

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO VIII – NÚMERO XIV

1º SEMESTRE 2022

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO VIII, N. XIV, 1º SEM. 2022



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Home page: revistaconsinter.com

E-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396-00014

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00014.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO VIII – NÚMERO XIV

1º SEMESTRE 2022

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

Porto
Editorial Juruá
2022

COLABORADORES

Alexander Haering Gonçalves Teixeira

Alexandre Coutinho Pagliarini

Alexandre de Castro Coura

Andréa Amuda Vaz

Antônio César Bochenek

Audrey Kramy Araruna Gonçalves

Carlos Magno Alhakim Figueiredo Junior

Cintia Teresinha Burhalde Mua

Cristiano de Castro Jarreta Coelho

Damaris Tuzino de Rezende

Daniel Carnio Costa

Duarte Rodrigues Nunes

Eliza Remédio Alecrim

Eugênio Facchini Neto

Gerardo Bernales Rojas

Graziella Maria Deprá Bittencourt Gadelha

Henry Gabriel Colombi Barbosa Ferreira

J. Eduardo López Ahumada

Jaime Suau Morey

Karina Albuquerque Denicol

Lara Carrera Arrabal Klein

Lucivania Dias Mendes

Luiz Augusto Reis de Azevedo Coutinho

Luiza Nagib

Marco Antônio Lima Berberi

Marcus Vinicius Mariot Pereira

María Ángeles Pérez Marín

María Cristina Vidotte Tárrega

María Eugenia Grau Pirez

María Luisa Dominguez Barragán

María Soledad Racet Morciego

Natália Cristina Chaves

Noemí Jiménez Cardona

Nuria Beloso Martín

Paulo José Sá Bittencourt

Rafael Oliveira Santos

Rosa Rodríguez Bahamonde

Rui Ghellere Ghellere

Tais Martins

Vinicius Ribeiro Cazelli

Wagner Rocha D'Angelis

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Antonio García-Pablos de Molina

Catedrático de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Fernando Santa-Cecilia García

Professor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidad Complutense de Madrid.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca.

Joan J. Queralt

Catedrático de Direito Penal da Universitat Barcelona.

Jordi García Viña

Catedrático de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Universitat de Barcelona.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

María Amparo Grau Ruiz

Catedrática Acreditada de Derecho Financiero y Tributario – Universidad Complutense de Madrid.

María del Carmen Gete-Alonso y Calera

Catedrática de Direito Civil da Universitat Autònoma de Barcelona.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

ESSA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA *CREATIVE COMMONS*

Atribuição – Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma licença 3.0 Brasil.

É permitido:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra
- criar obras derivadas

Sob as seguintes condições:



ATRIBUIÇÃO

Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



USO NÃO COMERCIAL

Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



COMPARTILHAMENTO PELA MESMA LICENÇA

Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

– Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro, os termos da licença desta obra.

- Licença Jurídica (licença integral):
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/br/legalcode>

Esta revista proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

Capítulo 02

DIREITO PÚBLICO

LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL SISTEMA FINANCIERO EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO: ¿MEDIDAS (PENALES) DE *PRIMA RATIO*?

THE PREVENTIVE FUNCTION OF THE FINANCIAL SYSTEM IN THE EUROPEAN JUDICIAL AREA: *PRIMA RATIO* (CRIMINAL) MEASURES?

DOI: 10.19135/revista.consinter.00014.12

Recibido/Received 26.08.2021 – Aprobado/Approved 30.11.2021

*María Ángeles Pérez Marín*¹ – <https://orcid.org/0000-0003-2503-535X>

Resumen

La salvaguarda del sistema financiero UE frente a la delincuencia organizada ha llevado al legislador a crear un cuerpo normativo que aboga por la prevención a través de un conjunto de medidas que deben aplicar las entidades financieras y los profesionales vinculados con este sector para evitar el uso ilícito de las vías financieras. La frontera entre la finalidad preventiva de estas medidas de control y las consecuencias penales que se derivan de la efectiva comisión del delito resulta, en ocasiones, extraordinariamente difusa. Esta circunstancia que permite hablar, en cierto modo, de un adelantamiento de la barrera penal.

En este trabajo vamos a analizar los diferentes aspectos del régimen de control de riesgos existentes en el espacio judicial europeo, atendiendo a los instrumentos jurídicos en vigor. Asimismo, pondremos de manifiesto los principales escollos que impiden una protección global de las vías financieras; entre ellos –pero no los únicos – el déficit constatado en el ámbito del intercambio de información entre las autoridades implicadas, las dificultades para acceder a los datos de las operaciones financieras y la inexistente regulación en el sector de las criptomonedas, convertido en un refugio seguro para la captación de fondos por parte de la delincuencia organizada y el terrorismo. Por último, no olvidamos la necesaria referencia al futuro diseño de la estructura antiblanqueo que está construyendo la Unión, centrado en dos focos principales: el primero, localizado a nivel nacional, siendo este la función preventiva ejercida por las entidades financieras mediante el bloqueo y el control de las operaciones sospechosas; el segundo, centralizado, que prevé la creación de la futura autoridad central antiblanqueo común.

¹ Profesora de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla. Integrante del Proyecto de Investigación *La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal: su influencia en el proceso español (PGC2018-094209-B-100)* financiado por la Agencia Estatal de Investigación, dirigido por la Profesora Mar Jimeno Bulnes, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos. mapmarin@us.es. Investigadora responsable del Grupo de Investigación PAIDI SEJ-308, *La administración de justicia en España y América*.

Abstract

The protection of the European Union's financial system against organised crime has led the legislator to create a body of legislation that advocates prevention through a set of measures to be applied by financial institutions and professionals linked to this sector in order to avoid the illicit use of financial channels. The boundary between the preventive purpose of these control measures and the criminal consequences arising from the actual commission of the offence is sometimes extraordinarily blurred. This circumstance makes it possible to speak, to a certain extent, of an advance of the criminal barrier.

In this paper, we will analyse the different aspects of the risk control regime in the European judicial area, taking into account the legal instruments in force. We will also highlight the main obstacles to the global protection of financial channels, including – but not limited to – the shortcomings in the exchange of information between the authorities involved, the difficulties in accessing data on financial transactions and the lack of regulation in the cryptocurrency sector, which has become a safe haven for fundraising by organised crime and terrorism. Finally, we should not forget the necessary reference to the future design of the anti-money laundering structure that the Union is building, centred on two main focuses: the first, localised at national level, being the preventive function exercised by financial institutions by blocking and monitoring suspicious transactions; the second, centralised, which provides for the future creation of a common central anti-money laundering authority.

Palabras clave: Unión Europea, espacio común financiero, diligencia debida, control de riesgo, blanqueo de capitales, financiación del terrorismo

Keywords: European Unión, common financial space, due diligence, risk control, money laundering, terrorist financing.

Índice: I. Aspectos introductorios. II. Acercamiento a los principales instrumentos vigentes relativos a la protección de las vías financieras frente al blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. III. Las medidas de control de riesgo para proteger las vías financieras. 1. Marco general. 2. La diligencia debida ejercida por las entidades obligadas. 3. La obligación de información. 4. El deber de cooperación. IV. Nuevas previsiones en el escenario jurídico contra el blanqueo y la financiación del terrorismo. V. A modo de conclusión

I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

La evolución de la Unión Europea nos ha permitido asistir a una progresiva transformación de la misma. No solo ha cambiado su extensión territorial como consecuencia de la sucesiva incorporación de Estados y de la primera salida de un Estado miembro, Reino Unido, sino que estamos presenciando una auténtica transformación política, jurídica y económica que pretende, básicamente, alcanzar, entre otros objetivos, dos que se encuentran claramente interrelacionados: proteger sus intereses financieros frente a la delincuencia organizada y el terrorismo, verdaderas lacras de la sociedad actual, y promocionar su posición en el tablero geopolítico y geoeconómico mundial a través del fortalecimiento del sistema financiero interno.

De cara al exterior, la Unión se presenta como un bloque económico de indudable trascendencia en las sinergias con las demás potencias económicas mundiales, y como espacio financiero único, carente de fronteras internas, resulta especialmente atractivo para inversores de terceros Estados debido a la seguridad de

las transacciones efectuadas en un entorno político estable. Es precisamente la protección de este sólido escenario financiero a lo que la Unión aspira, y no solo porque ello se traduzca en un aumento de las inversiones (imprescindibles para la economía europea) que buscan un sistema financiero que ofrezca garantías, sino porque la seguridad financiera se traduce en mayores cotas de equilibrio social.

