

INFORME EXPLICATIVO

del segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas

(Texto aprobado por el Consejo el 12 de marzo de 1999)

(1999/C 91/02)

I. INTRODUCCIÓN

El Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas fue establecido por el Consejo y firmado por los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros el 26 de julio de 1995 ⁽¹⁾. Este Convenio (denominado en lo sucesivo «el Convenio» o «el Convenio sobre el fraude») constituye el primer acuerdo celebrado en el ámbito de la cooperación que establece el título VI del Tratado de la Unión Europea y trata del fraude que afecta al presupuesto de las Comunidades Europeas. El 27 de septiembre de 1996 se estableció y firmó un primer Protocolo de este Convenio ⁽²⁾, que trata principalmente de los actos de corrupción en los que están implicados funcionarios nacionales o comunitarios y que afectan o pueden afectar a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, denominado en lo sucesivo «el primer Protocolo» o «el Protocolo sobre corrupción». El Protocolo relativo a la interpretación, con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas se estableció y firmó el 29 de noviembre de 1996 ⁽³⁾. Este instrumento permite a los Estados miembros, mediante declaración efectuada en el momento de la firma del Convenio o con posterioridad, aceptar la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del Convenio y del primer Protocolo.

Paralelamente al establecimiento de los instrumentos mencionados, sobre la base del título VI del Tratado de la Unión Europea, la Comunidad Europea adoptó dos instrumentos de especial interés en este contexto: el Reglamento (CE, Euratom) n° 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas ⁽⁴⁾ y el Reglamento (CE, Euratom) n° 2185/96 del Consejo, de 11 de noviembre de 1996, relativo a los controles y verificaciones *in situ* que realiza la Comisión para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas contra los fraudes e irregularidades ⁽⁵⁾.

En el Acto del Consejo por el que se establece el Convenio, el Consejo destacó que éste debía completarse en breve mediante otro instrumento jurídico para mejorar la eficacia de la protección por vía penal de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. La Comisión presentó a principios de 1996 un proyecto de segundo Protocolo del Convenio sobre el fraude ⁽⁶⁾. En él se hacía referencia a la intención expresada por el Consejo al establecer el Convenio, así como a la Resolución del Consejo, de 6 de diciembre de 1994, sobre la protección jurídica de los intereses financieros de las Comunidades ⁽⁷⁾. En esta Resolución, el Consejo pedía que se determinasen las posibilidades de imponer sanciones a las personas jurídicas y que la legislación sobre el blanqueo de capitales se hiciese extensiva a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. La Presidencia italiana del Consejo hizo suya la iniciativa de la Comisión y, al concluir su mandato, los debates sobre el proyecto de la

⁽¹⁾ DO C 316 de 27.11.1995, p. 49.

⁽²⁾ DO C 313 de 23.10.1996, p. 2.

⁽³⁾ DO C 151 de 20.5.1997, p. 2.

⁽⁴⁾ DO L 312 de 23.12.1995, p. 1.

⁽⁵⁾ DO L 292 de 15.11.1996, p. 2.

⁽⁶⁾ DO C 83 de 20.3.1996, p. 10.

⁽⁷⁾ DO C 355 de 14.12.1994, p. 2.

Comisión estaban muy avanzados. En junio de 1996, la Presidencia italiana, de conformidad con el artículo K.6 del Tratado de la Unión Europea, consultó al Parlamento Europeo, que emitió su dictamen en una Resolución de 24 de octubre de 1996 ⁽¹⁾. Los debates continuaron durante la Presidencia irlandesa, pero hubo que esperar a la Presidencia neerlandesa para que se llegase a un acuerdo político sobre el proyecto, en el Consejo del 26 de mayo de 1997. El 19 de junio de 1997 el Consejo adoptó el Acto por el que se establece el segundo Protocolo, y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros firmaron el segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas ⁽²⁾.

En cuanto a la base jurídica del segundo Protocolo, cabe remitirse a las observaciones del punto II del informe explicativo del Convenio ⁽³⁾.

En el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997 ⁽⁴⁾, se destacó la importancia de ultimar y aplicar el segundo Protocolo. En este Plan se recomienda que los Estados miembros generalicen la penalización del blanqueo de capitales, mejoren y estructuren mejor la cooperación con la Comisión y los Estados miembros en la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de las Comunidades Europeas y contra los delitos conexos de blanqueo de capitales, tipifiquen como delito la participación de personas jurídicas en la delincuencia organizada y recopilen la información pertinente sobre las personas jurídicas a fin de prevenir la penetración de la delincuencia organizada en la economía lícita.

II. COMENTARIOS SOBRE LOS ARTÍCULOS

Artículo 1

Definiciones

1.1. Observaciones generales

Esta disposición introductoria define cinco términos empleados en el segundo Protocolo. Además de delimitar con precisión el significado de dichos términos a efectos del segundo Protocolo, las tres primeras definiciones establecen también la relación entre el segundo Protocolo y el Convenio sobre el fraude y su primer Protocolo.

1.2. Letras a) y b)

En estas dos letras se establece formalmente la relación entre el segundo Protocolo y el Convenio sobre el fraude: se indica que por «Convenio» se entenderá el Convenio sobre el fraude y que el término «fraude» se refiere a los comportamientos contemplados en el Convenio.

1.3. Letra c)

El segundo Protocolo guarda relación no sólo con el Convenio sobre el fraude, sino también con el

primer Protocolo de éste, el Protocolo sobre corrupción. En la letra c) se hace hincapié en esta relación, ya que se indica que, en el contexto del segundo Protocolo, las expresiones «corrupción pasiva» y «corrupción activa» tienen el mismo significado que en el primer Protocolo.

