

# SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO Y PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES

Sobre el asunto Michaud V. France de 6 de diciembre de 2012 del TEDH\*

Isidoro BLANCO CORDERO\*\*

## 1. INTRODUCCIÓN

El abogado es un especialista clave para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia que ha de velar a la vez por los intereses de su cliente. Es responsable, por ello, tanto de los intereses del cliente como de la calidad de la justicia. En ocasiones, sin embargo, se pone el acento en que el abogado muestra una clara tendencia hacia la defensa de los intereses del cliente y a ampararse en la confidencialidad de su relación con el mismo, dejando de lado su tarea de atender por un funcionamiento adecuado de la Administración de Justicia. Se está ofreciendo así una visión del abogado no del todo correcta, que ve en él una persona que lleva a cabo prácticas cuestionables a favor del cliente envuelto en el manto del secreto profesional. Por ello, se ha cuestionado en las últimas décadas cuál es el papel del abogado, ¿es un mero siervo amoral de su cliente o debe ser considerado como un gatekeeper o garante de la justicia?<sup>1</sup> En terminología anglosajona,

se denomina gatekeepers<sup>2</sup> a aquellas personas obligadas a proteger bienes jurídicos denegando su cooperación a los potenciales delincuentes. El abogado es un profesional que ocupa una posición que le permite prevenir el blanqueo de capitales negando su contribución a la realización de una operación de esa naturaleza<sup>3</sup>. El gatekeeper suministra normalmente un bien o servicio especializado que es esencial para la comisión del hecho ilícito, por lo que su prestación constituye una “puerta” (“gate”) que sirve para cometer el delito y que el obligado debe cuidar denegando su suministro.

El abogado es un profesional del Derecho que presta servicios jurídicos a quienes se los demanden. Ahora bien, de forma consciente o inconsciente puede poner sus conocimientos al servicio de quienes pretenden blanquear dinero procedente de actividades delictivas. Es evidente que el blanqueador necesita disponer de una diversidad de negocios jurídicos entre

\* Trabajo realizado el marco del Proyecto de investigación titulado “Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad” (Ref.: DER 2011-26909), del Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyo investigador responsable es Antonio Doval País.

\*\* Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Alicante (España). Secretario General Adjunto AIDP.

<sup>1</sup> CASTILLA, María. “Client confidentiality and the external regulation of the legal profession: reporting requirements in the United States and United Kingdom”, 10 *Cardozo Pub. L. Pol’y & Ethics J.* 2011-2012, pgs. 321-355, pg. 322.

<sup>2</sup> PIPPEL, Christoph. “The Lawyer as Gatekeeper: Is There a Need for a Whistleblowing Securities Lawyer? Recent Developments in the US and Australia”, *Bond Law Review*: Vol. 16: Iss. 2, 2004, pgs. 96-140; ZACHARIAS, Fred C. “Lawyers as Gatekeepers”. University of San Diego Legal Working Paper Series. University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Working Paper 20; SHEPHERD, Kevin L. “Guardians at the Gate: The Gatekeeper Initiative and the Risk-Based Approach for Transactional Lawyers”, 43 *Real Prop. Tr. & Est. L.J.* 607 (2008-2009), <http://law.bepress.com/sandiegolwps/pllt/art20>; FARRAR, John / PIPPEL, Christoph. “Piercing the corporate veil in an era of globalisation and international terrorism and the emergence of the lawyer as gatekeeper and whistleblower”, en *Bond Law Review*, 16 (2), 2004, pgs. 66-95.

<sup>3</sup> Sobre el origen de este concepto, cfr. BERMEJO, Mateo Germán. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2010 pg. 314.

los cuales optar para lavar sus ganancias. Y normalmente el profesional mejor preparado y con más conocimientos es el abogado, que es quien podrá diseñar tales negocios jurídicos a medida de cada cliente<sup>4</sup>.

En el año 2001 el National Criminal Intelligence Service del Reino Unido informó que había identificado alrededor de 200 casos en los que la técnica de blanqueo usada habría requerido asesoramiento o implicación de un abogado o un contable<sup>5</sup>. Este patrón se observa también a nivel internacional. Algunos informes de tipologías del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) han evidenciado que abogados, contables y otros profesionales que ofrecen asesoramiento financiero se han convertido en elementos comunes en los esquemas de blanqueo. En este sentido, los informes del GAFI (de 1996-97) señalan que los blanqueadores de capitales cuentan con la ayuda de cómplices profesionales que contribuyen a enmascarar el origen de los bienes delictivos. Si bien esto puede ser así, tampoco debería satanizarse la profesión de abogado. El abogado es un profesional que desarrolla su tarea de manera legal, si bien en ocasiones puede ser utilizado como mero instrumento no concededor de las maniobras del cliente dirigidas a blanquear dinero.

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) incluyó hace años a los abogados entre los sujetos obligados en materia de prevención

del blanqueo de capitales<sup>6</sup>. En la reforma de las cuarenta recomendaciones de 20 de junio de 2003 se aprobó la recomendación número 12 referida a la obligación que deben tener los abogados de cumplir con ciertos requisitos derivados del principio "conozca a su cliente". En el año 2008 el GAFI elaboró una Guía para la aplicación del enfoque basado en el riesgo para las profesiones del ámbito jurídico<sup>7</sup>, con el objetivo de ayudar a los profesionales del ámbito jurídico en desenvolverse en las situaciones sospechosas. En la Unión europea (UE) fue la segunda Directiva, la Directiva 2001/97/CE, que modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, la que extendió las obligaciones contenidas en ella a ciertas actividades y profesiones de carácter no financiero, entre los que se incluían abogados, asesores fiscales y auditores<sup>8</sup>. En la misma línea, la tercera Directiva 2005/60/CE, que incorpora a su ámbito las actividades de financiación del terrorismo, mantiene las obligaciones a los abogados. Se está tramitando una propuesta de cuarta Directiva, que sigue en la misma línea que la tercera.

La aplicación de esta normativa en la legislación de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) ha generado diversas protestas por parte del colectivo de abogados, que se ha mostrado enormemente preocupado. Incluso han ejercido acciones legales contra estas disposiciones que han motivado el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión

<sup>4</sup> Cfr. FABIAN CAPARROS, Eduardo A. "El abogado frente al blanqueo de capitales", en VV.AA. La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica (Libro Homenaje a Claus Roxin) - Tomo I, Instituto Nacional de Ciencias Penales - INACIPE, México, D.F., 2003, pgs. 261-299.

<sup>5</sup> Cfr. BELL, R. E. "The Prosecution of Lawyers for Money Laundering Offences", en Journal of Money Laundering Control, Vol. 6, n° 1, 2002, pgs. 17-26, pg. 17.

<sup>6</sup> GARCIA NORIEGA, Antonio. Blanqueo y antiblanqueo de capitales. Cómo se lava el dinero. Cómo se combate el lavado, Difusión jurídica, Madrid, 2010, pgs.397 ss.

<sup>7</sup> GAFI. Guía para la aplicación del enfoque basado en el riesgo para las profesiones del ámbito jurídico, 23 de octubre de 2008.

<sup>8</sup> Ampliamente sobre las obligaciones de los abogados impuestas por esta Directiva, CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. "Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la directiva 2001/97/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo", Anuario de la Facultad de Derecho, N° 21, 2003, pgs. 153-185; FABIAN CAPARROS. "El abogado frente al blanqueo de capitales", cit., pgs. 261-299.

Europea (TJUE) en relación con la normativa belga en la materia, alegando la posible vulneración del secreto profesional del abogado. El TJUE se pronunció mediante sentencia de 26 de junio de 2007, negando que se produzca la infracción alegada del secreto profesional entre abogado y cliente. Falta por pronunciarse al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que lo ha hecho recientemente en relación con la normativa francesa en la materia en el asunto *Michaud v. France*<sup>9</sup>.