En este contexto, la salvaguarda del sistema financiero UE frente a la delincuencia organizada, que tiene una de sus fuentes de financiación en el blanqueo de capitales que precisa de las vías financieras reguladas, ha llevado al legislador a crear un cuerpo normativo que aboga por la prevención, estableciendo un conjunto de medidas de control o de diligencia debida –*due diligence*–, que deben aplicar las entidades y los profesionales vinculados con el sector financiero para evitar operaciones sospechosas de blanqueo o de financiación del terrorismo. Esta política de prevención del delito no significa que no exista regulación penal aplicable a los supuestos de comisión delictiva, pero, en estos casos, además de imponerse la sanción penal, será necesario corroborar los motivos por los que las medidas de control y, por lo tanto, los criterios de prevención del riesgo no fueron efectivos.

De esta forma, aunque en el TFUE la protección de los intereses financieros está regulada en sede de disposiciones económicas² y no en la de cooperación penal, el legislador no desconoce que uno de los medios más eficaces para combatir la delincuencia es el Derecho penal³, pues su naturaleza se corresponde con las medidas suficientemente disuasorias que refiere el art. 325 TFUE⁴. En este sentido, la Unión no ha dudado en abanderar una especie de cambio de roles, convirtiendo a

² Arts. 310 a 325 TFUE.

³ Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, DOUE n. L 88, de 31 de marzo de 2017, p. 6-21. En el art. 4 el legislador exige a los Estados la tipificación de cualquier forma de participación en la financiación de un grupo terrorista y dedica el art. 11 a la regulación del delito de financiación del terrorismo, relacionando las conductas que deben ser tipificadas como tal.

Véanse, asimismo, la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal, DOUE de 28 de julio de 2017, n. L 198, p. 29-41, que resulta de aplicación cuando la actividad delictiva afecte a los intereses financieros de la Unión Europea o vulnere las normas que regulan el sistema común de IVA, provocando, incluso, la modificación de la competencia para la investigación de los hechos, y 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, DOUE de 12 de noviembre de 2018, n. L, p. 22-30, que regula, con carácter general, el blanqueo de capitales.

⁴ Art. 325 TFUE. 1. La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión. 2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros. 3. Sin perjuicio de otras disposiciones de los Tratados, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes.

los operadores económicos y financieros, y a ciertos profesionales del ámbito jurídico, en auténticos colaboradores de las autoridades penales y administrativas – nacionales y europeas – para conformar la primera barrera de control en un esquema que se compadece con las previsiones establecidas en el mencionado precepto.

Por otro lado, y dado que los efectos del blanqueo son horizontales y afectan al mercado interior en su conjunto, el perjuicio económico trasciende de los intereses meramente nacionales para llegar al núcleo financiero de la Unión, desencadenando una serie de consecuencias que no pueden ser prevenidas ni combatidas de forma unilateral por los Estados o por la Unión; es necesario, por consiguiente, coordinar las actuaciones de esta con las de otros operadores internacionales y abordar la prevención a través de medios que integren diferentes opciones legales. De hecho, en materia de delincuencia económica y financiera la Unión Europea ha creado en los últimos años un verdadero entramado de normas que incluye la creación de un órgano penal centralizado –la Fiscalía Europea⁵ –, cuya competencia se activa cuando los afectados por el delito resulten ser los intereses financieros de la Unión, por lo que cabe decir que, en el específico contexto de la delincuencia financiera que afecta a este tipo de intereses, se ha ido creando una especie de régimen jurídico federal o federalizado para la persecución del delito.

También es consciente el legislador europeo de que el sistema financiero está siendo objeto de nuevas amenazas que encuentran en estas vías de transacción el medio adecuado para blanquear beneficios ilícitamente obtenidos o para facilitar la financiación de grupos y operaciones terroristas⁶. Así, el Informe TE-SAT 2020⁷ ha puesto de manifiesto un fuerte incremento de la delincuencia organizada en el sector de las criptomonedas, escasamente regulado, que ha dado paso a un mercado “paralegal” en el que la delincuencia con notas transfronterizas y los grupos terroristas y extremistas pueden obtener financiación de una forma relativamente sencilla y fuera del control del mercado financiero tradicional. Las operaciones efectuadas con monedas virtuales, además, son prácticamente anónimas y es casi imposible seguir el *iter* operacional, características que las convierten en un refugio seguro para el delincuente⁸.

Vamos a analizar en este trabajo el régimen de control de riesgos establecido para prevenir la delincuencia financiera en el espacio judicial común, cuando esta

⁵ Véase Reglamento (UE) n. 2017/1939, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, DOUE de 30 de octubre de 2017, n. L 28, p. 1-71.

⁶ Vid. BUSTOS RUBIOS, M., “Financiación del terrorismo y blanqueo de capitales: de la nueva normativa al Código Penal español”, en *El mercado único en la Unión Europea: balance y perspectivas jurídico-políticas*, José Miguel Martín Rodríguez y Laura García-Álvarez (Dirs.), Ana Sánchez Rubio (Coord), Dykinson, 2019, p. 1279-1290.

⁷ Informe sobre la situación y las tendencias del terrorismo en la Unión Europea (TE-SAT) 2020, en <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/eu-terrorism-situation-and-trend-report>, p. 22 y ss., consultado el 31 de mayo de 2021.

⁸ ZARAGOZA TEJADA, J. I., “Criptoactivo y blanqueo de capitales. Problemas jurídico procesales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8, 2019, p. 10.

intenta utilizar los cauces financieros regulados, y nos centraremos en las medidas que deben adoptar las entidades y profesionales obligados a través de la implementación de protocolos internos de actuación que permitirán bloquear el acceso a la financiación ilícita. En este escenario, se atribuye a las entidades y profesionales una labor “casi policial” de prevención frente a la utilización irregular de las vías financieras con el objeto último de combatir la delincuencia económica y salvaguardar el espacio financiero común. Como consecuencia, y dada la vinculación entre las medidas preventivas adoptadas por las entidades financieras y las consecuencias penales, de alguna forma se produce un adelantamiento de la barrera penal, convirtiendo la amenaza de la sanción penal en una especie de elemento preventivo o disuasorio de la comisión del delito.

II. ACERCAMIENTO A LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS VIGENTES RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍAS FINANCIERAS FRENTE AL BLANQUEO DE CAPITALES Y LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

La Directiva (UE) 2015/849, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo⁹, con sus Reglamentos Delegados¹⁰, integra el núcleo del ordenamiento preventivo actual. También conocida como Cuarta Directiva, y aunque se trata de un instrumento basado en el control de posibles riesgos de las transacciones financieras en el entorno mercantil, no esconde su conexión con el Derecho penal,

⁹ 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, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n. 248/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y de la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, DOUE n. L 141, de 5 de junio de 2015.

¹⁰ Reglamento Delegado (UE) n. 2019/758 de la Comisión, de 31 de enero de 2019, por el que se complementa la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas reglamentarias relativas a las medidas mínimas y al tipo de medidas adicionales que deben adoptar las entidades crediticias y financieras para reducir el riesgo de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo en determinados terceros países, DOUE n. L 125, de 14 de mayo de 2019, p. 4-10; Reglamento Delegado (UE) n. 2018/1108 de la Comisión, de 7 de mayo de 2018, por el que se completa la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo con normas técnicas de regulación de los criterios para la designación de puntos de contacto centrales para los emisores de dinero electrónico y los proveedores de servicios de pago y con normas sobre sus funciones, DOUE n. L 203, de 10 de agosto de 2018, p. 2-6; Reglamento Delegado (UE) n. 2016/1675 de la Comisión, de 14 de julio de 2016, por el que se completa la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante la identificación de los terceros países de alto riesgo con deficiencias estratégicas, DOUE n. L 254, de 20 de septiembre de 2016, p. 1-4; Reglamento (UE) n. 2015/847 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y por el que se deroga el Reglamento (CE) n. 1781/2006, DOUE L n. 141, de 5 de junio de 2015, p. 1-18.

Asimismo, el Reglamento (UE) n. 2018/1672 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a los controles de entrada o salida de efectivo de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE) n. 1889/2005, DOUE n. L 284, de 12 de noviembre de 2018, p. 6-21, que incorpora medidas de apoyo a las fijadas en la Directiva (UE) 2015/849.

predisposición que se aprecia, por ejemplo, en el mandato explícito que contiene el art. 1 y que exige a los ordenamientos nacionales la tipificación de las conductas mencionadas por la norma¹¹.

Este instrumento plantea como meta inmediata la protección del sistema financiero a través de la imposición de una obligación de control a determinados actores del medio –entidades bancarias, financieras o crediticias y profesionales relacionados con los anteriores – ante potenciales operaciones ilegales que requieren de los cauces financieros regulados, sucediéndose a lo largo del texto normativo el desarrollo de las disposiciones relativas a las medidas dirigidas a fortalecer la estructura de prevención mediante la interconexión de ordenamientos jurídicos.

Precisamente, el legislador es conocedor de que, cuando se utilizan los cauces financieros con el fin de ocultar el origen ilícito de los beneficios económicos, aquellos actúan como elemento distorsionador, pues atribuyen apariencia de legalidad a unas ganancias que no deben entrar en el circuito del tráfico jurídico. Por ello, la finalidad preventiva se aprecia especialmente con relación a la segunda parte de la actividad delictiva, es decir, cuando se intenta blanquear, activándose entonces las condiciones que permiten aplicar las sanciones.