1.4. Letra d)

En esta letra del segundo Protocolo se define el concepto de «persona jurídica» como cualquier entidad que goce de tal régimen jurídico con arreglo al Derecho nacional aplicable, exceptuados los Estados y otras entidades públicas en el ejercicio de la autoridad estatal, así como las organizaciones públicas internacionales. En este contexto se entiende por «Derecho nacional» el del Estado miembro que toma medidas contra una persona jurídica de conformidad con el segundo Protocolo.

1.5. Letra e)

A los efectos del segundo Protocolo, «blanqueo de capitales» es la conducta definida como tal en la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales ⁽⁵⁾ en lo que respecta a las infracciones contempladas en el Convenio sobre el fraude y en su

⁽¹⁾ DO C 347 de 18.11.1996, p. 150.

⁽²⁾ DO C 221 de 19.7.1997, p. 11.

⁽³⁾ DO C 191 de 23.6.1997, p. 1.

⁽⁴⁾ DO C 251 de 15.8.1997, p. 1.

⁽⁵⁾ DO L 166 de 28.6.1991, p. 77.

primer Protocolo. En consecuencia, en el segundo Protocolo, «blanqueo de dinero» se refiere a los beneficios del fraude, como mínimo en casos graves, y de la corrupción activa y pasiva ⁽¹⁾.

Cuando se hace referencia a la Directiva para definir el blanqueo de capitales, la palabra «bienes» que figura en el tercer guión del artículo 1 de la Directiva, a su vez, se define en el cuarto guión de dicho artículo. En consecuencia, el término «bienes» en el contexto del segundo Protocolo designa «todo tipo de activos, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos».

Artículo 2

Blanqueo de capitales

En virtud de esta disposición y de la letra e) del artículo 1, los Estados miembros están obligados a garantizar que su legislación nacional sobre blanqueo de capitales contemple también como delitos principales las infracciones de fraude, al menos los casos graves, y de corrupción activa y pasiva. A esta concepción más amplia del blanqueo de capitales se hacía referencia ya en el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, en el que se indicaba que «la penalización del blanqueo de los beneficios del delito debería hacerse lo más general posible» (recomendación nº 26). Para poner en práctica esta recomendación, el Consejo adoptó el 3 de diciembre de 1998 la Acción común relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo preventivo incautación y decomiso de instrumentos y productos del delito ⁽²⁾ que obliga a los Estados miembros a suministrar una amplia lista de delitos principales. La Comisión, en su segundo informe al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva sobre blanqueo de capitales ⁽³⁾, anunció su intención de proponer una ampliación del ámbito de aplicación de dicha Directiva. Cabe destacar que el apartado 1 del artículo 18 del segundo Protocolo admite una reserva temporal, por un período de cinco años, renovable una sola vez, para casos no relacionados con actos graves de corrupción activa y pasiva, a fin de que puedan ratificar el segundo Protocolo los Estados miembros que no hayan conseguido aún instaurar esa concepción más amplia.

⁽¹⁾ Véase también la Acción común, de 3 de diciembre de 1998, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo preventivo, incautación y decomiso de instrumentos y productos del delito (DO L 333 de 9.12.1998, p. 1).

⁽²⁾ DO L 333 de 9.12.1998, p. 1.

⁽³⁾ COM(1998) 401 final, de 1 de julio de 1998.

Artículo 3

Responsabilidad de las personas jurídicas

3.1. Observaciones generales

A tenor de esta disposición, la legislación de los Estados miembros debe permitir que las personas jurídicas sean consideradas responsables de los actos de fraude, corrupción activa y blanqueo de capitales cometidos en su provecho. El apartado 1 de este artículo enuncia los criterios con arreglo a los cuales se establecerá la responsabilidad de la persona jurídica por las infracciones cometidas por personas que ostenten determinados cargos directivos, mientras que el apartado 2 establece la posibilidad de que una persona jurídica sea considerada responsable de delitos cometidos por otras personas sometidas a su autoridad. El apartado 3 especifica que la responsabilidad de la persona jurídica no exime de responsabilidad a la persona física implicada en la comisión de las infracciones de las que ha de responder la persona jurídica.

3.2. Apartado 1

En virtud de este apartado, la persona jurídica ha de responder de las infracciones mencionadas al menos si se cumplen dos criterios complementarios:

- i) la infracción ha sido cometida en provecho de la persona jurídica, y
- ii) la infracción ha sido cometida por una persona física que ostenta en ella un determinado cargo directivo.

El primer criterio establece un vínculo entre la infracción y la persona jurídica. Ésta ha de sacar algún provecho de la infracción. El posible beneficio puede ser claramente económico (obtener el producto de un fraude que afecte a los intereses financieros comunitarios, por ejemplo) o de otro tipo (recibir un pedido como consecuencia de la corrupción de un funcionario, por ejemplo). Si la persona jurídica obtiene algún beneficio, el hecho de que la persona física autora de la infracción actúe a título individual o como miembro de un órgano de la persona jurídica carece de importancia.

El segundo criterio establece una relación entre el autor físico de la infracción y la persona jurídica que ha de responder de ella. Establece asimismo que el «cargo directivo» de la persona física puede derivarse de una o varias de las circunstancias enunciadas en el apartado 1, que se refieren tanto a aspectos formales como de fondo: un poder de representación de la persona jurídica, una autorización para adoptar decisiones en su nombre o una autorización para ejercer el control dentro de ella. En consecuencia, para dar cumplimiento al segundo Protocolo, los Estados miembros deberán

incluir estos tres elementos en su ordenamiento jurídico interno como circunstancias en las que puede basarse el cargo directivo.

