

Asociación defiscales

Justice Policy and Checks and balances

1. Could you please provide an update on the implementation of the recommendation of the 2022 Rule of Law Report on the Prosecutor General, in particular any measure to address the issue of the overlap of the terms of office of the Prosecutor General and the Government?

Las reclamaciones efectuadas en las pasadas ediciones del presente informe siguen plenamente vigentes. El Ministerio Fiscal sigue sin disponer de un mínimo de autonomía presupuestaria y de gestión organizativa esenciales para garantizar la autonomía plena del órgano.

Recomendaciones del Informe de 2022 que afectan al Ministerio Fiscal.

- Reforzar el estatuto del Fiscal General, en particular en lo que respecta a la separación de los mandatos del Fiscal General y del Gobierno, teniendo en cuenta las normas europeas sobre independencia y autonomía de la fiscalía.

-La reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aprobada por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal sigue pendiente.

El Real Decreto 305/2022, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal fue aprobado el pasado 3 de mayo en el que se regulan aspectos de organización interna del Ministerio Fiscal y a su vez desarrolla aspectos previstos en La Ley Orgánica (funciones de la inspección fiscal, categorías de la carrera fiscal, adquisición y pérdida de la condición de fiscal, provisión de destinos, concursos, traslados forzosos, situaciones administrativas, permisos, derechos y deberes y compatibilidades y jubilación)

- Abordar los retos relacionados con la duración de las investigaciones y los procesamientos para aumentar la eficacia en la tramitación de los casos de corrupción de alto nivel.

La reforma de la Lecrim. sigue pendiente. España sigue anclada en una fase de investigación regulada por una ley del año 1881 en la que se consagra un sistema inquisitivo en el que el juez de instrucción es el protagonista. Nadie duda de lo desfasado del modelo dentro de los diferentes sectores de la doctrina científica y forense. Los problemas que genera el modelo actualmente en vigor afecta de forma severamente grave en general a los procedimientos complejos y en particular a los procedimientos de corrupción.

El modelo vigente ralentiza al extremo la fase de investigación y resulta difícilmente conciliable con los modelos imperantes en el espacio judicial europeo.

En la presente edición del informe de Estado de Derecho podemos afirmar que no existe plazo material en la presente legislatura como para abordar la necesaria reforma de la norma.

- Proseguir los trabajos para reforzar el acceso a la información, en particular mediante la revisión de la Ley de Secretos Oficiales.

Actualmente nos encontramos en fase prelegislativa, siendo la valoración del proyecto de norma por parte de AF extremadamente negativo.

A la vista de todo lo expuesto, a nuestro juicio, las conclusiones más relevantes que pueden extraerse sobre el Anteproyecto de Ley de Información Clasificada sometido a informe podrían concentrarse en el siguiente decálogo:

1ª) El Anteproyecto no cumple los estándares marcados por la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de acceso a la información pública y su garantía en el marco del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, en particular cuando dicho derecho resulta instrumental para el ejercicio por una persona de su derecho a la libertad de expresión y de la «libertad de recibir y comunicar información», y su denegación constituye una injerencia en estos derechos.

2ª) La extraordinaria amplitud de las materias y ámbitos a los que se extiende en el art. 3 ALIC el concepto de información clasificable en sus distintas categorías desborda el marco del art. 105.b CE (*seguridad y defensa del Estado*), planteando en consecuencia serios problemas de encaje constitucional e incompatibilidad con la certeza, precisión y previsibilidad que exige la jurisprudencia del TEDH y, siguiéndola, nuestra doctrina constitucional. **En los límites del precepto constitucional solo cabría subsumir parte de lo que para el art. 3.2 y 3 ALIC puede clasificarse como ámbitos propios del «alto secreto» o «secreto» y prácticamente nada de lo que puede clasificarse según el art. 3.4 y 5 ALIC como «confidencial» o «restringido» entraría en sus contornos.** Las previsiones que con cláusulas abiertas e imprecisas terminan por indeterminar cada una de las categorías de clasificación agravan la situación y resultan especialmente reprobables en una materia de la naturaleza que se pretende regular. Las cláusulas residuales de apertura dotan de subjetividad, indeterminación e incertidumbre a lo que las autoridades de clasificación pueden tener por secreto. La regulación de este aspecto no asegura el respeto de los principios de predeterminación normativa y de proporcionalidad.