Verdaderamente, el legislador está lanzando una auténtica declaración de intenciones: el delito no resulta rentable. Y no lo es en ningún caso, ya que ni siquiera cuando los beneficios hubieran sido “legalizados” sería posible disfrutar de los mismos. De alguna manera, la amenaza de sancionar el delito y la de castigar el blanqueo posterior deberían ser mecanismos suficientemente disuasorios para la delincuencia, pero las medidas de protección de las vías financieras van más allá de la condena penal impuesta al autor de los hechos, ya que el legislador ha previsto un régimen de sanciones administrativas, y también penales, que deberán ser impuestas a las entidades que no apliquen adecuadamente las medidas de control del riesgo y faciliten el delito que se pretende evitar. Por consiguiente, tanto las entidades financieras como los profesionales vinculados a este sector serán responsables del cumplimiento de las obligaciones de control legalmente establecidas, traduciéndose tales funciones en una especie de competencia “semipolicial” que se centra en la valoración de la legalidad de las operaciones –realizadas o intentadas – por los usuarios de los servicios financieros.

Este control se sustenta en la aplicación de los criterios de diligencia debida previstos en la Directiva¹² y en el cumplimiento de los protocolos de *compliance o*

¹¹ El art. 1 de la Directiva declara en su apartado 1 que la finalidad de la misma es la prevención del sistema financiero de la Unión para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo y en los apartados 2 a 6 determina la tipificación legal de las conductas que, realizadas intencionalmente, se considerarán blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Véanse, igualmente los arts. 1 a 4 de la Directiva 1341/2017, de 5 de julio, el art. 4 b) de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, DOUE n. L 88, de 31 de marzo de 2017, y el art. 3 de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal.

¹² Capítulo II Directiva (UE) 2015/849, arts. 10 y ss.

legal compliance de los que deben dotarse las entidades y los profesionales, ya que la conjunción de ambos elementos permite deducir la aplicación de las pautas que facilitará la adopción de los medios más adecuados para impedir la operación en la que se constata el riesgo o en la que se aprecian indicios de riesgo¹³. Por eso, y de acuerdo con la idea de prevención global, las medidas de control no solo permiten prevenir la presunta ilicitud en el entorno mercantil que acoge a la actividad financiera, sino que constituyen, en su caso, el primer paso hacia la investigación penal, toda vez que los informes que los responsables del control dirigen a las Unidades de Inteligencia Financiera nacionales –en adelante UIF – llevan implícita una denuncia de la actividad sospechosa que daría lugar al proceso.

Por otro lado, la *Directiva (UE) 2018/843, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo*¹⁴ – Quinta Directiva –, tiene una doble vertiente. Por un lado, ha sido el instrumento a través del cual han resultado actualizadas ciertas previsiones de la Directiva (UE) 849/2015, debiendo ser entendida, en tal caso, como norma complementaria de esta. Ciertamente, ambos instrumentos siguen, además, idénticos criterios de prevención e imponen a las entidades financieras la obligación de adoptar medidas de diligencia debida destinadas a bloquear o controlar la operación, y que irían desde la denegación de la misma al seguimiento continuo de la relación de negocios sospechosa, tal y como se indica en el art. 13.1. d) de la Directiva de 2015, así como la consiguiente denuncia de la situación ante la UIF.

Por otro lado, la Directiva de 2018 es el instrumento jurídico que recoge la única regulación que en la actualidad existe sobre las criptomonedas y sobre la obligación de aplicar medidas de control para prevenir el blanqueo o la financiación del terrorismo a través de operaciones efectuadas con este tipo de activos¹⁵. El legislador incluye, por primera vez, a los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales y a los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos entre los sujetos obligados a controlar y prevenir el fraude financiero – considerando 8 – y modifica las medidas de diligencia debida con relación a los instrumentos de prepago anónimos para “privar a los terroristas de ese medio de financiación de sus operaciones”, pero no para impedir su empleo como factor de inclusión social y financiera¹⁶.

Hemos de tener presente que el anonimato de las monedas virtuales es la característica que promueve de una forma más evidente su uso irregular y, a mayor

¹³ GÓMEZ TOMILLO, M., *Compliance penal y política legislativa: el deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 49-68; PENA BEIROA, J. A., *Manual de prevención del blanqueo de capitales para profesionales (abogados, auditores y economistas)*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2012, p. 101 y ss.

¹⁴ Véase nota n. 2.

¹⁵ Vid. CALVO VÉRGEZ, J., “El nuevo marco comunitario diseñado para hacer frente al blanqueo de capitales tras la aprobación de las directivas cuarta y quinta”, *El mercado único en la Unión Europea: balance y perspectivas jurídico-políticas*, José Miguel Martín Rodríguez y Laura García-Álvarez (Dirs.), Ana Sánchez Rubio (Coord.), Dykinson, 2019, p. 859-876.

¹⁶ Véanse los considerandos 14 y 15 de la Directiva (UE) 2018/843.

abundamiento, la ausencia de un órgano centralizado de control dificulta considerablemente la posibilidad de acceder a la evolución de la operación y, lógicamente, a la identidad de los sujetos intervinientes. Asimismo, la falta de regulación específica permite que las operaciones puedan realizarse al margen de los proveedores oficiales de servicios del sector, ya que las previsiones vigentes no exigen prácticamente ningún tipo de intervención sobre estas transacciones. Este desfase normativo explica que en el considerando 16 se exija una reforma que facilite el registro de los datos de la operación y de los proveedores que la autoricen, así como el acceso a una información lo más completa posible por parte de la UIF, con el fin de poder “asociar las direcciones de las monedas virtuales a la identidad del propietario”. Al mismo tiempo, el art. 65 de la Directiva propone que a finales de 2022 sea aprobada la regulación legal para crear una base de datos centralizada en la que se registren las identidades y las direcciones de los monederos electrónicos de los usuarios, con la condición de que sea accesible para las UIF y que incorporen un conjunto de formularios de autodeclaración que mejoren la cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros.

En este concreto entorno, la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos*¹⁷ se integra en un paquete de reformas que tienen como finalidad “explotar el potencial de las finanzas digitales”, reduciendo los riesgos que se derivan de estos productos y del entorno digital en el que se gestionan, y viniendo la Unión a adaptar el marco financiero “tradicional” a las nuevas tecnologías. De esta forma, se dota de nuevas herramientas a los Estados con el objeto de que sea posible, en su momento, sancionar penalmente las infracciones del Reglamento, permitiendo el art. 82.2.d) de la Propuesta que la autoridad competente para la supervisión derive el asunto a las autoridades penales de investigación. Por su parte, el art. 83 reclama un mayor grado de cooperación en el intercambio de información entre los Estados miembros para que estos datos sean puestos a disposición de las autoridades financieras.

De igual forma, se encuentra en fase de propuesta la regulación de infraestructuras del mercado basadas en tecnologías de registro descentralizado (TRD por sus siglas en inglés)¹⁸ que exige el establecimiento de fórmulas a través de las que se permita afrontar los nuevos riesgos y favorecer la protección de los inversores.

¹⁷ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, Bruselas, 24 de septiembre de 2020, COM(2020) 593 final.

¹⁸ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un régimen piloto de las infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado, Bruselas, 24 de septiembre de 2020, COM(2020) 594 final.

III. LAS MEDIDAS DE CONTROL DE RIESGO PARA PROTEGER LAS VÍAS FINANCIERAS

1. MARCO GENERAL

El sistema de control de riesgo implantado obliga a las entidades financieras a valorar la seguridad de las operaciones y, a partir de la experiencia previa y de la información aportada por estos operadores, el legislador nacional podrá actualizar los criterios de prevención para hacer frente a una actividad delictiva –la económico-financiera –, que se caracteriza, esencialmente, por su adaptabilidad para sortear los límites impuestos legalmente. En este contexto, también de forma periódica, los Estados deben elaborar un informe que, en calidad de conclusiones, han de elevar a la Comisión y a las Autoridades Europeas de Supervisión –en adelante AES-¹⁹ para que estas, a su vez, actualicen los patrones genéricos de valoración del riesgo que permiten establecer criterios comunes de análisis. Dicha información facilita la elaboración de los listados relativos a entidades, grupos y/o países que se consideren sospechosos de amparar el terrorismo o de facilitar operaciones financieras ilícitas, pudiendo adaptar los Estados miembros los criterios de prevención para proteger a las entidades financieras nacionales que colaboran con entidades y profesionales de terceros Estados o que establecen, con estos, relaciones de corresponsalia²⁰.