Objetivo de este trabajo es analizar el problema que genera el secreto profesional del abogado en relación con el blanqueo de capitales, tomando como punto de referencia la reciente sentencia del TEDH en el asunto *Michaud v. France* de 6 de diciembre de 2012. Se ofrece una visión de urgencia de esta sentencia y del tratamiento que ofrece el TEDH al secreto profesional del letrado.

## 2. SOBRE LOS HECHOS DISCUTIDOS EN LA SENTENCIA DEL TEDH: ASUNTO MICHAUD V. FRANCE DE 6 DE DICIEMBRE DE 2012

El demandante, abogado en ejercicio en París y miembro del Consejo de la Abogacía, presentó una demanda ante el TEDH por vulneración del art. 8 CEDH. Alega que las Directivas UE, que imponen a los abogados una obligación de comunicar sospechas, constituyen una amenaza al secreto y la confidencialidad de los intercambios entre el abogado y su cliente. En realidad cuestiona la normativa francesa que incorpora al Derecho francés la normativa europea. Explica que el 12 de julio de 2007, el Consejo Nacional de la abogacía francés tomó la Decisión de adoptar un reglamento relativo a los procedimientos internos para aplicar los requisitos de la

lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y el dispositivo de control interno destinado a asegurar el cumplimiento de los procedimientos internos<sup>10</sup>.

La Decisión (artículo 1) dispone que todos los abogados, personas físicas, inscritos en un colegio de abogados francés, están sujetos a este reglamento profesional, cuando en el curso de su actividad profesional realicen en nombre y por cuenta de su cliente una operación financiera o inmobiliaria, o cuando intervengan en la asistencia a sus clientes en la preparación o ejecución de ciertos tipos de operaciones. No están sujetos a esta normativa cuando realizan actividades de asesoramiento jurídico o cuando la actividad está relacionada con procedimientos jurisdiccionales con ocasión de alguna de las actividades mencionadas (artículo 2). El Reglamento dispone que los abogados deben "ejercer una vigilancia constante" y "dotarse de procedimientos internos" para garantizar el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios relativos, en particular, a la declaración de sospecha (artículo 3), especificando en particular el procedimiento que debe seguirse cuando una transacción es susceptible de ser objeto de una declaración (artículo 7). Más específicamente, deben establecer normas internas escritas que describan las medidas de diligencia a seguir (artículo 5). También deben garantizar que el reglamento se aplique correctamente en el seno de su estructura, y que los abogados y su personal reciban información y la formación necesaria y adecuada a las operaciones que llevan a cabo (artículo 9), y dotarse de un sistema de control interno (artículo 10). Al mismo tiempo, el reglamento subraya que "los abogados deben garantizar en todas las circunstancias el respeto del secreto profesional" (artículo 4). El incumplimiento de este

<sup>9</sup> *Michaud v. France*, 12323/11, 06/12/2012.

<sup>10</sup> Lo hizo en virtud del artículo 21-1 de la Ley de 31 de diciembre 1971 la reforma de determinadas profesiones judiciales y jurídicas, que le atribuye la competencia, de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables, para unificar a través de disposiciones generales las normas y prácticas de la profesión.

Reglamento da lugar a sanciones disciplinarias que pueden llegar hasta la expulsión del Colegio de abogados<sup>11</sup>.

El 10 de octubre de 2007, estimando que cuestionaba la libertad del ejercicio de la profesión de abogado y las reglas esenciales que la regulan, el demandante presentó ante el Consejo de Estado un recurso de anulación de esta decisión. Argumentó que ninguna disposición legal o reglamentaria confiere al Consejo Nacional de la abogacía una competencia normativa en áreas tales como la lucha contra el blanqueo de dinero. Por otra parte, destacando que la decisión impugnada obliga a los abogados a dotarse de procedimientos internos para asegurar el cumplimiento de las disposiciones relativas a la declaración de sospecha bajo pena de sanción disciplinaria, y que la noción de sospecha no se ha definido, denunciaba un incumplimiento del requisito de precisión inherente al respeto del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Además, haciendo referencia a la sentencia del caso André et autres c. France de 24 julio de 2008 (no 18603/03), argumentó que el reglamento aprobado por el Consejo Nacional de la abogacía era incompatible con el artículo 8 CEDH, cuando la "obligación de reportar operaciones sospechosas" cuestiona el secreto y la confidencialidad de los intercambios entre un abogado y su cliente. Por último, en aplicación del artículo 267 del Tratado de la Unión Europea al Consejo de Estado, solicitó al Consejo de Estado que presentara una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la conformidad del cumplimiento de la "declaración de sospecha de delito" con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y con el artículo 8 CEDH.

En una sentencia de 23 de julio de 2010, el Consejo de Estado desestimó las principales conclusiones de la demanda.

En cuanto a la queja basada en el artículo 7 de la Convención, la sentencia destaca que el

concepto de "operación sospechosa" no carece de precisión puesto que reenvía a las disposiciones del artículo L. 562-2 del Código Monetario y Financiero (ahora modificado, el artículo L. 561-15).

En cuanto al motivo del artículo 8 CEDH, la sentencia la rechaza con las siguientes razones:

"(...) Si, según el demandante, las disposiciones de la Directiva [91/308/CEE modificada] son incompatibles con las disposiciones del artículo 8 CEDH (...) que protegen especialmente el derecho fundamental al secreto profesional, este artículo permite una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de tal derecho, sobre todo cuando tal medida sea necesaria para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, (...) teniendo en cuenta, por un lado, el interés general existente en la lucha contra el blanqueo de capitales y, por otra parte, la garantía de excluir de su ámbito de aplicación las informaciones recibidas u obtenidas por los abogados con ocasión de sus actividades jurisdiccionales y las recibidas u obtenidas en el marco del asesoramiento jurídico, con la sola reserva, para estas últimas informaciones, del caso en el que el asesor jurídico participa en las actividades de blanqueo de dinero, o el asesoramiento jurídico sea con fines de blanqueo de capitales y cuando el abogado sepa que su cliente solicita asesoramiento jurídico con fines de blanqueo de dinero, el sometimiento del abogado a la obligación de reportar operaciones sospechosas, a lo que obliga la Directiva impugnada, no supone un ataque excesivo al secreto profesional; (...) y, por lo tanto, y sin que exista necesidad de presentar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia Unión Europea, debe ser rechazado el motivo basado en la violación de estas disposiciones".

El debate así planteado llega al TEDH. De acuerdo con el Tribunal, tal como se aplica en

<sup>11</sup> Artículos 183 y 184 del Decreto N° 91-1197 de 27 de noviembre 1991 que rigen la profesión legal.

Francia, teniendo en cuenta el objetivo legítimo que se persigue y su importancia en una sociedad democrática, la obligación de comunicar operaciones sospechosas no constituye una injerencia desproporcionada en el secreto profesional del abogado y en la confidencialidad de las relaciones entre abogado y cliente.

### 3. COMENTARIO DE LA SENTENCIA MI-CHAUD V. FRANCE. EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO: GARANTÍA DEL DERECHO A UN PROCESO JUSTO Y PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD

Se ha dicho que el secreto profesional no es un valor en sí mismo, sino un concepto instrumental que sirve para tutelar determinados bienes o derechos merecedores de protección<sup>12</sup>. Por ello, se puede afirmar que la tutela del secreto profesional del abogado despliega sus efectos directos sobre la protección de otros derechos fundamentales. En concreto, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el derecho a un proceso justo y a la protección del derecho a la intimidad. En este sentido, el TEDH ha examinado este tema en relación con la eventual violación de ambos derechos tal y como se reconocen en el CEDH.