4ª) **El Anteproyecto no se ajusta a las previsiones del Convenio de TROMSØ, nº 205 del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos (en proceso de ratificación inminente por España) por, sobrepasar objetivamente los límites de su art. 3 y carecer de previsión alguna sobre la posibilidad de no denegar el acceso si concurre un interés público prevalente en la revelación, tal y como prevé el art. 3.2**

del convenio y es conforme con la jurisprudencia europea. El régimen que instauraría el ALIC sería de peor condición que el previsto en el convenio paneuropeo.

5ª) **Los procedimientos de clasificación, desclasificación, revisión periódica y reclasificación se regulan en los arts. 8 a 19 ALIC con un excesivo recurso al desarrollo reglamentario (arts. 9.4, 10.4, 14, 15.2, 17.2 y 18.4), lo que tiene como resultado una falta de predeterminación normativa a nivel legal en muchos aspectos esenciales y con ello déficits de certidumbre,** previsibilidad y objetividad que presentan el riesgo de conceder un amplio campo de acción a las autoridades de clasificación, lo que se ve favorecido por la inexistencia de previsiones en la tramitación tendentes a la satisfacción de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. Ello lastra la posibilidad de un control judicial ex post que resulte efectivo. En particular, no pueden considerarse como suficientes a estos efectos las actuales previsiones de los arts. 10.2 y 13.2 ALIC sobre las memorias justificativas que han de acompañar las propuestas de clasificación al no contener exigencia alguna de ‘ajuste a’ y ‘aplicación de’ los consabidos criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida restrictiva de los derechos involucrados.

6ª) **En un sistema democrático, la clasificación de una información sólo puede servir para proteger la seguridad y defensa del Estado por el tiempo estrictamente necesario y de manera absolutamente justificada y proporcional. Los plazos de desclasificación automática se revelan excesivamente rígidos, amplios y faltos de proporción.** Posibilitan, además, que las responsabilidades penales, incluso por delitos de extrema gravedad, acaben resultando inexigibles. Las limitaciones a la prohibición de destrucción y la eliminación de la información complementaria facilitan la impunidad al posibilitar que desaparezca o se pierda mucha información sobre la génesis, iter y responsabilidades de actividades delictivas. La posibilidad de clasificación retroactiva y reclasificación, amén de lo que comporta en situaciones ordinarias sin implicación delictiva, contribuye en la misma dirección.

7ª) **También merece una desaprobación significativa el elevado número y heterogéneo tipo de autoridades -órganos y sujetos- que, conforme al art. 4 ALIC, adquieren competencia y facultades para excluir del conocimiento público una información. Las posibilidades de delegación y desconcentración, en adición, abonan la práctica indeterminación del elenco de autoridades con facultades de clasificación haciendo imprevisible para la ciudadanía el conocimiento preciso sobre qué órganos y qué facultades tienen los poderes públicos para clasificar información que les afecte o resulte de interés.** Concorre un intenso peligro de que, por la dispersión competencial y tal posibilidad de delegación, florezcan divergencias aplicativas y en determinados casos se dé lugar a situaciones de indeterminación, descoordinación, dilución de responsabilidades o incluso a prácticas de ocultación de información entre autoridades allí donde resulte posible. La previsión relativa a las autoridades autonómicas suscita problemas adicionales de colisión desde la perspectiva de los arts. 97 y 149.1.4ª y 29ª CE puesto que nos encontramos en una materia de competencia exclusiva del Estado. La vigente regulación sobre autoridades de clasificación resulta más acorde con el art. 97 CE e incluso es preferible a la opción legislativa que concreta el Anteproyecto.

