

Pérez-Llorca

Anuario 2021

Derecho Penal Económico
e Investigaciones

Índice

Editorial	4
Novedades normativas	6
Se regula el funcionamiento de la Fiscalía Europea en España	6
Circular de la Fiscalía General del Estado sobre los plazos de investigación judicial	8
Primeras iniciativas en la transposición de la directiva de <i>whistleblowing</i> en España	9
Las empresas que quieran acceder a los fondos del plan de recuperación, transformación y resiliencia deberán contar con un programa de <i>compliance</i>	11
Transposición de directivas de la UE en materia de Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo y modificación del Código Penal	13
Se regula la protección de datos personales relacionados con infracciones penales	16
Actualización de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado sobre criminalidad informática	18
Otras novedades normativas	19
Jurisprudencia destacada	21
Licitud de las investigaciones realizadas en otros Estados	21
Blanqueo de capitales sucesivo y caso “Sito Miñanco”	22
Blanqueo de capitales imprudente y falta de individualización de los deberes de cuidado	23
Limitaciones al conocimiento de las actuaciones policiales desarrolladas antes del inicio de un procedimiento judicial	24
La emisión de una Orden Europea de Detención interrumpe la prescripción de un delito	25
Primera condena por delito medioambiental al responsable de un vertedero ilegal de residuos	26
¿Qué opina el Tribunal Supremo sobre el plazo del art. 324 LECrim?	27
Extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica si ésta se disuelve	28
La tramitación de un procedimiento penal retrasa el inicio de la prescripción de la acción civil	29
Responsabilidad penal de las personas jurídicas	30
Publicaciones en medios en 2021	32
Área de Penal Económico e Investigaciones	34
Investigaciones Internas y Ciberdelitos	36
El equipo	37



Editorial

Editorial

Por segundo año, desde el equipo de Derecho Penal Económico e Investigaciones de Pérez-Llorca tenemos el gusto de presentaros una nueva edición de nuestro *Anuario*, en el que analizamos pormenorizadamente las novedades legislativas y jurisprudenciales más relevantes de 2021.

Si comparamos los avances legislativos que han visto la luz este último año con aquellos que se han materializado lo largo de 2020, podemos afirmar sin duda alguna que, aunque en esta edición contemos con menos novedades “estrella” –como lo fue el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal en su momento–, también hemos podido asistir al nacimiento de textos de calado. Este es el caso de la normativa que regula el funcionamiento de la Fiscalía Europea en España –órgano de nueva creación que ya está investigando decenas de casos en nuestro país– o la transposición de la 5ª Directiva comunitaria en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo –que perfecciona los mecanismos de prevención y mejora la transparencia y disponibilidad de información sobre los titulares reales de las personas jurídicas y otras entidades sin personalidad que actúan en el tráfico jurídico–.

Mención aparte merece la tan esperada transposición de la Directiva de *whistleblowing* a nuestro Derecho interno –que debía completarse antes de terminar el ejercicio–. A pesar de que durante el año 2021 se han implementado algunas iniciativas que siguen la estela del texto europeo –como la creación de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, y el establecimiento de un régimen específico de protección dirigido a aquellas personas que formulen una denuncia ante dicho organismo–, a día de hoy dicha transposición sigue sin llevarse a efecto en España. En el momento en que la misma se materialice, resulta indudable que todas las empresas deberán revisar sus políticas y procedimientos internos –y, en especial, aquellas que cuenten con un programa de *compliance*– para asegurar su adecuación a la norma.

La realidad de los hechos demuestra que la importancia de este tipo de instrumentos sigue cobrando impulso. Pocas personas que estén leyendo ahora estas líneas no estarán ya familiarizadas con las implicaciones que tiene el contenido del artículo 31 *bis* de nuestro Código Penal para cualquier empresa que opere en nuestro país –y ríos de tinta se han escrito ya acerca de esta cuestión–. Aunque es por todos conocido que la implementación de un programa de *compliance* continúa siendo una decisión potestativa en España, este tipo de instrumentos comienzan a convertirse de facto en un elemento trascendental para poder acceder a determinados recursos públicos –como es el caso de los fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia promovido por la Unión Europea para mitigar el impacto económico derivado de la crisis provocada por la COVID-19–.

Una edición más concluimos nuestro *Anuario* realizando un repaso a los pronunciamientos judiciales dictados en 2021 que hemos considerado más relevantes. Por razones obvias resulta imposible dar cabida en esta breve edición a todas las sentencias que se han dictado a lo largo de estos últimos meses, pero confiamos en que la selección que hemos realizado permita arrojar un poco más de luz a algunas cuestiones de interés para todos.

Como última novedad, el *Anuario 2021* también se publica en inglés. Con ello esperamos poder llegar a la mayor cantidad posible de lectores y facilitar así su mejor difusión.

Esperamos que os resulte de utilidad.

Un saludo cordial,

Adriana de Buerba
Juan Palomino

Adriana de Buerba
Socia de Penal Económico
e Investigaciones



Juan Palomino
Socio de Penal Económico
e Investigaciones





Se regula el funcionamiento de la Fiscalía Europea en España

Entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, y del reglamento interno de la Fiscalía Europea

A. ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 9/2021

El pasado 3 de julio de 2021 entró en vigor la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio (la “**LO 9/2021**”), mediante la cual se completó el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (el “**Reglamento**”) y se reguló el procedimiento que debe seguirse en nuestro país para investigar aquellos delitos que atenten contra los intereses financieros de la Unión Europea (“**UE**”).

A través de esta nueva norma se han introducido en nuestra legislación dos cambios de especial calado. Por un lado, se han atribuido competencias para perseguir los delitos mencionados a un órgano supranacional, diferente al Ministerio Fiscal español y con personalidad jurídica propia –la Fiscalía Europea–. Por el otro, en esos casos se ha confiado a dicho órgano la dirección de la investigación en detrimento de los Juzgados de Instrucción, alterando así los principios ordenadores de nuestro proceso penal y anticipando en cierto modo la implantación del nuevo modelo que se contiene en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal (el “**Anteproyecto de LECrim**”), el cual busca atribuir la dirección de todas las investigaciones penales al Ministerio Fiscal.

Principales novedades de la LO 9/2021

Las principales novedades derivadas de la LO 9/2021 son las siguientes:

1. Competencia de la Fiscalía Europea para investigar determinados delitos

La LO 9/2021 establece la competencia de la Fiscalía Europea para investigar y ejercer la acción penal en el territorio nacional en relación con

aquellos delitos que atenten contra los intereses financieros de la UE –a salvo de determinadas excepciones contempladas en el Reglamento–.

En particular, se la faculta para investigar y ejercer la acusación en relación con los siguientes delitos de nuestro Código Penal (“**CP**”):

- (i) Delitos contra la Hacienda de la UE que no se refieran a impuestos directos nacionales, tipificados en los artículos 305, 305 *bis* y 306 CP. En el supuesto de ingresos procedentes de los recursos propios del IVA, la Fiscalía Europea sólo será competente cuando los hechos estén relacionados con el territorio de dos o más Estados miembros y supongan, como mínimo, un perjuicio total de 10 millones de euros.
- (ii) Delito de defraudación de subvenciones y ayudas europeas, tipificado en el artículo 308 CP.
- (iii) Delitos de blanqueo de capitales que afecten a bienes procedentes de los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la UE.
- (iv) Delitos de cohecho, malversación y los contenidos en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, cuando afecten a los intereses financieros de la UE.
- (v) Delito de participación en una organización criminal tipificado en el artículo 570 *bis* CP, cuando la actividad principal de la misma sea cometer alguno de los delitos anteriores.

Asimismo, la competencia de la Fiscalía Europea también se podrá extender, de acuerdo con las previsiones del Reglamento, a los delitos indisolublemente vinculados a los recogidos en las letras (i) a (iv) anteriores.

Además, si bien la LO 9/2021 remite con carácter supletorio a la regulación contenida en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal española (“**LECrim**”), se exceptúa la aplicación de los límites temporales para la duración de las investigaciones penales previstos en el artículo 324 de esta última norma.

2. Competencia judicial de la Audiencia Nacional

La LO 9/2021 otorga la competencia judicial para enjuiciar estos delitos a la Audiencia Nacional –a excepción de aquellos casos en los que concurran supuestos de aforamiento–, a través de los Juzgados Centrales de lo Penal o de la Sala de lo Penal, en función de la gravedad del delito en cuestión.

3. Se implanta la figura del Juez de Garantías

En relación con las previsiones establecidas en el Anteproyecto de LECrim, la LO 9/2021 ordena crear la figura del Juez de Garantías, cuya misión principal será la de controlar la actividad investigadora de la Fiscalía Europea y cuyas decisiones podrán ser objeto de recurso en determinados supuestos.

Dado que, a día de hoy, esta figura no existe en nuestro ordenamiento jurídico, la LO 9/2021 prevé que sus funciones las asuman los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional –a excepción de aquellos casos en los que concurran supuestos de aforamiento–.

Las funciones que se atribuyen al Juez de Garantías son las siguientes:

- (i) Autorizar las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales.
- (ii) Acordar medidas cautelares personales cuya adopción esté reservada a la autoridad judicial.

Se regula el funcionamiento de la Fiscalía Europea en España

Entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, y del reglamento interno de la Fiscalía Europea

- (iii) Asegurar las fuentes de prueba personales ante el riesgo de pérdida de las mismas.
- (iv) Autorizar el secreto de la investigación y su prórroga.
- (v) Acordar la apertura de juicio oral o el sobreseimiento de la causa.
- (vi) Resolver los recursos interpuestos contra las decisiones adoptadas por la Fiscalía Europea.
- (vii) Adoptar las medidas de protección de testigos y peritos que procedan.

4. Se prohíbe la personación de acusaciones populares y se permite el ejercicio separado de la acción civil

En línea con las previsiones seguidas en el resto de países europeos que aplican el Reglamento, la LO 9/2021 prohíbe la personación como acusación popular en este tipo de procedimientos.

En lo que se refiere al ejercicio de la acción civil, como novedad se faculta a las víctimas del delito para que puedan ejercitarla de manera separada a la acción penal. En tales casos, podrán personarse exclusivamente en calidad de actores civiles dentro del procedimiento.

B. ENTRADA EN VIGOR DEL REGLAMENTO INTERNO DE LA FISCALÍA EUROPEA

En otro orden de cosas, el 21 de enero de 2021 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (“DOUE”) el Reglamento interno de la Fiscalía Europea, instrumento que regula la organización de la labor de la Fiscalía Europea. El mismo ha sido posteriormente modificado y ampliado por medio de una decisión publicada en el DOUE el 29 de octubre de 2021.

El Reglamento contempla, entre otras cuestiones, los aspectos organizativos de la Fiscalía Europea, las cuestiones operativas –entre las que cabe destacar la regulación del registro y verificación de la información y las normas para la realización y conclusión de las investigaciones–, el sistema de gestión de casos y el régimen de protección de datos.

