que juegan estos informantes en el periodismo de investigación, entendiéndose que “la protección de los denunciantes como fuente de informaciones periodísticas es crucial para salvaguardar la función de guardián que el periodismo de investigación desempeña en las sociedades democráticas” (Considerandos 45 y 46).

En la misma posición se alinea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la ya citada Sentencia de 14 de febrero de 2023 (asunto Halet contra Luxemburgo) cuando, tras definir los canales internos y externos como prioritarios, los asocia al requisito de la buena fe demandado previamente en la STEDH de 12 de febrero de 2008 (Guja contra Moldavia) afirmando que la valoración de la buena fe o no del denunciante obliga a atender al canal empleado y la

opción por los internos o externos. Pero dicho esto, se reconoce que, en determinadas circunstancias, el uso de los medios de comunicación puede ser una condición para que la denuncia de irregularidades sea eficaz. Así, cuando se trata de conductas o prácticas relacionadas con las actividades normales de un empresario y éstas no son en sí mismas ilegales, el respeto efectivo del derecho a difundir información de interés público implica que el uso directo de un canal de denuncia externo, incluidos en caso necesario, los medios de comunicación, debe considerarse aceptable. Se admite con ello la posición del Tribunal de Apelación al considerar que informar al público a través de los medios de comunicación había sido en aquella ocasión “la única alternativa realista para dar la alerta”¹⁹.

3.6. Informaciones anónimas.

Uno de los aspectos más llamativos de la Ley a la hora de articular la protección de los denunciantes es la expresa admisión de las comunicaciones anónimas tanto en canales internos como externos. Así, en el primer caso el art. 7.3.3 dispone que “Los canales internos de información permitirán incluso la presentación y posterior tramitación de comunicaciones anónimas”; por su parte, en relación a las informaciones presentadas ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., indica el art. 17.1. que “la información puede llevarse a cabo de forma anónima...”, reconociendo expresamente entre los derechos y garantías del informante ante la Autoridad el de “decidir si desea formular la comunicación de forma anónima o no anónima” (art. 21.1º)²⁰.

19 STEDH de 14 de febrero de 2023 (asunto Halet contra Luxemburgo) Parágrafo 172.

20 Esta admisión, en todo caso, no supone una modificación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, siendo que en ella se establece, como indica el Preámbulo de la Ley 2/2023, que toda comunicación de hechos que puedan constituir una infracción ha de ser considerada como una denuncia. Ahora bien, esto no supone que contemple el anonimato puesto que el procedimiento

Nos encontramos en este caso ante una opción tomada por el legislador, no ante una imposición de la Directiva 2019/1937, dado que la misma deja a salvo en su art. 6.2 la facultad de los Estados para decidir si admiten las denuncias anónimas de infracciones a efectos de seguimiento e investigación.

La admisión de las denuncias anónimas, que presentan una innegable ventaja desde la perspectiva de la protección del denunciante, no ha sido ajena a nuestra práctica procesal penal, sin perjuicio de que el mantenimiento del anonimato exige una mayor investigación policial para comprobar la veracidad de la misma, pero no puede descartarse que una investigación pueda llevarse a cabo con el contenido de una denuncia anónima y que sea nulo lo actuado por la no identificación de los datos del denunciante²¹. En este sentido, cabe traer nuevamente a colación la STS 35/2020, de 6 de febrero, antes citada, que reconoce la importancia como *notitia criminis* de la denuncia interna incluyendo en este concepto “una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma”. Y, en idéntico sentido, la STS 141/2020, de 13 de mayo, refirió que, si bien los hechos plasmados en la denuncia anónima deben ser objeto de un juicio de ponderación reforzado, “nada de ello impide que esa información, una vez valorada su integridad y analizada de forma reforzada su congruencia argumental y la verosimilitud de los datos que suministran, pueda hacer surgir en el juez, o el fiscal, o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el deber de investigar aquellos hechos con apariencia delictiva de los que tengan conocimiento por razón de su cargo”²², todo ello sin perjuicio de que por sí

sola dicha denuncia no pueda habilitar a la limitación judicial de derechos.

Más recientemente ha admitido este valor de la denuncia anónima también la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2022, de 20 de diciembre, *sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal*. Así, se indica en este instrumento que “frente a los tradicionales recelos suscitados por la delación anónima, hoy en día se reputa una medida útil para potenciar la colaboración con la justicia. Diversos instrumentos legales incentivan y promueven la creación de buzones de colaboración ciudadana y canales de denuncia interna que garanticen el anonimato o, cuando menos, la confidencialidad del denunciante. (...) En definitiva, con independencia de las irregularidades de naturaleza formal que puedan concurrir en la denuncia formulada ante el Ministerio Fiscal, nada impedirá su admisión a trámite y la consiguiente incoación de las oportunas diligencias de investigación cuando los hechos de apariencia delictiva comunicados presenten indicios de verosimilitud”.

También se ha referido al anonimato admitido en la Ley 2/2023 el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el Anteproyecto de Ley. En el mismo se expone que “si el informante no es fuente

iniciará por denuncia y, como dispone el art. 62.2 LPAC, “las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan...”.

21 Magro Servet, Vicente. “Denuncia anónima, el confidente, el canal de denuncias y la Ley 2/2023 de 20 de febrero de protección del «alertador» ante la corrupción”. Diario LA LEY, N° 10239, 2 de Marzo de 2023.

22 Tal conclusión, sin embargo, no impide que el ponente adopte una posición de recelo ante la denuncia anónima claramente apreciable cuando expone que “No podemos aceptar como norma gene-

ral que esos tres elementos indiciarios sean suficientes para arrebatar a cualquier ciudadano el inicial blindaje que le proporciona su derecho a la intimidad. Una confidencia anónima, sin más, que no ofrezca otros elementos de corroboración que los antecedentes policiales y la realidad de unos viajes, no debería haber llevado a respaldar una resolución judicial habilitante para la restricción de derechos. Las suspicacias acerca del significado procesal de la denuncia anónima —decíamos en la STS 318/2013, 11 de abril— están históricamente justificadas. La Novísima Recopilación (Título XXXIII, Ley VII) prohibió la investigación de los hechos denunciados anónimamente, salvo que tuvieran carácter de notoriedad. La necesidad de poner límites a la delación, está presente en la redacción de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (arts. 166 y 168) y en la Compilación General de 1879 a descartar la denuncia anónima como vehículo idóneo para desencadenar el proceso penal (...) Un sistema que rindiera culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentado la negativa erosión, no sólo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle”.

de prueba ni medio probatorio, sino medio de investigación, y en definitiva, la información aportada de forma anónima goza de verosimilitud, siendo objeto de investigación por otros medios que, en su caso, podrán generar fuentes y medios probatorios, la denuncia anónima es admisible como *notitia criminis*". En cambio, surgirá la necesidad de revelación en el concreto contexto de un procedimiento penal en caso de que resulte preciso el empleo de las alegaciones del denunciante como fuente de prueba y como testimonio de cargo, citando en apoyo de esta conclusión la STS 422/2020, de 23 de julio (a su vez deudora de la STC 64/1994, de 28 de febrero, que analizó la posibilidad de contradicción y la igualdad de armas en el proceso desde la perspectiva de la doctrina emanada del TEDH, para concluir que "es la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo que el citado Tribunal considera contrario a las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio" (CEDH).

3.7. Régimen de protección de los informantes.

3.7.1. Condiciones de acceso al derecho de protección

Pese a la amplitud con la que el legislador configura el derecho a la protección legal frente a represalias, admitiendo la coexistencia de canales y divulgación pública y ampliando el círculo de sujetos protegidos más allá de la propia persona del informante, ni todos los sujetos son tributarios de esta protección ni todas las informaciones comunicadas darán lugar a la misma. Así, el art. 35 establece dos condiciones, subjetiva y objetiva, que deberán concurrir para el reconocimiento de la protección legal.

Por un lado, se demanda que los informantes "tengan motivos razonables para pensar que la información referida es veraz en el momento de la comunicación o revelación, aun cuando no aporten pruebas concluyentes, y que la citada información entra dentro del ámbito de aplicación de esta ley". Dicho re-

quisito se justifica en el Preámbulo mediante la invocación de la buena fe en relación a la conciencia de que se han producido o pueden producirse hechos graves perjudiciales, en contraposición a otras actuaciones carentes de esta nota, como la remisión de informaciones falsas o tergiversadas, así como aquellas que se han obtenido de manera ilícita. Entronca así esta afirmación con las bases sentadas por el TEDH (en el ya reseñado asunto Guja contra Moldavia), que fija como requisito para la protección del informante la buena fe del mismo indicando que "la motivación del trabajador que procede a divulgar es otro factor determinante para concluir si la acción debe beneficiarse o no de protección. Por ejemplo, un acto motivado por alguna queja o aversión personal o incluso por la perspectiva de algún beneficio personal, como una ganancia económica, no justifica un nivel de protección alto (...). Por tanto, es importante establecer si la persona en cuestión, al divulgar la información, ha actuado de buena fe y con la convicción de que la información era auténtica, si la divulgación servía al interés general y si el autor disponía o no de medios más discretos para denunciar las actuaciones en cuestión".

Aun cuando la Directiva 2019/1937 en primera instancia parecería no participar de esta exigencia subjetiva, dado que estima que los motivos de los denunciantes al denunciar deben ser irrelevantes para determinar si esas personas deben recibir protección (Considerando 32), a lo que se está refiriendo es al impulso que estimula al informante para realizar la comunicación, sin que ello impida exigir al denunciante la creencia de la certeza de los hechos denunciados en el momento de la comunicación, lo que ha de evitar "denuncias malintencionadas, frívolas o abusivas, para garantizar que quienes, en el momento de denunciar, comuniquen deliberada y conscientemente información incorrecta o engañosa no gocen de protección". Y es a esta concepción a la que se vincula el legislador español en el art. 35.1.a). No debemos pues, confundir la exigencia de buena fe así entendida, con la bondad de las motivaciones.

El segundo requisito legal, de carácter objetivo, es que “la comunicación o revelación se haya realizado conforme a los requerimientos previstos en esta ley” (35.1.b). Vaya por delante que varias de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley, tanto en el Congreso como en el Senado, propusieron, sin éxito, la supresión de este último requisito considerando que la protección de los informantes no debe quedar subordinada a que se cumplan los requerimientos previstos en la Ley²³, entendiéndose que, como quiera que la norma contiene múltiples requisitos, su aplicación futura podría verse finalmente condicionada por interpretaciones restrictivas en detrimento de la seguridad jurídica y del espíritu tuitivo que la inspira.

La delimitación del ámbito de protección resultante de estos dos requisitos se complementa con las causas de exclusión listadas en el apartado segundo. En ellas, referidas a la naturaleza de las informaciones comunicadas, incluye el legislador la previa inadmisión de las informaciones en canales internos de información o por las causas de inadmisión ya expuestas al tratar del art. 18.2 (siendo aquí reproducibles las críticas a la desprotección resultante de que la comunicación no aporte información nueva y significativa respecto de otra anterior considerando el carácter confidencial de los datos de los investigados, de los hechos y de los datos del procedimiento), por ser informaciones vinculadas a conflictos interpersonales del informador y el afectado, ser de dominio público, constituir meros rumores o referirse a acciones u omisiones ajenas al ámbito de aplicación de la Ley.

23 En el Congreso de los Diputados, Enmienda nº54 del Grupo Parlamentario Plural; Enmienda nº77 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem Galicia en Común; Enmienda nº116 del Grupo Parlamentario Republicano; Enmienda nº 153 del Grupo Parlamentario Plural; Enmienda nº 255 del Grupo Parlamentario Plural. En el Senado, Enmienda nº 101 del Grupo Parlamentario Nacionalista en el senado Junts Per Catalunya-Coalición Canaria/Partido Nacionalista Canario; Enmienda nº 125 del Grupo Parlamentario de Izquierda Confederal.

Vemos, por tanto, que el legislador presta especial atención a que no se genere el efecto protector en aquellos casos en los que las informaciones reveladas no se ajusten a los requerimientos legales, cualquiera que haya sido la vía de comunicación empleada, hasta el punto de que pueden llegar a darse concurrencias. Así, si se trata de acciones u omisiones ajenas al ámbito de aplicación de la Ley (art. 35.2.d) también esta circunstancia debería haber sido determinante de la inadmisión (art. 35.2.a en relación con el 18.2.a.1); de la misma forma, las informaciones que consistan en meros rumores (art. 35.2.c) en el trámite de admisión en el canal externo habrán debido dar lugar a la inadmisión por falta de fundamento (art. 35.2.a en relación con el 18.2.a.2).

3.7.2. Prohibición de represalias, las medidas de apoyo y protección y la prohibición de renuncia a los derechos

La Ley 2/2023 establece como eje principal de la protección dispensada al informante la prohibición de represalias, para lo cual proporciona una definición legal de este concepto: “cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública” (art. 36.2). A esta definición se acompaña, tal como ya proponía el art. 19 de la Directiva 2019/1937, un listado de carácter ejemplificativo de actuaciones que habrán de ser consideradas como represalias a los efectos legales, tales como la suspensión o extinción de la relación laboral, la imposición de medidas disciplinarias, perjuicios económicos, acoso o trato discriminatorio.

El texto aprobado en la Ley ha suprimido la limitación temporal que afectaba a la definición de la represalia en fases legislativas previas. Así, el Anteproyecto de Ley restringía este concepto a los “actos u omisiones se produzcan mientras dure el procedimiento

de investigación o en los dos años siguientes a la finalización del mismo o de la fecha en que tuvo lugar la revelación pública”. Tal limitación del concepto, que excedía los términos de la Directiva contraviniendo su finalidad, fue discutida en los sucesivos informes presentados por el Consejo de Estado, el CGPJ y el Consejo Fiscal, suprimiéndose finalmente esta reducción del concepto.

No obstante, aun cuando el concepto de represalia no se haya visto limitado temporalmente, la protección frente a las mismas sí lo está, dado que sólo podrá solicitarse de la autoridad competente, conforme art. 36.4, en el plazo de dos años desde la comunicación o información, salvo que excepcionalmente y de forma justificada, se extienda el período de protección²⁴. Esto es, si bien no se restringe el concepto de la represalia, sí se hace en cuanto al efecto protector de la calificación, de manera que, salvo en los casos de ampliación excepcional, puede afirmarse que el marco legal no proporcionará protección frente a represalias que se llevasen a cabo transcurrido el plazo de dos años desde la comunicación.

La protección del informante se articula a través de dos conjuntos de medidas: las de apoyo, comprensivas de asesoramiento completo sobre procedimientos y recursos, asistencia jurídica e incluso apoyo financiero y psicológico (reproduciendo el art. 37 de la Ley las previsiones del art. 20 de la Directiva 2019/1937); y las medidas de protección propiamente dichas. Tales medidas de protección, en los términos expuestos en el art. 38, parten de considerar que no se entenderá que los informantes hayan infringido ninguna restricción de revelación de información ni incurrirán en responsabilidad por las comu-

nicaciones o revelaciones realizadas en los términos descritos en la Ley, como tampoco por las acciones llevadas a cabo para el acceso y la adquisición de la información y los datos revelados. Quedan excluidas expresamente de estas exenciones de responsabilidad las que puedan derivarse de carácter penal, en concordancia con las previsiones del art 2.2.

Se limita igualmente esta exención en cuanto deberá entenderse “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2.3”. En este punto parece que el art. 38.1 habría incurrido en una errata en la remisión, dado que art. 2.3 dispone que “la protección prevista en esta ley para las personas trabajadoras que informen sobre infracciones del Derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo, se entiende sin perjuicio de la establecida en su normativa específica”. Parece más razonable que la remisión hubiera sido al art. 2.4, que exceptúa de la protección legal las informaciones que afecten a la información clasificada o sean contrarias al secreto profesional, al deber de confidencialidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como al secreto de las deliberaciones judiciales. Éste era el sentido de la remisión en el texto del Anteproyecto, donde el contenido del actual artículo 2.4 estaba recogido en el precepto como 2.3. Sin embargo, el Proyecto de Ley y el texto legal finalmente aprobado han alterado dicha numeración, pero mantenido la remisión contenida en el art. 38.1, sin que parezca existir otra justificación que el error material.

Como indica el Considerando 93 de la Directiva 2019/1937, “es probable que las represalias se presenten como justificadas por razones distintas de la denuncia y puede resultar muy difícil para los denunciantes probar el vínculo entre ambas, mientras que los autores de medidas de represalia pueden tener más poder y recursos para documentar las medidas adoptadas y motivarlas”. Por ello, tal como demanda el art. 20.5 de la Directiva, el legislador español ha dispuesto en beneficio del informante una presunción *iuris tantum* de la existencia de represalias en el art. 38: una vez que el informante haya demostrado razonablemente que ha comunicado una información o ha hecho una revelación públi-

24 Este plazo de dos años para solicitar la protección de la autoridad competente se ha visto ampliado respecto al Anteproyecto, que sólo contemplaba un año para la reclamación, pese a conceder la catalogación de represalia a los actos verificados en el plazo de dos años de la comunicación, discordancia insostenible que fue cuestionada por el CGPJ en su informe al Anteproyecto y por el Consejo Fiscal en el suyo, apuntándose aquí que tal divergencia sólo podía entenderse como una errata.

ca de conformidad con esta ley y que ha sufrido un perjuicio, se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por informar o por hacer la revelación pública, imponiéndose la carga de la prueba de la desvinculación entre la medida perjudicial para el informante y la comunicación de la información a la persona que haya adoptado la medida.