En lo que se refiere a los casos en que la responsabilidad de la persona jurídica se basa en la autorización de la persona física autora de la infracción para ejercer el control en el seno de aquélla, es importante destacar que el término «control» deberá entenderse en el sentido de que la facultad de supervisión sobre la gestión de la persona jurídica deberá ejercerse de manera que garantice que el autor físico de la infracción ostenta un cargo directivo dentro de ella. La autorización para ejercer el control dentro de una persona jurídica podrá derivarse, en particular, de la responsabilidad del control financiero interno y de la revisión contable, así como de la pertenencia a un organismo de control o de supervisión interno a la persona jurídica, en la medida en que dichos cargos correspondan a un cargo directivo que conlleve una posibilidad de influir en la gestión de la persona jurídica. Así pues, no se considerará la facultad de control atribuida a personas que no conlleve posibilidad alguna de influir en la gestión de la persona jurídica. El apartado 1 no incluye a personas ajenas a la persona jurídica (por ejemplo, empleados de una empresa de auditoría) que realicen en ella controles de cuentas.

La persona jurídica también puede ser considerada responsable si la persona física a que hace referencia el apartado 1 actúa como cómplice o instigadora de la infracción o está involucrada en la tentativa de cometer un fraude.

3.3. Apartado 2

Además de los casos contemplados en el apartado 1, el apartado 2 del artículo 3 se refiere a la posibilidad de que una de las infracciones mencionadas en el apartado 1 sea cometida por una persona sometida a la autoridad de otra que ostenta un cargo directivo: los Estados miembros tienen la obligación de adoptar medidas para que pueda considerarse responsable a la persona jurídica si la falta de vigilancia o control por parte de una persona que ostente en ella un cargo directivo ha hecho posible la infracción. En este sentido, las disposiciones del apartado 2 no suponen necesariamente una responsabilidad objetiva de la persona jurídica, pero el apartado 1 puede interpretarse como una disposición cuyo ámbito de aplicación se limite a casos en que a la persona jurídica en cuanto tal pueda reprochársele la conducta culpable de las personas que actúen en su nombre. (Véase también el punto 4.3.)

3.4. Apartado 3

Este apartado dispone que las acciones emprendidas contra la persona jurídica cuya responsabili-

dad en la infracción ha quedado probada no excluyen la incoación de acciones penales contra las personas físicas que han cometido *de facto* la infracción. Esto significa que las medidas tomadas, por ejemplo, contra la empresa en cuyo beneficio ha cometido un delito un director general no son óbice para que se entable un procedimiento penal contra el propio director.

Artículo 4

Sanciones a las personas jurídicas

4.1. Observaciones generales

El artículo 4 se refiere a las sanciones a las personas jurídicas consideradas responsables de las infracciones contempladas en el artículo 3 y reconoce las diferentes formas de responsabilidad de que tratan los apartados 1 y 2 de dicho artículo, estableciendo una distinción según la infracción haya sido cometida por una persona que ostente un cargo directivo o por un subordinado.

4.2. Apartado 1

En virtud del apartado 1, el artículo 4 obliga a los Estados miembros a garantizar que las personas jurídicas consideradas responsables de una de las infracciones contempladas en el apartado 1 del artículo 3 que haya sido cometida por una persona que ostente un cargo directivo puedan ser castigadas con «sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias», por referencia a los criterios utilizados en el artículo 2 del Convenio sobre el fraude y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Con arreglo al segundo Protocolo, estas sanciones deben incluir multas de carácter penal o administrativo y pueden incluir otras sanciones, algunas de las cuales se sugieren en este apartado 1. Otra sanción posible sería la prohibición de que la persona jurídica participe en licitaciones públicas, tal como se sugiere en la Resolución del Parlamento Europeo de 24 de octubre de 1996.

4.3. Apartado 2

Este apartado obliga a los Estados miembros a garantizar también que se impongan sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias a las personas jurídicas consideradas responsables de actos de fraude, corrupción o blanqueo de dinero con arreglo al apartado 2 del artículo 3, es decir, cuando la falta de vigilancia o control de una persona que ostente un cargo directivo ha hecho posible que un subordinado cometa la infracción. En los casos contemplados en el apartado 2 del artículo 3 y en el apartado 2 del artículo 4, los Estados miembros tienen la potestad de decidir el tipo y la gravedad de las sancio-

nes o medidas aplicables, siempre que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Conviene tener presente, pues, que las medidas que han de adoptarse en virtud del apartado 2 del artículo 3 y del apartado 2 del artículo 4 pueden ser sanciones penales, pero que también caben medidas de Derecho administrativo o civil. Aunque no es obligatorio que las sanciones o medidas contempladas en el apartado 2 del artículo 4 del segundo Protocolo estén previstas en el Derecho penal o en las disposiciones sancionadoras del Derecho administrativo de los Estados miembros, sí es preciso que tengan cierto carácter punitivo en el sentido de que han de ir más allá de la mera reparación de daños o la restitución de los bienes obtenidos por medios ilícitos.

Artículo 5

Confiscación

A fin de instaurar una cooperación eficaz en la lucha contra el fraude que afecta a los intereses de la Comunidad y los actos de corrupción conexos, es preciso que la legislación de los Estados miembros permita que se tomen medidas mínimas similares en casos similares en relación con el embargo, confiscación o retirada de los instrumentos y productos del fraude, de la corrupción activa y pasiva y del blanqueo de capitales. La referencia a la retirada de instrumentos y productos tiene la finalidad de incluir los casos que no incluyen necesariamente la confiscación (por ejemplo, en un caso de Derecho civil a efectos de indemnización por daños y perjuicios o de restitución de los bienes a su legítimo propietario).

Las medidas de embargo, confiscación o retirada que han de promulgarse pueden referirse tanto a los medios y a los productos del fraude como a la corrupción activa o pasiva o al blanqueo de dinero. Es más, estas medidas pueden afectar también a bienes cuyo valor corresponda a esos productos. En este contexto, el término «embargo» engloba el embargo preventivo y la incautación, tal como se definen en la letra l) del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 19 de diciembre de 1988).