Los criterios de la evaluación del riesgo – *ongoing risk assessments* – no pueden ser considerados premisas o valores cerrados, y el legislador debe prever la posibilidad de revertir decisiones en el caso de que un cambio de circunstancias aconseje modificar la valoración inicial. No perdamos de vista que la delincuencia económica y financiera es muy oscilante y que, por lo tanto, las medidas de control deben adaptarse –incluso adelantarse a través de la *inteligencia financiera* – a las alteraciones que se pudieran apreciar o presuponer conforme a los estándares elaborados a partir de prácticas anteriores. La modificación de los criterios iniciales implicaría, a su vez, un cambio en las obligaciones fijadas para las entidades, en tanto que son estas quienes están directamente en contacto con la operación sospechosa, debiendo permanecer continuamente actualizadas. Únicamente de esta manera se logrará una acertada correlación de fuerzas entre la prevención del delito y la sanción del mismo, y, con esta intención, la interconexión entre los diferentes niveles de protección se materializa, a través de las obligaciones especificadas en el TFUE²¹, en las disposiciones incorporadas por la Directiva (UE) 2015/849. Precisamente, los criterios para detectar, evaluar, atenuar y prevenir los riesgos deben ser adoptados a nivel estatal, siendo las entidades financieras el primer nivel de combate frente al delito, a tenor de lo especificado en el art. 325 TFUE.

¹⁹ Autoridad Bancaria Europea, a la Autoridad Europea de Supervisión de Seguros y Pensiones de Jubilación y a la Autoridad Europea de Supervisión de Valores de Mercados.

²⁰ En estos supuestos, el legislador ha previsto medidas reforzadas de control del riesgo. Véanse, así, los arts. 18 y ss. Directiva (UE) 2015/849.

²¹ Vid. STJUE, de 8 de septiembre de 2015, As. C-105/14, Taricco y otros, con relación a la necesaria efectividad de las sanciones que refiere el art. 325.

Justamente en el segundo nivel de control – representado por la legislación nacional, esto es, por los Estados –, se deben identificar los sectores que presenten un mayor riesgo, aprobar normas adecuadas para cada uno de ellos y proporcionar a las entidades información suficiente para que puedan adoptar el protocolo interno de *compliance* más adecuado. En definitiva, según el art. 8 de la Directiva de 2015, los Estados son los responsables últimos de la seguridad del sistema financiero nacional y, por ende, de la Unión, por lo que deberán velar por que las entidades –primer nivel– implanten medidas efectivas para la detección y evaluación del riesgo en función del tipo de cliente, actividad, país o zona geográfica de los que procedan la operación o a los que se dirijan la actividad e, incluso, de los canales de distribución de las mismas²².

Pero internet y el entorno virtual han pasado a convertirse en un medio casi natural para la delincuencia financiera, ofreciendo las nuevas tecnologías opciones de actuación que deben ser tenidas en cuenta para proceder a la adecuada valoración del riesgo²³. Así, el volumen financiero de la ciberdelincuencia no es fácilmente cuantificable, si bien se ha demostrado que el producto de los delitos cometidos en la red puede ser blanqueado a través de los medios más tradicionales y también de los más sofisticados del tráfico jurídico²⁴. Como consecuencia, los Estados han de asegurarse de que las entidades financieras adopten medidas anticipatorias en la lucha contra las nuevas formas, en general, de blanqueo y de la delincuencia económica.

2. LA DILIGENCIA DEBIDA EJERCIDA POR LAS ENTIDADES OBLIGADAS

En la expresión *medidas de diligencia debida* el legislador agrupa un conjunto de actuaciones, establecidas en las Directivas (UE) 2015/849 y 2018/843, que deben adoptar los profesionales y entidades vinculados al sector financiero a través de la implementación de los protocolos de actuación interno que funcionan a modo de cauce para aplicar las medidas legales y hacer efectivos los criterios de valoración del riesgo en cada operativa. En definitiva, lo que se pretende es detectar si un cliente, un concreto usuario o una determinada actividad pueden ser sospechosos de blanqueo o de enmascarar actuaciones terroristas.

Si se comprobara la concurrencia de presupuestos que permitieran presuponer la ilicitud de la operación o, al menos, hicieran dudar de su legalidad, surgirá para la entidad el deber de comunicar los resultados a la UIF nacional y de adoptar todas las medidas a su alcance para impedir la actividad o para facilitar el seguimiento de la

²² En este sentido, véase art. 19 Directiva (UE) 2015/849.

²³ El marco de los servicios en línea públicos y privados, los negocios electrónicos y el comercio electrónico en la Unión es el establecido por el Reglamento (UE) n. 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 en el mercado interior, DOUE n. L 267, de 28 de agosto de 2014.

²⁴ *Criminal money flows on the internet: methods, trends and multi-stakeholder counteraction*, Informe Moneyval de marzo de 2012, <https://rm.coe.int/research-report-criminal-money-flows-on-the-internet-methods-trends-an/168071509a>, consultado el 6 de mayo de 2021.

actividad sospechosa cuando no hubiera sido posible su denegación²⁵. Parece, por tanto, que el legislador puede alcanzar un doble objetivo: evitar la comisión del delito, actuando las medidas que se hubieran adoptado como una barrera claramente preventiva, y asegurar elementos probatorios para el proceso que pudiera originarse a partir de las comunicaciones remitidas por las entidades a los órganos competentes. En ambos casos, asumiendo la tradición jurídica del *common law*, el legislador hace recaer en sujetos privados – entidades bancarias, financieras, crediticias y profesionales vinculados a estos sectores, a los sectores inmobiliarios y a los de los juegos de azar – una responsabilidad de control y prevención del delito que inicialmente debería corresponder a órganos públicos.

Por su parte, el protocolo de *compliance* acordado internamente por cada entidad, que incorpora las líneas elaboradas a nivel nacional, permite excluir o atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y de profesionales que deben contar con un protocolo de actuación similar, frente a eventuales comportamientos delictivos de sus empleados, pues garantizan que la entidad ejerce un control adecuado para detectar y prevenir conductas que pueden facilitar el delito que se intenta prevenir. Por consiguiente, la implementación de las medidas de diligencia debida y la elaboración de criterios de evaluación de riesgos conforman los instrumentos que permiten a las entidades detectar el delito y prevenirlo, al tiempo que las protege frente a una posible falta de diligencia de sus operadores²⁶.

Digamos, por ejemplo, que, como una forma de impedir riesgos iniciales, con carácter general, y sin necesidad de que se aprecie ningún otro tipo de condición, el legislador prohíbe las operaciones anónimas. Igualmente, se impone a las entidades la obligación de identificar necesariamente a sus clientes –ya se traten de personas físicas o personas jurídicas – y las actividades a las que se dedican, y no pueden, por lo tanto, proteger el anonimato o el secreto de la operación, aunque esta sea puntual u ocasional y tenga como ordenante a una persona con la que la entidad financiera no mantenga ningún tipo de relación comercial o mercantil. Así, la Directiva (UE) 2015/849 prohíbe, en el art. 10, las cuentas o libretas de ahorro anónimas, restringiendo extraordinariamente la emisión de acciones al portador, y de derechos de suscripción de acciones al portador, y exigiendo la adopción de especiales medidas de control frente a las nuevas tecnologías que, como internet, proporcionan un mayor grado de privacidad en las operaciones que se efectúan a través de este medio. Es evidente,

²⁵ Vid. considerando 38 Directiva (UE) 2015/849 que establece de forma literal que “(c)omo excepción a la prohibición general de llevar a cabo transacciones sospechosas, las entidades obligadas deben poder hacerlo antes de informar a la autoridad competente cuando la no ejecución de las mismas resulte imposible o pueda comprometer el enjuiciamiento de los beneficiarios de una presunta operación de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo. No obstante, esta excepción ha de entenderse sin perjuicio de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados miembros de inmovilizar inmediatamente los fondos u otros bienes de terroristas, de organizaciones terroristas y de quienes financian actividades terroristas, conforme a las correspondientes resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”.

²⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., “Presunción de inocencia, carga de la prueba de la idoneidad de los ‘compliance programs’ y cultura del cumplimiento”, en *Actualidad compliance 2018*, en Juan Antonio Frago Amada, (Dir.), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 201-214.

pues, que lo que interesa al legislador es conocer la identidad de los usuarios interesados en las operaciones financieras con independencia del cauce utilizado, pues ello se presenta como un modo de control eficiente.

Por lo expuesto, en la *Propuesta de Reglamento sobre la información que acompaña a las transferencias de fondos y ciertos cryptoactivos*²⁷ el legislador impone a los proveedores de servicios de activos virtuales el control de la identidad del ordenante de las transferencias, del número de cuenta a partir de la cual se realice la transacción, del número de identificación del ordenante e, incluso, de la fecha y del lugar de nacimiento de este. También deberá comprobar la identidad del beneficiario y su número de cuenta, previéndose la implementación de procedimientos efectivos para el seguimiento *ex post* en tiempo real de la operación efectuada²⁸.