Circular de la Fiscalía General del Estado sobre los plazos de investigación judicial

Se actualizan los criterios de actuación en relación con el sistema de plazos del art. 324 LECrim

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2021, de 8 de abril, sobre los plazos de investigación judicial del art. 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (la “Circular”) actualiza los criterios que rigen la actuación de los Fiscales con arreglo al sistema de plazos que introdujo la Ley 2/2020, de 27 de julio, por la que se modifica el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (la “Ley 2/2020”).

Al hilo de la reforma operada sobre el artículo 324 LECrim, la Circular introduce una serie de criterios para aunar la interpretación y aplicación del citado precepto, de entre los que resaltamos los siguientes:

1. Ámbito objetivo de aplicación

Los plazos del art. 324 de la LECrim se restringen a las causas tramitadas como procedimiento ordinario y diligencias previas del procedimiento abreviado. Se excluyen los procedimientos ante el Tribunal del Jurado, los procedimientos para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, los procedimientos por aceptación de decreto y sobre delitos leves. Al hilo de la entrada en vigor de la LO 9/2021, también se excluyen aquellos procedimientos que sean competencia de la Fiscalía Europea.

2. Presupuestos para la prórroga de la investigación judicial

La prórroga de la investigación judicial resultará jurídicamente admisible siempre que concurren los presupuestos del art. 324 LECrim –que se constate motivadamente la imposibilidad de finalizar la instrucción como consecuencia de la necesidad de practicar diligencias relevantes para el curso de la investigación–, con independencia de las razones que hayan impedido la práctica de las diligencias que se estimen necesarias y de que esa imposibilidad resulte imputable al órgano judicial o a la aparición de circunstancias sobrevenidas durante el curso de la investigación.

La reforma, eso sí, impone el deber de motivación de la resolución por la que el órgano judicial decreta la prórroga de la investigación, así como las concretas diligencias que restan por practicar, con expresión de los motivos por los que éstas se consideran relevantes para concluir la fase de instrucción.

3. Delimitación de las facultades del órgano instructor y las partes en relación con la prórroga de la investigación judicial

La ampliación de los plazos instaurados tiene categoría de plazo judicial, sin necesidad de mediar la previa petición de parte, tal como sucedía con anterioridad a la reforma de la Ley 2/2020. La posibilidad de que se decrete de oficio la prórroga de la investigación coloca en un plano de igualdad al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales.

4. Cómputo de los plazos

El *dies a quo* para el cómputo de los plazos equivale a la fecha de incoación de las actuaciones, si bien con una serie de matizaciones:

- (i) En el caso de inhibiciones por cuestiones de competencia, la fecha a tener en cuenta será la del primer auto de incoación.
- (ii) En las acumulaciones de procedimientos *ex. art. 17 LECrim*, el *dies a quo* será el día en el que se hubiese dictado el auto de incoación de las últimas diligencias iniciadas.
- (iii) En los procedimientos excluidos del ámbito objetivo y su conversión, el *dies a quo* se computará desde la fecha de su incoación a un procedimiento ordinario o a unas diligencias previas de procedimiento abreviado.

El *dies ad quem* de los plazos conforme los artículos 184 a 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“LOPJ”) y 201 LECrim confiere a dicho plazo una naturaleza exclusivamente procesal y preclusiva en contraposición a los plazos sustantivos, como los de prescripción o caducidad. La expiración de los plazos máximos sin que haya finalizado la fase de instrucción no determina la caducidad de la acción penal, ni extingue la responsabilidad penal. Por tanto, la única consecuencia que se deriva del cumplimiento de los plazos legales es la obligación del Juzgado para pronunciarse sobre la terminación de la fase de instrucción, dictando el auto de conclusión del sumario o procedimiento abreviado.

5. Interrupción del cómputo del plazo

En el supuesto de que se acordase el sobreseimiento provisional, el plazo dejará de computarse desde el momento en que se dicte el auto y sin esperar a su firmeza. El tiempo de tramitación de los eventuales recursos no computará tampoco a efectos del art. 324 LECrim. Asimismo, en el supuesto de reapertura de un procedimiento provisionalmente sobreseído, se reanuda el plazo que reste de la investigación judicial, debiendo computarse a efectos del art. 324 LECrim el tiempo transcurrido entre el auto de incoación y el de sobreseimiento provisional. La interrupción también opera para las cuestiones prejudiciales devolutivas y para el periodo durante el que se llevan a cabo labores de traducción de las actuaciones.

Primeras iniciativas en la transposición de la directiva de *whistleblowing* en España

Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante

El 9 de julio de 2021 se publicó en el BOE la Ley 2/2021, de 18 de junio, que crea la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción y establece el régimen de protección de quienes formulen denuncias ante dicho organismo (la “Oficina” y la “Ley 2/2021”).

La Ley 2/2021 tiene por finalidad (i) crear la referida Oficina; (ii) regular el procedimiento que la misma debe seguir para investigar aquellos hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros; (iii) establecer un régimen de protección de las personas que formulen denuncias ante la citada Oficina en relación con cualquiera de los anteriores hechos; y (iii) regular un régimen sancionador frente a los posibles incumplimientos la norma.

Destaca en la Exposición de Motivos de la Ley 2/2021 la mención específica que se realiza al régimen de protección de las personas denunciadas previsto 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 (la “Directiva de Whistleblowing”), lo que convierte a la Ley 2/2021 en la primera norma en España que persigue transponer la Directiva Whistleblowing –al menos parcialmente–.

1. Medidas adoptadas en la Ley 2/2021 andaluza para proteger a los denunciantes o *whistleblowers*

A los efectos de la Ley 2/2021, tienen la consideración de denunciantes aquellas personas físicas o jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que formulen una denuncia ante la Oficina sobre hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra

actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros.

La Ley 2/2021 prevé que la presentación de denuncias se realice a través de procedimientos y canales diseñados, establecidos y gestionados de una forma segura, de modo que se garantice la protección de la confidencialidad de la identidad de las personas denunciantes y de cualesquiera terceras personas mencionadas en la denuncia. Además, la denuncia puede formularse de manera anónima, en nombre propio o en representación de los órganos, entidades e instituciones para las que presten servicios los denunciantes.

Desde el momento de presentación de la denuncia, todas las personas denunciantes tendrán los siguientes derechos: (i) derecho a conocer el estado de tramitación del procedimiento de investigación e inspección derivado de sus denuncias y a que se les notifiquen los actos y resoluciones dictadas respecto de las mismas (siempre que, en este último supuesto, así se prevea de forma expresa); (ii) derecho a que las denuncias presentadas finalicen mediante resolución motivada; (iii) derecho a no sufrir represalias por causa de las denuncias formuladas (incluidas las amenazas y las tentativas de amenaza); y (iv) derecho a la reparación de los perjuicios injustificados sufridos por causa de las denuncias.

En relación con lo anterior se presumirá que los perjuicios puestos de manifiesto por las personas denunciantes se produjeron como represalia por denunciar, y corresponderá a la persona responsable de adoptar la medida perjudicial el hecho de probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados. Asimismo, se señala que tendrán la consideración de perjuicios injustificados, en cualquier caso, los siguientes: (i) gastos en los que pudieran incurrir los denunciantes derivados del asesoramiento legal, asistencia letrada y defensa y representación en los

eventuales procedimientos judiciales o administrativos interpuestos por las personas denunciantes o contra las mismas y que se hubieran ocasionado directamente con motivo de sus denuncias; y (ii) gastos derivados de la asistencia psicológica que pudieran necesitar a causa de trastornos originados como consecuencia de haber presentado una denuncia.

Por último, la Ley 2/2021 incorpora un marco de protección específico para los denunciantes que tengan la condición de funcionarios de acuerdo con la normativa autonómica debido, entre otros motivos, a la obligación de denunciar que pesa sobre estas personas. Por ello, desde el momento en que se acuerde el inicio del procedimiento de investigación e inspección, la persona denunciante podrá dirigirse a la Oficina, solicitando que ésta inste del órgano competente en materia de Función Pública de la Administración de la Junta de Andalucía o, en su caso, de la persona titular de la Viceconsejería a la que esté adscrita la entidad, la concesión de un traslado provisional a otro puesto de trabajo.

2. Normativa de protección de los denunciantes o *whistleblowers*

Con la aprobación de la Ley 2/2021, Andalucía se suma a la lista de Comunidades Autónomas que han aprobado legislación específica en materia anticorrupción y de protección de los denunciantes. En particular, entre estas iniciativas autonómicas, cabe citar las siguientes:

- (i) **Aragón:** Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes; y Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas.

Primeras iniciativas en la transposición de la directiva de whistleblowing en España

Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante

- (ii) **Principado de Asturias:** Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés; actualmente en vías de desarrollo reglamentario con la tramitación del Proyecto de decreto por el que se regula el estatuto del denunciante del Principado de Asturias.
- (iii) **Castilla y León:** Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes.
- (iv) **Cataluña:** Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña.
- (v) **Comunidad de Madrid:** Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, de 23 de diciembre de 2016.
- (vi) **Comunidad Valenciana:** Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.
- (vii) **Islas Baleares:** Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears.

A nivel estatal todavía no se ha producido la trasposición en España de la Directiva de Whistleblowing, aunque en fechas recientes el consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de ley que cumplirá con dicha finalidad.

Las empresas que quieran acceder a los fondos del plan de recuperación, transformación y resiliencia deberán contar con un programa de *compliance*

Orden Ministerial HFP/1030/2021, de 29 de septiembre

El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (“PRTR”) se configura como un instrumento promovido por la Unión Europea (“UE”) para mitigar el impacto económico derivado de la crisis provocada por la COVID-19 y modernizar el tejido productivo de los Estados miembros, impulsando el respeto al medio ambiente y fomentando la digitalización de sus economías. Para lograr este objetivo, el PRTR proporcionará a los diferentes países ayuda financiera que les permita alcanzar los hitos y objetos de sus respectivos planes de recuperación.

En España, el Ministerio de Hacienda y Función Pública ha aprobado recientemente la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (la “Orden”) con la finalidad de hacer efectivas las iniciativas planteadas por la UE en el menor tiempo posible. La Orden, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 30 de septiembre de 2021, recoge la obligación de las entidades que participen en la ejecución de las medidas del PRTR de reforzar los mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses.

Al mismo tiempo, a efectos de garantizar el buen uso de los fondos del PRTR, el artículo 8 de la Orden establece una serie de requisitos que deben reunir los perceptores finales de los mismos –ya sean beneficiarios de las ayudas, contratistas o subcontratistas–, cuyo contenido se describe a continuación.