8ª) El Anteproyecto regula insuficientemente el derecho de la ciudadanía a solicitar el acceso a la información y no contempla ningún régimen o procedimiento específico de reclamación o impugnación sobre las decisiones de rechazo de la solicitud de acceso. No existen, pues, disposiciones similares a las de los arts. 20.5 y 24 LTAIBG, que posibilitan a cualquier persona acudir directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa sin perjuicio de la posibilidad de interposición de una reclamación potestativa. Tampoco parece ajustarse a la previsión del art. 8 del Convenio de TROMSØ sobre procedimientos de reclamación rápidos y baratos, previos a la intervención judicial, y de impugnación de esta naturaleza para obtener la reconsideración o revisión de la denegación del acceso.

9ª) El régimen sancionador que prevé el Anteproyecto presenta déficits derivados, en cuanto a las conductas típicas, de la dependencia conceptual tanto del propio régimen jurídico de acceso, protección y seguridad de la información clasificada, como de los ámbitos y órganos de clasificación, y, en lo que atañe a las sanciones, de la significativa desproporción de las cuantías imponibles. **En particular, debe denunciarse el notable riesgo de “efecto disuasor o desalentador” (*chilling effect*) que puede provocarse por las elevadas cuantías previstas, máxime teniendo en cuenta que, conforme a la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 10 CEDH, en un buen número de casos pueden hallarse involucradas y comprometidas las libertades de expresión y comunicación.** Además de desproporcionadas por sí mismas, también lo son por desalentar la realización de otras conductas no reprochables. Por demás, surgen dudas de colisión con los específicos regímenes de instrucción y resolución vigentes en caso de necesidad de exigir responsabilidades a determinadas autoridades públicas y funcionarios que estén al margen del poder propiamente ejecutivo, como, sin ir más lejos, podría suceder con los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, así como del personal de apoyo y asistencia a las funciones judiciales y fiscales que se desempeñan en la Administración de Justicia.

A) En lo que respecta a los elementos objetivos:

- Incrementar la predeterminación normativa y calidad de la ley (precisando los presupuestos, modalidades y requisitos de afectación de los derechos) y asegurar el respeto al principio de proporcionalidad mediante las siguientes acciones:

- (i) **Ceñir estrictamente los ámbitos del art. 3 ALIC a las materias, límites y fines constitucionalmente legítimos previstos en el art. 105.b CE - seguridad y defensa del Estado-**, exigiendo conexión e incidencia directa en sus conceptos más estrictos, suprimiendo -por supuesto y en todo caso- las cláusulas abiertas de los actuales apartados 2.j, 3.j, 4.f y 5 de dicho precepto.
- (ii) **Establecer disposiciones con condiciones que aseguren el seguimiento de los requerimientos del principio de proporcionalidad introduciendo, en cuanto a la apreciación de los límites, la obligada aplicación de criterios concretos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad** en sentido estricto que sirvan como parámetros tanto para orientar e imbuir de manera ineludible las decisiones de las autoridades de clasificación como para habilitar un control jurisdiccional efectivo de las mismas.

- (iii) **Contemplar explícitamente -la posibilidad de que un interés público prevalente justifique el acceso y revelación de la información en atención a las circunstancias del caso** (al modo, cuanto menos, de la cláusula del Convenio de TROMSØ).
- (iv) **Exigir en las propuestas de clasificación y en las resoluciones que adopten las autoridades de clasificación la exteriorización de una motivación específica y reforzada que aborde y justifique tanto la habilitación legal y la justificación** teleológica de la concreta medida de clasificación como su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en atención casuística a las circunstancias concurrentes en el supuesto y con ponderación de los valores e intereses en conflicto.
- (v) **Reducir la duración máxima de los plazos para las categorías «alto secreto» y «secreto» a 25 y 10 años en los mismos términos que los de los antecedentes de 2016 y 1997 y dejar en 6 y 4 años, respectivamente, los correspondientes a las categorías «confidencial» y «restringido»;**
- (vi) **Flexibilizar la duración de los anteriores plazos previendo la posibilidad de adoptar reducciones de sus tiempos en función de las circunstancias.**
- (vii) **Proscribir la nueva clasificación de la información desclasificada por plazos.**
- (viii) Introducir, en adición, una disposición de **interrupción de la prescripción penal** durante el tiempo que duren tales periodos.
- (ix) Prohibir de manera absoluta la destrucción de la información complementaria, sin perjuicio de permanecer en régimen de información clasificada.
- (x) **Prever plazos breves de desclasificación automática de la información declarada secreta bajo la Ley 9/1968 sin posibilidad de iniciar los plazos ordinarios a partir de la entrada en vigor de la nueva ley.**