Los terceros de buena fe deberán gozar de protección respecto a la confiscación y retirada de instrumentos y productos. Así se desprende de la segunda frase del artículo 5, que dispone que dicho Estado miembro actuará de conformidad con su legislación nacional, lo cual supone, por tanto, que se aplicará esa legislación para determinar si el tercero de que se trate es o no un tercero de buena fe.

Artículo 6

Infracciones en materia fiscal y aduanera

Este artículo, que dispone que no podrá invocarse la excepción fiscal para denegar la prestación de asistencia

judicial dentro del ámbito de aplicación del segundo Protocolo, completa el apartado 3 del artículo 5 del Convenio sobre el fraude. Este último establece que no puede denegarse una extradición en virtud de la excepción fiscal, mientras que el artículo 6 del segundo Protocolo establece que no puede denegarse la asistencia judicial en materia penal por el mero hecho de que la infracción sea de carácter fiscal o aduanero.

Esta disposición constituye en sí una excepción a la letra a) del artículo 2 del Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal (Estrasburgo, 20 de abril de 1959); a pesar de que ya existen disposiciones análogas en otros instrumentos —por ejemplo, el artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio de 1959 (Estrasburgo, 17 de marzo de 1978) o el artículo 50 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (Schengen, 14 de junio de 1990)—, se decidió que debía figurar también en el segundo Protocolo, ya que ninguno de estos instrumentos había sido ratificado por todos los Estados miembros en el momento de la adopción del acto por el que se celebra el segundo Protocolo. En este contexto, el concepto de «infracción fiscal» se refiere a los ingresos (impuestos o derechos) con arreglo al Convenio.

Artículo 7

Cooperación con la Comisión de las Comunidades Europeas

7.1. Observaciones generales

En el artículo 7 y siguientes se organiza la cooperación de los Estados miembros con la Comisión en el ámbito del Convenio sobre el fraude y sus Protocolos, y se determinan las obligaciones de la Comisión en virtud de esta cooperación.

Los Estados miembros, Partes contratantes del segundo Protocolo, confían una misión a la Comisión que supone que ésta deberá hacer frente a determinados compromisos por lo que se refiere no únicamente a sus relaciones con los Estados miembros sino también a sus relaciones con los ciudadanos particulares por lo que respecta a la protección de datos. La Comisión está dispuesta a asumir esta función y acepta la responsabilidad que le corresponde en virtud de las disposiciones pertinentes del segundo Protocolo ⁽¹⁾.

El artículo 6 del Convenio sobre el fraude contiene normas generales sobre la cooperación entre los Estados miembros en casos de fraude nocivo a

⁽¹⁾ Véase la declaración formulada por la Comisión sobre el artículo 7 con ocasión de la adopción del segundo Protocolo, publicada en el Diario Oficial junto con el mismo.

los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Esta disposición se aplica asimismo al segundo Protocolo en virtud del apartado 1 de su artículo 12. El artículo 10 del segundo Protocolo establece el principio de intercambio de información entre los Estados miembros y la Comisión a efectos de la aplicación de dicho Convenio.

El artículo 7 del segundo Protocolo desarrolla estas disposiciones del Convenio. Por una parte, obliga a los Estados miembros y a la Comisión a colaborar entre sí en el ámbito de la lucha contra el fraude, la corrupción activa y pasiva y el blanqueo de capitales. Asimismo, pone de manifiesto que en la cooperación en estos ámbitos no sólo tienen una función los Estados miembros, sino también la Comisión. La función de la Comisión está relacionada con las responsabilidades y obligaciones que le corresponden, en particular por lo que respecta a la ejecución del presupuesto de las Comunidades Europeas y la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de éstas, de conformidad con los artículos 205 y 209 A ⁽¹⁾ del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Por otra parte, el artículo 7 del Protocolo define las modalidades que enmarcan el intercambio y la transmisión de información, corolario indispensable para lograr una colaboración efectiva entre los Estados miembros y la Comisión.

7.2. Apartado 1

a) Esta disposición prevé la colaboración entre los Estados miembros y la Comisión. Además de la responsabilidad prioritaria de los Estados miembros en lo referente a la investigación y las actuaciones judiciales que se estipula en el artículo 6 del Convenio, el apartado 1 del artículo 7 reconoce a la Comisión una función técnica y operativa. El texto del apartado expresa el concepto de colaboración en el ámbito de la lucha contra el fraude.

En particular, el apartado se refiere a los casos de fraude que suponen delitos penales. Cuando hay al menos dos Estados miembros involucrados, se prevén en particular las hipótesis siguientes:

- casos en que los delitos de fraude tienen lugar en cada uno de los territorios nacionales,
- casos en que, si bien el delito de fraude tiene lugar en el territorio de un solo Estado miembro, los autores son nacionales de varios países, tanto de Estados miembros como de terceros países,

- casos en que, si bien los hechos tienen lugar en un solo Estado miembro, los elementos de prueba están repartidos en distintos territorios, tanto dentro como fuera de la Unión Europea,
- casos en que los productos del fraude y las propiedades que pueden confiscarse se encuentran fuera del territorio del país en que se ha cometido el delito, incluso fuera del territorio de la Unión Europea,
- casos en que los actos concretos de fraude, pese a haber sido cometidos en un ámbito nacional, forman parte de una red de fraude organizada en el plano transnacional.