#### 3.1 EL SECRETO PROFESIONAL COMO GARANTÍA DE UN PROCESO JUSTO O EQUITATIVO

##### 3.1.1 LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN RELACIÓN CON EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO Y EL DERECHO A UN JUICIO JUSTO

El art. 6 CEDH protege diversos derechos relativos al proceso equitativo, algunos de los cuales se han considerado directamente conectados con el secreto profesional de los abogados. El TEDH ha señalado en diversas ocasiones que el acusado tiene derecho a disponer de un abogado de su elección, algo que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 6 CEDH, y que ello tiene especial relevancia tratándose de la entrevista del abogado con su cliente para la preparación de la defensa en el ámbito de un proceso penal. Asimismo, ha destacado que el derecho a un proceso justo requiere una comunicación no controlada y abierta entre abogado y cliente<sup>13</sup>. Se debe proteger la confidencialidad de las relaciones entre cliente y su letrado defensor, que naturalmente habrán de estar presididas por la confianza, y que requiere una comunicación abierta y honesta entre ambos<sup>14</sup>. En el asunto *Viola v. Italy* el TEDH concluyó que el derecho del acusado a comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio. Si un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad<sup>15</sup>.

En el asunto *Niemitz v. Germany*, de 16 de diciembre de 1992, el TEDH señaló expresamente que cuando se encuentra involucrado un abogado en un asunto penal, la limitación del secreto profesional puede repercutir en la buena administración de justicia y los derechos garantizados por el art. 6<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> ÁLVAREZ-SALA WALTER, Juan. "El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas", s/f, pgs. 13-14, Ensayos de Actualidad, CGN, Madrid. Disponible en [http://www.sepblac.es/espanol/informes\\_y\\_publicaciones/ensayoblanqueo.pdf](http://www.sepblac.es/espanol/informes_y_publicaciones/ensayoblanqueo.pdf).

<sup>13</sup> Cfr., entre otros, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. "El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 de septiembre de 2010", *Diario La Ley*. N° D-282 (consultada la versión electrónica).

<sup>14</sup> *Castravet v. Moldova*, de 13 de marzo de 2007; *Foxley v. United Kingdom*, de 20 de junio de 2000 (TEDH 2000, 143), p. 43

<sup>15</sup> *Marcello Viola v. Italy*, 5 de octubre de 2006; en el mismo sentido, *S. v. Switzerland*, App. No. 13325/87, 09/07/1988.

<sup>16</sup> *Niemitz v. Germany*, App. No. 13710/88, 05/04/1990.

Tratándose del control de la correspondencia, incluida la de carácter electrónico o del control de las conversaciones telefónicas, el TEDH ha valorado que puede constituir en determinadas situaciones una vulneración del art. 6 CEDH. Por ejemplo, en el asunto *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland*, la Fiscalía interceptó una carta enviada por M. Schönenberger, un abogado, a su cliente M. Durmaz que se encontraba en ese momento detenido<sup>17</sup>. Schönenberger le aconsejaba en la carta guardar silencio. M. Durmaz, que desconocía la intervención de M. Schönenberger, nombró a instancias de la Fiscalía a otro abogado. Para apoyar su argumento de que la interceptación de la carta era necesaria, el Gobierno de Suiza alegó ante el TEDH el contenido de la carta en cuestión: según el Gobierno, daba un asesoramiento al Sr. Durmaz en relación con procedimientos penales pendientes que era de tal naturaleza que podía poner en peligro su correcto desarrollo. El TEDH rechaza ese argumento, reafirmando el derecho del sospechoso a guardar silencio, derecho consagrado en el art. 6 CEDH<sup>18</sup>.

En la jurisprudencia del TEDH se refuerza de esta manera la tutela del secreto profesional del abogado en sus relaciones con el cliente, pues constituye una salvaguarda indispensable del proceso con todas las garantías. Por ello las normas nacionales deben establecer garantías específicas para preservar la confidencialidad abogado-cliente, especialmente tratándose de registros en los bufetes de abogados. Según el TEDH los ordenamientos nacionales deben prever garantías particulares para los registros en los bufetes.

En definitiva, se puede afirmar que el TEDH ha relacionado la protección del secreto pro-

fesional con varios derechos protegidos por el art. 6 CEDH: el acceso a un tribunal cuando se le niegan al acusado sus intentos de ponerse en contacto con un abogado, el acceso a un abogado de su elección cuando el contacto con el abogado esté sometido a vigilancia (excesiva) y control, y el derecho a la asistencia jurídica<sup>19</sup>.

### 3.1.2 LA NORMATIVA EUROPEA DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS NO VULNERA EL DERECHO A UN PROCESO JUSTO (ARTÍCULO 6 DEL CEDH). LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, DE 26 DE JUNIO DE 2007

Varios colegios de abogados belgas presentaron dos recursos ante la Cour d'arbitrage, actualmente Cour constitutionnelle (Bélgica), solicitando la anulación de los artículos 4, 5, 7, 25, 27, 30 y 31 de la Ley de 12 de enero de 2004, introducidos en la Ley de 11 de enero de 1993, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Con dicha Ley de 2004 se adaptaba la normativa belga sobre el blanqueo de capitales a la Directiva 2001/97/CE<sup>20</sup>.

La solicitud de anulación se basa en que dicha Ley vulnera de manera injustificada los principios de secreto profesional e independencia de los abogados, principios que, según los demandantes, son un elemento constitutivo del derecho fundamental de todo justiciable a un proceso justo y al respeto del derecho de defensa. Y ello porque se impone a los abogados la obligación de informar a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de hechos que sepan o sospechen que están

<sup>17</sup> *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland*, App. No. 11368/85, 13/03/1987.

<sup>18</sup> El demandante había reclamado sólo una violación del art. 8, decidiendo el TEDH que la interferencia no era necesaria en una sociedad democrática y constituía una violación dicho artículo.

<sup>19</sup> SPRONKEN, Tarn / FERMON, Jan, "PRONKEN, Tarn / FERMON, Jan. Privilege in EuropeMON, JPenn St. Int'l L. Rev. 2008-2009, pgs. 439-463, pgs. 439-440.

<sup>20</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

vinculados al blanqueo de capitales y la obligación de transmitir a dichas autoridades la información complementaria que éstas consideren útil. Estas obligaciones impiden preservar en su integridad la actividad tradicional de los abogados. Se alega que las características propias de la profesión de abogado, principalmente la independencia y el secreto profesional, contribuyen a la confianza del público en esta profesión, y que tal confianza no se circunscribe únicamente a determinadas misiones particulares del abogado. Entienden que ello infringe los arts. 10 y 11 de la Constitución belga, en relación con el art. 6 CEDH, los principios generales del Derecho en materia de derecho de defensa y el art. 6 TUE, apartado 2, así como los artículos 47 y 48 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza<sup>21</sup>.

El Tribunal ante el que se interpuso el recurso suspendió su tramitación y presentó la una cuestión prejudicial al TJUE<sup>22</sup>. El TJUE declara que las obligaciones de información y de cooperación con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales que recaen sobre los abogados previstas en las Directivas no vulneran el derecho a un proceso justo, tal como éste está garantizado por el artículo 6 del CEDH y el artículo 6 TUE,

apartado 2, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 6, apartado 3, párrafo segundo, de dicha Directiva (párrafo n° 37). De acuerdo con la Directiva, los abogados (entre otros sujetos obligados) deben colaborar plenamente con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales, informando a dichas autoridades, por iniciativa propia, de cualquier hecho que pudiera ser indicio de un blanqueo de capitales y facilitando a esas mismas autoridades, a petición de éstas, toda la información necesaria de conformidad con los procedimientos establecidos en la legislación aplicable. Ahora bien, destaca la Sentencia que cuando tales deberes tienen como destinatarios a los abogados, la aplicación de estas obligaciones contiene dos limitaciones importantes.

a) Los abogados tan sólo están sometidos a estas obligaciones de información y de cooperación en la medida en que participen, de alguno de los modos que se especifican en el art. 2 bis, número 5, en determinadas transacciones que esta última disposición enumera con carácter exhaustivo (párrafo n° 22).

b) De acuerdo con el artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva 91/308 los Estados miembros no tienen el deber de imponer a los abogados “las obligaciones de in-

<sup>21</sup> Sobre esta decisión cfr. HERREROS BASTERO, Javier. “Reflexiones de un Abogado frente al blanqueo de capitales. (STJCE de 26 de junio de 2007)”, Noticias de la Unión Europea, N° 297, 2009, pgs. 35-46; VAQUERO PINTO, María José. “Secreto profesional del abogado y prevención de la utilización del sistema de blanqueo de capitales. A propósito de la STJCE Luxemburgo de 26 de junio de 2007 (asunto C-305/05)”, en iustel.com RGDE, 14, 2007; PEREZ MANZANO, Mercedes. “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales”, en Bajo Fernández/Bacigalupo. S. (eds.), Política criminal y blanqueo de capitales, Marcial Pons, Madrid, 2009, pgs. 169- 207; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El criterio de los honorarios profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito blanqueo de capitales”, en Bajo Fernández/Bacigalupo. S. (eds.), Política criminal y blanqueo de capitales, Marcial Pons, Madrid, 2009, pgs. 207-224.