La identificación del cliente debe referirse en cualquier caso a la identidad real o titularidad real –dependiendo de los casos–²⁹ y se ha de llegar a la certeza absoluta de la misma. Si el titular real actuara a través de representante será necesario comprobar la identidad de este, así como verificar la representación con la que actúa. Por otro lado, habrá de evaluarse la índole de la operación y, una vez establecida la identidad de sus titulares se aplicarán las medidas de prevención, que podrán ser distintas en función de si se comprueba la existencia de una relación duradera entre las partes o de si se trata de una operación puntual, salvo que, de forma objetiva, esta carezca de riesgos. Efectivamente, a través de aquellos controles cabrá comprobar la convergencia de muestras objetivas de riesgo o apreciar indicios de riesgo y del alcance de estos³⁰. En este último caso, es decir, cuando la sospecha estuviera basada en indicios y no en datos objetivos, el art. 11 de la Directiva (UE) 2015/849 también impone la obligación de adoptar medidas de prevención.

Es posible simplificar el control cuando la entidad considere que el ámbito de la operativa carece de riesgos en el sentido del art. 17 de la Directiva (UE) 2015/849, o, por el contrario, pueden verse reforzadas con respecto a determinadas situaciones³¹.

²⁷ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on information accompanying transfers of funds and certain crypto-assets (recast), COM(2021) 422 final, 20.07.2021 (En estos momentos la Unión solo ha hecho pública la versión en inglés del texto).

²⁸ Véase, en este sentido, el art. 11 de la Propuesta de Reglamento sobre la información que acompaña a las transferencias de fondos y ciertos cryptoactivos.

²⁹ Véanse arts. 3.6 y cc. Directiva (UE) 2015/849.

³⁰ A pesar de que, efectivamente, el art. 14 de la Directiva exige la comprobación de la identidad real antes de autorizar la operación o de establecer una operación de negocios. Así, en los apartados 2 y 3 del art. 14 se establecen sendas excepciones: por un lado, los Estados pueden permitir que la identidad real se determine durante el establecimiento de una relación de negocios cuando ello sea necesario para no interrumpir el desarrollo normal de las actividades y cuando el riesgo de blanqueo o de financiación sea escaso, mientras que el legislador nacional permitirá la apertura de una cuenta en una entidad de crédito y financiera, incluso para realizar operaciones en valores inmobiliarios, siempre y cuando exista la seguridad de que no se realizará operación alguna hasta no haberse cumplido plenamente los requisitos de diligencia debida.

³¹ Tal y como ya hemos indicado, pueden comprobarse en los arts. 18 y ss. de la Directiva (UE) 2015/849. Sobre la aplicación de medidas normales o reforzadas de diligencia debida a entidades que son entidades financieras sometidas a supervisión por posible incumplimiento de la obligación de las medidas de diligencia

Así ocurre en las relaciones transfronterizas con entidades clientes de terceros países, ya que la entidad financiera matriz quedará obligada a obtener información sobre la entidad cliente y sobre la naturaleza de sus actividades, deberá evaluar los controles contra el blanqueo y la prevención de la financiación del terrorismo de los que disponga la entidad cliente y habrá de constatar que esta ha adoptado medidas adecuadas para garantizar el acceso directo a la información bancaria³², pues la responsabilidad del control recae en la entidad matriz y no en la sucursal o en la entidad corresponsal.

Por último, y ante determinadas condiciones, se exige una diligencia cualificada que obliga a los profesionales a comprobar la licitud de todas las transacciones del cliente, a controlar las conductas sospechosas y a comunicar, en su caso, la sospecha o la certeza de que la operación es constitutiva de blanqueo³³. De este modo, ya en las SsTS de 9 de julio de 2012 y de 6 de febrero de 2014³⁴ se indicaba que en los supuestos en los que se haya probado que el autor decide la realización de la acción, “no obstante haber tenido consistentes y claras sospechas de que se dan en el hecho los elementos del tipo objetivo, manifestando indiferencia respecto a la concurrencia o no de estos, no cabe alegar un error o ignorancia relevantes para la exclusión del dolo en el sentido del art. 14.1 CP”. Ello implica que, ante una actividad que enmascara de forma evidente la intencionalidad del blanqueo, no cabe alegar ignorancia sobre la naturaleza de los ingresos o con respecto a las operaciones en las que el cliente participa.

En estas ocasiones será necesario analizar la índole del comportamiento de la entidad y el motivo por el que no aplicó adecuadamente las medidas de diligencia debida, autorizando la operación a pesar de la evidencia. De eso dependerá la sanción que deba serle impuesta y que podría recaer tanto en la entidad como en la persona física que representa al órgano de control que autorizó la operativa³⁵.

3. LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN

Las entidades deben designar un órgano interno –*compliance officer*– que ejecute los procedimientos de control de riesgo³⁶. Dicho órgano deberá controlar la

debida, vid STJ (Sala Quinta), de 10 de marzo de 2016, As. C-235/14 (Safe Interenvíos, S.A., y Liberbank, S.A., Banco de Sabadell, S.A., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.).

³² Blanco Cordero entiende solo dos situaciones en las que cabe que la entidad matriz responda por los comportamientos de la filial: 1. cuando tiene un dominio de la filial que le permite disponer de influencia decisiva sobre el comportamiento de esta; 2. cuando la matriz se encuentra en una posición de garante, aunque no determine los comportamientos de la filial. BLANCO CORDERO, I., “Responsabilidad penal de la sociedad matriz por los delitos cometidos en el grupo de empresas”, en *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Nicolás Rodríguez García, Fernando Rodríguez López (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 111.

³³ Vid. considerandos 7 y 43 Directiva (UE) 2015/849.

³⁴ Respectivamente recs. nº. 4934/3012 y 985/2013.

³⁵ Arts. 58 a 62 Directiva (UE) 2015/849.

³⁶ Véase COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del compliance officer para su uso en un proceso penal (1)”, *Diario La Ley*, n. 9080, 2017; SAURA ALBERDI, B., “El órgano de cumplimiento (compliance officer)”, en *Compliance y res-*

aplicación del protocolo de *compliance* para garantizar la eficacia de las medidas de diligencia debida, que despliegan eficacia en dos planos: por un lado, permiten controlar las operaciones ilícitas o, al menos, sospechosas; por otro, podrían atenuar o excluir la responsabilidad de la persona jurídica, evitando el “contagio” de responsabilidades entre la persona física, directamente responsable del control de la ejecución de las medidas, y la persona jurídica. Por su parte, la STS de 17 de octubre de 2014, ya indicó que “no cabe interpretar dichos términos en el sentido de excluir la responsabilidad de la entidad financiera cuando la omisión de la obligación de comunicación al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC) fuere imputable a los integrantes del órgano de control interno instituido para prevenir el blanqueo de capitales, puesto que en ningún caso pueden considerarse a estos efectos como terceros, al integrarse plenamente en la organización de la entidad financiera”³⁷.

El deber de información alcanza, a cualquier operación sospechosa, aunque no hubiera sido autorizada, pues la Directiva (UE) 2015/849 determina que el requisito del que el legislador hace depender la obligación de informar es la sospecha con respecto a la licitud de la actividad –art. 33.1, a) y b)– y no que esta haya sido realizada de forma efectiva. En cualquier caso, según el apartado 2 del art. 34, quedarán fuera de dicha obligación los notarios, abogados, procuradores, auditores, contables externos y asesores fiscales cuando tuvieran conocimiento de actividades sospechosas de clientes a los que defienden o representan en un proceso, o cuando se trate de datos referidos a un procedimiento en los que hubieran intervenido. Como consecuencia, y aunque la ley no lo especifica, hemos de reconocer que no opera esta excepción en el caso de que estos profesionales únicamente aconsejen, informen o asesoren a sus clientes con respecto a operaciones y actividades inmobiliarias o financieras ya que el TJ (Gran Sala), en su sentencia de 26 de junio de 2007, As. C-305/05, afirmó que los deberes de información sobre operaciones sospechosas, impuestos a los abogados por la Directiva 91/308/CEE³⁸, no vulneraba el derecho a un proceso justo, garantizado en el art. 6 del CEDH. Tampoco resulta de aplicación la excepción de informar, cuando aquellos profesionales formen parte de la actividad delictiva.

A tenor de la Directiva (UE) 2019/1153³⁹, esta información podrá trasladarse directamente a la UIF o puede dirigirse al órgano autorregulador que refiere el art. 34.1 de la Directiva (UE) 2015/849 cuando la actividad esté relacionada con un

responsabilidad penal de las personas jurídicas, Nicolás Rodríguez García, Fernando Rodríguez López (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 415-439.

³⁷ STS de 17 de octubre de 2014, Sala 3ª, rec. n. 472/2013, FJ 2º, Ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat; STS de 18 de julio de 2011, Sala 31, rec. n. 4320/2008, FJ 3º, Ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona.