Finalmente, se cierra el marco de exenciones estipuladas en protección del informante incluyendo expresamente referencia a los procesos judiciales, incluidos los relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos empresariales, o a solicitudes de indemnización basadas en el derecho laboral o estatutario, transcribiéndose así el art. 21.7 de la Directiva 2019/1937 hasta el punto de recoger la referencia a “procesos judiciales por difamación”, un concepto jurídico ajeno al ordenamiento jurídico español que corresponderían al ámbito de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen²⁵.

3.7.3. *Programas de clemencia: exención o atenuación de sanciones*

Más allá del estricto campo de la protección frente a las represalias que pudieran adoptarse frente al informante el legislador español ha procurado incentivar la acción de los informantes que, a la vez, hubieran sido partícipes de las infracciones que se comunican, mediante la fijación de una atenuación o incluso exención del cumplimiento de la sanción que llegara a imponerse si se dan las circunstancias establecidas en el art. 40.

La exención total del cumplimiento de la sanción requerirá el cumplimiento de todos y cada uno de los siguientes requisitos:

- La información deberá haber sido presentada con anterioridad a la notificación de la incoación del procedimiento de investigación o sancionador.
- En el momento de la comunicación el informante deberá haber cesado en la comisión de la infracción.
- Se demanda, además, que la información identifique al resto de las personas que hayan intervenido en la comisión de la infracción directamente o mediante su favorecimiento, así como que proporcione a la investigación no sólo información veraz sino también medios de prueba.
- La actuación del informante que pretenda la exención no podrá cesar tras la presentación de la información, sino que quedará sujeto a la colaboración continuada durante la investigación.
- Quedaría excluida esta exención del cumplimiento de la sanción si el informante hubiera interferido u obstaculizado la investigación mediante la destrucción u ocultación de medios de prueba, o su revelación a terceros.
- Finalmente, se estima indispensable la reparación del daño que le sea imputable.

Si el cumplimiento de estos requisitos es sólo parcial se deja a criterio de la autoridad competente la posibilidad de atenuar la sanción. No obstante, no se deja completa libertad a la valoración, sino que deberá tomar como eje esencial de la formación de criterio la contribución del informante al procedimiento, quedando excluida la atenuación en caso de previa sanción al informante por hechos semejantes. Esta atenuación, además, podrá extenderse a los demás participantes en la comisión de la infracción en atención también a su colaboración en el procedimiento (no así la exención de la responsabilidad, que sólo se contempla para la persona informante).

²⁵ En este sentido, el informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley.

4. Consideraciones finales

La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los mecanismos de información interna y externa recogidos en la Ley, pese a sus deficiencias, constituye un importante hito al unificar las previsiones sectoriales y dar una cobertura común a los distintos sistemas hasta ahora coexistentes. Y de poco o nada habrían servido tales mecanismos si no se acompañasen de garantías de protección a quienes se sirvan de ellos para informar de infracciones que se verifican en su entorno más próximo. Se ha logrado así dar respuesta no sólo a la indispensable trasposición de la Directiva 2019/1937 sino también a las voces que en el ámbito internacional han demandado una respuesta a la necesidad de procurar los medios y la protección a quienes pueden y deben

ser esenciales en la lucha contra la corrupción y las desviaciones de las correctas prácticas tanto en el sector público como privado.

Queda en el deber del legislador que esta Ley no haya sido aprovechada para vehicular una reforma legal más extensa, ampliando y desarrollando la protección de los informantes cuando, identificado el carácter delictivo de la infracción y tras la remisión de lo actuado al Ministerio Fiscal, se produzca la apertura de un procedimiento judicial, convirtiéndose entonces el informante en testigo. Este tránsito hubiera justificado que, de una vez y cuanto menos para estos sujetos, se hubiera abordado la modificación de la, a todas luces insuficiente, LO 19/1994, de 23 de diciembre, *de protección a testigos y peritos en causas criminales*.



Ministerio
Fiscal

Puertas giratorias ¿modelo Cincinnati?

PILAR SANTAMARÍA VILLALAÍN
Fiscal de la Fiscalía Especial Contra
la Corrupción y la Criminalidad
Organizada

RESUMEN

La existencia de un sector público cada vez más amplio y presente en prácticamente todos los ámbitos de la vida cotidiana de los ciudadanos, conviviendo con una cierta desconfianza de los mismos hacia sus responsables públicos, nos hace plantear la necesidad de una revisión modernizadora del ejercicio del alto cargo público.

Sería deseable, que el alto cargo, tras asumir la responsabilidad de las altas y relevantes funciones que le son encomendadas, vuelva a su quehacer profesional con la satisfacción del deber cumplido aportando su buen hacer profesional, sin que puedan existir sombras de sospecha ni recelo alguno, acerca de motivaciones espurias en su decisión de aceptar el alto puesto público desempeñado. "¿Qué hay de lo mío?", debe quedar tan arrinconado en los textos literarios como el superado "vuelva usted mañana".

1. Introducción

Cuando ha transcurrido casi una cuarta parte del siglo XXI parece oportuno una reflexión acerca del concepto de corrupción configurado en nuestro ordenamiento jurídico y analizar si el mismo, tal y como viene siendo interpretado e integrado por los distintos operadores jurídicos, cumple el fin último encomendado al Estado de Derecho de establecer un sistema legislativo, que recoja la voluntad popular y satisfaga la demanda social de exigencia de ejemplaridad pública, a la vez que atienda debidamente a la nueva realidad social.

La corrupción pública, entendida como el deterioro de la finalidad última que debe guiar a los servidores públicos y produce un desvío del deber de atender al bien común, para anteponer el provecho personal o material, se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico de forma perfectible, pero satisfactoria, cuando la misma tiene lugar en el ejercicio del cargo o mandato recibido.

Se va a partir de un análisis somero de la regulación de la corrupción pública que encuentra una acogida positiva en distintos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico.

El reto se encuentra en analizar la actuación llevada a cabo, en los tiempos que preceden y siguen a la prestación de servicios en el ámbito público, esto es, el momento de entrada y salida de la actividad pública, en alusión a la gráfica imagen que evoca el título del comentario.

Las puertas giratorias, expresión recogida del panorama político anglosajón, *revolving doors*, recoge de forma gráfica la cuestión clave, que parafraseando a Max Weber, se podría resumir en diferenciar *quienes viven para lo público de quienes viven de lo público*.

En el momento actual, se podría estar ante una vuelta de tuerca del principio de separación o división de poderes, con quiebras apreciables en nuestro

ordenamiento, que implique una división o separación de poderes entre lo público y lo privado.

Por último, en relación con el aludido pilar garante del Estado de Derecho, ya teorizado hace más de tres siglos por John Locke y formulado por Montesquieu en el tratado *El Espíritu de las leyes*, se hará una breve referencia a la necesaria preservación de la apariencia de imparcialidad, que permita “girar” del ejercicio del poder judicial al ejercicio del poder ejecutivo y viceversa, sin menoscabo de la separación de poderes.

2. Marco normativo

El cumplimiento de las responsabilidades y deberes exigidos a los servidores públicos en el ejercicio de su cargo, encuentra su encuadre normativo en disposiciones que desarrollan la previsión constitucional de sumisión de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. De esta forma se garantiza un desarrollo normativo en el que los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, junto a los de imparcialidad, objetividad y defensa del interés general, se encuentran debidamente amparados.

Lo anterior queda debidamente constatado en el contenido de la legislación; desde los dos ejes fundamentales en el actuar de las Administraciones públicas, en sus relaciones *ad extra* y *ad intra*, esto es, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector público, hasta leyes sectoriales tanto de la Administración General del Estado, como de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, de las Entidades que integran la Administración Local como en el ámbito del sector público institucional, (sirvan a título de ejemplo, la regulación de la función pública, contratación pública, obtención de subvenciones, órganos reguladores y supervisores...), recogen de forma expli-

cita estos principios de actuación de los distintos responsables de la acción pública.

La respuesta penal a los ataques más graves al buen fin de la Administración Pública es detallada y minuciosa, recogiendo un elenco de conductas que cubren el espectro de ataques a los principios que presiden el servicio público por parte de autoridades y funcionarios.

Desde el punto de vista subjetivo el concepto amplio definido en el artículo 24 del Código Penal, da respuesta penal satisfactoria, expresando reproche social, en caso de vulneración de la norma penal, a quienes ejercen poder o función pública, completándose además con la posibilidad de participación de *extraneus*, con distinto título de imputación.

En cuanto a las acciones recogidas fundamentalmente en el Título XIX del Libro II del Código Penal Delitos contra la Administración Pública, dan respuesta a las formas más groseras de menoscabo de los deberes impuestos a los que ejercen cargo o responsabilidad pública, en sus diversas modalidades y se puede afirmar que lo hacen de forma acorde a los estándares legislativos de nuestro entorno cultural y social, regulando figuras delictivas de larga tradición, junto con otras de reciente creación, y sin que corresponda en este contexto un análisis pormenorizado de las cuestiones de técnica jurídica susceptibles de mejorar, son en su conjunto una adecuada repuesta a la corrupción pública de quienes se encuentran ejerciendo responsabilidades públicas.

Mención especial merecen el análisis de dos normas que pudieran suponer el germen de la deseable reforma legislativa, que abarque de forma sistemática el respeto de los deberes impuestos a los servidores públicos una vez cesen en el ejercicio de sus responsabilidades.

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, *de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* y la Ley 3/2015, de 30 de marzo, *reguladora del*

ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

Destacables también, a estos efectos, son el Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el Real Decreto 1208/2018, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de los títulos Preliminar, II y III de la Ley 3/2015, con objeto de regular los instrumentos y procedimientos para cumplir las obligaciones previstas en dicha ley y en concreto desarrolla el funcionamiento de la Oficina de Conflictos de Intereses.

En la Ley 3/2015, *reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado*, se establecen mecanismos tendentes a garantizar la idoneidad del candidato, con análisis previos de la posible existencia de conflicto de intereses y que aseguren el control del órgano que tiene asignadas estas competencias en materia de incompatibilidades y conflicto de intereses.

Con la pretensión de atender a las circunstancias que rodean al candidato a desempeñar un alto cargo, en el decisivo momento de su nombramiento, se dicta en desarrollo de la Ley citada, el Reglamento aprobado por Real Decreto 1208/2018.

Después de concretar en el artículo 1 el objeto y ámbito de aplicación, se establecen las obligaciones de los organismos y entidades del sector público de actualización de la información remitida a la Oficina de Conflicto de Intereses.

La información de las circunstancias de la persona nombrada para desempeñar un alto cargo son aportadas por el mismo, por medio de la presentación de una declaración responsable y *currículum vitae*, que son examinados previamente por el órgano competente para la propuesta. Asimismo acompañará certificado de antecedentes penales.

La finalidad de atender a este momento de acceso al puesto viene expresada en la propia exposición de motivos de la Ley, al establecer sin ambages que *“un alto cargo, por la responsabilidad que conlleva y la relevancia de las funciones que desempeña, sólo puede ser ejercido por personas que, constatada su competencia personal y profesional, respeten el marco jurídico que regule el desarrollo de su actividad”*.

Para el análisis previo de la idoneidad, integrada por cualidades de capacitación personal y profesional, se toman como referencia los criterios de mérito y capacidad así como el de honorabilidad. Para ello, se regulan las causas por las que se considera que no concurre honorabilidad y, por lo tanto, no pueden considerarse idóneos para el desempeño de un alto cargo. La honorabilidad, además, debe concurrir en el alto cargo durante el ejercicio de sus funciones, por lo que su falta sobrevinida será causa de cese. La constatación previa de que se cumplen las condiciones de idoneidad para el desempeño del cargo se hará mediante una declaración responsable que deberá suscribir el candidato, que también deberá suministrar a la Oficina de Conflictos de Intereses, en caso de que así se lo solicite, la documentación que acredite dicho cumplimiento.

En el artículo 2 se regula el nombramiento.

Conceptos jurídicos indeterminados como honorabilidad, capacitación e idoneidad deben ser integrados debidamente, para que la regulación responda al fin de dar respuesta normada a una realidad social.

A este propósito obedece el apartado 2 del mencionado artículo 2 al establecer cuando no concurre honorabilidad.

2. Se considera que no concurre la honorabilidad en quienes hayan sido:

a) Condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, hasta que se haya cumplido la condena.

b) Condenados por sentencia firme por la comisión de delitos de falsedad; contra la libertad; contra el patrimonio y orden socioeconómico, la Constitución, las instituciones del Estado, la Administración de Justicia, la Administración Pública, la Comunidad Internacional; de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional; y contra el orden público, en especial, el terrorismo, hasta que los antecedentes penales hayan sido cancelados.

c) Los inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

d) Los inhabilitados o suspendidos para empleo o cargo público, durante el tiempo que dure la sanción, en los términos previstos en la legislación penal y administrativa.

e) Los sancionados por la comisión de una infracción muy grave de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, durante el periodo que fije la resolución sancionadora.

La honorabilidad debe concurrir en el alto cargo durante el ejercicio de sus funciones. La falta de honorabilidad sobrevinida será causa de cese a estos efectos y, en los supuestos en que el alto cargo sólo puede ser cesado por determinadas causas tasadas, será considerada como un incumplimiento grave de sus obligaciones del cargo declarado a través del correspondiente procedimiento.

Se puede suscitar la cuestión de si se podría añadir al elenco de motivos objetivos de falta de honorabilidad, otros tales como la falta de veracidad o la inclusión de imprecisiones en las declaraciones responsables y *curriculum vitae* que el candidato ha de presentar.

5. El alto cargo deberá suscribir una declaración responsable en la que manifestará, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos

de idoneidad para ser nombrado alto cargo, especialmente la ausencia de causas que impidan la honorabilidad requerida y la veracidad de los datos suministrados, que dispone, cuando sea susceptible de ello, de la documentación que así lo acredita, y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo que ocupe el puesto.

Esta declaración responsable, cumplimentada de acuerdo con el modelo diseñado por la Oficina de Conflictos de Intereses, será remitida a la mencionada Oficina por el alto cargo. Asimismo, el alto cargo remitirá a la Oficina de Conflictos de Intereses, si ésta se lo solicita, la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos de idoneidad conforme a la declaración responsable suscrita.

Se considera que la precisión del apartado 6 del citado artículo contribuye a garantizar la capacitación técnica profesional de los candidatos.

6. Por ley podrán establecerse requisitos adicionales para acceder a determinados cargos de la Administración General del Estado para los que sean precisas especiales cualificaciones profesionales, respetando, en todo caso, el principio de igualdad consagrado en la Constitución.

El nombramiento de los Subsecretarios y Secretarios Generales Técnicos que presten sus servicios en la Administración General del Estado deberá realizarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales, pertenecientes a Cuerpos clasificados en el Subgrupo A1. Esta disposición es también de aplicación al nombramiento de los Directores Generales, salvo que el Real Decreto de estructura del Departamento permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna dicha condición de funcionario, debiendo motivarse mediante memoria razonada la concurrencia de las especiales características que justifiquen esa circunstancia excepcional.

Siguiendo con la imagen de las puertas giratorias, se regula especialmente en la Ley y Reglamento de desarrollo el momento del cese, estableciendo un régimen de retribuciones, protección social, compensaciones, incompatibilidades de retribuciones, con obligación de declaración de actividades y bienes tanto al comienzo como al cese. En concreto en el momento del cese se procederá a un examen de la situación patrimonial e informe de comprobación, a efectos de desterrar los enriquecimientos injustificados.

Interesante a los efectos de regular debidamente las exigencias impuestas al alto cargo, en evitación de conflictos de intereses, es atender a las restricciones impuestas al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese.

Es el artículo 15 el que contiene estas limitaciones.

1. Los altos cargos, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado.

La prohibición se extiende tanto a las entidades privadas afectadas como a las que pertenezcan al mismo grupo societario.

2. Quienes sean alto cargo por razón de ser miembros o titulares de un órgano u organismo regulador o de supervisión, durante los dos años siguientes a su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan estado sujetas a su supervisión o regulación.

A estos efectos, se entenderán en todo caso incluidos los altos cargos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y el Consejo de Seguridad Nuclear.

3. Se entiende que un alto cargo participa en la adopción de una decisión que afecta a una entidad:

a) Cuando el alto cargo, en el ejercicio de sus propias competencias o funciones o su superior a propuesta de él o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución, suscriba un informe preceptivo, una resolución administrativa o un acto equivalente sometido al Derecho Privado en relación con la empresa o entidad de que se trate.

b) Cuando hubiera intervenido, mediante su voto o la presentación de la propuesta correspondiente, en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado la decisión en relación con la empresa o entidad.

4. Los altos cargos, regulados por esta ley, que con anterioridad a ocupar dichos puestos públicos hubieran ejercido su actividad profesional en empresas privadas a las cuales quisieran reincorporarse no incurrirán en la incompatibilidad prevista en el apartado anterior cuando la actividad que vayan a desempeñar en ellas lo sea en puestos de trabajo que no estén directamente relacionados con las competencias del cargo público ocupado ni puedan adoptar decisiones que afecten a éste.