1. Respetar los estándares más exigentes en materia de cumplimiento normativo

Las entidades gestoras y ejecutoras de las convocatorias de ayudas previstas en el PRTR deberán requerir a los perceptores una “declaración

responsable relativa al compromiso de cumplimiento de los principios transversales establecidos en el PRTR” conforme a lo exigido en el modelo incorporado como Anexo IV.C. de la Orden.

Por su parte, el Anexo IV.C. de la Orden incluye el compromiso del beneficiario de los fondos del PRTR de contar “con los estándares más exigentes en relación con el cumplimiento de las normas jurídicas, éticas y morales, adoptando las medidas necesarias para prevenir y detectar el fraude, la corrupción y los conflictos de interés, comunicando en su caso a las autoridades que proceda los incumplimientos observados”. Esto es, el compromiso de haber desarrollado e implementado un programa de prevención de delitos o *compliance program*.

Si bien es cierto que la Orden evita referirse expresamente a los programas de prevención de delitos, el compromiso de adoptar las medidas necesarias para prevenir y detectar determinados delitos como el fraude o la corrupción se encuentra altamente vinculado a la adopción de modelos de organización y gestión “que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos” a que se refiere el artículo 31 bis 2 del Código Penal (“CP”).

En este sentido, conviene recordar que el artículo 31 bis 5 CP establece que los modelos de prevención de delitos deben cumplir con los siguientes requisitos:

- (i) Identificar los delitos que deban ser prevenidos y las actividades que pueden llevar a su comisión.
- (ii) Establecer protocolos o procedimientos internos para adoptar y ejecutar decisiones en el seno de la empresa.

- (iii) Disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de delitos.
- (iv) Imponer la obligación de informar de los posibles incumplimientos al responsable del modelo de prevención.
- (v) Establecer un sistema disciplinario que sancione los incumplimientos del modelo de prevención.
- (vi) Realizar verificaciones periódicas del modelo de prevención y mantenerlo actualizado.

Así, pese a que la Orden haga hincapié en la prevención y detección del fraude, la corrupción y los conflictos de interés, no puede ignorarse que asumir “los estándares más exigentes en relación con el cumplimiento de las normas jurídicas, éticas y morales” conlleva que los modelos de prevención de delitos tengan igualmente en cuenta otros riesgos inherentes a la actividad de cada compañía conforme al artículo 31 bis 5 CP, como podrían ser la comisión de delitos contra la propiedad intelectual e industrial, contra el mercado y los consumidores o, incluso, contra el medio ambiente –cuyo respeto promueve, precisamente, el PRTR–.

2. Otros requisitos

Con independencia del requisito descrito en el punto anterior, la Orden exige a las entidades gestoras de los fondos del PRTR requerir a los perceptores determinada documentación mínima a efectos de auditoría y control del uso de las ayudas. Aunque constituye más bien una exigencia de carácter formal, la documentación a recabar incluye:

Las empresas que quieran acceder a los fondos del plan de recuperación, transformación y resiliencia deberán contar con un programa de *compliance*

Orden Ministerial HFP/1030/2021, de 29 de septiembre

- (i) El NIF del beneficiario.
- (ii) El nombre de la persona física o razón social de la persona jurídica.
- (iii) El domicilio fiscal de la persona física o jurídica.
- (iv) La aceptación de la cesión de datos entre las Administraciones Públicas implicadas.
- (v) La inscripción en el Censo de empresarios, profesionales y retenedores de la Agencia Estatal de Administración Tributaria o en el censo equivalente de la Administración Tributaria Foral, en su caso.

En cualquier caso, dejando a un lado a las administraciones públicas, la publicación de esta Orden pone de manifiesto la importancia del desarrollo e implementación de programas de prevención de delitos por parte de las empresas, con independencia de su naturaleza jurídica, tamaño o sector de actividad en el que operen.

A la vista de lo anterior, la preocupación de la Administración por instaurar una cultura de cumplimiento resulta innegable –especialmente cuando se trata de la percepción de ayudas de las diferentes instituciones–. La gestión de los fondos del PRTR supone un desafío que requiere de la actuación coordinada de las administraciones implicadas y de las entidades receptoras, máxime teniendo en cuenta que se produce en el contexto de la reciente creación de la Fiscalía Europea, precisamente, con el fin de proteger los intereses financieros de la UE¹.

¹ Vid. art. 4 LO 9/2021.

Transposición de directivas de la UE en materia de Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo y modificación del Código Penal

Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril de 2021 y Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril de 2021

El Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril (el “**RDL 7/2021**”) mediante el cual se transpone, entre otras normas europeas, la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (“**PBC**”), y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE (la “**5ª Directiva**”). El RDL 7/2021 entró en vigor el 29 de abril de 2021, a excepción de determinados preceptos que no afectan a la normativa de PBC.

A través de esta nueva normativa se han introducido importantes novedades en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (la “**Ley 10/2010**”) y en el Reglamento de la Ley 10/2010, aprobado por el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo (el “**RD 304/2014**”) (conjuntamente, la “**Normativa de PBC**”).

Concretamente, la reforma operada persigue un doble objetivo: por un lado, perfeccionar los mecanismos de prevención del terrorismo y, por otro, mejorar la transparencia y disponibilidad de información sobre los titulares reales de las personas jurídicas y otras entidades sin personalidad que actúan en el tráfico jurídico.

Asimismo, cabe destacar que la definitiva transposición de la 5ª Directiva a través del RDL 7/2021 ha dejado atrás algunas de las modificaciones que se incluían en el Anteproyecto de Ley, publicado el 12 de junio de 2020, por el que se proyectaba modificar la Ley 10/2010, elevando los estándares establecidos por la 5ª Directiva. A título de ejemplo, en dicho texto se incluían como sujetos obligados a fondos de titulización o SOCIMIs e incluso se establecía un nuevo sistema de responsabilidad para los expertos externos. Ninguna de estas medidas ha sido finalmente incluida en el RDL 7/2021.

A. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA NORMATIVA DE PBC

Las principales novedades derivadas de la transposición de la 5ª Directiva son las siguientes:

1. Inclusión de nuevos sujetos obligados

El RDL 7/2021 incluye la incorporación de los siguientes nuevos sujetos obligados:

- (i) Intermediarios en arrendamientos de bienes inmuebles por una renta total anual igual o superior a 120.000 euros o una renta mensual igual o superior a 10.000 euros.
- (ii) Personas que presten ayuda material, asistencia o asesoramiento en cuestiones fiscales como actividad empresarial o profesional principal.
- (iii) Los proveedores de servicios de moneda electrónica y servicios de cambio de moneda virtual por moneda de curso legal (y viceversa), así como servicios de custodia de monederos electrónicos o salvaguarda de claves.

2. Registro de Titularidades Reales

La transposición de la 5ª Directiva implica la creación por parte del Ministerio de Justicia de un Registro central y único en todo el territorio nacional como sistema de identificación de la titularidad real, que se nutrirá de la información del Consejo General del Notariado y el Registro Mercantil. Este nuevo sistema registral permitirá la interconexión de la información con los registros del resto de países de la Unión Europea y facilitará el acceso público

a esta información. El RDL 7/2021 introduce numerosas disposiciones para regular su funcionamiento, entre las que cabe destacar las siguientes:

- (i) Se amplía el alcance de las personas que podrán acceder a información sobre titulares reales y otros tipos de entidades, incluyendo no solo las autoridades competentes en materia de PBC, sino también los sujetos obligados y terceros.
- (ii) El acceso y la consulta al Registro de Titularidad Real resultará obligatorio en todos los casos para el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida en materia de titularidad real.
- (iii) Se prevén diferentes niveles de acceso para cada categoría, así como diferentes requisitos para poder acceder.
- (iv) Se prevé la obligación para las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica de obtener, conservar y actualizar la información sobre sus titulares reales y proveerla a autoridades y sujetos obligados. En este sentido, se concreta qué información ha de mantenerse en el Registro, así como las personas responsables de su actualización.
- (v) Se incorpora la obligatoriedad de registro de los *trust* y entidades de naturaleza similar que operen en España, así como de sus titulares reales.
- (vi) Las personas jurídicas tendrán la obligación de obtener, conservar y actualizar la información de sus titulares reales durante 10 años. Asimismo, mantener la información actualizada sobre la titularidad real corresponderá al Consejo de Administración y, en particular, al secretario del Consejo de Administración, sea o no consejero.

Transposición de directivas de la UE en materia de Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo y modificación del Código Penal

Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril de 2021 y Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril de 2021

3. Medidas de diligencia debida

El RDL 7/2021 recoge modificaciones sobre aspectos puntuales de la normativa actual en relación con la aplicación de medidas de diligencia debida, siendo destacables las siguientes:

- (i) Se establece la obligación de aplicar medidas de diligencia debida cuando cambien las circunstancias del cliente o cuando el sujeto obligado tenga obligación legal en el curso del año natural de ponerse en contacto con el cliente para revisar la información pertinente relativa al titular real.
- (ii) Se incluye la obligación de establecer medidas de diligencia debida respecto de los fideicomisos como el *trust* anglosajón, la fiducia o el *treuhand* de la legislación alemana.
- (iii) Se establecen los siguientes requisitos para que las entidades financieras que actúen como adquirentes puedan aceptar pagos efectuados con tarjetas prepago anónimas emitidas fuera de España:
 - No ser recargable o tener un límite máximo mensual para operaciones de pago de 250 euros y que solo pueda utilizarse en el Estado miembro concreto.
 - Importe máximo almacenado electrónicamente no superior a 250 euros.

- Uso exclusivo para adquirir bienes o servicios.
- Prohibición de financiación con dinero electrónico anónimo.
- Control suficiente de las transacciones o la relación de negocios por parte del emisor que permita detectar operaciones inusuales o sospechosas.

4. Operaciones no presenciales

En lo referido a la verificación de la identidad del cliente en operaciones no presenciales, se incluye la remisión a la firma electrónica cualificada¹. De esta manera, cuando se utilice la firma electrónica cualificada para la identificación del cliente, no será preciso obtener copia de los documentos necesarios para practicar la diligencia debida requerida por la norma. No obstante, será preceptiva la conservación de los datos de identificación que justifiquen la validez del procedimiento.

5. Personas con responsabilidad pública (“PRP”)

Se incluye como PRPs a los cargos de alta dirección de partidos políticos con representación autonómica y los cargos de alta dirección de partidos políticos con representación en circunscripciones de más de 50.000 habitantes en el ámbito local. También se incluyen a las personas que desempeñen funciones públicas importantes en las organizaciones internacionales acreditadas en España.

¹ La firma electrónica cualificada está regulada en el Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas.

Por otro lado, los sujetos obligados y terceros que gestionen ficheros que contengan datos identificativos de PRPs, están obligados a dotarse de procedimientos que permitan mantener dichos datos actualizados de forma continua. Para ello, se deben emplear medidas técnicas y organizativas apropiadas que garanticen un nivel de seguridad conforme al riesgo.