³⁸ DOUE n. L 166, de 28 de junio de 1991, p. 77-83.

³⁹ Vid. art. 32 de la Directiva (UE) 2019/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se establecen normas destinadas a facilitar el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y por la que se deroga la Decisión 2000/642/JAI del Consejo, DOUE n. L 186, de 11 de julio de 2019, p. 122-137.

sector en el que el legislador hubiera autorizado su creación. Dicho órgano actuará como filtro, pues no podrá informar, bajo ningún concepto, sobre datos protegidos por el secreto profesional. En cualquier caso, la información ha de facilitarse por escrito y debe fundamentar los motivos por los que se sospecha de la licitud de la operación.

Lógicamente, si tras la aplicación de los parámetros del protocolo de control interno no se obtuvieran resultados concluyentes sobre la ilicitud, o no se hubieran verificado indicios de riesgo, no surgirá la obligación de remitir información alguna, pero aplicando analógicamente las previsiones del art. 40, deberá conservarse el informe escrito del resultado del análisis por un período de cinco años a efectos de consulta y comprobaciones posteriores.

La Directiva (UE) 2018/843, que incluye a las plataformas de cambios de monedas virtuales y a los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos en la lista de entidades obligadas a aplicar medidas de control, requiere que estas también notifiquen las transacciones sospechosas a la UIF nacional. Sin embargo, como hemos advertido, el control de estas actuaciones adolece de una regulación extraordinariamente laxa –por no decir inexistente– y no proporciona las condiciones de vigilancia más propicias, estándose hoy en un proceso de diseño del adecuado marco regulador de este sector⁴⁰.

Además, es necesario mejorar el acceso de las UIF a la información que contienen las bases de datos centralizadas y a la información de las entidades financieras, fortaleciendo las facultades de aquellas para solicitar información adicional. Se valora, por lo tanto, la implementación de un mecanismo central automatizado que, a nivel de Estados, permita a las Unidades nacionales – y a otras autoridades competentes – identificar lo más rápidamente posible a los titulares de las cuentas bancarias y comprobar su patrimonio. A través de la Directiva (UE) 2019/1153, pues, las UIF son reconocidas, dentro de la investigación de las infracciones económicas y financieras, como autoridad para remitir y recibir datos bancarios y policiales de los investigados que pudieran constar a las autoridades de cualquier Estado miembro.

Finalmente, queremos destacar, aun de forma somera, varios aspectos que consideremos importantes para comprender más globalmente el cumplimiento de la obligación que estamos analizando:

1. Como hemos adelantado, la información efectuada conforme a derecho no supone infracción alguna del deber de confidencialidad impuesto por vía contractual o por disposición legal, por lo que no genera responsabilidad en la entidad obligada o en sus empleados. Llama la atención que la Directiva (UE) 2015/849 imponga a los Estados el deber de garantizar la protección de los empleados y representantes de las entidades frente a amenazas, acciones hostiles y medidas laborales adversas o discriminatorias, en el sentido del art. 38, dato que no resulta menor al poner de

⁴⁰ Vid. CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M.C., *Aspectos jurídicos de las criptomonedas*, Madrid, 2019, p. 8-10 (<https://blockchaininteligence.es/criptomonedas-legal-chamorro/>), consultado el 21 de abril de 2021.

manifiesto el riesgo que puede conllevar cumplir con el deber de información, y que, incluso, podría llegar a obstruir o impedir la declaración en el proceso de los empleados o de los representantes de las entidades⁴¹. Así, el régimen de protección de los denunciantes frente al incumplimiento de las normas fijadas por la Unión fijado en la Directiva *whistleblowing*⁴² también resulta aplicable a las denuncias por incumplimiento de las normas de prevención del blanqueo o de financiación del terrorismo, y viene a completar las previsiones normativas de la Directiva (UE) 2015/849, del Reglamento (UE) n. 596/2014⁴³ y su Directiva de Ejecución (UE) 2015/2392⁴⁴, y el Reglamento (UE) n. 1286/2014⁴⁵ que disponen la posibilidad de crear canales específicos de denuncia⁴⁶.

Ni las entidades ni sus empleados pueden revelar al cliente que se han transmitido datos a la UIF en tanto que la obligación de información está sometida a sigilo o secreto; del mismo modo lo están las decisiones internas relativas a las actividades sospechosas, pues de lo contrario se pondrían en peligro los resultados de posteriores investigaciones. Sin embargo, *ad intra*, nada impide la comunicación entre diferentes entidades del mismo grupo, o con sus sucursales y filiales en terceros países, siempre y cuando estas respeten los presupuestos de los procedimientos internos de control⁴⁷.

2. El legislador ha procedido a ampliar las facultades de las UIF para que puedan solicitar información sobre actuaciones sospechosas a cualquier entidad obligada, y las ha convertido en uno de los órganos nucleares en la lucha contra el blanqueo, otorgándole, incluso, la facultad de acceder a los registros centralizados de información bancaria existentes. De esta forma, las normas que regulan el acceso

⁴¹ Sobre la cuestión, véase BACHMAIER WINTER, L., MARTÍNEZ SANTOS, A., “El régimen jurídico procesal del whistleblower. La influencia del Derecho Europeo”, en *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Juan Luis Gómez Colomer, J.L. (Dir.), Christa M. Madrid Boquín, (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 536-539.

⁴² 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, DOUE n. L 305, de 26 de noviembre de 2019, p. 17-56.

⁴³ Reglamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión, DOUE L 173, p. 1-61 (art. 32.2.a).

⁴⁴ Directiva de Ejecución (UE) 2015/2392 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2015, relativa al Reglamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la comunicación de posibles infracciones o infracciones reales de dicho Reglamento a las autoridades competentes, DOUE L 332, de 18 de diciembre de 2015, p. 126-132 (art.4).

⁴⁵ Reglamento (UE) n. 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros, DOUE L 352, de 9 de diciembre de 2014, p. 1-23 (art. 28).

⁴⁶ Sobre los diferentes tipos de whistleblowing (interno y externo) véase, BACHMAIER WINTER, L., MARTÍNEZ SANTOS, A., op. cit., p. 506.

⁴⁷ Vid. art. 39 Directiva (UE) 2015/849.

a la información van siendo armonizadas siguiendo los criterios internacionales y las recomendaciones GAFI y eliminan los límites que imponen algunos Estados, que únicamente autorizan el acceso a la información cuando la entidad obligada comunica previamente la operación sospechosa⁴⁸.

4. EL DEBER DE COOPERACIÓN

Estrechamente relacionada con la obligación de informar sobre actividades sospechosas, la cooperación entre Estados miembros, entre estos y terceros Estados y entre órganos nacionales, europeos e internacionales componen un pilar imprescindible para combatir la delincuencia organizada, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, puesto que la evolución de estas conductas delictivas hace prácticamente inviable el éxito de la actuación unilateral.

Pero la colaboración no se agota en el establecimiento de una cooperación multinivel, sino que se requiere un intercambio eficaz de información. Así, es imprescindible el establecimiento de cauces rápidos y ágiles de acceso a los datos que deben estar absolutamente disponibles no solo para las autoridades –policiales y judiciales – competentes, sino para las autoridades administrativas en los supuestos en los que los hechos se entiendan constitutivos de una infracción de esta naturaleza. Correlativamente se deduce la obligación de mantener actualizada la información que se transmite y, por lo tanto, la ofrecida para su consulta. En este sentido, los arts. 4.1.d y 7.2 de la *Directiva relativa a la protección de datos de las personas físicas*⁴⁹ imponen a las autoridades responsables el deber de comunicar inmediatamente a quienes hubieran solicitado el acceso a los datos que estos no están actualizados o que no se tiene constancia de la exactitud de los mismos.

Se incorporan, además, diferentes niveles de cooperación. De este modo, el legislador concreta el deber de cooperar entre autoridades de supervisión, autoridades de decisión y Unidades de Inteligencia Financiera de los Estados, con objeto de que a nivel nacional se facilite el diseño, la elaboración y la aplicación de políticas destinadas a combatir la delincuencia financiera, tal y como se deduce del art. 49 de la Directiva (UE) 2015/849, al tiempo que se establecen los cauces para una cooperación entre las AES, las UIF y la Comisión a través de la reunión de la Plataforma de Unidades de Inteligencia Financiera. Como la comunicación continua debe promover el intercambio de datos y facilitar el asesoramiento sobre aspectos relacionados con la ejecución de medidas, promover la cooperación efectiva entre

⁴⁸ Véase, en este sentido, Directiva (UE) 2019/1153, por la que se establecen normas destinadas a facilitar el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales, que regula el acceso de las UIF a los registros centralizados que contienen información financiera.