Estas situaciones se aplican también a los casos de corrupción y de blanqueo de capitales. En todos ellos, está prevista la cooperación entre los Estados miembros y la Comisión.

b) La función de la Comisión se detalla en el párrafo segundo. Con el fin de poner en práctica las actividades de cooperación, está previsto que la Comisión preste su asistencia. Aun cuando los actos de fraude estén localizados en un solo Estado miembro, pueden existir ramificaciones que supongan la existencia de redes organizadas en varios de ellos. Una cooperación rápida y provechosa entre las autoridades competentes, tanto en el plano de los Estados miembros como en el comunitario, favorecerá la buena marcha de las investigaciones y las acciones judiciales.

La función que se atribuye a la Comisión se designa con el término «asistencia». La asistencia está en función de las circunstancias y de las necesidades de cada caso concreto. Está concebida para aportar un valor añadido a las investigaciones de los hechos así como a las actuaciones y la represión judicial en los casos de fraude de los que se ocupan las autoridades nacionales, garantizando la disponibilidad de las competencias. Este concepto debe interpretarse del modo más abierto y menos restrictivo posible.

Es evidente que el reconocimiento de las funciones de la Comisión se hace sin perjuicio del ejercicio de los poderes de las autoridades judiciales de los Estados miembros en el ámbito penal. Las autoridades de los Estados miembros tienen a su disposición todos los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, en particular el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros y sus protocolos adicionales, que les permiten combatir el fraude, especialmente cuando están implicadas redes organizadas de delincuencia financiera. El apartado no introduce ninguna modificación con respecto a los propios instrumentos jurídicos nacionales e inter-

⁽¹⁾ Véanse los nuevos artículos 274 y 280, según la nueva numeración conforme al artículo 12 y al anexo del Tratado de Amsterdam (DO C 340 de 10.11.1997).

nacionales vigentes; se refiere a la asistencia que la Comisión está llamada a prestar en la aplicación de las mismas. La asistencia comprende dos aspectos que deben diferenciarse: uno técnico y otro operativo.

- c) La asistencia técnica representa la plusvalía que la Comisión puede aportar en todos los asuntos sujetos a la normativa comunitaria. En particular, se refiere a la competencia de que dispone en el terreno de la información y la logística para prevenir y luchar contra el fraude. También incluye todos los datos de carácter estratégico que pueden aprovecharse para definir las tendencias actuales de las distintas actividades de fraude, la tipología de los defraudadores, bien sean individuos u organizaciones, así como el análisis de los riesgos previsibles vinculados a la vulnerabilidad de algunos sectores de actividad.

En cuanto a los aspectos logísticos, es posible que las autoridades judiciales o policiales tengan necesidad de acceder a distintas bases de datos de la Comisión sobre actividades económicas potencialmente pertinentes, datos que las autoridades nacionales no pueden consultar sin la ayuda de la Comisión.

La asistencia técnica se refiere también al servicio que puede ofrecer el grupo de expertos en Derecho penal que forman parte del Grupo de coordinación de prevención del fraude (UCLAF) que dispone de experiencia en ámbitos jurídicos de gran complejidad, relativos a los sistemas nacionales. Las autoridades de investigación pueden recurrir a estos expertos, sobre todo para preparar solicitudes concretas que deben dirigir a las autoridades judiciales de uno o varios Estados miembros.

- d) La asistencia operativa se presta en relación con las actividades de lucha contra el fraude, la corrupción y el blanqueo de capitales, llevadas a cabo sobre el terreno; comprende el conjunto de servicios que la Comisión está en condiciones de prestar para contribuir a mejorar la eficacia de la acción represiva con vistas a facilitar la coordinación de las investigaciones realizadas por las autoridades nacionales.

Evidentemente, las investigaciones y actuaciones judiciales emprendidas en los ámbitos contemplados en el artículo 7 son responsabilidad de las autoridades competentes (judiciales o no) de los propios Estados miembros. No obstante, la asistencia operativa prestada por la Comisión puede resultar útil para el buen desarrollo de las investigaciones, puesto que permite:

- identificar y entablar contactos con las autoridades competentes y entablar relaciones con fines informativos y operativos con el objeto de garantizar la coordinación entre las investigaciones administrativas y la investigación penal,

- establecer o facilitar los contactos directos entre las autoridades competentes interesadas,
- organizar con celeridad, en caso necesario o previa petición, reuniones de trabajo con las autoridades correspondientes,
- promover y facilitar las relaciones entre las distintas autoridades judiciales de los países de que se trate, en los asuntos de fraude organizado transnacional,
- proporcionar a las autoridades nacionales competentes la ayuda necesaria para que puedan beneficiarse de la manera más rápida y eficaz posible de los resultados de investigaciones efectuadas por la Comisión y de las oportunidades ofrecidas por la cooperación administrativa internacional,
- asistir a las autoridades nacionales competentes con vistas a la plena explotación de las posibilidades que ofrecen los acuerdos internacionales sobre cooperación judicial. Esta asistencia podrá incluir, cuando proceda, la facilitación de información a efectos de la preparación de solicitudes de cooperación judicial,
- facilitar los contactos necesarios con las autoridades competentes en relación con los expedientes de fraude organizado internacional, con el fin de promover la aplicación del apartado 2 del artículo 6 del Convenio sobre el fraude (centralización de las actuaciones judiciales).

7.3. Apartado 2

El apartado 2 del artículo 7 contempla el intercambio de información teniendo en cuenta las exigencias del secreto de la instrucción y la protección de los datos personales.

- a) El apartado 2 tiene por objeto señalar que en principio no debe existir ningún obstáculo para el intercambio de información entre los Estados miembros y la Comisión ni entre los Estados miembros con la mediación de la Comisión. El intercambio de información supone que la información circule en ambos sentidos.

Este intercambio de información está destinado a facilitar la determinación de los hechos y a garantizar una acción preventiva o represiva contra el fraude, la corrupción activa y pasiva y el blanqueo de capitales. Este tipo de acción puede incluir un control administrativo más intenso cuando haya motivos para esperar verdaderas irregularidades, así como la elaboración de una estrategia coherente en materia de investigación.