6. Medidas de protección de los *whistleblowers*

El RDL 7/2021 prevé que las personas expuestas a amenazas, acciones hostiles o medidas laborales adversas por comunicar internamente sus sospechas o a las autoridades competentes podrán presentar de forma segura y confidencial una reclamación ante el SEPBLAC.

7. Medidas reforzadas de diligencia debida

En el caso de relaciones de negocios con países de riesgo alto, se establece la obligación de solicitar información adicional acerca del cliente, su titular real y el propósito e índole de la relación de negocios, así como información sobre la procedencia de los fondos, la fuente de ingresos del cliente y titular real y sobre los motivos de las transacciones.

Además, se establece que, en los casos de terceros países de riesgo alto expresamente determinados por la normativa de la Unión Europea, los sujetos obligados deberán aplicar, cuando proceda, una o varias de las siguientes medidas:

Transposición de directivas de la UE en materia de Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo y modificación del Código Penal

Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril de 2021 y Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril de 2021

- (i) Aplicar medidas reforzadas de diligencia debida en las relaciones de negocio u operaciones de nacionales o residentes del país tercero.
- (ii) Establecer la comunicación sistemática de las operaciones de nacionales o residentes del país tercero o que supongan movimientos financieros de o hacia el país tercero.
- (iii) Prohibir, limitar o condicionar las relaciones de negocio o las operaciones financieras con el país tercero o con nacionales o residentes del mismo.

8. Comunicaciones internas entre entidades del mismo grupo empresarial

El RDL 7/2021 especifica que la excepción a la prohibición de revelación, prevista para las comunicaciones entre sujetos obligados que pertenezcan al mismo grupo, es también aplicable a la comunicación de información con sujetos obligados domiciliados en terceros países, siempre que se apliquen en ellos políticas y procedimientos de grupo que cumplan con los estándares exigidos por la Normativa de PBC.

9. Fichero de Titularidades Financieras

La norma clarifica las obligaciones de declaración en el fichero por las entidades declarantes y amplía esta obligación a las cajas de seguridad y a todas las cuentas de pago, incluyendo las abiertas en entidades de dinero electrónico y en todas las entidades de pago.

En conclusión, tras la entrada en vigor del RDL 7/2021, los sujetos obligados deberán adaptar su evaluación del riesgo y, en su caso, sus procedimientos internos en materia de PBC a los nuevos requerimientos normativos.

B. MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

La Ley Orgánica 6/2021, que modifica entre otras normas el Código Penal, entró en vigor el pasado 30 de abril. A través de la nueva redacción dada al último apartado del artículo 301.1 CP que tipifica el delito de blanqueo de capitales, el legislador ha completado la transposición de la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, *relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal*.

En concreto, las modificaciones que se introducen se refieren a ciertas circunstancias agravantes aplicables al delito de blanqueo de capitales, que comportan la imposición de la pena tipificada en su mitad superior:

- (i) Agravante cuando el sujeto activo tenga la condición de sujeto obligado conforme a la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y cometa el delito del artículo 301 CP en el ejercicio de su actividad profesional.
- (ii) Agravante cuando los bienes objeto del blanqueo tengan su origen en los delitos de trata de seres humanos, delitos contra los ciudadanos extranjeros, prostitución, explotación sexual, corrupción de menores y los relacionados con la corrupción en los negocios, además de los ya contemplados en el CP (tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o aquellos especialmente relacionados con la corrupción).

Se regula la protección de datos personales relacionados con infracciones penales

Entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo

El 16 de junio de 2021 entró en vigor la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo (la “**LO 7/2021**”), mediante la cual se transpuso al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (la “**Directiva**”), relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos.

La aprobación de la LO 7/2021 supone un avance decisivo para la eficacia de la cooperación jurídica internacional entre autoridades de distintos ámbitos –seguridad, penitenciaria, tributaria, prevención del blanqueo de capitales, infracciones monetarias y financiación del terrorismo, y mercado de valores– entre ellas y con las autoridades judiciales y policiales, a nivel de la Unión Europea.

A tal fin, resulta imprescindible establecer un nivel mínimo de armonización en los estándares vigentes en todos los Estados miembros, consolidando así un marco jurídico idóneo para la transferencia de datos en orden a una efectiva cooperación policial y judicial penal. Este es el objetivo al que obedece la Directiva que ahora se transpone al ordenamiento jurídico español. Con idéntica finalidad se contempla la posibilidad de que el destinatario de la transferencia de este tipo de datos personales sea un tercer país u organización internacional, en cuyo caso la Comisión Europea, o en su defecto el responsable del tratamiento, será el supervisor que evalúe el adecuado nivel de protección de datos en ese tercero ajeno a la Unión Europea.

Principales objetivos de la Directiva

La Directiva persigue dos propósitos fundamentales:

- (i) Proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas, especialmente su derecho a la protección de los datos personales, en aquellos casos en los que el tratamiento lo lleven a cabo las autoridades policiales o judiciales con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, incluyendo la prevención y protección frente a las amenazas contra la seguridad pública.
- (ii) Garantizar que el intercambio de estos datos personales por parte de las autoridades competentes en el interior de la Unión, en caso de que el Derecho de la Unión o del Estado miembro exijan dicho intercambio, no quede restringido ni prohibido por motivos relacionados con la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

Principales novedades introducidas por la LO 7/2021

Destacamos las siguientes novedades derivadas de la LO 7/2021:

1. Deber de colaboración

De acuerdo con la redacción de la norma, se establece un deber de colaboración general con las autoridades competentes –que se extiende tanto

a las Administraciones públicas como a los particulares– para facilitar los datos, informes, antecedentes y justificantes que sean necesarios para la investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o para la ejecución de las penas.

Con el fin de garantizar la actividad investigadora, se impone la obligación de no informar al interesado de la transmisión de sus datos.

Se exceptúa el cumplimiento de este deber de colaboración en aquellos supuestos en los que sea legalmente exigible autorización judicial para recabar los datos.

2. Plazo de conservación

Con carácter general, se fija un plazo máximo para la supresión de los datos que será de veinte años, salvo que concurran factores como la existencia de investigaciones abiertas o delitos que no hayan prescrito, la no conclusión de la ejecución de la pena, reincidencia, necesidad de protección de las víctimas u otras circunstancias motivadas.

No obstante lo anterior, la LO 7/2021 impone al responsable del tratamiento de los datos llevar a cabo una revisión acerca de la necesidad de conservar, limitar o suprimir el conjunto de los datos personales contenidos en cada una de las actividades de tratamiento bajo su responsabilidad, como máximo cada tres años.

Se regula la protección de datos personales relacionados con infracciones penales

Entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo

3. Nuevas salvaguardas para garantizar un tratamiento adecuado de los datos

La LO 7/2021 contempla un importante número de garantías destinadas a que el tratamiento de los datos personales resulte proporcional, oportuno, mínimo y suficiente para el cumplimiento de los fines perseguidos –el éxito de la cooperación jurídica internacional en el ámbito penal y de la seguridad pública–. Destacamos las siguientes:

- (i) Se prohíbe de forma expresa el uso de datos personales para elaborar perfiles criminales (el llamado “*profiling*”) en este ámbito, puesto que ello contravendría los estándares de imputación del derecho penal, conforme a los cuales sólo es posible exigir responsabilidad penal a las personas por sus actos, y no por sus actitudes internas o pensamientos.
- (ii) Se reconocen los derechos de acceso, rectificación, supresión y limitación reconocidos al interesado, titular de los datos. Estos derechos, a efectos prácticos, conllevarían, por ejemplo, la posibilidad del sujeto con antecedentes penales de instar que ese dato no se utilice en el contexto de la investigación seguida en otro país, cuando el referido dato de carácter personal deba conservarse únicamente a efectos probatorios o de seguridad o el interesado ponga en duda la exactitud de esos datos. No obstante, el interesado podrá ver restringido el ejercicio de estos derechos cuando ello sea necesario para no obstaculizar el buen fin de una investigación penal o se ponga en peligro la seguridad pública.

4. Régimen sancionador

Aquellas personas que incumplan los preceptos de la LO 7/2021 podrán tener que soportar sanciones que oscilan entre 6.000 y 1.000.000 euros, dependiendo del grado de las infracciones.

Actualización de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado sobre criminalidad informática

Instrucción nº 2/2011, de 11 de octubre

El 21 de septiembre de 2021 la Fiscalía General del Estado (“FGE”) publicó una actualización de la Instrucción nº 2/2011, *sobre el Fiscal de Sala de Criminalidad Informática y las secciones de criminalidad informática de las Fiscalías* (la “Instrucción”).

Entre sus objetivos destaca la **necesidad de adaptar la relación inicial de delitos que formaban parte de la primera versión de la instrucción**, publicada en 2011, a las novedades introducidas con la reforma del CP llevadas a efecto por las LO 1/2015 y 2/2015 y por la disposición final sexta de la LO 8/2021.

Además, la Instrucción introduce un **elemento de ponderación para asignar el conocimiento de un determinado delito a esta unidad especializada de la Fiscalía**, de tal forma que el mero uso de las tecnologías de la información y la comunicación (“TIC”) no constituyan el único criterio de asignación a esta especialidad, partiendo de la base de que prácticamente en todo tipo de escenarios están presentes de uno u otro modo.

Las principales novedades introducidas por la Instrucción son las siguientes:

A. ACTUALIZACIÓN DE LA LISTA DE DELITOS EN LOS QUE EL OBJETO DE LA ACTIVIDAD DELICTIVA SON LOS PROPIOS SISTEMAS INFORMÁTICOS O LAS TIC

La Instrucción desarrolla la lista de delitos que permiten atribuir competencias al órgano especializado de la FGE en materia de criminalidad informática. Además de los que se recogían ya en 2011, se incluyen los siguientes:

(i) Delitos contra los datos y sistemas informáticos y disponibilidad de herramientas para cometer dichos delitos (arts. 264 *bis*, 264 *ter* y 264 *quater* CP).

(ii) Delitos de acceso ilegal a sistemas, interceptación ilícita y disponibilidad de herramientas para cometer dichos delitos (arts. 197 *bis*, 197 *ter*, 197 *quater* y 197 *quinquies* CP).

(iii) Delitos de distribución o difusión pública a través de las TIC de contenidos destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio a personas menores de edad o discapacitadas necesitadas de especial protección (art. 143 *bis* CP).

(iv) Delitos de distribución o difusión pública a través de las TIC de contenidos destinados a promover, fomentar o incitar a la autolesión a personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección (art. 156 *ter* CP).

(v) Delitos de distribución o difusión pública a través de las TIC de contenidos destinados a promover, fomentar o incitar la comisión de delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años, exhibicionismo y provocación sexual (art. 189 *bis* CP).