⁴⁹ Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas 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 y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, DOUE n. L 119, de 4 de mayo de 2016.

las UIF y propiciar la detección de transacciones sospechosas que tengan dimensión transfronteriza⁵⁰, será posible establecer estándares relativos a las características de las operaciones que deben ser controladas para fijar patrones de conducta dudosas y elaborar una relación de países sospechosos basada no solamente en su condición de paraísos fiscales no cooperantes, sino en la incertidumbre sobre su cooperación con grupos y actividades terroristas. Téngase en cuenta, igualmente, que no se prevé la posibilidad de que los órganos o entidades puedan denegar la información requerida, salvo que su transmisión implique una vulneración del ordenamiento interno⁵¹.

Prueba de que nos encontramos ante un régimen interconectado es que hemos de acudir a distintos instrumentos jurídicos en los que se diseñan el deber de información para casos específicos. Así, por ejemplo, la *Directiva 2014/41/CE, relativa a la orden europea de investigación*⁵² excluye de forma expresa en su art. 11.3 la posibilidad de que los Estados puedan denegar el reconocimiento y la ejecución de una orden de investigación cuando se refiera a hechos relacionados con un delito fiscal cometido en el Estado de emisión, aun cuando en el Estado de ejecución los hechos no tuvieran la misma tipificación. Por lo tanto, la concurrencia de regulaciones fiscales diferentes no justificaría la negativa a reconocer la orden emitida.

Siendo consciente el legislador de la fragmentación normativa en un ámbito tan complejo como la delincuencia económico-financiera, y de que las diferencias entre ordenamientos dificultan exponencialmente las actuaciones de prevención, de investigación y de cooperación⁵³, entiende que el tratamiento de la prevención del sistema financiero no se alcanza mediante una regulación dispersa, sino que requiere de criterios comunes que, libre de quiebras interpretativas y vacíos jurídicos, se conviertan en una verdadera barrera de contención frente a este tipo de delincuencia. A ello responden las recientes propuestas legislativas.

IV. NUEVAS PREVISIONES EN EL ESCENARIO JURÍDICO CONTRA EL BLANQUEO Y LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

El interés de la Unión por establecer una regulación común, o lo más armonizada posible, para proteger el mercado financiero frente a su uso como cauce para facilitar el retorno o blanqueo de las ganancias ilícitamente obtenidas nace de la necesidad de proteger su propia esencia, pues la Unión nació como una organización económica y en su refundación, a partir del Tratado de Lisboa, no solo mantiene aquella naturaleza, sino que el legislador la potencia al proclamar la distinción entre

⁵⁰ Los canales de comunicación utilizados por las UIF deben ser seguros. De este modo, según el art. 56.1 Directiva (UE) 2015/849, estas unidades se comunicarán a través del canal UIF.net o su sucesora.

⁵¹ Art. 53 Directiva 8UE) 2015/849.

⁵² Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, DOUE n. L 130, de 1 de mayo de 2014.

⁵³ Vid. las conclusiones del Abogado General, Sr. Yves Bot, de 18 de julio de 2017, As. C-42/17, procedimiento penal contra M.A.S., M.B., ap. VI (107 y 108), sobre la incidencia en el ELSJ de la fragmentación del marco jurídico.

los intereses financieros y económicos de los Estados miembros y los de la Unión. Al mismo tiempo, tal y como ha sido constatado, los medios financieros digitalizados precisan de un alto grado de control porque son imprescindibles para economía. Esta labor de protección se sostiene sobre aquellas actuaciones preventivas y sancionadoras de los Estados que proclama el art. 325 TFUE y que les obliga a implementar medidas suficientemente disuasorias.

La combinación de factores que se derivan de aquella dualidad de contextos financieros y económicos, nacionales y supranacionales, hace especialmente complejo establecer un régimen jurídico común que atienda a ambas situaciones –la supranacional y la nacional, tantas como Estados miembros –, pues los intereses financieros supranacionales no nacen de la suma de los intereses financieros nacionales, sino que gozan de entidad propia. Uno de los principales escollos ha resultado ser, a tenor del grado de cumplimiento de los Estados, la regulación a través de directivas, pues dejan en manos de estos la forma en la que deben ser implementadas las medidas de control.

Efectivamente, los cauces financieros nacionales son aparentemente homogéneos, pero están surcados de diferencias, y las normas nacionales de transposición actúan como obstáculo para lograr una regulación armonizada, cuyos vacíos normativos puede ser aprovechados por la delincuencia. En este sentido, la Unión ha advertido recientemente de los problemas que se derivan de la implementación de las Directivas vigentes sobre la prevención del uso del sistema financiero, y ya en el *Plan de acción para una política global de la Unión en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*⁵⁴ proponía superar la fragilidad del sistema financiero común e invocaba el compromiso de los Estados para aceptar una supervisión financiera armonizada⁵⁵. Señalaba, además, que a partir de junio de 2021 comenzarían a aplicarse nuevos

⁵⁴ Comunicación de la Comisión sobre un Plan de acción para una política global de la Unión en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, Bruselas, 7 de mayo de 2020, C (2020) 2800 final, en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=PI_COM:C\(2020\)2800&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=PI_COM:C(2020)2800&from=EN), consultado el 31 de junio de 2021.

⁵⁵ En marzo de 2010, la Presidencia del Consejo y el Parlamento Europeo alcanzaron un acuerdo sobre sistema de supervisión de las entidades financieras y acordaron una propuesta de revisión del Funcionamiento del Sistema Europeo de Supervisión Financiera (<https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/03/21/financial-supervision-council-presidency-and-parliament-reach-provisional-deal-on-supervisory-framework-for-european-financial-institutions/>), consultado el 5 de abril de 2021.

Véase, también, Reglamento de reforma de la Autoridad Bancaria Europea (Reglamento (UE) n. 2019/2175 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2019 por el que se modifican el Reglamento (UE) n. 1093/2010, por el que se modifican el Reglamento (UE) n. 1093/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea); el Reglamento (UE) n. 1094/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación); el Reglamento (UE) n. 1095/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados); el Reglamento (UE) n. 600/2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros; el Reglamento (UE) 2016/1011, sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión; y el Reglamento (UE) n. 2015/847 relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos, DOUE n. L 334 de 27 de diciembre de 2019, p. 1-145.

controles sobre el dinero en efectivo como consecuencia de las modificaciones incorporadas a la Directiva 2013/36/UE sobre requisitos de capital⁵⁶.

Dado lo anterior, parece que la tendencia está virando hacia la opción de legislar, siempre que esté justificado, a través de reglamentos, ya que resultan directamente aplicables, evitan el inconveniente de adaptar la directiva a los requisitos del ordenamiento nacional y, de algún modo, impiden la desnaturalización de los objetivos originales de la misma. Realmente, a través de reglamentos pueden ser regulados procedimientos que se entienden comunes a todos los Estados miembros o pueden incorporarse nuevos órganos, también comunes, como en el Reglamento (UE) n. 2017/1939 de creación de la Fiscalía Europea, si bien, a tenor del art. 83 TFUE no deben ser utilizados para introducir una nueva regulación penal sustantiva, pues la Unión ejercita dicha competencia a través de directivas.

De forma muy reciente, y siguiendo el diseño orgánico para combatir el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión, se ha anunciado un nuevo bloque de medidas, estando el núcleo central compuesto por el Reglamento de creación de una autoridad central ant blanqueo – AMLA –, que actuará en todos los Estados miembros reforzando la percepción del diseño de una estructura orgánica federal de prevención y persecución en el contexto de la delincuencia económica y financiera⁵⁷. Se trata de un organismo independiente, con personalidad jurídica propia, y actuará como agencia descentralizada de la UE en el ámbito de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, siendo independiente de las AES y de la Autoridad Bancaria. Su principal competencia será la supervisión de las entidades financieras para controlar el riesgo de las transacciones realizadas o autorizadas por estas, estando facultada para adoptar decisiones vinculantes, medidas administrativas y sanciones pecuniarias⁵⁸. Asimismo, le corresponderá coordinar el mecanismo de apoyo a las UIF nacionales a fin de facilitar la elaboración de análisis conjuntos y asumirá el control de Fiu.net, que es el sistema de comunicación entre las UIF.

Aquellas competencias de la AMLA suponen, también, el ejercicio de funciones de coordinación de las actuaciones de organismos relacionados con la prevención y la investigación de la delincuencia financiera – OLAF, Europol,

⁵⁶ Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE, DOUE n. L 176, de 27 de junio, p. 338-436. Este instrumento es complementado por la Directiva (UE) 2019/878 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, por la que se modifica la Directiva 2013/36/UE en lo que respecta a los entes exentos, las sociedades financieras de cartera, las sociedades financieras mixtas de cartera, las remuneraciones, las medidas y las facultades de supervisión y las medidas de conservación del capital, DOUE n. L 150 de 7 de junio de 2019, p. 253-295.