El apartado no precisa la información que puede intercambiarse. No sería conveniente limitar, de entrada, este intercambio. Habida cuenta de todas las situaciones posibles de cooperación, la necesidad de información puede referirse a toda una gama de posibilidades concretas propias de cada caso. El contenido concreto de la información dependerá del estado de las investigaciones en el momento en que se inicia la cooperación y, naturalmente, de las particularidades del asunto que determina la información necesaria para nuevas acciones.

La información que se intercambia en virtud del apartado 2 puede, por ejemplo, referirse a:

- la naturaleza del fraude, incluido su contexto jurídico,
 - el *modus operandi*,
 - las personas jurídicas y físicas implicadas y, en términos más generales, la información de carácter personal.
- b) El apartado 2 limita el intercambio de información con dos exigencias: la protección de los datos y el secreto de instrucción. Cada situación concreta será objeto de una valoración específica en función de las circunstancias.

La protección de los datos personales en el proceso de intercambio de información queda garantizada por disposiciones particulares del segundo Protocolo (véanse los artículos 8, 9, 10 y 11).

Las particularidades del secreto de instrucción vienen definidas por el Derecho interno de los Estados miembros. Respecto a la Comisión, el Derecho comunitario afirma el principio del secreto profesional [artículo 214 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea ⁽¹⁾].

Deberían considerarse caso por caso las particularidades y necesidades inherentes a las investigaciones de carácter transnacional relativas a los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

- c) El apartado 2 permite, por otra parte, que el Estado miembro que proporciona información prevea condiciones específicas para la utilización de dicha información por parte de la Comisión o por parte de otro Estado miembro que pudiera recibirla.

Todo Estado miembro podrá establecer, por ejemplo, para sus autoridades competentes disposiciones generales o específicas que puedan servir como base para condiciones específicas respecto del uso de la información, que prevean un nivel de protección equivalente al facilitado en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos ⁽²⁾ y sean también acordes con los imperativos del ordenamiento jurídico nacional. Al hacerlo, los Estados miembros deberían tener en cuenta, caso por caso, las particularidades y necesidades inherentes a las investigaciones de carácter transnacional relativas a los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

Artículo 8

Responsabilidad de la Comisión en la protección de los datos

La Comisión deberá garantizar que, en el marco del intercambio de información con arreglo al apartado 2 del artículo 7, en lo relativo al tratamiento de datos personales, se observe un nivel de protección equivalente al establecido en la Directiva 95/46/CE. Mediante una declaración en el acta del Consejo en que se adoptó la Directiva, la Comisión aceptó las obligaciones derivadas de la Directiva. Tanto los principios recogidos en sus considerandos como las disposiciones de la Directiva constituirán así el marco de referencia jurídica de la protección de toda la información contemplada en el artículo 7 ⁽³⁾.

El tipo de asistencia que la Comisión podrá prestar a los Estados miembros, tal como se describe en el comentario sobre el artículo 7, implicaría que los Estados miembros transfirieran todo tipo de datos, incluidos los personales, a la Comisión y que ésta procesara dichos datos. Debido a que será inevitable que la Comisión procese dichos datos creando sus propios sistemas de archivo, se consideró necesaria la inclusión de disposiciones en el Protocolo que garantizaran el cumplimiento, por parte de la Comisión, de las normas sobre protección de datos y el

⁽²⁾ DO L 281 de 23.11.1995, p. 31.

⁽³⁾ Este artículo es conforme a las disposiciones del artículo 286 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, según la numeración del Tratado de Amsterdam, relativo a la aplicación por las instituciones de las disposiciones de Derecho comunitario en materia de protección de datos.

⁽¹⁾ Nuevo artículo 287 conforme al artículo 12 y al anexo del Tratado de Amsterdam.

mantenimiento del secreto. Estas normas definirán las condiciones en que es legal el tratamiento de datos personales por parte de la Comisión, incluidas las condiciones relativas a la calidad y legitimidad del tratamiento de datos, así como al derecho del interesado a tener acceso a sus datos personales, a oponerse a su tratamiento o a solicitar su corrección.

Artículo 9

Publicación de las normas de protección de datos

Las normas adoptadas en virtud de las obligaciones establecidas en el artículo 8 se publicarán en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. Las disposiciones relativas a la protección de datos tendrán un alcance jurídico externo. Formarán parte de la legislación comunitaria relativa a la protección de datos.

En este sentido, cabe señalar que, de acuerdo con el apartado 4 del artículo 16 del segundo Protocolo, el intercambio de información entre los Estados miembros y la Comisión efectuado en virtud del apartado 2 del artículo 7 se suspenderá si, y en tanto en cuanto, las normas adoptadas de conformidad con el artículo 8 todavía no hayan sido publicadas en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

Artículo 10

Transmisión de datos a otros Estados miembros y a terceros países

10.1. Observaciones generales

Este artículo se refiere a las condiciones en que la Comisión puede transmitir a otros Estados miembros o a terceros países datos personales obtenidos en un Estado miembro mediante la cooperación prevista en el artículo 7.

10.2. Apartado 1

En principio, no existen barreras para la transferencia de información a otros Estados miembros, teniendo en cuenta el secreto de la investigación y siempre que se cumplan las condiciones que pudiera imponer el Estado miembro que haya facilitado la información con respecto a su utilización por parte de la Comisión o por los Estados miembros a los cuales pueda comunicarse.

Antes de transmitirse la información, se notificará al Estado miembro que la haya facilitado que se tiene la intención de transmitirla. De esta forma,

el Estado miembro tendrá la oportunidad de verificar las condiciones (apartado 2 del artículo 7) de la transferencia de información que se pretende hacer y de verificar si la información que debe transferirse está actualizada y es exacta.