<sup>22</sup> «El art. 1, apartado 2 de la Directiva 2001/1997 [...], ¿vulnera el derecho a un proceso justo tal como éste está garantizado por el art. 6 del [CEDH] y por el art. 6 [Tratado de la Unión Europea], apartado 2, en la medida en que el nuevo art. 2 bis, número 5, que ha añadido la Directiva 91/308/CEE, impone la inclusión de los profesionales independientes del Derecho, sin excluir la profesión de abogado, en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, que tiene por objeto fundamentalmente que se imponga a las personas y entidades que en ella se indican una obligación de informar a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales de cualquier hecho que pudiera ser indicio de tal blanqueo (art. 6 de la Directiva 91/308/CEE, sustituido por el art. 1, número 5, de la Directiva 2001/97/CE)?».

formación y de cooperación en lo que atañe a la información que éstos reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos” (párrafo nº 23)<sup>23</sup>. El Tribunal fija en primer lugar el contenido del derecho de defensa de acuerdo con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. El art. 6 CEDH reconoce a toda persona el derecho a que su causa sea oída equitativamente, tanto en los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, como en el marco de un procedimiento penal. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH dicho precepto contempla el concepto de «proceso justo», que está integrado por diversos elementos, entre los que se incluyen el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a disponer de un abogado tanto en materia civil como penal. Pues bien, de acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo “el abogado no estaría en condiciones de cumplir adecuadamente su misión de asesoramiento, defensa y representación del cliente, quedando éste, por tanto, privado de los derechos que le confiere el art. 6 del CEDH, si, en el contexto de un procedimiento judicial o de su preparación, aquél estuviera obligado a cooperar con los poderes públicos transmitiéndoles la información obtenida con ocasión de las consultas jurídicas efectuadas en el marco de tal procedimiento” (párrafo nº 32).

Recuerda que se desprende del artículo 2 bis, número 5 de la Directiva que los abogados tan

sólo están sometidos a las obligaciones de información y de cooperación en relación con concretas actividades: así, cuando asistan a sus clientes en la concepción o realización de las transacciones, esencialmente de orden financiero e inmobiliario, o cuando actúen en nombre de su cliente y por cuenta del mismo en cualquier transacción financiera o inmobiliaria. En general, afirma el TJUE, “tales actividades se sitúan, debido a su propia naturaleza, en un contexto que no tiene ninguna relación con un procedimiento judicial y, por lo tanto, al margen del ámbito de aplicación del derecho a un proceso justo”.

Ahora bien, desde el momento en que la asistencia de abogado prestada en el marco de una transacción de las contempladas en el art. 2 bis, número 5, de la Directiva se solicite «para desempeñar una misión de defensa o representación ante los Tribunales o para obtener asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, el abogado de que se trate quedará dispensado, en virtud del art. 6, apartado 3, párrafo segundo, de dicha Directiva, de las obligaciones enunciadas en el apartado 1 de ese mismo artículo y, a este respecto, carece de importancia que la información se haya recibido u obtenido antes, durante o después del proceso. Tal dispensa contribuye a preservar el derecho del cliente a un proceso justo” (párrafo nº 34).

Las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo implican que exista una relación con algún procedimiento judicial, y esto se cumple habida cuenta del hecho de que la Directiva 91/308 dispensa a los abogados de las obligaciones de información y de cooperación cuando sus actividades tengan la mencionada relación. Ahora bien, las exigencias vinculadas al derecho a un proceso justo no se oponen a

<sup>23</sup> El Tribunal de Luxemburgo constata que el artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva 91/308 es ambiguo y se presta a diversas interpretaciones, por lo que no está claro el alcance exacto de las obligaciones de información y de cooperación que incumben a los abogados. Recuerda así la reiterada jurisprudencia de acuerdo con la cual cuando un texto de Derecho comunitario derivado es susceptible de varias interpretaciones, procede dar preferencia a aquella que hace que la disposición se ajuste al Tratado CE (párrafos nº 27 y 28).

que, cuando los abogados actúen en el marco preciso de las actividades enumeradas en el artículo 2 bis, número 5, de la Directiva 91/308, y no lo hagan para desempeñar una misión de defensa o representación ante los Tribunales o para obtener asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, tales abogados estén sometidos a las obligaciones de información y de cooperación (párrafo nº 36).

### 3.2. LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE EL BLANQUEO DE CAPITAL LIMITA RAZONABLEMENTE EL DERECHO A LA INTIMIDAD

#### 3.2.1. EL SECRETO PROFESIONAL Y DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH: EL ARTÍCULO 8 CEDH

Hemos indicado que la estrategia en el caso *Michaud v. France* ha sido considerar que las intrusiones en el secreto profesional del abogado vulneran el derecho a la vida privada, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones del art. 8 CEDH. No cabe duda de que la relación entre el acusado y su abogado se basa en la confianza, la cual permite a aquel poner en conocimiento de estas informaciones que pertenecen al ámbito de su intimidad. Quizás las decisiones más importantes en relación con la protección de la confidencialidad de la relación abogado-cliente adoptadas por el TEDH están basadas en el art. 8 CEDH.

Conviene recordar que, de acuerdo con el TEDH, la protección de la vida privada se extiende a las relaciones profesionales. En el asunto *Niemietz v. Germany* el debate giró en torno a si el art. 8 CEDH se aplica a los establecimientos comerciales<sup>24</sup>. El Estado alemán argumentó que no existía una injerencia en la vida privada del demandante debido a que los

registros se llevaron a cabo en sus locales profesionales, la oficina de un abogado. El TEDH, sin embargo, interpretó la expresión "vida privada" y "domicilio" como comprensivas de ciertas actividades profesionales o comerciales o locales, y consideró que la protección conferida por el art. 8 CEDH se extiende a todos los establecimientos comerciales, incluyendo los despachos de los abogados.

La jurisprudencia del TEDH es, pues, muy clara: la relación confidencial entre abogados y sus clientes está protegida por el derecho a la intimidad del art. 8 CEDH. Ahora bien, este no tiene un carácter absoluto. El TEDH, en el asunto *Marcello Viola v. Italy*, 5 de octubre de 2006, ha indicado que el acceso de un acusado a su abogado puede estar sometido a restricciones por razones válidas. Por lo tanto, no todas las interferencias con el derecho a la intimidad conducen a la violación de los derechos contenidos en el art. 8. La interferencia puede ser legítima en ciertas circunstancias, en concreto, cuando esté recogida en la ley y sea necesaria en una sociedad democrática.

*a) La limitación de la vida privada y del secreto profesional han de encontrarse previstas en la ley.* Con el fin de decidir si la intromisión en las comunicaciones que se benefician del privilegio profesional ha dado lugar a una violación de los derechos protegidos por el art. 8 CEDH, el Tribunal examina la compatibilidad de dicha injerencia con el Derecho nacional<sup>25</sup>. El Tribunal no rechaza en principio las interferencias con las comunicaciones entre abogados y clientes, sino que exige que la ley que las regula sea muy clara, interpretada por los tribunales nacionales de una manera que proteja la confidencialidad y que existan especiales y suficientes salvaguardias para proteger el secreto profesional.