(vi) Delitos de distribución o difusión pública a través de las TIC de contenidos destinados a facilitar, entre personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud (art. 361 *bis* CP).

(vii) Delitos de acoso permanente (art. 172 CP), cuando sean cometidos a través de las TIC y siempre que dicha circunstancia sea determinante en la actividad delictiva y genere especial complejidad en la investigación criminal.

B. AMPLIACIÓN DE LAS FACULTADES DE SUPERVISIÓN DE ESCRITOS DE ACUSACIÓN POR PARTE DE LA UNIDAD ESPECIALIZADA DE LA FGE EN CRIMINALIDAD INFORMÁTICA

Además, la Instrucción acuerda facultar a la unidad especializada de la FGE en esta materia para que las fiscalías territoriales correspondientes remitan a la primera los escritos de acusación para ser examinados con carácter previo a su presentación en relación con una lista más amplia de delitos que la que se contemplaba en la primera versión de la instrucción de 2011.

Así, a partir de ahora, dicha unidad especializada debe examinar también los escritos de acusación que se presenten en aquellas causas en las que se conozca de alguno de los siguientes delitos:

(i) Cualquier delito que ya estuviera comprendido en la redacción inicial de la instrucción nº 2/2011, cuando éste se cometa por una organización criminal.

(ii) Cuando alguno de los anteriores delitos afecte al ámbito de actuación de más de una fiscalía provincial.

(iii) Delitos relativos a la pornografía infantil o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección en todas sus modalidades.

(iv) Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 a 272 CP), cuando sean cometidos en la prestación de los servicios de la sociedad de la información.

(v) Delitos de acceso ilegal a sistemas (art. 197 *bis* 1 CP), de interceptación irregular de comunicaciones entre sistemas (art. 197 *bis* 2 CP), de daños informáticos (arts. 264 y 264 *bis* CP) y relacionados con el abuso de dispositivos (arts. 197 *ter* y 264 *ter* CP).

Otras novedades normativas

Acceso a la información financiera en la investigación y enjuiciamiento de delitos graves

El 22 de junio de 2021 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica que regula el acceso y uso por parte de las autoridades competentes de información financiera y de otro tipo, de utilidad para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de las infracciones penales. El texto definitivo está pendiente de tramitación.

La norma incorpora a la legislación española la Directiva (UE) 2019/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que establece una serie de normas para facilitar el uso de información financiera y de otro tipo para la persecución de los comportamientos delictivos y amplía el acceso de las autoridades competentes a los registros centralizados de cuentas bancarias y de pagos cuando sea indispensable para alcanzar el éxito de una investigación penal acerca de un delito grave.

Lucha contra el fraude digital

El 8 de noviembre de 2021, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer las siguientes directivas comunitarias: (i) la Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y falsificación de medios de pago distintos del efectivo –que tiene por objeto combatir la ciberdelincuencia y castigar el uso fraudulento de medios digitales de pago de nueva aparición–; (ii) la Directiva 2014/57 (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014 –dedicada a combatir el abuso de mercado causado por utilizar información privilegiada–; y (iii) la Directiva (UE) 2019/884 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019 –relacionada con el intercambio de información de antecedentes penales sobre nacionales de terceros países–.



Licitud de las investigaciones realizadas en otros Estados

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 197/2021, de 4 de marzo de 2021

A través de este pronunciamiento, el Tribunal Supremo (“**TS**”) reconoce la legitimidad y la validez de las investigaciones transnacionales como fuente de prueba en el marco de un procedimiento penal en España cuando éstas se ajusten a unos estándares mínimos.

En el supuesto objeto de enjuiciamiento, el recurrente había sido condenado por un delito de explotación sexual de menores a raíz de la investigación llevada a cabo en nuestro país, que había sido iniciada como consecuencia de la comunicación efectuada por una organización no gubernamental en Estados Unidos. La plataforma Instagram reportó a dicha organización la aparición en la red social de unos vídeos con contenido pornográfico de menores, especificando el número de IP (*Internet Protocol*) empleado para realizar las descargas y para alojar en la red el contenido pornográfico. El resultado de esa investigación fue comunicado a la Policía Nacional en España que, tras solicitar las correspondientes autorizaciones judiciales, obtuvo los datos necesarios para localizar el servidor que suministraba esa dirección IP y el usuario de la misma.

El recurrente alegó que la empresa Instagram, que informó inicialmente de los hechos, no contaba con autorización judicial para desvelar la IP a través de la que se efectuaron las conexiones, lo que supondría una infracción del derecho fundamental a la intimidad personal, previsto en el artículo 18.1 de la Constitución Española (“**CE**”), y al secreto de las comunicaciones, previsto en el artículo 18.3 CE.

En primer lugar, el TS recuerda que debe presumirse la legitimidad de las actuaciones de investigación llevadas a cabo en otros países conforme a su normativa, sin que quepa exigir que estas se ajusten a la normativa interna

española, siempre y cuando se hayan ajustado a unos estándares mínimos compartidos. La sentencia admite, así, la validez de las investigaciones realizadas en el extranjero aun cuando, en su desarrollo o concreción, puedan diferir las medidas específicas aplicadas, siempre que estas sean respetuosas, en lo esencial, con la tutela del derecho fundamental afectado.

El TS destaca también la importancia de distinguir entre la relación existente entre un particular y una autoridad que le reclama un dato –precisamente en virtud de dicha autoridad–, y la relación existente entre la empresa que gestiona una red social y un particular que contrata con ella con unas condiciones específicas, en las que se le informa acerca de la posibilidad de comunicar determinados datos en caso de delito.

En cuanto a la potencial afectación de derechos fundamentales, el TS sostiene que el dato de la IP no se encuentra protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE, por cuanto este derecho prohíbe la intromisión de terceros en el contenido de un proceso comunicativo en curso. Así, este derecho no se verá afectado cuando lo revelado sean datos que no constituyen la propia comunicación, pero están asociados a ese proceso comunicativo (identificación del emisor o del lugar de emisión, datos tecnológicos, etc.).

En este sentido, la sentencia explica que, los derechos de nueva generación, como es el derecho a la autodeterminación informativa o el derecho a la identidad virtual, no tienen reconocida una protección tan intensa en cuanto a la necesidad de intervención judicial, en comparación con otros derechos como el secreto de las comunicaciones, de manera que no toda incidencia en estos derechos exige habilitación judicial previa.

En relación con lo anterior, la sentencia recuerda que quien ha introducido el dato de la dirección IP en la red es el propio usuario, por lo que el operador asume que el dato pase a ser de público conocimiento para cualquier usuario de Internet, y, por tanto, carece de una expectativa de privacidad respecto de ese concreto dato. Así, no será precisa autorización judicial para conocer lo que ya es público.

La sentencia entra a analizar entonces la cuestión objeto de debate desde la perspectiva de la protección que otorga el derecho a la intimidad personal, consagrado en el artículo 18.1 CE. En relación con esto, el TS sostiene que la dirección IP es un dato que, por sí solo, resulta escasamente invasivo de la intimidad si no se acompaña de indagaciones posteriores, ya que solo permite llegar a identificar a la persona detrás del usuario cuando se interrelacione con otros datos. *Sensu contrario*, será precisa autorización judicial cuando se pretenda desvelar la identidad del terminal, teléfono o titular del contrato de una determinada dirección IP, como se hizo por parte de la policía española en el caso que ahora nos ocupa.

En definitiva, el TS concluye que el conocimiento legítimo del dato –en este caso, de la IP– por parte de la empresa que gestiona una red social, y asumido por quien hace uso de la red, habilita a la empresa para desvelar ese dato con la finalidad de cumplir con la obligación legal de denunciar delitos y de abortar la perpetuación de una infracción lesiva de derechos fundamentales, especialmente cuando se trata de derechos de primer orden, con menores afectados.

Blanqueo de capitales sucesivo y caso “Sito Miñanco”

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 299/2021, de 8 de abril de 2021

A través de este pronunciamiento, el TS considera acreditado que los condenados –el conocido como “Sito Miñanco” y varias personas de su entorno– formaron una estructura organizada que blanqueaba dinero procedente del narcotráfico entre 1988 y 2012. El blanqueo de capitales se realizaba en primer lugar a través de dos sociedades instrumentales, constituidas para la ocultación y retorno de las ganancias obtenidas o vinculadas a las actividades de narcotráfico en las que previamente habría participado “Sito Miñanco”. Posteriormente, se llevaban a cabo adquisiciones inmobiliarias que no se ajustaban a los ingresos societarios y cuyos criterios de compra siempre presentaban precios por debajo de mercado.

La sentencia concluye que los anteriores hechos probados permiten identificar con total claridad los elementos de la modalidad delictiva consistente en el “*blanqueo de lo blanqueado*”¹, conocida como “*blanqueo de capitales sucesivo*”, con fundamento en los siguientes razonamientos:

(i) En supuestos prolongados en el tiempo, la acción de blanqueo produce resultados blanqueadores que generan, a su vez, nuevos blanqueos. La cadena de transformaciones, bajo la apariencia, muchas veces, de negocios lícitos, dificulta observar con la claridad deseable el origen delictivo primario y la propia finalidad de retorno que la mueve. Pese al tiempo transcurrido, un bien blanqueado no es un bien jurídicamente blanco. La dificultad radica en que se trata de un bien que sigue contaminado por su origen y contaminando, por ello, a todos los que, directa o indirectamente, procedan de él.

- (ii) Las acciones sucesivas dirigidas a transformar, ocultar o encubrir el origen de los bienes, no hacen sino intensificar el injusto, multiplicando los efectos nocivos que para el funcionamiento de los sistemas financieros tiene la reproducción de operaciones que, bajo su aparente normalidad, encierran un efecto debilitador de los controles puestos al servicio del equilibrado funcionamiento del mercado.
- (iii) Solo en el caso de rupturas temporales muy prolongadas –por ejemplo, las que coinciden o se aproximan con el plazo prescriptivo del delito– entre los actos originarios de transformación y los siguientes, puede producirse el efecto desconexión al debilitarse la necesaria representación del origen delictivo del bien previamente transformado².
- (iv) Los bienes con los que arranca el proceso de transformación deben tener origen delictivo y, además, no debe haberse producido ninguna ruptura significativa ni temporal ni causal de dicho proceso, de modo que pueda identificarse la trazabilidad entre las diferentes operaciones de retorno (cadena de actos de transformación de las ganancias ilícitas, en el sentido de que el último bien blanqueado trae, de algún modo, directo o indirecto, causa del anterior).
- (v) No se castiga el delito de blanqueo por actos cometidos antes del 24 de marzo de 1988, sino por actos cometidos con posterioridad aprovechando la estructura de blanqueo creada con anterioridad. Los fondos o bienes producto del delito no pierden su origen criminal porque no existiera en ese momento una regulación penal específica

que sancionara los actos de blanqueo, por lo que su uso para la transformación o retorno de otros bienes entrada ya en vigor la ley, debe considerarse conducta típica.