El Estado miembro deberá tener en cuenta la necesidad de efectuar dicha verificación sin dilación a fin de evitar toda complicación innecesaria de procedimiento en lo que se refiere a la transferencia de información.

10.3. Apartado 2

La situación es distinta en materia de transferencia de datos personales por parte de la Comisión a terceros países. La Comisión sólo puede transferir tales datos a un tercer país si el Estado miembro que la ha facilitado ha dado su autorización a tal efecto. Por ejemplo, al igual que ocurre con el capítulo IV de la Directiva 95/46/CE, ello da al Estado miembro que facilita la información la posibilidad de evaluar si es adecuado el nivel de protección de los datos que ofrece el tercer país de que se trate.

Artículo 11

Autoridad de control

Este artículo debe ponerse en relación con el artículo 28 de la Directiva arriba mencionada, que establece que, en cada Estado miembro, «... los Estados miembros dispondrán que una o más autoridades públicas se encarguen de vigilar la aplicación en su territorio de las disposiciones adoptadas por ellos en aplicación de la presente Directiva».

La obligación del Parlamento Europeo y del Consejo de establecer a nivel comunitario, antes del 1 de enero de 1999, una autoridad de control para la protección de datos está prevista en el apartado 2 del artículo 286 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, según la numeración del Tratado de Amsterdam. El artículo 11 del segundo Protocolo especifica que esta misma autoridad de control también será competente para la misma función respecto de los datos personales que posee la Comisión en virtud del segundo Protocolo.

Artículo 12

Relación con el Convenio

12.1. Apartado 1

El apartado 1 se refiere a disposiciones específicas del Convenio sobre el fraude y las declara aplicables al blanqueo de capitales, con arreglo al artículo 2 del segundo Protocolo. Las disposiciones pertinentes del Convenio pueden resumirse de la siguiente manera:

- el artículo 3 establece la responsabilidad penal de los jefes de empresa,
- el artículo 5 trata de la extradición y de la norma *aut dedere aut judicare*,
- el artículo 6 establece el principio de estrecha cooperación entre los Estados miembros en casos de fraude contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

Estos tres principios se aplican sin restricciones al comportamiento al que se refiere el artículo 2.

12.2. Apartado 2

El apartado 2 establece que determinadas disposiciones del Convenio se aplicarán también al segundo Protocolo. Estas disposiciones pueden resumirse de la siguiente manera:

- el artículo 4 dispone normas de jurisdicción sobre las infracciones de que se trata. Las declaraciones que se hagan con arreglo al apartado 2 del artículo 4 son aplicables al segundo Protocolo cuando en el momento de la ratificación del mismo no se indique lo contrario,
- el artículo 7 establece la norma *ne bis in idem*, que también es aplicable a cuestiones que suscite el segundo Protocolo. Las declaraciones que se hagan de conformidad con el apartado 2 del artículo 7 son aplicables al Protocolo a menos que en el momento de la ratificación del mismo se indique lo contrario. A este respecto debe señalarse que la ejecución de una sentencia incluye casos en que tal ejecución se suspende durante los períodos de libertad condicional,
- el artículo 9 permite a los Estados miembros adoptar disposiciones de Derecho interno más rigurosas que las del Convenio. El segundo Protocolo constituye asimismo un conjunto de normas mínimas,
- el artículo 10 establece, entre otras cosas, medidas para la transmisión de información por los Estados miembros a la Comisión, y también es aplicable a las cuestiones que suscite el segundo Protocolo.

Artículo 13

Tribunal de Justicia

13.1. Observaciones generales

Este artículo estipula las competencias otorgadas al Tribunal de Justicia de las Comunidades Euro-

peas para dirimir litigios entre Estados miembros y entre éstos y la Comisión en materia de interpretación o aplicación del segundo Protocolo, así como las que le han sido otorgadas en relación con las cuestiones prejudiciales.

13.2. Apartados 1 y 2

El apartado 1 estipula las condiciones en las que es competente el Tribunal de Justicia por lo que respecta a los litigios entre Estados miembros. El apartado 2 se refiere a los litigios entre Estados miembros y la Comisión. Estas disposiciones del segundo Protocolo reproducen, en la medida de lo posible, la formulación del artículo 8 del Convenio sobre el fraude y la del artículo 8 del primer Protocolo, para garantizar la coherencia entre estos tres instrumentos. El Informe explicativo del Convenio contiene comentarios detallados.

13.3. Apartado 3

El apartado 3 dispone que el Protocolo de 29 de noviembre de 1996 relativo a la interpretación, con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas se aplica al segundo Protocolo. Este Protocolo también se aplica al Convenio y al primer Protocolo. Las declaraciones hechas con arreglo al mencionado Protocolo son válidas respecto del segundo Protocolo salvo en el caso en que se formule una declaración en sentido contrario en el momento de la ratificación del segundo Protocolo.

Artículo 14

Responsabilidad extracontractual

Este artículo confirma la aplicabilidad de las normas comunitarias relativas a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad a los actos de la Comisión en el marco de la aplicación del segundo Protocolo, establecidas en los artículos 215 y 178 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea ⁽¹⁾.

Dado que no puede descartarse que las actividades de la Comisión con arreglo al segundo Protocolo den lugar a demandas por daños y perjuicios por parte de personas cuyos datos personales hayan sido tratados por la Comisión, se consideró necesario confirmar que también en los casos en que la Comisión actúe dentro de las competencias que le hayan otorgado instrumentos distintos del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea está sujeta a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 215 de dicho Tratado.

⁽¹⁾ Nuevos artículos 288 y 235, respectivamente, conforme a la nueva numeración establecida en el Tratado de Amsterdam.