5. Durante el período de dos años a que se refiere el apartado 1, los altos cargos no podrán celebrar por sí mismos o a través de entidades participadas por ellos directa o indirectamente en más del diez por ciento, contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con la Administración Pública en la que hubieran prestado servicios, directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas, siempre que guarden relación directa con las funciones que el alto cargo ejercía. Las entidades en las que presten servicios deberán adoptar durante el plazo indicado procedimientos de prevención y detección de situaciones de conflicto de intereses.

6. Quienes hubieran ocupado un puesto de alto cargo deberán efectuar, durante el período de dos años a que se refiere el apartado 1, ante la Oficina de Conflictos de Intereses, declaración sobre las actividades que vayan a realizar, con carácter previo a su inicio.

7. Cuando la Oficina de Conflictos de Intereses estime que la actividad privada que quiere desempeñar quien haya ocupado un alto cargo vulnera lo previsto en el apartado 1, se lo comunicará al interesado y a la entidad a la que fuera a prestar sus servicios, que podrán formular las alegaciones que tengan por convenientes.

En el plazo de un mes desde la presentación a la que se refiere el apartado 6, la Oficina de Conflictos de Intereses se pronunciará sobre la compatibilidad de la actividad a realizar y se lo comunicará al interesado y a la empresa o sociedad en la que fuera a prestar sus servicios.

8. Durante los dos años posteriores a la fecha de cese, quienes hubieran ocupado un puesto de alto cargo y reingresen a la función pública y tengan concedida la compatibilidad para prestar servicios retribuidos de carácter privado, les será de aplicación lo previsto en este artículo.

En el análisis crítico de la presente redacción, en primer lugar conviene reconocer los encomiables esfuerzos de la sociedad a través de sus mandatarios legislativos, para dotarse de mecanismos que contribuyan a desterrar los conflictos de intereses una vez finalizado el cumplimiento de las obligaciones para con el servicio público prestado. Es positivo a este respecto, extender la restricción al grupo societario, la ampliación de restricción cuando se trate de servicios prestados en órganos reguladores o de supervisión y la especificación de cuando se entiende que un alto cargo participa en una decisión que afecta a una entidad.

A quienes dedican parte de su vida activa al meritorio desempeño de funciones públicas, con la reconocida brecha retributiva respecto del sector privado y con la sumisión al escrutinio de una sociedad exigente con los responsables públicos, se les presume probidad y atención al interés general.

Si bien, en atención a la realidad social, que no siempre permite desterrar recelos, se considera de interés establecer un marco normativo más concreto.

Así, una regulación que impusiera restricciones proporcionadas a los distintos supuestos que pueden darse en el momento en que el ex alto cargo, solicita autorización para ejercer actividad privada; esto es, que atendiera a la dedicación anterior en el sector, cualificación profesional previa, servicios prestados anteriormente...; y además contemplara la delimitación auténtica de conceptos de interés, como información privilegiada, influencia, relaciones con la Administración, prestación de servicios para intermediarios o personas interpuestas entre otras.

No es infrecuente la expresión de suspicacias, cuando no directo malestar en la sociedad al recibir la noticia de que personas que han ostentado puestos de máxima relevancia en la esfera pública y a quienes se han encomendado altas responsabilidades, pasan a desempeñar en muchos casos sin solución de continuidad, responsabilidades privadas de alta notoriedad y proporcionada remuneración.

El estado de la cuestión es tal que cabe preguntarse si la restricción al ejercicio de actividad privada previsto en la Ley 3/2015, reguladora del ejercicio del alto cargo, es suficiente.

La duración de la restricción ha de ser razonable y adecuada al propósito pretendido, teniendo en cuenta el tiempo que ha de transcurrir para que la información se vuelva obsoleta, exista acceso general a la misma y el trato especial que pudiera brindarse ya no tenga lugar. Así la limitación temporal de dos años, se encuentra dentro de los límites establecidos en la normativa de países de nuestro entorno, que establecen entre uno y cinco años, el período en que es dable pensar que el ex dirigente político aún mantiene su capacidad de influir directa o indirectamente y por lo mismo puede suponer un valor añadido a su estricta capacitación personal y profesional.

Cuestión distinta es la restricción de actividad acotada en relación con las entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que

hayan participado, aún cuando se extienda a un mismo grupo societario.

Se hace una concreción extensa de qué se debe entender por *participar en una decisión que afecte a una entidad*.

Aún cuando esta acotación es mayor cuando se trata de responsabilidades ejercidas en organismos supervisores o reguladores y menor cuando con anterioridad al ejercicio de la actividad pública ya se hubiera desempeñado la actividad privada a la que se pretende incorporar el alto cargo, la casuística que puede incluirse en el extrarradio de esa acotación, no parece colmar las exigencias de adecuada separación de los ámbitos privados y públicos.

Siendo muy consciente de que la exigencia de dotar a la Administración en sus más altas instancias de personas cualificadas, ha de compatibilizarse con el derecho de éstas de evitar una interrupción en su desarrollo profesional que les condena a una suerte de muerte profesional, si se podría atender a una serie de cuestiones a regular por la Oficina de Conflicto de Intereses, en su competencia de conceder autorización para el ejercicio de actividad privada:

- Atender al ámbito de desarrollo profesional previo al ejercicio del alto cargo, y si al reingreso en la actividad privada retoma esa trayectoria o inicia una nueva dedicación.
- Examen de si la capacitación profesional tiene relación con la actividad para la que se pide autorización.
- Exigencia de compromiso formal de mantener la reserva y sigilo que le fue exigido durante la prestación de sus servicios públicos, respecto de aquellas informaciones no públicas durante un período que dependiendo la materia de que se trate podría ser de dos a cinco años.
- Restricción total de relación con la Administración durante un período de dos a cinco años,

dependiendo del tipo de actividad y sector en el que se integre, con el fin de evitar influencias indebidas, facilidad de acceso a determinados responsables así como conocimiento de perspectivas de futuro. Las prohibiciones deberían ser absolutas para el caso de sectores económicos regulados.

Para el cumplimiento de estos fines, la Oficina de Conflictos de Intereses sería la habilitada para las autorizaciones, si bien la materialización de las exigencias de reserva, ausencia de influencia o de relación se podrían igualmente canalizar en colaboración con el Consejo de transparencia y Buen Gobierno creado por Ley 19/2013 de 9 de diciembre de *transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, cuyos fines según el artículo 34 de la citada Ley son promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio de derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno.

Todo ello en aplicación del artículo 38 g) que entre las funciones encomendadas se encuentran “aquellas otras que le sean atribuidas por norma de rango legal o reglamentario”.

Por Real Decreto 919/2014 de 31 de octubre se regula *el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno*.

Merece consideración el análisis de desarrollos legislativos no culminados, interesantes a los efectos de dar respuesta a la corrupción del siglo XXI, entendida como aquella que se expande en el tiempo más allá del ejercicio propio del cargo o función pública.

Dos son los anteproyectos a los que se va a hacer somera referencia por pivotar respectivamente sobre dos conceptos íntimamente relacionados con el innovador concepto de corrupción pretendido; esto es, la influencia y la información.

Así se estima de interés el análisis del Anteproyecto de Ley de Transparencia e Integridad en las Actividades de Grupos de Interés que fue sometido a trámite de información Pública el 14 de noviembre de 2022.

El texto sometido a consideración responde a la necesidad de que los procesos de toma de decisiones públicas sean procesos abiertos y transparentes, que permitan la participación ciudadana, garanticen la orientación de las políticas públicas hacia el interés general y, al mismo tiempo, faciliten la rendición de cuentas ante la ciudadanía. Todo ello sin olvidar que la forma en la que se adopten las políticas públicas tendrá su impacto en la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

La regulación de la actividad de los grupos de interés constituye un factor muy relevante en la construcción de una cultura de la transparencia y de la rendición de cuentas.

La participación de la ciudadanía en los asuntos públicos supone una exigencia reconocida en los artículos 9.2 y 23.1 de la Constitución Española, tanto en relación a la elaboración de las políticas públicas como a la adopción de las decisiones que afectan a sus intereses, y resulta imprescindible en un sistema democrático que requiere, asimismo, que los cauces de participación evolucionen y se adecuen constantemente a las cambiantes exigencias de la sociedad.

Está establecido en el análisis teórico de la cuestión así como en el ámbito normativo internacional, que es legítimo y debe ser regulado, el traslado de intereses en un marco de transparencia e igualdad a través de unos cauces participativos que no menoscaben o soslayen los intereses, igualmente legítimos, aunque en ocasiones contrapuestos, de otras personas o sectores. Ello siempre que no influyan indebidamente en la objetividad e imparcialidad que, en todo momento, debe presidir la actuación de la gestión pública.

El Anteproyecto que se sometió a información pública respondía a la necesidad de regular, en el ámbito de la Administración General del Estado y de su sector público, las relaciones entre los grupos de interés y las personas titulares de los puestos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, *reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado* y el resto de personal público, en un marco de transparencia para la prevención de situaciones de riesgo en la toma de decisiones.

En concreto, en la *mens legislatoris*, se aprecia el intento de dar solución a algunas de las cuestiones anteriormente planteadas.

Así, se valora de forma positiva la intención de regular la actividad de influencia, regulando expresamente en su ámbito de aplicación, el personal susceptible de recibir influencia así como la definición auténtica de qué se debe entender por actividad de influencia, evitando sortear con sutilezas si se pretende o no captar voluntades de responsables políticos en un marco inseguro y ajeno a la transparencia tan anhelada.

Muy interesante en los esfuerzos apuntados se considera la definición de un Código de Conducta y muy concretamente la letra l artículo 10 que recoge la previsión de impedir que altos cargos pueden integrar estos grupos de presión y en su consecuencia, canalicen información e influencia de forma deshonesta e interesada.

Letra l) artículo 10 del Anteproyecto: *Garantizar que el personal a su servicio cumpla la normativa relativa a la prohibición de intervenir en actividades privadas después del cese de los altos cargos y otras normas de incompatibilidades de los altos cargos y del restante personal público.*

Recoger la huella normativa contribuye a facilitar el conocimiento público de gestión de los proyectos normativos más allá de los propios procesos de elaboración de normas ya regulados.

En lo que hace al Anteproyecto de información clasificada es de destacar que la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos.

Los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. En estos países, los ciudadanos pueden juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y decidir en consecuencia. Permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico.

El artículo 10 CEDH prevé que el ejercicio de las libertades de expresión y de información puede ser *«sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial»*.

La ley en vigor en materia de secretos oficiales, la Ley 9/1968, *sobre secretos oficiales* ya recoge el derecho de la ciudadanía a la información estableciendo como límites la seguridad y la defensa nacional.

Si bien el Anteproyecto recogiendo la regulación prevenida en el Convenio europeo amplía el elenco de materias en las que la información pública puede ser restringida.

El carácter necesario, en una sociedad democrática, de la restricción que se imponga exige, por tanto, un juicio de proporcionalidad a fin de asegurar que se trata de una medida restrictiva idónea (adecuada para conseguir el fin perseguido) y proporcional en sentido estricto (esto es, la menos restrictiva para el ejercicio del derecho tras ponderar la importancia del interés público a preservar).

Entrando ya en el examen del contenido del Anteproyecto, existen previsiones relativas a la determinación de qué informaciones son susceptibles de ser clasificadas en las distintas categorías recogidas en su artículo 3: «Alto secreto», «Secreto», «Confidencial» y «Restringido».

La regulación de esta materia en la que se reconoce y regula que hay determinadas materias de acceso restringido al conocimiento público debería ser completada con la recíproca y proporcional obligación exigible a los altos cargos concededores de esta información, de un deber de secreto extendido más allá del ejercicio de su cargo, con consecuencias previstas en la Ley para el caso de vulneración del deber de sigilo y reserva.

3. Panorama internacional

Existe un auténtico desafío para encontrar el mejor modelo, al existir principios e intereses encontrados, exigiendo comportamientos que en algunos casos pudieran ser constitutivos de delito, pero en otros supuestos implican exigencias de honorabilidad y probidad que deberían presumirse en personas que han asumido las más altas responsabilidades y dignidades de la comunidad.

Las soluciones no son unánimes ni coincidentes, oscilando desde países que prohíben el tránsito de la esfera pública a la privada, hasta otros que adop-

tan la existencia de comités de ética o respuestas sancionadoras en el ámbito administrativo o incluso penal.

En Francia el fenómeno conocido como *pantouflage*, acuñado en el argot de la Altas Escuelas de la Administración Pública francesa, viene referido a la renuncia a la carrera pública al finalizar los estudios de prestigio llevados a término y pasó a designar la cantidad a reembolsar en caso de no respetar el compromiso de servicio a la administración pública francesa. El término traducido como *sandalia*, se aplicó también a la práctica llevada a cabo por aquellos cargos públicos que tras su paso por la política, desarrollan su actividad en la empresa privada, obteniendo beneficio de su anterior ocupación, con eventuales conflictos de intereses entre la esfera pública y privada, saldados por lo general a favor del interés personal. Existen comités de ética con la función de asesoramiento sobre compatibilidad y en algunos supuestos puede llegar a constituir infracción penal.

Letonia impone restricciones para las personas que ingresan al sector público provenientes del privado y así mismo impone limitaciones cuando en el sector privado pretenden celebrar contratos públicos.

Existen ejemplos de prohibición total: como Gran Bretaña, que impone una prohibición plena a los servidores de la corona, previa aprobación. En Japón, se conoce el fenómeno como *amakudari* y también se prohíbe colocar a los funcionarios en el sector privado, con el fin de aminorar el despilfarro administrativo.

En Quebec hay una ley sobre *lobbying* que prohíbe que un antiguo director general o director general adjunto de un municipio efectúe labores de representación ante el mismo. Sin embargo, ninguna ley impide a los proveedores del municipio contratar a antiguos funcionarios.

4. Tránsito de altos cargos al ejercicio de funciones integradas en el Título VI de la Constitución

La imparcialidad de todo órgano judicial es una de las garantías básicas primordiales de todo proceso, integrando el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

La imparcialidad ha de ser subjetiva, que garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas derivadas de las relaciones del juez con las partes y objetiva, en relación con el *thema decidendi*, asegurando que el juez no ha adoptado una postura previa en relación a aquel.

Todo ello siguiendo las Recomendaciones GRECO, destinadas a garantizar la independencia judicial o cuanto menos la necesaria apariencia de independencia, así como el derecho a un juez imparcial, integrado en el derecho a un proceso público con todas las garantías, recogido en el art 24 de la CE y art 6.1 del CEDH.

Paulatinamente han ido confluyendo la doctrina constitucional y la desarrollada por el TEDH, en la interpretación que realiza del art. 6.1 del CEDH, sistematizándose en los siguientes extremos:

- El derecho a un juez imparcial es una garantía fundamental del sistema de justicia, ya que sin él, propiamente no hay proceso jurisdiccional. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice que en el acusado no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial.
- Se establece la obligación de ser ajeno al pleito y por lo mismo no puede asumir procesalmente funciones de parte, y de otra no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas ni conexiones de hecho que puedan

poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en su contra. SSTC 47/2011, 60/2008, 26/2007, 133/2004.

- Junto con esa vertiente más subjetiva convive la objetiva que pretende asegurar que el juez se acerca a la resolución de una causa sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieren existir a raíz de una relación o contacto previos con el proceso.

En consonancia con la doctrina y jurisprudencia del TEDH, y Recomendaciones GRECO, se produjo una reforma legislativa que introdujo una nueva redacción en la LOPJ, destinada a concretar las circunstancias específicas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial, y por tanto vulnerado el derecho a un juez imparcial, recogiendo lo anterior como causa de abstención o de recusación en su caso, en el art. 351 f):

Quando sean nombrados para cargo político o de confianza en virtud de Real Decreto, Decreto autonómico o acuerdo de Pleno de Entidad Local, o elegidos para cargos públicos representativos en el Parlamento Europeo, Congreso de los Diputados, Senado, Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, Juntas Generales de los Territorios Históricos o Corporaciones locales.

En este caso, así como en el supuesto previsto en la letra f) del artículo 356, los jueces y magistrados, y los funcionarios de otros cuerpos, que reingresen en la Carrera correspondiente deberán abstenerse, y en su caso podrán ser recusados, de intervenir en cualesquiera asuntos en los que sean parte partidos o agrupaciones políticas, o aquellos de sus integrantes que ostenten o hayan ostentado cargo público.

5. A modo de conclusión

Ello nos lleva a realizar las siguientes consideraciones, siguiendo las conclusiones elaboradas por el

Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), dependiente del Consejo de Europa.

España debe “mejorar su marco legal para evitar la corrupción” en las más altas instancias del Gobierno y, también, entre los que lo abandonan. Ha llegado el momento de acometer una estrategia global y coordinada contra la corrupción y de verificar que la integridad de los gobernantes no se vea comprometida tampoco una vez abandonen sus cargos y vuelvan a la vida civil, subraya el *Informe sobre la prevención de la corrupción y promoción de la integridad en Gobiernos centrales y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*.