En conclusión, de acuerdo con el TS, la clave de bóveda de la conducta de blanqueo de capitales sucesivo es la continuidad de la estructura creada para ocultar y transformar el fundacional origen delictivo de los bienes. Consecuentemente, a efectos probatorios, se exige que la prueba tenga capacidad para acreditar que cada uno de los actos responde a un modelo de transformación diseñado, mantenido en el tiempo y ejecutado por los distintos partícipes. Y, para ello, la interconexión de todos los datos de prueba resulta decisiva; tanto los que atienden a las relaciones existentes entre los partícipes, como los que atienden a los incrementos patrimoniales producidos y a la actividad económica que pueda explicarlos.

¹ Vid. sentencias del TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 257/2014, de 1 de abril [ECLI:ES:TS:2014:1457]; y 583/2017, de 19 de julio [ECLI:ES:TS:2017:3210].

² Se cita al efecto la sentencia del TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 893/2013, de 22 de noviembre [ECLI:ES:TS:2013:5774], en la que se analizaba el caso consistente en la transmisión de una licencia de taxi diecisiete años después de haberse adquirido con fondos provenientes del narcotráfico.

Blanqueo de capitales imprudente y falta de individualización de los deberes de cuidado

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 47/2021, de 21 de enero de 2021

El delito de blanqueo de capitales imprudente viene conectado habitualmente al uso de presunciones ante las dificultades para acreditar su existencia. En este supuesto, el TS interpreta y marca los límites de la prueba presuntiva en el delito de blanqueo de capitales imprudente, partiendo de la estimación de los recursos de casación interpuestos por las representaciones de los condenados y declarando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia de los recurrentes y del principio de culpabilidad en el caso concreto.

Como punto de partida, el TS recuerda que el tipo imprudente del delito de blanqueo de capitales exige para su aplicación identificar el incumplimiento de dos deberes interdependientes: (i) el deber de evitación del resultado de favorecer una actividad delictiva precedente, mediante alguna de las acciones que se describen en el tipo objetivo del artículo 301.1º CP; y (ii) el deber de activar los mecanismos instrumentales de comprobación, indagación y representación sobre el origen del bien o el dinero recibido. El incumplimiento del primer deber se explica por el incumplimiento del segundo a resultas de una conducta gravemente descuidada del agente.

Además, debe examinarse la capacidad individual del agente de advertir y evitar el peligro, con arreglo a un doble baremo: (i) por un lado, debe preguntarse qué comportamiento era el objetivamente debido en una determinada situación de peligro de lesión del bien jurídico; y (ii) por otro, si este comportamiento puede ser exigido al autor atendidas sus características y capacidades individuales¹.

Lo anterior comporta, de forma necesaria, identificar los concretos deberes de prevención y previsibilidad que obligaban a quien introdujo el riesgo desaprobado y, desde luego, las condiciones personales y situacionales para cumplirlos. Pero no solo. La exigencia típica de gravedad de la conducta imprudente reclama una valoración cuantitativa y cualitativa del grado de incumplimiento, para lo que resulta necesario atender tanto a los contenidos de los respectivos deberes relevantes y la eficacia causal de su incumplimiento en la producción del resultado, como a las concretas y situacionales condiciones de exigibilidad². El TS insiste en que esta cuestión no puede plantearse desde una aproximación presuntiva y generalista en el sentido de que si se lleva a cabo un comportamiento prohibido, se imputen como imprudentes todas las consecuencias que de ello se deriven. Y ello se debe a que, tal y como se afirma en la sentencia del TS núm. 501/2019, de 24 de octubre³ –citada en el pronunciamiento que ahora es objeto de examen– “*el delito de blanqueo de capitales tipificado en el art. 301 CP no goza de un régimen probatorio relajado, ni legal ni jurisprudencial*”.

Desde un punto de vista probatorio, a partir de la prueba practicada, las preguntas sobre por qué el agente pudo prever, o por qué hubiera podido y debido prever el resultado, deben responderse identificando los siguientes factores: (i) de qué información dispuso efectivamente el agente; (ii) de qué información podría haber dispuesto en términos situacionales; (iii) qué mecanismos de indagación o comprobación sobre el origen del bien podría haber activado; (iv) cuál era el contenido objetivo de la acción requerida; (v) qué elementos normativos de producción condicionaban la ejecución de

dicha acción; (vi) sobre qué máximas de experiencia socio-culturales valoró el agente la información recibida; (vii) qué tipo de precauciones adoptó a la hora de desarrollar la acción que introdujo el peligro; y (viii) qué tipo de relación mantenía o mantuvo con la persona de la que procedían los bienes de origen delictivo.

Y, además, debe medirse la gravedad del incumplimiento, porque solo la conducta gravemente imprudente resulta penalmente relevante. En este sentido, se considera una conducta imprudente grave la que ignora un riesgo sustancial de que se produzca el resultado prohibido a consecuencia de dicha conducta. Riesgo que por su naturaleza y grado haga patente que la indiferencia del actor, atendidas las circunstancias que conoce o debía conocer, supone una grave desviación del estándar de conducta que una persona respetuosa con la norma observaría en su situación.

A la vista de todo cuanto antecede, el TS concluye que (i) de los hechos probados de la sentencia recurrida no resultan indicios suficientes para extraer como conclusión la existencia de un incumplimiento normativamente relevante de ningún deber de cuidado impuesto específicamente por la norma penal de protección; (ii) la sentencia no identifica de forma individualizada los indicios que sostienen la conclusión de participación de los recurrentes; y (iii) la sentencia prescinde de todo análisis de los presupuestos normativos de imputación por imprudencia del resultado objetivo.

¹ Ello explica, precisamente, la repetida intervención del legislador de la Unión Europea para identificar “cláusulas de diligencia debida”, exigibles a todos aquellos que operan en el sistema financiero y de intercambio de bienes, para prevenir los resultados de favorecimiento de actividades delictivas mediante la ocultación o transformación de bienes procedentes de aquellas. *Vid.* artículos 6 a 13 de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (3ª Directiva PBC/FT); artículos 8 a 13 de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (4ª Directiva PBC/FT); y su más reciente modificación por la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE (5ª Directiva PBC/FT).

² Al respecto, en el pronunciamiento que ahora se examina se trae a colación la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 997/2013, de 19 de diciembre [ECLI:ES:TS:2013:6564], que analiza con detalle, desde la perspectiva de la exigibilidad individual, un supuesto de blanqueo de capitales imprudente.

³ *Vid.* STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 501/2019, de 24 de octubre [ECLI:ES:TS:2019:3247].

Limitaciones al conocimiento de las actuaciones policiales desarrolladas antes del inicio de un procedimiento judicial

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 312/2021, de 13 de abril de 2021

El 13 de abril de 2021, el TS dictó sentencia desestimando los recursos de casación interpuestos por dos personas que fueron condenadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid a 8 años de prisión por un delito contra la salud pública. A través de este pronunciamiento, la Sala Segunda del TS fija el contenido y el alcance del derecho de defensa, estableciendo que no existe un derecho a conocer la investigación policial desarrollada con anterioridad al inicio del procedimiento judicial.

En sus alegaciones los recurrentes denunciaban la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, en la medida en que se les había negado el acceso a la investigación realizada por el grupo de blanqueo de capitales de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil (UCO), que dio lugar a la posterior detención de los dos recurrentes como presuntos responsables de tenencia de un cargamento de cocaína que se intervino en su poder.

Consideraban en su recurso que la denegación del acceso a la información solicitada había supuesto una vulneración de su derecho de defensa en los términos expresados en la Directiva 2012/13 UE del Parlamento Europeo, relativa al derecho a la información en los procesos penales (la "Directiva"). La Directiva, en su artículo 7, establece el derecho de todo detenido a que se le faciliten los documentos relacionados con el expediente de su detención y, con carácter más general, reconoce el derecho de cualquier investigado a tener acceso a la totalidad de las pruebas materiales que estuvieran en posesión de las autoridades competentes para salvaguardar así la equidad en el proceso y poder preparar su defensa.

El TS, tras realizar un exhaustivo análisis de la Directiva, concluye que el derecho a conocer la información que pueda resultar relevante para el material probatorio no es de configuración absoluta y sin modulación. Para que la petición de la defensa esté indebidamente denegada no solo debe existir correlación entre el objeto de la prueba y el instrumento que se propuso para su verificación, sino que razonablemente debe poder atribuirse a la prueba la capacidad de aportar un eficaz reforzamiento de las tesis de la defensa.

No existe, por tanto, el derecho a conocer los instrumentos y materiales concretos de los que dispone la policía para la investigación. Este derecho solo es apreciable en los casos en que una de las partes presente indicios fundados de que la actuación policial o preprocesal puede haber quebrantado sus derechos fundamentales o incurrido en irregularidades, discurrido de un modo que pueda afectar a la validez de la prueba o del procedimiento penal, o cuando aporte indicios de coexistencia de circunstancias en la investigación que puedan afectar a la fuerza incriminatoria del material probatorio. Y aun estando en estas circunstancias, la defensa solo podrá solicitar a la autoridad judicial que incorpore aquellos extremos concretos de la investigación prejudicial que reflejen tales condicionantes.

Una vez recibida esta petición, el órgano jurisdiccional deberá realizar un control externo e interno de pertinencia y necesidad, y solo en el caso de que se superen ambos controles se podrá entregar la información solicitada, aunque limitada a los extremos estrictamente necesarios.

En conclusión, mediante esta sentencia, el TS concluye que el derecho a conocer la información que pueda resultar relevante en relación con el material probatorio no es de configuración absoluta, pues este derecho está referido al material que integra el procedimiento judicial, pero no al contenido de la investigación preprocesal.

La emisión de una Orden Europea de Detención interrumpe la prescripción de un delito

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 41/2021, de 21 de enero de 2021

El 21 de enero de 2021 el TS resolvió un recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la acusación particular frente al auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de febrero de 2019, que confirmaba la resolución de un Juzgado de Alcobendas de 9 de noviembre de 2018, que declaraba prescrita la causa contra el acusado.

La resolución recurrida afirma que el plazo de prescripción de los hechos investigados es de 20 años –cuestión no discutida– y que el *dies a quo* del plazo debe computarse desde el dictado del auto de 28 de julio de 1998, en virtud del cual se declaró la rebeldía del presunto autor material de los hechos objeto de autos. Es precisamente el *dies a quo* del plazo de prescripción el extremo que combate la recurrente en su recurso de casación. En concreto, ésta afirma que el procedimiento penal continuó dirigiéndose contra el acusado, citando diferentes actuaciones y resoluciones practicadas en primera instancia. Entre todas ellas, destaca el auto de 18 de marzo de 2004, de reapertura de las actuaciones para cursarse una Orden Europea de Detención y Entrega del acusado (“OED”).