B) En lo que atañe a los elementos subjetivos:

- (i) **Circunscribir y concentrar las competencias y facultades de clasificación, exclusivamente, en el Gobierno de la Nación para las categorías de «alto secreto» y «secreto», y en los titulares de los Ministerios para las categorías «confidencial» y «restringido», en todo caso sin posibilidad de delegación.**
- (ii) **Admitir que las solicitudes de acceso puedan ser realizadas por cualquier persona y determinar los requisitos formales y materiales de las mismas sin trasladar estos aspectos al desarrollo reglamentario.**

2. The 15th Final provision of Law 16/2022 adopted on 26 September 2022 provides that 6 months after the approval of the law, the Government will adopt rules

regulating the communications between the Government and the office of the Prosecutor General. Are you in contact with the Government in relation to the adoption of those rules?

La norma jurídica a la que se hace referencia es La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). La misma es de plano heterogénea a los aspectos regulatorios nucleares del Ministerio Fiscal.

El objeto y finalidad de la norma es la adaptación de la normativa doméstica en materia de concursos a la directiva reguladora de la materia.

La conclusión es meridiana, la desvinculación del nombramiento del FG del plazo de mandato del poder ejecutivo, así como las relaciones entre dicha autoridad y el poder ejecutivo deben de ser abordadas de forma inminente en una reforma del EOMF, entendiéndose que dicho aspectos no tiene la más mínima cabida en una norma de implementación de legislación comunitaria mercantil.

3. According to information available to the Commission, a “Comisión de Ética Fiscal” has been established. Could you please provide more information on the functions of such commission?
4. Could you please provide an update on the status of the reform of the Code of Criminal Procedure?

La reforma de la Lecrim. sigue pendiente. España sigue anclada en una fase de investigación regulada por una ley del año 1881 en la que se consagra un sistema inquisitivo en el que el juez de instrucción es el protagonista. Nadie duda de lo desfasado del modelo dentro de los diferentes sectores de la doctrina científica y forense. Los problemas que genera el modelo actualmente en vigor afecta de forma severamente grave en general a los procedimientos complejos y en particular a los procedimientos de corrupción.

El modelo vigente ralentiza al extremo la fase de investigación y resulta difícilmente conciliable con los modelos imperantes en el espacio judicial europeo.

En la presente edición del informe de Estado de Derecho podemos afirmar que no existe plazo material en la presente legislatura como para abordar la necesaria reforma de la norma.

Anti-corruption

5. According to your assessment, are there any new/persistent corruption risk sectors and trends (i.e. type of offences, economic and financial activity in the public sector, as well as political parties financing)?
6. The 2022 Rule of Law Report refers to the issue of resources as a challenge in the prosecution and investigation of corruption cases, especially at high level.
 - a. Are you aware of any particular developments in this respect? What are your views as regards number of staff and specialisation within the anti-corruption prosecution?

Adecuado

- b. Do you think that the lack of a specialised team available to the courts, who can carry out accounting reports or economic analysis, can influence the length of investigations and prosecutions, especially in high-level corruption cases?

Totalmente de acuerdo. Extrapolación a nivel nacional del modelo de la Fiscalía Anticorrupción en el que se dispone de unidades adscritas en exclusiva de inspección de hacienda, interventores/auditores y policía judicial.

7. How would you assess the cooperation with EPPO specifically on anticorruption cases, so far? Have you identified particular challenges/issues?

Dificultades ínsitas de organismos con competencias fronterizas. Una vez ha entrado en vigor el funcionamiento del órgano el TS español y la propia puesta marcha de la EPPO están fijando las competencias de la jurisdicción nacional y del organismo europeo.