Conceptos como transparencia, uso de información privilegiada, ejercicio de influencia, abuso de mercado, grupos de presión, cabildeo o grupo de intereses, conflictos de intereses deben ser abordados de forma precisa para que sus conceptos puedan ser debidamente integrados, con respuestas normativas proporcionales e idóneas que armonicen los diferentes derechos en liza.

Es un hecho notorio que los altos cargos tienen acceso a determinada información al alcance únicamente de ellos, más actualizada, incluso con proyección de futuro, entablan y mantienen contactos con otros responsables públicos, ejercen poder y autoridad y pueden llegar a conocer estrategias de gobierno. Se trata de evitar situaciones de prácticas colusorias o conflictivas, si se llega a hacer acopio de información con la que poder negociar un empleo futuro o beneficiar a un futuro empleador.

No se desconoce que en el debate se enfrentan el derecho al libre ejercicio de actividad económica y profesional, el derecho a desarrollar libremente competencias profesionales, expectativas de carrera en el sector público, libre circulación de la fuerza laboral, conveniencia de promover la contratación y retención de las personas más cualificadas para el servicio público, capacidad para acceder a personas con conocimiento técnico específicos y la libertad de empresa en el marco de una economía de

mercado entre otros, versus los deberes impuestos durante el ejercicio de las responsabilidades públicas, como el deber de reserva, la interdicción del provecho personal o material, que pueden implicar restricciones que no ofrecen soluciones pacíficas a la hora de su abordaje.

Máxime si se tiene presente que no todos los supuestos de tránsito del sector público al privado se producen en las mismas circunstancias, como tampoco el trasvase del sector privado al público; sería digno de tener en cuenta a la hora de imponer restricciones, en garantía del interés general, y con el fin de que las mismas sean proporcionadas e idóneas, algunos datos personales del solicitante. Así, la capacitación curricular y profesional del solicitante de autorización para una determinada actividad privada, experiencia en el sector económico, más allá del ejercicio del cargo público, dedicación previa en actividades de naturaleza semejante, remuneración anterior al ejercicio del cargo público y previsible en la nueva actividad, entre otras, podrían desterrar la sospecha de que el ejercicio privado pretendido responde a motivos espurios, que puedan hacer colisionar el interés general con el particular.

Con la pretensión de promover la confianza en las instituciones y recuperar el prestigio institucional, los objetivos de una regulación que abordara el movimiento de responsables y altos cargos del servicio público al sector privado son:

- Asegurar que la información obtenida durante el servicio público no se utilice indebidamente
- Garantizar que el ejercicio de la autoridad por parte de un funcionario público no se utilice indebidamente
- Evitar que el ejercicio de la autoridad por parte de un funcionario público se vea influenciado por beneficios personales, incluida la esperanza o expectativa de empleo futuro

- Impedir que el acceso y contactos de los altos responsables públicos actuales y anteriores no se utilicen para beneficios injustificados de los mismos o de otros.

Para ello ya se pueden adoptar las siguientes medidas:

- Prohibiciones de empleo ya sean generales o para grupos estrictamente definidos
- Restricciones a la representación de entidades privadas por ex altos cargos ante entidades públicas, fenómeno conocido como *switching sides*/cambio de bando
- Autorización previa y/o informe de las actividades posteriores al servicio previstas o actuales

Estas prohibiciones, restricciones o requisitos de presentación de informes, pueden conllevar sanciones o mecanismos de aplicación diversos, desde el decomiso, sanción en el contrato de trabajo, multa o respuesta penal hasta el no otorgamiento de licencia, disminución de pensiones o prestaciones

compensatorias o indemnizatorias, dejando para un escalón de inferior eficacia la mera publicidad con afectación de la consideración social o desprestigio público.

Nos encontramos ante el reto de un nuevo enfoque en la gestión del sector público, comprensiva de la administración territorial, institucional, corporativa, instrumental, que convive con fenómenos cada vez más frecuentes como son la subcontratación de servicios, existencia de asesores externos, privatización o externalización de servicios, a la vez que aumentan los grupos de presión o de interés, con reconocimiento de su eficacia como forma de participación civil y exigencias sociales cada vez mayores de escrutinio y análisis de la gestión pública durante y después del cese de la misma.

Por ello, se impone incrementar los esfuerzos normativos que, para la necesaria confianza de la sociedad en sus responsables públicos, procuren un marco regulador adecuado que garantice el respeto de los principios que presiden la acción pública.



Ministerio
Fiscal

El reto de la recuperación de activos: el papel del Ministerio Público

ELENA LORENTE PABLO
Fiscal de la Fiscalía Especial contra
la Corrupción y la Criminalidad
Organizada

RESUMEN

El objetivo de este artículo es poner el foco en aquellos aspectos de la recuperación de activos que resultan, a mi juicio, problemáticos, por no decir, asistemáticos.

La recuperación de activos tiene en nuestros Tribunales ejemplos magníficos de sensibilidad para, siguiendo vanguardistas interpretaciones, privar al delincuente de todos los bienes de origen ilícito y retirar de la circulación todo aquello que pueda "oler" a origen delictivo.

Ahora bien, seguimos anclados a unas pautas procesales que no son, precisamente facilitadoras de esa tarea que las propias instancias internacionales nos urgen a hacer. El legislador procesal está obsoleto, cuando no errático.

En estas pocas líneas tratare de exponer aquellas circunstancias con las que topamos a diario en punto a la recuperación de activos que nos limitan, dificultan, o desesperan en nuestro quehacer como Fiscales.

El legislador fue muy visionario en 2003 aunando la recuperación de activos al blanqueo de capitales pero a fecha de hoy urge una modificación procesal que precise

el alcance del decomiso autónomo de una manera clara, que se establezcan pautas en las normas procesales que nos faciliten la investigación patrimonial y que ésta no se haga tarde y mal.

Hago desde esta tribuna un humilde llamamiento a que el legislador deje de “poner parches” en materia de recuperación de activos en nuestras normas, dejando de apostar todo al laborioso y silencioso empeño de los profesionales que estamos implicados.

1. La recuperación de activos: aproximación a la situación actual

1.1. El concepto de recuperación de activos.

La recuperación de activos es una prioridad ineludible en la lucha contra una criminalidad cada vez más sofisticada y globalizada.

Todo fenómeno criminal relevante tiene en el siglo XXI un componente criminal económico-financiero que constituye el gran reto de nuestro tiempo.

El objetivo en esa lucha debería ser el contenido en el aforismo “*Crime doesn’t pay*” (“*el crimen no resulta provechoso*” o “*el crimen no compensa*”), expresión que ya aparecía en la Comunicación de la Comisión Europea del año 2008¹. Y para ello es preciso recuperar los activos y, si es posible, hacerlo en las fases más incipientes de la investigación criminal.

Esos activos no son sino el producto del delito y cualesquiera que fueren sus transformaciones.

En España, la recuperación de activos se halla inserta en el instituto del decomiso, como consecuencia accesoria del delito.

1 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: *Productos de la delincuencia organizada: garantizar que “el delito no resulte provechoso”* (COM/2008/0766final), Bruselas, 20 de noviembre de 2008).

Conviene en este punto hacer algunas puntualizaciones previas.

Hasta el Código Penal de 1995, los únicos bienes decomisables eran los efectos (“*property*”²) y los instrumentos (“*instrumentalities*”) del delito, de tal manera que la política criminal de nuestro país no atendía a la necesidad de privar al delincuente de esas ganancias ilícitas, probablemente porque se hacía una especie de consideración simbiótica entre bienes o efectos del delito (“*property*”) y productos o ganancias del delito (“*proceeds*”).

Sin embargo, el legislador de 1995 no sólo fue sensible con privar al delincuente del producto del delito, sino que además fue muy taxativo con el decomiso de estas ganancias, al no permitir que éstas, a diferencia de los efectos y de los instrumentos, pudieran no decomisarse o decomisarse parcialmente (art. 128 CP)³.

El objetivo de la política criminal es actualmente neutralizar las ganancias del delito. Ciertamente ésta es la esencia de lo que se viene en llamar “*recuperación de activos*”.

Los bienes delictivos que se recuperan en la actualidad son muy escasos⁴ lo que permite a los grupos de delincuencia organizada “*invertir en expandir sus actividades delictivas e infiltrarse en la economía legal*”⁵.

2 Nota de quien suscribe este artículo: me permito utilizar alguna expresión en inglés utilizada en los textos en ese idioma de normas o convenios sobre esta materia tanto de la Unión Europea como de organismos internacionales.

3 La llamada “*cláusula de rigor*” o “*cláusula de proporcionalidad*” que introduce el Código penal en su artículo 128 permite no decretar el comiso o hacerlo parcialmente si los efectos o instrumentos no guardan proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal o si las responsabilidades civiles están cubiertas.

4 De acuerdo con el Informe de Europol publicado en 2016 “*Does crime still pay?*” *Criminal Assets Recovery in the EU*, entre los años 2010-2014 sólo el 1,1% de las ganancias delictivas fueron decomisadas en la UE.

5 Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre *Recuperación y decomiso de activos: Garantizar que el delito no resulte provechoso* [Bruselas, 2.6.2020 COM(2020) 217 final]; Europol estima que entre un 0,7 y un 1,28 % del PIB anual de la

Para entender adecuadamente el concepto de “*recuperación de activos*” es preciso tener en cuenta que la recuperación de activos y el blanqueo de capitales son las dos caras de la misma moneda: se blanquean activos ilícitos introduciéndolos en el tráfico comercial o legal lícito y la ausencia de recuperación genera nuevas y sucesivas operaciones de blanqueo.

En efecto, en el año 2003 la regulación del decomiso dio un giro decisivo, de manera que el legislador, consciente de las obligaciones que desde Europa le vinculaban, traspuso la Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo de 26 de junio, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, mediante la Ley Orgánica 15/2003 de 15 de noviembre, de modificación del Código Penal.

A partir de ese momento, el decomiso tiene inexcusablemente, como fin, el de evitar cualquier enriquecimiento dimanante del delito⁶ y lo que late es la preocupación por el perfeccionamiento del delito de blanqueo de capitales que debe anudarse, por mor del propio Código de 1995, no sólo a los delitos contra la salud pública, sino a cualquier comportamiento delictivo, incluso aunque no se trate de delitos graves, de acuerdo con la novedosa redacción de 2003.

Hasta tal punto incide el legislador en el blanqueo, que hizo figurar expresamente, el decomiso de las ganancias dimanantes del blanqueo en un nuevo,

UE está relacionado con actividades financieras sospechosas.

6 Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003: “con el fin de evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes, así como mejorar la represión de los delitos, en especial de narcotráfico y blanqueo de dinero. Para ello se extiende el comiso a los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado el delito así como a las ganancias provenientes del mismo, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar, incluso si se hubieran transmitido a un tercero, salvo que éste los hubiera recibido legalmente de buena fe. También se incorpora el comiso de bienes por valor equivalente, así como se prevé la posibilidad de acordarlo por el tribunal, incluso cuando no se imponga pena a alguno de los imputados por estar exento de responsabilidad criminal.” (letra m).

aunque técnicamente innecesario, párrafo 5 añadido al artículo 301 del Código Penal.

La reforma implicó también la introducción del comiso sin sentencia condenatoria, en los casos de exención o extinción de responsabilidad criminal (hoy, con mayor contenido todavía en el llamado Decomiso Autónomo) y del comiso por equivalencia.

1.2. El decomiso como instrumento de la recuperación de activos.

La regulación del decomiso en nuestro sistema legal viene en la actualidad establecida bajo la incorporación de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, mediante la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo de modificación del Código Penal (Disposición Final Sexta) y mediante la Ley 41/2015 de 5 de octubre de 2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Disposición Final Tercera)⁷.

La Directiva 2014/42/UE define el decomiso en su artículo 2.4) como “*la privación definitiva de un bien por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal*”.

Traspuesta la Directiva en 2015, es sabido que desde el punto de vista sustantivo nuestro Código Penal establece junto al decomiso tradicional (art. 127), el decomiso ampliado (art. 127 bis, 127 quinquies y 127 sexies), el decomiso sin condena (art. 127 ter), el decomiso de bienes de terceros (art. 127 quater) y el decomiso de bienes de valor equivalente (art. 127 septies).

Ya se ha dicho más arriba que desde 2003 el objetivo del legislador nacional ha sido la privación

7 Ley 41/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

al delincuente de sus bienes ilícitos, lo que implica, particularmente, las ganancias obtenidas y sus transformaciones, cualesquiera que éstas hubieran sido.

Ello conduce necesariamente por un lado a valorar la existencia de indicios que permitan establecer la presunta ilicitud del bien “*per se*”, y, por otro lado, a determinar la conexión de ese bien con la actividad delictiva precedente. Ambos aspectos conectan, precisamente, con los criterios que la Jurisprudencia viene manejando desde hace tiempo sobre los indicios de la comisión del delito de blanqueo de capitales, cuya prueba, como sabemos, suele ser indirecta (a modo de ejemplo, la STS nº 801/2010 de 23 de septiembre Ponente Monterde Ferrer en su Fundamento de Derecho Décimo Octavo y la STS nº 30/2019 de 29 de enero de 2019 Ponente Magro Servet en su Fundamento de Derecho Quinto).

Los indicios del origen ilícito del bien están pautados por el propio legislador en una presunción iuris tantum (127 bis⁸ CP) y representan un problema más de prueba que conceptual.

En cambio, y éste es el verdadero reto, la vinculación del bien con un comportamiento delictivo previo es teóricamente un aspecto muy conflictivo de la recuperación de activos y ello es así porque conecta con la concepción del decomiso como privación de todas las ganancias de una actividad criminal.

Para comprender correctamente la necesidad de acreditar el nexo del bien con una actividad criminal, es preciso tener en cuenta que el “*canon de probanza*” para el decomiso tiene sus propias re-

8 “1º) Desproporción entre el valor de los bienes y efectos y los ingresos de origen lícito.

2º) Ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes, mediante personas físicas o jurídicas interpuestas, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3º) Transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida”.

glas como recuerda la STS nº 338/2015 de 2 de junio de 2015 (caso “*Herriko Tabernas*”). Ponente Berdugo⁹ en su Fundamento de Derecho trigésimo séptimo:

*Ahora bien, ha de tenerse presente que no es exigible el mismo canon de certeza, cuando se trata de verificar el respeto al derecho a la presunción de inocencia, que cuando se trata de determinar el presupuesto fáctico que permite la imposición del decomiso. El derecho citado supone el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. Mientras que en el caso del decomiso, **respecto a la probanza de su presupuesto fáctico (la procedencia ilícita de un bien o derecho)** no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, **esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada** (SSTS 877/2014, de 22 de diciembre; 969/2013, de 18 de diciembre; 600/2012, de 12 de julio).*

En suma, no basta con que presuntamente el bien sea de ilícito origen, es preciso vincular ese bien a una actividad criminal, de tal manera que, aun no dimanando el bien directamente del delito enjuiciado, se permita concluir igualmente su carácter ilícito y por tanto su consecuente decomiso.

En este punto conviene tener en cuenta que los Tribunales españoles, en emblemáticas sentencias de nuestra reciente Jurisprudencia han demostrado

9 La Sentencia recurrida era la SAN nº 16/2014 de 24 de junio de 2014 (Sección Segunda Sala de lo Penal. Ponente Angel Hurtado) que había condenado por delitos de pertenencia y de colaboración con organización terrorista y acordado el comiso de las llamadas “*Herriko Tabernas*”.

una extraordinaria sensibilidad en la idea de anular cualquier ganancia ilícita, con una interpretación vanguardista del decomiso ampliado.

El decomiso ampliado permite decomisar bienes desconectados del delito de condena, lo que implica que pueden ser objeto de decomiso bienes de origen ilícito, pero no directamente relacionados con el delito enjuiciado.

Esta consideración tuvo ya su origen en el Pleno del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998, motivado por la preocupación sobre las ganancias del tráfico de drogas. Según el Alto Tribunal *“el comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del CP debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio”*.

En el ámbito jurisprudencial se afirma con rotundidad que **no es preciso identificar las concretas operaciones delictivas de las que proceden los bienes y que es posible decomisar bienes ilícitos de otras operaciones diferentes a la descubierta y por la que se condena** (STS 974/2012 de 5 de diciembre Ponente Berdugo —caso Ballena Blanca—, STS 969/2013 de 18 de diciembre Ponente Berdugo y STS 508/2015 de 27 de julio Ponente Saavedra —caso Malaya—).

En la fundamentación de tal afirmación se busca acomodo en razonamientos de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Salabiaku 7 octubre 1988¹⁰ y Caso Pham Hoang 25 septiembre 1992¹¹).

10 Sentencia de la Sala del TEDH nº 10519/1983, de 7 de octubre de 1988: Las presunciones de hecho o de derechos de los sistemas legislativos no violan los derechos establecidos en los párrafos 1 y 2 del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (presunción de inocencia), siempre que los Estados se mantengan dentro de ciertos límites.