La sentencia precisa el alcance de la doctrina emanada de la STS núm. 297/2013, de 11 de abril, citada por la resolución recurrida, como base para negar el efecto interruptivo de la prescripción a la OED, centrándose en significar las diferencias entre la extradición y la orden de busca y captura.

A este respecto, la sentencia examina la naturaleza jurídica de la OED, con base en el precedente resuelto por el auto del TS núm. 695/2016, de 17 de marzo, en el que se afirma sin vacilaciones que la OED es una resolución procesal eficaz para interrumpir el plazo de prescripción de los delitos. Matiza el TS que es indiferente que el acusado se encuentre previamente localizado porque, por la propia naturaleza de la OED, ésta constituye una resolución autónoma que determina la efectiva prosecución del procedimiento penal en curso, y, en consecuencia, interrumpe la prescripción. El TS expone que, si bien es cierto que la OED exige entre sus requisitos una previa sentencia firme que acuerde el cumplimiento de una pena privativa

de libertad, un auto de prisión provisional o una orden de detención nacional, la propia OED constituye una nueva resolución judicial con entidad propia. Es decir, no puede predicarse que la OED es un mero traslado o notificación de la previa resolución nacional que acuerde de alguna manera la privación de libertad del acusado.

La sentencia contiene también referencias a resoluciones emanadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) de las que se concluye que la OED exige, entre otros elementos para poder ser cursada, el acuerdo de privación de libertad de la persona sobre la que recae aquella. Así las cosas, en relación con las resoluciones judiciales que acuerdan la privación cautelar de libertad, el TS examina la consolidada y pacífica jurisprudencia que declara que el auto de prisión provisional sí interrumpe el plazo de prescripción por cuanto supone una resolución que pone de relieve de forma inequívoca la voluntad del Estado de persecución delictiva. Así, *mutatis mutandis*, el TS sostiene que la OED “*también implica una activación del proceso, se activa la persecución y refuerza la imputación de la persona sobre la que recae*”.

Además, la sentencia desgrana y analiza los criterios jurisprudenciales en virtud de los cuales se entiende que la solicitud de extradición interrumpe la prescripción, concluyendo que los mismos son también predicables respecto de la OED:

- (i) La OED, al igual que la extradición, es una resolución judicial que, por lo menos, afecta a dos Estados Miembros de la Unión Europea y que precisa de una resolución judicial de privación de libertad autónoma a los solos fines de la entrega del acusado.
- (ii) La OED cuenta con una norma específica; la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2002/584/JAI cuyo contenido se encuentra actualmente integrado en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

(iii) La OED, al igual que la orden de extradición, tiene presente siempre un componente transnacional.

(iv) Con relación al conocimiento o desconocimiento del paradero del acusado, el TS reconoce que en los supuestos de extradición se presupone el conocimiento de la residencia o estancia del acusado, mientras que en la OED no es siempre así. No obstante, la emisión de una OED no implica necesariamente que el sujeto esté localizado. La OED integra una resolución judicial autónoma tendente bien a privar de libertad a una persona o bien para que quede sometido a medidas cautelares que determinan la puesta a disposición en favor de las autoridades de un Estado Miembro; resolución que cumple con los requisitos para que dicha persona sea entregada al Tribunal emisor en el momento de su localización.

(v) Por último, al igual que en la extradición, el fin esencial de la OED es la detención y entrega del sujeto a las autoridades del Estado requirente o para su enjuiciamiento, o para el cumplimiento de una condena.

El TS concluye desestimando el recurso de casación “*pues la emisión de una orden de detención y entrega europea, interrumpe la prescripción del delito; como hemos reiterado, implica una activación del proceso, se activa la persecución y refuerza la imputación de la persona sobre la que recae; y en relación a su importancia, sistemática o naturaleza, son predicables ad maiorem ratio, los criterios jurisprudenciales en virtud de los cuales se concluye que la solicitud de extradición, interrumpe la prescripción*”.

Primera condena por delito medioambiental al responsable de un vertedero ilegal de residuos

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª) núm. 203/2021, de 19 de abril de 2021¹

El 19 de abril de 2021, la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó la primera condena por la comisión de un delito medioambiental (arts. 325 y 327 a) CP) frente al responsable de un vertedero ilegal de residuos y le impuso una pena de dos años y tres meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de profesiones vinculadas al tratamiento y eliminación de residuos, como resultado de haber llevado a cabo actividades de gestión no autorizada de residuos peligrosos –tales como fluorescentes compuestos con mercurio, contenedores con líquido corrosivo o garrafas de gasolina y aceite, entre otros– en un terreno cuyo suelo estaba solo parcialmente cementado y al que se podían filtrar sustancias al derramarse.

La decisión de la Audiencia Provincial considera probado el dolo del responsable del vertedero por conocer perfectamente que carecía de autorización para instalarlo y omitir toda cautela a la hora de aceptar vertidos que provenían de obras de construcción, sobre los que no se efectuaba ningún tipo de actividad de tratamiento ni de clasificación.

La sentencia también obliga al condenado a reponer el lugar afectado a su estado original y a abonar una multa de 4.800 euros.

¹ La resolución todavía no es firme.

¿Qué opina el Tribunal Supremo sobre el plazo del art. 324 LECrim?

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 455/2021, de 27 de mayo de 2021

En esta sentencia, el TS se pronuncia sobre el sistema de plazos introducido en la fase de investigación o instrucción penal en virtud de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim, que dio lugar a la nueva redacción del artículo 324 LECrim, para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Conforme establece esta reforma, el plazo para la instrucción se desarrollará en un máximo de doce meses, pudiendo acordarse prórrogas sucesivas por periodos iguales o inferiores a seis meses.

Esta modificación ha generado mucha incertidumbre así como una extensa polémica, ya que el incumplimiento de los plazos introducidos por esta reforma de la ley tiene como consecuencia la invalidez de las diligencias acordadas a partir de dicha fecha, y, por ende, la nulidad de todo lo actuado una vez finalizado el plazo de instrucción sin prórroga.

Con esta Sentencia, el TS viene a posicionarse a favor del cumplimiento estricto de estos plazos, independientemente de cualesquiera matices o circunstancias que pudieran darse durante el procedimiento. Así, mediante esta sentencia se resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y la acusación particular contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 28 de mayo de 2019, que confirmaba a su vez el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Murcia por el que

se absolvía a los acusados por no haberse cumplido los plazos durante la fase de instrucción.

El TS parte en su resolución de los hechos siguientes: el Juzgado de Instrucción número 3 de Lorca dictó auto de sobreseimiento por transcurso del plazo temporal para la prórroga de la instrucción al no haberse dictado la resolución por la que se debía acordar dicha prórroga. Presentado por parte de la acusación recurso de apelación ante la Audiencia Provincial contra aquella resolución, se dictaminó que procedía la revocación del auto de sobreseimiento del Juez instructor al tratarse de una instrucción compleja. La causa se remitió entonces a la Audiencia Provincial para su enjuiciamiento y ésta estimó la cuestión previa planteada al inicio del juicio oral por las defensas de los acusados en relación con la ausencia del dictado del auto de prórroga del plazo de instrucción.

Así, dicho órgano judicial decretó la nulidad de lo actuado desde el momento en que la Audiencia Provincial dictó el auto resolviendo el recurso de apelación mencionado y declaró sin efecto y no válidas las diligencias que se hubieran practicado fuera del plazo de seis meses *ex art. 324 LECrim*. Entre las pruebas respecto de las cuales la Sala decretaba su nulidad se encontraba la declaración de los acusados en fase de instrucción. La ausencia de la declaración de los acusados conllevaba la imposibilidad de someterles

a juicio, por lo que la Audiencia dictó sentencia absolutoria en lugar de devolver las actuaciones al Juzgado de Instrucción.

A este respecto, nuestro Alto Tribunal señala que el plazo fijado para practicar diligencias en fase de instrucción no es subsanable, sino de obligado cumplimiento y no hay subsanación posible a una diligencia no válida *ex origen*.

La práctica de diligencias fuera del plazo fijado *ex lege* –o superando el plazo correspondiente sin prórroga acordada– tiene como consecuencia la nulidad de las diligencias y de lo actuado. Así, la Sala considera que si se toleraran diligencias de investigación nuevas o la reapertura la investigación sin haberse acordado la prórroga en el plazo fijado se produciría un desequilibrio entre las partes y una indefensión del investigado, provocando una merma del derecho de defensa.

De este modo, el TS reafirma que el plazo de instrucción constituye un límite infranqueable cuyo incumplimiento implica la nulidad de lo actuado, la indefensión material y la infracción del derecho de defensa, ya que permite a la acusación aportar diligencias de investigación que no podría haber incorporando a la causa antes y construir así un material para sostener la acusación basado en una actuación *contra legem*.

Extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica si ésta se disuelve

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4^a) núm. 422/2021, de 15 julio de 2021

La Sección cuarta de la Sala Penal de la Audiencia Nacional examina en este auto la extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el marco de un proceso de liquidación concursal. Concretamente, la resolución desestima el recurso planteado por el Abogado del Estado en representación y defensa de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (“AEAT”), al que se adhiere el Ministerio Fiscal, frente al auto de fecha 25 de enero de 2021 dictado por la magistrada del Juzgado Central de Instrucción número 3. El auto confirmado acordaba retirar la condición de investigada a la sociedad concursada, tras haber sido acordada su disolución, la apertura de la fase de liquidación y su consecuente extinción por el Juzgado Mercantil número 3 de Alicante.

Así, se plantea una aparente contradicción entre la legislación penal –que establece la extinción de la responsabilidad penal en el momento en que se inicia la liquidación dentro del proceso concursal– y la legislación civil –que establece que la personalidad jurídica se conserva hasta finalizar este proceso de liquidación–.

La resolución del Juzgado Central de Instrucción número 3 fundaba su decisión de retirar la imputación de la mercantil concursada con base en lo previsto en los artículos 33.7.b) y 130.2 CP.

El recurso de la Abogacía del Estado se fundamentaba en la regulación contenida en nuestra legislación civil –en particular en la Ley de Sociedades de Capital y la Ley Concursal, en la que se extingue la personalidad jurídica de la sociedad cuando termina el proceso de liquidación– y arguyendo que al tener la sociedad todavía personalidad jurídica debe continuar siendo investigada y no se ha extinguido su responsabilidad penal.

Sin embargo, la Sala establece en la resolución que ahora se examina que la legislación penal define claramente cuándo y en qué circunstancias se extingue la responsabilidad penal de la persona jurídica, no siendo necesario recurrir a la legislación civil, por lo que ratifica la resolución adoptada por el tribunal mercantil. De esta forma, se confirma que la responsabilidad penal de una persona jurídica en concurso se extingue en el momento del

inicio de la fase de liquidación, ya que desde este momento la sociedad no puede realizar ninguna actividad, ni siquiera lícita. Solo se contempla la excepción cuando esta disolución de la persona jurídica es encubierta o meramente aparente y no se permite realizar una extensión de la aplicación de los supuestos que a estos efectos prevé el artículo 130.2 CP cuando la disolución de la persona jurídica lo sea por decisión judicial.