Además, está claro que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene competencia en materia de litigios relativos a la indemnización por daños y perjuicios causados por la Comisión o sus funcionarios en el desempeño de sus funciones con arreglo al segundo Protocolo.

Artículo 15

Control jurisdiccional

Según el artículo 22 de la Directiva 95/46/CE, que trata de la protección de datos, los Estados miembros establecerán que toda persona disponga de un recurso judicial en caso de vulneración de los derechos que le garanticen las disposiciones de Derecho nacional aplicables al tratamiento de que se trate. Dichos derechos incluyen el derecho de acceso, el derecho de rectificación, supresión o bloqueo de los datos cuando éstos sean incompletos, inexactos o demasiado antiguos para permanecer almacenados y el derecho a tener acceso a la autoridad de control.

Las normas que deben adoptarse de conformidad con el artículo 8 del segundo Protocolo deberán incluir disposiciones que otorguen dichos derechos a las personas con respecto a los datos personales tratados por la Comisión.

Con arreglo al apartado 1 del artículo 15, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene jurisdicción para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por toda persona física o jurídica contra las decisiones de la Comisión (incluidas las denegaciones de decisión) con arreglo a las normas adoptadas por ella de conformidad con el artículo 8. El Tribunal de Justicia también tendrá la posibilidad de evaluar, en este contexto, si la Comisión ha cumplido plenamente sus obligaciones con arreglo al artículo 8.

La redacción del apartado 1 del artículo 15 se basa en gran medida en la del apartado 4 del artículo 173 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea ⁽¹⁾, en conjunción también con el apartado 2 del mencionado artículo 173.

Las referencias del apartado 2 del artículo 15 a otra serie de disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea tienen por objeto aclarar los puntos siguientes:

- a) que el Consejo puede decidir, de conformidad con el procedimiento de los apartados 1 y 2 del artículo 168 A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea ⁽²⁾, otorgar competencias al Tribunal de Primera Instancia en las materias abarcadas por el apartado 1 del artículo 15;
- b) los plazos que deben respetarse para interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia (apartado 5 del artículo 173) ⁽³⁾;

⁽¹⁾ Nuevo artículo 230 conforme al Tratado de Amsterdam.

⁽²⁾ Nuevo artículo 225.

⁽³⁾ Nuevo artículo 230.

- c) la índole de la decisión que puede tomar el Tribunal de Justicia con respecto a un recurso interpuesto ante él (apartado 1 del artículo 174) ⁽⁴⁾;
- d) el efecto jurídico que tiene una decisión del Tribunal de Justicia para la Comisión (apartados 1 y 2 del artículo 176) ⁽⁵⁾;
- e) el efecto jurídico que surte la interposición de un recurso ante el Tribunal de Justicia (artículo 185) ⁽⁶⁾; y
- f) que el Tribunal de Justicia está facultado para ordenar las medidas provisionales necesarias (artículo 186) ⁽⁷⁾.

Artículo 16

Entrada en vigor

Este artículo se refiere a la entrada en vigor del segundo Protocolo, que no podrá ser anterior a la del Convenio.

Artículo 17

Adhesión de nuevos Estados miembros

Este artículo se refiere a la adhesión de nuevos Estados miembros de la Unión Europea al segundo Protocolo.

Artículo 18

Reservas

18.1. Apartado 1

En algunos Estados miembros, el blanqueo de capitales procedentes de la corrupción activa y pasiva constituye un delito penal únicamente en casos graves. Para permitir a estos Estados miembros ratificar el Protocolo sin demora, se les otorga la posibilidad de introducir una reserva en este ámbito. Para garantizar que la necesidad de dicha reserva se vuelva a estudiar periódicamente, la validez de la misma se limitará a un período de cinco años a partir de la fecha de notificación de la adopción del Protocolo con arreglo al apartado 2 del artículo 16. Después del período de cinco años, la validez de la reserva podrá renovarse una sola vez. Por consiguiente, después de un plazo máximo de diez años a partir de la notificación de ratificación por parte del último Estado miembro, las reservas formuladas con respecto al ámbito del blanqueo de capitales dejarán de surtir efecto.

⁽⁴⁾ Nuevo artículo 231.

⁽⁵⁾ Nuevo artículo 233.

⁽⁶⁾ Nuevo artículo 242.

⁽⁷⁾ Nuevo artículo 243.

18.2. Apartado 2

Desde el inicio de las negociaciones sobre el segundo Protocolo, la cuestión de la responsabilidad y de las sanciones aplicables a las personas jurídicas ha planteado problemas a Austria, dado que el concepto de responsabilidad penal de las personas jurídicas no existe en su legislación. Al considerarse que el problema era de naturaleza más bien práctica que fundamental, era obvio que Austria necesitaría más tiempo para aplicar los artículos 3 y 4 que los demás Estados miembros. Para garantizar que este problema concreto no retrasara la entrada en vigor de la totalidad del Protocolo para todos los Estados miembros, y para alentar a Austria a adaptar su legislación, se le dio la posibilidad de introducir una reserva de cinco años sobre estos dos artículos. A diferencia de la reserva a que se refiere el apartado 1 del

artículo 18, la reserva de Austria no puede renovarse y dejará de ser válida cinco años después de la adopción del Acto del Consejo por el que se celebró el Protocolo, es decir, el 19 de junio de 2002.

18.3. Apartado 3

Dado que, según el apartado 2 del artículo 12, los artículos 4 y 7 del Convenio sobre el fraude también son aplicables al segundo Protocolo, las reservas que se aceptaron con arreglo al ámbito de aplicación de aquellas disposiciones del Convenio también deben ser de aplicación en el contexto del segundo Protocolo. Cualquiera de estas reservas podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación comunicada a la Secretaría General del Consejo.