11 Sentencia de la Sala del TEDH nº 13191/1987 de 25 de septiembre de 1992: el artículo 6 del Convenio “exige a los Estados parte

Partiendo de esa consideración, se pueden decomisar bienes de origen ilícito procedente de delitos distintos al enjuiciado, bajo unas premisas ineludibles¹²:

1. el bien ha de proceder de actividades ilícitas en el marco de las conductas listadas en el artículo 127 bis CP
2. el bien ha de haber sido adquirido en el período de tiempo de esas actividades delictivas
3. el valor de esos bienes es desproporcionado con los ingresos legales del sujeto

En tal línea la STS nº 974/2012 de 5 de diciembre de 2012 del llamado caso Ballena Blanca (Ponente Berdugo):

*“Respecto a la probanza de dicha procedencia, no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierta y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada. Prueba indiciaria que podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que **el acusado venía dedicándose desde hacia tiempo a la actividad por la que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese período de tiempo en que el condenado se venía dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces***

definir dentro de límites razonables de hecho o de derecho que recogen en sus leyes represivas”.

12 Luzón Cuesta, J.M., Luzón Cánovas, A & Luzón Cánovas, M: *Compendio de Derecho Penal Parte General. Tema 19 las consecuencias accesorias: el decomiso. Medidas aplicables a las agrupaciones sin personalidad jurídica*. Dykinson 25º Edición (2019)

de justificar el incremento patrimonial producido, etc... *Probados estos datos indiciarios y puestos en relación unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no procede propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo, en consecuencia, ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito*" (Fundamento de Derecho Décimo Tercero).

Tan es así esta posibilidad de decomisar bienes ilícitos procedentes de otros comportamientos delictivos diferentes al enjuiciado, que el propio artículo establece mecanismos de control caso de futuros enjuiciamientos de esos delitos origen de aquel decomiso (127 bis.4) y los límites generales a tal decomiso si esas actividades delictivas hubieran prescrito o sobre las mismas pesara cosa juzgada (127 bis.5 CP).

Toda esta concepción del decomiso permite hablar de un **decomiso ampliado de primer nivel**.

Además, existe lo que puede denominarse un **decomiso ampliado de segundo nivel**, o decomiso ampliado por reiteración delictiva en los artículos 127 quinquies y sexies CP referido al decomiso de bienes procedentes de actividades delictivas previas con beneficios superiores a 6.000 €.

En efecto, y siempre en relación al listado de delitos del 127 bis. 1 CP, es posible decomisar todo el patrimonio de un sujeto dedicado de modo continuo a delinquir¹³, en base a una **Presunción de patrimonio ilícito**¹⁴ de todos los bienes adquiridos

13 Actividad delictiva continuada se entiende por la existencia de tres o más delitos o infracciones penales en igual procedimiento ó dos o más delitos o infracciones penales en los seis años anteriores al procedimiento actual, conllevando todos ellos beneficios económicos (art 127 quinquies.2 CP).

14 Se presume de origen ilícito todos los bienes adquiridos y todos los gastos efectuados en los seis años anteriores al inicio del procedimiento y además se presume que los bienes adquiridos lo fueron libres de cargas.

seis años antes de la apertura del procedimiento. Se trata de una **presunción "quasi" iuris et de iure**, que sólo cede en caso de incorrección o desproporción.

En el caso de la **sentencia "Malaya"** dictada por la Audiencia Provincial de Málaga en el año 2013 y cuya casación fue resuelta por el Tribunal Supremo en Sentencia de 2015 se hace una aplicación del principio inspirador de este comiso ampliado a una actuación delictiva previa aunque los hechos se habían cometido en fecha muy anterior a la entrada en vigor de la LO 1/2015¹⁵.

1.3. El modelo procesal español. Las limitaciones del decomiso autónomo.

Sin perjuicio de la vanguardista línea interpretativa de nuestros Tribunales, en consonancia con los estándares internacionales, el modelo procesal español, a mi juicio, no está a la altura y el procedimiento de decomiso autónomo es buen ejemplo de tal afirmación.

15 Lorente Pablo, E. *La investigación patrimonial: aspectos prácticos del decomiso y de la recuperación de activos. Decomiso y recuperación de activos Crime doesn't pay*. Tirant lo Blanch. Valencia 2020 (página 855):

"En efecto, el criterio judicial fue partir de valorar y comparar el patrimonio del principal condenado (Roca) en dos momentos: (i) a fecha 10 de mayo de 1996, esto es, se partió del momento en que el delito de blanqueo pudiera tener como antecedente cualquier actividad delictiva precedente, superando la concepción del delito contra la salud pública como único delito antecedente del blanqueo de capitales; y (ii) a fecha 2006 con la detención de aquél.

Así se dedujo que la diferencia cuantificaba el patrimonio ilícito en un 64 % a decomisar y en un 36% el patrimonio lícito.

En el recurso de casación, el Tribunal Supremo excluyó del decomiso cuatro fincas adquiridas antes del 10 de mayo de 1996 pero ratificó el decomiso de otras tres fincas que, aunque adquiridas antes de 10 de mayo de 1996 fueron posteriormente enajenadas para mezclarse con otros bienes de origen ilícito.

El Alto Tribunal también ratificó la administración judicial de todo el patrimonio porque el 36%, aunque no se pudiera decomisar, tenía como destino garantizar responsabilidades pecuniarias."

Ciertamente las sentencias de decomiso autónomo no son a fecha actual todavía muy numerosas, pero sí se observa en este tipo de procedimientos un claro interés de los Tribunales por salvar escollos procesales:

En la Sentencia de decomiso autónomo de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2023 (Sentencia nº 2/23 Ponente Manuela Fernández Prado), en sus Fundamentos de Derecho 102 y 103), se acude a la aplicación de la teoría del “levantamiento del velo” para decomisar bienes a nombre de testaferros o de sociedades “pantalla” aun cuando éstos no hayan sido citados al procedimiento, en aras al citado objetivo de privar al delincuente de sus ilícitos bienes:

“102. El hecho de que los bienes figuren a nombre de una sociedad, cuando se trata de una simple sociedad pantalla, no puede impedir el decomiso de las ganancias delictivas. La teoría del levantamiento del velo hace que la ficción jurídica, que se interpone para ocultar la real propiedad, no pueda estimarse como obstáculo para llevar a cabo el decomiso de las ganancias del delito.

103. La sentencia del T.S. nº 904/22, de 17 de noviembre¹⁶, admitió el decomiso de bienes que figuraban a nombre de sociedades, que no habían sido parte en el juicio, cuando en los hechos probados se constata que los administradores

16 Fundamento de Derecho Noveno de la STS nº 904/2022 de 17 de noviembre de 2022 (Ponente Magro Servet): “Es por ello que la inferencia del Tribunal de que el recurrente no ha generado de manera legítima nada de lo que ha invertido desde el año 2000 no es irracional o arbitraria. Establecido así el hecho probado y lo establecido en la sentencia, la consecuencia del comiso de los bienes objeto del blanqueo consideramos que es plenamente acertada, toda vez que, además, consta en los hechos probados que “Los administradores que figuran de estas sociedades son solamente personas colocadas en tales cargos, como testaferros de las mismas. Entre esos bienes a nombre de terceras personas jurídicas pero que realmente son de la titularidad del acusado”. La evidencia se constata de la propia queja respecto del comiso de bienes que él mismo dispuso la titularidad a nombres de personas jurídicas que el mismo controlaba en realidad y que se verifica en un entramado de ocultación absoluta como “mecánica delictiva” reiterada en el tiempo fijado en los informes periciales de investigación de patrimonio.”

que figuran en estas sociedades son solamente personas colocadas en tales cargos como testaferros de las mismas, bienes a nombre de terceras personas jurídicas pero que realmente son de la titularidad del acusado”.

El “*desiderátum*” de nuestro Alto Tribunal parece evidente cuando, a modo de ejemplo, en la STS nº 338/2015 de 2 de junio de 2015 (caso “Herriko Tabernas”. Ponente Berdugo) dice en su Fundamento de Derecho Quadragésimo:

*“la finalidad del decomiso es anular cualquier ventaja obtenida por el delito y que su aplicación en el proceso penal no está vinculada a la pertenencia del bien al responsable criminal, sino únicamente a la demostración del origen ilícito del producto o las ganancias o de su utilización para fines criminales la finalidad del comiso es anular, **por lo que en principio, aun habiendo sido absuelta una persona o perteneciendo el bien a un tercero, podría acordarse el comiso del dinero o bienes intervenidos**, desvirtuando la presunción de buena fe de los arts. 433 y 434 C.Civil y acreditando que era un tercero aparente o limitado para encubrir el origen ilícito”.*

Pues bien, tal aspiración choca, a mi entender, con significativas limitaciones procesales en el ámbito del decomiso autónomo regulado en los artículos 803 ter e) a 803 ter u) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que ni se acerca a la figura del decomiso civil ni representa exactamente la cara procesal del decomiso sin sentencia:

Primera:

El decomiso autónomo se introdujo en la reforma procesal de la Ley 41/2015 de 5 de octubre (en vigor desde el 6 de diciembre de 2015), en los artículos 803 ter e) a 803 ter u) LECrim, como aparente procedimiento para los casos del llamado “*decomiso sin sentencia*” del artículo 127 ter del Código Penal. En tal sentido lo expone la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de diciembre de 2020 (Sentencia nº 29/2020. Ponente Francisco Vieira) y

ésta fue la argumentación del Considerando III de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2015.¹⁷

Entre las primeras sentencias, se dictó la SAN nº 7/2018 de 16 de marzo de 2018 (Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Ponente Angela Murillo) en que se demandó por el Fiscal a las herederas de un investigado fallecido, acordándose el decomiso definitivo de bienes por el allanamiento de las demandadas.

Sin embargo, **el decomiso autónomo como procedimiento no parece estar reservado en exclusiva a los casos de decomiso sin sentencia**, por cuanto el decomiso autónomo también resulta posible si el Fiscal decide hacer reserva expresa del mismo en el pleito principal y emprender la acción una vez exista sentencia.¹⁸

17 III: "La Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea exige a los Estados miembros articular cauces para su implementación, en especial para permitir la efectividad de las nuevas figuras de decomiso. **Se regula así un proceso de decomiso autónomo que permita la privación de la titularidad de los bienes procedentes del delito pese a que el autor no pueda ser juzgado.** El procedimiento responde a un equilibrio entre la agilidad que le es propia y las garantías para las personas demandadas. Se ha optado por la remisión al procedimiento verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que contribuye a la seguridad jurídica. Se han incluido, no obstante, las especialidades propias del procedimiento en el articulado y un sistema de recursos basado en el procedimiento abreviado. Se prevé además la fase de ejecución de los bienes decomisados, en la que la investigación asociada será dirigida por el Ministerio Fiscal, sin detrimento de las funciones investigadoras de éste en la fase prejudicial. Esta regulación ha de ponerse en contexto con las modificaciones del decomiso que por su parte introduce la reforma del Código Penal, y en concreto, como complemento de aquella, se ha previsto ahora la intervención en el procedimiento de los terceros que puedan verse afectados por el decomiso. Sus derechos se garantizan no solo en este procedimiento, sino con la articulación de un recurso de anulación, por remisión nuevamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en caso de que la resolución se haya dictado sin considerar su condición de interesado en la causa."

18 Artículo 803 ter e) párrafos 2 y 3 LECrim, sobre la procedencia del procedimiento de decomiso autónomo en los casos de:

- Que el Fiscal ha hecho reserva expresa en su escrito de acusación de la acción para solicitar el decomiso en este procedimiento autónomo. En este caso podrá presentar la demanda una vez concluido por sentencia firme el proceso penal.
- Que el autor ha fallecido, sea rebelde o incapacitado para comparecer en juicio.

Dice el texto que el Fiscal puede reservarse la solicitud para cuando esté concluido con sentencia firme el **"pleito principal"** (art 803 ter e) párrafo tercero LECrim), dejando en el aire referencia alguna al momento de interposición de demanda de decomiso autónomo por el Fiscal en todas aquellas situaciones en que el procedimiento acabe en sobreseimiento o archivo por concurrir fallecimiento, rebeldía o incapacitación para acudir a juicio.

Parece lógico entender, por tanto, que el Fiscal, único legitimado activamente para entablar la demanda (artículo 803 ter h) LECrim.), en los casos de archivo o sobreseimiento del pleito principal podrá presentar su demanda una vez archivada o sobreseído dicho pleito, toda vez que no va existir acusación en tal caso y, por ende, ninguna reserva se ha de hacer.

La situación se complica si el investigado no es el único "autor" de manera que si el hecho delictivo tiene otros "autores", resulta confuso si el Fiscal tendrá o no que esperar a que concluya por sentencia firme el proceso **"principal"** antes de dirigir su acción contra el fallecido, incapacitado o rebelde.

Esta confusa redacción del artículo 803 ter e) LECrim, radica en entremezclar la referencia a los supuestos en que materialmente procede el decomiso autónomo con la vinculación procesal entre éste y el pleito **"principal"**.

En suma, el Fiscal, único con legitimación activa en el procedimiento de decomiso autónomo, puede reservarse la interposición de demanda de decomiso autónomo, medien o no, a mi juicio, circunstancias de fallecimiento, rebeldía o incapacidad para asistir a juicio, ya que que la norma procesal no preve rigurosamente en todos los casos el momento de presentación de dicha demanda.

Segunda:

Respecto de las causas de decomiso sin sentencia por exención o extinción de responsabilidad criminal, se observa una palmaria dis-

torsión entre la redacción del artículo 127 ter del Código Penal y la redacción del 803 ter e) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así el decomiso del artículo 127 ter del Código Penal dice expresamente que podrá acordarse el decomiso cuando *"no medie sentencia de condena"*, en alguno de los siguientes supuestos:

- a) *Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento con riesgo de prescripción de los hechos.*
- b) *Que el sujeto esté en rebeldía y ello impide el enjuiciamiento de los hechos en plazo razonable.*
- c) *Que no proceda pena al estar exento de responsabilidad criminal o ésta se haya extinguido.*

Esta redacción es desafortunada en varios aspectos: (i) al decir que *"no medie sentencia de condena"* debería decir que *"no medie sentencia"*, por cuanto podría no llegarse a la sentencia y resolverse el proceso penal mediante un auto sobreseimiento o de archivo, dadas las circunstancias que indica el artículo y (ii) la redacción del Código Penal separa el fallecimiento de la extinción de responsabilidad criminal, olvidando que aquel es causa de extinción también (art 130.1.1º CP).

Pero si además comparamos esta consideración puramente sustancial del Código con su ejecución procesal y acudimos a cómo concibe el legislador procesal la incardinación de este tipo de decomiso, la confusión aumenta aún más.¹⁹

Así la letra b) del artículo 803 ter e) LECrim dice que es aplicable el procedimiento de decomiso autónomo *"cuando se solicite como consecuencia de la comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio"*.

¹⁹ Ley 41/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

Nada dice la norma procesal sobre los supuestos de exención de responsabilidad criminal y desde luego tampoco aborda los supuestos de extinción de responsabilidad criminal distintos del fallecimiento del artículo 130 del Código Penal, de manera que en casos de prescripción o de indulto, entre otros, no hay previsión procesal sobre decomiso autónomo.

Todo indica que el legislador ha excluido cualquier supuesto de extinción de responsabilidad criminal más allá del fallecimiento. No en vano el artículo 127 bis párrafo 5²⁰ del Código Penal excluye la prescripción y la cosa juzgada en los casos de decomiso ampliado.

También el 803 ter e) LECrim utiliza la expresión *"autor"* con lo que parece que sólo se considera a aquellos investigados que se incardinan estrictamente en el concepto de autoría del artículo 28 del Código Penal.

Tercera:

Pese a su nombre el decomiso autónomo carece de la autonomía que pregoná.

En efecto, para llegar a una sentencia de decomiso autónomo es necesario que previamente exista un ***"pleito principal"*** y que éste haya concluido, sea mediante una sentencia previa (absolutoria o condenatoria) o sea mediante una resolución (Auto) de sobreseimiento/archivo por la concurrencia de causas de exención por fallecimiento o incapacitación o por rebeldía.

El decomiso autónomo es un procedimiento de naturaleza procesal.

Como dice la SAN nº 6/2020 de 1 de septiembre 2020 (Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacio-

²⁰ 127 bis 5 CP: *"El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada"*.

nal. Ponente Manuela Fernandez Prado) “Con el decomiso autónomo el legislador establece el instrumento para poder ejercer la acción del decomiso, cuando no pueda ejercerse en el procedimiento principal, que se ve paralizado. De ahí que en el decomiso autónomo tenga un carácter predominantemente procesal.” (Fundamento de Derecho Cuarto)

Y ese carácter procesal tiene, a mi juicio, peculiares características:

- a) El procedimiento de decomiso autónomo resulta, pese a su nombre, más bien un procedimiento subsidiario, en todo caso, del devenir del “principal”. Si el Fiscal se reserva la acción, la demanda va a depender de la conclusión por sentencia firme (sea ésta absolutoria o condenatoria) y si concurren fallecimiento, rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio va a depender de una resolución (Auto) que archive o sobresea la causa por concurrencia de estas circunstancias.

Esto implica además una dependencia de causas tasadas, de manera que fuera de los supuestos legalmente establecidos, no será procedente acudir a un procedimiento de esta naturaleza. Así quedan excluidos supuestos de sobreseimiento provisional o libre al concurrir por ejemplo cosa juzgada, como fue el caso de la SAN nº 29/20 de 9 de diciembre de 2020 (Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Ponente Francisco Vieira) que desestimó la demanda del Fiscal de decomiso autónomo²¹ al haberse sobreseído libre-

mente por cosa juzgada el delito de blanqueo cuyo delito antecedente era un delito contra la salud pública y falsificación que había resultado en sentencia absolutoria.