Así, se confirma que, acordada la disolución, liquidación y extinción mediante auto por el Juzgado Mercantil competente en el seno del correspondiente proceso concursal, se extingue la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin perjuicio de las responsabilidades civiles que pudieran declararse en relación con ella o con sus administradores.

La tramitación de un procedimiento penal retrasa el inicio de la prescripción de la acción civil

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 92/2021, de 22 de febrero de 2021

En esta sentencia la Sala civil del TS falla a favor de la recurrente y descarta la prescripción de la acción civil apreciada previamente por la Audiencia Provincial de Alicante. Así, el Alto Tribunal recuerda que, en los supuestos de existencia de un proceso penal previo sobre los mismos hechos, y concretamente, en los que el perjudicado se hubiera reservado las acciones civiles, “*el inicio del cómputo de la prescripción extintiva de la acción de responsabilidad extracontractual ha de establecerse en el día de notificación de la resolución que puso fin al procedimiento penal con independencia de las personas contra las que se hubiese dirigido tal proceso penal.*”

La cuestión principal debatida en la resolución estudiada es la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual en la jurisdicción civil cuando se está siguiendo un procedimiento en vía penal. En concreto, la Sala considera que los preceptos legales aplicables –artículo 1969 del Código Civil, en relación con los artículos 111 y 114 LECrim– no permiten apreciar la prescripción declarada en primera instancia.

Para alcanzar dicha conclusión, el TS acude al principio *actio nondum nata non praescribitur* –la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir– y afirma que el plazo de un año de prescripción, contemplado en el artículo 1968 del Código Civil, debe comenzar a computarse en el momento en el que la sentencia penal o el auto de sobreseimiento o archivo, debidamente notificados, adquieren firmeza. Justifica su postura y explica que sólo en ese instante se conoce el punto final de la paralización derivada de la prejudicialidad penal y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil. Consecuentemente, el *dies a quo* se debe situar en el momento en el que se tiene constancia de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para comenzar a litigar.

Por último, el TS indica que lo expuesto no es incompatible con el hecho de que las actuaciones penales se hubieran dirigido contra personas indeterminadas o distintas de aquellas contra quien se ejercita la acción civil. La paralización del plazo de prescripción afecta también a aquellas acciones civiles dirigidas contra personas que no fueron objeto de investigación en el proceso criminal. Solo en aquellos casos en los que, por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, podrá entenderse que el plazo de prescripción comenzó en el momento en el que pueda acreditarse dicho conocimiento.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El derecho de las personas jurídicas investigadas a no auto incriminarse - Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4^a) núm. 391/2021, de 1 de julio de 2021

El 1 de julio de 2021 la Audiencia Nacional (“AN”) estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la mercantil Abengoa, S.A. (“**Abengoa**”), investigada en dicho procedimiento penal, contra una providencia en la que se acordaba requerir a Abengoa la aportación de cierta documentación. De entre ella, destacaba la siguiente: (i) una copia certificada de sus programas de cumplimiento normativo (*compliance*) (la “**Documentación de Compliance**”); y (ii) la totalidad de las denuncias internas recibidas a través del canal de denuncias de la compañía entre 2013 y 2016, junto con los expedientes de tramitación de las mismas que se pudieran haber generado (los “**Documentos del Canal de Denuncias**”).

Tras analizar el marco normativo y jurisprudencial –nacional y europeo– existente en materia del derecho a no autoincriminarse de las personas físicas y jurídicas, la AN concluye que no se puede exigir a una persona física o jurídica contra la que se ha dirigido el proceso penal la aportación de documentos que sostengan o permitan sostener directamente su imputación.

No obstante la AN estima que, en materia de requerimientos de documentación a personas jurídicas, habrá que distinguir entre dos tipos de materiales: (i) materiales cuya existencia no depende de la voluntad del investigado (documentos que existen por imperativo legal) y (ii) aquéllos que existen por voluntad del investigado. Así, los primeros estarían excluidos del ámbito de protección del derecho a la no autoincriminación (ej: documentos contables de llevanza obligatoria), mientras que los segundos estarían amparados por tal derecho fundamental.

En este caso concreto, el Alto Tribunal entiende que tanto los Documentos del Canal de Denuncias, como la Documentación de *Compliance* “*estarían amparados por el derecho a no auto incriminarse de las empresas*”. En cuanto a la documentación del sistema de cumplimiento normativo la AN considera que, dado que la responsabilidad penal de la persona jurídica requiere de la existencia de una organización defectuosa de la misma, esta cuestión forma parte del núcleo de su defensa en el procedimiento penal. Por tanto, la oportunidad procesal de aportarse forma parte de la estrategia de defensa de la persona jurídica.

Atendiendo a las consideraciones anteriores, la AN decidió estimar el recurso planteado y, con ello, excluir del requerimiento documental tanto los Documentos del Canal de Denuncias –por afectar estos directamente al derecho a no auto incriminarse de la persona jurídica– como la Documentación de *Compliance* –por ser su aportación “*una decisión que corresponde en exclusiva a la persona jurídica investigada, al poder afectar a su posición procesal en el procedimiento en cuestión*”–. Sin embargo, cabe resaltar que la AN apunta en la sentencia que el medio lícito para obtener tal documentación habría sido el de la diligencia de entrada y registro, ya que uno de los documentos que por lógica deben ser recabados en ese tipo de actuaciones son los programas de cumplimiento normativo de la mercantil investigada.



Publicaciones en medios en 2021

Clic para acceder al artículo



Penal Económico e
Investigaciones

Área de Penal Económico e Investigaciones

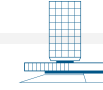
El equipo de Penal Económico e Investigaciones de Pérez-Llorca está formado por abogados especializados y con experiencia multidisciplinar, que asesoran de manera muy personalizada a cada cliente.

Los abogados de Penal Económico e Investigaciones de Pérez-Llorca tienen una amplia experiencia en diversas áreas del derecho penal económico y, con el apoyo de otros especialistas de Pérez-Llorca, son capaces de encontrar soluciones legales integrales para nuestros clientes, adaptadas a cada caso individual. El asesoramiento de nuestro equipo se centra especialmente en las siguientes áreas:

- Procedimientos penales por delitos económicos. Nuestro equipo de Penal Económico e Investigaciones está especializado en participar en investigaciones penales complejas con componentes transnacionales relacionadas con delitos empresariales, fraude fiscal y blanqueo de capitales, que pueden dar lugar a la responsabilidad penal de personas jurídicas. Nuestro equipo también tiene una considerable experiencia en todo tipo de investigaciones relacionadas con ciberdelincuencia (por ejemplo, fraudes online, *spoofing*, *phishing*, *pharming*), e interviene habitualmente en representación de personas jurídicas que se han visto afectadas por este tipo de delitos. Recientemente, nuestro equipo también ha participado en diligencias de investigación iniciadas por la Fiscalía Europea.
- Cooperación jurídica internacional en materia penal. Nuestro equipo de Penal Económico e Investigaciones está especializado en procedimientos de cooperación jurídica internacional, y más concretamente, participa en la preparación de comisiones rogatorias para la obtención

de pruebas o testimonios, o para la congelación y recuperación de activos robados (*Stolen Assets Recovery, StAR*), así como en procedimientos de extradición y órdenes europeas de detención, búsqueda y captura. La vocación internacional de la Firma permite al equipo emplear su experiencia en este campo asesorando regularmente a nuestros clientes extranjeros, tanto particulares como empresas, que se ven involucrados en procedimientos penales que se desarrollan en España.

- Investigaciones internas. Nuestro equipo de Penal Económico e Investigaciones también ofrece asesoramiento continuo sobre la gestión de crisis e investigaciones internas relacionadas con asuntos penales o con cualquier otro incumplimiento grave en las políticas internas. En particular, nuestro equipo de Penal Económico e Investigaciones dirige y coordina habitualmente investigaciones internas con afección en diversas jurisdicciones, colaborando con despachos de abogados de otros países.
- *Compliance* corporativo y asesoramiento jurídico en el marco de operaciones de M&A. Nuestro equipo de Penal Económico e Investigaciones asesora a empresas de todos los tamaños en la creación y mejora de sus procedimientos internos para prevenir y detectar posibles irregularidades penales, en procedimientos de investigación interna empresarial y en políticas contra el blanqueo de capitales. Dentro de este campo, el equipo asesora con regularidad a empresas extranjeras que necesitan adaptar sus procedimientos internos para cumplir con la normativa española para poder operar en España. El equipo también está especializado en evaluar riesgos penales en el marco de operaciones corporativas.



MAD

Paseo de la Castellana, 50
28046 Madrid
T: +34 91 436 04 20
F: +34 91 436 04 30
info@perezllorca.com



MAD

Paseo de la Castellana, 259A
28046 Madrid
T: +34 91 436 04 20
F: +34 91 436 04 30
info@perezllorca.com



BCN

Av. Diagonal, 640 8ª
08017 Barcelona
T: +34 93 481 30 75
F: +34 93 481 30 76
info@perezllorca.com



LON

17 Hill Street
London W1J 5LJ
T: +44 (0) 20 7337 9700
info@perezllorca.com



NYC

375 Park Avenue, 38th floor
New York 10152
T: +1 646 846 66 60
F: +1 646 863 28 50
info@perezllorca.com



Investigaciones
internas y cibercrimitos

Investigaciones Internas y Ciberdelitos

Las implicaciones de una irregularidad empresarial o los efectos de un ciberdelito son tan complejos que únicamente se puede realizar un asesoramiento jurídico completo cuando diferentes profesionales entienden y analizan todas y cada una de sus implicaciones. En Pérez-Llorca involucramos a abogados de diferentes prácticas y sectores para dar respuesta a las necesidades del cliente.



Equipo **multidisciplinar**

Formamos equipos de respuesta conformados por especialistas de todas las áreas que puedan estar relacionadas con el incidente.



Equipo **multijurisdiccional**

Formamos equipos con despachos de otras jurisdicciones con experiencia probada en ciberdelincuencia e investigaciones internas, lo cual es vital dada la naturaleza de este tipo de incidentes.



Respuesta **inmediata**

Ante situaciones de crisis como un ciberataque, las primeras 24 horas son críticas. Nuestros equipos responden dentro de las 2 primeras horas desde la comunicación del ataque.



Experiencia

Nuestra experiencia ante este tipo de crisis nos permite asesorar con celeridad en cuestiones de especial complejidad.

El equipo

Clic para acceder al CV