*b) La limitación del secreto profesional debe ser*

<sup>24</sup> *Niemietz v. Germany*, App. No. 13710/88, 16/12/1992.

<sup>25</sup> Cfr., por ejemplo, *Kopp v. Switzerland*, 23224/94 23224/94, 25/03/1998; *Foxley v. The United Kingdom*, 33274/96, 20/06/2000.

*necesaria en una sociedad democrática.* La noción de "necesidad en una sociedad democrática" se refiere a un aspecto de la proporcionalidad. La protección de la vida privada es, por lo tanto, relativa<sup>26</sup>, si bien la Ley ha de establecer garantías adecuadas y eficaces para evitar abusos<sup>27</sup>. En esta línea, cuando el secreto profesional está en juego, el TEDH exige garantías adicionales. En varias sentencias sobre el secreto profesional señala que tratándose de la interceptación de las telecomunicaciones del abogado, debe existir control por parte de un juez independiente. Cuando se trata del registro de un despacho de abogados, los elementos tomados en consideración son, en particular, si el registro se encuentra amparado en una orden emitida por un juez y estaba fundamentada en una sospecha razonable, si el alcance de la orden estaba limitado razonablemente y si el registro se llevó a cabo en presencia de un observador independiente para garantizar que no se revelan materiales sujetos al secreto profesional<sup>28</sup>.

Precisamente es de especial relevancia la presencia del observador independiente, normalmente el representante del Colegio de Abogados. En el asunto *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria* el TEDH decidió que se había producido una violación del art. 8 CEDH, aunque el representante del Colegio de Abogados estuvo presente durante el registro del despacho del abogado<sup>29</sup>. El hecho de que dicho representante pudo examinar todos los documentos escritos, pero no los datos electrónicos, llevó al Tribunal a la conclusión de que se había producido una violación

del Convenio. No basta, dice el TEDH, con que la ley o la jurisprudencia obliguen a la presencia de un observador independiente. Este tiene que tener la posibilidad, desde un punto de vista práctico, de llevar a cabo una selección eficaz de los materiales protegidos por el secreto profesional<sup>30</sup>.

En otros casos el TEDH ha valorado la presencia del Decano del Colegio de abogados en el registro del despacho del abogado, considerando que la misma constituye una garantía especial de procedimiento<sup>31</sup>. De hecho, en el asunto *Xavier da Silveira c. France*, concluyó que se produjo una violación del art. 8 CEDH en un caso en el que un abogado cuyo domicilio había sido objeto de un registro no se había beneficiado de esta garantía<sup>32</sup>.

### 3.2.2. BLANQUEO DE CAPITALS, SECRETO PROFESIONAL Y RESPETO DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA: OPINIÓN DEL TEDH

Las normas sobre prevención del blanqueo de capitales obligan a los abogados a proporcionar a una autoridad administrativa informaciones relativas a otra persona, su cliente, que poseen por razón de la relación de negocios y conversaciones que han tenido con ella. Esta obligación de comunicar operaciones sospechosas por los abogados puede suponer, advierte el TEDH, un menoscabo del derecho a la intimidad o, de acuerdo con el art. 8 n° 1 CEDH, del derecho al respeto a la vida privada y familiar. Recordemos que de acuerdo con este precepto, "toda persona tiene derecho al

<sup>26</sup> Cfr., por ejemplo, *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev v. Bulgaria*, 62540/00, 28/06/2007.

<sup>27</sup> *Ibidem*, n° 76 – 77.

<sup>28</sup> *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, 74336/01, 16/10/2007, n° 57.

<sup>29</sup> *Ibidem*, n° 63.

<sup>30</sup> También en el asunto *Smirnov v. Russia*, 71362/01, 07/06/2007, la ausencia de observadores independientes se tuvo en cuenta para valorar la proporcionalidad de la injerencia en los derechos del art. 8 CEDH.

<sup>31</sup> *André et autre c. France*, 18603/03, 24/07/2008, n° 43; *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, 51772/99, 25/02/2003, n° 69.

<sup>32</sup> *Xavier da Silveira c. France*, 43757/05, 21/01/2010, n1 43.

respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". Pues bien, el deber de revelar la mencionada información puede suponer una injerencia en el derecho al respeto a su correspondencia e incluso a su derecho al respeto de la "vida privada", que incluye, como hemos visto ya, también las actividades profesionales y comerciales. Esta vulneración permanente del art. 8 no cuestiona directamente los aspectos más íntimos de su vida privada, sino el derecho al respeto de sus intercambios profesionales con sus clientes<sup>33</sup>.

Esta injerencia de la autoridad pública infringe el CEDH, a menos que esté «prevista por la ley» y "necesaria en una sociedad democrática" para alcanzar los objetivos a los que alude el n° 2 del art. 8 (la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás).

### 3.2.2.1 *Prevista por la ley*

Los Estados miembros de la UE han incorporado esta obligación en su legislación nacional, por lo que está prevista en la Ley. El TEDH señala que no basta con que las injerencias en las comunicaciones entre abogados y clientes se recojan en la ley, sino que exige en primer lugar que la ley sea suficientemente clara<sup>34</sup>. En esta materia no parece haber claridad acerca de qué debe entenderse por operación "sospechosa", que es la que obliga a presentar una comunicación al abogado ni qué actividades puede decirse que reúnan esta calificación. Pese a ello, el TEDH considera que es una norma formulada con la suficiente precisión, pues lo importante es que el ciudadano sea capaz de predecir, en un grado que sea razonable en las circunstancias del caso, las consecuencias que puedan derivarse de una acción determinada.

Sin embargo, reconoce la imposibilidad de la certeza absoluta en la redacción de leyes, así como el riesgo de que los intereses de seguridad causen rigidez excesiva. Muchas leyes se sirven inevitablemente de fórmulas más o menos vagas y cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica<sup>35</sup>.

A juicio del Tribunal, el concepto de "sospecha" es de sentido común y un público informado como los abogados no pueden reclamar fácilmente se incapaz de precisarlo. Es más, la Ley en este caso proporciona indicaciones específicas. Además, las comunicaciones de operaciones sospechosas se envían o al Decano de los Colegios de Abogados, de manera que cualquier abogado que tenga duda sobre la existencia de una "sospecha" de un caso concreto se puede beneficiar de la asistencia de un colega conocedor y con experiencia.

En cuanto a la supuesta imprecisión de la esfera de la actividad objeto de la obligación de reportar operaciones sospechosas, el Tribunal considera que la normativa francesa cuestionada indica que este requisito se aplica a los abogados cuando, en el curso de su trabajo, realizan en nombre y por cuenta de su cliente una transacción financiera o de bienes, o participan en el asesoramiento a sus clientes en la preparación o ejecución de ciertos tipos de transacciones (compra y venta de bienes inmuebles o activos de la empresa, gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, apertura de cuentas bancarias, de ahorro o valores, organización de las aportaciones necesarias para la creación de empresas, la creación o administración de empresas y la creación o administración de fideicomisos regidos por normativa extranjera o cualquier otra estructura similar). No están sujetos a la obligación de comunicación cuando ejercen una actividad de asesoramiento jurídico o cuando su actividad está relacionada con los

<sup>33</sup> Michaud v. France, n° 92.

<sup>34</sup> Petri Sallinen and Others v. Finland, App. No. 50882/99, 27/09/2005.

<sup>35</sup> Michaud v. France, n° 96.

procedimientos jurisdiccionales en relación con una u otra de las seis actividades antes mencionadas. El Tribunal considera que estos datos son lo suficientemente precisos, sobre todo porque los textos en cuestión están destinados a profesionales del derecho<sup>36</sup>.

### 3.2.2.2 Necesaria para alcanzar objetivos legítimos

El Tribunal no duda de que, en la lucha contra el lavado de dinero y delitos conexos, la interferencia persigue un objetivo legítimo establecido en el párrafo segundo del artículo 8: la defensa del orden y la prevención de la delincuencia<sup>37</sup>.