- b) Al no concurrir en la norma procesal el principio de irretroactividad de la norma penal sustantiva, no hay impedimento en incoar un procedimiento de decomiso autónomo a los fines de decomisar bienes cuyo ilícito origen sea anterior al 6 de diciembre de 2015 (fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2015), si esos bienes han sido adquiridos por el demandado con posterioridad a la operación delictiva del pleito principal.

En este sentido la SAN nº 16/2022 de 26 de mayo de 2022 (Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Ponente Carolina Rius) que acordó el decomiso autónomo de bienes adquiridos con posterioridad al año 2011 que era la fecha de inicio de la dinámica comisiva de delito de tráfico de drogas en cuyo procedimiento el demandado estaba en situación de rebeldía.

En igual línea pero con una interpretación del decomiso autónomo, a mi juicio, más expansiva, la SAN nº 6/2020 de 1 de septiembre 2020 (Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional. Ponente Manuela Fernandez Prado) confirma en su Fundamento de Derecho Cuarto que es ajustado a **derecho acordar el decomiso extendido que, por causa de rebeldía, se solicita mediante demanda de decomiso**

21 La sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Nacional desestimó la demanda del Fiscal pero acordó, de acuerdo con el artículo 94.3 de la Ley General Tributaria: “Poner en conocimiento de la Administración Tributaria la posesión del citado dinero por Marisa para que, en el ámbito de sus competencias tributarias, determinen los efectos y las obligaciones que deben cumplirse a fin de regularizar la tenencia de esa importante cantidad de dinero. Una vez que el poseedor acredite en el procedimiento principal la oportuna regularización tributaria, podrá acordarse la entrega de las cantidades resultantes a quien o quienes corresponda”. Recurrido en apelación este extremo por las demandadas, la Sen-

tencia de la Sala de apelaciones de la Audiencia Nacional de 14 de abril de 2021 (nº 4/2021 Ponente Eloy Velasco) desestimó el recurso, confirmando la resolución, debiendo mantenerse la retención de los 773.000 € intervenidos de acuerdo con el artículo 635 LECrim y acordando expresamente: “otorgar a la AEAT un plazo de dos meses a contar desde que la Sala a quo le dé traslado del testimonio oportuno de lo actuado que le comunique la retención de los 773.300 euros y la información de la que proviene —lo que debe hacer la Sala tan pronto conozca la presente resolución—, para que aquella a su vez indique a la Sala a quo en ese plazo si inicia o no actuaciones.”

autónomo. Esto es, mediante este procedimiento es correcto solicitar el decomiso de bienes de origen ilícito anterior a la concreta operación descubierta en aplicación de la pura interpretación que desde el Pleno del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998 existe respecto del decomiso extendido, por cuanto “*Con el decomiso autónomo el legislador establece el instrumento para poder ejercer la acción del decomiso, cuando no pueda ejercerse en el procedimiento principal, que se ve paralizado. De ahí que en el decomiso autónomo tenga un carácter predominantemente procesal.*”

En este caso el ministerio fiscal en el procedimiento seguido por el delito de blanqueo ejerció la acción solicitando el decomiso ampliado frente al acusado, y también frente a su esposa e hijos, en este caso como terceros responsables a título lucrativo. Es al no poder mantener esta acción por la rebeldía del acusado, que se produce el 6 de abril de 2018 cuando el ministerio fiscal ejercita la acción para el decomiso autónomo. De forma que cuando se produce la situación de rebeldía, de la que nace la acción para el decomiso autónomo, ya estaba en vigor la reforma del art. 127 llevada a cabo por la ley orgánica 1/2015 (EDL 2015/32370), que la contempla. La acción de decomiso ya existía y lo que hace la reforma de 2015 es posibilitar el cauce procesal para poder ejercerla de forma autónoma ampliando los supuestos que ya existían a la rebeldía del acusado. Es esta naturaleza procesal lo que permite su aplicación a las demandas incoadas tras su entrada en vigor”.

En esa misma sentencia, **la Sala de Apelaciones es favorable a que el procedimiento de decomiso autónomo permita decomisar bienes de terceros**, de manera que pese a la referencia del 127 ter párrafo 2 a que el decomiso sólo puede ejercitarse “*contra quien ha sido formalmente acusado o contra el imputado en relación al que existan indicios ra-*

cionales de criminalidad”, el carácter procesal del decomiso autónomo permite su utilización en caso de bienes de terceros y dice el Fundamento de Derecho Quinto:

“... el art. 127 quáter permite acordar el decomiso de bienes efectos y ganancias “a que se refieren los artículos anteriores” cuando hayan sido transferidos a terceras personas. Con esa referencia a los artículos anteriores parece que hay que admitir que el decomiso de bienes de tercero puede solicitarse mediante un decomiso autónomo, en caso de paralización del procedimiento principal, por rebeldía, entre otras causas... De modo que la legitimación pasiva no se limita al encausado rebelde, como pretende la sentencia recurrida, sino que expresamente la LECrim. cuando regula este procedimiento incluye a los terceros titulares de los bienes a decomisar, distintos del encausado rebelde.... Por ello debemos interpretar que el decomiso de bienes de terceros puede solicitarse a través del decomiso autónomo”.

2. El papel del fiscal en la recuperación de activos

2.1. El Fiscal y la investigación patrimonial.

En línea con lo establecido en la Circular 4 /2010, de 30 de diciembre, *sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*, la investigación patrimonial sobre el presunto autor nos permita determinar (i) la realidad de sus presuntas ilícitas actividades, (ii) la concreción de bienes que pudieran estar sujetos a eventuales responsabilidades pecuniarias y por tanto susceptibles de medidas cautelares y (iii) la determinación de ganancias ilícitas a decomisar y sobre las que procederá tomar eventuales medidas cautelares, en su caso, conforme al art. 127 octies del Código Penal.

Es evidente que el Fiscal puede (y debe) en el seno de sus Diligencias de Investigación practicar aque-

llas actuaciones encaminadas a la prueba de los hechos y al aseguramiento de los efectos, instrumentos y ganancias del delito, además de asegurar las responsabilidades pecuniarias (responsabilidad civil ex-delicto y costas procesales).

El aseguramiento cautelar de la pena de multa ha sido tratado recientemente por la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 69/2023 de 19 de junio de 2023 (Ponente César Tolosa Tribiño) que ha otorgado amparo a un demandante a quien le fue negado el acceso a recurrir la fianza acordada en el auto de apertura de juicio oral, considerando dicho Tribunal que las responsabilidades pecuniarias no comprenden la multa, que debe excluirse del cálculo de la fianza del artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerar que la multa *“no tiene finalidad resarcitoria o indemnizatoria(...) la multa (...) cumple una finalidad retributiva, rehabilitadora y de prevención”* por lo que el Tribunal considera que fianza de una pena de multa *“anticipa una pena que no ha sido declarada en sentencia y vulnera, de este modo, la presunción de inocencia del recurrente”* (Fundamento de Derecho Tercero).

Este criterio del Tribunal Constitucional ha sido adoptado en una situación procesal muy concreta que es la referida al cálculo de la fianza por el Instructor al dictar el Auto de apertura de Juicio oral en el procedimiento abreviado, y la extrapolación con el fin de impedir medidas cautelares sobre la pena de multa me resulta discutible y entra en colisión no sólo con el término *“responsabilidades pecuniarias”* del artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sino también con lo establecido expresamente en la Ley Orgánica 9/2021 Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, *de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea*, en su artículo 53²², que habla expresamente de la ga-

rantía de las multas como parte del aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias.

Sin perjuicio de las valoraciones que a futuro se puedan plantear sobre el ámbito de actuación procesal de este reciente criterio constitucional, considero que deben quedar, en todo caso, al margen del obligado aseguramiento del decomiso por mor de la literalidad del artículo 127 octies párrafo 1 del Código Penal. Debe además tenerse en cuenta que el decomiso se regula independientemente del Capítulo IV Título V del Libro I del Código Penal *“Del cumplimiento de la Responsabilidad Civil y demás responsabilidades pecuniarias”* y, por tanto, considero que quiebra cualquier pretendida equiparación entre las medidas cautelares decomiso y las de la pena de multa.

Es más, en aquellos casos en que exista una evidente circunstancia de decomiso sin sentencia (por ejemplo en caso de fallecimiento) resulta altamente conveniente entablar una demanda de decomiso autónomo tan pronto como se acredite dicha circunstancia en aras a que los embargos acordados en el pleito principal resulten sujetos a las garantías del decomiso autónomo entablado, dando así a tales medidas cautelares una seguridad jurídica, e impidiendo que aquéllas queden sin efecto (Auto de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia nº 1140/2021 de 18 de noviembre de 2021).

En todo caso, dado que la instrucción judicial penal está residenciada en los Jueces de Instrucción conviene plantearse qué grado de autonomía tiene el Fiscal a fecha actual en materia de recuperación de activos y, a juicio de quien suscribe, se evidencian carencias en nuestro sistema, como se explicará seguidamente.

Desde que resulten indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo por persona determinada, el Fiscal europeo delegado, de oficio o a instancia de parte, podrá adoptar mediante decreto las medidas cautelares dirigidas al aseguramiento de todas las responsabilidades pecuniarias que puedan derivarse del mismo, incluidas las responsabilidades civiles, las multas y las costas, así como del decomiso que en el futuro pueda acordarse respecto de los efectos, instrumentos y productos del delito.”

22 Artículo 53 LO 9/2021:

“Medidas de aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias.

2.1.1. *El grado de autonomía de que goza el Ministerio Público en la investigación patrimonial una vez judicializado el procedimiento*

La Circular 4/2010 recuerda a los Fiscales la “*actitud especialmente activa*” que deben tener, especialmente al comienzo de la instrucción “*tanto en lo que se refiere al afianzamiento de posibles responsabilidades civiles (Instrucción n° 1/1992) como al aseguramiento de los objetos, efectos, instrumentos y ganancias del delito*”. En suma, esta Circular, de expresa vigencia de acuerdo con la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/22 de 20 de diciembre, *sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal*, circunscribe el papel investigador del Fiscal, una vez iniciada la instrucción, a una actitud activa con finalidades exclusivamente cautelares.

Por su parte la propia Circular 2/2022 hace alusiones muy prudentes a la investigación patrimonial del Fiscal, iniciada la instrucción, de manera que en el ámbito de las diligencias auxiliares, si bien acepta la práctica de las mismas, su finalidad deberá ser “*coadyuvar a la investigación judicial*”, haciendo en todo caso “*un uso ponderado*” de esta facultad.

2.1.2. *El grado de autonomía del Fiscal en la investigación patrimonial relativa al decomiso autónomo*

Como ya se ha dicho más arriba, la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula el decomiso autónomo en sus artículos 803 ter e) a 803 ter u) y establece la legitimación activa exclusiva del Fiscal para su ejercicio como actor civil, ya sea por reserva expresa de su determinación al acusar o por concurrencia de circunstancias de fallecimiento, rebeldía o incapacidad del autor para comparecer en juicio.

La regulación procesal se limita a establecer pautas puramente procesales (seguir trámites de juicio verbal, forma de la demanda etc...) pero omite cual-

quier referencia a una actividad investigadora, siquiera mínima, que permita conocer los bienes que pudieran decomisarse.

El legislador parece haber olvidado que el decomiso no es ya una pena accesoria y automática de la comisión delictiva. El decomiso abarca las ganancias y sus transformaciones (“*decomiso subrogatorio*”²³) y eso requerirá una investigación patrimonial actualizada a fin de que la demanda que el Fiscal presente tenga el exigible rigor y resulte eficaz.

El legislador reduce el papel investigador del Fiscal a una participación “*ex post*”, una vez haya sentencia de decomiso autónomo, de acuerdo con el art. 803 ter q de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre “*Investigación del Ministerio Fiscal*”.

Es más, la propia Circular 2/2022 menciona “*en el marco de las diligencias preparatorias del procedimiento de decomiso autónomo*”, la facultad del Ministerio Fiscal de “*dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas o jurídicas para que faciliten, en el marco de su normativa específica, la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia*”.

No se acierta a entender bien su inclusión en las diligencias preparatorias cuando el procedimiento de decomiso ya ha acabado. Serían más bien diligencias post-procesales, pero éstas últimas se han relegado para los casos de reapertura de procedimientos penales sobreesidos (Circular 2/2022).

Por razones de eficacia, esa actividad pre-procesal del Fiscal debiera acaecer antes de interponer la demanda de decomiso y debería ser además una actividad investigadora de la suficiente hondura para permitir presentar demandas de decomiso plenamente fundamentadas. De momento el marco legal del que se dispone no parece permitirlo según lo expuesto más arriba.

23 Circular 4/2010 en 1.2 “*La investigación del patrimonio relacionado con la actividad criminal*”.

2.1.3. La autonomía del Fiscal en materia de requerimiento de documentación

Sin perjuicio de las limitaciones expuestas en los apartados a) y b), no debe olvidarse que la recuperación de activos requiere la recopilación de documentación que permita determinar el mapa patrimonial del investigado.

Como sabemos, de acuerdo con el artículo 4.5 párrafo 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, existe la obligación de autoridades, funcionarios, organismos y particulares de atender los requerimientos del Fiscal en el ejercicio de sus facultades y dentro de los límites legales, así como la de comparecer ante el mismo.

En igual línea, la obligatoriedad de facilitar información al Fiscal, tanto por parte de órganos administrativos como de otras personas físicas o jurídicas (entidades bancarias por ejemplo), encuentra su acomodo en el artículo 7.1 de la LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, estableciéndose expresamente la prohibición de comunicar al interesado la transmisión de sus datos en tales circunstancias investigativas, de acuerdo con el art. 7.4 de la citada LO 7/2021.

Téngase en cuenta, en tal sentido, algunas consideraciones que entiendo de interés práctico, en cuanto atañe a la documentación que puede recabar el Fiscal en la labor de averiguación patrimonial:

- El Fiscal puede solicitar datos a las entidades bancarias (STS 986/2006, de 19 de junio) cuando está realizando dichas Diligencias de Investigación, sin que pueda alegarse el secreto bancario.
- Desde el punto de vista de la investigación patrimonial, debe tenerse en cuenta que la Agencia Tributaria tiene una potente base de da-

tos, denominada Base de Datos Consolidada (BDC), y que tiene un deber de colaboración con los órganos jurisdiccionales y con el Ministerio Fiscal en relación a todos los delitos que no sean privados, de acuerdo con el artículo 95.1 a) Ley 58/2003 de 17 de diciembre, *General Tributaria*, que indica que la Agencia Tributaria está obligada a atender los requerimientos de la autoridad judicial y de la Fiscalía.

- La Ley Orgánica 9/2022 de 28 de julio de 2022 (en vigor el 29 de agosto de 2022)²⁴ ha traspuesto la Directiva (UE) 2019/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019²⁵ por la que se establecen normas destinadas a facilitar el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales.

El artículo 3 de esta Ley Orgánica permite al Ministerio Fiscal tanto el acceso directo al Fichero de Titularidades Financieras (artículo 3.1 LO 9/2022), como solicitar o recibir información del Servicio de Prevención de Blanqueo de Capitales SEPBLAC²⁶ (artículo 3.2 LO 9/2022).

El motivo de acceso a la información del Fichero de Titularidades Financieras tiene que ser la “prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de un delito grave o para **apoyar una investigación penal en rela-**

²⁴ LO 9/2022 de 28 de julio por la que se establecen normas que faciliten el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales, de modificación de la LO 8/1980 de 22 de septiembre de Financiación de las Comunidades Autónomas y otras disposiciones conexas y de modificación de la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.

²⁵ Directiva (UE) 2019/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 por la que se establecen normas destinadas a facilitar el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y por la que se deroga la Decisión 2000/642.

²⁶ SEPBLAC es la Unidad de Inteligencia Financiera en España.

ción con un delito grave, incluida la identificación, localización e inmovilización de los activos relacionados con dicha investigación” (artículo 4.1 LO 9/2020).

Los requerimientos al SEPBLAC deben estar respondidos en 72 horas, aunque hay causas tasadas para no atender a la petición de información por parte del SEPBLAC²⁷ (artículo 7 LO 9/2022).

- En los términos del artículo 4 Uno in fine EOMF, el Fiscal puede acceder a la información de los Registros Públicos, siendo de gran utilidad la consulta a través de páginas web, www.registradores.org en relación a los Registros Mercantiles, Registro de la Propiedad y Registro de Bienes Muebles, y www.rmc.es de acceso al Registro Mercantil Central (RMC).

2.2. Papel del Fiscal en caso de decomiso autónomo.

Como se ha dicho más arriba el modelo actual de decomiso autónomo es el de un procedimiento accesorio y subsidiario, cuya iniciación depende del devenir del proceso penal principal²⁸. Así en los casos en que por razón de oportunidad el Fiscal en su escrito de acusación se reserve expresamente la determinación de decomiso para este procedimiento, éste no se iniciará sino cuando el proceso de responsabilidades penales del encausado haya concluido con sentencia firme (art 803 ter e LE-Crim).