⁵⁷ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the Authority for Anti-Money Laundering and Countering the Financing of Terrorism and amending Regulations (EU) No 1093/2010, (EU) 1094/2010, (EU) 1095/2010, COM(2021) 421 final, 20. 07.2021. (En estos momentos la Unión solo ha hecho pública la versión en inglés del texto).

⁵⁸ Véanse arts. 12 a 27 de la Propuesta.

Eurojust y Fiscalía Europea –. Consiguientemente, en la Propuesta de Reglamento el legislador reconoce la necesidad de la cooperación entre las autoridades de supervisión, las administrativas, las policiales y las judiciales porque el éxito en la lucha contra el blanqueo exige la incorporación de estos organismos en la estructura global antiblanqueo⁵⁹.

Complementa esta Propuesta de Reglamento, una *Propuesta de Directiva para prevenir el uso del sistema financiero con fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo* – Sexta Directiva –, que vendría a derogar la Directiva (UE) 2015/849⁶⁰, junto con otra *Propuesta de Reglamento sobre la prevención del uso del sistema financiero con fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo*⁶¹, cumpliendo en cierto modo el objetivo de establecer un código normativo único para la UE.

Pero, como establece el texto de la Propuesta de Directiva, estos instrumentos irían mucho más allá de la transferencia de las disposiciones contenidas por las Cuarta y Quinta Directivas, pues la finalidad es que los Estados realicen modificaciones de fondo para alcanzar un mayor grado de convergencia en la cooperación con las UIF, los organismos supervisores y las demás autoridades competentes, potenciando las facultades de cooperación a través de la inteligencia financiera y de un régimen de análisis conjunto que deberá ser implementado en los ordenamientos nacionales. Como trasunto de lo anterior, se concretan las facultades de los supervisores para que puedan adoptar las sanciones adecuadas, y se introduce el deber de vigilancia de los órganos de autorregulación que actúan como supervisores.

Por otro lado, el legislador mantiene en la Propuesta de Directiva la obligación de la Comisión de realizar evaluaciones de riesgo periódicas a nivel de la Unión, siendo novedad que estas deberán estar basadas en las aportaciones de la AMLA, lo cual facilitará la adecuación de las recomendaciones efectuadas a los Estados sobre las medidas adecuadas para cada contexto, que deberán realizar las evaluaciones nacionales con una frecuencia mínima de cuatro años y remitir anualmente informes y estadísticas de las actuaciones ejecutadas a la Comisión.

También se conserva la obligación de los Estados de crear registros de la titularidad real de las personas jurídicas, tal y como reconoce la Directiva (UE) 2015/849, pero la Propuesta de nueva Directiva incorpora disposiciones relativas al formato de presentación de la información del beneficiario final o a las medidas que deberán adoptarse si surgen dudas sobre la exactitud en la identificación del mismo,

⁵⁹ Véase el considerando 61 de la Propuesta.

⁶⁰ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the mechanisms to be put in place by the Member States for the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and repealing Directive (EU) 2015/849, COM(2021) 423 final, 20.07.2021. (En estos momentos la Unión solo ha hecho pública la versión en inglés del texto).

⁶¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, COM(2021) 420 final, 20.07.2021. (En estos momentos la Unión solo ha hecho pública la versión en inglés del texto).

así como en los casos en los que esta fuera imposible. Por último, y aunque, igual que en la actualidad, los Estados están obligados a crear y mantener registros centrales de recuperación de datos para la identificación de los titulares de cuentas bancarias, se añade la obligación de implementar los métodos de interconexión transfronteriza de tales mecanismos. Como consecuencia, los Estados deben garantizar que las UIF tendrán acceso a todos las bases nacionales de información, incluso a aquellos instrumentos que están conectados con otros Estados miembros.

Finalmente, las UIF son elevadas a una nueva posición y la AMLA deberá adoptar un papel de supervisión de la actividad conjunta desarrollada por las autoridades de la Unión y las UIF y de estas con las autoridades de terceros Estados, atribuyéndosele las funciones en materia de blanqueo y financiación del terrorismo que hoy corresponden a la Autoridad Bancaria Europea y que pasarán al nuevo órgano con la intención de evitar vacíos en la supervisión de la cooperación con las AES.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La necesidad de proteger las vías financieras en el espacio común europeo frente al delito que requiere del uso de las mismas ha llevado al legislador a construir una estructura normativa multidisciplinar. No es suficiente con aplicar sanciones penales, aun estando consideradas como las medidas más disuasorias frente al delito, porque ello significaría que este ha sido cometido. El medio para garantizar la seguridad de las vías financieras, esto es, para evitar su uso frente a operaciones ilícitas, es la prevención.

Lo anterior nos lleva a plantear dos conclusiones que resultan ser complementarias al tiempo que contrapuestas: por un lado, que el Derecho penal pasa a ocupar la posición que le corresponde, es decir, un derecho de *ultima ratio* que solo resulta de aplicación cuando el delito ha sido cometido; en segundo lugar, que el Derecho penal no es suficientemente disuasorio en el entorno de la delincuencia financiera, pues el aumento de la actividad delictiva ha llevado al legislador al convencimiento de que son necesarias medidas anticipatorias que eviten el delito.

Ante esta situación, se ha optado por conjugar normas de distinta índole – pública y privada, nacionales y supranacionales – que permiten establecer una primera barrera de control o de prevención –como previene el art. 325 TFUE –, gracias a la vigilancia que efectúan las entidades financieras sobre las transacciones sospechosas de blanqueo y de financiación del terrorismo. En este objetivo, ha de avanzarse en el perfeccionamiento de la protección de los cauces financieros tradicionales, pero también en la regulación de las nuevas alternativas nacidas al amparo de los cambios sociales y tecnológicos que, como las criptomonedas, ofrecen fáciles opciones de financiación a la delincuencia organizada.

Así, se distingue entre los roles preventivos de las entidades financieras, que pasan a asumir una función “semipolicial”, y la función sancionadora que

corresponde a los órganos penales. Sin embargo, la frontera entre la finalidad penal y la preventiva es difusa y ambas se confunden. ¿Hasta qué punto las medidas de prevención, que no se definen como penales, gozan, en realidad, de dicha naturaleza? ¿Hasta qué punto las medidas preventivas de control del riesgo no reúnen la condición de medidas penales de *prima ratio*? ¿Hasta qué punto son independientes las medidas preventivas y las medidas penales?

Las respuestas a estas cuestiones constituyen, desde nuestro punto de vista, el nuevo punto de partida para la defensa de un sistema financiero en el que la conjunción de normas de diferente proyección resulta imprescindible para defender la propia esencia de la Unión Europea.

BIBLIOGRAFÍA

- BACHMAIER WINTER, L., MARTÍNEZ SANTOS, A., “El régimen jurídico procesal del whistleblower. La influencia del Derecho Europeo”, en *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Juan Luis Gómez Colomer, J.L. (Dir.), Christa M. Madrid Boquín, (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- BLANCO CORDERO, I., “Responsabilidad penal de la sociedad matriz por los delitos cometidos en el grupo de empresas”, en *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Nicolás Rodríguez García, Fernando Rodríguez López (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BUSTOS RUBIOS, M., “Financiación del terrorismo y blanqueo de capitales: de la nueva normativa al Código Penal español”, en *El mercado único en la Unión Europea: balance y perspectivas jurídico-políticas* (en José Miguel Martín Rodríguez y Laura García-Álvarez (Dirs.), Ana Sánchez Rubio (Coord.)), Dykinson, 2019.
- CALVO VÉRGEZ, J., “El nuevo marco comunitario diseñado para hacer frente al blanqueo de capitales tras la aprobación de las directivas cuarta y quinta”, *El mercado Único en la Unión Europea: balance y perspectivas jurídico-políticas*, en José Miguel Martín Rodríguez y Laura García-Álvarez (Dirs.), Ana Sánchez Rubio (Coord.), Dykinson, 2019.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del *compliance officer* para su uso en un proceso penal (1)”, *Diario La Ley*, n. 9080, 2017.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M.C., *Aspectos jurídicos de las criptomonedas*, Madrid, 2019, (<https://blockchainintelligence.es/criptomonedas-legal-chamorro/>)
- GÓMEZ TOMILLO, M., “Presunción de inocencia, carga de la prueba de la idoneidad de los ‘compliance programs’ y cultura del cumplimiento”, en *Actualidad compliance 2018*, Juan Antonio Frago Amada (Dir.), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2018.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Compliance penal y política legislativa: el deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 49-68.
- PENA BEIROA, J. A., *Manual de prevención del blanqueo de capitales para profesionales (abogados, auditores y economistas)*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2012, p. 101 y ss.
- SAURA ALBERDI, B., “El órgano de cumplimiento (*compliance officer*)”, en *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Nicolás Rodríguez García, Fernando Rodríguez López (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- ZARAGOZA TEJADA, J. I., “Criptoactivo y blanqueo de capitales. Problemas jurídico procesales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8, 2019.