El TEDH ha enfatizado que la correspondencia entre el abogado y su cliente, independientemente de la finalidad, goza de una situación de privilegio con respecto a su confidencialidad. Es más, el art. 8 proporciona una tutela reforzada de las comunicaciones entre abogado y cliente, puesto que los abogados tienen confiado un papel fundamental en una sociedad democrática: la defensa de los justiciables. El abogado no puede cumplir con esta función si no es capaz de garantizar a quienes defien de que sus intercambios serán confidenciales. Está en juego la relación de confianza entre ellos, indispensable para el cumplimiento de esta misión. De ello depende también, de forma indirecta pero necesariamente, el respeto del derecho del justiciable a un juicio justo, especialmente en lo que comprende el derecho de todo "acusado" a no contribuir a inculparse a sí mismo<sup>38</sup>. En definitiva, vincula el secreto profesional de los abogados y su tutela a la correcta Administración de la justicia.

Para fundamentar su decisión el Tribunal examina si la obligación que recae sobre los abogados de comunicar sospechas de blanqueo supone un ataque desproporcionado al secreto profesional protegido por el art. 8 CEDH.

Se remite y se adhiere a la argumentación de la sentencia de 23 de julio de 2010 del Consejo de Estado francés, de acuerdo con la cual esta obligación no supone un ataque excesivo. Llega a esta conclusión teniendo en cuenta el interés general que se concede a la lucha contra el blanqueo de dinero y la garantía que representa la exclusión de su ámbito de aplicación de la información recibida u obtenida por los abogados con ocasión de sus actividades jurisdiccionales, así como la recibida u obtenida en el marco del asesoramiento jurídico (con las únicas reservas, para estas últimas informaciones, de los casos en los que el asesor jurídico está implicado en actividades de blanqueo de dinero, cuando el asesoramiento jurídico se preste con el fin del blanqueo de capitales y el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para el blanqueo de dinero). El secreto profesional puede tener que ceder en determinadas situaciones y una de ellas puede ser la lucha contra el blanqueo de actividades ilícitas, susceptible de servir para financiar actividades delictivas en particular en el ámbito del tráfico de drogas o el terrorismo internacional, esto es, supuestos en los que se persigue la prevención de actividades constitutivas de una grave amenaza para la democracia<sup>39</sup>.

El Tribunal destaca asimismo que existen dos elementos decisivos en la apreciación de la proporcionalidad de la injerencia en litigio. En primer lugar, que la obligación de comunicar sospechas de blanqueo se limita exclusivamente a aquellas actividades que quedan al margen de la misión de defensa confiada a los abogados y que son similares a las realizadas por otros profesionales sujetos a este requisito. En segundo lugar, que la normativa francesa sobre la materia establece expresamente que los abogados no están sujetos a este requisito cuando la actividad en cuestión hace referencia a las acciones judiciales, se trate de infor-

<sup>36</sup> *Ibidem*, nº 97.

<sup>37</sup> *Ibidem*, nº 99.

<sup>38</sup> *Michaud v. France*, nº 118.

<sup>39</sup> *Michaud v. France*, nº 123.

mación que han recibido u obtenido antes, durante o después de un procedimiento judicial, en particular en el contexto del asesoramiento sobre la incoación o evitación de un proceso, ni al dar asesoramiento jurídico, a menos que haya previsto el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo o actúe a sabiendas de que la solicitud del cliente tiene como finalidad el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo<sup>40</sup>. Por lo que la obligación de comunicar sospechas no afecta a la esencia de la misión de defensa que constituye el fundamento del privilegio del abogado-cliente<sup>41</sup>.

Por último, pone en evidencia que existe un filtro que protege especialmente el secreto profesional del abogado, en la medida en que la comunicación de sospecha que debe realizar no se traslada directamente a la Unidad de Inteligencia Financiera (en Francia el TRACFIN) sino que, según el caso, lo hacen al Presidente del Colegio de Abogados ante el Consejo de Estado y ante la Corte Suprema de Justicia o al Decano del Colegio de Abogados en el que están registrados. Se establece así una garantía específica de carácter procesal cuya finalidad es precisamente preservar el secreto profesional.

#### **4. EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO TIENE PROTECCIÓN ABSOLUTA CUANDO SE TRATE DE LA ACTIVIDAD DE DEFENSA O REPRESENTACIÓN DEL CLIENTE EN CUALQUIER PROCESO JUDICIAL**

El núcleo duro de las funciones del abogado se concentra en dos actividades: la defensa en cualquier proceso judicial, que se le asigna casi que en exclusiva, y el asesoramiento jurídico. El secreto profesional del abogado despliega sus efectos más amplios en ambos tipos de acti-

vidades. Estas constituyen la esencia de la labor del abogado, y en la que el secreto profesional está claramente vinculado al proceso justo.

La tercera directiva dispone expresamente en el art. 23 n° 2 de la Directiva que los abogados están exentos de la obligación de comunicación “con respecto a la información que éstos reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos”. Queda fuera, por lo tanto, de la obligación de comunicación e información la actividad de defensa en cualquier proceso judicial. Las actividades de preparación asesoria y representación en juicio están exentas del cumplimiento de las obligaciones del abogado en materia de blanqueo de capitales.

Es cierto que la Directiva se refiere exclusivamente a procesos judiciales. Quizás es conveniente entender que queda fuera cualquier proceso, no solamente judicial, en el que esté vigente el derecho de defensa como garantía del derecho a un proceso justo. Y este proceso puede ser de carácter administrativo sancionador o judicial<sup>42</sup>. En el caso del procedimiento administrativo sancionador, porque puede dar lugar también a un procedimiento judicial.

#### **5. EL PROBLEMA DEL ASESORAMIENTO JURÍDICO**

No hay duda de que la defensa en cualquier clase de procedimiento constituye una fun-

<sup>40</sup> *Ibidem*, n° 127.

<sup>41</sup> *Ibidem*, n° 128.

<sup>42</sup> PEREZ MANZANO. “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales”, cit., pg. 201. Dice esta autora que no necesariamente ha de ser un procedimiento sobre blanqueo, sino que puede ser uno dirigido a deputar las responsabilidades tributarias o de otro tipo, o un proceso pena por cualquier delito.

ción del abogado. Más compleja es la función del asesoramiento jurídico, que parece tener un carácter accesorio en las tareas del letrado. Y ello porque no les corresponde a ellos en exclusiva, sino que puede ser prestada por otros “operadores jurídicos”<sup>43</sup>. Podría hasta plantearse que constituya siquiera una función propia del abogado. El motivo de esta situación de incertidumbre reside en que la actividad de asesoramiento jurídico no tiene unos contornos muy claros.

Se suele hacer una distinción en atención al momento en el que se produce el asesoramiento jurídico en relación con la operación a la que se refiere. Así, se alude en primer término al asesoramiento jurídico preventivo o previo cuando sea anterior a la operación y su objetivo sea esencialmente el diseño o concepción de la misma. De esta modalidad se diferencia el asesoramiento jurídico posterior, que tiene lugar una vez que se ha materializado una concreta operación.

El asesoramiento preventivo tiene lugar en fases muy tempranas de la operación que el cliente persigue realizar, estando condicionada su concreta configuración al consejo del letrado. El cliente, por lo tanto, tiene muy claro lo que persigue, pero desea consultar la mejor manera de hacerlo desde una perspectiva jurídica, para lo que consulta al abogado en orden a determinar los efectos jurídicos de las diversas opciones posibles. La labor del abogado se centra en este caso en aconsejar desde un punto de vista jurídico sobre las ventajas e inconvenientes de cada una de las opciones, así como de cuál resulta aconsejable en atención a los intereses del cliente. El consejo del letrado sirve al cliente para concebir o diseñar la operación, que todavía no se ha ejecutado cuando interviene el abogado.