Esta dependencia tiene una clara consecuencia en la eficacia última de este proceso y en el propio rol

27 Perjudicar la investigación o el análisis en curso, ser desproporcionado o ser irrelevante.

28 Carrillo del Teso Ana E. *VII Procedimiento de Decomiso Autónomo en “Decomiso y Recuperación de activos en el sistema penal español”*. Tirant lo Blanch 2018.

del Fiscal como único legitimado para su activación. Así se suscitan importantes cuestiones como:

- la eventual necesidad de reiteración de prueba del proceso principal en el autónomo
- el riesgo de que una sentencia penal absoluta aboque a no adoptar un decomiso sobre bienes de origen manifiestamente ilícito, aun cuando estén vinculados a una organización criminal
- la alta probabilidad, salvo refuerzo cautelar al inicio del proceso, de desaparición de bienes, especialmente considerando el promedio, en la práctica, de duración de un proceso penal hasta la sentencia firme.

2.3. El Fiscal y el instrumento de reconocimiento mutuo de embargo y decomiso.

El Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 *sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso*, establece que el **Fiscal es autoridad de emisión** de una resolución de embargo, esto es, aquella encaminada a “*impedir la destrucción, transformación, traslado, transferencia o enajenación de bienes con vistas a su decomiso*”. (artículos 2.1) y 2.8) a) i) del Reglamento).

Este Reglamento de momento no ha tenido una norma interna española de adaptación, sin perjuicio de que, por su propia naturaleza, es de aplicación directa en la legislación nacional.

En una Nota Instructiva referente al Reglamento 2018/1805 emitida conjuntamente por el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado (Unidad de Cooperación Internacional) se dice expresamente que “*Son autoridades competentes en España para emitir la resolución de embargo a la que se refiere el Reglamento, los jueces*

o tribunales que conozcan del proceso en el que se deba adoptar la medida”.

Por tanto, los Fiscales españoles tienen vedada la posibilidad de emitir una orden de embargo a otro país de la Unión Europea en garantía del decomiso de los bienes.

Sin embargo, llama la atención que esto sí pueda realizarlo el Miembro Nacional de Eurojust y los Fiscales Europeos Delegados.

2.3.1. Sobre el Miembro Nacional de Eurojust

El Reglamento (UE) 2018/1727²⁹ sobre Eurojust establece en su artículo 8 las competencias del Miembro Nacional de Eurojust. Entre ellas está la emisión o ejecución de solicitudes de asistencia mutua o de reconocimiento mutuo (artículo 8.3). Obviamente el instrumento de reconocimiento mutuo primordial en materia de recuperación inmediata y eficaz de activos es el embargo preventivo.

El Reglamento permite también que la legislación nacional otorgue atribuciones adicionales al Miembro Nacional (8.2) y que éste las ejerza en casos de urgencia y cuando no sea posible conocer la autoridad nacional competente ni contactar con ella (art 8.4).

Para el caso en que tales actuaciones (emisión y ejecución de asistencia o reconocimiento mutuo o atribuciones adicionales otorgadas por el Estado Miembro) entraran en conflicto con el derecho nacional (caso de conflicto con las normas constitucionales del Estado miembro o con el reparto de competencias entre judicatura, Fiscalía y Policía, por ejemplo) la actuación del Miembro Nacional de Eurojust

²⁹ Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) y por la que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo.

será la de realizar una propuesta relativa a esa asistencia o reconocimiento mutuo (art. 8.5 y 8.6).

Por tanto, de acuerdo con el Reglamento la atribución al Miembro Nacional de funciones en la emisión y en la ejecución del instrumento de reconocimiento mutuo embargo preventivo (y de decomiso) queda en manos de la legislación nacional.

Aun cuando el Reglamento de Eurojust es, al igual que el Reglamento de embargo y decomiso de aplicación directa en España, se ha dictado la Ley 29/2022, de 21 de diciembre³⁰, por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento y su artículo 11 establece normas relativas al ejercicio de competencias del Miembro Nacional de España en Eurojust.

El legislador nacional, en una interpretación conjunta de los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 8 del Reglamento reconoce la competencia del Miembro Nacional para emitir o ejecutar instrumentos de asistencia o de reconocimiento mutuo, siempre y cuando no sean limitativas de derechos fundamentales y cuando medie urgencia y no sea posible determinar o contactar con la autoridad competente. Si esa actuación afectara a los derechos fundamentales, en tal caso, el Miembro Nacional sólo podría hacer una propuesta a la autoridad competente (párrafos 2, 3 y 4 del artículo 11 y apartado I del Preámbulo de la Ley 29).

En definitiva, considerando que el derecho de propiedad no se sitúa constitucionalmente entre los derechos fundamentales (artículo 33 de la Constitución Española), el legislador español está permitiendo que el Miembro Nacional de España pueda emitir órdenes de embargo cautelar si se dan las siguientes condiciones acumulativas:

³⁰ Ley 29/2022, de 21 de diciembre, por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre Eurojust, y se regulan los conflictos de jurisdicción, las redes de cooperación jurídica internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el exterior.

- Que sea un caso urgente
- Que no ha sido posible determinar o contactar con la autoridad nacional, dejando constancia documentada de tal situación

La exclusividad judicial en el dictado de órdenes de embargo, tan consagrada en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, no ha sido tomada en cuenta por el legislador nacional que no considera que exista en esta materia un conflicto de atribuciones que conlleve limitar la propuesta de actuación del Miembro Nacional pese a que el artículo 8.5 b) i) del Reglamento le hubiera permitido formular tal limitación a las funciones del Miembro Nacional.

2.3.2. Sobre los Fiscales Europeos Delegados

El Reglamento 2017/1939 sobre la Fiscalía Europea³¹ establece que los Fiscales Europeos Delegados (en adelante, FED) pueden “*inmovilizar los instrumentos o los productos del delito, incluidos los activos, si se prevé que el órgano jurisdiccional los decomisará y si existen motivos para pensar que el propietario, poseedor o gestor de dichos instrumentos o productos intentará frustrar la Sentencia que ordene su decomiso*” (artículo 30.1 d).

Pese a la naturaleza del Reglamento, se dictó para su aplicación, y en atención a las características de nuestro sistema procesal en que la instrucción está residenciada en los Jueces de Instrucción, la Ley Orgánica 9/2021³².

Se establece expresamente que los FED pueden acordar, de oficio o a instancia de parte, medidas cautelares reales en la Pieza de responsabilidades

31 Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

32 Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

pecuniarias, lo que incluye multa, indemnizaciones y garantía del decomiso (arts. 52 y ss).

Por tanto, el legislador nacional establece expresamente la competencia de los FED para dictar resoluciones de embargo preventivo.

Sin embargo, según la Nota Instructiva arriba referida, el Fiscal nacional no es considerado autoridad de emisión por lo que en casos de urgencia en el embargo inmediato (artículo 9.3 del Reglamento), el Fiscal no puede actuar directamente, con el consiguiente riesgo de pérdida de un tiempo valioso en casos de desaparición inminente de bienes y, particularmente, de volatilización de gruesos saldos de cuentas bancarias en el extranjero.

La reciente Circular 2/2022 de 20 de diciembre, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal, da por sentado expresamente que la limitación de que el Fiscal adopte medidas cautelares o limitativas de derechos (salvo la detención) señalada en el artículo 5.2 del EOMF se refiere tanto a medidas cautelares personales como reales.

Con ello la Circular asimila las medidas cautelares reales con las medidas limitativas de derechos fundamentales y excluye al Fiscal como autoridad para acordar embargos cautelares sobre bienes.

3. La pieza separada de “efectividad decomiso”

El legislador introdujo mediante la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modificó el Código Penal de 1995, una de las herramientas más potentes en la recuperación inmediata de activos mediante el artículo 127 octies párrafo 1 del Código Penal que permite acordar la aprehensión o el embargo de bienes, medios, instrumentos y ganancias que garanticen la efectividad del decomiso.

La reforma del 2015 incorporó al derecho nacional la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y

del Consejo, de 3 de abril de 2014, *sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea* (Disposición Final Sexta LO 1/2015)³³.

La previsión de la medida cautelar “*aprehensión*” permite ya de entrada un margen cautelar más amplio que el del formal “*embargo*” de bienes.

Así los casos de bloqueo de cuentas bancarias al inicio de las diligencias, en garantía de futuro decomiso, encuentran en el 127 octies del Código Penal perfecto acomodo. (Auto de la Audiencia Provincial de León 15 de febrero 2022³⁴ Fundamento de Derecho Segundo).

No es frecuente en la praxis de nuestros procedimientos la apertura de “*Piezas de Efectividad de Decomiso*”, pese a tener un absoluto apoyo normativo (art 127 octies párrafo 1 CP). En mi opinión un mayor uso de esta herramienta permitiría incluir supuestos como los del bloqueo de cuentas, anotaciones de prohibiciones de disponer de inmuebles y ciertas medidas que no son propiamente un “*embargo*”.

Por otra parte, esta “*Pieza*” atiende también a las indemnizaciones a las víctimas otorgándoles absoluta prioridad (art. 127 octies párrafo 3 Código Penal).

4. ¿Hacia un modelo de decomiso “*in rem*” o decomiso civil?

Como recordaba la Circular 1/2005 de 31 de marzo de 2005, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003 para acordar el comiso³⁵ se exige la previa existencia de

33 Art 7.1 de la Directiva: “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para proceder al embargo de los bienes con vistas a su posible decomiso. Entre dichas medidas, que serán ordenadas por una autoridad competente, se incluirán las actuaciones urgentes que haya que emprender, cuando sea necesario, para asegurar el bien.*”

34 El Derecho EDJ 2022/591673.

35 La expresión “*comiso*” fue sustituida por “*decomiso*” a partir de la LO 1/2015 de 30 de marzo.

un hecho típico y antijurídico³⁶, de igual modo que en aras a los principios acusatorio, de contradicción y de defensa debe ser pedido expresamente por el Fiscal.

Por tanto, el decomiso de un bien, como se ha explicado más arriba tiene que estar a fecha de hoy vinculado a una previa actividad delictiva que, por otro lado, en ningún caso se puede presumir, sino que debe ser acreditada en juicio.

Así incluso en el procedimiento de decomiso autónomo es preciso probar el nexo de conexión entre el ilícito bien y la actividad delictiva en cuyas circunstancias se pudo originar el bien.

Aunque el estándar de prueba no sea el que requiere la culpabilidad del hecho delictivo, como recuerda la STS del caso “*Herriko Tabernas*” arriba mencionada, eso no significa que pueda admitirse una presunción de ilicitud a la manera del decomiso civil.

La referencia a adoptar en el seno de la Unión Europea un modelo de decomiso civil o “*in rem*” dirigido directamente contra los bienes contaminados (“*tainted*”) como producto o instrumento del delito, ya se suscitó en los debates relativos a la Directiva 2014/42.

La Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior “*Comisión LIBE*” había propuesto para la Directiva 2014 la adopción de la llamada “*actio in rem*”, más acorde con la Recomendación de 2011 del Parlamento Europeo y las del GAFI, pero al final la Comisión presentó un modelo jurisdiccional y garantista de decomiso sin condena que lo consideraba “*sanción penal*”.³⁷

36 Circular 1/2005 XVII La modificación de las consecuencias accesorias: arts. 127 y 129 XVII.—El comiso: “*El texto actual del Código Penal sigue exigiendo la existencia de una relación entre el comiso y la infracción penal de la que es consecuencia accesoria. Hasta la entrada en vigor de la L.O. 15/03 tal relación era de accesoriad máxima porque la ley condicionaba el comiso a la imposición de una pena, lo que exigía que la trasgresión de referencia fuera un hecho típico, antijurídico, culpable y punible. En el momento presente, para acordar el comiso, la acción tiene que ser típica y antijurídica.*”

37 Maugeri, Ana María. *La trasposición de la Directiva 2014/42/UE*

En el momento actual nos hallamos ante una nueva oportunidad a través de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 2022, sobre recuperación y decomiso de activos³⁸ preparada por la Comisión de la Unión Europea y actualmente en fase de debate de “trilogos”³⁹ entre Comisión, Consejo y Parlamento Europeo.

Una de las áreas más controvertidas y de mayor alcance ante una eventual trasposición será el referido el tratamiento del “*decomiso de patrimonio no explicado*”, que guarda profundas conexiones con el delito de “*enriquecimiento injusto*”, pero que la Comisión propone con independencia de tal tipo penal.

El debate está servido y es posible que a futuro deba abordarse la aceptación de un decomiso civil, si no en la forma más anglosajona de su concepción, sí en alguna otra que permita avanzar en la más eficaz recuperación de activos de ilícito origen.

En efecto, el texto de la propuesta establece en su artículo 16 el denominado “*Decomiso de Patrimonio no Explicado vinculado a actividades delictivas*”⁴⁰,

en Italia.. *Decomiso y recuperación de activos Crime doesn't pay*. Tirant lo Blanch. Valencia 2020 (página 520)

En las actas de aprobación de la Directiva, tanto el parlamento como el Consejo invitaban a la Comisión a para llegar a un modelo de “*actio in rem*” compartido con las tradiciones comunes.

38 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0245>

39 <https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/es/noticias/los-trilogos/>

40 Artículo 16. **Decomiso de patrimonio no explicado vinculado a actividades delictivas.**

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir el decomiso de bienes cuando el decomiso no sea posible de conformidad con los artículos 12 a 15 y se reúnan las condiciones siguientes:

- los bienes se hayan embargado dentro de una investigación de delitos cometidos en el marco de una organización delictiva;
- la infracción penal contemplada en la letra a) puede dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica sustancial;
- el órgano jurisdiccional nacional haya resuelto que los bienes embargados se derivan de infracciones penales cometidas en el marco de una organización delictiva.

2. A la hora de determinar si los bienes embargados proceden de una actividad delictiva, se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluidos los hechos concretos y las pruebas disponibles, tales como que el valor de los bienes sea sustancialmente

que *a priori*, y sin perjuicio de lo que resulte en su texto final, se ha concebido bajo los ineludibles y acumulativos requisitos de (i) tratarse de casos de delincuencia organizada y (ii) que el delito origen, comprendido en lista de la Propuesta (artículo 2 “*Ámbito de aplicación*”), tenga un umbral de pena privativa de libertad de un máximo superior de al menos cuatro años.

Se trata de un texto en principio comedido y cuya redacción final estar por ver, pero que, en todo caso, invita a reflexionar sobre la previsible evolución de la figura del decomiso en Europa hacia un modelo más próximo al llamado decomiso “*in rem*” ya aceptado de una u otra manera en algunos países de nuestro entorno.

4.1. Los modelos internacionales de decomiso civil.

En efecto, ante el escaso resultado del decomiso tradicional, algunos países optaron hace mucho tiempo por seguir un decomiso fundamentado, no en el responsable del delito, sino en el bien mismo, de manera que el protagonismo en ese tipo de procedimientos de decomiso lo tienen los bienes, que se consideran de origen ilícito, y no las personas.

4.1.1. El modelo puro

El modelo de decomiso civil puro (“*Civil Forfeiture*” en Irlanda⁴¹ o “*Unexplained Wealth Orders*” en

desproporcionado con respecto a los ingresos lícitos del titular del bien.

3. A efectos del presente artículo, el concepto de «infracción penal» incluirá los delitos contemplados en el artículo 2 cuando lleven aparejada una pena privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años.

4. Antes de que el órgano jurisdiccional dicte una resolución de decomiso en el sentido de los apartados 1 y 2, los Estados velarán por que se respeten los derechos de defensa de la persona afectada, en particular, concediendo acceso al expediente y reconociendo el derecho a ser oído en cuestiones de hecho y de Derecho.

41 Proceeds of Crime Act 1996 (PoCA) y Criminal Assets Bureau Act 1996 (CAB).

Reino Unido⁴²) parte de la presunción “*iuris tantum*” de ilegalidad de los bienes cuando hay una desproporción entre el patrimonio y los medios de vida conocidos y, como prueba en contrario, establecen un mecanismo de inversión de la carga de la prueba que corresponde al sospechoso.

Este decomiso tiene un extraordinario alcance temporal y espacial, al permitir decomisar bienes con independencia del lugar y momento de comisión del delito.

4.1.2. El modelo “*sui generis*” italiano

El Decomiso Preventivo italiano (“*Confisca di prevenzione*”) se introdujo tras el asesinato del parlamentario Pio de La Torre por la Ley Rognoni La Torre en 1982.

No presupone una condena penal pero no es una “*actio in rem*” de carácter puro a la manera anglosajona porque, por un lado, no hay una inversión de la carga de la prueba y, por otro lado, tiene en consideración la peligrosidad genérica del sospechoso y sobre todo la de los propios bienes ilícitos en el circuito económico legal, siendo la manifestación de esa peligrosidad la que se utiliza como límite temporal para el decomiso⁴³.

4.1.3. El modelo alemán

Frente a estos modelos de decomiso que, civiles (Irlanda y Reino Unido) o “*sui generis*” (Italia), van dirigidos directamente contra los bienes contaminados (“*tainted*”), Alemania introdujo en 2017⁴⁴ un modelo de decomiso sin condena en el que partiendo de

42 UWO creadas por Criminal Finances Act 2017.

43 Maugeri, Ana María. *La trasposición de la Directiva 2014/42/UE en Italia. Decomiso y recuperación de activos Crime doesn't pay*. Tirant lo Blanch. Valencia 2020 (páginas 521-528).

44 Ley de 13 de abril de 2017 para la reforma de la recuperación de activos en el ámbito penal (*Gesetz zur Reform der Strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*).

una investigación penal en que se haya producido el embargo de bienes, y resultando, finalmente, imposible obtener una condena por razones de derecho (fallecimiento del autor, prescripción del delito, sobreseimiento), se permita, no obstante, acordar el decomiso de aquellos bienes que fueron embargados, bajo la fórmula de un “*decomiso independiente ampliado*”, denominado “*decomiso de bienes de origen incierto*”⁴⁵.

4.2. La naturaleza del decomiso civil o decomiso “*in rem*”.

4.2.1. El debate doctrinal sobre su naturaleza civil o penal

La consideración de naturaleza civil de este tipo de decomisos, con la admisión de retroactividad y de inversión de la carga de la prueba, es criticada por algunos como Maugeri que lo considera un “*fraude de etiquetas, en el sentido de que basta con asignar la naturaleza civil al procedimiento para soslayar las garantías penales*”.

Se ha criticado, en efecto, que el decomiso civil se ha usado como fórmula “*para sortear las garantías penales y difuminar el contorno entre lo civil y penal*”⁴⁶.

El TEDH en algunas ocasiones ha negado directamente el carácter penal del decomiso civil, inadmitiendo las demandas que le eran presentadas (Decisiones de inadmisión de la demanda en los casos *Dassa Foundation vs Liechtesten* 10 Julio 2007⁴⁷,

45 Carrillo del Teso, Ana E. *El nuevo regimen de recuperación de activos en Alemania. Sublimación del principio Crime doesn't pay. Decomiso y recuperación de activos Crime doesn't pay*. Tirant lo Blanch. Valencia 2020 (página 555).
Carrillo Crime doesn't pay

46 Blanco Cordero, Isidoro. *Estrategias modernas de lucha contra las ganancias de origen delictivo. Decomiso y recuperación de activos Crime doesn't pay*. Tirant lo Blanch. Valencia 2020 (página 581)

47 Decisión del caso *Dassa Foundation vs Liechtestein*: el decomiso sin condena no tiene naturaleza propiamente penal, por no tener como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que “es más comparable a

Walsh vs Reino Unido 21 noviembre 2006⁴⁸ y Butler vs Reino Unido 27 junio 2002⁴⁹ de manera que la alegación de vulneración de derechos como los recogidos en los artículos 6 (*“Derecho a un proceso equitativo”*) y 7 (*“No hay pena sin ley”*) del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁰ ha sido rechazada de plano por el Tribunal, al no admitir siquiera la demanda que contiene tal alegación.

En otros casos, aun admitiendo las demandas, el TEDH ha avalado el decomiso sin condena porque no lo contempla como una sanción penal sino con una naturaleza *“sui generis”* (ni penal ni totalmente civil), que no viola el principio de presunción de inocencia y declarando su compatibilidad con el derecho de propiedad, que debe basarse en un título justo (Sentencias del TEDH en los casos Raimondo vs Italia (22 de febrero de 1994)⁵¹, Prisco vs Italia

(15 de junio de 1999)⁵², Phillips vs Reino Unido (12 de diciembre de 2001)⁵³, Geerings vs Países Bajos (1 de marzo de 2007)⁵⁴, y Gogitidze y otros vs Georgia (12 mayo 2015)⁵⁵.

Por otra parte, la inversión de la carga de la prueba no es algo denostado en el marco de la delincuencia grave y los textos internacionales permiten su establecimiento por los Estados. Así la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas Viena, 20 de diciembre de 1988 (art. 5.7), la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional Nueva York 15 de noviembre de 2000, conocida como Convención de Palermo (art 12.7), la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción Nueva York 13 de octubre de 2003 (art 31) y el Convenio de Varsovia de 16 de mayo de 2005 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y

la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal” pues *“dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción.”* (THE LAW. C Complaint under article 7 of the Convention).

48 Decision Walsh vs United Kingdom:

“...the recovery order was not punitive in nature; while it no doubt involved a hefty sum, the amount of money involved is not itself determinative of the criminal nature of the proceedings.” (THE LAW. 1).

49 Decision Butler vs United Kingdom:

“The Government state that proceedings under sections 42 and 43 of the 1994 Act are classified as “civil” in domestic law(...) he forfeiture order was a preventive measure and cannot be compared to a criminal sanction, since it was designed to take out of circulation money which was presumed to be bound up with the international trade in illicit drugs. It follows that the proceedings which led to the making of the order did not involve “the determination ... of a criminal charge (see the Raimondi v. Italy judgment of 22 February 1994, Series A no. 281-A, p. 20, § 43; and, more recently, Arcuri and Others v. Italy (no. 54024/99, inadmissibility decision of 5. July 2001 (unreported)); Riela v. Italy (no.52439/99, inadmissibility decision of 4 September 2001 (unreported)).” (THE LAW. B Applicability of article 6 of the Convention under its criminal heading).

50 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma 1950.

51 Sentencia Raimondo vs Italia:

El embargo se traduce manifiestamente en una medida provisional que responde a la necesidad de garantizar la eventual confiscación de los bienes, que parecían ser fruto de actividades ilegales realizadas en perjuicio de la colectividad. Así pues, el interés general justificaba la injerencia objeto de discusión, que en la época en que se adoptó no podía considerarse como una medida des-

proporcionada al fin buscado teniendo en cuenta el peligrosísimo poder económico de una «organización» como la *mafia*. (§ 30)

52 La Decisión Prisco vs Italia niega que la confiscación antimafia italiana viole el principio de presunción de inocencia:

“La Cour vient de constater que les mesures de prévention ne peuvent se comparer à une peine et que la procédure y relative ne porte pas sur le « bien-fondé d’une accusation en matière pénale ». Dès lors, une personne frappée de la mesure de la confiscation ne revêt pas la qualité d’accusée au sens de l’article 6 § 2 de la Convention (requête n° 12386/86, précité, pp. 76 et 77). Cette disposition ne trouve donc pas à s’appliquer en l’espèce. (EN DROIT.3)

53 Sentencia Phillips vs Reino Unido:

El procedimiento de decomiso no implica una nueva acusación en materia penal y no persigue la condena o la absolución del culpable por otros delitos, sino que su objetivo es permitir al Tribunal la fijación de la cuantía a decomisar (§32-34).

54 Sentencia Geerings vs Países Bajos:

Esta Sentencia resulta ser excepcional al considerar la existencia de una violación de la presunción de inocencia del artículo 6.2 del Convenio porque no se había acreditado que el sujeto absuelto hubiera obtenido los bienes procedentes del delito del que además había sido absuelto:

“If it is not found beyond a reasonable doubt that the person affected has actually committed the crime, and if it cannot be established as fact that any advantage, illegal or otherwise, was actually obtained, such a measure can only be based on a presumption of guilt.” (§47).

55 Sentencia Gogitidze y otros vs Georgia:

El TEDH considera que las medidas de decomiso (decomiso civil) son proporcionadas pese a la ausencia de condena de culpabilidad de los acusados porque se presume que los bienes han sido adquiridos total o parcialmente con el producto de delitos de tráfico de drogas u otras actividades ilícitas. (§107)

decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo (art 3.4).

4.2.2. *El impacto de la naturaleza del decomiso civil*

La existencia de los diferentes modelos de decomiso a nivel internacional genera disfunciones prácticas, particularmente, en lo referente a la ejecución en el ámbito de la cooperación internacional de las órdenes de embargo/decomiso acordadas bajo un modelo de decomiso “*in rem*”.

El debate se centra en si tal resolución puede o no ser considerada “*procedimiento criminal*” (“*criminal proceedings*”).

Ello tiene repercusión, particularmente, en el instrumento de reconocimiento mutuo de embargo y decomiso del Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018.

En efecto, emitida una orden de embargo bajo el auspicio de un decomiso “*in rem*”, el país ejecutante deberá comprobar el carácter “*criminal*” del procedimiento en origen de la petición, ya que el Reglamento 2018/1805 no es expresamente aplicable a resoluciones de embargo y decomiso dictadas en procedimientos civiles o administrativos (art.1.4 Reglamento).

Conviene en todo caso recordar, que el concepto de “*criminal proceedings*” es un concepto autónomo del derecho de la Unión.

Así, el TEDH sobre el concepto de “*criminal proceedings*” estableció hace mucho tiempo los conocidos como “*criterios Engel*” (*STEDH Engel and others against Netherlands 8th June 1976*) en virtud de los cuales para determinar si un procedimiento tiene o no naturaleza criminal debe tenerse en cuenta:

a) la clasificación legal del delito en la consideración del derecho nacional

b) la verdadera naturaleza del delito y

c) el grado de severidad de la pena que el delito conlleva.

En todo caso, los criterios b) y c) pueden concurrir de forma alternativa.

Estos criterios, de gran utilidad para determinar la concurrencia o no de “*bis in idem*”, se muestran de interés para valorar si el procedimiento de decomiso tiene o no naturaleza “*criminal*”.

Por lo tanto y en relación con el ámbito de las resoluciones de embargo y decomiso en el seno de la Unión Europea, ciertamente, pese a todas las dudas que surjan y estando como estamos en un momento de cambios, el Considerando 13 del Reglamento de 2018 ya apunta a una interpretación flexible que permita el embargo incluso en caso de decomisos no tradicionales:

(13)“...*Procedimiento en materia penal...Comprende también otros tipos de **resoluciones dictadas sin condena firme**. Aunque ese tipo de resoluciones no exista en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro, el Estado miembro de que se trate debe poder reconocer y ejecutar la resolución dictada por otro Estado miembro. Los procedimientos en materia penal pueden también incluir **investigaciones penales realizadas por la policía y por otras autoridades encargadas del cumplimiento de la ley**”.*

La Propuesta de borrador de nueva Directiva de Embargo y Decomiso establece en el Considerando (“*Recital*”) 5 de su Exposición de Motivos que “*la Directiva debe establecer normas mínimas sobre seguimiento e identificación, embargo, decomiso y gestión de bienes en el marco de un procedimiento en materia penal. En este contexto, «procedimiento en materia penal» es un concepto autónomo del Derecho de la Unión interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, **sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. El concepto comprende todos*

los tipos de resoluciones de embargo y decomiso dictadas tras un procedimiento relativo a una infracción penal. Asimismo, comprende otros tipos de resoluciones dictadas sin sentencia condenatoria firme. Los procedimientos en materia penal pueden también incluir investigaciones penales realizadas por la policía y por otras autoridades encargadas del cumplimiento de la ley.”

Como referencia a la Jurisprudencia del TEDH, es oportuno acudir a la Decision del caso Dassa Foundation vs Liechtestein (application 696/2005 y Decision 10 julio 2007), en la que el Tribunal no admitió la demanda por entender que ni el artículo 6 “derecho a un proceso equitativo” ni el artículo 7 relativo a “no hay pena sin ley”, ambos del Convenio Europeo de Derechos Humanos pueden invocarse contra la medida de embargo preventivo en un proceso penal.⁵⁶

Así, por un lado, se rechaza la aplicación del artículo 6 de la Convención al entender que la aparente ofensa es la relacionada con una medida cautelar, no con el pleito principal y en ese sentido el TEDH declara no admisible tal violación en relación con meras medidas cautelares. La apreciación de violación de derechos humanos en relación a medidas de ese carácter, señala el Tribunal, ha sido absolutamente excepcional.⁵⁷

Y además por otro lado, **se rechaza por el TJUE que el embargo con vistas a la confiscación tal y como lo recoge la legislación de Liechtestein sea considerado una pena sino una medida para evitar el enriquecimiento injustificado a la manera del derecho civil, por lo que no se estima conculcado el artículo 7 CEDH**⁵⁸.

56 Los hechos se refieren al embargo para decomiso de las cuentas en Liechtestein de un ciudadano italiano acusado en Italia de sobornar jueces. Los demandantes se alzan contra el embargo que se había prorrogado, sin que se hubiera concluido el pleito principal. Se cuestionaba que se hubieran embargado transferencias de fondos producidas en el año 1996, resultando que la norma aplicada había entrado en vigor en el año 2000.

57 Ver en apartado “ B. Complaints under article 6 of the Convention”.

58 Ver en apartado “C. Complaints under article 7 of the Convention”:

Por ello se rechaza que la irretroactividad de la norma penal, sustentada por el artículo 7 de la Convención (“No hay pena sin ley”), sea extensible al embargo cautelar para decomiso: esta medida cautelar es de **aplicación a todos los activos ilícitos a la fecha de entrada en vigor de la ley que permite el embargo, al entender que su ilicitud es una situación permanente en el tiempo y, además deben ser objeto de decomiso todos los bienes de origen ilícito aunque sean de un tercero.**

5. El futuro papel del Órgano de Recuperación de Activos (“asset recovery office” ARO)

La propuesta de borrador de nueva Directiva de Embargo y Decomiso de 2022 tiene otro punto que va a resultar clave en el futuro. Es el referido al nuevo rol del órgano de recuperación de activos, muy focalizado en la localización de activos de carácter ilícito, que adquiere un carácter preponderante en la investigación penal desde el inicio de la misma (artículo 4⁵⁹).

En efecto el artículo 5 del borrador recoge unas funciones vinculadas particularmente a la localización

“Having regard to all relevant factors for the assessment of the existence of a penalty, the Court concludes that, given in particular the nature of under Liechtenstein law which makes it comparable to a civil law restitution of unjustified enrichment, the orders of seizure made against the applicant foundations in view of a subsequent forfeiture of their assets did not amount to a “penalty” within the meaning of Article 7 § 1, second sentence, of the Convention”.

59 Artículo 4. Investigaciones de seguimiento de activos.

1. A fin de facilitar la cooperación transfronteriza, los Estados miembros adoptarán medidas que permitan el rápido seguimiento e identificación de instrumentos y productos o de bienes que puedan ser objeto de una resolución de embargo o decomiso en el curso de un proceso penal.

2. Las autoridades competentes llevarán a cabo inmediatamente investigaciones de seguimiento de activos con arreglo al apartado 1 siempre que se inicie una investigación en relación con un delito que pueda generar una ventaja económica sustancial o, cuando sea necesario, para prevenir, descubrir o investigar delitos relacionados con el incumplimiento de medidas restrictivas de la Unión.

de activos (artículo 5⁶⁰) y la adopción de medidas inmediatas para la conservación de bienes (artículo 11.3 en relación con el artículo 11.2⁶¹).

El impacto de esta nueva línea alentada por la Unión Europea, en un crítico momento histórico por la guerra de Ucrania y el deseo de embargar bienes ilícitos de magnates rusos⁶², está todavía por determinar al concluir este artículo.

El tiempo dirá la redacción final que el legislador europeo (Parlamento y Consejo) da al texto, pero todo parece augurar cambios profundos en las funciones y puede que en la propia naturaleza de nuestro órgano nacional de recuperación de activos (ORGA), si finalmente el alcance de las funciones del mismo se amplía de una forma tan palmaria como parece inferirse del texto del borrador en trámite.

60 Artículo 5. **Organismos de recuperación de activos.**

(...)

2. Los organismos de recuperación de activos tendrán los siguientes cometidos.

- a) seguir e identificar instrumentos, productos o bienes siempre que sea necesario para apoyar a otras autoridades nacionales competentes responsables de las investigaciones de seguimiento de activos de conformidad con el artículo 4;
- b) seguir e identificar instrumentos, productos o bienes que puedan llegar a ser o sean objeto de una resolución de embargo o decomiso dictada por otro Estado miembro;
- c) cooperar e intercambiar información con los organismos de recuperación de activos de otros Estados miembros durante el seguimiento e identificación de instrumentos y productos o bienes que puedan llegar a ser o sean objeto de una resolución de embargo o decomiso;
- d) intercambiar información con otros organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en relación con la aplicación efectiva de medidas restrictivas de la Unión cuando sea necesario para prevenir, descubrir o investigar infracciones penales.

61 Artículo 11. **Embargo.**

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir el embargo de bienes que sea preciso para garantizar un posible decomiso de dichos bienes en virtud del artículo 12.

2. Las medidas de embargo incluirán la actuación inmediata que sea necesaria para la conservación de los bienes.

3. Los Estados miembros permitirán a los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en relación con la aplicación efectiva de medidas restrictivas de la Unión cuando sea necesario para prevenir, descubrir o investigar infracciones penales.

62 Como menciona la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva de 25 de mayo de 2022, *“en respuesta a la agresión militar de Rusia contra Ucrania, la Unión Europea ha adoptado contra Rusia y Bielorrusia medidas restrictivas, y que amplían las inicialmente estipuladas en marzo de 2014 para responder a la anexión ilegal de Crimea y Sebastopol por parte de Rusia (...) incluyen (...) embargo de activos (...) Para contrarrestar el riesgo de incumplimiento de tales medidas, el 25 de mayo de 2022 la Comisión adoptó una Propuesta de Decisión del Consejo por la que se añadía el incumplimiento de medidas restrictivas de la Unión a los ámbitos delictivos del artículo 83.1 del TFUE (los llamados euromedios), junto con una Comunicación con vistas a una Directiva relativa a las sanciones penales por incumplimiento de medidas restrictivas de la Unión (...).”*