En ocasiones el cliente recurre al abogado

para conocer las consecuencias jurídicas de una operación ya ejecutada. Con ello el cliente persigue obtener una opinión experta para maximizar los efectos jurídicos positivos de la operación o bien minimizar los efectos negativos. Ya no se trata de asesorar acerca de la concepción o diseño de una operación, sino de ser aconsejado del alcance de los efectos de la operación diseñada y ejecutada sin la intervención del letrado. El letrado puede aconsejar en esta situación la realización de nuevos actos o negocios que tendrán como referencia la operación previamente ejecutada. La finalidad del asesoramiento en estos supuestos puede ser la manera de evitar un proceso consecuencia de los efectos de la operativa ejecutada<sup>44</sup>.

Por último, podría plantearse incluso el asesoramiento previo al inicio de un posible proceso judicial. La cercanía de este tipo de asesoramiento a la defensa del cliente en un proceso y su proximidad, o mejor, incidencia directa en la tutela judicial efectiva, permiten afirmar que esta modalidad de asesoramiento se encuentra al margen de las normas de prevención del blanqueo.

En la UE, de acuerdo con lo señalado por la STJUE antes mencionada, queda al margen del cumplimiento de esta obligación el asesoramiento preventivo, esto es, todo asesoramiento jurídico que se refiera a la posible incoación de procesos penales o expedientes administrativos en caso de que se realicen las operaciones que se mencionan en el art. 2 bis nº 5. Y lo mismo ocurre con el asesoramiento jurídico posterior a la realización de las transacciones a las que hemos hecho referencia, con el fin de determinar la posición jurídica del cliente. Esto comprende la posible responsabilidad que se pueda derivar de las mismas, se haya incoado o no algún procedimiento o procesos por eventuales infracciones. Dicho

<sup>43</sup> Cfr. SÁNCHEZ STEWART, Nielson. “Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención”, La Ley Penal, n. 53, 2008 (versión electrónica del trabajo).

<sup>44</sup> *Ibidem*.

asesoramiento puede llegar a la conclusión de que la transacción es lícita, en cuyo caso el abogado no habrá apreciado indicios de blanqueo y no está obligado a comunicar.

Sin embargo, la actividad de asesoramiento no se excluye en su totalidad de la exención de la obligación de comunicar operaciones sospechosas. En efecto, la tercera Directiva contiene una referencia a esta materia en el último inciso del considerando 20<sup>45</sup>. De acuerdo con este considerando “el asesoramiento jurídico ha de seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.” Algo similar dispone la propuesta de cuarta Directiva en su considerando 7, cuando dispone que “Así pues, el asesoramiento jurídico debe seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico con fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo”.

Por lo tanto, el asesoramiento jurídico queda excluido del deber de secreto profesional en tres situaciones:

- a) cuando el letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo;
- b) cuando la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo;
- c) cuando el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

Conforme a lo dispuesto en los Considerandos de la tercera Directiva y de la propuesta de cuarta Directiva, también han de comunicarse aquellas informaciones obtenidas antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente. Eso ocurre precisamente en las tres situaciones descritas en el considerando.

Esto mismo se recoge en el asunto *Michaud v. France*<sup>46</sup> cuando, aludiendo a la normativa francesa, el TEDH señala que los abogados no están sujetos a la obligación de comunicar cuando la actividad en cuestión hace referencia a las acciones judiciales, la información que han recibido u obtenido antes, durante o después de este procedimiento, en particular

<sup>45</sup> “Cuando miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico —como los abogados— estén determinando la situación jurídica de sus clientes o ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales, sería improcedente imponer a dichos profesionales respecto de estas actividades, en virtud de lo dispuesto en la presente Directiva, la obligación de informar de sospechas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo. Deben existir dispensas a la obligación de comunicación de la información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente. Así pues, el asesoramiento jurídico ha de seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.”

<sup>46</sup> *Michaud v. France*, n° 127.

en el contexto del asesoramiento sobre la incoación o evitación de un proceso, ni al dar asesoramiento jurídico, a menos que se hayan previsto el blanqueo de capitales o financiación del terrorismo o actúe a sabiendas de que las solicitudes de los clientes tienen como finalidad el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Por lo tanto, el asesoramiento jurídico puede dar lugar a la obligación de comunicar cuando el abogado prevea que se dirige al blanqueo de capitales o sepa a ciencia cierta que ello es así.

Vemos, con todo, que queda fuera una actividad de asesoramiento a la que sí que aluden las Directivas: la situación en la que el propio abogado está implicado en el blanqueo. Esto tiene su lógica si pensamos que cuando el propio abogado está implicado en actividades de blanqueo de capitales, tiene derecho a no autoincriminarse, sea en el procedimiento administrativo sea en el penal, cuando se trate de informaciones que le afecten a él. Por lo que difícilmente puede estar obligado a informar. El problema es que algunas de las informaciones que obtenga el abogado pueden tener como objetivo la determinación de la situación jurídica del cliente, por lo que parece que debería comunicarlas, algo que puede chocar con el secreto profesional y con lo dispuesto en el mencionado art. 23 n° 2 de la Directiva. En efecto, resulta problemático el deber de información cuando la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o cuando el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como dicen las Directivas. Es complicado interpretar estas previsiones porque pueden resultar redundantes. Para evitarlo, advierte Pérez Manzano, la interpretación más lógica es que la primera alude a los casos en que es objetivamente reconocible por cualquiera o en los

que pueden existir sospechas fundadas para cualquiera de que el asesoramiento solicitado tiene como finalidad el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, mientras que la segunda haría referencia a los supuestos en los que el abogado tiene conocimiento seguro de dicha finalidad<sup>47</sup>. Por lo tanto, si cualquiera sospecharía que el asesoramiento va a ser utilizado por el cliente para el blanqueo de capitales, el abogado tiene el deber de informar sobre dicha actividad de asesoramiento solicitada. Se está obligando al abogado a comunicar informaciones conocidas en relación con un proceso contra el cliente.

En definitiva, parece que también las informaciones obtenidas «antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente» pueden generar deberes de colaboración con la UIF, si bien de acuerdo con la normativa están excluidas. Pérez Manzano ha señalado que el Considerando de la tercera Directiva no se encuentra en el articulado y, por ello, no ha de ser tenido en cuenta<sup>48</sup>. Sin embargo, el TEDH y el TJUE entienden que el contenido del mismo es válido y en estos casos el abogado no está exento de comunicar. Por ello, cabe concluir que si el abogado sabe a ciencia cierta que el cliente solicita asesoramiento jurídico para cometer un delito de blanqueo de capitales tiene el deber de comunicar. Lo contrario, esto es, no comunicar y además asesorar para hacerlo, supondría que el abogado está implicado en la actividad de blanqueo, es un abogado delincuente y puede ser perseguido penalmente (si bien ya no estaría obligado a autoincriminarse).

Más complejo será el supuesto en el que abogado pueda sospechar que la finalidad del asesoramiento es el blanqueo. En este caso, si el abogado decide asistir al cliente puede involucrarse en su delito de blanqueo de ca-

<sup>47</sup> PEREZ MANZANO. “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales”, cit., pg. 197.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pg. 198.

pitales, que admite la comisión a través del dolo eventual. Por lo que estará obligado a comunicar si el cliente le solicita asesoramiento para blanquear dinero y sospecha el abogado que es así, siempre y cuando no decida no prestar sus servicios (salvo que se encuentre en alguna situación de excepción de acuerdo con la normativa). Una vez que decide asesorar pese a sus sospechas, su conducta tiene relevancia penal y no puede ser obligado a comunicar porque vulneraría su derecho a no autoincriminarse.

## 6. LIMITACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO CUANDO EJERCE FUNCIONES AJENAS A LA DEFENSA O ASESORAMIENTO JURÍDICOS

Hoy día se encuentra superada la consideración del abogado como profesional que interviene exclusivamente en procesos judiciales o que realiza actividades de asesoramiento jurídico. Es ampliamente asumido que el abogado es un técnico en Derecho polivalente, que se dedica a otras muchas actividades distintas de las dos mencionadas. Muchas de ellas pueden ser prestadas por otro tipo de profesionales que prestan en exclusiva tales servicios. Pues bien, esas otras actividades, a las que me referiré a continuación, son extrañas a sus tareas de defensa o asesoramiento.

El abogado puede llevar a cabo actividades de asesoramiento e intermediación en todo tipo de operaciones inmobiliarias, compraventas y/o arrendamientos de pisos y fincas urbanas y rústicas, constitución, gestión y disolución de todo tipo de sociedades mercantiles y civiles, operaciones de reestructuración societaria (fusión, escisión...), gestión de fondos, gestión o funcionamiento de empresas o representación en cualquier transacción financiera. Precisamente el art. 2.1.3.b de la tercera Directiva excluye del secreto profesional y obliga a comunicar operaciones sospechosas al abo-

gado cuando participe actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria. También queda excluido el secreto profesional cuando el abogado asista en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a: i) la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, ii) la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, iii) la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores, iv) la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas, v) la creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades, fiducias, o estructuras análogas. Esta intervención queda al margen de la función de abogado como defensor o asesor jurídico. Nada tiene que ver la apertura o gestión de cuentas bancarias o la gestión de sociedades con la actividad de defensa en un proceso judicial. La intervención del abogado en actividades de representación o su actuación como mandatario está sometida a las mismas obligaciones que tienen los profesionales de estos ámbitos. Lo contrario, esto es, excluir al abogado de tales obligaciones, sería colocarles en una posición de privilegio en el mercado. al estar blindados contra cualquier intervención judicial por razón del secreto profesional. Esta especie de inmunidad del abogado de la que no disfrutarían otros profesionales dedicadas a las mismas actividades sería inadmisibles<sup>49</sup>.

Cuando un abogado se involucra en una transacción comercial, planifica transacciones o crea estructuras societarias, cumple funciones que puede desempeñar cualquier otro profesional (o no) de las finanzas o incluso una entidad financiera. Por ello, y al igual que ocurre con profesionales tales como auditores, contables externos y asesores fiscales, y también con las entidades financieras, el secreto profesional cede ante la obligación de comunicar la operación cuando tenga el carácter de sospechosa

<sup>49</sup> Cfr. SÁNCHEZ STEWART. "Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención", cit. (versión electrónica del trabajo).

de que está sirviendo al blanqueo de capitales.

## 7. LA NECESIDAD DE CREAR UN ORGANISMO AUTORREGULADOR DE LA ABOGACÍA

Una de las garantías específicas que establece el TEDH a la hora de valorar una posible vulneración del secreto profesional de los abogados por parte del Estado es la intervención de algún representante de la abogacía, normalmente el Decano del Colegio de Abogados correspondiente. De esta manera se establece una garantía reforzada que persigue proteger en todo momento la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y el cliente. Pues bien, como se ha indicado ya, el TEDH tiene en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de la injerencia de la normativa de prevención del blanqueo de capitales en el secreto profesional del abogado la existencia de un filtro específicamente dirigido a la tutela de dicho secreto. Este filtro consiste precisamente en que el abogado no comunica sus sospechas directamente a la Unidad de Inteligencia Financiera francesa (TRACFIN) sino que, según el caso, lo hacen al Decano del Colegio de los Abogados ante el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia o al Decano del Colegio de Abogados en el que están registrados<sup>50</sup>.

Ello supone, dice el TEDH, que revelar la información al grupo profesional sujeto a las mismas reglas de conducta y al representante del mismo elegido por sus pares para asegurar el cumplimiento, no vulnera el secreto profesional. Los Decanos de los Colegios de abogados son colegas que pueden apreciar mejor que nadie qué información está o no cubierta por el secreto profesional. Es más, solo transmiten la información sospechosa comunicada por el abogado al TRACFIN tras comprobar que se cumplen con los requisitos establecidos en la normativa. Por lo tanto, no llevan esta transmisión si consideran que no existe una

sospecha de blanqueo de dinero o si parece que el abogado en cuestión cree erróneamente que tiene el deber de transmitir la información recibida con ocasión de las actividades excluidas del ámbito de aplicación de la obligación de comunicar operaciones sospechosas<sup>51</sup>.

La propuesta de cuarta Directiva se refiere expresamente a la opinión del TEDH en su Considerando nº 27, diciendo que “de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un sistema de notificación en primera instancia a un organismo autorregulador constituye una salvaguardia importante para la protección de los derechos fundamentales en lo que se refiere a las obligaciones de información aplicables a los abogados”. De acuerdo con el art. 33 nº 1 los “organismos autorreguladores designados transmitirán de inmediato la información sin filtrar a la UIF”.

Está claro, por lo tanto, que una garantía del respeto del secreto profesional es el establecimiento de un organismo autorregulador de la Abogacía a los efectos de recibir información sospechosa. Este organismo será el encargado de transmitir la información a la Unidad de Inteligencia Financiera competente. El art. 23 nº 1 de la tercera Directiva permite a los Estados “designar al organismo autorregulador pertinente de la profesión de que se trate como la autoridad a la que se ha de informar en primera instancia en lugar de la UIF. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, en tales casos, los organismos autorreguladores designados transmitirán de inmediato la información sin filtrar a la UIF”. La Directiva, por lo tanto, no establece una obligación para los Estados de crear tales organismos autorreguladores. En caso de que decidan establecer tal organismo y recaiga en los Colegios de Abogados, pueden asignarles una función de meros transmisores de las informaciones a la UIF competente. En este caso su función es meramente mecánica,

<sup>50</sup> Michaud v. France, nº 129.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

y no añade mucho al sistema de prevención del blanqueo de capitales.

No es esto, sin embargo, lo que parece requerir el TEDH a efectos de una adecuada protección del secreto profesional, que requiere garantías especiales y, por lo tanto, una tutela reforzada. En efecto, el Tribunal parece exigir que los organismos autorreguladores puedan valorar si las comunicaciones presentadas por los colegiados cumplen con los presupuestos legales de la obligación de comunicar operaciones sospechosas y no existen las causas que exoneración de esta obligación. Esto es, cumplen una función de filtro, como dice el propio Tribunal, que permite al Colegio de Abogados valorar el respeto de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente. De esta manera, puede también el Colegio de Abogados ejercer sus competencias en defensa del secreto profesional, e incluso de carácter disciplinario en caso de que las comunicaciones se efectúen con mala fe<sup>52</sup>.

Lo que no permite la normativa europea es que los organismos autorreguladores lleven a cabo una tarea de filtrado de la información,

es decir, que controlen el fundamento de la sospecha que ha motivado la presentación de la comunicación. Esta tarea corresponde en exclusiva a la Unidad de Inteligencia Financiera y los Colegios de Abogados no pueden asumir esta tarea (de hacerlo podrían incurrir incluso en responsabilidad patrimonial en caso de actuación errónea)<sup>53</sup>.

Parece necesario, en definitiva, que se establezca dicho organismo autorregulador que suponga una garantía intensificada dirigida a tutelar el secreto profesional del abogado. Con todo, y pese a que el TEDH parece exigirlo, la propuesta de cuarta Directiva sigue manteniendo el carácter potestativo para los Estados de la creación de estos organismos. Pienso que si un Estado decide no hacerlo y se plantea una demanda ante el TEDH, este puede concluir que se vulnera el art. 8 CEDH al no establecerse una garantía específica para tutelar la confidencialidad de la información que obtiene el abogado del cliente. En definitiva, tras la sentencia *Michaud v. France* debería ser obligatorio establecer en los Colegios de Abogados organismos dedicados a recibir las comunicaciones de los abogados y a determinar si se garantiza el secreto profesional.

<sup>52</sup> Cfr. SÁNCHEZ STEWART. “Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención”, cit. (versión electrónica del trabajo).

<sup>53</sup> *Ibidem*.

